UNIVERSITÉ FRANÇOIS – RABELAIS DE TOURS

ÉCOLE DOCTORALE « Sciences de l'Homme et de la Société »

ICD

THÈSE présentée par :

Anthony CASTET

soutenue le : **18 novembre 2016**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université François – Rabelais de Tours**

Discipline/ Spécialité : Études anglophones/ Civilisation américaine

« GUERRES CULTURELLES », IDÉOLOGIES ET ÉGALITÉ DES DROITS AUX ÉTATS-UNIS : LE CAS DU MARIAGE HOMOSEXUEL

THÈSE dirigée par :

M. GUILBERT, Georges-Claude – Professeur à l'Université FRANÇOIS RABELAIS DE TOURS

RAPPORTEURS :

M. MARCHE, Guillaume – Professeur à l'Université PARIS EST CRÉTEIL VAL DE MARNE
Mme VILLEZ, Barbara – Professeure émérite à l'Université PARIS 8

JURY :

M. FRAYSSÉ, Olivier – Professeur à l'Université PARIS SORBONNE

M. GUILBERT, Georges-Claude – Professeur à l'Université FRANÇOIS RABELAIS DE TOURS

M. MARCHE, Guillaume – Professeur à l'Université PARIS EST CRÉTEIL VAL DE MARNE

Mme SPALDING ANDRÉOLLE, Donna – Professeure émérite à l'Université DU HAVRE

Mme VILLEZ, Barbara – Professeure émérite à l'Université PARIS 8

« It takes no compromising to give people their rights. It takes no money to respect the individual. It takes no political deal to give people freedom. It takes no survey to remove repression. »

Harvey MILK, discours de campagne, 1973.

REMERCIEMENTS

À l'issue de la rédaction de cette thèse, je souhaiterais témoigner toute ma reconnaissance aux nombreuses personnes qui ont contribué à l'avancement de ce travail doctoral. Elles m'ont permis de progresser dans cette phase de formation, et je leur dois toute ma considération pour leurs encouragements, leurs analyses et leur passion contagieuse pour la civilisation américaine.

En premier lieu, je tiens à adresser toute ma gratitude à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur GEORGES-CLAUDE GUILBERT, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant de diriger cette recherche, pour la rigueur et tout le sérieux dont il a fait preuve dans le cadre non seulement de mes activités scientifiques, mais aussi de la rédaction du manuscrit. J'aimerais le remercier pour ses nombreux conseils et pour ses critiques qui m'ont permis d'alimenter mes réflexions.

Mes remerciements vont également aux membres du Jury, Monsieur le Professeur OLIVIER FRAYSSÉ, Monsieur le Professeur GUILLAUME MARCHE, Madame la Professeure émérite DONNA SPALDING ANDREOLLE et Madame la Professeure émérite BARBARA VILLEZ pour avoir accepté de participer à ce jury de thèse, pour leur lecture minutieuse et leurs remarques constructives.

Je voudrais remercier tout particulièrement JANE BATAILLE pour sa grande générosité, son soutien inestimable et pour les démarches qu'elle a entreprises pour me permettre d'effectuer un travail de terrain à Washington.

Je tiens donc à exprimer tout particulièrement ma reconnaissance à JOE SOLMONESE pour m'avoir accueilli si chaleureusement à Washington du 18 au 27 juin 2016, pour les moyens qu'il a mis en œuvre pour me faire rencontrer des acteurs essentiels au mouvement pour l'égalité des droits de la communauté LGBT. J'ai apprécié nos conversations ainsi que les quelques confidences qu'il m'a confiées. Un grand merci à JEFF KREHELY, EVAN WOLFSON, SHARON GROVES, MARIANNE DUDDY BURKE, BILL SMITH et ALAN VAN CAPELLE pour leur disponibilité et la richesse de nos discussions. Un grand merci à BARRY KARAS pour sa bonne humeur et m'avoir présenté à Kristin Perry, Sandy Stier, Jim Obergefell, Raffi Freedman-Gurspan et Chad Griffin lors d'une réception organisée à la HRC.

Je tiens à remercier l'École doctorale « Sciences de l'Homme et de la Société » de l'université François-Rabelais, mon laboratoire de recherche Interactions Culturelles et Discursives ainsi que l'Association Française d'Études Américaines pour avoir financé mes déplacements à Londres, à Nice et à Washington et m'avoir permis ainsi de communiquer sur le contenu de mes recherches.

Je remercie l'université François-Rabelais et l'UFR de Lettres et Langues pour avoir financé cette thèse en m'accordant un poste d'Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche.

Un grand merci à NATHALIE MASSIP pour avoir accepté de collaborer à une proposition d'atelier sur les guerres culturelles lors du Congrès de l'AFEA organisé à Toulouse.

À EMERY GRANT (*Stonewall National Museum & Archives*) pour m'avoir transmis de nombreuses archives sur Anita Bryant.

À mes plus proches, et tout particulièrement à PASCAL, mon premier soutien affectif.

RÉSUMÉ

L'expression « guerres culturelles » s'invite dans les discours publics lors de l'investiture du candidat républicain à l'élection présidentielle de 1992, par l'intermédiaire de Pat Buchanan, qui déclare alors que les États-Unis sont en guerre contre une société déclinante et moralement faible. Dans ce combat pour définir l'autorité morale de la nation, Buchanan vise notamment les droits des Américains LGBT et, en particulier, ceux des couples de même sexe qui exigent l'égalité d'accès à l'institution du mariage ainsi que la protection de leur orientation sexuelle contre la discrimination.

Les premières victoires de la communauté LGBT à la Cour suprême d'Hawaii (1993) et de Washington DC (1996) déclenchent une bataille politique entre conservateurs et progressistes ainsi que l'adoption de lois discriminatoires au niveau fédéral mais aussi dans les législatures d'État. Dès 2004, la légalisation du mariage homosexuel à San Francisco et dans le Massachusetts entraîne une nouvelle polémique relative à la constitutionnalisation du mariage traditionnel défendue par le président Bush, en guerre contre des juges « activistes ». Le droit fondamental du mariage pour les couples homosexuels et les familles homoparentales est alors soumis à l'approbation de la majorité hétérosexuelle par de nombreux référendums à travers le pays. La communauté LGBT subit de nombreux échecs, notamment avec l'adoption de la Proposition 8 en Californie, alors que les Américains élisent à la tête du pays Barack Obama, le premier président noir, favorable à l'égalité des droits des Américains LGBT.

L'objectif de cette thèse de Doctorat est de montrer comment la victoire de la liberté dans le domaine matrimonial a permis à la communauté LGBT de se mettre en ordre de bataille, État après État, pour mettre fin à une citoyenneté de seconde zone, sensibiliser et éduquer les Américains sur les réalités de la vie homosexuelle, marquée par une longue histoire de discrimination et de préjugés hostiles aux homosexuels, souvent véhiculés par des chrétiens fondamentalistes. Nous reviendrons sur les origines historiques de cette guerre culturelle contre l'homosexualité pour montrer comment celle-ci structure encore aujourd'hui le système de gouvernement et alimente la polarisation politique, en partant du postulat que la brèche dans le mur de séparation entre l'Église et l'État est en partie responsable de nombreux blocages institutionnels et d'un patchwork de lois inégalitaires à travers le pays. Le combat pour l'égalité des droits de la communauté LGBT se révèle être, en définitive, un formidable observatoire de la démocratie américaine qui continue d'affecter l'efficacité du système démocratique des contre-pouvoirs par différents processus dynamiques liés au changement et à l'affirmation de la liberté religieuse.

Mots-clés : Droit constitutionnel, discrimination structurelle, égalité des droits, égalité d'accès à l'institution du mariage, idéologies, guerres culturelles, justice, histoire de la communauté LGBT.

ABSTRACT

"Culture Wars", Ideologies, and Equal Rights in the US: the Case of Same-Sex Marriage

The expression “culture war” first appeared in the public sphere when, during the 1992 Republican National Convention, Pat Buchanan asserted that the United States was at war against a decadent and morally weak society. Central to this struggle was the notion of moral authority. Buchanan targeted the rights of LGBT Americans, and in particular the rights of same-sex couples who were demanding marriage equality and protection against sexual orientation discrimination.

The first victories of the LGBT community at the Supreme Court of Hawaii (1993) and Washington, DC (1996) brought about a political battle between conservatives and progressives as well as the passage of discriminatory laws at both federal and state levels. In 2004, the legalization of same-sex marriages in San Francisco and Massachusetts sparked off controversy over the process of amending the Constitution to define traditional marriage, which was defended by President Bush in his war against so-called “activist” judges. The fundamental right to marry for same-sex couples and homoparental families was accordingly submitted for approval by the heterosexual majority through numerous referendum campaigns across the country. The LGBT community suffered many crushing defeats, especially with the passage of Proposition 8 in California, but at the same time the Americans elected Barack Obama, with his stand on equal rights for LGBT Americans, as their first black President.

The objective of this PhD dissertation is to show how the victory for the freedom to marry enabled the LGBT community to gear up for a national State-by-State campaign to put an end to second-class citizenship, raise awareness, and educate the American people to a reality that is marked by a long history of discrimination and hostile prejudice against homosexuals, with such hostility often being expressed and disseminated by fundamentalist Christians. We will revisit the historical origins of the culture war against homosexuality to show how it still structures the system of government today, and fuels political polarization, starting from the premise that the breach in the separating wall between Church and State is partly responsible for the numerous institutional deadlocks as well as a patchwork system of unequal laws across the country. The LGBT community’s fight for equal rights ultimately turns out to provide a particularly powerful insight into American democracy, and continues to affect the democratic system of checks and balances through various dynamic processes which are bound up with change and with the assertion of religious freedom.

Keywords: Constitutional law, culture wars, equal rights, ideologies, justice, LGBT history, marriage equality, structural discrimination.

SOMMAIRE

Remerciements 4

Résumé 6

Abstract (résumé en anglais) 8

INTRODUCTION GÉNÉRALE 13

CHAPITRE 1 : PARADIGME D'UNE GUERRE CULTURELLE DANS UNE NATION THÉOCRATICO-LAÏQUE 27

Introduction 28

A. **Une exception américaine : liberté religieuse et esprit séculier** 31

1. *L'affaire* Davis *: quand liberté religieuse rime avec liberté de discriminer* 37

B. **De la résignation à l'émergence d'une communauté politisée mais fragile (1930-1990)** 48

1. L'homosexualité : une obscénité 49

2. Une guerre fédérale contre une perversion 51

3. L'organisation à grande échelle d'une persécution systématique 61

4. Démystification sur fond de fondamentalisme religieux 65

a. Le succès d'une campagne électorale fondée sur le mythe de l'homosexuel prédateur 70

b. L'initiative Briggs : la première victoire de la communauté homosexuelle 73

5. Crise du SIDA et silence coupable des autorités 76

a. La fermeture des bains publics : une obsession sanitaire 81

b. *Bowers v. Hardwick* : une animosité constitutionnelle 84

c. La Proposition 64 ou la protection de l'intérêt général hétérosexuel 90

C. **« Liberté réelle » ou adhésion à un pacte social renouvelé** 101

1. La rhétorique de la « liberté religieuse en péril » face à la « religion de la démocratie » 101

2. Le remède de la violence et du IIe amendement 111

3. Une conception de la liberté associée à la pleine égalité 117

CHAPITRE 2 : UNE GUERRE CULTURELLE DE LA COMPROMISSION, DE LA RÉGRESSION ET DU PROGRÈS.....125

Introduction.....126

A. **Clinton : la présidence des compromis** 130

1. Les secrets d'un mensonge d'État derrière *Don't Ask, Don't Tell* 131

2. La loi DOMA ou l'interdiction fédérale du mariage homosexuel 154

B. **Bush : la présidence d'une croisade morale pour la famille traditionnelle**.....176

1. Le Marriage Protection Act (MPA) et le Federal Marriage Amendment (FMA) : l'établissement opaque d'une religion ? 178

2. L'invisibilité manifeste des questions LGBT comme stratégie politique et électorale de Bush et de son parti 206

C. **Obama : le progrès et l'égalité confrontés à la riposte des États ultraconservateurs** 216

1. Obama : un défenseur de la pleine égalité des droits pour la communauté LGBT 221

2. Mariage homosexuel : victoire d'un mandat sur fond de régression dans les États ultraconservateurs 240

CHAPITRE 3 : BATAILLE JURIDIQUE ET CONSTITUTIONNELLE : VERS UNE « UNION PLUS PARFAITE » 249

Introduction.....250

A. **Être homosexuel : le droit à la protection des lois et à la sexualité** 254

1. *Romer v. Evans* (1996) : discrimination et recours au contrôle du fondement rationnel.....254

2. *Lawrence v. Texas* (2003) : être homosexuel, une liberté fondamentale.....280

B. **Le mariage homosexuel : une conception locale et expérimentale** 308

1. *Perry v. Schwarzenegger* (2010) : « separate but unequal » 309

2. « Prop 8 » : rejet juridique du contrôle moral populaire.....356

C. **Le mariage homosexuel : vers une conception uniforme et égalitaire** 372

1. *Deboer v. Snyder* (2014) : résistance des États au droit à l'indifférence 377

2. *Obergefell v. Hodges* (2015) : la légalisation de l'égalité d'accès au mariage 393

CONCLUSION GÉNÉRALE 429

BIBLIOGRAPHIE 439
Sources Primaires 439
● Programmes des partis 439
● Pouvoir exécutif 439
● Pouvoir législatif 442
● Pouvoir judiciaire 443
Marriage 444
Proposition 8 446
● Autres sources primaires 446

Sources Secondaires 450
● Ouvrages imprimés 450
● Chapitre dans un ouvrage imprimé 455
● Travaux universitaires 456
● Articles 456
● Articles universitaires 464
● Documentaires 466
● Débats/ Podcasts / Vidéos 466
● Spots publicitaires pour l'adoption de la Proposition 8 467

ANNEXES 468
ANNEXE 1 : Marianne Duddy Burke, DignityUSA 469
ANNEXE 2 : Sharon Groves, Auburn Seminary 476
ANNEXE 3 : Evan Wolfson, Freedom to Marry 479
ANNEXE 4 : Bill Smith, Civitas 493
ANNEXE 5 : Alan Van Capelle, Educational Alliance 504
ANNEXE 6 : Kim Davis: a culture war heroine? 510
ANNEXE 7 : Sarah Palin : « It's time to take a stand » 511
ANNEXE 8 : Le soutien d'Obama pour le mariage homosexuel en 1996 512
ANNEXE 9 : Logos de la campagne Obama en 2008 513
ANNEXE 10 : Couverture du journal *The Advocate* 514
ANNEXE 11 : *Syllabus* du jugement rendu dans l'affaire *Obergefell* 515
ANNEXE 12 : Caricatures 520
ANNEXE 13 : *Obergefell* : rassemblements 522
ANNEXE 14 : Le mariage homosexuel à la une des journaux 523

INDEX 524

RÉSUMÉ 529

ABSTRACT (résumé en anglais) 530

Introduction générale

Depuis la présidence de Franklin D. Roosevelt et son programme de réformes engagé dans les années 1930, en pleine crise économique, de nombreux observateurs de la société américaine constatent que l'Amérique est soumise à une polarisation politique et sociale qui fracture la société[1]. Cette polarisation se caractérise par des divisions idéologiques binaires, des affrontements entre des camps décrits comme irréconciliables, intransigeants, et aux antipodes d'une politique de compromis. Elle se manifeste de manière violente dans des débats relatifs à des enjeux de société dès le début des années 1970, tels que le droit à l'avortement et à l'euthanasie, la peine de mort mais aussi plus largement dans le domaine de la sexualité et de la famille. Ces divisions acerbes, plus communément appelées « guerres culturelles[2] », portent précisément, selon James Davison Hunter, sur le contrôle de l'autorité morale qui doit guider la direction politique, sociale, économique et culturelle de la nation : « To speak of moral authority is to speak of the fundamental assumptions [...] that highlight certain aspects of experience as important or unimportant, relevant or irrelevant, good or bad, and right or wrong[3]. » En d'autres termes, chaque sujet de société doit être examiné à la loupe par tous les Américains, invités à échanger, à prendre position de manière subjective en émettant des jugements de valeur fondés sur leur propre conception de la morale et en accord avec leurs croyances religieuses.

Le cadre théorique des « guerres culturelles » a permis de mettre en lumière les nombreuses oppositions idéologiques au sein de la société américaine tout en créant un forum de discussions et d'échanges systématiques, souvent par média interposé. Cela explique pourquoi dans les guerres culturelles la liberté d'expression est aussi exaltée, et pourquoi, par conséquent, celles-ci émergent de manière plus insidieuse, dans le cadre des mécanismes institutionnels de la démocratie américaine : les élections, la démocratie directe, les programmes des partis, le

---

[1] CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. "Culture Wars in America—Rhetoric and Reality". In *Culture Wars in America: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints, and Voices*. New York: M.E. Sharpe. p.xxvii.

[2] Étymologiquement, ce terme est calqué de l'allemand *Kulturkampf*, littéralement en anglais *culture struggle* . Il est apparu lors d'un conflit politique et idéologique au début des années 1870 sous l'Empire allemand. Il portait sur la séparation de l'Église et de l'État, et opposait l'Église catholique au chancellier Otto von Bismarck qui souhaitait réunir catholiques et protestants dans son nouvel empire en réduisant considérablement l'influence de l'Église catholique. Un exemple de ce combat portait sur l'obligation de mariage civil. C'est à la fin des années 1980 que les conservateurs et les leaders de la droite religieuse aux États-Unis se sont appropriés ce terme pour évoquer les nombreuses divisions culturelles au sein de la société américaine ainsi que le recul inexorable des valeurs traditionnelles. Le terme *culture wars* est alors employé au pluriel pour faire référence aux sujets de société les plus clivants et souvent religieux par nature. Nous parlons de *culture war* ou bien de « guerre culturelle » au singulier pour cibler en particulier le combat mené dans le domaine de la sexualité contre les homosexuels par les Américains les plus intégristes.

[3] « Parler d'authorité morale revient à parler des suppositions fondamentales [...] qui mettent en avant certains aspects de l'expérience comme étant importants ou insignifiants, appropriés ou inappropriés, positifs ou négatifs, bien ou mal. »
HUNTER, James D. *Culture Wars: The Struggle to Define America*. New York: Basic Books. 1991. p.119.

lobbying, le système des contre-pouvoirs. C'est cet angle d'observation que nous avons choisi pour nous interroger concrètement sur la pertinence de l'usage du concept de « guerres culturelles ». Hunter est le premier enseignant-chercheur, spécialiste de sociologie, à y avoir consacré un ouvrage de référence, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, publié en 1991. Comme son titre l'indique, Hunter explique que l'Amérique est secouée par : « [A] contemporary culture war [...], a struggle over national identity—*over the meaning of America*, who we have been in the past, who we are now, and perhaps most important, who we, as a nation, will aspire to become in the new millennium[4]. » Il définit ainsi d'une crise identitaire marquée par une véhémence des débats portant sur la question des valeurs, la liberté religieuse, sur ce qui est « bien » et « mal » et sur le choix à faire entre *statu quo* et progrès. Hunter se propose d'analyser ce concept d'un point de vue sociologique en balayant de nombreux champs disciplinaires ou thématiques : politique, éducation, droit, médias, santé et environnement avec, comme toile de fond, la religion.

Dans la plupart des cas, il observe que les acteurs de cette guerre culturelle appartiennent à deux camps diamétralement opposés, les « orthodoxes » et les « progressistes », souvent présents paradoxalement au sein d'un même courant religieux. Pour les premiers, le contrôle de l'autorité morale ne peut se concevoir sans promettre une allégeance absolue aux Saintes Écritures et sans l'obligation de s'en remettre à une autorité supérieure[5]. Pour les seconds, qui se présentent comme chrétiens, l'autorité morale s'appuie sur la philosophie des Lumières, l'expérience humaine, la rationalité scientifique, le sécularisme et la capacité des hommes à s'adapter aux évolutions de la société. Au cours d'un entretien que nous avons eu avec Marianne Duddy Burke, directrice exécutive de *DignityUSA*[6], celle-ci nous a expliqué qu'en tant que catholique et progressiste, son organisation vise à faire évoluer les enseignements traditionnels de l'Église catholique et à faire reculer toute forme d'oppression : « [A]n organization working for full justice and equality for the LGBTQ community in the Catholic church and in the larger society[7]. » Dans le domaine politique, cet affrontement culturel se caractérise par les clivages qui opposent conservateurs et libéraux[8].

---

[4] « [U]ne guerre des cultures contemporaine [...], une lutte portant sur l'identité nationale – *sur le sens de l'Amérique*, à savoir : qui nous avons été dans le passé, qui nous sommes maintenant et qui nous aspirerons à devenir en tant que nation – et c'est peut-être même là l'essentiel – au début du nouveau millénaire. »
HUNTER, James D. *Culture Wars*, ibid., p.50.

[5] HUNTER, James D. *Culture Wars*, ibid., p.44.

[6] Organisation composée d'Américains LGBT catholiques.

[7] « [U]ne organisation qui œuvre au triomphe de la justice et de la pleine égalité pour la communauté LGBTQ au sein de l'Église catholique et plus largement dans la société. »
Entretien avec Marianne Duddy Burke, Directrice exécutive de l'organisation *DignityUSA*, réalisé le mercredi 22 juin 2016, voir p.469.

[8] Il s'agit de l'adjectif libéral au sens américain du terme « liberal ». Un libéral américain croit dans une société fondée sur le progrès pour réparer les inégalités en s'appuyant sur un gouvernement fédéral fort. Le terme employé ne s'inscrit donc pas dans la conception européenne du libéralisme économique.

Par libéraux, nous entendons les partisans d'un libéralisme issu de deux périodes historiques synonymes de grandes réformes sociales et économiques, durant l'ère progressiste des années 1890 à 1920 et le New Deal des années 1930 sous Roosevelt et sa nouvelle conception du droit et de l'équité. Cette idéologie est favorable au progrès social et à l'acquisition de nouveaux droits citoyens ; elle est ancrée dans une certaine empathie, tandis que les conservateurs sont engagés en faveur de la libre entreprise et le devoir de respecter la « bonne vie » issue de la morale religieuse et respectueuse des traditions (historiques) : « Political conservatives have multiple sources for their moral norms that include the values of traditional societies around the world, such as sacredness, loyalty, and respect for authority[9]. » Cette construction dichotomique de la société américaine se retrouve dans de nombreuses classifications binaires dans le discours politique : l'activisme par opposition à la retenue judiciaire, le constructivisme large par opposition au constructivisme étroit dans l'interprétation de la Constitution par les juges, la famille nucléaire par opposition à la famille élargie[10]. Alors qu'une majorité d'Américains se situent au centre de l'échiquier politique et se définissent comme des modérés, la polarisation des débats oblige les citoyens à se positionner, ou au contraire à prendre leur distance vis-à-vis de leurs responsabilités démocratiques, voire à faire le choix de candidats populistes qui semblent concrètement répondre à leurs préoccupations.

Toute la difficulté dans cette « guerre civile sans violence[11] » consiste à garantir à tous les Américains, y compris les minorités du pays, la possibilité d'exercer leur pouvoir politique afin d'avoir une influence dans les débats, de manière à ne pas mettre en péril la démocratie. C'est donc une guerre idéologique dans laquelle s'affrontent des idées et des arguments où, en principe, les mots sont les seules armes permises. Néanmoins, le recours aux armes à feu et à la violence physique restent des alternatives possibles pour faire taire les minorités du pays et ceux qui défendent des mesures de progrès à leur égard. Nous retiendrons la définition de « groupe minoritaire » proposée par le centre de recherche du Pentagone (PERSEREC) dans un rapport de 1988 : « People who share the experience of being the objects of discrimination on the basis of stereotypes, ethnocentric beliefs, and prejudice held by members of the nonminority group[12]. » Du

---

[9] « Les conservateurs politiques disposent de sources multiples pour établir leurs normes morales. Celles-ci comprennent les valeurs des sociétés traditionnelles dans le monde entier telles que le caractère sacré, la loyauté et le respect de l'autorité. »
HAIDT, Jonathan. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Penguin Books. 2012. p.357. In LUKIANOFF, Greg. *Freedom from Speech*. New York: Encounter Books. 2014. p.24.

[10] CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. "Culture Wars in America—Rhetoric and Reality", ibid., p.xxvii.

[11] Expression attribuée à Andrew Sullivan, blogueur et commentateur politique conservateur gay.
PROTHERO, Stephen. *Why Liberals Win The Culture Wars*. New York: HarperOne. 2015. p.3.

[12] « Des individus qui ont en commun l'expérience d'être l'objet de discriminations fondées sur des sétéréotypes, sur des croyances ethnocentriques ou sur des préjugés qui sont partagés par des membres du groupe non minoritaire. »

fait de leurs différences liées à leur origine, leur couleur de peau, leur sexe ou leur sexualité, certains groupes sont diabolisés, persécutés pour les rendre anormaux, inférieurs et invisibles aux yeux de la loi, du politique et de la société. Ils sont victimes d'attaques systématiques portant sur leurs différences, d'incriminations fondées sur des préjugés véhiculés par une majorité hostile et alimentée selon Gordon Allport, psychologue américain, par : « [An] irrational hostility toward a group of people whose evil attributes are exaggerated and overgeneralized[13] », c'est-à-dire une violence des discours qui se nourrit de jugements expéditifs et irrationnels. Ceux-ci sont érigés en dogmes et fondés sur la peur de la différence et sur un prétendu désordre social à venir voire la décadence de la civilisation.

Face à cette crainte d'une société déclinante, la métaphore guerrière s'invite dans les discours publics lors de l'investiture du candidat républicain à l'élection présidentielle de 1992, par l'intermédiaire de Pat Buchanan, qui déclare alors : « There is a religious war going on in our country. It is a cultural war, as critical to the kind of nation we shall be as the Cold War itself. For this war is for the soul of America[14]. » Selon lui, l'Amérique serait en proie à une guerre religieuse ou plus précisément à un conflit entre esprit de religion et esprit de laïcité. Buchanan rejoint Hunter en rappelant que cette lutte porte aussi sur la notion de culture, que ce dernier définit par « basic commitments and beliefs that provide a source of identity, purpose, and togetherness for the people who live by them. It is for precisely this reason that political action rooted in these principles and ideals tends to be so passionate[15]. » Buchanan fixe comme objectif le contrôle de la culture américaine par la seule idéologie défendue par les républicains conservateurs, à un moment critique pour justement mobiliser les électeurs afin de faire réélire George H. W. Bush en tant que gardien des valeurs ancestrales du pays : maintien du droit au port d'armes à feu, respect de la vie humaine et de la liberté religieuse ainsi que protection des liens sacrés du mariage traditionnel. Dans son discours, Buchanan ne dénonce pas le chômage, la pauvreté ou les

---

Defense Personnel Security Research and Education Center. *Nonconforming Sexual Orientations and Military Suitability*. December 1988. In DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry. *Gays in Uniform: the Pentagon's Secret Reports*. Boston: Alyson Publication. 1990. p.24.

[13] « [Une] hostilité irrationnelle envers un groupe d'individus dont les différences malfaisantes sont exagérées et généralisées. »
ALLPORT, Gordon. *The Nature of Prejudice*. Reading, MA: Addison Wesley. 1979. p.430.

[14] « Il y a une guerre religieuse dans ce pays. C'est une guerre culturelle, aussi importante et déterminante pour l'avenir de notre nation que la guerre froide. Car c'est une guerre pour l'âme de l'Amérique. »
BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address". Republican National Convention. Houston. August 17, 1992. *American Rhetoric*. [http://www.americanrhetoric.com/speeches/patrickbuchanan1992rnc.htm], p.4.

[15] « des engagements et des croyances de base qui procurent aux personnes qui s'en inspirent au quotidien une source d'identité, de projets et de partage. C'est précisément pour cette raison que l'action politique ancrée dans ces principes et ces idéaux a tendance à être si passionnée. »
HUNTER, James D. *Culture Wars*, op.cit., p.42.

inégalités mais le « libéralisme sauvage[16] » des années 1960 et 1970 incarné par des Clinton déterminés à nuire « au pays de Dieu[17] ». Il critique l'arrivée à la Maison Blanche d'un baby boomer bercé par les nouvelles aspirations des années 1960 qui était parvenu à échapper à ses obligations lors de la guerre du Vietnam. De plus, il est marié à une féministe radicale qui a osé conserver son nom de jeune fille et comparer l'institution du mariage à l'esclavage[18]. Pour Buchanan, ce duo malfaisant est l'incarnation du Mal et va détruire l'héritage des valeurs judéo-chrétiennes du pays. Il appelle le peuple à s'insurger contre cette régression des idéaux traditionnels, citant les questions de l'avortement, des prières à l'école, de la pornographie, des juges fédéraux qui refusent d'interpréter la Constitution telle qu'elle a été écrite, du féminisme, de la place des femmes dans l'armée, mais aussi des droits des homosexuels et en particulier ceux des homosexuels en couple : « [W]e stand with [President Bush] against the amoral idea that gay and lesbian couples should have the same standing in law as married men and women[19]. » Buchanan revendique ouvertement une politique de la discrimination en s'assurant que les homosexuels n'aient aucune opportunité pouvant conduire à l'affirmation de certains de leurs droits fondamentaux ni par le législateur, ni par la justice, en raison d'une orientation sexuelle criminelle. Il invoque aussi le droit des États à mettre en place toute disposition législative pour freiner les ravages de la pornographie[20]. Plus largement, cette guerre culturelle contre les homosexuels porte donc aussi sur la réaffirmation de la souveraineté des États contre un gouvernement fédéral intrusif. En effet, le contexte des émeutes de Los Angeles va également lui permettre de mettre en avant la « stratégie sudiste » pour séduire les électeurs blancs acquis jusqu'alors au Parti démocrate. Cette tactique consiste à critiquer l'intervention du gouvernement fédéral destinée à mettre fin aux pratiques discriminatoires protégées par les lois Jim Crow, qui instauraient une ségrégation raciale *de jure*. Ainsi, selon Buchanan, la nouvelle décennie qui s'annonçait devait porter sur l'engagement et le rassemblement des soldats du Christ pour défendre une culture pieuse et saine encadrée par la Bible. Pour cela, il comptait bien s'appuyer sur la *Bible Belt* pour susciter de nouvelles vocations parmi les croyants les plus fondamentalistes : « And as those boys took back the streets of Los Angeles, block by block, my friends, we must take back our cities, and take

[16] Au sens américain du terme « liberalism ».
[17] BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address", ibid., p.3.
[18] CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. "Culture Wars in America—Rhetoric and Reality", ibid., p.xxx.
[19] « [N]ous soutenons [le Président Bush] contre l'idée immorale selon laquelle les couples gays et lesbiens devraient avoir le même statut au regard du droit que les hommes et les femmes mariés. »
BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address", ibid., p.4.
[20] BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address", ibid., p.4.

back our culture, and take back our country[21]. » Buchanan salue le courage de héros qui n'hésitent pas à se sacrifier pour les plus fragiles, et à donner corps à la foi religieuse. En comparant la reconquête de la culture américaine à l'action de ces jeunes soldats déterminés à faire reculer les émeutiers noirs et latinos de Los Angeles, Buchanan estime légitime le recours à la force. Il est convaincu que la victoire dans cette guerre culturelle est possible au même titre que celle acquise par Ronald Reagan lors de la guerre froide[22] et la chute du mur de Berlin sous la présidence Bush. Autrement dit, en distillant un climat anxiogène, Buchanan veut faire croire que les Américains font face à un dilemme. Ils doivent choisir entre le risque que la morale religieuse soit écartée des enjeux de société et qu'un président démocrate défende les incroyants, les avorteurs et les homosexuels ou bien que la foi religieuse serve de catalyseur à la mise en place d'une politique qui protège leur zone de confort. Celle-ci suppose un droit à ne pas reconnaître certains individus, un droit à ne pas être offensé par des discours, un droit à ne pas être offusqué par des agissements ou des modes de vie contraires à la norme religieuse[23], d'où l'importance donnée au « politiquement correct ». Buchanan, en prônant le repli sur soi, la fermeture au pluralisme social, ethnique et religieux, ainsi qu'à la diversité, aggrave la fracture sociale et les inégalités de traitement. D'ailleurs, les conséquences directes de cette tendance se font déjà sentir : rupture du dialogue, attitudes et prises de position extrêmes[24], absence de coopération entre les partis politiques, impasse institutionnelle voire paralysie.

Ces remarques préliminaires nous indiquent que des républicains sont engagés dans un projet de société favorable aux valeurs de la famille traditionnelle et le respect d'un héritage judéo-chrétien qui doit selon eux continuer d'alimenter la culture[25] et qui va de pair avec ce que Buchanan estime constituer le Credo américain et la « bonne vie ». De telles idées sont également défendues par des organisations religieuses fondamentalistes dès les années 1970. La Droite chrétienne se donne notamment pour ambition d'imposer sa vision de l'autorité morale de la nation sans accorder la moindre place à l'homosexualité, et de s'ériger comme l'ennemi principal du mouvement des droits de la communauté LGBT (lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres)[26], qui

---

[21] « Et tout comme ces jeunes gens ont repris le contrôle des rues de Los Angeles, mes amis, pâté de maisons après pâté de maisons, nous devons reprendre le contrôle de nos villes, reprendre le contrôle de notre culture, et reprendre le contrôle de notre pays. »
BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address", ibid., p.5.

[22] BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address", ibid., p.2.

[23] LUKIANOFF, Greg, op.cit., p.24.

[24] LUKIANOFF, Greg, ibid., p.17.

[25] 1992 Republican Party Platform. "The Vision Shared: The Republican Platform, Uniting Our Family, Our Country, Our World". Adopted August 17, 1992 in Houston. *American Presidency Project*. [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=25847].

[26] Nous utiliserons « LGBT » abondamment dans ces pages, même lorsque nous évoquerons des périodes historiques antérieures à l'apparition de l'expression, il convient d'y voir un acronyme pratique plutôt qu'un anachronisme.

pour sa part est déterminée à acquérir l'égalité des droits et la reconnaissance de ses libertés fondamentales. Les homosexuels décrits par leurs détracteurs comme des « êtres moralement inférieurs » aspirent à la promulgation de lois qui les protègent contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans différents domaines, tels que l'emploi ou l'accès au logement et aux espaces publics. Dans ce travail, nous nous intéressons à des individus qui se définissent comme homosexuels et qui exigent la reconnaissance et la protection légale de ce statut par les institutions démocratiques du pays. C'est pourquoi nous retiendrons comme définition de l'orientation sexuelle celle qu'a élaborée une commission internationale de juristes, issue des *Principes de Jogjakarta* (2007) permettant à l'Assemblée générale des Nations Unies d'énoncer la Déclaration relative à l'orientation sexuelle et l'identité de genre (2008) qui vise à formaliser l'application du droit international des droits de l'homme pour les personnes LGBT :

> L'orientation sexuelle est comprise comme la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou des deux sexes, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus[27].

Aussi, définir tant bien que mal ce modèle d'attirance, inhérent à l'identité d'un homme homosexuel, d'une femme lesbienne et d'un individu bisexuel a permis à la Cour suprême de poser la pierre angulaire des libertés fondamentales des Américains homosexuels dès 1996[28] pour invalider des lois discriminatoires notamment contre leur sexualité. C'est là une étape incontournable qui permettra à la question du mariage homosexuel de se retrouver de nouveau au centre du débat public.

Cette demande d'accès à la liberté fondamentale du mariage pour les couples de même sexe est apparue dans les années 1980 lorsqu'en pleine crise du SIDA, ils sont confrontés aux difficultés du quotidien du fait que leur union n'a aucune valeur juridique et légale : « […] powerful institutions—family and probate courts, hospitals, adoption agencies and funeral homes—treated them as legal strangers[29]. » C'est en faisant l'expérience de l'indifférence de la part des autorités à l'égard de la légitimité et de la sincérité de leur relation ainsi que du traumatisme vécu lorsque l'un des conjoints n'est pas autorisé à visiter à l'hôpital son partenaire porteur du SIDA, que des couples concernés par ce fléau réalisent que le mariage leur permettrait de se protéger

---

[27] L*es Principes de Jogjakarta*, 2007. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Consulté le 14 juillet 2016 : [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.pdf]

[28] La Cour confirme qu'il est anticonstitutionnel de priver des citoyens LGBT de protections contre la discrimination par le recours à un amendement constitutionnel adopté par référendum.

[29] « […] des institutions puissantes—des tribunaux de la famille et des successions, des hôpitaux, des organismes agréés pour l'adoption et des maisons funéraires—les considéraient comme des étrangers légaux. »
CHAUNCEY, George. "The Long Road to Marriage Equality". *The New York Times*. June 27, 2013. Consulté le 3 juillet 2013 [http://www.nytimes.com/2013/06/27/opinion/the-long-road-to-marriage-equality.html]

mutuellement sans avoir à rédiger systématiquement des testaments. En 1993, lorsque la Cour suprême d'Hawaii conclut dans l'affaire *Baehr v. Lewin* que s'opposer à la délivrance de licences de mariage aux couples homosexuels constitue une discrimination fondée sur le sexe et donc une violation de la clause de protection égale, cette décision va déclencher un maelström politique et juridique tandis que la liberté du mariage devient un enjeu, notamment pour Evan Wolfson, afin de garantir l'égalité des droits des couples homosexuels : « [The epidemic] transformed the movement from seeking to be let alone—"don't harass us, don't persecute us, don't attack us"—to seeking to be *let in*[30]. » Les ravages causés par le SIDA ont modifié la conscience collective et l'image des homosexuels auprès de l'opinion publique. Ces derniers aspirent à être intégrés à la société comme des citoyens à part entière, et à disposer des mêmes droits, des mêmes protections garanties par l'État, de la même égalité des chances, et donc de l'égalité des droits au mariage. Selon Guillaume Marche, l'éventuelle victoire du mariage homosexuel au début des années 2000 serait pour les homosexuels, en quête de reconnaissance institutionnelle, le moyen d'exercer « une citoyenneté de plein droit »[31].

En effet, le « séisme » retentissant de 1993 va donner naissance à un mouvement national pour la liberté du mariage pour les couples homosexuels porté par Evan Wolfson, le premier avocat à avoir rédigé un mémoire de 140 pages sur la légalisation du mariage homosexuel par le XIVe amendement à Harvard en 1983. Ce jugement de 1993 va conduire à l'organisation d'une riposte institutionnelle par les chrétiens intégristes du Parti républicain, qui va mettre en place et/ou soutenir des lois fédérales ainsi que des lois d'État discriminatoires, lors des premières campagnes référendaires pour l'interdiction constitutionnelle du mariage homosexuel dans les États comme à Hawaii en 1998[32], ou au niveau fédéral avec le *Federal Marriage Amendement* (FMA) dès 2002. Néanmoins, le mouvement pour la liberté du mariage homosexuel enregistre ses premières victoires avec la mise en place des partenariats enregistrés en Californie (1999) et des unions civiles dans le Vermont (2000). Ces dispositifs légaux ont permis de pallier certaines injustices mais n'accordent pas, au départ, l'intégralité des droits prévus par le mariage comme en Californie. Par ailleurs, la loi fédérale de 1996 qui ne reconnaissait que le mariage entre un

---

[30] « [L'épidémie] a transformé le mouvement allant de la recherche de la tranquillité — "Ne nous harcelez pas, ne nous persécutez pas, ne nous agressez pas" — à la recherche de l'intégration. »
VOORTELLA, Gina and Nox. "Winning the Freedom to Marry Nationwide: The Inside Story of a Transformative Campaign". *Freedom to Marry*. Consulté le 14 mai 2016 : [http://www.freedomtomarry.org/pages/how-it-happened#section-3]

[31] MARCHE, Guillaume. Groupe dominant et minorités sexuelles aux Etats–Unis : quelle définition de la citoyenneté ?. In SPENSKY, Martine et COHEN James (dir.*), Citoyenneté et diversité*. Clermont-Ferrand : Presses Universitaires Blaise-Pascal. 2009. p.158.

[32] L'amendement 2 autorise la législature d'État à réserver le mariage aux couples hétérosexuels.

homme et une femme, prive toujours les couples de même sexe d'environ 1 100 droits et avantages fédéraux.

Au début des années 2000, le mouvement pour l'égalité des droits de la communauté LGBT est aussi encouragé par la Cour suprême, qui va rendre pas moins de quatre jugements en sa faveur entre 2003 et 2015. En juin 2003, elle abroge définitivement les lois contre la sodomie au Texas et dans treize autres États de l'Union[33], ce qui pour le juge Antonin Scalia est annonciateur de l'ouverture des débats sur le mariage homosexuel par l'abrogation de lois protégeant le mariage traditionnel. La même année, Evan Wolfson lance son organisation *Freedom to Marry* pour obtenir le soutien et la légalisation du mariage homosexuel État après État. C'est d'ailleurs sur décision de la plus haute Cour que le Massachusetts est le premier État à le légaliser en novembre. Quelques mois après, le maire de San Francisco délivre des licences de mariage aux couples homosexuels. Malgré ces avancées, de nouvelles inégalités vont apparaître entre les couples de même sexe en Californie et parfois d'un État à un autre. L'Amérique est morcelée, les couples de même sexe doivent faire face à un patchwork de décisions et de lois disparates : 31 États ont amendé leur Constitution par référendum. Parmi ces amendements, certains proscrivent seulement le mariage homosexuel tandis que les deux tiers interdisent mariage homosexuel et unions civiles, voire tous les dispositifs apparentés. La stratégie de la *Human Rights Campaign* (HRC[34]) et d'Evan Wolfson de remporter la victoire État après État atteint rapidement ses limites. En 2009, l'*American Foundation for Equal Rights* est créée à Los Angeles pour financer la première bataille juridique contre un amendement constitutionnel en Californie (Proposition 8) devant cette fois un tribunal fédéral. En d'autres termes, si l'interdiction du mariage homosexuel est historiquement considérée comme le déni, la privation voire la rétrogradation discriminatoires de la citoyenneté[35], elle doit alors pouvoir être combattue au niveau fédéral. Le recours à la justice fédérale doit permettre de faire plier des États récalcitrants à tout changement pour leur rappeler que la liberté du mariage est un droit humain fondamental inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), mais aussi une liberté fondamentale défendue par la Cour suprême américaine.

La présente thèse de civilisation américaine vise à offrir une évaluation aussi complète que possible de la pertinence du concept de guerre culturelle au XXIe siècle à travers le prisme d'un combat politique, juridique et constitutionnel dont l'objectif est de mettre un terme à une

---

[33] L'Alabama, la Floride, l'Idaho, le Kansas, la Louisiane, le Michigan, le Mississippi, le Missouri, la Caroline du Nord, la Caroline du Sud, l'Oklahoma, l'Utah et la Virginie.
[34] Le groupe de défense LGBT le plus important aux Etats-Unis.
[35] CHAUNCEY, George. "The Long Road to Marriage Equality", loc. cit.

citoyenneté de seconde zone. Certains détracteurs, comme Morris Fiorina (*Culture War? The Myth Of A Polarized America*, 2004) ont accusé Hunter d'avoir créé un mythe dont le seul objectif était de polariser et de diviser les Américains, tandis que d'autres ont affirmé la fin des guerres culturelles lors des attaques terroristes du 11 septembre 2001, voire lors de l'élection de Barack Obama en 2008. Par conséquent, il sera utile de s'interroger sur la fin présumée de ces guerres culturelles à la lumière des déclarations de Barack Obama qui, fin juillet 2015 au Kenya et sur fond de recrudescence du racisme et de bavures policières, a reconnu que le contrôle des armes à feu resterait sa plus grande frustration. Il conviendra également d'étudier les origines historiques de cette guerre culturelle contre l'homosexualité orchestrée par des « orthodoxes », pour reprendre la terminologie utilisée par Hunter, infiltrés jusque dans les entrailles du pouvoir et qui, au nom de leur conviction morale et religieuse, relèguent encore aujourd'hui des citoyens LGBT à un rang inférieur pour les décrier et leur faire subir une discrimination systématique. Au cours de nos lectures et au vu des événements politiques en lien avec la question de l'égalité des droits des Américains LGBT, en particulier à partir de 1992, nous avons pu observer que cette guerre culturelle contre l'homosexualité structurait le système de gouvernement en créant de nombreuses tensions voire des blocages institutionnels au sein du gouvernement fédéral en lutte aussi contre l'autonomie des États. Si le système de gouvernement est fortement affecté par ces guerres culturelles, au sens large du terme, alors il nous faudra nous demander si elles ne servent pas à mesurer l'efficacité du système démocratique des contre-pouvoirs dans le cadre de la légalisation du mariage homosexuel, tout en favorisant le renouvellement de la classe politique mais aussi l'immobilisme de la Chambre des représentants. En quoi cette guerre culturelle contre les homosexuels et les transsexuels participe-t-elle à l'exceptionnalisme américain, marqué par une conception singulière de la séparation de l'Église et de l'État ? Cette étude analysera les stratégies développées notamment par les conservateurs religieux qui ont fait des discours issus de la morale religieuse un puissant vecteur permettant de mettre en place un arsenal législatif inégalitaire, de façonner l'opinion publique, d'influencer les électeurs et de leur faire peur. Cette dynamique institutionnelle au profit de la foi religieuse correspond historiquement, selon Camille Froidevaux-Metterie à un « mouvement de flux et de reflux[36] ». Il sera intéressant de mettre en parallèle un second processus amorcé par le mouvement LGBT en faveur du progrès pour l'égalité réelle. Pour John D'Emilio, « change has come in the form of alternating cycles of what we might colloquially

[36] FROIDEVAUX-METTERIE Camille. « Pouvoir et religion : vers une nouvelle ère laïque ? ». *Revue internationale et stratégique*. Avril 2009 (n° 76). [https://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2009-4-page-135.htm], p.136.

describe as “leaping” and “creeping”[37]. » Jean Kempf, pour sa part, estime que le mouvement pour l'égalité des droits des minorités au cours du XXe siècle se caractérise par son « incomplétude » et son « instabilité »[38]. Autrement dit, le contexte des guerres culturelles rendent les victoires LGBT fragiles et incertaines. Celles-ci ne doivent pas faire oublier la persistance de l'homophobie et de préjugés hostiles qui peuvent encore aujourd'hui conduire à la régression. Ce travail de recherche prétend donc aussi explorer la manière dont cette guerre culturelle contre les homosexuels joue un rôle déterminant dans ces cycles dynamiques, émaillés de sérieux revers pour la communauté LGBT. En d'autres termes, ces défaites liées à des phases de flux de l'esprit religieux ont paradoxalement permis au mouvement de s'organiser pour sécuriser les victoires de demain. Cette analyse doit démontrer comment les mécanismes de ce combat contre la communauté homosexuelle a finalement servi de moteur à un mouvement protestataire. Par ailleurs, le débat autour du mariage homosexuel a accru la visibilité des problématiques LGBT. Il a aussi servi à certains militants de tribune leur permettant en quelque sorte d'éduquer la majorité hétérosexuelle aux réalités de la vie homosexuelle, marquée à travers l'histoire par la discrimination si ce n'est la persécution.

Cette thèse se veut pratique, il s'agit d'examiner les origines, fonctionnements et conséquences de clivages culturels spécifiquement états-uniens. Plus précisément, nous nous intéresserons à la polarisation politique systématique autour de l'homosexualité et de son impact au cœur du vivre ensemble et du système politique et judiciaire américain. Nous n'avons pas hésité à emprunter à plusieurs domaines tels que l'histoire, la sociologie, le droit et la politique. Nous nous sommes appuyés sur une série d'ouvrages qui traitent de la famille, du mariage, de la sexualité en général et de la minorité homosexuelle en particulier, ainsi que sur l'expertise d'acteurs politiques et de personnalités reconnues issues de la recherche universitaire (Nancy Cott, George Chauncey, John D'Emilio, etc.). Notre corpus de sources primaires rassemble des comptes rendus d'audience et des débats législatifs, des jugements rendus notamment par la Cour suprême, des rapports relatifs à l'examen de certains projets de loi ainsi que des discours présidentiels. J'ai également eu la chance de pouvoir mener une enquête de terrain à New York et à Washington, où j'ai recueilli différents témoignages. Joe Solmonese, lobbyiste et ancien président de la *Human Rights Campaign* (HRC), m'a aidé à organiser des entretiens fructueux avec de récents acteurs de

---

[37] « Le changement est intervenu sous la forme de cycles alternatifs que nous pourrions communément décrire par “des pas de géant” et “des phases de stabilité”. »
D'EMILIO, John. "Cycles of Change, Questions of Strategy: The Gay and Lesbian Movement After Fifty Years." In RIMMERMAN, Craig, WALD, Kenneth, WILCOX, Clyde. *The Politics of Gay Rights*. Chicago: University of Chicago Press. 2000. p.42.

[38] KEMPF, Jean. *Une histoire culturelle des États-Unis*. Paris : U. 2015. p.144.

l'égalité des droits LGBT. J'ai également pu observer certaines des pratiques militantes de la *National LGBTQ Task Force* lors d'un stage pratique destiné à sensibiliser les électeurs aux méfaits de la Proposition 8 (2008) à Santa Barbara en Californie. Cette thèse a aussi pour objectif de répondre aux détracteurs du concept de « guerre culturelle », comme Morris Fiorina, qui a accusé Hunter d'avoir créé un mythe ne s'appliquant qu'aux seules élites médiatiques et politiques, avides de polarisation idéologique et refusant tout traitement plus nuancé de la part d'Américains modérés.

L'architecture générale de ce travail s'organise autour de trois axes d'observation et donc de trois chapitres principaux.

La première partie part du postulat que la guerre culturelle lancée contre l'homosexualité est le résultat d'une perméabilité dans le mur de séparation entre l'Église et l'État, permettant d'ériger la liberté religieuse en tant qu'arme répressive pour imposer la discrimination structurelle des Américains LGBT et des couples de même sexe. Afin de vérifier ce principe, nous nous appuierons sur l'histoire de la discrimination d'une communauté dont le pouvoir politique relatif mérite la protection des pouvoirs publics et du judiciaire.

La deuxième partie s'intéressera aux pouvoirs exécutif et législatif ; ils demeurent indissociables des cycles alternatifs associés au changement, tels que D'Emilio les a décrits. Elle tentera d'illustrer comment, au début des années 1990, le combat pour l'égalité des droits de la communauté LGBT s'est soldé par la trahison de la présidence des compromis incarnée par Bill Clinton. En effet, ce dernier a approuvé l'adoption de deux lois discriminatoires, dont le *Defense of Marriage Act* et a ouvert la voie à un nouveau combat contre l'activisme judiciaire ou le « pouvoir des juges ». La présidence Bush a promu une croisade morale pour la préservation de la famille traditionnelle et du mariage entre un homme et une femme. Son action politique a été marquée par une volonté de mettre à mal les prérogatives de la justice en l'empêchant d'agir sur les questions relatives au mariage et en soutenant l'adoption d'amendements constitutionnels interdisant définitivement le mariage homosexuel. La présidence Obama, si elle reste la présidence de tous les espoirs, de la transition entre le *statu quo* et le progrès, entre les inégalités et la justice sociale, n'aura pas réussi à définir une frontière entre liberté religieuse et droit de discriminer.

La troisième partie montrera que dans le débat sur l'égalité d'accès à l'institution du mariage, la justice conserve un rôle déterminant pour défendre la minorité homosexuelle, affirmer ses libertés fondamentales et ouvrir la voie à la réparation morale. En effet, l'opinion majoritaire du juge Anthony Kennedy dans l'arrêt *Obergefell* est une exemplification du principe d'expiation judiciaire qui a permis de restaurer la dignité des couples de même sexe et de garantir la légitimité de leur union par la clause de protection égale du XIVe amendement.

Chapitre 1

Paradigme d'une guerre culturelle dans une nation théocratico-laïque libre

INTRODUCTION

Il s'agit dans la première partie de cette démonstration de s'interroger sur les origines et les particularités de cette guerre culturelle contre l'homosexualité dont l'objectif est de nuire à cette « nouvelle Amérique[39] » naissante des années 1960 tout en œuvrant à l'affirmation de valeurs traditionnelles.

Ce phénomène se justifie par la défense d'une nation historiquement fondée sur la liberté de culte, mais où les religions dominantes conçoivent l'homosexualité comme un péché. Dans ce sens, les homosexuels ne peuvent prétendre à aucune forme d'acceptation, puisque leur sexualité est contraire aux normes morales. Il est donc impératif de montrer comment, dans cette guerre culturelle, la brèche ouverte dans le mur de séparation entre l'Église et l'État joue un rôle déterminant. Tout d'abord, nous étudierons l'un des fondements de la nation américaine : l'affrontement entre deux forces, en apparence inconciliables, à savoir le respect de la conscience religieuse et la volonté laïque de défendre l'esprit du sécularisme. Puis, nous montrerons que la minorité homosexuelle est l'une des premières victimes non seulement de l'idéologie religieuse dominante mais aussi du droit et de la science, faisant de l'homosexualité une pathologie marginale, à laquelle le seul remède possible est la persécution systématique[40]. L'homosexualité continue d'être une abomination associée à des adjectifs péjoratifs comme « immorale », « anormale » et « déviante » car elle vient remettre en question l'organisation de la sexualité et la conception de l'hétérosexualité comme un modèle universel considéré comme acquis.

Cette forme d'oppression morale injuste permet à la communauté de s'organiser politiquement pour s'inscrire dans un combat en faveur de l'égalité des homosexuels dans une perspective accommodationniste[41]. Marilyn Rieger, l'une des principales instigatrices, déclare dès les années 1950 vouloir mettre fin à l'attribution d'une étiquette citoyenne réductrice qui, fondée sur le seul critère de la sexualité, dépossède la minorité homosexuelle de certains de ses droits les plus fondamentaux : « Equality for gay men and women would come [...] "by declaring ourselves, by integrating...not as homosexuals, but as people, as men and women whose homosexuality is

---

[39] HARTMAN, Andrew. *A History of the Culture Wars: a War for the Soul of America*. Chicago: University of Chicago Press. 2015. p.2.
[40] 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. p.9.
[41] MARCHE, Guillaume. "Construction du modèle identitaire". Dans *Identités privées et identités dans les dynamiques de mouvement social gay et lesbien aux Etats-Unis depuis 1980*. Thèse sous la direction de John Atherton, Paris VII. 2000. p.3.

irrelevant to our ideals, our principles, our hopes and aspirations[42]." » Les plus conservateurs ont donc à s'expliquer aussi sur les raisons qui les poussent à considérer que la reconnaissance des libertés fondamentales de citoyens américains par le gouvernement revient à l'attribution de « droits spéciaux » aux seuls homosexuels. La chasse à l'immoralité religieuse, à elle seule, peut-elle servir de base à la discrimination et définir les intérêts de la morale publique ? Francis Canavan, politologue catholique, définit cette forme de morale comme la défense de valeurs séculières qui n'est pas parvenue à imposer la privatisation de la religion dans le débat sur la question de l'autorité morale de l'Amérique[43]. Cela explique que les représentants politiques puissent parfaitement ériger des idéaux prônés par l'Église en dogmes politiques publics. Selon Canavan, la démocratie libérale[44] moderne, sous la présidence de Roosevelt, serait donc responsable d'avoir imposé une certaine forme de neutralité religieuse gouvernementale : « Through an ever-expanding array of civil rights, [liberalism] seeks to emancipate the individual from religious, moral, and social restraints that are not of his own choosing[45]. » Les Américains sont certes libres d'exprimer leur désaccord vis-à-vis de la défense des intérêts de la communauté LGBT, mais peuvent-ils en faire une politique d'intérêt public en contraignant les membres d'une minorité à l'exclusion du fait de leur différence et au mépris de leurs libertés fondamentales ?

La libéralisation doit donc permettre de définir ces libertés du point de vue constitutionnel ou au moins permettre l'application concrète du principe du sécularisme. Par exemple, la minute de silence est une forme de prière laïque qui montre que la neutralité religieuse du gouvernement est possible. C'est ainsi que la question des droits et des libertés individuelles se retrouve en première ligne dans les guerres culturelles et notamment dans la liberté fondamentale du mariage, le droit à l'avortement, à l'euthanasie et au port d'armes à feu. C'est sur cette dernière question que le positionnement idéologique des Églises conservatrices est le moins unanime. Certains leaders politiques et religieux considèrent que le IIe amendement engendre une violence qui met en péril la vie des citoyens ; pour d'autres, le droit au port d'armes est au centre de la notion de « liberté réelle »; ou bien cette violence est, selon l'analyse de Mike Huckabee, le résultat d'une civilisation décadente dans laquelle la morale religieuse a été évincée des écoles. Huckabee affirme que la

---

[42] « L'égalité des gays et des lesbiennes viendrait […] "en nous déclarant, et en nous intégrant... non pas en tant qu'homosexuels, mais en tant que personnes, en tant qu'hommes et femmes dont l'homosexualité n'a rien à voir avec nos idéaux, nos principes, nos espoirs et nos aspirations." »
D'EMILIO, John, ibid., p.79.

[43] CANAVAN, Francis. *The Pluralist Game*. Maryland: Rowan & Littlefield Pub.Inc. 1995. p.79.

[44] Il s'agit de l'adjectif libéral au sens américain du terme « liberal ». Voir note de bas de page n°8 p.15.

[45] « À travers un éventail toujours plus large de droits civiques, [le libéralisme] cherche à émanciper l'individu de contraintes religieuses, morales, et sociales qui ne relèvent pas de son choix. »
CANAVAN, ibid., p.128.

sécularisation est la première responsable de ce bouleversement, de ce déclin de la culture américaine aggravé par le darwinisme et la critique systématique de la Bible[46]. Les religieux les plus conservateurs prônent un renouveau de la morale religieuse fondé sur le retour aux origines de l'Amérique, sur l'idée de la naissance providentielle de la nation. Telle est la seule voie possible à leurs yeux pour réparer les dégâts causés par les interprétations erronées des documents et des événements fondateurs du pays. Est-il possible pour l'Amérique de défendre la morale séculière selon les évolutions sociales ? Cet objectif lui permettrait de garantir l'égalité des droits de ceux qui s'estiment encore inégaux aux yeux de la loi et réhabiliterait certains citoyens lésés dans leur dignité par des années de souffrance liées à la discrimination et au harcèlement engendré par leur différence. Pour répondre à cette question, nous commencerons par examiner la question du mur de séparation entre l'Église et l'État sous-jacent dans le Ier amendement de la Constitution fédérale ainsi que les points de vue des Pères fondateurs sur la construction institutionnelle de l'Amérique et l'influence de la religion.

[46] HARTMAN, op.cit., p.38-39.

I.A. Une exception américaine : liberté religieuse et esprit séculier

Dans son discours d'adieu, le président Washington rappelle au peuple américain que la religion et la moralité sont non seulement inséparables mais surtout nécessaires pour établir le système démocratique américain le plus vertueux possible : « Of all the dispositions and habits which lead to political prosperity, religion and morality are indispensable supports[47] ». Washington part du principe que la morale s'inspire des principes religieux car la religion peut servir les intérêts politiques de la nation en tant qu'alliée idéologique. Toutefois, l'ancien président ne mentionne pas le degré d'implication de la morale religieuse dans la création de politiques publiques, ce qui représentera une faille exploitée par de nombreux politiques et spécialistes au fil des années. En 1995, Canavan parvient à une analyse similaire qui montre que religion et moralité sont imbriquées même si le Ier amendement empêche l'État de reprendre les Dix Commandements pour en faire la nouvelle Déclaration des droits de la Constitution. En revanche, l'État peut être influencé de manière importante : « the state is not barred from enforcing certain principles of the Ten Commandments for the reason that some of its citizens believe that they have been revealed by God[48]. » Canavan part du principe que le Décalogue représente le fondement moral d'une société majoritairement religieuse. Il ne tient cependant pas compte des individus qui se considèrent athées, agnostiques, ou qui peuvent ne pas adhérer à l'intégralité des Dix Commandements. En revanche, il laisse l'État libre d'adopter de tels principes justement parce que le gouvernement est laïque et indépendant de l'influence religieuse. Selon Mark Noll, historien et spécialiste de l'histoire du christianisme aux États-Unis, la Constitution fédérale est un « document séculier et humaniste[49] ». Tel est le sens de la ratification du Ier amendement, destiné à protéger le gouvernement séculier contre d'éventuels empiétements religieux car les croyances religieuses ne peuvent être considérées comme supérieures aux lois du pays. La Constitution reste la loi suprême de la nation.

En fait, Camille Froidevaux-Metterie, professeure de science politique, affirme que les Pères fondateurs redoutent le pluralisme religieux comme une source évidente d'antagonisme[50].

---

[47] « De toutes les dispositions et habitudes qui conduisent à la prospérité politique, la religion et la morale sont des appuis nécessaires. »
President GeorgeWashington. "Washington's Farewell Address to the People of the United States". Déclaration publiée le 19 septembre 1796 dans le Philadelphia *Daily American Advertiser*. Consultée le 15 novembre 2015 : [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CDOC-106sdoc21/pdf/GPO-CDOC-106sdoc21.pdf], p.23.

[48] « Rien n'interdit à l'État d'appliquer certains principes des Dix Commandements en raison du fait que certains de ses citoyens pensent que ces principes ont été révélés par Dieu. »
CANAVAN, op.cit., p.78.

[49] FROIDEVAUX-METTERIE, Camille. *Politique et Religion aux États-Unis*. Paris : Repères. 2009. p.38.

[50] FROIDEVAUX-METTERIE, ibid., p.39.

D'ailleurs, Hunter lui-même tire implicitement la même conclusion quand il établit ce qu'il voit comme un parallèle religieux entre les première, seconde et troisième guerres culturelles. La première guerre résulte d'une division entre les différentes Églises protestantes débouchant sur l'apparition de nouvelles dénominations. Dans la deuxième guerre culturelle s'affrontent le protestantisme, le catholicisme et le judaïsme pour définir la vérité doctrinale qui doit dominer la culture américaine. Finalement, le consensus s'établit, selon Hunter, autour du théisme biblique. Autrement dit, la Bible sert de document de référence dans la conception de l'autorité morale.

Un article de James Madison dans *The Federalist Papers* témoigne aussi des nombreuses inquiétudes suscitées par la création de factions, unies autour d'intérêts communs[51]. Ce dernier s'émeut de l'influence grandissante de factions qui menacent les intérêts de groupes minoritaires. En 1829, il signale en Virginie le danger que constitueraient des groupes majoritaires susceptibles d'entraver les droits des minorités : « In Republics, the great danger is, that the majority may not sufficiently respect the rights of the minority[52]. » Il préconise une séparation stricte, en restreignant à la sphère privée les croyances religieuses qui ne peuvent donc être imposées à tous de manière autoritaire. Ce désir d'éviter une majorité tyrannique explique ainsi la mise en œuvre de la conception madisonnienne de la démocratie en Amérique.

Enfin, Thomas Jefferson, farouchement attaché à la séparation entre l'Église et l'État, a certainement influencé Madison dans la formulation du Ier amendement et il est parfaitement conscient du fait que la Constitution est un document présentant des imperfections. Elle doit donc être adaptée au contexte social et politique, et il est ainsi légitime pour les représentants de l'autorité de définir les modalités de révision voire d'interprétation de la Constitution. On peut aussi comprendre que dès 1803 la Cour suprême en déduit que la Constitution lui confère implicitement le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois (*judicial review*). Cela donne naissance à l'une des nombreuses dichotomies qui opposent les juges dans ces guerres culturelles, à savoir les doctrines contraires de « Constitution vivante » et de « l'originalisme ». En d'autres termes, lorsque le président Obama ou bien Hillary Clinton réclament le droit constitutionnel au mariage pour les couples de même sexe, ils soutiennent cette doctrine de la « Constitution vivante » qui répond bien à l'exigence d'adapter le droit au nouveau contexte social. Cette dichotomie se retrouve dans les principes de *broad constructionism* et de *strict constructionism*, qui opposent libéraux et conservateurs quant à l'interprétation à donner à la Constitution. Ce

---

[51] *Le Fédéraliste*, article n°10.

[52] « Dans les Républiques, le grand danger est qu'il est possible que la majorité ne respecte pas suffisamment les droits de la minorité. »
MADISON, James. Convention Constitutionnelle de la Virginie. Discours du 2 décembre 1829. [http://www.constitution.org/jm/18291202_vaconcon.txt]

combat rejoint inévitablement celui de la morale, pour donner non seulement du sens au droit mais aussi pour indiquer le cap que doit prendre l'Amérique. Une interprétation stricte de la Constitution renvoie, selon Hartman, au maintien d'un « ordre ancien » censé « être bon, naturel, véritable et intemporel », qui justifierait pleinement le recours à la discrimination[53]. En revanche, à l'université, on enseigne aux jeunes générations les principes d'ouverture d'esprit et de tolérance vis-à-vis des différences. L'exigence morale repose alors sur le principe de la non discrimination[54]. Dans cette guerre culturelle, la morale apparaît donc comme une force invisible, celle du langage, qui s'est insinuée à tous les niveaux institutionnels démocratiques du pays pour façonner des hommes et toute une société.

On peut alors comprendre que la brèche dans le mur de séparation entre l'Église et l'État soit aussi manifeste. L'homosexualité est généralement condamnée par l'Église, même s'il faut signaler que certaines Églises ont approuvé, de manière démocratique, la célébration du mariage homosexuel[55]. Cette guerre culturelle permet de poser clairement la question des interprétations bibliques au sujet de l'homosexualité. Andrew Sullivan, ancien rédacteur en chef de *The New Republic*, recense les références bibliques les plus controversées : les Écritures juives, l'Ancien Testament avec la référence à Sodome dans la Genèse ainsi que le Lévitique, le Nouveau Testament et les versets de Saint Paul[56]. Certains les considèrent comme des condamnations ouvertes de l'homosexualité, d'autres se livrent à des interprétations plus nuancées en raison d'un manque de contextualisation voire d'erreurs de traduction. Les références bibliques les plus utilisées par les conservateurs et les chrétiens fondamentalistes restent celles du Lévitique : « You shall not lie with a male as with a woman; it is an abomination[57]. », « If a man lies with a male as with a woman, both of them have committed an abomination; they shall surely be put to death; their blood is upon them[58]. » Sullivan affirme que ces références à un acte homosexuel contre

---

[53] HARTMAN, op.cit., p.231.

[54] HARTMAN, ibid., p.231. Allan Bloom, conservateur et philosophe américain, parle d'*indiscriminateness* dans *The Closing of the American Mind* (1987).

[55] Le 4 juillet 2005, dans le cadre du 25e *General Synod* à Atlanta, les délégués approuvent par un vote une résolution qui permet l'ouverture du mariage religieux aux couples de même sexe.
United Church of Christ 25th General Synod. "Equal Marrige Rights for All". Atlanta, July 4th, 2005. Consulté le 2 mai 2006 : [http://uccfiles.com/pdf/2005-EQUAL-MARRIAGE-RIGHTS-FOR-ALL.pdf]
La *Presbyterian Church* amende sa Constitution en mars 2015 pour autoriser l'union des couples homosexuels. 87 congrégations sont favorables, 41 s'y opposent.

[56] SULLIVAN, Andrew. *Virtually Normal: an Argument about Homosexuality*. New York: Knopf, inc. 1995. p.26-31.

[57] *The Holy Bible, English Standard Version*. *Unlawful Sexual* Relations, Lev. 18.22. Wheaton: Crossway. 2011. Web.
« Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme : c'est une pratique abominable. »
La Bible – Segond 21. *Les unions sexuelles interdites*, Lev. 18.22. Importantia Publishing. 2013.

[58] *The Holy Bible, English Standard Version*. *Punishments for Sexual* Immorality, Lev. 20.13. Wheaton: Crossway. 2011. Web.
« Si un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ils commettent tous deux un acte abominable. Ils seront punis de mort, leur sang retombera sur eux. »

nature et infâme sont à mettre en relation avec la condamnation d'autres pratiques pareillement proscrites comme manger du porc, des fruits de mer ou bien se faire couper les cheveux. Pourtant, elles ne font pas l'objet d'une interdiction générale encadrée par la loi[59].

Autre faille dans le mur prétendument érigé entre l'Église et l'État, l'autorisation légale d'un membre du clergé d'agir en tant que représentant de l'État pour célébrer un mariage en renvoyant tous les documents administratifs au tribunal. Ce principe s'inscrit également dans la tradition des prérogatives des États dans la gestion des relations familiales. Ainsi en déléguant une certaine autorité aux Églises, l'État permet que le mariage ne soit pas célébré à la mairie, ce qui n'est pas le cas en France. Certes, les Églises restent soumises à l'obligation de faire acter une célébration de mariage, mais elles conservent le pouvoir discrétionnaire de refuser d'unir des couples de même sexe, si leur doctrine s'y oppose. Une autre raison explique que la religion soit aussi impliquée dans ce débat contre le mariage homosexuel : c'est que le Ier amendement vise les seules actions du gouvernement fédéral. Ce n'est qu'à partir de 1940 et 1947 que la Cour suprême américaine a mis fin à un enchevêtrement du politique et du religieux dans les affaires des États qui pouvaient promouvoir et encourager les principes du christianisme[60]. Tout d'abord, un arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Cantwell v. Connecticut* contraint les États à appliquer la clause de libre exercice du Ier amendement. Puis, un deuxième arrêt dans *Everson v. Board of Education* valide le principe de la séparation stricte par la reconnaissance de la clause d'établissement qui s'applique désormais aux États. On peut en déduire que ces derniers disposaient auparavant d'une marge de manœuvre conséquente pour légiférer sur la question de la liberté religieuse en dépit des principes du Ier amendement qui ne permet pas le vote et la promulgation d'une loi relative à l'établissement d'une religion. Froidevaux-Metterie donne quelques exemples évocateurs d'une période où la religion exerçait une influence majeure dans de nombreux espaces institutionnels ; par exemple, la lecture de la Bible et la récitation de prières à l'école revêtaient un caractère obligatoire jusqu'en 1962[61] : « Nombre d'États fédérés financent l'enseignement de la doctrine chrétienne dans les prisons, les orphelinats, les casernes et les asiles[62]. » Autrement dit, voulant influencer la construction sociale et culturelle de ses citoyens par l'obligation de suivre une éducation religieuse, l'État cherche à leur donner des repères et à les guider dans leur mode de vie. C'est au cours de ce processus qui consiste à leur inculquer ces principes religieux, que ces citoyens sont confrontés au rejet de l'homosexualité : un choix de vie contraire à la morale religieuse qui ne peut

---

La Bible – Segond 21. *Peines contre diverses fautes,* Lev. 20.13. Importantia Publishing. 2013.
[59] SULLIVAN, op.cit., p.27.
[60] FROIDEVAUX-METTERIE, op.cit., p.67.
[61] Décision de la Cour suprême américaine dans *Engel v. Vitale* (1962).
[62] FROIDEVAUX-METTERIE, ibid., p.68.

admettre que deux hommes ou deux femmes puissent sincèrement s'aimer, vouloir se protéger et exprimer le souhait de pouvoir s'unir et d'avoir des enfants.

La prise de conscience des aspirations et de la visibilité croissante d'une communauté a précipité les législateurs conservateurs et les chrétiens rigoristes dans un combat acharné pour faire voter des lois susceptibles de protéger leur liberté de conscience dans les États. Ils exigent d'être protégés par le droit s'ils refusent de servir des clients homosexuels, décident de ne pas les recruter, de les congédier ou de leur refuser un accès au logement en arguant de leur orientation sexuelle qu'ils considèrent comme une atteinte à leur liberté de conscience. Ils veulent n'être soumis à aucune loi contraignante destinée à défendre et protéger les intérêts et les droits de citoyens dont la sexualité est condamnée par la Bible. Nous devons donc désormais nous demander si des juges conservateurs valideront des lois vraisemblablement discriminatoires sous prétexte de vouloir protéger des chrétiens qui s'estiment lésés et blessés dans leur foi religieuse. Si tel est le cas, ils devront montrer en quoi la discrimination constitue alors un intérêt impérieux pour l'État et les avocats devront démontrer de manière rationnelle et irréfutable en quoi les homosexuels représentent un obstacle à la pratique d'une religion et comment ils nuisent à l'intérêt général et celui des commerçants. La constitutionnalité des lois renforçant la liberté religieuse ne tardera certainement pas à être débattue par le judiciaire. En attendant, le gouvernement fédéral a d'ores et déjà annoncé avoir diligenté une enquête pour vérifier si la loi du Mississippi qui a pris effet le 1er juillet 2016[63], est compatible avec les dispositifs de protection contre la discrimination prévus au niveau fédéral. Si elle était jugée contraire au droit, l'État fédéral ferait subir au Mississippi une baisse significative de ses dotations[64]. Le mariage homosexuel pose désormais une nouvelle question constitutionnelle : les États parviendront-ils à concilier liberté de conscience et droits des citoyens LGBT sans mettre en péril leur budget ?

Ces quelques observations préliminaires nous montrent que cette troisième guerre culturelle est bien plus qu'un simple affrontement entre « orthodoxes » et « progressistes ». Il s'agit d'un conflit politico-religieux dans lequel s'exprime la morale religieuse la plus stigmatisante et la plus violente, comme lors du colloque national pour les libertés religieuses de Des Moines sponsorisé par des organisations évangéliques en novembre 2015[65]. Ce colloque est une tribune pour les conservateurs, notamment pour certains membres du Parti républicain. Il est ponctué

---

[63] House Bill 1523: "Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act", April 2016.
[64] BRYDUM, Sunnivie. "Rachel Maddow: Mississippi Could Lose Billions Over Anti-LGBT Law". *The Advocate*. April 9, 2016. Consulté le 11 avril 2016 : [http://www.advocate.com/politics/2016/4/09/rachel-maddow-mississippi-could-lose-billions-over-anti-lgbt-law]
[65] Freedom 2015: National Religious Liberties Conference. Des Moines, Iowa. 6 et 7 novembre 2015 : [https://freedom2015.org]

d'interventions prononcées en grande partie par des hommes, ce qui montre notamment la difficulté des femmes à s'imposer au sein d'un système qui relève du patriarcat. Ce colloque est présenté comme un véritable rassemblement pour la liberté, appelant les croyants à s'organiser pour prendre le contrôle de la Maison Blanche afin de mettre un terme à de prétendues persécutions religieuses, voire des exactions commises par le gouvernement. Kevin Swanson, prédicateur anti-homosexuel, connu pour ses positions fondamentalistes extrêmement virulentes déclare alors :

> Yes, Leviticus 20:13 calls for the death penalty for homosexuals. Yes, [in] Romans 1:32, the apostle Paul does say that homosexuals are worthy of death. HIS WORDS, NOT MINE! AND I AM NOT ASHAMED OF THE GOSPEL OF JESUS CHRIST![66]

Son discours plein de haine semble appeler à l'extermination pure et simple des homosexuels qui refuseraient la repentance. C'est bien la sincérité des croyances de ce pasteur qui pose le problème de la sécurité des homosexuels dans l'espace public. Hunter attribue la responsabilité de ce genre de discours à la réorganisation du pluralisme religieux américain (*religious realignment)*, opposant « orthodoxes » et progressistes, qui a contribué au libre marché des idées, des croyances et des dogmes inscrits au sein de l'ensemble des dénominations[67] religieuses des Églises américaines : « Protestant culture provided an agenda for social reform[68]. » L'objectif est donc de faire de l'Amérique une nation chrétienne attachée aux principes religieux les plus intransigeants. On peut comprendre que les dénominations religieuses les plus intégristes soient si déterminées à intervenir dans la sphère publique, à influencer l'idéologie du Parti républicain pour lutter contre les valeurs progressistes et la décadence inexorable de la civilisation américaine dont Swanson identifie plusieurs exemples comme l'homosexualité, l'adultère, la pornographie et l'avortement.

---

[66] « Oui, le Lévitique 20:13 appelle à la peine de mort pour les homosexuels. Oui, [dans] l'épître aux Romains 1:32, l'apôtre Paul dit bien que les homosexuels méritent la mort. CE SONT SES MOTS, NON PAS LES MIENS ! ET JE N'AI PAS HONTE DE L'ÉVANGILE DE JÉSUS-CHRIST ! »
Freedom 2015: National Religious Liberties Conference. Des Moines, Iowa. 6 et 7 novembre 2015 : [https://freedom2015.org]

[67] Des sous-groupes à l'intérieur d'une même religion.

[68] « La culture protestante a fourni un programme en faveur d'une réforme sociale. »
HUNTER, op.cit., p.69.

I.A.1. L'affaire *Davis* : quand liberté religieuse rime avec liberté de discriminer

La décision de la greffière du Kentucky, Kim Davis[69], 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 Kim 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 Ier 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[70]. » 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. En effet, ses avocats n'arguent d'aucune violence physique, ni même d'aucune menace directe à l'encontre de sa liberté religieuse mais comparent le mariage homosexuel à une forme de violence morale de nature à justifier son refus de signer des licences de mariage. Agissant au nom d'une autorité supérieure au droit, et suivant sa conscience qui ne lui permet pas d'appliquer la décision de la Cour suprême, Davis se place consciemment et religieusement hors la loi. Par ailleurs, elle exige paradoxalement la protection de la Cour pour justement ne pas respecter la loi, et ce alors qu'elle est une représentante de l'autorité de l'État. L'avocat explique le refus de Davis de remplir sa mission d'utilité publique en invoquant son exemplarité durant ses trente ans d'exercice afin que la Cour étudie avec attention et prenne au sérieux son objection justifiée par sa conscience religieuse[71]. L'apposition de sa signature sur une licence de mariage mentionnant ses nom et prénom viendrait porter atteinte à la sincérité de ses convictions religieuses et sa conception traditionnelle du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme. Sa conscience serait comme

---

[69] Kim Davis est l'une des premières fonctionnaires à avoir défié l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Obergefell*. La greffière du comté de Rowan devient l'icône des opposants au mariage homosexuel aux Etats-Unis, et elle a réussi à attirer l'attention de tous les médias. Voir annexe 6 p.510.

[70] « Davis recherche ce refuge pour sa conscience, de la part de la Cour. »
Emergency Application to Stay Preliminary Injunction Pending Appeal. *Davis v. Miller* (...). Addressed to Justice Kagan. August 28, 2015 : [https://www.liberty.edu/media/9980/attachments/2015/082815_Application_to_Stay_Order_Pending_Appeal.pdf], p.10-11.

[71] Emergency Application, ibid., p.11.

violée, mais Davis refuse de démissionner voire de déléguer la célébration d'un mariage homosexuel, car elle estime faire son devoir moral en empêchant l'union de couples de même sexe. D'ailleurs, les avocats donnent la priorité à la protection de la liberté religieuse et de la liberté de conscience puisque telle était la volonté de l'État et des Pères fondateurs avant que n'intervienne la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Obergefell*[72] : « Davis' individual liberties are enumerated in the United States and Kentucky Constitutions and a state Religious Freedom Restoration Act, which predate and survive this Court's ruling in *Obergefell*[73]. » Nous remarquons que pour les avocats, la Constitution ne protège pas seulement les libertés fondamentales des Américains mais aussi plus précisément celles de Davis, qui par son action symbolique, devient une figure mythique de la résistance vis-à-vis d'une Cour suprême autoritaire et anti-démocratique. La conscience de Davis devient un enjeu constitutionnel et national, d'autant plus que son court séjour en prison lui a valu d'être comparée à une martyre. Pour les conservateurs, Davis a été emprisonnée précisément parce qu'elle défendait la voix des chrétiens conservateurs hostiles à la légalisation du mariage homosexuel.

Ses avocats brossent le portrait d'une fidèle pratiquante du christianisme apostolique qui se rend régulièrement à la messe et diffuse la voix de Dieu, notamment dans une prison pour femmes. Ils suggèrent qu'ayant prêté serment le jour de sa prise de fonction, et ainsi invoqué l'aide de Dieu dans l'exercice de sa mission, et notamment l'exécution des décisions de justice, la greffière, puisqu'elle est déterminée à respecter la volonté de Dieu, a en quelque sorte justifié par avance ses objections. Davis se fait le porte parole de l'autorité divine et revendique même le titre de « soldat chrétien », s'arrogeant ainsi le droit de juger les décisions de justice qui lui paraissent contraires à l'ordre moral et à une conception chrétienne de la vie humaine partagée entre le bien et le mal : « Davis understood [...] this oath to mean that, [...] she would not act in contradiction to the moral law of God, natural law, and her sincerely held religious beliefs and convictions[74]. » Davis a donc pris l'initiative de rendre elle-même la justice. Selon ses avocats, cette décision est justifiée en partie parce qu'elle a exhorté les législateurs à protéger sa liberté de conscience et celle de tous les greffiers du comté peu de temps avant la décision de la Cour suprême[75]. Son refus de

---

[72] Voir annexes 11, 12, 13, 14 p.515-519.

[73] « Les libertés individuelles de Davis sont énumérées dans la Constitution des États-Unis et celle du Kentucky ainsi que la loi *Religious Freedom Restoration* votée par l'État qui précèdent et survivent à la décision de la Cour dans *Obergefell*. »
Emergency Application, ibid., p.14.

[74] « Davis a compris [...] que ce serment signifiait [...] qu'elle n'agirait pas en contradiction avec la loi morale de Dieu, la loi naturelle ainsi que ses convictions et ses croyances religieuses sincères. »
Emergency Application, ibid., p.18.

[75] Emergency Application, ibid., §2, p.18.

célébrer des mariages homosexuels pendant des semaines, ponctué de prières et d'une grève de la faim, montre que sa démarche était parfaitement volontaire et préméditée, et qu'elle était prête à recourir aux moyens les plus extrêmes pour faire pression sur le gouvernement. Cela explique aussi qu'elle ait délibérément désobéi aux injonctions du gouverneur démocrate Steve Beshear qui exigeait que tous les greffiers du Kentucky délivrent des certificats de mariage aux couples de même sexe, dans un souci de répondre ainsi aux exigences déontologiques de la profession : appliquer et honorer la décision finale de la Cour suprême. Le serment en lui-même propose une lecture plus séculière des missions de la greffière qui consistent à conserver, respecter et faire appliquer toute décision administrative et judiciaire de sa hiérarchie. La greffière n'a donc pas le droit d'utiliser ses convictions religieuses pour faire coïncider le droit américain avec ses intérêts moraux en passant outre des décisions juridiques émanant d'instances supérieures. Davis s'octroie de manière arbitraire de nouvelles prérogatives en refusant d'appliquer des dispositions auxquelles elle doit se soumettre, ce qui lui a valu d'être condamnée pour outrage au tribunal et de purger une peine de prison de cinq jours. Davis se fonde sur la loi naturelle qui selon Thomas d'Aquin, théologien et philosophe du XIIIe siècle, donne du sens à la vie humaine puisqu'elle honore une norme divine à savoir celle de la procréation comme finalité de la race humaine[76]. Cependant, la loi naturelle, doit aussi s'appuyer sur la raison humaine, de sorte qu'il incombe aux autorités de définir ces normes et ces droits « inaliénables » de manière à les faire prévaloir dans le débat public. Rappelons que même si Davis se déclare être une chrétienne régénérée (*born again Christian*), les échecs successifs de ses quatre mariages indiquent que la représentante élue n'est pas une gardienne légitime de l'autorité morale américaine et que sa foi religieuse ne peut être utilisée pour s'opposer aux droits fondamentaux d'autres citoyens qu'elle juge pernicieux. Les avocats minimisent le geste de Davis en rappelant que les couples de même sexe pouvaient tout à fait se rendre dans un autre bureau du Kentucky pour retirer une licence de mariage[77]. En fin de compte, ils donnent le sentiment que la polémique n'est due qu'à l'arrogance des couples homosexuels, puisqu'ils pouvaient parfaitement se marier en dehors de leur comté de résidence. Dans un premier jugement de la Cour du district, le juge estime que Davis n'est pas parvenue à démontrer en quoi la légalisation du mariage homosexuel représente une entrave majeure à sa liberté d'exercer sa religion[78]. Autrement dit, Davis peut parfaitement continuer de ne croire qu'au mariage traditionnel mais ne peut s'abstenir d'appliquer la décision de la Cour suprême simplement parce qu'elle s'oppose religieusement à l'abrogation de l'amendement constitutionnel

[76] SULLIVAN, op.cit., p.32.
[77] Emergency Application, op.cit., p.20.
[78] Emergency Application, ibid., p.22.

qui définissait le mariage comme un accord conclu entre un homme et une femme. Pour le juge Bunning, Davis devait seulement vérifier si les couples qui se présentaient au bureau du greffier étaient éligibles à la délivrance d'une licence de mariage en vertu du jugement du 26 juin 2015. En mettant son veto à la célébration du mariage homosexuel pour transgression de la loi religieuse, Davis vient consolider la ligne idéologique du camp des Prohibitionnistes qui selon, Sullivan, n'ont d'autre objectif que de conférer un caractère pathologique à l'homosexualité. Cette condition serait rendue nécessaire face au nombre grandissant d'homosexuels qui assument leur orientation sexuelle. D'ailleurs la plupart d'entre eux n'envisagent pas une thérapie de conversion recommandée par certains prédicateurs et thérapeutes religieux, thérapie dont, par ailleurs, le gouvernement fédéral a demandé l'interdiction pour protéger les mineurs en avril 2015. De ce fait, pour les Prohibitionnistes, la seule réponse à cette supposée déviance ne peut pas être juridique mais plutôt médicale et punitive : « The most humane representatives of this view seek to bring people trapped in homosexual behavior back into conformity with what they see as their natural calling[79] ». La posture politique et citoyenne adoptée par Davis est bien de condamner l'homosexualité en s'opposant à l'égalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels pour rappeler à ces derniers que leur « comportement » contre nature est un affront à une Amérique pieuse majoritairement hétérosexuelle. Cette humiliation publique relayée par les médias et les réseaux sociaux a permis également de mettre en évidence l'influence du fondamentalisme religieux qui régit les agissements de la greffière du Kentucky et qui ont fait l'objet d'une récupération politique, notamment de la part de Mike Huckabee. Par exemple, le rassemblement organisé en l'honneur de Kim Davis, le jour de sa libération, a mis un point d'orgue à cette guerre culturelle en invitant les croyants à faire preuve de désobéissance civile pour servir, selon Davis, le Dieu vivant. Tout en faisant appel à la résistance du « bon » peuple attaché au respect des valeurs chrétiennes, Davis semble avoir la plus grande difficulté à tenir un discours rationnel et à s'exprimer de manière cohérente alors même qu'elle exerce une fonction particulièrement exigeante. Elle déclare fin septembre 2015 sur Fox News être une âme lavée de tout péché et affirme être en droit de prétendre à une inflexion de la loi afin de garantir sa liberté de conscience : « I have been redeemed by the blood of Christ[80] ». Cette rédemption lui permettrait d'agir en toute légitimité contre ce qu'elle voit comme la dénaturation du mariage et même de dénoncer certains

[79] « Ceux qui représentent ce point de vue de la manière la plus humaine cherchent à remettre en conformité des individus piégés par leur comportement homosexuel avec ce qu'ils considèrent être l'ordre naturel des choses. »
SULLIVAN, op.cit., p.21.

[80] « J'ai été rachetée par le sang du Christ. »
The Kelly File. "Kim Davis on Denying Gay Marriage Licenses". *FoxNews*. September 23, 2015. [http://www.realclearpolitics.com/video/2015/09/23/full_interview_kim_davis_talks_to_megyn_kelly_about_gay_marriage_licenses.html]

recours juridiques contre elle, la posant ainsi en victime : « Davis is being threatened by loss of job, civil liability, punitive damages, sanctions, and private lawsuits in federal court if she "refuse[s] to act in a manner motivated by a sincerely held religious belief."[81] » Au fond, la liberté religieuse est utilisée comme un bouclier, mais qui justifierait qu'on attente à des dispositifs juridiques garantissant l'égalité des sujets et le principe de légalité, auquel aucune administration ne peut se soustraire. De même, les menaces qui pèsent sur Davis montrent que les adaptations religieuses représenteraient une pente glissante qui fragiliserait d'autant la légitimité démocratique des institutions et notamment celle de la Cour suprême, déjà soumise au feu des critiques pour ses décisions parfois controversées dans le domaine social et sur sa manière d'agir comme un « gouvernement des juges[82] ».

En effet, les avocats de Davis insistent sur le caractère intrusif et invasif du jugement de juin 2015 qui porte atteinte à la dignité même de l'individu dans la mesure où sa croyance religieuse fait partie intégrante de son humanité et de sa citoyenneté. Le refus de la cour d'appel fédérale pour le 6e circuit de s'exprimer sur le fond du dossier (*standing*) est même considéré par les avocats de Davis comme une atteinte à l'existence de la personne et à sa liberté d'expression, protégée par le Ier amendement. En d'autres termes, en prêtant serment, Davis était dans son droit de continuer d'exprimer ouvertement ses convictions religieuses puisqu'elles sont au cœur de ses libertés fondamentales, selon la défense. Un tel argument semble détourner le principe de la liberté d'expression en permettant aux individus de se soustraire à l'obligation de respecter la loi pour suivre leurs convictions personnelles. En refusant de distribuer des licences de mariage, Davis a transformé son bureau de greffier en église et en un espace où les principes religieux priment sur l'application du droit fédéral. Or les avocats justifient cette manipulation en invoquant la clause du libre exercice du Ier amendement mais sans mentionner l'arrêt de la Cour suprême de 1878[83] qui en guide l'interprétation et l'application. À l'époque, la Cour a indiqué que les pratiques religieuses ne pouvaient pas servir de motif pour refuser l'application de la loi et que la clause semblait au contraire protéger les croyances religieuses. Davis ne pourrait donc pas mettre en pratique ses convictions religieuses dans le cadre de ses fonctions d'employée élue de l'État, et devrait faire preuve de neutralité en exécutant les ordres de sa hiérarchie. Les avocats ont exigé et obtenu une exemption pour leur cliente, puisque les licences de mariage sont désormais remises par ses

---

[81] « Davis est menacée de licenciement, de responsabilité civile, de dommages et intérêts punitifs, de sanctions, et de poursuites judiciaires privées au tribunal fédéral si elle "refuse d'agir, de manière motivée, sur la base de ses croyances religieuses profondes." »
Emergency Application, op.cit., p.28.

[82] Expression attribuée à Édouard Lambert, professeur agrégé et spécialiste en histoire du droit.

[83] *Reynolds v. United States* (1878).

adjoints et que l'État n'a pas souhaité lancer une procédure disciplinaire contre la greffière du Comté de Rowan.

Néanmoins, l'objectif de Davis est non seulement de déclencher une polémique nationale mais surtout de faire surgir un nouveau dossier litigieux qui puisse être saisi par les juges de la Cour suprême : « This case is about forcing an individual county clerk to authorize and personally approve SSM in violation of her fundamental religious liberty and speech rights[84]. » D'un côté, Davis utilise sa religion pour continuer à ouvertement discriminer et ignorer les couples de même sexe. De l'autre, elle se proclame la victime d'un État fédéral qui semble avoir rompu avec ses origines ancrées dans le pluralisme et la liberté religieuse. Elle apparaît comme trahie par son pays, victime d'un préjudice, qui reste à démontrer, causé par un arrêt de la Cour suprême qui l'empêcherait d'agir et donc de remplir sa mission. Sa foi religieuse est donc présentée comme la seule raison de son objection et, puisqu'elle se considère comme soumise à une autorité divine supérieure, Davis ne serait donc pas responsable de ses actes d'utilité publique en refusant de célébrer des unions homosexuelles. Cette affaire a ouvert la voie à d'autres objections religieuses notamment dans l'Alabama, le Texas et la Caroline du Nord qui, selon les experts, restent rares et ne sont pas défendables du point de vue constitutionnel. Katherine Frank, professeure de droit, prévient que d'une certaine manière, la promulgation de lois en faveur de croyances religieuses reviendrait à l'établissement d'une religion contraire au Ier amendement : « It gives a special privilege to those that hold certain religious beliefs which crosses the line into making someone's personal religious belief part of the state's public policy[85] » Il s'agit ici du privilège de continuer à ignorer l'existence des couples de même sexe dans l'espace public et à ne leur accorder aucune reconnaissance sociale et légale. Davis se donne l'image respectable de figure maternelle sanctifiée par le Christ en défendant les normes répressives de l'Amérique des années 1950 pour davantage contrôler la sexualité et protéger la famille américaine au sein du comté dont elle a la charge.

Ce privilège de pouvoir faire du comté de Rowan un espace sanctuarisé par la loi divine est défendu par les avocats qui demandent notamment un contrôle de constitutionnalité strict de la

---

[84] « Cette affaire concerne une personne greffière du comté qui a été contrainte d'autoriser et de personnellement approuver le mariage homosexuel en violation de sa liberté religieuse fondamentale et de ses droits à la liberté d'expression. »
Emergency Application, op.cit., p.32.

[85] « Cela donne un privilège particulier à ceux qui ont certaines croyances religieuses, ce qui constitue une violation de la loi en faisant des croyances religieuses personnelles d'un individu partie intégrante de la politique publique de l'État. »
GLENZA, Jessica. "Kentucky Clerk Kim Davis Isn't the Only One Denying Couples Marriage Licenses". *The Guardian*. 12 septembre, 2015. Consulté le 25 novembre 2015 : [http://www.theguardian.com/us-news/2015/sep/12/officials-opting-out-of-all-marriages-same-sex-test-constitution]

décision du gouverneur de faire exécuter l'arrêt de la Cour suprême. Autrement dit, le gouverneur doit justifier par un intérêt impérieux l'atteinte qu'il aurait portée à la pratique religieuse de Kim Davis protégée par le *Religious Freedom Restoration Act* du Kentucky de 2013 : « The Kentucky RFRA protects a person's "right to act *or refuse to act* in a manner motivated by a sincerely held religious belief[86]." » Comme son refus de remettre des licences de mariage viserait à protéger des principes chrétiens, la référence au RFRA permet ainsi aux avocats d'affirmer que les nouvelles directives du gouverneur entravent considérablement la liberté religieuse de Davis. En effet, elle se retrouve acculée à choisir entre sa pratique religieuse et son emploi en tant que représentante élue de l'État, étant donné que le gouverneur a refusé toute exemption pour la pousser à démissionner. Cette mesure législative a initialement reçu le veto de l'exécutif, qui avait estimé que le RFRA était une porte ouverte à toutes sortes de négociations ou de contestations des lois de l'État pour cause d'entrave à l'exercice de la liberté religieuse. En la renforçant, le RFRA devient une menace pour les droits civiques des individus. En effet, il établit une différence de traitement entre les Américains qui considèrent avoir des convictions religieuses sincères et ceux qui n'en n'ont pas et n'auront aucune raison de ne pas respecter l'application des lois.

Les avocats de Davis vont même jusqu'à affirmer que le jugement dans l'affaire *Obergefell* ne garantit pas aux couples de même sexe un droit fondamental d'obtenir une licence de mariage de la part d'un greffier en particulier[87]. De même, l'État n'est pas non plus parvenu à démontrer qu'un intérêt impérieux l'autorise à ne pas tenir compte des croyances religieuses de l'accusée. Or il est clair que le gouverneur a appliqué les principes du fédéralisme vertical qui l'oblige à faire exécuter la décision de la Cour suprême et a fait ainsi de la lutte contre la discrimination un intérêt gouvernemental supérieur en garantissant aux citoyens homosexuels du Kentucky l'égalité des droits au mariage. Pourtant, le gouverneur démocrate défendait encore la loi constitutionnelle du Kentucky en avril 2015 en déclarant qu'elle ne discriminait pas les couples de même sexe puisqu'ils étaient soumis aux mêmes contraintes que les couples hétérosexuels, à savoir épouser un individu du sexe opposé. Beshear recommandait alors aux couples homosexuels de changer leur orientation sexuelle afin de se mettre en conformité avec le droit. Quelques mois plus tard, il fait preuve de déférence vis-à-vis de la décision de la Cour suprême en ne retenant aucune des nombreuses propositions soumises par les avocats pour permettre à Davis de continuer à exercer ses fonctions dans le respect de ses convictions religieuses. En conséquence, les avocats accusent

---

[86] « Le RFRA du Kentucky protège "le droit d'une personne d'agir ou de refuser d'agir d'une manière qui soit motivée par une croyance religieuse profonde". »
Emergency Application, op.cit., p.36.
[87] Emergency Application, ibid., p.30.

le gouverneur et le ministre de la Justice du Kentucky, Jack Conway, d'avoir failli à leur conscience religieuse en ne s'opposant pas à la décision de la Cour suprême pour défendre le mariage traditionnel approuvé à 75 % par les électeurs du Kentucky lors du référendum de 2004. Cependant, ce choix mûrement réfléchi est également lié à une déclaration du gouverneur qui faisait suite à la décision de la Cour suprême, où il rappelait que les représentants élus du Kentucky ne pouvaient pas, sous prétexte de rester fidèles à leur croyance religieuse, décider arbitrairement de ne pas se conformer à la légalisation du mariage homosexuel : « This oath does not dictate what our clerks must believe, but it certainly prescribes how they must act in carrying out their duties as elected officials[88]. » Le principe de la séparation de l'Église et de l'État cher à Jefferson est ainsi réitéré et permet au gouverneur de critiquer la greffière, par l'intermédiaire de ses avocats, jugeant la procédure engagée par Davis pathétique et insensée. En effet, pour le gouverneur la greffière a fait un contresens majeur en pensant pouvoir faire respecter la Constitution fédérale tout en mettant en œuvre ses principes religieux. Le droit constitutionnel n'autorise pas Davis à puiser dans les commandements de la loi divine pour servir les intérêts de ses concitoyens et, même sans l'injonction du gouverneur, elle est tenue de se conformer à la décision de la Cour suprême. Pour les avocats, cela revient à dire que la fonction de greffier implique que l'élu ou la personne nommée agisse en faisant abstraction de ses principes religieux comme s'il s'agissait d'un critère fondamental d'éligibilité ; mais celui-ci serait alors anticonstitutionnel[89]. Encore une fois, l'analyse proposée par les avocats est trompeuse. Si l'on se réfère à l'Article VI, paragraphe 3 de la Constitution américaine, on constate que pour servir la nation les élus doivent avant tout prêter allégeance à la loi suprême de la nation renforcée par la clause de suprématie : « aucune profession de foi religieuse ne sera exigée comme condition d'aptitude aux fonctions ou charges publiques sous l'autorité des États-Unis. » La volonté des Pères fondateurs était bien d'établir une certaine neutralité dans les rapports entre l'Église et l'État pour justement éviter toute introduction du religieux dans les affaires du pays. La loi fédérale émanant de la Cour suprême qui légalise le mariage homosexuel a donc préséance sur la loi du Kentucky, laquelle, de ce fait, se retrouve abrogée. Davis n'a donc aucune raison d'invoquer une objection religieuse puisqu'elle n'a jamais été contrainte de professer publiquement sa foi chrétienne avant de prendre ses fonctions de greffière. Le principe du libre exercice religieux

---

[88] Associated Press. "Beshear: Kim Davis's legal arguments 'absurd'". *Courier-Journal*. 1er octobre 2015. Consulté le 28 novembre 2015 : [http://www.courier-journal.com/story/news/local/2015/10/01/beshear-kim-daviss-legal-arguments-absurd/73135720/]
« Ce serment ne dicte pas ce que doivent penser nos employés du comté, mais évidemment il ordonne la manière dont ils doivent agir en exécutant leurs obligations en tant qu'élus. »

[89] Emergency Application, op.cit., p.42.

s'interprète davantage comme un levier permettant aux autorités de gérer les affaires du pays de manière séculière. La liberté religieuse reste incontestablement un droit inaliénable mais le *Virginia Statute for Religious Freedom* de 1786 rédigé par Jefferson apporte quelques éclaircissements sur les bonnes pratiques à adopter pour garantir la séparation des Églises et de l'État. Jefferson souligne que la question des droits civiques ne doit pas être guidée par la croyance religieuse et qu'aucun membre d'une autorité politique ou religieuse ne peut imposer sa foi à d'autres :

> That the impious presumption of legislators and rulers, civil as well as ecclesiastical, who, being themselves but fallible and uninspired men have assumed dominion over the faith of others, setting up their own opinions and modes of thinking as the only true and infallible[90].

En imposant sa conception apostolique du mariage, Davis s'oppose au concept de pluralisme dénominationnel, sachant que d'autres Églises ont approuvé la célébration du mariage entre deux individus du même sexe. En effet, selon Sharon Groves, c'est d'ailleurs dans l'affaire *General Synod of the United Church of Christ v. Cooper* (2014) qu'un juge fédéral de Caroline du Nord a annulé l'amendement 1 interdisant le mariage homosexuel. Il a donné raison aux responsables de la *United Church of Christ* qui défendaient l'égalité d'accès au mariage comme un principe essentiel de leur foi. Ainsi, la droite conservatrice ne pouvait pas imposer légalement sa propre définition du mariage traditionnel et menacer par des amendes les responsables religieux qui célébraient des mariages homosexuels[91].

En ce qui concerne Kim Davis, c'est, dans son serment, l'invocation « So help me God[92] » qu'elle a interprété comme une volonté supérieure qu'elle doit mettre en œuvre en suivant les Saintes Écritures. Or, cette invocation à Dieu fait partie intégrante de l'exceptionnalisme américain en ce sens qu'elle est une manière de rappeler aux élus de la nation qu'ils doivent servir les intérêts du pays de manière séculière pour assurer la pleine égalité de traitement des individus, ainsi que leur liberté et leur sécurité, dans le cadre de la juste application des lois du XIVe amendement (*due process of law*). Cette invocation divine est donc un parfait exemple de ce que Froidevaux-Metterie qualifie d'« outil au service de la glorification divine[93]. » En d'autres termes, il s'agit d'un artifice permettant aux élus de trouver sens et légitimité dans leur engagement à servir les affaires

---

[90] « C'est une présomption irrévérente de la part des législateurs et chefs d'État, laïques ou religieux, qui sont tous des êtres imparfaits et sans inspiration divine, de tenter de contrôler la foi d'autres individus en imposant leurs propres opinions et manières de penser comme seules véritables et absolues. »
Virginia General Assembly. *Virginia Statute for Religious Freedom*. Loi promulguée le 16 janvier 1786. [http://www.virginiamemory.com/docs/ReligiousFree.pdf]

[91] Entretien avec Sharon Groves, vice-présidente du programme Partner Engagement pour Auburn Seminary, réalisé le mercredi 22 juin 2016, voir infra p.477.

[92] « Que Dieu me vienne en aide. »

[93] FROIDEVAUX-METTERIE, op.cit., p.17.

de l'État de manière séculière plutôt qu'une autorité conférée à une Église particulière autorisant une conduite religieuse des affaires du Kentucky.

Les avocats tentent alors de démontrer que l'utilisation du nom et prénom de la greffière sur les certificats de mariage représente une violation à sa liberté d'expression[94]. Mais les références à la Constitution du Kentucky et à la jurisprudence manquent de contextualisation et renvoient à la liberté des individus notamment dans leur quotidien. Davis accuse sa hiérarchie de manipuler et corrompre sa conscience de manière autoritaire en la forçant à accomplir une démarche administrative contraire à ses valeurs et à son libre arbitre :

> [C]ommanding Davis to be an "instrument" for a message, view, and proposed union that she finds "morally objectionable" and "repugnant to [her] moral and religious beliefs" is altogether different, and violates not only her conscience, but also her free speech rights[95].

Davis serait donc victime d'une république fédérale profondément laïque. Or ici les plaignants ont poursuivi en justice Kim Davis, en tant que greffière du comté de Rowan, non pas pour ses convictions religieuses mais plutôt pour ne pas avoir respecté ses obligations et avoir fait preuve du plus grand mépris à l'égard des pratiques institutionnelles du pays. Selon ses avocats, la contrainte de délivrer une licence de mariage à un couple homosexuel est apparentée à une procédure médicale d'avortement réalisée par des personnels attachés à la vie ou aux idées « pro-life[96] ». Les avocats ne semblent guère faire preuve de discernement dans ce dossier en réduisant toute la question des droits civiques et des nouvelles libertés fondamentales acquises par des minorités à une entrave systématique à la liberté de conscience et à l'exercice de la pratique religieuse, ce qui reste à démontrer. Par ailleurs, pour éviter d'être accusée de discrimination, Davis n'autorise pas non plus la délivrance de licences de mariage aux couples hétérosexuels prétextant ne pas être en mesure de remettre ces documents. Autrement dit, elle a de son propre chef suspendu toutes activités administratives liées à la célébration du mariage civil. On a finalement l'impression que l'histoire se répète, puisque, à titre d'exemple, à la suite de la décision de la Cour suprême d'autoriser le mariage interracial en 1967, il faut attendre l'année 2000 pour que l'Alabama abroge définitivement sa loi interdisant le métissage. La religion et l'interprétation des textes sacrés sont aussi à l'origine d'objections religieuses pour assurer la suprématie de la race blanche, comme l'a rappelé le juge Leon Bazile qui a condamné en Virginie les Loving :

---

[94] Emergency Application, op.cit., p.44.

[95] « [O]rdonner à Davis qu'elle soit "l'instrument" d'un message, d'un point de vue et qu'elle célèbre des unions qu'elle considère "moralement répréhensibles" et "offensantes à [ses] croyances religieuses et morales" est complètement différent et représente une violation non seulement de sa conscience, mais aussi de ses droits à la liberté d'expression. »
Emergency Application, ibid., p.45.

[96] Emergency Application, ibid., p.46.

> Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix[97].

Davis a utilisé la Bible pour justifier son hétérosexisme en perpétuant un système historique de la « séparation, de la division, de la marginalisation et de l'ostracisme » pour les homosexuels[98]. C'est aussi un combat périlleux qu'elle a engagé contre un humanisme séculier qui imprègne les institutions démocratiques de la nation et constitue l'un des enjeux de ces guerres culturelles. En effet, Frank Schaeffer, dont les parents ont contribué à la formation de la droite chrétienne, identifie clairement l'humanisme séculier comme étant à l'origine des maux de l'Amérique et des insuffisances de la société occidentale et, en particulier, « [...] having only Man as their integration point, to find all knowledge, meaning and value[99]. » En prônant un retour aux véritables valeurs contenues dans les Saintes Écritures, le discours modéré de Schaeffer à l'égard des homosexuels est resté inaudible et n'a pas empêché une certaine véhémence dans les discours démagogiques des chrétiens fondamentalistes mais aussi des autorités. Dans ce combat de longue date pour l'égalité des droits, de la fin de la prohibition jusqu'à la crise du SIDA (1930-1990), la promesse d'égalité garantie par la clause d'égale protection ne peut se concrétiser qu'à la seule condition que l'histoire puisse démontrer que la communauté homosexuelle a été une cible privilégiée de la discrimination en raison de sa sexualité. Cette condition posée par la justice permet aussi de mettre en avant non seulement la manière dont la droite conservatrice s'est organisée pour maintenir une discrimination structurelle, mais aussi l'influence du libéralisme moderne sous Roosevelt et la naissance d'une conception nouvelle du droit et de la liberté. Ces notions sont également au centre de débats qui montrent l'importance et la permanence des oppositions conceptuelles dans les guerres culturelles qui ont divisé les Américains sur la question d'accorder ou non les droits fondamentaux de citoyens identifiés par leur seule différence raciale, ethnique, de genre et d'orientation sexuelle, sans tenir compte de leur appartenance à la patrie.

---

[97] « Dieu Tout-puissant créa les races blanche, noire, jaune, malaise et rouge, et les plaça sur des continents séparés. Et si l'homme n'avait pas interféré avec ses dispositions, il n'y aurait aucune cause pour de tels mariages. Le fait qu'il sépara les races montre qu'il n'avait pas pour intention qu'elles se mélangent. »
TOLSON, Mike. "In resistance to same-sex marriage, echoes of 1967". *Houston Chronicle*. 5 juillet 2015. Consulté le 28 novembre 2015 : [http://www.houstonchronicle.com/local/gray-matters/article/In-resistance-to-same-sex-marriage-echoes-of-1967-6365105.php]

[98] D'EMILIO, John. "Placing Gay in the Sixties". *The World Turned*. Durham: Duke University Press. 2002. p.33.

[99] « [...] avoir uniquement l'Homme comme leur point d'intégration pour trouver toute la connaissance, le sens et les valeurs. »
HARTMAN, op.cit., p.82.

I.B. De la résignation à l'émergence d'une communauté politisée mais fragile (1930-1990)

George Chauncey, professeur d'histoire américaine à l'université de Yale, affirme lors du procès contre la Proposition 8 en Californie que la communauté LGBT a été historiquement affectée par « un processus continu de préjugés et d'hostilité[100] » notamment au XXe siècle, aggravé par une classification arbitraire et contestable de l'homosexualité comme maladie mentale jusqu'en 1973. Quels sont les éléments historiques qui ont participé à cette culture profondément anti-homosexuelle et discriminatoire fondée d'une part sur des erreurs d'analyse d'experts et d'autre part sur une condamnation morale et religieuse ? Pour la communauté homosexuelle, il semble que le patrimoine historique reste un fardeau dont le poids pèse encore lourdement dans la guerre culturelle qu'elle mène mais aussi un puissant catalyseur pour ses victoires des trente dernières années et celles qu'elle veut encore obtenir.

Dès la fin du XIXe siècle, les premiers travaux scientifiques identifient l'homosexualité comme une anomalie de la sexualité, mais les experts restent partagés sur les causes profondes de ce « mal », comme Freud. D'un côté, l'explication serait un comportement immoral et abject qui ne nécessiterait que l'intervention de l'Église et de la justice pour permettre aux homosexuels de réintégrer les normes traditionnelles de l'Amérique victorienne. Déjà à l'époque, l'Église, la justice et les experts scientifiques font bloc commun contre une menace potentielle qui viendrait redéfinir les codes de la sexualité. De l'autre, la réponse doit être de l'ordre de la psychanalyse et de traitements lourds. Cela explique en partie que les homosexuels aient été envoyés dans des instituts psychiatriques où ils ont été victimes d'expérimentations approximatives et violentes aux conséquences souvent irréversibles. Les traitements dégradants ont porté atteinte à la dignité même de l'être humain : « castration, hysterectomy, lobotomy, electroshock, aversion therapy, and the administration of untested drugs[101]. » Ces admissions en instituts médicalisés se font au plus grand mépris des règles du droit étant donné que les homosexuels sont considérés comme des délinquants sexuels avec la mise en place des *Sexual Psychopath Laws* entre 1940 et 1960 et qu'ils y sont envoyés contraints par leurs propres familles[102]. Toutefois, dans son article sur ces lois approuvées par plusieurs États, Edwin Sutherland, sociologue et criminologue américain, rapporte que même si les homosexuels restent des « pervers sexuels », ces derniers ne sont pas arrêtés car la

---

[100] Prop 8 Trial Transcript. *Perry v. Schwarzenegger*. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 12th, 2010. Volume 2. p.148.

[101] « castration, hystérectomie, lobotomie, électrochoc, cure de dégoût ainsi que l'administration de médicaments non testés. »
D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.18.

[102] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], ibid., p.18.

menace sur la société n'est pas avérée et qu'en général ils « sont respectueux de la loi et travailleurs »[103]. Il n'en reste pas moins que l'homosexualité porte une marque d'infamie qui ne fait que renforcer le sentiment de culpabilité et de honte de nombre d'homosexuels persuadés que leur orientation sexuelle est défectueuse. L'absence totale d'identité collective à l'époque a contribué à les isoler et à renforcer l'hostilité générale à leur égard, accentuée par une stigmatisation plus ou moins latente de leur « condition[104] » par les autorités.

I.B.1. L'homosexualité : une obscénité

Dès l'abrogation de la Prohibition en 1933, le rejet des homosexuels est légalement instauré 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 amenés 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[105]. C'est ainsi qu'une culture homosexuelle souterraine voit le jour autour de la pratique du *snitch market*, un marché de la délation et de la corruption, dans laquelle certains établissements décident d'augmenter sensiblement le prix de leurs boissons pour offrir des pots-de-vin aux policiers. En échange, ces derniers gardent le silence et vont se montrer intransigeants voire brutaux ailleurs[106]. De nombreux officiers de police n'hésitent pas à recourir abusivement à la répression pour ne laisser aucune chance aux homosexuels afin qu'ils soient conduits au poste de police et poursuivis pour l'une (voire plusieurs) des infractions suivantes : trouble de l'ordre public, vagabondage, attentat à la pudeur, agression, racolage[107] et même flânage. Dans le domaine du spectacle, des campagnes de censure sont mises en place pour ralentir une visibilité galopante de l'homosexualité et verrouiller tout débat collectif sur la question afin qu'elle ne se transforme pas en un enjeu de société. L'État de New York approuve le *Padlock Law* (1927) qui interdit d'inclure des personnages homosexuels et des références à l'homosexualité dans les pièces de théâtre. Le cinéma hollywoodien, considéré par les historiens comme « le média le plus puissant » à l'époque, n'est pas non plus épargné puisque de son propre chef, la *Motion Pictures Producers and Distributors Association* établit son

---

[103] SUTHERLAND, Edwin. "The Sexual Psychopath Laws". *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol.40, issue 5. 1950. [http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol40/iss5/1], p.5.
[104] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.22.
[105] Prop 8 Trial Transcript, op.cit., p.156.
[106] Prop 8 Trial Transcript, ibid., p.155.
[107] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.14.

propre code d'autocensure qui vise à défendre les principes de la morale inscrits dans le droit et dans les préceptes religieux : « Law, natural or divine, must not be belittled, ridiculed, nor must a sentiment be created against it[108]. » L'institution du mariage et la valeur de la famille traditionnelle doivent être respectées. Aussi, les références explicites à l'adultère, à la séduction et au viol sont proscrites ainsi que la perversion sexuelle et le croisement entre races[109]. Ces nouvelles directives, imposées sous la pression de conservateurs religieux, visent à produire un art conformiste et à ne pas heurter la sensibilité du spectateur ni même ses convictions morales et religieuses. Les forces religieuses sont au centre d'une manœuvre politique pour imposer un modèle de pensée unique tournée vers l'élimination de tous signes ostensibles de déviances de la sexualité ou des rapports hommes-femmes. Elles disposent de moyens dissuasifs pour faire plier Hollywood, comme le recours au boycott, et aux législateurs pour faire passer des lois plus contraignantes[110].

Même si les actes de sodomie ne sont plus soumis à la condamnation à mort de la part de la justice, ils restent considérés comme des crimes jusqu'en 1962. L'abrogation alors progressive des lois contre la sodomie jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême de 2003 indique que la proscription de pratiques sexuelles « contre nature » reste légitime aux yeux de certains législateurs qui souhaitent garder le contrôle en préservant la culture normative d'une Amérique pieuse et attachée à la reproduction comme seule finalité de la sexualité : « Sodomy referred to "unnatural" […] sexual acts, which could be performed between two men, a man and an animal (technically considered buggery or bestiality), or between a man and a woman[111]. » D'Emilio affirme non seulement que ces normes sexuelles de l'Amérique coloniale concernent tous les colons, mais on constate aussi que cette interprétation historique a fait l'objet de nombreuses manipulations par les plus conservateurs, dès la deuxième partie du XXe siècle, pour ne cibler que les seuls actes homosexuels et associer l'homosexualité à la bestialité dans l'esprit collectif. Michel Foucault

---

[108] « La loi, naturelle ou divine, ne doit pas être dévalorisée, ridiculisée, ni même ne doit susciter un sentiment hostile. »
Motion Pictures Producers and Distributors Association. *Motion Picture Production Code*. 1930. [http://www.und.edu/instruct/cjacobs/ProductionCode.htm]

[109] Il faut préciser que le mot « race » a été supprimé de la législation française et qu'il est d'usage de le proscrire car il n'a aucune base scientifique et il est associé politiquement à des théories racistes. Dans le cadre de la civilisation américaine, il s'agit d'une spécification synonyme d'origine ethnique ou géographique, de caractéristiques culturelles, de minorités nationales. Le mot est utilisé dans le XVe amendement dans une tournure négative pour empêcher la discrimination contre des groupes minoritaires et notamment la privation du droit de vote.

[110] Organization of American Historians Amicus Curiae. *Obergefell v. Hodges*. Submitted to the United States Supreme Court. March 2015 : [http://www.oah.org/site/assets/files/5849/obergefell--_oah_amicus.pdf], p.22.

[111] « La sodomie renvoyait à des actes sexuels "contre nature" […] qui pouvaient être accomplis entre deux hommes, un homme et un animal (techniquement considérés comme de la bougrerie ou de la bestialité) ou entre un homme et une femme. »
D'EMILIO, John & FREEDMAN, Estelle. *Intimate Matters - A History of Sexuality in America*, 3rd Ed. Chicago: University of Chicago Press. 2013. p.30.

établit le même constat, à savoir la construction d'une classe ignominieuse aux vices rédhibitoires sauvages : « The sodomite had been a temporary aberration; the homosexual was now a species[112]. » Dans cette croisade pour la chasteté et contre les pervers, les homosexuels doivent être dépouillés de leur humanité pour ne susciter que haine, rejet et peur de la part de la société. Quatorze États interdisent encore la sodomie jusqu'au début des années 2000 et prévoient des peines de prison ainsi que des amendes pour les contrevenants, souvent homosexuels.

I.B.2. Une guerre fédérale contre une perversion

Dans les années 1970, la dépénalisation de la sodomie dans certains États annonce les prémices d'une remise en question de la politique répressive d'un gouvernement fédéral encore marquée par la discrimination structurelle qu'il a engagé au milieu du siècle.

En 1949, une adjointe spéciale du ministre de la Justice de Californie associe l'homosexualité à la pédophilie appelant à la protection renforcée des enfants menacés : « All too often we lose sight of the fact that the homosexual is an inveterate seducer of the young of both sexes, and is ever seeking for younger victims[113]. » Il s'agit d'une tactique alarmiste à destination des familles pour instiller la peur, identifier les « brebis galeuses » et *in fine* les ostraciser. Pour Frank, cette campagne d'après-guerre concerne même le gouvernement fédéral, décidé à éradiquer l'homosexualité qu'il considère comme une atteinte à la sécurité nationale du pays, alors plongé en pleine guerre froide : « It was an assault in which every major political institution was implicated: Congress, the courts, the Presidency, major federal agencies, state and local governments[114]. » La mobilisation institutionnelle est générale, à l'exception de la Cour suprême qui ne commence à statuer sur les libertés fondamentales des homosexuels qu'à partir de 1986, dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*, pour légitimer les lois des États contre la sodomie. Les juges estiment nécessaire de réguler les pratiques obscènes de la sexualité des individus en maintenant la pénalisation de la sodomie considérée comme une pratique immorale par la religion. Entre 1947 et 1950, 1 700 candidats à un emploi fédéral voient leur dossier rejeté pour homosexualité ou autre perversion

---

[112] « Le sodomite était une aberration temporaire, l'homosexuel est maintenant une espèce. »
FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique* (1976). Cité dans JONES, James H. *Alfred C. Kinsey: a Life*. New York: W.W. Norton & Company. 2004. p.77.

[113] « Trop souvent nous perdons de vue le fait que l'homosexuel est un séducteur invétéré des jeunes appartenant aux deux sexes et cherche toujours des victimes de plus en plus jeunes. »
Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.27.

[114] « Ce fut une attaque dans laquelle chaque institution politique majeure était concernée : le Congrès, les tribunaux, la Présidence, les principales agences fédérales, les gouvernements d'État, les municipalités et les comtés. »
WALTER Frank. *Law and the Gay Rights Story: the Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*. New Brunswick: Rutgers University Press. 2014. p.12.

sexuelle tandis que 700 employés sont licenciés ou contraints de démissionner[115]. La guerre devient totale lorsque, dès 1950, Guy George Gabrielson, président du Comité national républicain, cible les « pervers sexuels » comme des ennemis potentiels du pays qui peuvent se retourner contre les intérêts de l'Amérique : « […] perhaps as dangerous as the actual Communists are sexual perverts who have infiltrated our Government in recent years[116]. » Ses affirmations présomptueuses suffisent à congédier de nombreux fonctionnaires fédéraux à cause de leur homosexualité (qu'ils auraient dissimulée). De fait, ils se retrouvent considérés comme des espions. La persécution systématique initiée par le sénateur des États-Unis Joseph McCarthy cible les homosexuels comme les boucs émissaires de la guerre froide, accusés d'être des Communistes, des gauchistes et de représenter une menace pour le mode de vie américain. Il critique sévèrement l'emploi d'agents fédéraux au sein du département d'État et révèle être détenteur d'une liste contenant les noms de plusieurs d'entre eux qui seraient des Communistes ou des pervers sexuels[117]. 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*[118]. 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*[119]). Ce rapport du Sénat et le décret 10450 (1953) 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. Cette analyse du rapport sénatorial à laquelle nous allons procéder, doit montrer que les préjugés des auteurs sont utilisés pour établir les bases d'un fondement légal et juridique pour condamner les homosexuels en raison de leur orientation sexuelle. L'objectif est d'instaurer l'infériorité de leur statut en tant que citoyen américain de seconde catégorie, de contribuer à leur

---

[115] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.25.

[116] « […] peut-être aussi dangereux que les Communistes d'aujourd'hui, les pervers sexuels ont infiltré notre gouvernement au cours de ces dernières années. »
Cité dans WALZER, Lee. *Gay Rights on Trial*. Santa Barbara: ABC-CLIO. 2002. p.37.

[117] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.24.

[118] U.S. Senate Report, 81st Congress. *Employment of Homosexuals and Other Sex Perverts in Government*. 1950: [http://www.mwe.com/info/mattachineamicus/document14.pdf]

[119] Expression attribuée à l'historien David K. Johnson, dans son étude sur la persécution des gays et des lesbiennes pendant la guerre froide. *The Lavender Scare: The Cold War Persecution of Gays and Lesbians in the Federal Government*. 2004.

ostracisme social et professionnel pour décourager leur aspiration à devenir égaux.

Deux raisons sont avancées pour expliquer leur licenciement. Tout d'abord, Clyde Hoey, le président de la commission, explique que les homosexuels ne répondent pas aux standards éthiques et moraux prônés par le gouvernement fédéral et qu'ils exposeraient la nation à des risques majeurs de sécurité intérieure[120]. Sont désignés comme des pervers sexuels dans le rapport : « those who engage in unnatural acts » et comme des homosexuels : « persons of either sex who as adults engage in sexual activities with persons of the same sex[121] ». L'homosexualité est vue comme une perversion qui ne peut être tolérée dans les rangs de l'administration fédérale, puisqu'elle viole les codes de la morale et les lois réprimant les crimes contre nature. Les sénateurs identifient des critères pour permettre de les démasquer en citant par exemple certains comportements propres au sexe opposé, certains langages corporels, tout en mettant les autorités en garde : ces « pervers » n'ont parfois aucune caractéristique distinctive et vivent des vies parfaitement « rangées ». On constate que le rapport est imprégné de stéréotypes dangereux et de préjugés hostiles voyant les homosexuels comme des corrupteurs des bonnes mœurs, mais aussi plus largement des prédateurs, des colporteurs de fausses nouvelles, des inadaptés sociaux et des agresseurs d'enfants. L'homosexualité se révélant à leurs yeux être un déséquilibre de la sexualité, les sénateurs recommandent que les homosexuels soient isolés afin d'être suivis médicalement[122].

Ces « défauts » du comportement expliquent, selon les auteurs du rapport, que certains individus peu scrupuleux tentent de faire chanter des agents homosexuels. Pour protéger leur secret, ces derniers acceptent de payer des pots-de-vin, ce que les sénateurs interprètent comme une forme de faiblesse. Au lieu de condamner les maîtres-chanteurs, ils estiment nécessaire d'écarter de toute responsabilité des agents homosexuels qui sont incapables d'agir de façon éthique et responsable lorsqu'ils sont confrontés à une menace visant à discréditer leur loyauté à cause de leur homosexualité. En fin de compte, cette situation est considérée comme étant susceptible de mettre en danger la sécurité du pays d'autant plus que les sénateurs affirment que les agents homosexuels ont une influence néfaste sur d'autres collègues : « These perverts will frequently attempt to entice normal individuals to engage in perverted practices[123] ». L'emploi d'agents homosexuels entraînerait la propagation incontrôlée de pratiques perverses quotidiennes au sein d'un même bureau gouvernemental venant mettre en péril les missions et les objectifs des

---

[120] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.7.

[121] « ceux qui se livrent à des actes sexuels contre nature », « personnes des deux sexes qui en tant qu'adultes se livrent à des activités sexuelles avec des personnes du même sexe ».
U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.6.

[122] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.7.

[123] « Ces pervers tenteront fréquemment d'inciter des individus normaux à se livrer à des pratiques perverses. »
U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.8.

employés fédéraux. La gravité des accusations et des préjugés à l'encontre d'agents homosexuels semble révéler une vaste supercherie savamment orchestrée afin qu'ils soient rapidement écartés de leur fonction. Cette forme de lynchage est une manière violente d'indiquer que les agents homosexuels ne sont pas dignes de la confiance de leurs supérieurs hiérarchiques, puisqu'ils sont même accusés de « polluer un bureau gouvernemental[124] ». Les homosexuels ne peuvent que rencontrer des difficultés pour obtenir un emploi si on les fait passer pour des individus incompétents et inaptes au travail. Ils sont déjà susceptibles d'être exposés à des duretés quotidiennes et le travail peut constituer une échappatoire, si ce n'est une raison de vivre. Il ne leur restera plus grand chose si on les condamne à l'exclusion professionnelle et sociale.

Cette volonté d'écarter les homosexuels est confirmée dès 1952 par le Congrès, qui interdit toute entrée sur le territoire américain des « psychopathes » homosexuels, de la même façon qu'il instaure une politique stricte en matière d'immigration en provenance d'Asie et d'Europe de l'Est et du Sud[125]. Le Congrès assimile l'homosexualité à un trouble de la personnalité caractérisé par un manque d'humanité et une hostilité à l'égard de la société. D'ailleurs, la cour d'appel pour le 5e circuit le confirme en 1961 en expliquant que la référence à la psychopathie est volontairement utilisée comme un terme générique qui s'applique aux homosexuels et autres pervers sexuels[126]. Ces choix langagiers, de la part des législateurs, alimentent la « panique homosexuelle » qui sert d'arme juridique pour justifier des crimes violents perpétrés par des homophobes contre des homosexuels. En invoquant une crise de démence passagère, les accusés ne sont plus moralement responsables de leurs actes alors que scientifiquement cet état temporaire n'est pas démontré. En septembre 2014, la Californie est le premier État à mettre fin à la « panique homosexuelle et transsexuelle » comme stratégie de défense, ne tolérant plus de voir la justice légitimer des actes homophobes. Ainsi, la loi de 1952 tout comme le rapport du Sénat s'appuient sur un agrégat d'idées bourbeuses. Dans les années 1950, l'homosexuel est un traitre, un pestiféré, un indésirable. Il est vu comme le candidat idéal pour comploter contre son pays en collaborant avec les renseignements soviétiques. Finalement, Chauncey explique que les homosexuels, interdits d'occuper les postes les plus élevés, se résolvent à trouver des emplois peu qualifiés constituant des « véritables niches[127] », c'est-à-dire des refuges où ils peuvent dissimuler leur identité sexuelle. Rappelons également que dans l'armée, dès la Seconde Guerre mondiale, les soldats homosexuels risquent d'être renvoyés si leur homosexualité est révélée, et que déjà le processus de sélection

---

[124] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.8.
[125] Référence au McCarran-Walter Act (1952). Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.25-26.
[126] *Quiroz v. Neely* (1961). FRANK, op.cit., p.16.
[127] Prop 8 Trial Transcript, op.cit., p.175.

disqualifie en amont certains candidats indésirables en raison de leur orientation, alors même que souvent ils ne souhaitent qu'une chose : se battre pour leur pays[128]. Les militaires homosexuels, hommes ou femmes, qui sont licenciés en raison de leur orientation, ne peuvent prétendre percevoir les avantages accordés à d'autres dans le cadre du *GI Bill* (1944)[129].

Le mot d'ordre dans le rapport est de rassurer des Américains inquiets en leur montrant que l'engagement du gouvernement fédéral est total ; il est déterminé à agir de manière forte pour chasser les soldats dont la sexualité est considérée comme incompatible vis-à-vis des exigences de la profession : « […] the armed services have traditionally taken a firm and aggressive attitude toward the problem[130] ». Pour ne pas être accusés de faire preuve de laxisme contre ce « fléau de l'homosexualité », les sénateurs mettent en avant leur détermination et leur intransigeance à agir pour l'intérêt général en renvoyant les homosexuels. D'ailleurs, ils prennent soin de justifier leurs préconisations à partir de données chiffrées et semblent véritablement se délecter du nombre exponentiel de litiges engagés entre 1947 et 1950, tout en pointant du doigt les négligences de certaines agences gouvernementales qui, sans les mises en garde du Congrès, auraient continué à recruter des homosexuels[131]. Les méthodes préventives utilisées sont drastiques et impitoyables : il s'agit d'empêcher toute infiltration par des homosexuels qui sont traités comme des ennemis publics et des criminels en puissance susceptibles de passer à l'acte à tout moment : recherche d'éventuels antécédents judiciaires pour perversion sexuelle, vérification des empreintes digitales à l'aide des fichiers du FBI à la recherche d'éventuelles arrestations…

Par ailleurs, dans des instances gouvernementales comme le département d'État, des enquêtes approfondies sont diligentées pour passer au crible toute la vie privée des futurs employés fédéraux[132]. Il va sans dire que l'application de ces dispositifs s'effectue sans aucun cadre légal et juridique, au mépris des libertés individuelles et empiète sur les droits des individus (ici homosexuels) contenus dans la Déclaration des droits : le droit à la protection de la vie privée, la liberté d'expression et le droit d'avoir accès aux informations dans le cadre des enquêtes qui les concernent. Clairement, le rapport du Sénat commet une entrave majeure en ne respectant pas les principes du IVe amendement[133] qui, selon Sébastien Mort, maître de conférences en civilisation

---

[128] Organization of American Historians Amicus Curiae. *Obergefell v. Hodges*, op.cit., p.23.
[129] Les soldats démobilisés pouvaient obtenir un financement de leurs études ou d'une formation, une allocation chômage d'un an, un accès à un prêt logement ou pour la création d'une affaire.
[130] « […] les forces armées ont traditionnellement adopté une attitude ferme et agressive face au problème » U.S. Senate Report, 81st Congress., op.cit., p.13.
[131] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.12.
[132] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.13.
[133] IVe amendement : « Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domicile, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies déraisonnables ne sera pas violé [...] ».

américaine, « protège le citoyen des immixtions du gouvernement dans certains domaines de sa vie privée puisqu'il interdit que soient collectées des informations concernant le citoyen sans l'aval du pouvoir judiciaire[134]. » Conscient de la nécessité d'encadrer légalement ces pratiques exceptionnelles, le président Eisenhower promulgue en 1953 le décret 10450 intitulé *Security requirements for Government employment*[135] qui a pour effet d'autoriser la purge contre les 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.

Sont concernés par ce décret l'administration fédérale mais aussi les sous-traitants titulaires d'un marché public. Même dans le secteur privé les homosexuels peuvent craindre la perte de leur emploi, selon les employeurs, devenant ainsi des victimes collatérales de la politique d'Eisenhower qui a instauré la discrimination coutumière[136] dans le domaine de l'emploi. D'autres individus sont également visés par ce décret, tels les malades mentaux ou les toxicomanes, ce qui revient à dire, selon Frank, que l'Amérique aurait engagé une guerre contre des individus et pas uniquement contre leur comportement[137]. Dans le décret du président, certaines personnes sont clairement ciblées pour leur déviance ou leur handicap. La moindre faille dans le profil ou le caractère des agents ou des nouvelles recrues suffit à déclencher une procédure invasive et contraignante sans qu'aucun crime et/ou faute professionnelle grave ne soient nécessairement avérés. À partir du moment où l'orientation sexuelle d'un agent est établie, son homosexualité est un motif valable pour lui refuser un poste, voire le limoger. Il n'est donc plus possible que ces « pervers » continuent de se voir accorder des dispositifs alternatifs à leur maintien en poste au sein du gouvernement fédéral comme c'était le cas auparavant.

Le rapport pointe du doigt le laxisme et la bienveillance des supérieurs hiérarchiques qui agissent au cas par cas et selon les circonstances : « [Personnel officers] handled the problem in accordance with their individual feelings or personal judgments in the matter[138]. » Autrement dit, désormais aucune clémence ne sera tolérée, ce qui est susceptible d'inciter les responsables à la plus grande sévérité, sans états d'âme en ce qui concerne le sort des employés homosexuels. Ce n'est qu'au prix d'une immense intransigeance que la sécurité des Américains serait garantie et

---

[134] MORT, Sébastien. « Surveillance des correspondances privées dans le cyberespace aux États-Unis : un contrôle marqué au sceau du secret ». *Revue française d'études américaines*. N° 123. Belin. 2010/2011. p.34.

[135] « Conditions de sécurité concernant les emplois gouvernementaux »
Presidential Executive Order 10450. *Security requirements for Government employment*. 27 avril 1953. [http://www.ncsc.gov/publications/policy/docs/EO_10450.pdf]

[136] Prop 8 Trial Transcript, op.cit., p.174.

[137] FRANK, op.cit., p.14.

[138] « [Les responsables du personnel] se chargeaient du problème selon leurs propres sentiments ou leurs jugements personnels sur la question. »
U.S. Senate Report, 81st Congress., op.cit., p.14.

renforcée. En effet, certains responsables récalcitrants devant l'injustice de ces règles exceptionnelles invoquent le droit des employés à la protection de leur vie privée. Seulement, selon les sénateurs, ce droit ne s'appliquerait qu'aux seuls individus « normaux », faisant de la « perversion sexuelle » une circonstance aggravante qui dépouillerait légitimement les homosexuels de leurs libertés fondamentales. Les homosexuels sont donc condamnés à l'exclusion et à la stigmatisation, l'homosexualité étant réprimée au même titre qu'un crime, ou une faute professionnelle[139]. Le rapport va jusqu'à préconiser que le motif du licenciement pour « perversion sexuelle » soit stipulée de manière pérenne dans le dossier personnel des agents afin que ces derniers ne puissent plus faire acte de candidature à aucun poste au sein de l'administration fédérale[140]. Appliquée drastiquement, cette mesure aurait empêché 25 % des agents du département d'État identifiés comme « pervers sexuels » de se réinsérer dans d'autres ministères[141]. Des mesures de contrôle des responsables du personnel sont donc préconisées ainsi que des procédures de vérification dans l'application de ces nouvelles directives. En maintenant une pression inouïe sur des agents fédéraux qui dissimuleraient toujours leur orientation sexuelle, le gouvernement fédéral entend bien les soumettre à une forme de terreur permanente pour les fragiliser dans leur dignité. Cette politique fédérale envoie un message clair à d'autres administrations au niveau local et à celles des États, qui peuvent être fortement incitées à suivre ces mêmes procédures d'exclusion. En effet, par ricochet, d'autres initiatives suivent pour harceler des fonctionnaires homosexuels parmi les enseignants, le personnel hospitalier et administratif. Par exemple, la Floride lance une campagne de harcèlement fondée sur des interrogatoires systématiques pour évincer les suspects, notamment parmi le personnel des universités[142]. La responsabilité du gouvernement fédéral est engagée lorsqu'il met en place une politique discriminatoire à l'égard des homosexuels, puisqu'il ouvre la porte à d'autres initiatives politiques destinées à leur faire perdre leur emploi. Encouragés par les autorités à se montrer hostiles envers les homosexuels, les Américains intègrent discours intolérants et stéréotypes dégradants à leur quotidien. Ainsi, le mythe de l'homosexuel prédateur et manipulateur s'enracine et on le retrouve soixante ans plus tard lors de la campagne pour l'adoption de la Proposition 8 en Californie. Les séquelles de cette véritable idéologie anti-homosexuelle sont considérables ; elle continue de hanter le débat politique contemporain et elle est à l'origine de crimes de haine visant la communauté LGBT. Bien sûr, nous ne voulons pas ici oublier les autres origines de ces crimes,

---

[139] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.14.
[140] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.15.
[141] Sur 91 affaires traitées, 23 employés ont pu se réinsérer.
U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.15.
[142] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.26.

relevant de la psychanalyse et liées à des siècles de religion et de patriarcat.

Ce rapport sénatorial de 1950 sert aussi d'une certaine manière de justification à l'instauration de brigades policières, comme celle de Philadelphie, qui procèdent à 200 arrestations d'homosexuels par mois avant 1950[143]. D'ailleurs, Chauncey explique qu'au début de la procédure contre la Proposition 8, une descente policière a encore eu lieu à Fort Worth au Texas, durant l'été 2009, comme si finalement il existait encore des poches de résistance régionales, nostalgiques de cette politique de la terreur imposée à la communauté homosexuelle quelques décennies auparavant. Cette étroite surveillance policière veut rappeler aux homosexuels que leur différence entraîne une infériorité et une dangerosité, justifiant des contrôles inopinés, tandis que pour Chauncey la police continue d'associer la vie et la culture homosexuelles à la délinquance et à la criminalité[144].

Les sénateurs affirment également que cette procédure d'intérêt public vise à renforcer la protection des citoyens et à les informer sur des comportements suspects qui relèveraient d'une « perversion sexuelle ». Ce rapport contribue fortement à la détérioration d'un climat déjà délétère dans l'administration où la délation est encouragée, appuyée par la mise en place d'enquêtes menées par des experts aguerris ou, au contraire, à peine formés. L'objectif de ces enquêtes est de monter un dossier à charge, corroboré par des « faits accablants ». Le tout étant bien entendu très anxiogène pour les homosexuels. Même si les sénateurs admettent les fragilités de la procédure et notamment des expertises médicales qui ne parviennent pas systématiquement à déterminer avec certitude l'homosexualité des suspects, ce dispositif permet néanmoins de mettre en place un filet de protection en plaçant sous surveillance des agents suspectés. Cette base doit aboutir à l'établissement de faits tangibles pour soutenir un diagnostic ainsi qu'un rapport auxquels les accusés pourront répondre après avoir été notifiés de leur licenciement : « [Psychiatrists] have been most successful in those cases where information concerning the patient's life and activities has been made available[145] ». C'est bel et bien l'efficacité dans la transmission du renseignement qui fait l'objet d'une remise à plat. Celle-ci doit coordonner davantage les actions des services de police qui doivent dorénavant transmettre leurs informations (dont les empreintes digitales des contrevenants) au FBI. Ce dernier centralise les données et a obligation d'informer la commission de recrutement dans la fonction publique lorsque des agents fédéraux sont arrêtés pour des

---

[143] Organization of American Historians Amicus Curiae, ibid., p.26.
[144] Prop 8 Trial Transcript, op.cit., p.163.
[145] « [Les psychiatres] ont souvent atteint leur objectif dans ces affaires lorsque des renseignements concernant la vie et les activités du patient ont été mis à leur disposition. »
U.S. Senate Report, 81st Congress., op.cit., p.16.

« perversions sexuelles[146] ». Pour éviter tout abus et s'assurer que nul ne soit victime d'un complot, les agents peuvent faire appel de leur licenciement, tandis que ceux qui sont accusés de déloyauté peuvent exiger le réexamen complet de leur dossier prévu par le décret Truman de 1947 abrogé par le décret Eisenhower de 1953. Ce rapport met en exergue la collusion opérée entre les pouvoirs exécutif et législatif pour endiguer le « fléau de l'homosexualité » sans que la justice n'applique aucun contrôle de constitutionnalité, non seulement parce qu'elle n'est pas saisie sur cette question mais aussi parce que les institutions font bloc contre la menace homosexuelle. On peut donc considérer que cette guerre culturelle de la Peur violette repose plus précisément, comme le rappelle Jean Kempf, professeur de civilisation américaine, « sur la notion de ‘‘loyauté’’ et de ‘‘patriotisme’’[147] » d'agents fédéraux homosexuels honnêtes. En somme, à cause de leur orientation sexuelle ils sont considérés comme anti-américains, puisque la protection de leur sexualité passerait avant même les intérêts collectifs de la nation et qu'ils se révèleraient incapables d'abnégation.

Le rapport semble aussi déshonorer les agents homosexuels car il préconise une réorganisation dans la gestion de ces litiges ainsi qu'un durcissement des peines. Il vise principalement le district de Columbia, le centre névralgique du pouvoir fédéral américain considéré dans les années 1940 comme étant « America's Number One Boom town » favorable aux homosexuels[148]. En fait, les auteurs du rapport jugent le Code criminel du district encore permissif ; ils estiment qu'il n'a que peu d'effets dissuasifs quand il ne poursuit les contrevenants que pour une simple inconduite et ne les condamne qu'à une amende de 25 dollars[149]. Aussi, l'amende est désormais fixée à 100 dollars, la peine d'emprisonnement peut atteindre 90 jours[150]. Les délits tels que des atteintes à la pudeur, des actes obscènes ou indécents sont passibles d'une amende de 500 dollars et d'une peine de prison de 6 mois maximum[151]. Toute forme de racolage est interdite sur l'ensemble du district, et la surveillance des parcs est particulièrement renforcée en raison de la grande promiscuité sexuelle qui y prolifère. Ils font même la proposition que tous les délits sexuels relèvent dorénavant de la compétence du ministre de la Justice afin de centraliser toutes les informations en rapport à des délits sexuels.

Finalement, la teneur de ce rapport dépasse la simple question de la possible trahison d'agents fédéraux. Le sénat engage une véritable opération de grand nettoyage de l'espace public et

---

[146] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.17.
[147] KEMPF, Jean. *Une histoire culturelle des États-Unis*. Paris : U. 2015. p.127.
[148] An interview with David K. Johnson. University of Chicago.
Consulté le 15 avril 2016 : [http://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/404811in.html]
[149] U.S. Senate Report, 81st Congress., op.cit., p.19.
[150] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.21.
[151] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.20.

de l'administration fédérale, pour les débarrasser de ce que les sénateurs voient comme des pratiques indécentes et immorales. Ils ciblent spécifiquement les pratiques homosexuelles : « There is no place in the United States Government for persons who violate the laws or the accepted standards of morality, or who otherwise bring disrepute to the Federal service by infamous or scandalous personal conduct[152]. » Les homosexuels ne peuvent donc prétendre contribuer au bon fonctionnement du service public, ils ne peuvent offrir leurs compétences au gouvernement fédéral car il en va de sa réputation, de son honneur et de sa crédibilité. Ces agents homosexuels ne pourraient pas non plus être dignes de la confiance du peuple américain car ils remettraient en question leur sécurité. Ces principes étant rappelés, le rapport met en avant les effets bénéfiques et les résultats prometteurs de cette politique discriminatoire dans le respect des règles et des valeurs de justice : 98 % d'augmentation dans le nombre de dossiers traités, des autorités pleinement mobilisées, une meilleure centralisation et transmission des informations, un alourdissement des sanctions prévues par la loi[153]. Cette politique volontariste est si efficace que les licenciements concernent davantage les homosexuels que les véritables Communistes dans le département d'État, ce qui montre que les agents homosexuels étaient des proies faciles à écarter. Il semble donc que le pouvoir exécutif fédéral, en véritable oppresseur, et sous couvert de vouloir agir promptement dans l'intérêt de la nation, se fasse justice lui-même pour mettre à l'écart des employés qu'il considérait comme gênants et nuisibles, et ce contre la séparation des pouvoirs. De manière cynique, il est même rappelé que les employés congédiés peuvent faire appel à une autorité supérieure et compétente, extérieure au ministère qui les emploie, mais que cette structure reste à formaliser et à concrétiser dans les faits. Neutralité et impartialité restent donc relatives pour des homosexuels qui n'ont aucun droit et ne peuvent légalement se défendre. D'ailleurs, les sénateurs utilisent un ton culpabilisant à l'égard de responsables complaisants qui mettraient les Américains en danger en ne respectant pas à la lettre ces nouvelles directives. En effet, si elles ne sont pas correctement appliquées, les agents homosexuels continueront d'exercer sans jamais être inquiétés : « […] it should be borne in mind that the public interest cannot be adequately protected unless responsible officials adopt and maintain a realistic and vigilant attitude toward the problem of sex perverts[154] ». En dépit de méthodes parfois controversées, les responsables du personnel ont

---

[152] « Il n'y a pas de place dans le gouvernement des États-Unis pour les personnes qui violent les lois ou les normes morales acceptées ou sinon qui jettent le discrédit sur le service Fédéral par un comportement personnel infâme ou scandaleux. »
U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.22.

[153] U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.24-25.

[154] « […] il faudrait garder à l'esprit que l'intérêt général ne peut être défendu de manière adéquate à moins que les fonctionnaires compétents adoptent et maintiennent une attitude vigilante et réaliste vis-à-vis du problème des pervers sexuels. »

donc obligation morale et éthique d'initier toutes les démarches jugées opportunes afin de vérifier l'employabilité de leurs agents ainsi que la conformité de leurs antécédents personnels et professionnels. Cette croisade contre l'homosexualité devient même un argument politique et électoral utilisé par certains candidats pour exploiter la « faiblesse » de leurs adversaires ou les diffamer[155]. L'Union américaine pour les libertés civiles (ACLU), connue pour défendre les droits et libertés individuelles des Américains, s'est déclarée favorable à une telle démonologie politique en 1958 arguant que « le gouvernement a le droit de réguler le comportement[156] » des citoyens. Dès 1970, l'ACLU est pourtant la première organisation à défendre le mariage homosexuel dans *Baker v. Nelson*. Néanmoins en 1950, la marque d'infamie à l'égard des homosexuels reste prégnante même parmi certaines organisations pour la défense des libertés des individus.

I.B.3. L'organisation à grande échelle d'une persécution systématique

Dans le cadre de cette croisade, les nombreuses initiatives législatives punissant sévèrement les « crimes contre nature » au milieu du XXe siècle servent en fait d'instruments pour permettre aux États d'organiser un système autoritaire. L'objectif est aussi de persécuter les homosexuels et surtout de les dissuader de révéler leur homosexualité, afin de leur imposer le placard comme seul espace de confinement et de « liberté », les condamnant ainsi à l'invisibilité et à l'interdiction d'exister pleinement. Cette prison de l'âme si elle était pulvérisée par une affirmation de leur sexualité pouvait conduire directement les homosexuels dans un centre de détention, voire dans un asile pour les y enfermer, notamment dans l'Iowa[157]. Cet acharnement envoie un signal fort à la société américaine qui est invitée à collaborer en les évitant et en les fuyant. Francis Otto Matthiessen, critique littéraire américain, évoque déjà dans les années 1920 l'efficacité d'un système de la terreur dans lequel les homosexuels deviennent des « parias », des « hors-la-loi » et des « dégénérés » si leur orientation sexuelle est révélée[158]. Même si la justice dans l'État de New York mais aussi en Californie se saisissent de la question des pratiques discriminatoires illégales du gouvernement pour juger en faveur des protections des homosexuels, le corps législatif en Californie entame une manœuvre de contournement de la nouvelle réglementation pour agir plus sévèrement contre les bars et les restaurants qualifiés

---

U.S. Senate Report, 81st Congress., ibid., p.25.
[155] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.47-48.
[156] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], ibid., p.48.
[157] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], ibid., p.50-51.
[158] JONES, op.cit., p.77.

« d'établissements pour pervers sexuels ». L'affaire du Black Cat Bar[159] à San Francisco témoigne de la naissance, dans les années 1940 et après la Seconde Guerre mondiale, de nombreux établissements pour une clientèle essentiellement homosexuelle. Selon Adrian Brooks, écrivain et militant américain, San Francisco fait déjà figure d'exception en s'affirmant comme ville épanouie du divertissement et des réjouissances s'affranchissant de la morale religieuse[160]. Cette liberté est consolidée par la Cour suprême de Californie qui confirme dès 1951 la liberté d'association des homosexuels à se rassembler dans des bars tout en exigeant des autorités ainsi que du *Alcoholic Beverage Control Department* (ABC) des preuves formelles d'activités sexuelles illégales pour révoquer une autorisation de servir des boissons alcoolisées[161]. Seulement, dans le même temps, cette culture urbaine gay devient la cible d'une politique discriminatoire afin d'empêcher la moindre manifestation de cette orientation sexuelle, par de multiples descentes policières et des vagues massives d'arrestations. Selon Russell Wolden, candidat à la mairie en 1959, la ville de San Francisco est devenue, « le quartier général » des homosexuels[162]. À ses yeux, la ville est une Mecque devenue intolérable, un refuge pour individus déviants et corrupteurs, ce qui est contraire aux bonnes mœurs. Le maire sortant et réélu, George Christopher, est plus ou moins contraint pour désarmer ses détracteurs à engager une nouvelle opération punitive de la part de la police contre la communauté homosexuelle : un tiers des bars subissent une fermeture administrative, les arrestations sont quotidiennes[163]. Même si ces fermetures sont annulées par la justice californienne[164], elles se poursuivent en toute illégalité jusqu'au scandale de 1962 (*gayola scandal*[165]) qui permet de révéler aux yeux du grand public les tactiques malhonnêtes de certains officiers de police qui extorquent les patrons de bar. Pour lutter contre des fermetures d'établissement abusives, la justice du New Jersey, de New York et de Pennsylvanie sont

---

[159] Menacé de se faire retirer sa licence de vente d'alcool pour ne pas avoir versé des pots-de-vin, le propriétaire, Sol Stoumen, engage une procédure judiciaire qu'il remporte à la Cour suprême de Californie en 1951. La législature d'État vote une nouvelle loi pour permettre à ABC de suspendre cette licence dans des établissements qui accueillaient des pervers sexuels.

[160] BROOKS, Adrian. "The 1934 Longshoremen's Strike". Dans BROOKS, Adrian. *The Right Side of History: 100 Years of LGBTQI Activism*. New York: Cleiss Press. 2015. p.16.

[161] *Stoumen v. Reilly*. La Cour suprême de Californie fonde son jugement sur le Ier amendement de la Constitution.
D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.182.

[162] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], ibid., p.182.

[163] Prop 8 Trial Transcript, ibid., p.161.

[164] Dans l'affaire *Stoumen v. Reilly* (1951), la Cour suprême de Californie protège le droit des homosexuels de se réunir par le Ier amendement. Cette décision est confirmée par un second jugement dans l'affaire *Vallerga v. Department of Alcoholic Beverage Control* (1959) qui abroge une loi de 1955 autorisant la fermeture de tout établissement fréquenté par des « pervers sexuels » en Californie.
FRANK, op.cit., p.21.

[165] *Gayola* : de l'anglais *payola* (illegal bribe), terme journalistique pour désigner le versement d'un dessous-de-table dans les bars homosexuels.

également intervenues pour protéger les droits légaux de ces établissements[166]. On peut en déduire que la justice souhaite rétablir l'ordre et la force du droit dans la conduite des affaires de ces villes engagées dans une véritable épuration visant à éliminer toute manifestation de l'homosexualité. Mais, en même temps, elle acquitte en Californie tous les accusés du *gayola scandal* en laissant entendre que ce sont finalement les bars gays qui sont responsables des pratiques déviantes des policiers, renforçant ainsi davantage l'hostilité vis-à-vis de la culture gay : « […] gay people were dangerous and a part of the violent—seedy, violent criminal underworld[167]. » Une fracture entre hétérosexuels et homosexuels mise en place par les politiques laisse s'installer de nombreuses idées reçues sur les homosexuels qui inspirent de la méfiance à leurs concitoyens. ABC et la police collaborent à une nouvelle stratégie du harcèlement pour répondre aux exigences de la Cour de justice en mettant en place une nouvelle formation professionnelle à destination des jeunes officiers de police. Le principe est de se faire passer pour des homosexuels afin de tromper et d'amadouer les clients homosexuels pour les pousser à commettre une infraction : « […] police would send in plainclothesmen in tight pants, very handsome guys [...][168] ». La manipulation s'avère payante puisque de nombreux établissements sont fermés et plusieurs homosexuels sont arrêtés. Dans le cadre de sa croisade morale, le maire se félicite de cette opération pour le bien commun de la ville de San Francisco, tandis que la faiblesse de la communauté à faire défendre ses droits constitutionnels démontre la nécessité de s'organiser politiquement et légalement pour riposter. 50 000 homosexuels sont arrêtés entre 1924 et 1966 pour « mauvais comportement[169] ». Les homosexuels sont placés sous surveillance systématique par la police, qui bénéfice d'un appui non négligeable de la part d'institutions religieuses organisées civilement pour maintenir les bonnes mœurs de la population. Citons, par exemple, la *New York Society for the Suppression of Vice*, engagée contre les comportements homosexuels devenus de plus en plus manifestes 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[170]. Ces milices citoyennes contre le vice visent aussi l'art subversif, la prostitution et les références manifestes à la sexualité dans les produits culturels. L'objectif est de lutter contre toute dépravation potentielle et de montrer aux individus comment se conduire en parfaits citoyens en prenant le relais des autorités aux politiques

---

[166] FRANK, ibid., p.21.
[167] « […] les homosexuels étaient dangereux et faisaient partie du monde violent — de la pègre sordide et violente. » Prop 8 Trial Transcript, op.cit., p.163.
[168] « […] la police envoyait des officiers en civil en pantalons serrés, de très beaux hommes [...]. » Témoignage de Bill Plath, propriétaire d'un bar. Cité dans D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.183.
[169] Prop 8 Trial Transcript, op.cit., p.150.
[170] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.20.

trop inefficaces à leur goût. L'intervention d'organismes religieux dans les affaires politiques des municipalités et leurs manœuvres pour peser dans les débats moraux de l'Amérique est une pratique « normale » (et normative), ils semblent avoir toute légitimité pour agir aux côtés des forces de l'ordre.

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. En s'attaquant à la police, les homosexuels tiennent à marquer leur colère et leur exaspération face aux injustices et aux exactions perpétrées par les officiers de police qui les harcèlent en totale impunité : « Trapping the police, putting them in a desperate situation, making them feel the same fear and humiliation that was a constant in their lives[171]. » Les événements de 1969 constituent une étape charnière dans le mouvement pour l'égalité des droits de la communauté homosexuelle. Celle-ci est contrainte de résister férocement face à l'oppression et à la terreur imposées par les autorités pour exiger la reconnaissance des libertés individuelles des citoyens homosexuels. En usant de violence à l'égard des forces de police, les homosexuels des émeutes de Stonewall parviennent à démontrer qu'ils peuvent réagir et résister avec férocité à la violence endurée pendant des décennies. Inspirés par la démonstration de leur force potentielle à New York, les homosexuels du pays sont désormais déterminés à ne plus se laisser intimider, en exigeant que soient respectées leurs libertés fondamentales contenues dans le Ier amendement. C'est d'ailleurs lors de ces émeutes que les manifestants scandent le slogan : « Gay Power ! ». Autrement dit, les homosexuels doivent se rassembler et s'organiser pour faire avancer leurs propres intérêts et démontrer aux autorités que la nation doit composer avec ce nouveau groupe. L'homosexualité doit être désormais considérée comme une tendance naturelle de la sexualité humaine au même titre que l'hétérosexualité. Ces émeutes ont ouvert la voie à la « fierté gay » et sont désormais commémorées par des parades et marches annuelles à travers le pays, célébrant la libération des homosexuels et luttant contre la persistance des préjugés : « Gay is good, it's right, positive, healthy, natural and moral », a alors déclaré Barbara Gittings, militante pour l'égalité des homosexuels, lors d'une marche en juin 1972 à Philadelphie[172].

---

[171] « Piéger la police, les mettre dans une situation désespérante, leur faire ressentir la même peur et la même humiliation qui étaient le quotidien de la vie des homosexuels. »
WALTER, op.cit., p.33.

[172] Le slogan « gay is good » (1966) est attribué à Frank Kameni, militant pour les droits des homosexuels.
« Être homosexuel est une bonne chose, c'est juste, positif, sain, naturel et moral. »
WALTER, ibid., p.36.

I.B.4. Démystification sur fond de fondamentalisme religieux

Un nouveau débat sur la sexualité s'engage, à savoir celui sur l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle naturelle. Dans les années 1950, les homosexuels sont la cible d'actes de violence qui, paradoxalement, permettent d'ouvrir la voie à un rassemblement : en effet, la dureté de l'oppression[173], en les incitant à partager leurs expériences individuelles permet une prise de conscience collective de leur appartenance à une minorité culturelle brimée. Ainsi, un mouvement homophile[174] est né qui prend la forme de nouvelles poches militantes, notamment à New York et Philadelphie. Plus précisément, la création de deux organisations pour les droits des homosexuels va signifier un changement historique qui permettrait aux homosexuels de riposter et de lutter contre l'idéologie dominante de l'époque, laquelle fait de l'homosexualité une anormalité au simple motif qu'elle est minoritaire. La *Mattachine Society* a été créée à Los Angeles en 1950 par Harry Hay, alors membre du Parti communiste américain. Cette association vise à défendre les droits des hommes homosexuels, tandis que *Daughters of Billitis*, fondée à San Francisco en 1955, se centre sur les intérêts et l'intégration des lesbiennes dans la société américaine[175]. Ces associations organisent des réunions de groupes permettant à ses membres d'affirmer publiquement leur identité, pour mettre fin à leur invisibilité, comme le rappelle Harry Hay : « We were interested in finding out who we are, were, as a separate people. We had to reinvent ourselves. Your society had infected us into believing that we are perverts and degenerates[176]». Ce témoignage est révélateur de la scission entre une communauté homosexuelle (se voulant solidaire et unie) et la société homophobe des années 1950. Hay utilise un ton combatif et accusateur pour rétablir la vérité. Il faut démontrer et convaincre que c'est bien la communauté homosexuelle qui a été martyrisée et meurtrie face à ce que les historiens ont qualifié « d'hystérie publique[177] » de la part de leurs agresseurs. Dans cette société hostile, le confinement est la seule issue possible pour les homosexuels. Hay rappelle que la majorité hétérosexuelle est responsable d'avoir tout fait pour avilir et humilier des individus qui ont fini par être convaincus de leur infériorité causée par une sexualité prétendument défaillante. Répondant en quelque sorte au rapport sénatorial de 1950 qui accusait les homosexuels de corrompre les agents fédéraux, Hay semble affirmer que ce sont

---

[173] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], ibid., p.53.
[174] Utilisé à partir de 1949, le terme « homophile » signifie « homosexuel ». Il est employé par les mouvements de réforme homosexuelle comme la *Mattachine Society*. Puis le terme disparaît avec le mouvement de libération gay.
[175] MARCHE, op.cit., p.2.
[176] « Nous étions intéressés de découvrir qui nous sommes, qui nous étions, en tant que peuple distinct. Nous devions nous réinventer. Votre société nous avait contaminés en nous faisant croire que nous étions des pervers et des dépravés. »
FRANK, op.cit., p.23.
[177] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.28.

plutôt les préjugés hostiles aux homosexuels qui ont pollué la société jusqu'aux entrailles du pouvoir. Le rapport de force est donc trop inégal pour permettre à une minorité de riposter efficacement face à la tentative d'élimination de l'homosexualité, savamment orchestrée par le pouvoir.

En effet, les organisateurs de la convention nationale de la *Mattachine Society*, à Denver, en 1959, subissent les foudres des autorités qui lancent une série de perquisitions de leurs domiciles alors même que des policiers se sont glissés parmi les adhérents[178]. L'un des organisateurs est arrêté pour détention illégale de magazines pornographiques, tandis que les renseignements personnels des membres de l'organisation sont saisis, obligeant ces derniers à mettre un terme à leurs activités militantes. En 1958, la Cour suprême se prononce en faveur de la liberté d'expression d'une presse centrée sur les questions LGBT en autorisant la diffusion d'un numéro du magazine *One* qui a fait l'objet d'une interdiction pour contenu jugé lubrique[179].

Du point de vue scientifique, le Docteur Alfred Kinsey a longuement étudié cette question de l'orientation sexuelle, ses recherches culminant avec la publication des *Rapports Kinsey* en 1948 et 1953. Ses conclusions ont causé un tollé en bouleversant la perception courante de la sexualité aux États-Unis. Kinsey révèle que plus de la moitié des hommes interrogés ont eu une expérience homosexuelle au cours de leur vie[180], tandis que la moitié des femmes ont déjà eu une relation sexuelle hors mariage[181]. Pour Kinsey, la sexualité ne se divise pas entre immense majorité hétérosexuelle et infime minorité homosexuelle, mais se répartit sur une échelle de 0 à 6 (la célèbre *Kinsey Scale*). Pour les plus conservateurs, ces révélations ont l'effet d'un cataclysme. Elles mettent à mal les conceptions les plus traditionnelles de la famille et de la sexualité aux États-Unis, elles accélèrent la déchéance des bonnes mœurs, notamment selon l'évangéliste Billy Graham[182]. Les conservateurs sont terrorisés à l'idée que les Américains se libèrent des normes sexuelles qui semblent encore prévaloir sur le territoire et que leur camp finisse par irrémédiablement perdre du terrain, comme par exemple avec la décriminalisation de la sodomie engagée par l'Illinois en 1962. Kinsey, en pleine guerre froide, a osé brisé le mythe abject bâti autour de l'homosexualité : « The homosexual has been a significant part of human sexual activity ever since the dawn of history, primarily because it is an expression of capacities that are basic in

---

[178] Organization of American Historians Amicus Curiae, ibid., p.28.
[179] *ONE, Inc. v. Olesen*
[180] SUTHERLAND, op.cit., p.5.
[181] RUSSO GARRIDO, Anahi. "The Kinsey Reports". Dans BROOKS, Adrian. *The Right Side of History: 100 Years of LGBTQI Activism*. New York: Cleiss Press. 2015. p.38.
[182] RUSSO GARRIDO, ibid., p.38.

the human animal[183]. » Pour Kinsey et son équipe de chercheurs, les rapports homosexuels sont parfaitement « normaux » et très peu d'individus sont des « Kinsey zéro », c'est-à-dire exclusivement hétérosexuels durant leur existence entière. La Société américaine de psychiatrie choisit enfin de revenir sur l'orientation sexuelle en 1973, non seulement pour nuancer l'obligation d'hétérosexualité comme seule sexualité stable, « normale » et bénéfique à l'ensemble de la société, mais surtout pour reconsidérer la classification de l'homosexualité comme trouble psychique qui a alimenté la stigmatisation de la communauté homosexuelle. Un processus de déstigmatisation, mais aussi de visibilité et de démystification de la communauté, mobilise plus de mille organisations qui se sont donné pour objectif de renforcer l'unité et la cohérence de cette communauté, de façon à ce que leurs aspirations dans de nombreux domaines soient réellement communes : la politique, l'éducation, les médias, la religion et le travail[184]. L'année 1975 est aussi marquée par l'abrogation du décret Eisenhower par le président Jimmy Carter, même si certaines agences fédérales maintiennent des pratiques discriminatoires dans le (non) recrutement et le licenciement d'agents homosexuels.

Le mouvement de libération homosexuelle des années 1960 et 1970 s'inscrit plus largement dans un contexte culturel protestataire, celui de la contre-culture, dans lequel de nombreux groupes dissidents ont fleuri, dont ceux du *Gay Liberation Front*. Claude Chastagner, professeur de civilisation américaine, remarque également que cette culture contestataire se veut exigeante et radicale. Une jeunesse prête à changer la société, pour un monde plus juste en concrétisant les principes d'égalité, de justice et en exigeant que soient reconnus et respectés les droits des femmes et ceux d'autres groupes minoritaires :

> Les militants demandent satisfaction immédiate, en criant fort, en sortant dans les rues, en se heurtant physiquement avec les représentants de l'ordre et du *statu quo*, en s'organisant en réseaux, en coalitions, en collectifs qui vont fédérer les luttes et les individus[185].

Ces méthodes de protestation se retrouvent dans le mouvement de libération homosexuelle qui encense l'homosexualité. Les groupes militants du GLF encouragent les homosexuels à sortir du placard, pour affirmer leur identité et se proclamer acteurs du changement, en accroissant la visibilité de la communauté. Comparé au mouvement homophile des années 1950 qui se veut respectable et intégrationniste, les méthodes du GLF sont plus radicales et destinées à mettre la

---

[183] « Les homosexuels représentent une part significative de l'activité sexuelle humaine depuis la nuit des temps, principalement parce qu'ils constituent une manifestation des capacités primaires de l'espèce humaine. »
RUSSO GARRIDO, ibid., p.41.

[184] D'EMILIO. *Sexual Politics* [...], op.cit., p.2.

[185] CHASTAGNER Claude. *Révoltes et Utopies: Militantisme et contre-culture dans l'Amérique des années soixante*. Paris: PUF. 2011. p.133.

classe dirigeante et la société américaine, majoritairement hétérosexuelles, devant leurs responsabilités, voire les bousculer et les pousser dans leurs retranchements. Les militants glorifient leur différence, rejettent pour la plupart les tentatives de « normalisation » et ne cherchent pas à obtenir le droit de se marier. Ils ambitionnent, en revanche, de mettre fin à l'homophobie. Ils s'imposent dans l'espace public par des tactiques de choc souvent provocantes, organisant des *kiss-ins* dans des lieux improbables et ouvertement hostiles à leur orientation sexuelle[186]. Ce n'est qu'avec la *Gay Activists Alliance* (GAA) que le mouvement homosexuel devient plus classiquement politique et que l'image de la communauté se voit renforcée par des messages plus lisses, plus conformes aux attentes supposées d'un public *mainstream* et relayés par les médias. L'*Alliance* a aussi pour objectif de faire du Parti démocrate son allié politique lors des élections présidentielles de 1972 et parvient à obtenir de la majorité des candidats à l'investiture une déclaration d'intention visant à faire avancer les droits des homosexuels (dans une certaine mesure)[187].

Cette dynamique permet d'asseoir un certain nombre de victoires notables, notamment aux niveaux local et national : 40 municipalités proposent des protections contre la discrimination à l'encontre des homosexuels, les descentes policières se raréfient, Hollywood intègre des personnages homosexuels dans ses productions, l'Association américaine de psychologie retire, à son tour, l'homosexualité de sa liste des maladies mentales en 1975. *Lambda Legal* est l'une des premières organisations majeures à militer et à défendre juridiquement les droits des homosexuels dans les années 1970, puis ceux des personnes séropositives dès 1983. D'anciens militants de la GAA fondent la *National Gay Task Force* (NGTF) dont l'objectif est d'obtenir l'égalité des droits en se livrant à du lobbying auprès des législateurs. Certaines dénominations protestantes, bien que minoritaires dans le pays, se prononcent pour la protection égale des droits des homosexuels en matière criminelle et civile[188] et réconcilient la foi et l'homosexualité, comme par exemple la *Metropolitan Community Church* (MCC), fondée en 1968 à Los Angeles. Les progrès en la matière sont bien sûr contemporains des progrès en matière de rôles de genre et de condition féminine, manifestes notamment à travers une libéralisation progressive des lois du mariage. Ronald Reagan, alors gouverneur de Californie, approuve dès janvier 1970 le divorce par consentement mutuel dans son État. Nancy Cott, professeure d'histoire et spécialiste de l'histoire du mariage aux États-Unis, explique que l'intérêt gouvernemental n'est plus le respect des normes religieuses dans le domaine du mariage mais de s'assurer que les époux se soutiennent

[186] MARCHE, op.cit., p.17.
[187] FRANK, op.cit, p.42.
[188] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.29.

mutuellement et équitablement, en particulier en cas de séparation : « These divorce reforms not only intended to treat men and women equally but also addressed the state's interest in securing adequate support after divorce for all family members[189]. » Ces lois facilitant la procédure de divorce sont progressivement adoptées dans tous les États jusqu'en 1985, la justice gardant la main sur les modalités financières des divorces. Cette évolution considérable des mœurs doit toutefois être nuancée et se révèle à double tranchant.

En effet, même si le déclin de l'influence religieuse sur la notion de morale devient incontestable à mesure que certaines pratiques sont de plus en plus courantes : relations sexuelles préconjugales, cohabitation hors mariage, accès aux méthodes contraceptives, avortement, infidélité et adultère (dans vingt-et-un États, cependant, l'adultère reste un crime), les dénominations protestantes majoritaires du pays expriment haut et fort l'horreur que leur inspirent ces changements liés à la révolution sexuelle. Cette opposition se manifeste notamment dans le combat pour les droits civiques des homosexuels[190] mais, plus généralement, elles s'insurgent contre un certain libéralisme radical qui prétend faire inscrire dans le droit par une série de protections et de garanties légales[191] des revendications de libération individuelle. C'est également dans le cadre de la progression significative de la laïcité au niveau institutionnel 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. Celle-ci s'implante dans les tissus sociaux et les réseaux politiques pour peser au sein du Parti républicain et faire élire des représentants acquis à leur cause dans les assemblées législatives des États mais aussi à Washington DC. Cette Droite religieuse ancre principalement son discours dans le fondamentalisme chrétien et évangélique, dont l'expérience de la « nouvelle naissance » permet à la Bible de faire figure d'autorité en matière d'interprétation de l'humanité. Cette Droite religieuse dénonce la décadence morale de la nation et la prolifération de l'humanisme séculier, responsable de décisions politiques et juridiques désastreuses, selon elle, annonciatrices du déclin inexorable du pays par la perte de ses repères et des valeurs chrétiennes à l'origine de la création des États-Unis. Citons par exemple la décision de la Cour suprême d'interdire les « prières officielles » dans les écoles en 1962[192] et la légalisation de l'avortement en 1973[193]. Dans le

---

[189] « Ces réformes sur le divorce avaient comme objectif non seulement d'assurer l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, mais aussi de répondre à l'intérêt de l'État qui était de garantir le soutien adéquat pour l'ensemble des membres de la famille après la prononciation du divorce. »
COTT, Nancy. *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*. Cambridge: Harvard University Press. 2000. p.206.
[190] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.29.
[191] CHASTAGNER, op.cit., p.144.
[192] *Engel v. Vitale*.

domaine de l'éducation, la Droite religieuse exige un droit parental dans la vérification des contenus des manuels scolaires. Créationniste, elle s'oppose à l'enseignement de l'évolution selon Darwin. Les dirigeants de différentes organisations, comme Jerry Falwell (*Moral Majority*, 1979), James Dobson (*Family Research Council*, 1977), Pat Robertson (*Christian Coalition of America*, 1989) utilisent les médias (notamment la télévision) pour diffuser leurs idées, de manière à établir une relation indéfectible entre la religion et la politique, afin de s'imposer dans le débat public et de compter parmi les plus hautes autorités morales du pays.

I.B.4.a. Le succès d'une campagne électorale fondée sur le mythe de l'homosexuel prédateur

La première victoire de la Droite conservatrice ne tarde pas à venir, avec la création de l'organisation politique homophobe *Save Our Children* à Miami en 1977. À sa tête une ancienne reine de beauté et chanteuse occasionnelle, Anita Bryant, baptiste, lance une véritable croisade contre les homosexuels en organisant une campagne pour l'abrogation de l'ordonnance municipale 77-4 du comté de Dade. 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. L'ordonnance indigne de nombreuses Églises, (notamment l'Église baptiste) dont les pasteurs poussent les fidèles à réagir et à s'organiser politiquement pour la faire annuler.

Cet enjeu local au titre choc, « Protégeons nos enfants », prend une dimension nationale : Jerry Falwell apporte son soutien à Bryant, qui se dit mue par « son amour pour Dieu et pour tous les enfants ». Elle souhaite mobiliser le plus grand nombre de chrétiens et les appeler à faire des dons pour financer sa campagne. Son mouvement va contribuer à la nouvelle défaite de ceux qui militent pour la ratification de l'*Equal Rights Amendement* par la Floride en avril 1977. Le combat pour l'égalité des sexes subit de manière collatérale la campagne haineuse contre les homosexuels de la part des conservateurs qui associent ce projet d'amendement à l'homosexualité et à la destruction de la famille nucléaire traditionnelle. Cela annonce la victoire écrasante des conservateurs en juin, puisque 70 % des électeurs se prononcent pour la fin de l'ordonnance 77-4. La stratégie de campagne fondée sur l'homophobie, à coup de mensonges et d'exactions idéologiques du camp Bryant, se révèle payante. Les déclarations de la porte-parole du mouvement sont abjectes. Elle assimile les homosexuels à des pédophiles sournois, embrigadés dans des milices, qui s'occupent du recrutement de jeunes enfants. Un recrutement rendu inévitable, selon un journal, « puisque les homosexuels ne pouvant pas se reproduire, ils doivent

---

[193] *Roe v. Wade*.

recruter pour rajeunir leurs rangs[194] ». Toute l'argumentation repose sur l'identification de l'homosexualité à un crime, perpétré contre les enfants de la nation, qui ne peut donc logiquement prétendre à aucune forme de protection de la part des autorités. À la suite de sa victoire, Bryant annonce triomphalement, dans un discours galvanisant, que sa guerre contre les homosexuels est légitime, et elle invite d'autres sympathisants à la suivre dans ce combat nécessaire : « All America and the world have heard the people of Miami. [...] We will now carry our fight against similar laws throughout the nation that attempt to legitimize a lifestyle that is both perverse and dangerous [...], dangerous to our survival as a nation[195]. »

Le succès de l'organisation *Save Our Children* va inspirer d'autres campagnes politiques aussi féroces destinées à faire reculer le mouvement pour l'égalité des droits des homosexuels. De nombreuses ordonnances contre la discrimination à l'égard des homosexuels sont invalidées entre avril et mai 1978 dans des villes comme St Paul (MN), Wichita (KS), ou Eugene (OR)[196]. Ces invalidations foudroyantes marquent un retour en arrière inquiétant pour les militants LGBT, non seulement parce que la stratégie du référendum galvanise des électeurs convaincus de la véracité de leurs propres idées, mais aussi parce qu'elles constituent une mise en garde pour le mouvement homosexuel, qui ne doit pas considérer les victoires comme acquises mais au contraire redoubler d'efforts pour éduquer une Amérique largement ignorante des problématiques LGBT. D'ailleurs, Bryant elle-même aurait élaboré son jugement sur l'homosexualité à partir de photographies pédopornographiques et de propos rapportés par son mari sur les activités sexuelles supposées des homosexuels[197]. De son côté, la communauté a conscience du fait qu'elle doit se rassembler et s'organiser, plus que jamais, à un moment où des groupes religieux montrent qu'ils peuvent mobiliser un électorat sensible aux questions de la famille et de la sexualité en exploitant leurs peurs. Le coup de semonce provoqué par le résultat électoral de la campagne « Protégeons nos enfants » déclenche une onde de choc et incite les homosexuels à résister face à la menace d'une opération de rétrocession de leurs libertés fraîchement acquises. De nombreuses manifestations ont lieu à la fin des années 1970 dans une quinzaine de villes américaines,[198] dont San Francisco, où 3 000 manifestants sont emmenés par Harvey Milk, premier élu ouvertement homosexuel du 5e

---

[194] FRANK, op.cit, p.51.

[195] « Toute l'Amérique et le monde entier ont entendu les habitants de Miami. [...] Nous continuerons maintenant notre combat contre des lois similaires à travers la nation qui tentent de légitimer un style de vie à la fois pervers et dangereux [...], dangereux pour notre survie en tant que nation. »
CLENDINEN, Dundley & DAGOURNEY, Adam. *Out For Good: The Struggle to Build a Gay Rights Movement in America*. New York: Simon & Schuster Paperbacks. 2001. p.309.

[196] FRANK, op.cit., p.51.

[197] Entretien réalisé pour le magazine Playboy. Mai 1978.

[198] CÓRDOVA, Jeanne. "Anita Bryant's Anti-Gay Crusade". Dans BROOKS, op.cit., p.41.

district (qui incorpore le quartier du Castro). Deux mots d'ordre, « Out of the closets and into the streets! »[199], sont lancés pour pousser les homosexuels à refuser de rester dans le placard et de garder un silence complice, en exprimant leur colère dans la rue. Dans le cortège de Los Angeles, les lesbiennes défilent avec des banderoles comparant Bryant à Hitler et McCarthy, indiquant les ambitions nationales, encore dissimulées, auxquelles aspire cette croisée pour enrayer les améliorations du quotidien de la communauté LGBT à travers le pays. La mobilisation est de plus en plus importante dans certaines marches des fiertés, dont celle de San Francisco, au sein de laquelle le drapeau arc-en-ciel devient le symbole de fierté de la communauté, porteur d'une identité collective. Néanmoins, ce puissant élan de mobilisation collective ne doit pas occulter un regain de violence et de haine à l'égard des homosexuels, mis à mal par un acharnement politique dans le comté de Dade contre leur orientation sexuelle. Robert Hillsborough, jardinier employé par la ville de San Francisco se fait poignarder à quinze reprises tandis que ses agresseurs l'insultent et déclarent ouvertement agir en l'honneur d'Anita Bryant[200]. Cette dernière condamne ces actes de barbarie et refuse que ses propos soient associés aux agissements sporadiques de quelques voyous isolés, même si de nombreux observateurs se demandent si elle ne s'en réjouit pas secrètement. En fin de compte, les homosexuels sont bien les souffre-douleur ou les cibles de la terreur instaurée par les bourreaux du camp Bryant qui ne peuvent accepter que les homosexuels soient traités comme des victimes légitimes, puisqu'ils ont enfreint la morale religieuse. Bryant, fière du succès de sa campagne, est désormais engagée 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.

Les discours de la campagne Bryant centrés sur le stéréotype de l'homosexuel pédophile, sur les familles homoparentales ont des conséquences immédiates. Ainsi, le gouverneur de Floride fait adopter un projet de loi interdisant l'adoption aux hommes et femmes homosexuels. En 1985, les services sociaux du Massachusetts retirent deux garçons de leur famille d'accueil, un couple d'hommes homosexuels, et changent leur politique en donnant priorité à des « familles traditionnelles[201] ». Dans certaines affaires de divorce, la justice se prononce systématiquement en faveur des demandeurs hétérosexuels qui utilisent l'homosexualité de leur ex-conjoint pour obtenir la garde de leurs enfants : « [...] as a matter of law [...], homosexuality was inherently inconsistent with parenthood[202]. » Certains homosexuels n'ont donc même plus le droit de rendre visite à leurs

[199] « Sortez des placards, sortez dans les rues ! »
[200] BROOKS, Adrian. "The Mayor of Castro Street". Dans BROOKS, op.cit., p.129.
[201] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.31.
[202] « [...] du point de vue du droit [...], l'homosexualité est fondamentalement incompatible avec le fait d'être parent. »

enfants et d'exercer légitimement leur rôle de parent car des tribunaux estiment que leur mode de vie met la vie de leurs enfants en danger. Ce contexte explique aussi que la menace homosexuelle fait l'objet d'un projet de cordon sanitaire, qui consiste à mettre à l'écart des homosexuels employés dans les établissements scolaires.

I.B.4.b. L'iniative Briggs : la première victoire de la communauté homosexuelle

Selon certains conservateurs, ces écoles peuvent servir de base à des professeurs homosexuels peu scrupuleux et enclins à faire l'apologie d'un mode de vie déviant et contraire à l'intérêt de l'État qui est de protéger et d'assurer la pérennité de la structure familiale traditionnelle. Aussi le sénateur républicain John Briggs élabore-t-il une proposition de loi soumise au référendum de novembre 1978 qui vise à interdire le recrutement de professeurs ouvertement homosexuels et à les faire limoger pour orientation sexuelle incompatible avec leur mission d'enseignant. Cette Proposition 6 va sérieusement compromettre également la liberté d'expression des professeurs, homosexuels ou non, qui, en plus de ne pas pouvoir afficher de manière « indécente » leur orientation sexuelle, ne peuvent pas « prôner, solliciter, imposer, encourager ou promouvoir toute activité homosexuelle[203] », ni même évoquer en quelque façon le mouvement homosexuel. Tandis que des procédures disciplinaires existent pour des manquements professionnels, Briggs assume cette initiative supplémentaire, visant, selon lui, à réprimer et à refouler une « anormalité », en particulier lorsque des enfants peuvent se retrouver exposés à l'homosexualité, perçue comme semblable à une maladie contagieuse : « I think it's a bunch of garbage when homosexuals maintain they have a right to be teachers[204]. » Les revendications de la communauté destinées à protéger l'accès à l'emploi des homosexuels sont balayées par le sénateur qui affirme sa volonté de mettre en place une politique exceptionnelle pour des individus aux mœurs dégradantes, et ce pour le bon fonctionnement de la société et l'intégrité morale des enfants. En Alaska, un district scolaire justifie une politique similaire en ces termes : « [Homosexuality is] inconsistent with decency, good order, propriety of good conduct, and constitutes unfitness to teach[205] ». Les autorités en Alaska et en Californie estiment que

---

Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.31-32.

[203] EHRENSAFT, Diane & MILKMAN, Ruth. "Sexuality and the State: the Defeat of the Briggs Initiative and Beyond. Interview with Amber Hollibaugh". *Socialist Review*. May-June 1979. p.1.

[204] « Je pense que tout ceci n'est qu'un ramassis de balivernes quand les homosexuels soutiennent qu'ils ont le droit d'être enseignant. »
CAMPOS, David. *Understanding Gay and Lesbian Youth: Lessons for Straight School Teachers, Counselors and Administrators*. Lanham: Rowman & Littlefield. 2005. p.158.

[205] « [L'homosexualité est] incompatible avec les bonnes manières, le bon ordre, la bonne conduite à tenir, et rend inapte à enseigner. »

l'orientation sexuelle d'un enseignant peut avoir un effet sur ses compétences professionnelles et influer sur le comportement des enfants. Néanmoins, la campagne pour la Proposition 6 va se heurter à l'opposition des homosexuels, menée par Harvey Milk, mais aussi à celle de certains démocrates, comme le président Jimmy Carter, et même de certains républicains, dont Ronald Reagan. De manière inattendue, des républicains et des démocrates s'allient contre l'adoption de la Proposition 6. Les homosexuels se mobilisent largement en faisant du démarchage électoral populaire, centré sur deux approches. La première se veut surtout axée sur la question des libertés individuelles et des droits inaliénables en dénonçant point par point les méfaits de cette proposition de loi. La seconde se veut éducative, « directe », en sensibilisant les citoyens aux réalités de l'homosexualité et aux dangers de l'homophobie pour démystifier les peurs irrationnelles liées à la présence d'individus homosexuels[206]. C'est dans ce contexte particulièrement propice à des débats riches et productifs que naît l'organisation *Log Cabin Republicans*, un groupe de conservateurs homosexuels favorables à la ligne économique du Parti républicain. Ce positionnement idéologique reste une victoire et s'inscrit en réponse aux aspirations d'Harvey Milk qui ne souhaite qu'une chose au fond : la visibilité grandissante d'hommes et de femmes ouvertement homosexuels, investis publiquement au niveau local pour faire reculer les préjugés et les idées répandues d'anormalité et de déviance, afin de montrer que les hétérosexuels côtoient ou connaissent tous, sans le savoir, au moins un individu homosexuel. Il confie notamment : « […] hundreds will step forward, so that gay doctors come out, the gay lawyers, gay judges, gay bankers, gay architects. I hope that every professional gay would just say "Enough"[207]. » Milk répète partout que l'homosexualité doit être banalisée, s'intégrer naturellement au quotidien des Américains et se fondre dans le paysage culturel. Les homosexuels ne doivent plus avoir honte de leur orientation sexuelle. En définitive, même si la campagne contre l'initiative Briggs se révèle payante, puisque les sondages indiquent un renversement de l'opinion publique qui se déclare, à une courte majorité, contre l'adoption de ce projet de loi en septembre, Milk reste préoccupé par des menaces de mort pressantes qui le poussent à enregistrer son testament le 18 novembre. Il y déclare notamment : « If a bullet should enter my brain, let that bullet destroy every closet door[208]. » Même si sa voix a été réduite au silence, sa mort doit rester le symbole d'un

---

CAMPOS, David, ibid., p.158.

[206] EHRENSAFT, op.cit., p.3.

[207] « […] des centaines feront un pas en avant afin que les docteurs gays révèlent leur homosexualité, les avocats gays, les juges gays, les banquiers gays, les architectes gays. Mon souhait est que dans chaque profession, les gays déclarent "Assez !". »
CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. *Culture Wars in America: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints, and Voices*. New York: M.E. Sharpe. p.426.

[208] « Si une balle devait traverser mon cerveau, laissez-la briser toutes les portes de placard. »

mouvement perpétuel pour la libération des homosexuels et leur accès à l'égalité des droits. Trois semaines après la victoire du *non* contre la Proposition 6, Milk et le maire de San Francisco sont froidement assassinés par Dan White, un collègue superviseur du comté qui s'est heurté au refus du maire de récupérer le poste dont il avait démissionné. C'est dans ce contexte tendu et en réponse à une justice particulièrement clémente à l'égard du meutrier, reconnu coupable d'homicide involontaire, que les émeutes de la Nuit White ont embrasé la ville de San Francisco dans la nuit du 21 mai 1979. Au fond, cette défaite électorale[209] pour le camp des conservateurs religieux est allée de pair avec l'impopularité grandissante d'Anita Bryant qui a perdu notamment ses contrats publicitaires, perte qui signe la fin de sa carrière. Cette campagne a eu néanmoins le mérite d'initier un débat constructif et pédagogique de fond sur l'homosexualité, et finalement sur la sexualité en général, sur la liberté sexuelle[210]. Ce débat a facilité plusieurs rapprochements, à commencer par des rapprochements politiques, y compris dans les partis majoritaires, mais aussi des rapprochements générationnels. La question des droits fondamentaux des homosexuels ayant été en quelque sorte déplacée dans les écoles, les jeunes ont eu l'opportunité d'être confrontés aux arguments des deux camps, de s'exercer au débat et d'être initiés à la citoyenneté et à la vie démocratique de la manière la plus authentique. Les militants homosexuels ont également déployé des efforts considérables, notamment se rendre dans les milieux ruraux situés à l'est de la Californie, qui ont majoritairement voté en faveur de la Proposition 6. Les résultats ont montré une Californie scindée en deux blocs entre l'ouest acquis à la cause des homosexuels et l'est défavorable aux homosexuels. Même dans le comté d'Orange, là où Briggs avait remporté son siège de législateur d'État, la Proposition a été rejetée. Il faut noter aussi que cette campagne a permis d'améliorer les relations entre gays et lesbiennes alors qu'un féminisme radical prônait notamment le séparatisme tel que le prônait par exemple Monique Wittig. Certaines militantes ont déclaré même vouloir prendre leur distance avec cette forme de féminisme[211], ce qui démontre que le succès de cette campagne a reposé aussi sur une cohésion collective des intérêts de l'ensemble de la Californie, au-delà de l'appartenance sexuelle, professionnelle ou, dans une moindre mesure, religieuse des électeurs. Cette coalition pluraliste a rassemblé des associations d'enseignants et des organisations syndicales et mobilisé les milieux professionnels de la petite enfance et de la santé[212]. En ciblant l'école et la liberté d'expression des enseignants, cette initiative du sénateur Briggs s'est attaquée à bien plus que les droits fondamentaux des homosexuels. Les syndicats ont

[209] Le camp du *oui* obtient 42 % des suffrages, le camp du *non* 58 %.
[210] EHRENSAFT, op.cit., p.3.
[211] FRANK, op.cit., p.52.
[212] EHRENSAFT, op.cit., p.5.

compris que si elle était couronnée de succès, elle les empêcherait de protéger les enseignants en cas de licenciement abusif ou de chantage de la part d'élèves[213].

Cette forte victoire de la force du mouvement des droits homosexuels ne doit pas non plus faire oublier un manque de mixité sociale et de diversité ethnique dans ses propres rangs, ni l'omniprésence du placard. Ces problèmes ont été bientôt exacerbés notamment par l'apparition d'un virus dévastateur qui a mis à genoux la communauté afro-américaine et la communauté LGBT : « Black isolation from the mainstream of the gay rights movement, particularly the almost complete absence of poor blacks, would have a profound impact on how the AIDS crisis was experienced [...] by the African American community[214]. » Frank pointe du doigt le racisme qui touche la communauté homosexuelle à l'aube d'une crise pandémique et sanitaire majeure. Le SIDA va conduire la communauté à taire à nouveau ses revendications et susciter l'hystérie de ses habituels détracteurs. Les victimes de la guerre culturelle contre l'homosexualité ont eu le plus grand mal à prendre en compte les difficultés sociales rencontrées par les Afro-Américains homosexuels et à les inclure dans un programme d'action à leur égard.

I.B.5. Crise du SIDA et silence coupable des autorités

Au printemps 1981, certains médecins rapportent que de jeunes hommes décèdent dans des conditions effroyables, d'un syndrome non identifié qui détruit le système immunitaire, que le *New York Times* compare à une forme de cancer. Différentes appellations voient le jour, telles que : « gay compromise syndrome », « gay-related immune deficiency » ou « gay cancer ». Ce n'est que deux ans plus tard que les chercheurs parviennent à identifier le virus responsable du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA) : le virus de l'immunodéficience humaine (VIH). Deux types d'individus, connus pour avoir été accusés de déviance ou de perversion sexuelle, sont particulièrement touchés : les hommes homosexuels ou bisexuels (ils représentent la moitié des cas), et les consommateurs de drogue[215]. Les chiffres sont édifiants et l'on pourrait s'attendre à ce que les pouvoirs publics alertés décident de financer la recherche, faire de la prévention, sensibiliser le grand public, et accompagner les malades. Plus de 15 000 nouveaux cas ont été

---

[213] CÓRDOVA, op.cit., p.126.

[214] « L'isolement des Noirs du courant dominant du mouvement pour les droits des homosexuels, en particulier l'absence quasi-totale de Noirs touchés par la pauvreté, aurait un impact significatif sur la manière dont le SIDA a été vécu […] par la communauté afro-américaine. »
FRANK, op.cit., p.60

[215] PRYOR, John B & REEDER Glenn D. *The Social Psychology of HIV Infection*. New York: Psychology Press. 1993. p.vii.

déclarés et plus de 10 000 morts ont été enregistrés entre 1981 et 1985[216]. Pour les plus conservateurs, la crise du SIDA vient renforcer l'idée selon laquelle l'homosexualité est néfaste pour la société américaine et leur servir de prétexte pour ne pas agir politiquement. Dans le contexte de cette indifférence coupable et d'un gouvernement Reagan imperméable à une situation sanitaire désastreuse, l'Amérique assiste à la recrudescence de la rhétorique anti-homosexuelle tandis que s'installe une nouvelle panique au sein de l'opinion publique, globalement très mal informée et dont les craintes sont exploitées à des fins électorales. Jerry Falwell qui prévient en 1981 du jugement de Dieu si la révolution homosexuelle n'était pas défaite à temps, voit le SIDA comme l'apparition de la sanction divine qu'il attendait : « AIDS is the wrath of a just God against homosexuals. [...] AIDS is not just God's punishment for homosexuals. It is God's punishment for the society that tolerates homosexuals[217]. » Pat Buchanan, qui a écrit certains discours de Ronald Reagan, ainsi que Falwell et sa *Moral Majority*, ont largement contribué à la victoire de Reagan en 1980. Ils se sont dits très préoccupés par les cortèges toujours plus nombreux des marches des fiertés (environ 250 000 participants rien qu'à San Francisco en 1978)[218]. Ce nombre exponentiel est le signe, selon Falwell, que le mouvement homosexuel recrute de manière massive de nouvelles proies et que le SIDA n'est autre que la peste envoyée sur terre pour condamner une société toujours plus laxiste vis-à-vis d'un mode de vie chaotique et aux mœurs légères. Le laisser-faire devient finalement la meilleure arme des autorités qui considèrent que le SIDA étant une crise endogène de la communauté homosexuelle, celle-ci doit pouvoir puiser dans ses propres ressources, en toute indépendance, pour surmonter une épreuve essentielle à sa survie en tant que communauté. C'est dans la mort, en quelque sorte, ponctuant désormais le quotidien de la communauté, que se met en place une solidarité de fortune dans les grandes villes américaines. En effet, ce sont les malades eux-mêmes, sous les regards stigmatisants liés à la maladie et à la peur qu'elle génère, qui accompagnent leurs frères d'armes en fin de vie pour soulager leur quotidien : « […] shopping, providing transportation, preparing meals, bathing patients, changing soiled sheets, and dealing with the outside world[219]. » La communauté agonisante s'improvise effectivement responsable d'un service social parallèle en mettant en place dans plusieurs villes un

---

[216] RHOAD, Julie. "The Quilt". Dans BROOKS, op.cit., p.160.

[217] « Le SIDA est la colère d'un Dieu juste contre les homosexuels. [...] Le SIDA n'est pas la simple punition de Dieu réservée aux homosexuels. C'est la punition de Dieu contre la société qui tolère les homosexuels. »
JOHNSON, Hans & ESKRIDGE, William. "The Legacy of Falwell's Bully Pulpit". *The Washington Post*. Saturday, May 19, 2007. Article consulté le 17 janvier 2016 : [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/05/18/AR2007051801392.html?utm_term=.55b6992641c8]

[218] BROOKS, op.cit., p.130.

[219] « […] faire les courses, s'occuper du transport, préparer les repas, faire prendre le bain aux patients, changer les draps sales, et affronter le monde extérieur. »
FRANK, op.cit., p.62.

système d'aide à domicile pour pallier les manquements des institutions. Les personnes atteintes se savent condamnées d'avance, doublement victimes, non seulement d'un gouvernement léthargique mais aussi d'un virus, unique en son genre, pour lequel il n'existe alors aucun traitement. Les autorités risquent de laisser la maladie condamner l'espèce humaine tout entière si elles persistent à fermer les yeux en pensant que le SIDA est un problème strictement homosexuel. Pendant ce temps, les malades disparaissent les uns après les autres, leur combat contre le virus laissant la classe politique indifférente. Larry Kramer, dramaturge et militant gay publie en mars 1983 un essai retentissant et glaçant à la fois dans le *New York Native,* journal homosexuel consacré spécifiquement à la question de la maladie : « *1,112 and Counting*[220]. » Dans un cri de colère, Kramer tire la sonnette d'alarme. Il rappelle que les jours de la communauté sont désormais comptés, et que face au SIDA ainsi qu'à la lenteur du système et aux erreurs scientifiques, c'est à la communauté homosexuelle de reprendre son destin en main en étant plus exigeante à l'égard du pouvoir dans un élan de « colère, de furie et de rage » : « Our continued existence as gay men upon the face of this earth is at stake. Unless we fight for our lives, we shall die. In all the history of homosexuality we have never before been so close to death and extinction[221]. » Alarmiste, Kramer souhaite alerter les homosexuels en montrant que la crise du SIDA peut signer l'arrêt de mort de tout un mouvement pour les droits des homosexuels (si ce n'est de tous les homosexuels), quasiment avec la complicité des autorités. Il dénonce les bonnes intentions affichées et les propos démagogiques de certains politiciens qui ne tiennent aucune de leurs promesses et trahissent les malades à peine le dos tourné. Il accuse, notamment, le maire de New York, Ed Koch, d'être responsable de la mort annoncée d'autres malades en refusant de prendre des mesures préventives nécessaires au niveau local. Il lui reproche de ne pas avoir alerté les autorités fédérales devant l'inefficacité des services de santé et l'affluence dans les hôpitaux, qui refusent bientôt d'accueillir de nouveaux patients. Pour Kramer, la mobilisation indispensable de la communauté ne peut se faire qu'en dopant le moral des troupes et en insistant sur ses atouts et ses victoires à venir, qui doivent reposer sur la stratégie de la désobéissance civile prônée par Martin Luther King. Les effets provoqués par la publication de cet article ont été instantanés puisque de nombreuses marches aux flambeaux (*candlelight marches*) ont eu lieu à travers le pays, à commencer par San Francisco où les manifestants se sont réunis derrière la banderole « lutter pour nos vies » (*Fighting*

---

[220] KRAMER, Larry. "1,112 and Counting". *New York Native*. Issue 59. March 14-27, 1983. [http://www.bilerico.com/2011/06/larry_kramers_historic_essay_aids_at_30.php]

[221] « Le maintien de notre existence en tant qu'hommes homosexuels à la surface de cette terre est en jeu. À moins que nous luttions pour nos vies, nous mourrons. Dans toute l'histoire de l'homosexualité, nous n'avons jamais auparavant été aussi proches de la mort et de l'extinction. »
KRAMER, ibid.

for our lives), à New York et même à Washington DC, 1 500 personnes se sont rassemblées devant la Maison Blanche. Ces rassemblements ont eu un retentissement international et cette marche commémorative aux flambeaux est un rituel qui a désormais lieu chaque troisième dimanche de l'année. L'objectif est de s'assurer que les pouvoirs publics respectent leurs engagements et restent pleinement mobilisés. Cependant, en 1983, les militants, qui luttent contre le SIDA, souhaitent attirer l'attention d'un président bien trop silencieux devant les milliers de morts causées par la maladie et l'augmentation significative du nombre de personnes infectées.

Ce n'est qu'en 1985, lors de son second mandat présidentiel pendant une conférence de presse, que le président Reagan fait référence à la maladie, contractée par les enfants, sans jamais véritablement la nommer : « I also have compassion, as I think we all do, for the child that has *this* and doesn't know and can't have it explained to him why somehow he is now an outcast and can no longer associate with his playmates and schoolmates[222]. » [italiques ajoutés] Les critiques formulées par Kramer sur les réponses creuses des hommes politiques semblent s'illustrer dans les propos d'un Reagan désarçonné et maladroit. Sur la question de la scolarisation des enfants porteurs du SIDA, Reagan répond par le « conservatisme compassionnel » si cher plus tard à George W. Bush. Les prémices de cette philosophie qui guide l'action politique des conservateurs reposent sur une forme de paternalisme et sur l'assurance d'une empathie qui ne se traduit par aucun engagement politique de la part de Reagan. En effet, dans le cadre du nouveau budget fédéral de 1986, de nombreuses sources confirment la réduction de 10 % des fonds réservés au problème du SIDA, tandis que la ville de San Francisco y consacre un budget bien plus important que celui de l'administration fédérale. En dépit d'un gouvernement sclérosé, le ministre de la Santé, Everett Koop, lance une campagne de sensibilisation à destination de tous les Américains à l'automne 1986, conscient que l'utilisation du préservatif reste le meilleur moyen de ralentir la progression de la maladie[223]. En 1988, il publie un rapport approuvé par le Congrès qu'il fait expédier à tous les Américains : *Understanding AIDS*[224]. Une campagne d'information et de prévention est lancée à grande échelle pour corriger un certain nombre d'idées reçues, de stéréotypes et permettre aux Américains d'adopter un comportement responsable et bienveillant à l'égard des malades. Le président y informe les Américains que le SIDA est désormais la priorité de son gouvernement, qui arrive à la fin de son second mandat. Le SIDA est même désigné dans la

---

[222] « J'ai aussi de la compassion, comme nous tous je crois, pour l'enfant qui a cela, qui ne le sait pas et qui ne peut se faire expliquer pourquoi, d'une manière ou d'une autre, il est désormais un paria et ne peut plus fréquenter ses camarades de jeu et ses camarades de classe. »

[223] FRANK, op.cit., p.65.

[224] Government of the United States Report. Everett Koop, Surgeon General. *Understanding AIDS*. Report authorized by Congress. 1988. [https://profiles.nlm.nih.gov/ps/access/QQBDRL.pdf]

brochure comme « l'ennemi public numéro un » de la nation[225]. Cependant, il ne faut pas oublier que la réponse politique à cette crise sanitaire s'est aussi traduite dans les urnes par le recours à des initiatives référendaires, comme en Californie à quatre reprises[226]. Des électeurs parfois hostiles aux homosexuels ont été invités à se prononcer sur le sort de patients atteints par la maladie. Cette brochure d'information ne doit donc pas faire oublier que le gouvernement fédéral a une part de responsabilité dans la psychose générale et la méconnaissance de la maladie, si répandue dans le pays. Le ministre invite dans son message à une libération de la parole de manière à exorciser les peurs liées au SIDA et encourage les Américains à avoir des discussions approfondies sur le sujet, qui ne doit plus être considéré comme tabou. C'est un message rassembleur et apaisé que le ministre souhaite adresser à tous les Américains incités à se rassembler dans une seule et même démarche humaniste : la solidarité patriotique envers notamment les malades homosexuels.

Néanmoins, ce sentiment d'union nationale intervient alors qu'une série d'événements vont alimenter la peur irrationnelle des homosexuels, renforcer les stéréotypes et renouveler des discours violents en faveur de la discrimination et de la stigmatisation des malades. Cette stratégie du « procès » des malades du SIDA vise à isoler ceux qui sont vus comme les éléments les plus gênants de la société et à susciter chez eux un sentiment de culpabilité à cause de leur mode de vie jugé « dépravé ». Sont considérés coupables les hommes homosexuels, les individus aux mœurs sexuelles libres et les consommateurs de drogues. William Frank Buckley, Jr, essayiste conservateur, exige, dans une lettre d'opinion[227], des mesures utilitaristes drastiques pour restreindre les libertés individuelles et recommande même le confinement des malades, au cas où le mode de transmission ne serait pas simplement sexuel ou intraveineux. Pour obtenir une licence de mariage, les hommes devraient se soumettre au test de sérodiagnostic de la syphilis (*Wassermann test*) ainsi qu'au test de dépistage du SIDA. Les patients testés positifs ne peuvent se marier qu'à la seule condition que leurs compagnes acceptent d'être stérilisées pour ne pas transmettre le virus à leur progéniture. Il conseille, enfin, des dépistages universels systématiques pour identifier les malades, et pour éviter toute contamination fortuite, Buckley demande que soit apposé un tatouage sur l'avant bras des toxicomanes et les fesses des homosexuels : « The Scarlet Letter was designed to stimulate public obloquy. The AIDS tattoo is designed for private protection[228]. » Se défendant de toute tentative de stigmatisation dans l'espace public, Buckley

---

[225] *Understanding AIDS* report, ibid., p.1.
[226] PRYOR, John B & REEDER Glenn D, op.cit., p.230.
[227] BUCKLEY, William F., Jr., "Crucial Steps in Combatting the Aids Epidemic; Identifying All the Carriers". Op-ed, *The New York Times*. March, 18, 1986. Consulté le 18 janvier 2016 : [https://www.nytimes.com/books/00/07/16/specials/buckley-aids.html]
[228] « La Lettre Écarlate avait pour objectif d'encourager l'opprobre public. Le tatouage du SIDA a pour objectif la

invoque une mesure sanitaire de bon sens qui éviterait de condamner d'autres individus à une mort certaine en leur permettant d'avoir accès à une information claire et rapide qui figurerait sur le corps du malade. Pour Buckley, ce virus est le signe que l'Amérique traverse une guerre sans précédent dont l'ennemi est un virus invisible qui ne peut être enrayé, nécessitant des mesures exceptionnelles de reconnaissance pour empêcher l'extinction de l'humanité. Pour les défenseurs des droits des homosexuels, ces dépistages systématiques font courir le risque de voir proliférer les discriminations à l'embauche ou à l'accès au logement. Les malades se retrouvent dépouillés de leur dignité humaine et de leurs droits, accablés par le sentiment de honte tandis que le judiciaire semble acculé à l'inertie et au consentement de façade, sans recul constitutionnel véritable dans une situation de crise. En effet, l'année 1984 est marquée par la fermeture controversée de nombreux saunas et bains publics à San Francisco et New York[229]. En 1988, à San Diego, des avocats lancent une procédure judiciaire contre une nouvelle réglementation stricte de santé publique. Ils défendent le droit des clients fréquentant ces établissements sécurisés, de pouvoir se retrouver pour des raisons sociales, récréatives et politiques[230].

I.B.5.a. La fermeture des bains publics : une obsession sanitaire

Cet assaut lancé contre ces établissements, qui ont longtemps garanti aux homosexuels un espace de liberté sécurisant, à l'abri des contrôles policiers[231], a permis de mettre en lumière les contradictions d'une action politique initiée par Mervyn Silverman, directeur de la Santé publique de la ville de San Francisco. Une guerre des bains publics fondée sur la vindicte populaire contre les homosexuels, a été alimentée selon John Culhane, professeur de droit, par la panique et la recherche systématique de boucs émissaires à l'origine du fléau du SIDA[232]. Alors que Silverman s'oppose, pendant un temps, à la fermeture administrative qui aurait pu nuire au combat pour les droits des homosexuels, celui-ci retourne sa veste et dénonce les bains publics comme des lieux propices aux rapports sexuels, vecteurs de la transmission de la maladie : « Make no mistake about it. These fourteen establishments are not fostering gay liberation. They are fostering disease

---

protection individuelle. »
BUCKLEY, ibid.
[229] FRANK, op.cit., p.65-67.
[230] BEAN, Jeffrey. "Bathhouses, City Await Ruling: Public Concern Wanes Pending Test of Ordinance". *Los Angeles Times*. March 11, 1989. Consulté le 16 mai 2016 : [http://articles.latimes.com/1989-03-11/local/me-889_1_city-ordinance]
[231] CHAUNCEY, George. *Gay New York: Gender, Urban Culture, and the Making of the Gay Male World, 1890-1940*. New York: Basic Books. 1994. p.224.
[232] CULHANE, John G. "Sex, Fear, and Public Health Policy". *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*: Vol. 5: Iss. 1, Article 6. 2005. [http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhple/vol5/iss1/6], p.327.

and death[233]. » Ces bains publics seraient ainsi, paradoxalement, responsables du déclin et de l'extinction de tout un mouvement pour les droits des homosexuels alors que pour Chauncey, ils ont, au contraire, permis aux clients de créer un réseau de connaissances et d'appartenir à une communauté[234]. Ces lieux permettent en fait de nouvelles opportunités dans la vie sociale et culturelle des homosexuels. Allan Bérubé les décrit comme une institution semi-publique favorable à la libre expression des désirs sexuels des clients homosexuels au sein de laquelle ils sont fiers d'assumer leur sexualité. En fin de compte, Silverman, en s'attaquant à un symbole de la liberté des homosexuels, décide d'en faire l'objet d'une politique de santé publique répressive qui ne fait que déplacer le problème, assimilant à tort les éventuelles pratiques sexuelles rencontrées dans les saunas et bains publics aux pratiques sexuelles à risque des parcs et toilettes publiques. En avril 1984, il décide de faire fermer quatorze établissements dont des bains publics, des librairies et des cinémas, lorsque les conclusions d'une enquête sur l'application de son projet de proscrire des comportements sexuels à risque dans les bains publics démontrent qu'il n'est pas respecté[235]. Néanmoins, cette nouvelle ligne politique a le mérite de rassurer l'opinion publique et de montrer qu'il agit par répugnance pour un mode de vie immoral même si, selon ses propres estimations, la fréquentation des bains publics n'a concerné que cinq à dix pour cent de la communauté homosexuelle masculine[236]. Il finit par céder face à la pression hiérarchique mais aussi celle de son entourage politique, comme par exemple la maire de San Francisco, Dianne Feinstein, ainsi que James Curran du Bureau de lutte contre le SIDA au niveau fédéral. Ce dernier exprime des doutes sur la capacité du pouvoir politique à imposer des changements de comportement et aurait émis le souhait de voir la fermeture progressive des bains publics : « I didn't see a role for government in legislating behavior or legislating change[237]. » Ces déclarations pessimistes laissent songeur. Cette politique fondée sur la sensibilisation et la prévention, loin de rassurer, n'apporte pas de résultats sur le recul, tant espéré, du SIDA. En fait, l'Amérique n'admet pas l'idée selon laquelle la nation va devoir composer avec cette nouvelle crise qui est en train de s'imposer dans le paysage culturel et social du pays de manière durable. La régulation du

---

[233] « Qu'on ne s'y trompe pas. Ces quatorze établissements n'encouragent pas la libération des homosexuels. Ils encouragent la maladie et la mort. »
"Gay baths ordered shut". *Boca Raton News*. Iss. 269. Wednesday, October 10, 1984.

[234] CHAUNCEY, George. *Gay New York* [...], op.cit., p.224.

[235] "Court Limits Activitiy in Homosexual Bathhouses in San Francisco". *The New York Times*. November 29, 1984. [http://www.nytimes.com/1984/11/29/us/court-limits-activity-in-homosexual-bathhouses-in-san-francisco.html]

[236] CULHANE, John G, op.cit., p.332.

[237] « Je ne voyais pas le rôle que pouvait jouer le gouvernement pour réglementer les comportements ou réglementer le changement. »
DISMAN, Christopher. "The San Francisco Bathhouse Battles of 1984". *Journal of Homosexuality*, 44:3-4, 2003. [http://hist123bathhousecontroversy.weebly.com/uploads/2/4/8/8/24889735/impact.pdf], p.82.

comportement des clients dans les bains publics va faire finalement l'objet d'un compromis restrictif mis en place par la justice quand Silverman aura renoncé à cet objectif face à une crise multifactorielle inouïe. Du côté des défenseurs des bains publics, on estime que ces lieux doivent au contraire faire l'objet d'une politique de prévention des comportements à risque pour justement éduquer et responsabiliser les homosexuels : « Since patrons are in a more welcoming and friendly place, they may be more receptive to interventions—such as condom use, other safe sex practices, and HIV testing—than would be possible, let alone practical, in less controlled setting[238]. » Néanmoins, Culhane met en garde contre des déclarations de bonnes intentions dont l'impact sur les comportements sexuels reste difficilement mesurable[239]. Pour ce faire, certains établissements, confrontés à une baisse de fréquentation sensible, utilisent la publicité pour tenter de lutter contre les idées reçues sur les saunas et bains publics : « It's Not *Where* You Do It, It's *How* You Do It[240] ». Il faut rompre la logique qui veut qu'en diabolisant les établissements, on enrayera la maladie, pour insister sur la nécessité de changer les habitudes liées aux pratiques sexuelles des individus. Dès janvier 1984, les bains publics distribuent des préservatifs, sur injonction de la ville de San Francisco, les journaux homosexuels alertent, parfois de manière ludique, les lecteurs sur les pratiques sexuelles potentiellement à risque. Pourtant, ces efforts ne suffisent pas et la fermeture prononcée par Silverman au printemps 1984 conduit à une bataille judiciaire menée par le juge Roy Wonder. Celui-ci, tout en s'opposant à la fermeture des bains publics pour des raisons constitutionnelles, prend des mesures pragmatiques drastiques justifiées par un intérêt supérieur d'intérêt public, lié à la propagation du SIDA dans certains lieux propices à des pratiques sexuelles à risque : suppression des pièces privées et de toutes les portes dont celles des cabines, recrutement obligatoire d'un surveillant pour vingt clients chargé de chasser les personnes récalcitrantes à des pratiques sexuelles sûres. Finalement, le jugement rendu dans cette affaire ne satisfait aucune des parties et démontre que la règle du compromis ne fait pas nécessairement l'unanimité. Pour les autorités, cette décision du juge pose non seulement la question du droit à la vie privée, se heurte à la difficulté de sa mise en application mais surtout représente, selon Silverman, un traitement de faveur inouï à l'égard de la communauté homosexuelle. Le juge reprend, en fait, l'interdiction faite aux clients de se livrer à des pratiques sexuelles à risque, initiée par Silverman, mais, pour la faire respecter, impose la présence d'un surveillant. En fin de compte,

---

[238] « Puisque les clients se trouvent dans un lieu plus accueillant et sympathique, ils sont peut-être davantage réceptifs à des interventions de sensibilisation — comme sur l'utilisation du préservatif, sur d'autres pratiques sexuelles sûres et sur le dépistage du VIH — a fortiori pratiques, dans des espaces moins réglementés. »
CULHANE, John G, op.cit., p.331.

[239] CULHANE, John G, ibid., p.331.

[240] « Ce n'est pas *où* vous le faites, c'est *comment* vous le faites. »
DISMAN, op.cit., p.78.

devant ces mesures contraignantes, de nombreux établissements ont fermé leurs portes, mais la communauté est parvenue à s'adapter en s'appropriant d'autres lieux comme les clubs échangistes. Ces clubs ont connu un regain de popularité avec la fermeture des bains publics[241]. En définitive, ces événements ont eu néanmoins le mérite de montrer que la recette miracle n'existe pas dans la lutte contre le SIDA. En effet, la politique de « la fermeture » n'est pas parvenue à faire diminuer le nombre de malades. La meilleure politique est certainement d'articuler, de manière équilibrée, le principe d'exigence sanitaire, de liberté et de responsabilisation accrue des homosexuels. Ces derniers doivent modifier leur comportement une fois accomplie la tâche de l'État, qui est d'informer et mettre en place les outils et les moyens nécessaires pour convaincre les individus de la nécessité de se protéger. C'est finalement une tactique fondée sur le dialogue, la confiance et le bon sens d'une communauté, qui doit permettre d'apaiser les conflits politiques et judiciaires. La démission de Silverman en janvier 1985 est bien accueillie par Feinstein mais cette guerre contre les bains publics a fini par ruiner toutes ses ambitions politiques[242] dans une ville qui a permis à la communauté de se forger une identité culturelle et militante. C'est dans ce contexte de méfiance à l'égard des homosexuels, considérés comme des propagateurs de la maladie, que Michael Hardwick décide de contester la constitutionnalité de la loi contre la sodomie dans l'État de Géorgie.

I.B.5.b. *Bowers v. Hardwick* : une animosité constitutionnelle

Alors que la police vient arrêter Hardwick pour un délit d'ivresse sur la voie publique avec un mandat d'arrêt expiré, les policiers le découvrent dans sa chambre, occupé à un rapport homosexuel oral que le policier qualifie d'acte de sodomie. Les deux hommes se retrouvent placés en garde à vue mais les charges contre eux sont finalement abandonnées. C'est la première étape d'un long combat juridique pour garantir aux homosexuels la reconnaissance de leurs droits constitutionnels et faire abroger la loi contre la sodomie dans l'État de Géorgie. Cet épisode va provoquer un séisme au sein de la communauté LGBT. Selon les propres mots de Deborah Gould, enseignant-chercheur en sociologie, l'affaire *Bowers* est « la goutte d'eau qui a fait déborder le vase[243] ». Alors que le nombre de décès liés à la maladie du SIDA ne cesse de progresser, que le gouvernement Reagan choisit sciemment d'ignorer le fléau, la Cour suprême va infliger une humiliation supplémentaire à la communauté en soutenant de manière constitutionnelle l'animosité à l'égard des pratiques homosexuelles. Les préjugés, fondés sur l'immoralité supposée de

[241] DISMAN, ibid., p.117.
[242] DISMAN, ibid., p.113.
[243] Cité dans Frank, op.cit., p.68.

l'homosexualité, sont légitimes à partir du moment où une majorité partage ces convictions et que l'histoire donne raison à la condamnation des conduites homosexuelles[244]. Cela revient à dire que la Cour suprême cautionne des discours stéréotypés qui alimentent la haine à l'égard des homosexuels, comme ceux prononcés en 1977 par le camp Bryant après l'interdiction de l'adoption par des couples homosexuels en Floride : « We're really tired of you. We wish you'd go back into the closet... Homosexuals are surfacing to such an extent that they're beginning to aggravate the ordinary folks, who have a few rights of their own[245] ». Cette haine s'explique par le fait que les hétérosexuels du camp Bryant se sentent menacés dans leur existence et exigent à leur tour la reconnaissance de leur droit fondamental à ne pas reconnaître les homosexuels. Ils se posent en victimes d'une minorité qui voudrait imposer son mode de vie à tous. L'animosité à l'égard des homosexuels reste une base juridique légitime pour la ratification et le maintien de lois anti-homosexuelles.

La convergence de l'opinion de la majorité et de celle du juge en chef vaut approbation constitutionnelle de l'hétérosexualité en tant que seule orientation sexuelle moralement acceptable et sûre. L'hétérosexualité, étant assimilée à une norme légale historique, le juge White estime inutile de justifier l'intérêt impérieux de l'État pour continuer à criminaliser la sodomie, en donnant comme seuls arguments la volonté des législateurs et une prétendue adhésion populaire de fait : « The Court concludes that § 16-6-2 is valid essentially because "the laws of many States still make such conduct illegal and have done so for a very long time[246]." » La tradition empêcherait donc les juges de se prononcer en faveur d'un droit fondamental, à savoir que chaque personne est libre de choisir sa sexualité, dans l'espace privé, sans intrusion possible de l'État. Pourtant, cette loi inflexible, qui condamne à vingt ans de prison les contrevenants[247] à la loi interdisant la sodomie, quels que soient leur sexe et leur orientation sexuelle, ne semble pas s'être appliquée depuis des décennies[248]. Se pose donc non seulement la question de son utilité, mais aussi et surtout la question de la crédibilité du législateur et de sa capacité à réguler l'homosexualité. Dans son opinion concurrente, le juge Powell montre aussi que le processus de décriminalisation engagé

---

[244] Supreme Court of the United States Justices. "Bowers v. Hardwick". Jugement prononcé le 30 juin 1986. Consulté le 15 octobre 2006 : [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/478/186], p.5, p.9.

[245] « Vous nous fatiguez véritablement. Nous aimerions que vous retourniez dans le placard... Les homosexuels font actuellement surface à un tel point qu'ils commencent à agacer les personnes ordinaires qui eux aussi ont quelques droits. »
Cité dans Frank, op.cit., p.152.

[246] « La Cour conclut que le paragraphe 16-6-2 est valide sur le fond parce que "les lois de nombreux États rendent encore aujourd'hui un tel comportement illégal et ce depuis très longtemps." »
"Bowers v. Hardwick". ibid., p.11.

[247] Une des peines les plus sévères parmi les autres lois d'État criminalisant la sodomie.

[248] "Bowers v. Hardwick". ibid., p.10-11.

dans de nombreux États doit alerter les juges et les législateurs sur le caractère obsolète et contradictoire de l'application de la loi qui ne fait plus l'unanimité sur l'ensemble du territoire[249]. Comme le rappelle le juge Stevens, dans son opinion dissidente, Hardwick a clairement exprimé son refus de se soumettre à cette interdiction et pourtant le procureur de Géorgie a fait le choix de ne pas l'inculper[250].

En fin de compte, le juge White cherche à simplifier son raisonnement en associant une série de prétextes et d'arguments peu convaincants pour éviter les vrais sujets soumis par Hardwick. White, notamment, se focalise à l'excès sur un « droit fondamental homosexuel à la sodomie » qui n'existe pas dans la Constitution. Néanmoins, ce leitmotiv montre, en définitive, que les dispositions contre la sodomie visent bien les seuls homosexuels. À l'argument du droit à la vie privée, le juge répond que la jurisprudence n'a jamais abordé la question des « activités homosexuelles » même lorsqu'il s'agit d'un rapport sexuel consenti entre adultes et se refuse donc de faire acter le principe selon lequel les homosexuels ont le droit au respect de leur vie intime, le qualifiant de « facétieux » et « intolérable[251] ». Il donne l'impression de n'avoir aucun intérêt à agir et de ne pas avoir les prérogatives suffisantes pour déterminer une nouvelle liberté fondamentale contenue dans le XIVe amendement. En pleine crise du SIDA, le juge joue la carte du *statu quo* en pensant que ces lois contre la sodomie sont une manière de contenir l'épidémie de la maladie. La prétendue neutralité affichée du juge à l'égard de ses valeurs impose, en fait, la condamnation morale d'une orientation sexuelle répréhensible par le droit. Les lois contre la sodomie se révèlent anti-homosexuelles tandis que cette pratique devient, dans les faits, un privilège accordé aux hétérosexuels. C'est la raison pour laquelle l'homosexualité, même dans un espace privé, reste, selon lui, un « crime inoffensif » comparable à la détention illicite de « drogues, d'armes à feu ou de biens volés[252]. » Il va même jusqu'à suggérer que légaliser la sexualité des homosexuels ouvrirait la porte à la dépénalisation de l'inceste et d'autres pratiques sexuelles considérées immorales. Il n'est donc pas question de traiter homosexualité et hétérosexualité de manière égale quand le SIDA ébranle les autorités et l'opinion publique sur la question de pratiques sexuelles à risque qui ne concerneraient que les seuls homosexuels.

Pour les juges ayant formulé une opinion dissidente, ce jugement de la majorité s'apparente à une opération de manipulation qui augmente la persécution systématique des homosexuels en

---

[249] En 1986 les lois contre la sodomie étaient définitivement abrogées dans les États suivants : *Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North/South Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvannia, Vermont, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming*.
[250] "Bowers v. Hardwick". ibid., p.26.
[251] "Bowers v. Hardwick". ibid., p.3-4.
[252] "Bowers v. Hardwick". ibid., p.5.

raison de leur déviance supposée. Cette affaire, selon le juge Blackmun, concerne une revendication du droit à la vie privée dans le cadre d'une activité sexuelle intime et consentie et on doit renforcer la jurisprudence actuelle[253] : « This case is about "the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men," namely, "the right to be let alone[254]." » Cette référence à la jurisprudence de 1928 dans l'arrêt *Olmstead v. United States* est une manière de signifier que les homosexuels aspirent, eux aussi, à vivre en paix, à l'abri des persécutions et du harcèlement dont ils sont la cible depuis tant d'années. En pleine crise du SIDA, Blackmun admet la nécessité d'inscrire le droit fondamental des homosexuels d'être protégés contre la tyrannie. C'est d'ailleurs la tyrannie de la monarchie britannique qui est à l'origine de la révolution et de l'indépendance des États-Unis. Ce que Hardwick exige, au fond, c'est que le respect de la vie privée s'applique à tous, sans considération de sexe ou d'orientation sexuelle. Parce qu'il est ouvertement homosexuel et assume pleinement sa sexualité, la majorité des juges estiment qu'il fait là une demande audacieuse pour que soit accordé un traitement de faveur aux homosexuels. Selon Blackmun, le raisonnement de l'opinion majoritaire repose tout entier sur une condamnation religieuse de l'homosexualité, vue comme un : « Abominable crime not fit to be named among Christians[255]. » Le juge s'oppose à ce que la condamnation morale issue de préceptes religieux puisse servir de fondement juridique pour justifier l'intérêt de la Géorgie à maintenir des sanctions contre la sodomie. D'ailleurs, les paragraphes du dispositif 16-6-2 contre les infractions sexuelles ciblent la sodomie comme pratique sexuelle chez tous les individus tandis que l'État, lors de l'audience, la présente seulement comme une activité homosexuelle. L'État se livre donc à une interprétation et une application discriminatoire de la loi en estimant que les hétérosexuels ne se livrent pas à cette pratique, d'autant plus que les textes ne font nullement référence à l'homosexualité. En fin de compte, Hardwick souhaite se prévaloir de la clause d'égale protection des lois du XIVe amendement afin que les homosexuels soient protégés et que son orientation sexuelle ne soit pas l'objet de jugements partiaux. Pour le juge Blackmun, la possibilité d'action qu'offre l'affaire ne réside pas dans la protection de l'orientation sexuelle du plaignant mais dans le respect du IVe amendement de la Constitution qui défend les citoyens contre des intrusions intempestives de l'État.

---

[253] *Griswold v. Connecticut* (1965), *Eisenstadt v. Baird* (1972), *Roe v. Wade* (1973)

[254] « Cette affaire relève "du droit le plus étendu et le plus estimé des hommes civilisés", à savoir, "le droit d'être laissé tranquille." »
Il cite le juge Brandeis (opinion dissidente) dans *Olmstead v. United States* (1928) dont le jugement rend constitutionnel l'enregistrement de conversations téléphoniques privées. Décision abrogée dans *Katz v. United States* (1967). "Bowers v. Hardwick". ibid., p.11.

[255] « Crime si abominable que son nom ne peut être prononcé par les chrétiens. »
"Bowers v. Hardwick". ibid., p.12.

Contrairement au juge White qui estime que l'arrêt *Stanley v. Georgia* (1969), légalisant la possession personnelle de documents pornographiques, n'éclaire pas l'affaire *Hardwick*, Blackmun, lui, considère cette décision comme indispensable. En effet, il conclut que l'association du IVe et du Ier amendement dans *Olmstead* et *Stanley* permet d'établir la légitimité constitutionnelle du droit des homosexuels à la libre expression de leur sexualité dans un espace intime, à savoir leur résidence :

> [The makers of our Constitution] sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. ...
> [The appelant is asserting] the right to satisfy his intellectual and emotional needs in the privacy of his own home[256].

Blackmun montre la symétrie des demandes déposées par Olmstead et Hardwick en montrant que c'est l'opinion dissidente du juge Brandeis qui guide tout son raisonnement pour mieux cerner légalement les contours du droit à la vie privée. La sexualité appartiendrait au domaine exclusif de la vie privée, dans laquelle l'État n'a pas à s'immiscer. Elle serait l'un des moyens pour les Américains de se lancer à la « recherche du bonheur » chère à Jefferson. La sexualité est désormais inscrite au cœur des libertés fondamentales, grâce à l'opinion dissidente d'un juge qui souhaite défendre une Amérique rassembleuse et pluraliste. Face aux différences naturelles et manifestes de tout un peuple, Blackmun en appelle à un véritable projet intégrationniste qui puisse enfin reconnaître de manière équitable les libertés et les droits fondamentaux de tous les Américains, sans exception fondée sur des particularités ethniques, religieuses ou sexuelles. Pour le juge, cette décision de la majorité enfreint la liberté des Américains de faire des choix personnels concernant leur intimité sexuelle et renforce l'intolérance vis-à-vis d'Américains qui ne peuvent se plier à la norme hétérosexuelle[257].

Le juge Stevens condamne également cette logique, qui non seulement ne peut servir de fondement rationnel mais ne va pas non plus dans le sens des évolutions sociétales des années 1970. Le rôle de l'État n'est plus de contrôler et de juger les choix de vie que font ses citoyens. Il doit, au contraire, valoriser ces choix en favorisant le libre arbitre des individus. Stevens ne cherche pas à défendre un État qui se désengage quand il s'agit de sujets de société sensibles comme la sexualité. Au contraire, celui-ci doit se placer au-dessus de tout point de vue partisan, servir d'éclaireur en faisant preuve de pédagogie et en s'abstenant de toute forme de propagande

---

[256] « [Les créateurs de notre Constitution] cherchaient à protéger les Américains dans leurs croyances, leurs pensées, leurs émotions et leurs sensations. ...
[Le demandeur affirme] le droit à satisfaire ses besoins intellectuels et émotionnels dans l'intimité de son propre domicile. »
Citant le juge Brandeis dans *Olmstead* (1928). "Bowers v. Hardwick". ibid., p.16.
[257] "Bowers v. Hardwick". ibid., p.19.

religieuse. Il donne l'exemple des mariages interraciaux[258], en référence au jugement rendu dans l'affaire *Loving,* qui démontre bien que la tradition et l'histoire ne sont plus des bases légitimes pour servir la justice et qu'un État neutre permet de renforcer les liens de la communauté nationale en prônant des valeurs de respect, de tolérance et d'égalité pour tous conformément à la loi. Concrètement, du point de vue de la jurisprudence, la sexualité ne peut plus être envisagée uniquement sous l'angle de la procréation : « [These cases deal] with the individual's right to make certain unusually important decisions that will affect his own, or his family's destiny[259]. » Les droits des individus en matière de reproduction, entrant dans le cadre de la vie privée, justifient l'accès généralisé à des moyens contraceptifs, que les personnes soient célibataires ou mariées, pour marquer davantage le recul de la présence de l'État dans ce domaine[260]. L'inapplicabilité d'une loi devenue archaïque contre la sodomie démontre que ces dispositions légales restent purement symboliques. Il s'agit en fait de ne pas se prononcer en faveur de la liberté fondamentale d'être homosexuel. En formulant à travers son appareil juridique le message que l'homosexualité demeure un crime puni par la loi, la société américaine de l'époque justifie la discrimination plus ou moins violente envers les homosexuels. La Cour suprême s'inscrit dans la tradition de la stigmatisation structurelle engagée depuis les années 1950 par le gouvernement fédéral.

Stevens vise aussi les responsabilités de l'État de Géorgie en exigeant que celui-ci assume le préjudice subi par les homosexuels, qui sont confrontés à l'application d'une loi qui les cible spécifiquement, en particulier de manière inopinée. Le juge s'appuie sur la clause de juste application des lois du XIVe amendement, qui ne reconnaît pas d'orientation sexuelle, pour considérer que les homosexuels et les hétérosexuels sont également libres de décider de la manière de gérer leur vie : « […] the homosexual and the heterosexual have the same interest in deciding how he will live his own life, and, more narrowly, how he will conduct himself in his personal and voluntary associations with his companions[261]. » En s'attaquant à la sexualité homosexuelle, l'État de Géorgie prive des individus spécifiques d'une liberté fondamentale. Ce « droit à la vie », en se conjuguant à la liberté d'association garantie par le Ier amendement, protège les relations intimes mais aussi le choix des individus de ne pas procréer. Ces protections constitutionnelles servent de

---

[258] "Bowers v. Hardwick". ibid., p.24.

[259] « [Ces affaires traitent] du droit de l'individu de prendre des décisions particulièrement importantes qui affecteront sa propre destinée ou celle de sa famille. »
"Bowers v. Hardwick". ibid., p.24.

[260] *Carey v. Population Services International* (1977).

[261] « […] l'homosexuel et l'hétérosexuel ont le même intérêt à défendre lorsqu'ils décident sur la manière de vivre leur propre vie et plus précisément encore sur la manière dont ils se comportent dans leurs associations personnelles et volontaires avec leurs compagnons. »
"Bowers v. Hardwick". ibid., p.25.

bouclier contre un État fort et des intrusions excessives qui peuvent être vécues comme une forme d'humiliation, voire de viol moral. En fin de compte, l'opinion de la majorité constitue une aggravation des dispositions prévues par la loi contre la sodomie en légitimant des considérations spécifiques biaisées à l'encontre de la minorité homosexuelle traitée, selon Stevens, « as a separate class meriting special disfavored treatment[262] » sans motif valable. À aucun moment, l'État ne parvient à démontrer en quoi l'homosexualité représente une menace majeure pour la société qui justifierait une telle politique répressive. En s'affranchissant de cette condition, les juges de l'opinion majoritaire cautionnent plus largement des mesures exceptionnelles discriminatoires, inspirées par des croyances populaires, à l'égard d'individus porteurs de la maladie du SIDA.

I.B.5.c. La Proposition 64 ou la protection de l'intérêt général hétérosexuel

Les partisans de Lyndon LaRouche, homme politique et essayiste, créent le *Prevent Aids Now Initiative Committee* (PANIC) pour lancer une campagne référendaire d'initiative populaire et obtenir l'adoption de la Proposition 64 en Californie en novembre 1986. Cette loi de santé publique, censée protéger les Californiens, doit imposer une série de mesures drastiques à destination des malades et des populations à risque susceptibles de transmettre le virus. Certains spécialistes et militants pour les droits des homosexuels affirment que cette loi a pour objectif évident de sévir contre les malades et les homosexuels, les stigmatiser encore davantage et de freiner leur accès à l'emploi : dépistage régulier et obligatoire de tous les résidents de la Californie, licenciements massifs et possible mise en quarantaine de milliers de malades[263]. Ce référendum répond aussi à l'attente d'un peuple en proie à une hystérie irrationnelle au sujet de la maladie et de son mode de transmission. LaRouche a su parfaitement instrumentaliser ces inquiétudes à des fins politiques : l'acronyme de son comité, PANIC, est après tout dépourvu d'ambiguïté et LaRouche est partisan de la théorie conspirationniste consistant à voir le SIDA comme une « machine de guerre soviétique » : « […] a person with AIDS running around is like a person with a machine gun running around[264] ». Le malade devient un dangereux psychopathe prêt à utiliser sa maladie mortelle pour la transmettre et condamner la race humaine à l'extinction. Face à ce projet de destruction massive, les partisans de LaRouche insistent pour que le SIDA soit l'objet d'une action

---

[262] « comme une classe à part qui mérite un traitement défavorable unique. »
"Bowers v. Hardwick". ibid., p.26.

[263] Senate Office of Research, "Proposition 64: The AIDS Initiative in California" (1986). *California Senate*. Paper 225. [http://digitalcommons.law.ggu.edu/caldocs_senate/225], p.9.

[264] « […] une personne porteuse du SIDA qui court partout c'est comme une personne qui court partout avec une mitraillette à la main ».
KIRP, David. "LaRouche Turns To AIDS Politics". *The New York Times*. September 11, 1986. [http://www.nytimes.com/1986/09/11/opinion/larouche-turns-to-aids-politics.html].

sanitaire nationale, quitte à bafouer certains des droits fondamentaux des malades[265]. Pour cela, ils accusent les autorités de laxisme et de négligence alors que des dispositions existent pour d'autres maladies permettant de garantir la protection des familles californiennes. En voulant qualifier le SIDA de « maladie infectieuse, contagieuse et transmissible », les opposants à cette loi estiment que le camp LaRouche veut permettre au gouvernement d'agir pour la protection des séronégatifs, victimes de l'inefficacité des autorités et pouvant se retrouver infectés à leur insu. En jouant sur les peurs et la division, les défenseurs de la Proposition 64 n'ont aucun mal à rassembler pas moins de 683 000 signatures[266] pour faire figurer cette initiative au prochain scrutin de novembre 1986.

C'est dans ce contexte de terreur que la responsable du *Senate Office of Research*, Elizabeth Kersten, diligente une enquête parlementaire sur les tenants et aboutissants de ce projet de loi. Elle publie un rapport en septembre 1986 pour mettre en garde les électeurs et les autorités contre les inexactitudes et manipulations opérées par le camp du *oui* à la Proposition 64 sur des sujets aussi sensibles que la toxicomanie et les rapports sexuels, en raison de leur forte implication émotionnelle. Certains spécialistes de santé publique s'insurgent contre un tel projet de loi. Si l'amendement était approuvé, il aggraverait les conditions de travail des professionnels de santé en Californie. Ces derniers se verraient alors contraints de saisir la justice afin qu'elle statue sur un texte de loi contenant de nombreuses zones d'ombre vis-à-vis de leur mission[267]. Concrètement, la loi prévoit d'annexer la question du SIDA à de nombreuses autres dispositions légales déjà existantes sans mentionner leurs effets concrets dans la lutte contre la maladie. Par exemple, rendre obligatoire le fait de rapporter systématiquement aux autorités l'identité des nouveaux malades, voire d'individus « suspects », aurait pour effet pervers la propagation massive, dans tout le pays, de la délation entre les citoyens[268]. Par ailleurs, cette procédure existe déjà pour tous les établissements publics de santé et les praticiens admettent que les techniques de dépistage du VIH en 1986, ne permettent pas de garantir un résultat fiable. Finalement, Kersten adhère à une politique de santé publique fondée sur la confiance et l'anonymat des patients qui restent les meilleurs moyens pour encourager les individus à venir se faire dépister de leur plein gré. Ainsi, les centres de dépistage peuvent collecter un certain nombre de données pour mieux étudier la maladie et parvenir à déterminer comment le VIH se transmet à une personne séronégative[269]. La Proposition 64 pourrait altérer cette dynamique centrée sur la détection et la prévention ainsi que le soutien et le suivi nécessaires aux malades. Ces centres doivent servir de points de repère pour

---

[265] Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, op.cit., p.47-48.
[266] Frank, op.cit., p.80.
[267] Senate Office of Research, op.cit., p.9.
[268] Senate Office of Research, ibid., p.28.
[269] Senate Office of Research, ibid., p.27.

les malades au niveau local et maintenir une garantie de confidentialité et de neutralité, de manière à promouvoir une coopération constructive librement consentie pour mieux lutter contre la maladie.

Le projet de loi est présenté aux électeurs comme l'orchestration d'une chasse aux sorcières, notamment dans des lieux jugés sensibles : « Proposition 64 will keep AIDS out of our schools, out of commercial food establishments, and will give health officials the power to test and quarantine where needed[270]. » Les électeurs apprennent non seulement que les enfants seraient à nouveau la cible d'une menace mais surtout que la contamination pourrait se produire dans des établissements de restauration lorsque des employés, porteurs du virus, manipulent la nourriture. Cette maladie considérée comme hautement contagieuse entraînerait le licenciement des malades et l'interdiction pure et simple que les séropositifs ou les malades du SIDA puissent exercer un emploi dans le domaine de l'éducation ou de la santé[271]. Ces dispositions qualifiées de « bon sens » par les partisans de la Proposition 64 sont appuyées par un discours centré sur la peur de la maladie qui doit naturellement placer les intérêts des individus au-dessus de ceux des malades face à une situation devenue critique et terrifiante : « out of control », « alarming rates », « the gravest threat », « 100% lethal »[272]. Ces termes choc doivent inciter les électeurs à se mobiliser pour permettre aux autorités de connaître les informations personnelles des malades et de mettre en place une traçabilité des patients. Cette guerre contre le SIDA repose également sur une manipulation des chiffres qui consiste à ne mentionner que les estimations du nombre de porteurs du SIDA, soit environ 300 000, alors que le nombre de cas signalés est d'environ 5 000 sur une période allant de 1981 à 1986. Néanmoins, en gonflant ces chiffres, les défenseurs de la Proposition 64 prédisent une montée exponentielle du nombre de décès en Californie, de l'ordre de 300 000 à 500 000 qui, sur une période allant de 1982 à 2008, ne s'est pas concrétisée[273]. En fait, les études montrent que le pic de l'épidémie est intervenu au début des années 1990 et mettent en évidence le fait que la communauté afro-américaine est le groupe ethnique le plus touché. Tandis que Pat Buchanan déclare en 1992 une guerre culturelle au mariage homosexuel, les statistiques du SIDA montrent déjà des disparités dans les efforts entrepris contre la maladie à destination de

---

[270] « La Proposition 64 empêchera que le SIDA entre dans nos écoles, les établissements de restauration et donnera le pouvoir aux responsables de la santé publique de procéder à des tests et à une mise en quarantaine là où cela est nécessaire. »
Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, ibid., p.47.

[271] KRIEGER, Nancy & LASHOF, Joyce. "AIDS, Policy Analysis and the Electorate: The Role of Schools of Public Health". *American Journal of Public Health*, Vol. 78, No.4. April 1988. p.411.

[272] « incontrôlable », « des taux alarmants », « la menace la plus grave », « 100% létale »
Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, op.cit., p.47.

[273] California Department of Public Health. "Evolution of HIV/AIDS in California, 1981–2008". June 2009. [http://www.cdph.ca.gov/programs/aids/documents/evolutionofaids.pdf], p.1.

la communauté afro-américaine et des hommes homosexuels noirs. Ignorant ce qui au fil des années va devenir une « maladie de Noirs »[274], le camp LaRouche cherche à identifier des coupables et à renforcer leur sentiment de culpabilité tout en créant un climat hostile à leur égard : « They want to create an atmosphere of fear, misunderstanding, inadequate health care and panic[275]. » Selon les opposants à la Proposition 64, il ne faut pas chercher à diviser mais, au contraire, davantage travailler à une réponse collective et permettre ainsi à la communauté scientifique ainsi qu'aux responsables de santé publique de formuler de nouvelles propositions ambitieuses. Eux seuls auraient légitimité à agir de par leur savoir-faire et ils s'inquiètent de l'adoption d'un projet de loi dicté par une réaction émotionnelle disproportionnée et des « extrémistes politiques[276]» à laquelle la réponse serait le recours à la mise en quarantaine.

Kirsten aborde cette question de manière plus nuancée en montrant tout d'abord que les médias restreignent le projet de loi à la simple mise en quarantaine des malades, alors que c'est déjà une prérogative du département des services de santé de la Californie lorsque certaines conditions menacent gravement la santé publique. Quant au texte de loi, le recours à ce dispositif reste flou et joue sur une ambiguïté, en laissant penser que les autorités ne peuvent pas actuellement y recourir en cas de force majeure quand bien même celui-ci est prévu par la loi. En fait, il est précisé dans les arguments présentés aux électeurs que la mise en quarantaine ne s'imposerait pas chaque fois que seraient signalés des porteurs du virus du SIDA. En définitive, la Proposition 64 n'apporte rien de novateur puisque le projet de loi se contente de rappeler aux autorités d'utiliser leurs pouvoirs de mise en quarantaine dans la lutte contre le SIDA. Seulement, les modes de contamination avancés par les responsables de ce projet de loi laissent présager le pire quant au recours à la mise en quarantaine : « The AIDS virus has been found living in many bodily fluids, including blood, saliva, respiratory fluids, sweat, and tears, and it can survive upwards of seven days outside the body[277]. » Cette analyse permettrait d'expliquer un autre phénomène inquiétant : le nombre exponentiel de « cas inexpliqués[278] » qui n'appartiendraient pas à des groupes à haut risque. Autrement dit, tous les espaces publics seraient susceptibles de contribuer à la propagation de la maladie et devant une telle menace les Californiens sont invités à

---

[274] Propos attribués à Phil Wilson, président de l'Institut Black Aids.

[275] « Ils veulent créer une ambiance de peur, d'incompréhension, de panique ainsi qu'un accès aux soins de santé inadapté. »
Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, op.cit., p.48.

[276] Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, ibid., p.48.

[277] « Il a été découvert que le virus du SIDA proliférait dans de nombreux fluides corporels y compris le sang, la salive, les fluides respiratoires et les larmes, et la maladie peut survivre dans l'air pendant sept jours à l'extérieur du corps. »
Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, ibid., p.47.

[278] Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, ibid., p.47.

rester calfeutrés chez eux. Comme le précise également Kirsten, la mise en quarantaine n'est ni réaliste, ni raisonnable et les effets sur la diminution des risques de contamination ne sont pas scientifiquement probants. Elle nécessiterait l'évacuation de deux villes de la taille de Sacramento ou bien la création de camps d'internement pour accueillir les malades[279]. Même si les responsables de la Proposition 64 souhaitent agir en toute transparence et dans le cadre d'autres dispositions actuelles, ils tiennent également à marteler leurs « preuves » médicales et juridiques pour accuser les autorités d'avoir utilisé des tactiques de contournement au lieu de protéger les Américains.

Tout en brandissant cette théorie du complot, les partisans de LaRouche cherchent à installer un climat de paranoïa et à susciter la défiance à l'égard d'un gouvernement qui chercherait à cacher la vérité, mû par un état d'esprit issu de la contre-culture. Cette méfiance vis-à-vis du pouvoir est même devenue une pratique courante, répandue par les néo-conservateurs[280] qui inscrivent également leur combat dans le refus du déclin d'une nation déterminée à « nuire au caractère sacré de la vie humaine[281] ». Le mouvement larouchiste assimile le mouvement homosexuel aux nouveaux nazis des années 1980 et insinue donc que le SIDA, maladie homosexuelle provenant du diable, décimera les hétérosexuels. Pour les militants d'*ACT UP*[282] dont la devise est « silence = mort », c'est l'inertie du gouvernement fédéral qui leur permet d'affirmer que cette crise du SIDA est semblable à une forme de génocide[283], faisant ainsi des membres de l'autorité publique les coupables de crimes contre l'humanité. Cette rhétorique en lien avec les événements de la Seconde Guerre mondiale semble indiquer que ces deux mouvements ont recours à des rhétoriques parfois semblables mais ne représentent pas les intérêts des mêmes individus qui n'ont pas la même orientation sexuelle. En se faisant passer pour les défenseurs de la vie, les larouchistes ne cherchent qu'à écarter les malades, qui sont traités comme de dangereux criminels et condamnés à l'isolement, en appelant à un véritable plan de guerre contre eux. Pour l'État, il s'agit d'abord de dénoncer les exactions et les impostures de tout un mouvement. Kirsten, pour sa part, tient à souligner que le secrétaire d'État de la Californie s'est prononcé pour la rectification de trois affirmations fausses présentées dans le guide électoral à destination des électeurs. Tout d'abord, les partisans de cette Proposition 64 n'ont pas pu affirmer que la transmission du SIDA s'effectuait par simple contact avec le malade ni par voie respiratoire, ni par des piqûres d'insectes. Au lieu d'infirmer, ils ont tenté de reformuler cette affirmation en laissant

---

[279] Senate Office of Research, ibid., p.30-32.
[280] KEMPF, op.cit., p.38.
[281] *Executive Intelligence Review*, vol.13, n°28, July, 18, 1986, p.36.
[282] Association fondée en 1987 sur laquelle nous revenons plus bas.
[283] FRANK, op.cit., p.70.

subsister le doute dans l'esprit des électeurs : « There is no evidence for the assertion that AIDS cannot be transmitted by casual contact[284]. » Ils laissent entendre qu'un simple contact avec un porteur du virus du SIDA peut constituer un risque de contamination. Cette manipulation, en éveillant l'attention de tous, tente de nuancer les statistiques gouvernementales qui montrent que les homosexuels et les toxicomanes restent les groupes les plus exposés à la maladie. Pour cela, les partisans de la Proposition 64 s'appuient sur des chiffres à l'échelle mondiale qui révèlent que les homosexuels et toxicomanes ne constituent pas nécessairement la majorité des malades du SIDA. Ils vont jusqu'à donner l'exemple d'Haïti comme pour signifier que la contamination par le virus concernera toutes les catégories de la population américaine. Sans mentionner véritablement ce fait, de peur d'être accusés de discrimination, ils signifient que ce sont bien les hétérosexuels qui se retrouveraient les premières victimes de la maladie si la Californie ne changeait pas radicalement de politique. On comprend bien que leur objectif est aussi de faire croire aux hétérosexuels qu'ils pourraient facilement être infectés par le virus, affirmation retirée également du guide électoral. Concrètement, cette nouvelle loi ne fait donc aucune nouvelle proposition pour renforcer les moyens attribués aux actions de prévention et de détection de la maladie hormis la répression et la stigmatisation des malades. C'est la raison pour laquelle les opposants à ce projet insistent bien au contraire pour valoriser les efforts et les résultats obtenus par les autorités et leurs experts : « Californians can be proud that doctors and public health officials have acted in a professional and responsible manner to protect the health of Californians[285] ». Il ne faut pas laisser croire que l'État joue avec la vie des Californiens en insistant davantage sur le devoir d'exemplarité qui anime tous les acteurs engagés dans ce combat. Face à l'utilisation de la peur, les opposants, eux, veulent rassurer et mettre en avant un État protecteur et compétent, qui progresse. Cette mesure a donc finalement été largement rejetée par les Californiens à 70 %. Néanmoins, les deux millions de voix recueillies en faveur de ce projet montrent qu'il a permis à ses concepteurs de véhiculer un certain nombres d'idées fausses sur la maladie, de galvaniser les foules dans un mouvement citoyen planétaire et d'inspirer de nombreuses autres initiatives populaires au début des années 1990, période considérée comme « la meilleure et la pire des époques » par Urvashi Vaid, directeur de l'organisation *Task Force*. Malgré sa défaite, le camp LaRouche réitère l'expérience en 1988 en introduisant cette fois au scrutin de juin la Proposition 69 mais cette initiative est un nouvel échec et mobilise encore moins les électeurs. Entre ces deux référendums,

---

[284] « Il n'existe aucune preuve quant à l'affirmation que le SIDA ne peut pas se transmettre par simple contact. »
Senate Office of Research, ibid., p.18.

[285] « Les Californiens peuvent être fiers du fait que les médecins et les responsables de la santé publique aient agi de manière professionnelle et responsable pour protéger la santé des Californiens ».
Senate Office of Research, Proposition 64 Ballot Pamphlet Arguments, ibid., p.48.

Warren Hamerman, l'un des cadres de l'*Executive Intelligence Review*[286], fait une tournée en Europe où il donne un cycle de conférences et se targue du succès de sa campagne qualifiée de véritable « appel aux armes », pour réclamer un plan de guerre ambitieux contre le SIDA dans une grande coalition internationale. Contre les gouvernements « malfaisants », Hamerman s'érige en sauveur de l'humanité qui œuvre au renouveau de la recherche scientifique, centrée sur le respect de la vie en tant que création divine, pour éradiquer toutes les maladies sans exception, prolonger la vie et conquérir l'espace[287]. Ces objectifs volontaristes ne laissent aucune place aux homosexuels, dont la sexualité est considérée comme destructrice de la vie, ainsi que le rappelle encore le Vatican : « The particular inclination of the homosexual person [...] constitutes a more or less strong tendency toward a behavior which is intrinsically evil from the moral standpoint[288]. » Ce jugement désapprobateur de la part de l'Église catholique est aussi une manière d'encourager les défenseurs de la morale religieuse à utiliser le pouvoir politique pour favoriser l'adoption de mesures discriminatoires à l'égard des homosexuels. Entre 1974 et 2009, une centaine de référendums sont organisés à travers le pays pour faire reculer le combat en faveur de l'égalité des droits des homosexuels[289]. Face à cette menace, une nouvelle forme de militantisme apparaît, centrée sur des coups d'éclat comme les *die-ins*, les *zaps* ainsi que la désobéissance civile pour alerter l'opinion publique et les autorités sur la réalité du marasme lié au SIDA : *ACT UP* est fondée à New York en mars 1987 et se revendique comme une association militant spécifiquement pour la lutte contre le SIDA. Elle utilise les moyens forts pour se faire entendre et permet aux individus, délaissés par les autorités publiques, d'agir dans leur environnement local en tant qu'agents de leur guérison. Cette forme d'émancipation, l'*empowerment*, conduit également à une affirmation de leur identité sexuelle en leur offrant la possibilité de se responsabiliser, se solidariser et d'être les acteurs du changement de leur propre condition.

Une autre proposition, inspirée par cette campagne contre le SIDA, émane cette fois du gouvernement fédéral en juillet 1987. Le Congrès approuve une initiative du Sénateur Helms qui exige que dans le cadre de la loi sur l'Immigration et la Nationalité (1952), le VIH soit considéré comme maladie contagieuse dangereuse interdisant de fait l'entrée sur le territoire de tous les étrangers porteurs du virus. Ce renforcement des contrôles aux frontières, avec notamment une

---

[286] Hebdomadaire fondé par Lyndon LaRouche en 1974.
[287] HAMERMAN, Warren. "California's Proposition 64 has shaken the world". *EIR*, vol. 13, n°45, November 14,1986. [http://www.larouchepub.com/eiw/public/1986/eirv13n45-19861114/eirv13n45-19861114.pdf], p.34.
[288] « Les penchants particuliers des homosexuels [...] constituent une tendance plus ou moins forte à s'engager dans un comportement qui reste intrinsèquement malfaisant du point de vue moral. »
HAMERMAN, Warren. ibid., p.34.
[289] Organization of American Historians Amicus Curiae, op.cit., p.32.

déclaration sur l'honneur de la part des voyageurs qui doivent indiquer s'ils sont porteurs ou non du virus, donne lieu à des discours racistes visant certaines catégories d'étrangers associées à la maladie. Au début des années 1990, le député républicain, Robert Dornan, s'insurge violemment contre l'arrivée d'Haïtiens venus se réfugier aux États-Unis : « What we're talking about is letting people come into this country in their young years—what liberals call raging hormones, sexually active years (look at the profile of Haitians) with a communicable, venereal disease that is always fatal[290]. » Rappelons qu'en juin 1987, le service de santé, sous la pression de l'exécutif, a fait ajouter le SIDA sur la liste des « maladies dangereuses et contagieuses », ce qui laissait penser que le virus pouvait se transmettre par simple contact direct[291]. Les propos virulents et les amalgames proférés par ce membre du Congrès semblent manifester l'ignorance de certains conservateurs qui paraissent estimer qu'en ciblant certaines nationalités, notamment d'Afrique et d'Asie, les États-Unis pourraient parvenir à réduire la prolifération de la maladie. Les Haïtiens sont présentés comme des prédateurs sexuels qui se rendraient sur le territoire pour contaminer des Américains et sont considérés par le Centre pour le contrôle et la prévention des maladies (*Centers for Disease Control and Prevention)* comme un groupe particulièrement exposé. Ils ne sont pas ciblés pour leurs agissements mais simplement pour leur origine, associée arbitrairement à un mode de vie licencieux dangereux. Même si une étude de 2007 du professeur Michael Worobey démontre que le virus en provenance d'Afrique est passé par Haïti avant de s'introduire aux États-Unis en 1969[292], ce sont les conditions socio-économiques de ces régions moins développées qui contribuent à la prolifération du virus.

Paradoxalement, à la fin des années 1980, les défenseurs des droits des homosexuels parviennent à remporter une victoire dans la lutte pour conquérir les cœurs et les esprits des Américains grâce en partie à cette concorde nationale scellée par le gouvernement fédéral lorsqu'en 1990, le Congrès approuve la loi *Ryan White Comprehensive AIDS Resources Emergency Act* sous un acronyme tristement ironique CARE : un programme fédéral ambitieux qui vient en aide aux malades les plus fragiles financièrement, en facilitant leur accès, indispensable, aux soins. Cette loi porte le nom d'un adolescent contaminé par le SIDA à qui il a

---

[290] « Ce dont on parle c'est de laisser entrer sur le territoire des individus dans leurs jeunes années — ce que les libéraux appellent les hormones en folie — propices à une activité sexuelle intense (regardez le profil des Haïtiens) et porteurs d'une maladie transmissible, vénérienne qui est toujours mortelle. »
ACT UP New York. "United States HIV Immigration and Travel Policy". Site consulté le 19 janvier 2016 : [http://www.actupny.org/actions/Immigration.html]

[291] En 1991, le secrétaire à la Santé et aux Services Sociaux, Louis Sullivan, avait tenté de faire supprimer le SIDA de cette liste.

[292] AVASTHI, Amitabh. "AIDS Virus Traveled to Haiti, Then US, Study Says". *National Geographic News*. October 29, 2007. Consulté le 19 janvier 2016 : [http://news.nationalgeographic.com/news/2007/10/071029-aids-haiti.html]

été interdit de se rendre dans son école de Kokomo (IN) de peur qu'il ne transmette le VIH à d'autres enfants. Pour briser définitivement cette loi de la peur et du silence, Cleve Jones, ami et proche d'Harvey Milk, a eu l'idée de créer ce qui deviendra une œuvre artistique géante : une courtepointe pour le SIDA dont le but est de graver à jamais le nom des victimes dans l'histoire du pays par le biais de panneaux rassemblés un à un pour former l'*AIDS Memorial Quilt*. Les productions[293] ont été exposées sur l'esplanade nationale à Washington à trois reprises (1987, 1996, 2012) et doivent rappeler à la communauté nationale que derrière les chiffres se cachent des individus emportés par la maladie. Cette opération de grande envergure d'origine populaire doit changer les mentalités et les regards hostiles à l'égard des malades : le SIDA n'a ni orientation sexuelle, ni origine nationale, ni couleur de peau. Dans le cadre de cette guerre culturelle, cette œuvre d'art doit servir de base pour engager un débat politique et social plus ambitieux et renouvelé sur les intérêts de toute une communauté, qui permettrait d'élire le premier président favorable à leurs demandes. C'est ce que pense Julie Rhoad, présidente et directrice générale de la *NAMES Project Foundation* qui voit dans cet élan démocratique une nouvelle ère favorable à la communauté, orientée vers davantage de mobilisation politique, un renforcement de la présence des institutions et une visibilité médiatique et sociétale accrue : « The Quilt [...] would be able to transform the national dialog about AIDS from one of contempt, blame, and disregard for one community to one of compassion, action, and justice for all[294]. » Dans un idéal absolu, le SIDA doit servir de catalyseur pour exiger l'égalité pour tous qui devrait s'imposer naturellement aux autorités par la défense de valeurs humanistes. Rhoad associe cette mosaïque immense à un sanctuaire similaire au *Gettysburg National Cemetery*, c'est-à-dire un espace devenu une source inépuisable de nouvelles possibilités pour la communauté LGBT, marquant une nouvelle étape dans cette guerre culturelle faite de promesses et de victoires politiques et légales, en l'honneur des victimes de la maladie. À l'aube des années 1990, les enquêtes d'opinion indiquent que l'homosexualité n'est plus considérée par une majorité d'Américains comme moralement répréhensible[295]. Ce changement de perception majeur d'une grande partie de l'opinion publique est animé par des valeurs de tolérance et d'acceptation de la différence dont le mouvement devra se saisir pour concrétiser la victoire de la pleine égalité.

La crise du SIDA a permis d'ouvrir la voie à un mouvement plus sophistiqué, exigeant, élargi, financièrement viable, capable de mailler tout un territoire au niveau local, national mais

---

[293] Le projet rassemble actuellement 48 000 panneaux.

[294] « Le *Quilt* [...] pourrait transformer le dialogue national sur le SIDA centré sur le mépris, la culpabilité et l'indifférence d'une communauté en la compassion, l'action et la justice pour tous. »
RHOAD, op.cit., p.162. (In BROOKS)

[295] FRANK, op.cit., p.85.

aussi des États. Un mouvement conscient également de la nécessité de s'implanter à Washington DC pour en faire un groupe d'intérêt national, en recrutant de nouvelles forces vives. La *National Gay and Lesbian Task Force* et la *Human Rights Campaign* (1983) créent leur premier comité d'action politique pour financer les campagnes de candidats à des postes fédéraux dans le but de faire élire un personnel politique favorable à leurs intérêts. L'objectif du mouvement est d'être perçu comme un maillon indispensable non seulement du système politique mais surtout du Parti démocrate tout en étant capable de décupler son pouvoir d'action pour rester visible comme, par exemple, en faisant du lobbying, en intentant des actions en justice, en développant des actions favorables à la recherche et l'éducation, en promouvant des initiatives pédagogiques à l'intention des décideurs et des citoyens. Pour susciter respect et tolérance de la majorité, le mouvement doit sans cesse s'inventer de nouveaux modes opératoires et faire preuve d'audace et de créativité en s'adaptant aux nouvelles technologies et à la nouvelle génération du numérique. En effet, les années 2000 sont marquées par la présence du mouvement notamment sur les réseaux sociaux, qui témoigne de l'occupation efficace d'un nouvel espace démocratique et médiatique, propice à des opérations de communication et à des échanges quasi-immédiats. Pendant ce temps, la culture populaire évolue elle aussi sensiblement en faisant une place de plus en plus considérable à l'homosexualité dans les films, la télévision, la musique et le sport et en particulier sur les rapports qu'entretiennent homosexuels et hétérosexuels et leur façon d'aborder des problèmes existentiels communs. Dans un article de 2005, Karin Quimby invite le lecteur à s'interroger sur la pertinence d'une remise en question du mariage traditionnel dans la série *Will & Grace* et se demande si finalement cette sitcom n'a pas tenté d'amorcer un nouveau débat sur la possibilité du mariage homosexuel :

> The show's construction of the relationship between its title characters [...] reveals the pressure that the gay marriage issue has brought to bear on the "definition" of marriage, which is currently under hot debate in living rooms and rooms of Congress alike[296].

Quimby donne le sentiment que ce sont donc également les produits culturels et les messages véhiculés qui peuvent visiblement faire reculer les inégalités, les préjugés et les amalgames en suscitant des débats de fond. Du côté des homosexuels, la crise du SIDA a abouti à une prise de conscience collective de la persistance des inégalités en l'absence de reconnaissance légale de certains de leurs droits fondamentaux, qui restent préjudiciables dans leur quotidien, ce qui les

---

[296] « La construction de la série autour de la relation entre les personnages du titre de cette sitcom [...] révèle la pression exercée, en mettant à l'honneur la question du mariage homosexuel, sur la définition du mariage qui est actuellement largement débattue de la même manière dans les chaumières et les chambres du Congrès. »
QUIMBY, Karin. "Will & Grace: Negotiating (Gay) Marriage on Prime-Time Television". *Journal of Popular Culture*, Vol.38, no.4, 2005. p.713.

ramène incontestablement à leur différence et à leur infériorité, selon Frank. La complexité des démarches administratives, en pleine crise du SIDA, montre aux couples de même sexe que le refus institutionnel de les reconnaître, comme des couples à part entière, reste un obstacle majeur à leur égalité. Dès 1987, environ 2 000 couples de même sexe expriment leur soutien à l'acquisition des droits du mariage devant l'*Internal Revenue Service* (IRS) à Washington DC[297]. Selon Chauncey, c'est ainsi que le mariage va devenir de manière inattendue un nouvel instrument permettant « la libération homosexuelle et la transformation sociale », tandis que pour d'autres, comme Andrew Sullivan, le mariage permettra de normaliser un peu plus l'homosexualité[298]. Par libération, il faut désormais comprendre l'accès graduel à la pleine égalité des droits et le combat contre la discrimination structurelle et les discours d'un oppresseur toujours visible. Cet oppresseur ne cesse de marteler la dangerosité et l'irresponsabilité des homosexuels et annonce la disparition de la liberté en Amérique si cette orientation sexuelle n'est pas contenue.

[297] CHAUNCEY, George. *Why Marriage: The History Shaping Today's Debate Over Gay Equality*. New York: Basic Books. 2009. p.119.
[298] CHAUNCEY, op.cit., p.120.

I.C. « Liberté réelle » ou adhésion à un pacte social renouvelé

I.C.1. La rhétorique de la « liberté religieuse en péril » face à la « religion de la démocratie »

Chuck Baldwin, ancien membre du Parti républicain et du Parti constitutionnaliste, qui appartient désormais au Parti indépendant américain, interprète la stricte séparation de l'Église et de l'État comme « l'arrêt de mort de l'Amérique chrétienne » en raison d'un sécularisme devenu incontrôlable. Son parti s'inscrit dans la mouvance réactionnaire de la tradition du Paléo-libertarianisme centrée sur une interprétation strictement chrétienne de la liberté, contre un État fédéral fort, favorable à la souveraineté absolue des États et de la famille traditionnelle. À la fin des années 1990, Baldwin affirme que les guerres culturelles mettent sérieusement en danger la liberté de l'Amérique et estime nécessaire de revisiter cette valeur si centrale du modèle américain. Selon lui, cette liberté « réelle » n'est concevable que si l'on s'en tient strictement à son origine religieuse, à savoir la quête des premiers colons, qui voulaient exercer leur culte librement, publiquement et collectivement, à l'abri des persécutions et des exclusions dont ils étaient la cible en Europe : « Real freedom is totally dependent upon our relationship upon God. God is the author of freedom. [...] Freedom is not man generated. It's not man created[299]. » Cette conception de la liberté repose sur un paradoxe dans la mesure où les hommes ne peuvent s'estimer libres qu'à la seule condition que leur soumission à Dieu, être suprême à la tête de l'univers, soit totale. Autrement dit, l'homme n'est pas libre de ne pas croire. Pour Baldwin, il serait vain de penser que les libertés acquises par les hommes au cours de l'histoire seraient le résultat de leurs propres combats. Au contraire, celles-ci seraient d'origine divine et seraient donc non seulement « un cadeau de Dieu » mais de plus prédestinées, sans que l'homme puisse véritablement en tirer une quelconque fierté. Les victoires obtenues, au nom de la liberté, du latin *libertas* au sens de « droit accordé[300] », sont relativisées et méprisées par Baldwin, qui les qualifie de petites conquêtes dites annexes qui écartent un peu plus les hommes de la véritable liberté : « Many generations of human beings have lived their entire lives without ever knowing a day of real freedom[301]. » C'est là une manière pour Baldwin de se moquer de l'ignorance des hommes qui voient également dans la

---

[299] « La liberté réelle dépend intégralement de notre relation à Dieu. Dieu est l'auteur de la liberté. [...] La liberté n'est pas générée par l'homme. Elle n'est pas créée par l'homme. »
BALDWIN, Chuck. "Is America in Its Final Days of Freedom?". May, 29, 1998. Consulté en mars 2005 : [http://www.chuckbaldwinlive.com]

[300] KEMPF, op.cit., p.79.

[301] « De nombreuses générations d'êtres humains ont vécu toute leur vie sans véritablement connaître un jour de liberté réelle. »
BALDWIN, loc. cit.

reconnaissance de certains droits fondamentaux des minorités une victoire pour la liberté. Selon Baldwin, la liberté n'existe que par le biais d'une relation connexe et unique qui place l'autorité divine au-dessus de tout pouvoir gouvernemental. Il affirme que les Pères fondateurs avaient pour ambition la création d'un État théocratique, soumis aux principes et valeurs contenus dans la Bible. Pourtant, le Ier amendement semble contredire cette affirmation et reconnaît non seulement le pluralisme religieux mais surtout sa libre pratique.

Ce qu'il exige, au fond, c'est l'affirmation de l'Amérique chrétienne, la seule nation capable de résister aux agressions hostiles du libéralisme (ce que la droite américaine d'aujourd'hui nomme ainsi) et du sécularisme qui fragilisent et font reculer les seules libertés qui lui semblent fondamentales. Il explique, de manière ethnocentrique et arrogante, non seulement que l'Amérique est la seule à pouvoir riposter à la barbarie, à inspirer d'autres nations, à servir d'exemple, mais surtout que le christianisme est la seule religion capable de faire reculer l'immoralité et la perversion qui entraîneraient le chaos et la déchéance de la civilisation. Dans une série de questions rhétoriques, il s'en prend à l'URSS socialiste, à la Chine communiste et même à la faiblesse de l'État juif d'Israël, incapable de se défendre sans l'aide de l'Amérique chrétienne. En ne faisant jamais référence à la démocratie et à la constitution qui garantissent des droits et libertés aux Américains, Baldwin veut faire croire que le christianisme doit supplanter le système politique actuel, gangrené par la corruption et la perversité, incapable de défendre la morale religieuse. À l'origine de ces maux, il dénonce l'interprétation des lois par les juges et les avocats qui ont légalisé les « amours libres » et les « mariages ouverts » au nom de la tolérance. Pourtant en 1998, les lois contre la sodomie et l'adultère sont toujours en vigueur, mais Baldwin tient à faire référence au *Monicagate* qui montre que, même au plus haut sommet de l'État, le président Clinton s'adonne à des activités sexuelles illicites, salissant un peu plus l'image d'une Amérique autrefois pieuse et respectueuse de l'éthique morale religieuse. L'interdiction de la prière dans les écoles, les dérives financières du système politique et économique sont autant de motifs qui expliquent cette vision décliniste de la nation qui a perdu à ses yeux toute crédibilité et exemplarité. Seule la Bible représente, selon Baldwin, une base saine et légitime pour justifier que l'Amérique soit le gendarme du monde. Plus révérée, elle permettrait au pays d'étendre son influence et de susciter de nouvelles vocations parmi ses disciples, pour en faire eux aussi des « épris de liberté » guidés par un attachement sans faille à la parole de Dieu et déterminés à promouvoir une éthique biblique.

Les abjections des Américains ayant trahi la foi originelle justifieraient, selon Baldwin, un retour urgent aux fondamentaux de la Bible pour redonner du sens au pays et des repères à un peuple égaré. Le combat pour l'égalité des droits ne constituerait donc pas une forme de progrès

social historique mais plutôt une dérive, voire une déviance, contraire à la Bible que Mike Huckabee, pasteur et candidat à la primaire du Parti républicain, aime tant rappeler : « You've got to understand, this for me is not about the right side or the wrong side of history, this is the right side of the Bible, and unless God rewrites it, edits it, sends it down with his signature on it, it's not my book to change[302]. » La question des droits est soumise à un examen de vérification et de compatibilité avec la Bible. La morale judéo-chrétienne peut-elle donc être le remède aux guerres culturelles et supplanter ainsi les juges en se substituant à la Constitution ? C'est ce que pense Huckabee en s'attaquant sans cesse aux décisions de juges qui ne s'en remettent pas à la Bible avant de rendre leurs jugements. Baldwin semble bien aller jusqu'à estimer que la disparition de la liberté religieuse aurait pour grave conséquence l'imposition du mode de vie homosexuel hérité de la libération gay comme seul code de conduite[303] !

Pour Baldwin la reconnaissance de l'homosexualité comme orientation sexuelle par les institutions est une insulte au Créateur, pire, elle banalise la pédophilie, une priorité du programme homosexuel à ses yeux. Dans ses emportements, on comprend qu'il cherche à rendre la diversité et le multiculturalisme grandissants de la société américaine responsables de la décadence morale et du manque de religion des individus. Comme il le rappelle dans son projet de repentance pour une autorité morale renouvelée « we are slaves only to Jesus Christ![304] ». C'est là une manière de dénoncer un pouvoir séculier autoritaire et intolérant qui ne cesse d'égratigner les croyances religieuses de la majorité chrétienne en exigeant que celles-ci se cantonment à la seule sphère privée des fidèles. Baldwin apelle à un engagement total, notamment des pasteurs, dans l'espace public comparé à un vaste « champ de bataille » ainsi que dans les écoles publiques devenues des « zones de guerre » n'admettant qu'un seul et unique vainqueur : le christianisme dans sa forme la plus fondamentaliste.

Le président Obama voit la liberté comme issue d'un héritage historique transmis de génération en génération pour perpétuer un seul combat, celui de délivrer ceux qui sont encore oppressés par des idées racistes et homophobes : « Those of us who know freedom and opportunity thanks to the toil and blood of those who came before us, we have an extra

---

[302] « Vous devez comprendre, pour moi cela n'a rien à voir avec le bon côté ou le mauvais côté de l'histoire, il s'agit du bon côté de la Bible et à moins que Dieu la réécrive, la modifie, nous la renvoie avec sa signature, ce n'est pas à moi à changer les règles. »
DAVIDSEN, Dana. "Mike Huckabee: Not 'homophobic' but on the 'right side of the Bible'. *CNN*. April 8, 2014. Consulté le 18 janvier 2016 : [http://politicalticker.blogs.cnn.com/2014/04/08/mike-huckabee-not-homophobic-but-on-the-right-side-of-the-bible/]
[303] BALDWIN, loc. cit.
[304] « Nous sommes seulement les esclaves de Jésus-Christ. »
BALDWIN, loc. cit.

responsibility to extend freedom and opportunity to other people who are still marginalized and still facing injustice[305]. » Obama associe à la liberté le sens du sacrifice et le patriotisme, qui n'appartiennent à aucune religion particulière mais procèdent simplement de l'humanisme et de l'altruisme. Obama fait de cette transmission de la liberté une obligation morale et politique qui s'effectue dans un processus continu de formation à la citoyenneté permettant de fédérer tout un peuple autour d'un projet de société rassembleur. Elle s'intègre donc assez naturellement à la notion de religion civile ou la « religion de la démocratie[306] » revisitée en 1967 par Robert Bellah, professeur de sociologie, mais conceptualisée par Rousseau dans *Du Contrat social* (1762). La religion civile est le ciment du vivre ensemble que Will Herberg identifie à l'*American way of life*, autrement dit l'adhésion à un état d'esprit, une philosophie qui doit mettre à l'honneur les principes de la Déclaration d'indépendance : « Life, Liberty and the pursuit of happiness[307]. » Ce sont les actions des hommes qui sont exaltées et « divinisées » mais toujours guidées par leur croyance en l'existence d'un être supérieur. Bellah s'appuie sur l'autobiographie de Benjamin Franklin pour formuler l'hypothèse d'une religion civile aux États-Unis qui transcende les clivages interreligieux :

> I never was without some religious principles. I never doubted, for instance, the existence of the Deity; that he made the world and govern'd it by his Providence; that the most acceptable service of God was the doing of good to men; that our souls are immortal; and that all crime will be punished, and virtue rewarded either here or hereafter. These I esteemed the essentials of every religion; and, being to be found in all the religions we had in our country, I respected them all, tho' with different degrees of respect, as I found them more or less mix'd with other articles, which, without any tendency to inspire, promote or confirm morality, serv'd principally to divide us, and make us unfriendly to one another[308].

Franklin, en tant que Père fondateur, ne se pose pas en fervent serviteur du christianisme mais se considère avant tout comme un déiste, garant des principes humanistes issus des Lumières. Tout

---

[305] « Ceux parmi nous qui connaissent la liberté et la chance grâce au labeur et au sang de nos ancêtres, nous avons une responsabilité supplémentaire d'étendre cette liberté et cette chance à d'autres individus qui restent toujours marginalisés et se heurtent toujours à l'injustice. »
President Barack Obama. "Remarks by the President at LGBT Pride Month Reception". The White House. June 24, 2015. Consulté le 14 janvier 2016 : [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/25/remarks-president-lgbt-pride-month-reception]

[306] « la vie, la liberté et la recherche du bonheur. », KEMPF, op.cit., p.16.
HERBERG, Will. "America's Civil Religion: What It Is and Whence It Comes". In *American Civil Religion*, edited by Russel E. Richey & Donald G. Jones. New York: Harper & Row, 1974. p.79.

[307] HERBERG, ibid., p.77.

[308] « Je n'ai jamais été dépourvu de principes religieux. Je n'ai jamais douté, par exemple, de l'existence de la Divinité, du fait qu'il a créé le monde et qu'il le gouverne par sa Providence. Je n'ai jamais douté que la meilleure façon de servir Dieu est de faire du bien à son prochain, que notre âme est immortelle, et que tout crime sera puni, tandis que la vertu sera récompensée, dans ce monde ou dans l'autre. Ces éléments, je les considère comme les principes essentiels de toute religion. On peut les trouver dans toutes les religions présentes dans notre pays, et je les respecte toutes, bien qu'à des degrés divers. En effet, je trouve qu'il se mélange plus ou moins dans ces religions d'autres éléments que ceux qui entendent inspirer, promouvoir ou affermir la morale. Ces éléments servent principalement à nous diviser, et à nous opposer les uns aux autres. »
BELLAH, Robert. "Civil Religion in America". *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, from the issue entitled, "Religion in America," Winter 1967, Vol. 96, No. 1, pp. 1-21.

en admettant que les religions partagent un certain idéal moral, il met aussi en garde les croyants contre les idées dogmatiques et obscurantistes qui peuvent triompher sur la raison et renforcer les divisions. Pour lutter contre l'aliénation religieuse, il encourage donc une certaine distance critique et raisonnable, afin que les croyants restent maîtres de leur libre arbitre et de leur esprit critique. Garantir la liberté et reconnaître l'égalité des droits des minorités du pays peuvent être considérés comme des objectifs vertueux. Même si l'adhésion au combat contre la discrimination n'est pas partagée par tous, les Américains doivent se rappeler qu'ils sont les citoyens d'une communauté nationale et que, pour qu'ils soient parfaitement intégrés, L'État ne saurait justifier une différence de traitement entre les individus du fait de leur religion, leur sexe, leur race ou leur orientation sexuelle.

Baldwin tente donc de faire diversion pour faire croire que les guerres culturelles sont comparables à une guerre de religion dont l'objectif serait d'éliminer le christianisme comme seul gardien de la liberté : « The transition has already begun. Creation is out. Evolution is in. Father God is out. Mother Earth is in. [...] In our courts aberrant sexual behavior is protected by law [...][309] ». Baldwin décrit un processus mortifère dans lequel s'opère l'extinction graduelle de toute éthique religieuse au profit de nouvelles valeurs libérales qui œuvrent aussi pour la défense du sécularisme. Paradoxalement, cette menace ne trouverait-elle pas le meilleur écho dans l'emprisonnement de Kim Davis, condamnée non seulement pour ses convictions religieuses mais surtout pour avoir ouvertement mis à mal la religion civile ? En affirmant que l'Amérique serait « le dernier bastion de la liberté dans le monde[310] », Baldwin sous-entend ainsi que la religion civile menace le christianisme, attaqué de toute part notamment par des décisions de justice dans le domaine de la sexualité qui vont à l'encontre de la Bible. En fait, il accuse les responsables politiques de jouer un double jeu cynique à travers la notion de religion civile, qui ne serait qu'un trompe-l'œil pour mieux faire avancer le principe du *naked public square*[311] formulé par Richard John Neuhaus et éliminer toute parole de l'évangile. Cette métaphore illustre la thèse selon laquelle l'exclusion de valeurs morales dans la gouvernance de l'action publique mettrait en danger l'exercice de la démocratie ainsi que l'autorité de l'État, qui n'aurait plus aucune forme de légitimité aux yeux du peuple. La foi religieuse reste centrale pour bon nombre d'Américains, ce qui semble indiquer, selon Neuhaus, qu'elle doit permettre un consensus : « It is the dynamic of

---

[309] « La transition a déjà commencé. La Création prend la porte. La théorie de l'évolution fait son entrée. Dieu le Père prend la porte. Mère Nature fait son entrée. [...] Dans nos tribunaux, le comportement sexuel anormal est protégé par la loi [...] ».
BALDWIN, loc. cit.
[310] BALDWIN, loc. cit.
[311] NEUHAUS, Richard J. *The Naked Public Square* (2nd Ed.). Grand Rapids: Wm.B. Eerdmans Pub.Cy. 1986.

religion that holds the promise of binding together a nation in a way that may more nearly approximate *civitas*[312]. » Toutefois, il admet aussi que la droite religieuse a contribué à la détérioration du climat social et politique en présentant des positionnements idéologiques absolus et non négociables qui sont indignes du débat démocratique. Il en appelle donc à une nouvelle forme de civilité qui va au-delà de la simple politesse et de la courtoisie à l'égard de ses adversaires. Celle-ci doit servir « l'expérience américaine » en faisant avancer l'humanité et le destin de toutes les communautés du pays. Neuhaus cite l'action de Martin Luther King, qui reste un exemple marquant de conciliation entre croyance religieuse et vision d'un monde plus juste : « Dr. King's dream was of America as an exemplar of racial and social justice, an anticipation of that "beloved community" promised by God[313]. » La religion peut donc faire progresser la société et elle-même évoluer sur certaines questions sociales à la seule condition qu'elle ne se retrouve pas instrumentalisée par certains croyants qui se réfugient derrière la Bible pour masquer leur profond mépris pour les homosexuels ou les gens de couleur. Ce n'est donc pas une guerre de religion qui se joue en Amérique mais plutôt un combat contre des discours religieux fondamentalistes tels que ceux prônés par Baldwin en faveur d'un mode de vie unique pour tous.

Le Parti républicain s'inscrit dans cette logique d'une guerre contre la religion en évoquant dans son programme, lors de la présidentielle de 2012, une série d'agressions du gouvernement fédéral qui porteraient atteinte aux croyances religieuses sincères des individus[314] ainsi que celles défendues par certains établissements scolaires. Cette position trouve un écho, en janvier 2016, dans une décision du ministère de l'Éducation de renforcer la transparence concernant les établissements religieux qui ont exigé d'être dispensés d'appliquer, pour des motifs religieux, les dispositions du Titre IX (*Title IX of the Education Amendments* of 1972) interdisant désormais toute forme de discrimination. La HRC a enregistré un nombre exponentiel d'établissements ayant demandé cette exemption et estime nécessaire que les élèves et leurs parents sachent si une école est susceptible de cautionner le harcèlement ainsi que des pratiques discriminatoires à l'égard de certains jeunes pour leur orientation sexuelle[315]. Cette victoire pour la HRC ne doit pas faire

---

[312] « C'est la dynamique de la religion qui permet de réaliser la promesse d'unir l'ensemble d'une nation d'une manière qui puisse s'approcher le plus de la *civitas*. »
NEUHAUS, ibid., p.60.

[313] « Le rêve de Martin Luther King était de faire de l'Amérique un modèle de justice raciale et sociale, une anticipation de cette 'communauté bien aimée' promise par Dieu. »
NEUHAUS, ibid., p.78.

[314] 2012 Republican Platform. "We believe in America". August 2012. Consulté le 22 janvier 2016 : [https://prod-static-ngop-pbl.s3.amazonaws.com/docs/2012GOPPlatform.pdf], p.12.

[315] PETER, Stephens. "Department of Education Answers HRC's Call for Greater Transparency on Anti-LGBT Religious Exemption". Human Rights Campaign. January 20, 2016. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.hrc.org/blog/department-of-education-answers-hrcs-call-for-greater-transparency-on-anti]

oublier que cette forme de liberté religieuse se produit dans des espaces hautement symboliques, puisque les conservateurs gardent ainsi mainmise sur des écoles qui sont utilisées comme des vecteurs de stéréotypes hostiles à l'égard des homosexuels et de leur mode de vie. Pour la ligne idéologique du parti, il est nécessaire de rappeler que la liberté religieuse, s'inscrivant dans la défense historique de l'héritage judéo-chrétien, doit pouvoir s'affranchir de certaines dispositions légales de l'État fédéral qualifiées de véritables « discriminations gouvernementales » à l'égard de la liberté de conscience[316]. C'est d'ailleurs ce qui explique que les élections de 2012 soient assimilées par les républicains à une épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête des électeurs : « In that context, the elections of 2012 will be much more than a contest between parties. They are a referendum on the future of liberty in America[317]. » C'est un dilemme auquel seraient confrontés les Américains, à savoir élire un candidat favorable à la libre manifestation de principes religieux sincères dans la sphère publique ou bien élire un candidat « libéral » qui s'attachera à vilipender les croyants accusés de sectarisme et d'intolérance. En les victimisant, les républicains jugent opportun de cibler directement leurs bourreaux, qui ne sont que les partisans du mariage homosexuel, critiqués pour avoir mené des campagnes de haine à l'égard des défenseurs du mariage traditionnel en bafouant leurs droits civiques[318]. En d'autres termes, ils leur reprocheraient d'avoir instrumentalisé l'égale protection des lois du XIVe amendement de manière à faire passer la liberté religieuse pour un outil discriminatoire. Le Parti républicain exige la conduite d'une enquête fédérale qui porte spécifiquement sur les atteintes à la liberté d'expression des croyances religieuses. C'est là un moyen de mettre le gouvernement fédéral sur le banc des accusés en lui reprochant de ne pas défendre les croyants qui s'estiment lésés dans leurs convictions. Ce préjudice ne trouve pas de meilleure illustration que dans les propos tenus par Thomas Jefferson qui déclarait : « [No man shall] suffer on account of his religious opinion or belief, but that all men shall be free to profess, and by argument to maintain, their opinion in matters of religion[319] ». Cependant, ce n'est pas la liberté religieuse qui est contestée, mais le fait que celle-ci serve de prétexte pour ne pas respecter des décisions de justice ou l'application de lois qui garantissent l'égalité des droits du mariage. De plus, les républicains oublient de préciser que

---

[316] 2012 Republican Platform, op.cit., p.12.

[317] « Dans ce contexte, les élections de 2012 seront bien plus qu'une lutte entre les partis. Elles constituent un référendum sur l'avenir de la liberté en Amérique. »
2012 Republican Platform, ibid., p.10.

[318] 2012 Republican Platform, ibid., p.12.

[319] « [Nul ne devrait] souffrir à cause de ses opinions ou croyances religieuses mais qu'au contraire tous les hommes devraient être libres de déclarer et de soutenir, par le biais d'arguments, leurs opinions en matière de religion. »
Virginia General Assembly. *Virginia Statute for Religious Freedom*. Loi promulguée le 16 janvier 1786. [http://www.virginiamemory.com/docs/ReligiousFree.pdf]

Jefferson, dans son décret de 1786, protège d'abord les individus qui se voient imposer la pratique d'un culte, voire menacer de la perte de leurs droits civiques pour leurs convictions personnelles. En réduisant les enjeux de 2012 à un simple « référendum » sur le devenir de la liberté religieuse, les républicains, en protecteurs des fidèles, veulent empêcher que se tienne un débat sur l'égalité des droits de la minorité homosexuelle en s'employant à la mise en œuvre d'une stratégie manichéenne pour faire croire à un vote entre le bien et le mal. Cet axe du mal séculier viserait à museler les fidèles conservateurs hostiles aux politiques libérales tyranniques dans trois domaines : l'accès aux soins, la défense du mariage traditionnel ainsi que l'avortement[320].

Le Parti républicain de 2012 propose un bouclier législatif pour renforcer la liberté religieuse au mépris de l'indépendance de la justice et de la jurisprudence, surtout lorsque celles-ci ne servent pas ses intérêts idéologiques. Ainsi, son programme prétend vouloir renforcer l'autonomie de toutes les institutions religieuses et même les affranchir de l'obligation de se mettre en conformité avec la loi. De fait, il veut les rendre inattaquables sur le plan juridique. C'est là un positionnement conforme à une décision de la Cour suprême qui rappelle que les clauses de non-établissement et de libre exercice d'une religion du Ier amendement empêchent que les membres du clergé poursuivent leurs Églises devant les tribunaux pour licenciement abusif[321]. Selon la doctrine de l'exception ministerielle (*ministerial exception*), les Églises et organisations religieuses sont constitutionnellement protégées contre les lois fédérales interdisant la discrimination. Autrement dit, celles-ci disposent d'une grande latitude en matière de recrutement et de licenciement, qui laisse penser que les Églises sont intouchables du point de vue du droit. Ce jugement de la Cour suprême conforte le Parti républicain dans sa volonté de faire reculer le sécularisme en réintroduisant les prières à l'école, et les républicains laissent sous-entendre que Mitt Romney[322], s'il était élu, serait en capacité d'abroger l'arrêt de 1962 dans l'affaire *Engel v. Vitale*. Ils suggèrent même un autre moyen de lutter contre le fléau du libéralisme[323] séculier : placarder dans tous les espaces publics les principes des Dix Commandements,[324] pour inviter les Américains à s'engager en faveur de la morale religieuse. On constate qu'il s'agit d'un programme opposé à la séparation de l'Église et de l'État, destiné à l'instauration d'un modèle de pensée unique, inspiré des croyances chrétiennes des Pères pélerins et imposé jusque dans la sphère privée. Selon Kempf, ce projet dépasse même la question de la séparation. Il s'agit davantage « d'une vérité qui doit s'imposer à

---

[320] 2012 Republican Platform, op.cit., p.12.
[321] Supreme Court of the United States Justices. "Hosanna-Tabor v. EEOC". Jugement rendu le 11 janvier 2012. Consulté le 24 janvier 2016 : [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-553]
[322] Le candidat républicain à la présidentielle de novembre 2012 est mormon.
[323] Il s'agit du nom libéralisme au sens américain du terme « *liberalism* ». Voir note de bas de page n°8 p.15.
[324] 2012 Republican Platform, op.cit., p.12.

tous, donc d'une mise en cause radicale du pluralisme constaté dans la réalité sociale[325]. » En fait, cette notion de pluralisme, si centrale aussi dans l'expérience américaine, serait écartée de cette nouvelle autorité morale dans laquelle les adaptations religieuses seraient sans cesse privilégiées et accordées : « We assert every citizen's right to apply religious values to public policy and the right of faith-based organizations to participate fully in public programs without renouncing their beliefs, removing religious symbols[326] ». Le parti prône un retour massif aux origines historiques de la nation en établissant le christianisme comme religion officielle (ne laissant aucune place au judaïsme et à l'islam) et ce contre les principes du I^e^ amendement[327]. Derrière cet objectif se cache donc une opération de grande envergure contre la diversité, contre le multiculturalisme et contre les minorités du pays pour renforcer le pouvoir et la légitimité de la majorité chrétienne. C'est aussi un moyen de redéfinir les relations entre l'Église et l'État en renouvelant les engagements d'un gouvernement entièrement soumis à l'application d'une liberté religieuse « totale » ; par exemple en proscrivant toute forme de stigmatisation morale, notamment envers des organisations religieuses qui se déclarent contre l'adoption par des couples de même sexe[328]. Un autre exemple pour illustrer ce principe, le Parti républicain renouvelle sa confiance à l'égard de l'organisation scoute américaine, *Boy Scouts of America* (BSA)[329]. Cette dernière a été vivement critiquée, notamment par les organisations de défense des droits des homosexuels et de lutte contre les discriminations, pour avoir ouvertement déclaré que l'homosexualité est une orientation sexuelle contraire aux valeurs prônées par l'organisation au début des années 1990. James Dole, chef scout, a été limogé par la BSA pour avoir publiquement révélé son homosexualité ainsi que pour son engagement citoyen pour la cause LGBT. L'affaire est portée devant la Cour suprême, qui donne raison au mouvement en lui garantissant, par la liberté d'association du I^e^ amendement, le droit d'exclure les homosexuels car leur orientation sexuelle, incompatible avec ce mouvement, discrédite les principes moraux défendus par les scouts[330]. Cette organisation religieuse se place dès lors en dehors du champ d'application d'éventuelles lois d'État contre toute forme de

---

[325] KEMPF, op.cit., p.142.

[326] « Nous affirmons le droit de chaque citoyen à l'application des valeurs religieuses à la politique publique et le droit des organisations confessionnelles à participer pleinement aux programmes d'intérêt général sans avoir à renoncer à ses croyances et à retirer ses symboles religieux. »
2012 Republican Platform, op.cit., p.12.

[327] Les juifs représentent actuellement 1,8 % de la population totale des États-Unis tandis que les musulmans représentent 1 %.
BESHEER, Mohamed. "A new estimate of the US Muslim population". Pew Research Center. January 6, 2016. Article consulté le 24 janvier 2016 : [http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/01/06/a-new-estimate-of-the-u-s-muslim-population/]

[328] 2012 Republican Platform, op.cit., p.12.

[329] 2012 Republican Platform, ibid., p.12.

[330] Supreme Court of the United States Justices. "Boy Scouts v. Dale". Jugement rendu le 28 juin 2000. Consulté le 24 janvier 2016 : [https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZO.html]

discrimination. Pourtant dès 1994, Mitt Romney n'est pas favorable à la discrimination des scouts en raison de leur homosexualité et maintient sa position en 2012 et ce contre la ligne du Parti. On voit bien que s'instaure un décalage entre un Parti républicain qui fait campagne sur une ligne idéologique dure tandis que son candidat mormon bouscule l'ordre établi en jouant la carte de l'apaisement. Bien qu'appartenant à l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours, Romney prend ouvertement ses distances avec la branche du mormonisme clairement hostile aux droits des homosexuels. Ce sont finalement deux décisions de la BSA qui montrent que le principe de la liberté religieuse est compatible avec la réalisation d'un projet ambitieux d'inclusion et d'égalité. En 2013, les jeunes gens ouvertement homosexuels sont désormais autorisés à intégrer les rangs de la BSA. En juillet 2015, l'interdiction de recruter des chefs scouts homosexuels est définitivement levée mais certaines Églises vocifèrent leur opposition et menacent de n'apporter plus aucune contribution financière à la BSA (dont l'organisation dépend de telles contributions à 70 %)[331]. Ces décisions coïncident avec l'abrogation par la Cour suprême de la loi DOMA (2013) et la légalisation du mariage homosexuel (2015). Pour Robert Gates, président de la BSA depuis 2014 et ancien secrétaire à la Défense sous le gouvernement Bush, il y a urgence à ce que le mouvement lui emboîte le pas et inscrive la foi dans une dynamique de progrès social : « Our oath calls upon us to do our duty to God and our country. The country is changing, and we are increasingly at odds with the legal landscape at both the state and federal levels[332]. » Gates en appelle à la responsabilité morale des cadres de la BSA qui doivent reconnaître que l'orientation sexuelle ne détermine en rien la qualité et l'exemplarité du travail réalisé par les volontaires[333]. Selon Gates, la croyance religieuse peut adhérer plus largement au principe de l'ouverture établi par certaines Églises à l'égard des homosexuels. En conséquence, la « liberté réelle » prônée par Baldwin revient à normaliser une intolérance œcuménique à l'égard des Américains LGBT.

I.C.2. Le remède de la violence et du IIe amendement

Dans le concept d'« autorité morale », forgé par Hunter[334], les ennemis de la nation sont clairement désignés et identifiés pour leur engagement politique visant à défendre les principes du fédéralisme. Baldwin invite les Américains à se méfier du Congrès, des tribunaux, du président

---

[331] President Robert Gates. "National Annual Business Meeting Remarks." Boy Scouts of America. May 21, 2015. Consulté le 24 janvier 2016 : [http://scoutingnewsroom.org/wp-content/uploads/2015/05/DR-GATES-REMARKS.pdf] p.16.

[332] « Notre serment en appelle à l'accomplissement de notre devoir envers Dieu et notre pays. Le pays change et nous sommes de plus en plus en décalage avec le paysage juridique tant au niveau fédéral qu'au niveau des États. »
President Robert Gates. National Annual Business Meeting Remarks., ibid., p.16-17.

[333] President Robert Gates. "National Annual Business Meeting Remarks.", ibid., p.5.

[334] La direction morale que doit prendre l'Amérique.

(réduit à la fonction de chef des armées), ainsi que des agents fédéraux qui sont tout aussi dangereux que de vulgaires criminels. Pour résister à cette lutte à laquelle se livrerait le gouvernement fédéral contre la liberté religieuse, Baldwin estime nécessaire que les Américains se réapproprient la signification du IIe amendement et les encourage à se réarmer et à user de la force si nécessaire, au sein de milices citoyennes. En les incitant à se retourner contre leur patrie, Baldwin fait de la liberté d'expression une invitation à des actes de violence, voire de terrorisme contre Washington DC. La création dès 2009 des *Oath Keepers*[335], milice citoyenne décrite par les médias comme antigouvernementale, illustre la détermination de ces Américains à renforcer la sécurité publique tout en défendant la Constitution[336]. Cette organisation lourdement armée et composée en majorité par d'anciens militaires et des policiers à la retraite blancs, érigés en « gardiens de la République », s'est en particulier illustrée lors des émeutes à Ferguson déclenchées par la mort de Michael Brown, jeune Noir abattu par la police. L'apparition de cette milice, aux objectifs nobles en apparence, est rendue nécessaire, selon Baldwin, car la liberté de détenir une arme à feu reste le moyen le plus efficace et dissuasif de garantir la liberté religieuse contre un gouvernement tyrannique : « It is a truism that my rights of worship, speech, redress, etc., are directly related to my freedom to own firearms![337] ». Un tel rapprochement joue sur la confusion en faisant croire que les croyants seraient libres de recourir à la violence des armes à feu dès que des décisions politiques et juridiques seraient contraires à leurs croyances. Telle est la stratégie utilisée par Donald Trump en août 2016[338] ainsi que par Sarah Palin lors des élections de mi-mandat en 2010. Cette dernière fait le choix de durcir sa campagne en adoptant une rhétorique belliqueuse fondée sur l'identification d'un axe maléfique. Elle fait publier sur son site internet une carte des États-Unis sur un fond bleu dans laquelle figurent une vingtaine de cibles potentielles, appelant sans équivoque ses partisans à éliminer plusieurs parlementaires démocrates : « We've diagnosed the problem... Help us prescribe the solution[339]. » Elle relaye le message notamment sur Facebook et Twitter et ajoute : « Don't Retreat, Instead—RELOAD![340] ». Gabrielle Gifford, élue démocrate du Congrès, est visée par ce plan d'attaque pour avoir soutenu la réforme de la santé du président Obama. En janvier 2011, celle-ci échappe de justesse à une fusillade meurtrière à

---

[335] « Garants du serment »

[336] Oath Keepers. "About Oath Keepers". [https://www.oathkeepers.org/about/]

[337] « C'est un truisme que de dire que mes droits de culte, de parole, de recours, etc., sont directement liés à ma liberté de posséder des armes à feu ! ».
BALDWIN, loc. cit.

[338] Lors d'un meeting en Caroline du Nord, Trump sous-entend que les défenseurs des armes à feu pouvaient prendre les choses en main pour empêcher Hillary Clinton d'abroger le IIe amendement.

[339] « Nous avons dignostiqué le problème... Aidez-nous à prescrire la solution. »
Voir annexe 7, p.511.

[340] « Ne reculez pas, au contraire RECHARGEZ ! ».

Tucson (AZ), cette fois, qui fait six victimes dont un juge en chef fédéral. Jared Lee Loughner, l'auteur de cette tuerie, souffre de schizophrénie et échappe à la peine de mort : il est condamné à la prison à vie sans avoir pu expliquer les raisons de son geste. Grièvement blessée, Giffords démissionne de son poste en janvier 2012. Le retrait de l'ancienne parlementaire peut être considéré comme une victoire pour le camp du *Tea Party* et sa manière de faire de la politique en jouant sur une fausse menace, celle d'une liberté religieuse en danger, qui nécessite un recours insensé à la violence et à la volonté d'éliminer des individus qui se battent pour leurs idéaux et non pas pour la Bible. Pour l'ancienne gouverneure de l'Alaska, en revanche, le combat pour la véritable liberté continue. Elle publie en novembre 2015 un ouvrage[341] annonçant le parfum d'une douce liberté retrouvée pour le peuple américain en vue de la prochaine élection présidentielle. Des Américains, dans le doute et inquiets de l'incertitude de leur avenir, se tourneraient irrémédiablement vers la foi pour mieux affronter les défis de demain tout en continuant à défendre un libre accès aux armes à feu.

Toutefois, cette solution est-elle suffisamment convaincante pour apporter une réponse politique concrète à la violence des armes à feu qui à la fin de l'année 2015 fait, en moyenne, plus de 82 victimes par jour selon la Maison Blanche[342] ? Palin s'enferme dans des justifications religieuses douteuses en prétendant savoir que Jésus se battrait pour la défense du IIe amendement et en invitant les Américains à suivre des formations au maniement des armes à feu. Le 1er janvier 2016, la loi *open carry* votée par la législature de l'État du Texas entre en vigueur, autorisant le port d'armes visibles non seulement dans les espaces publics, mais dans les magasins également. Tandis que liberté religieuse rime avec culture de la vie en s'opposant à l'avortement et l'euthanasie, elle reste malgré tout associée à une culture de la mort, causée par la multiplication des fusillades ces dernières années. Pour Chad Griffin, président de la HRC, la liberté religieuse sert aussi de posture idéologique à certains fondamentalistes pour pratiquer la discrimination et la stigmatisation structurelles : « We believe that religious liberty is a bedrock principle of our nation, however, faith should never be used as a guise for discrimination[343]. » Sharon Groves tire la même conclusion lors de notre entretien, à savoir que la rhétorique de la liberté religieuse n'est

---

[341] *Sweet Freedom: a Devotional Sarah Palin*.

[342] Plus de 30 000 morts chaque année.
The White House. "Gun Violence in America by the Numbers". January 4, 2016.
[https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/gun_violence_in_america_by_the_numbers.pdf]

[343] « Nous croyons que la liberté religieuse est un principe de base de notre nation, cependant, la foi ne devrait jamais être utilisée comme un prétexte pour discriminer. »
PETER, Stephens. "Department of Education Answers HRC's Call for Greater Transparency on Anti-LGBT Religious Exemption", loc. cit.

qu'un « écran de fumée » pour s'attaquer à la minorité LGBT[344]. Autrement dit, la liberté religieuse doit s'exercer dans le respect de la loi et ne saurait se soustraire au contrôle des législateurs et des juges.

Quant au port des armes à feu, dans un éditorial du comité de rédaction du *New York Times*, les journalistes soutiennent que le IIe amendement ne peut être considéré comme intangible, en particulier lorsque la sécurité des Américains n'est plus garantie sur le territoire et que les responsables politiques, surtout attirés par l'appât de l'argent et du pouvoir, se sont fourvoyés : « No right is unlimited and immune from reasonable regulation[345]. » C'est toute une industrie pilotée par le puissant lobby de la *National Rifle Association* (NRA) qui est accusée par certains médias d'entretenir une culture de la peur irrationnelle et d'avoir contaminé l'esprit des Américains en les incitant à s'auto-protéger et à user de leur droit constitutionnel sans motif valable. Dans le cadre de ce recours massif aux armes à feu que le *New York Times* compare à une véritable épidémie, on assiste, sans que la classe politique sorte de sa léthargie, à une surenchère de la violence, avec une production d'armes sans cesse plus puissantes et plus sophistiquées. En août 2015, à la suite du massacre diffusé en direct à la télévision de deux journalistes, qui seraient les victimes collatérales d'une autre fusillade survenue deux mois plus tôt dans une église méthodiste noire à Charleston (SC), le *Washington Post* s'insurge contre des discours mensongers qui transforment ces armes en de « nobles instruments au service de la liberté[346] », alors qu'elles sont en réalité de véritables machines de guerre à la portée de chacun et même des individus les plus dangereux. Des « outils machistes d'auto-défense[347] » qui, pour le *New York Times*, sont autant de réminiscences de la période insurrectionnelle qui a conduit à l'indépendance du pays. En pleine reconquête de la liberté religieuse, le phénomène de réarmement préoccupe parce qu'il laisse penser que l'Amérique entre dans une guerre civile ou plutôt que cette tendance traduit une crise de confiance à l'égard des autorités, jugées incapables d'assurer la protection des individus. Les armes deviennent le remède des sans voix, d'une société anxieuse et plus précisément d'individus qui s'en servent comme d'une forme de pouvoir pour délivrer un message politique susceptible d'entretenir le malaise social. Le recours à la métaphore de l'épidémie par les médias assimile ce phénomène de réarmement à une maladie dangereuse et contagieuse afin de dissuader

---

[344] Entretien avec Sharon Groves, voir p.477.

[345] « Aucun droit ne serait illimité et immunisé contre une réglementation raisonnable. »
Editorial Board. "End the Gun Epidemic in America". *The New York Times*. December 4, 2015. Article consulté le 20 janvier 2016 : [http://www.nytimes.com/2015/12/05/opinion/end-the-gun-epidemic-in-america.html?_r=0]

[346] Editorial Board. "Will America finally do something to stop our gun-fueled carnage?". *The Washington Post*. August 26, 2015. Article consulté le 20 janvier 2016 : [https://www.washingtonpost.com/opinions/more-shootings-more-death/2015/08/26/adc42dc4-4c2c-11e5-902f-39e9219e574b_story.html]

[347] Editorial Board. "End the Gun Epidemic in America". *The New York Times*. loc. cit.

les Américains d'entrer dans cette logique du IIe amendement et du port d'arme. L'utilisation de cette rhétorique épidémique doit emprunter les canaux institutionnels pour mobiliser les acteurs politiques. Selon Philippa Koch, cette figure de style a aussi le mérite de favoriser certaines entreprises individuelles de la part d'individus désireux de mettre en avant leurs croyances religieuses, leur courage patriotique et leur volonté d'agir contre la prolifération des armes à feu : « Narratives of epidemic diseases are laden with themes of sin, repentance, providence, beneficence, charity, and thanksgiving[348]. » Le combat contre la violence des armes à feu est profitable à l'intérêt général, en particulier lorsque le gouvernement est dans une impasse institutionnelle qui l'empêche d'agir.

Dans le fléau des armes à feu, la responsabilité de l'État est engagée pour en limiter et en contrôler l'accès. Mais l'absence de consensus entre démocrates et républicains plonge la nation dans le déshonneur, la honte et l'indécence. Tels sont les symptômes retenus (par certains médias) qui nient l'efficacité des acteurs politiques et menacent de rompre l'union nationale et de renforcer les clivages intercommunautaires. Selon le Parti démocrate, la liberté de culte doit, au contraire, mettre en marche un processus de rassemblement et de réparation politique pour justement empêcher que les armes à feu installent la terreur sociale : « Faith has been a driving force of progress and justice throughout our history[349]. » Pour les démocrates, il faut rompre avec une certaine conception fondamentaliste de la religion qui encourage également la discrimination, pour montrer que la liberté religieuse a, bien au contraire, toute sa place dans ce combat pour l'égalité des droits et la paix sociale. Cette liberté prend une dimension internationale, pour le Parti démocrate qui inscrit ce combat, plus largement, dans la défense des droits de l'homme. C'est de cette manière que l'Amérique renforce ses relations diplomatiques avec ses alliés. C'est ainsi qu'elle prétend asseoir son influence idéologique et sa crédibilité en matière de justice sociale en défendant des valeurs universelles telles que la dignité, la tolérance, l'égalité et la bonne administration de la justice[350].

C'est d'ailleurs le souverain pontife argentin qui vient sermonner les parlementaires au Capitole pour en appeler à la responsabilisation des hommes politiques. En effet, lors de sa visite

---

[348] « Les récits de maladies épidémiques sont chargés de thèmes tels que le péché, la repentance, la providence, la bienfaisance, la charité et les actions de grâce. »
KOCH, Philippa. "Is 'Epidemic' the Right Metaphor for Gun Violence?". *The Atlantic*. January 4, 2016. Article consulté le 21 janvier 2016 : [http://www.theatlantic.com/health/archive/2016/01/gun-violence-disease-epidemic/422478/]

[349] « La foi a joué un rôle moteur en faveur du progrès et de la justice à travers notre histoire. »
2012 Democratic Party Platform. "Moving America Forward". August 2012. Consulté le 22 janvier 2016 : [https://www.democrats.org/party-platform]

[350] 2012 Democratic Party Platform, loc. cit.

officielle en septembre 2015, le pape François les met en garde contre des discours de haine et de violence qui pourraient légitimer davantage des actes barbares :

> But there is another temptation which we must especially guard against: the simplistic reductionism which sees only good or evil; or, if you will, the righteous and sinners. The contemporary world, with its open wounds which affect so many of our brothers and sisters, demands that we confront every form of polarization which would divide it into these two camps. We know that in the attempt to be freed of the enemy without, we can be tempted to feed the enemy within. To imitate the hatred and violence of tyrants and murderers is the best way to take their place. That is something which you, as a people, reject. Our response must instead be one of hope and healing, of peace and justice[351].

Les propos du pape François montrent que les acteurs politiques ont le devoir et la responsabilité de se placer au-dessus des guerres culturelles, et de montrer l'exemple au peuple en réfléchissant au vivre ensemble et à ce qui les unit. Obama, dans son ultime discours sur l'état de l'Union, rappelle également à l'ordre les politiciens qui stigmatisent les différences de certains Américains pour en faire des boucs-émissaires aux yeux de la société, comme pour signifier aux hommes d'État leur obligation d'exemplarité. Celle-ci se manifeste en apportant des solutions concrètes au peuple américain. Autrement dit, les discours des politiques qui ne cessent de marteler les échecs de la politique du pouvoir en place, et d'attaquer les jugements illégitimes de la justice ne servent qu'à discréditer la république fédérale afin de remanier tout le système institutionnel : « It diminishes us in the eyes of the world. It makes it harder to achieve our goals. It betrays who we are as a country[352]. » Obama, en se plaçant au-dessus de tout débat partisan, insiste sur la déférence et la retenue des dirigeants politiques tout en admettant ne pas avoir réussi à rapprocher les partis politiques dont « la rancoeur et la suspicicion n'ont fait qu'empirer[353]. »

Le refus du contrôle des armes à feu de la part des conservateurs est un exemple révélateur des limites d'un bipartisme exacerbé par ses divergences et centré sur les individualités d'hommes d'État qui ont perdu tout sens du sacrifice. Ce désaccord des républicains sur la réglementation du port des armes à feu repose sur le droit inaliénable de la propriété individuelle, c'est-à-dire

---

[351] « Mais il y a une autre tentation dont nous devons particulièrement nous garder : le réductionnisme simpliste qui voit seulement le bien ou le mal ; ou, si vous voulez, les justes et les pécheurs. Le monde contemporain, avec ses blessures ouvertes qui affectent tant de nos frères et sœurs, exige que nous affrontions toute forme de polarisation qui le diviserait en ces deux camps. Nous savons qu'en nous efforçant de nous libérer de l'ennemi extérieur, nous pouvons être tentés de nourrir l'ennemi intérieur. Imiter la haine et la violence des tyrans et des meurtriers est la meilleure façon de prendre leur place. C'est quelque chose qu'en tant que peuple vous rejetez. Notre réponse doit au contraire être une réponse d'espérance et de guérison, de paix et de justice. »
Pope Francis. Address to the Joint Meeting of Congress. United States Capitol, Washington DC. September 24, 2015. Consulté le 21 janvier 2016 : [http://www.popefrancisvisit.com/schedule/address-to-joint-meeting-of-congress/]

[352] « Cela nous diminue aux yeux du monde. Cela rend plus difficile d'atteindre nos objectifs. Cela trahit qui nous sommes en tant que pays. »
President Barack Obama. The President's State of the Union Address. Speech delivered at the United States Capitol, January 13, 2016. Consulté le 21 janvier 2016 : [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/01/12/remarks-president-barack-obama-—-prepared-delivery-state-union-address]

[353] President Barack Obama. "The President's State of the Union Address", loc. cit.

l'acquisition de biens matériels même dangereux pour l'ensemble de la communauté. Préserver le IIe amendement est aussi un moyen pour les conservateurs d'exprimer leur attachement au principe de citoyens autonomes qui ne doivent dépendre de personne et encore moins de l'État fédéral ou de l'État providence : « Gun ownership is responsible citizenship, enabling Americans to defend their homes and communities[354]. » Le citoyen doit pouvoir se prendre en charge et assurer la sécurité de sa famille contre toute intrusion illégale dans sa propriété privée. Symboliquement, la sacralisation de ce droit constitutionnel est une manière de protéger un trésor reçu en héritage de la part des colons américains, devenus les citoyens résistants d'une guerre culturelle contre le libéralisme progressiste issu du *New Deal* et la remise en cause d'une liberté fondamentale. Le recours à une arme s'inscrit dans le cadre strict de la légitime défense qui, pour les républicains, est un droit providentiel immuable du citoyen[355].

Paradoxalement, les nombreuses critiques formulées à l'égard des conservateurs hostiles à toute réglementation draconnienne des armes à feu ont fait des républicains des coupables tout désignés qui, faute d'avoir pu engager un débat constructif autour d'un compromis, ont rompu toute négociation possible[356]. C'est un processus similaire de stigmatisation qui, lors de la crise du SIDA, a visé spécifiquement les homosexuels accusés d'avoir été à l'origine de la maladie. C'est la raison pour laquelle Hillary Clinton, candidate à l'élection présidentielle de 2016, ambitionne de renouveler le dialogue entre les démocrates et les républicains. Cela tend à démontrer que dans son objectif d'assurer un leadership constructif et apaisé, Clinton mesure l'importance d'assurer des majorités solides au Congrès pour pouvoir appliquer une politique de maintien du progrès social. Elle comprend donc que Washington doit montrer l'exemple en parvenant à des compromis de manière à atténuer les effets néfastes de la polarisation qui accentue les hostilités et conduit aussi les Américains à se détourner de la politique. C'est ce que rappelle Mark Kelly, astronaute et époux de Gabrielle Gifford, lors d'une audition sur la violence des armes à feu devant la commission judiciaire du Sénat, qui exhorte les parlementaires à agir, au nom du bon sens, pour éviter de nouvelles victimes : « Congress should look not toward special interests and ideology, which push us apart, but towards compromise, which brings us together[357]. » C'est le plaidoyer

---

[354] « La possession d'une arme est l'exercice d'une citoyenneté responsable permettant aux Américains de défendre leur maison et leur communauté. »
2012 Republican Platform, op.cit., p.13.
[355] 2012 Republican Platform, ibid., p.13.
[356] KOCH, Philippa. "Is 'Epidemic' the Right Metaphor for Gun Violence?", loc. cit.
[357] « Le Congrès ne devrait pas se tourner vers les groupes d'intérêt et l'idéologie, qui nous éloignent, mais vers le compromis, qui nous rapproche. »
U.S. Senate. "Testimony on Gun Violence Before Senate Judiciary Committee". 2013. In CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. *Culture Wars in America: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints, and Voices*. New York: M.E. Sharpe. p.850.

d'un détenteur d'une arme qui souhaite dissiper ce sentiment de vulnérabilité des Américains, mis au défi par des assassins qui ont parfaitement su exploiter non seulement les failles des politiques actuelles, mais aussi les divergences des deux partis.

I.C.3. Une conception de la liberté associée à la pleine égalité

Si, comme le pensent les démocrates, la foi doit être au service du progrès social, elle doit permettre de changer les pratiques politiques pour justement sauver la démocratie de l'impasse et de l'inertie. En refusant la foi en tant que levier du *statu quo*, libéraux mais aussi conservateurs relancent un débat, dans le cadre de l'expérience américaine, sur le rôle de l'État et la conception évolutive de la liberté qui remonte à la présidence d'un républicain, Abraham Lincoln. Avec son discours de Gettysburg (1863), l'Amérique, ébranlée par la crise morale de la guerre de Sécession, assiste aux balbutiements d'un renouveau de la liberté, centré sur le combat pour l'égalité des droits. C'est sous l'impulsion du président Lincoln que le pays, pour se racheter du péché de l'esclavage, doit revenir à ses origines révolutionnaires pour redonner tout son sens originel à la liberté : « [...] a new nation conceived in liberty[358] ». Autrement dit, une nation dont la liberté se conçoit au sens de droit accordé, résolue à donner un second souffle à la liberté, sous l'autorité de Dieu, dans le sens de capacité à agir, s'exprimer et décider de ses actes : « [...] this nation under God shall have a new birth of freedom[359] ». Cette nuance, que signale également Kempf[360], est fondamentale pour comprendre le combat des couples de même sexe, qui doit s'entendre comme un combat pour obtenir les mêmes droits que les couples hétérosexuels dans le cadre du mariage. C'est de cette manière que cette nouvelle liberté acquise (*freedom to marry*) permettra aux couples homosexuels d'exploiter tout leur potentiel de citoyens portés par le devoir d'accomplissement, d'engagement et de transmission des leçons de ce combat. Cette idée de « potentiel » est d'ailleurs une revendication exprimée par Kristin Perry, plaignante dans l'affaire de la Proposition 8, qui demande que la justice la libère du fardeau de la discrimination en lui assurant la sécurité par le biais du mariage. Pour Milk, c'est un devoir de l'État que de créer pour les générations futures les conditions qui permettront de rejeter la peur et le mépris des différences et de s'assurer que chacun puisse s'accepter tel qu'il est sans prêter attention aux préjugés : « All young people, regardless of

---

[358] « [...] une nouvelle nation conçue dans la liberté. »
President Abraham Lincoln. "The Gettysburg Address". Speech delivered at the Soldiers' National Cemetery in Gettysburg (PA). November 19, 1863. Consulté le 15 janvier 2016 : [http://www.loc.gov/teachers/newsevents/events/lincoln/pdf/gettysburg.pdf]
[359] « [...] cette nation, sous l'autorité de Dieu, connaîtra une renaissance de la liberté. »
President Abraham Lincoln, loc. cit.
[360] KEMPF, op.cit., p.79.

sexual orientation or identity, deserve a safe and supporting environment in which to achieve their full potential[361]. » Il n'est pas fortuit que Wolfson donne à son organisation le nom de *Freedom to Marry*, faisant du mariage non pas simplement une « *liberty* » mais plutôt une condition propice à l'amélioration du statut et de la place des familles homoparentales ainsi qu'à leur contribution au sein de la société. Le mariage est ainsi un moyen qui permet aux individus l'expression naturelle de leur orientation sexuelle sans avoir nécessairement à passer par l'étape du *coming out*. Enfin, en insistant sur la notion de « *freedom* », Wolfson tente de rompre le stéréotype véhiculé par certains hétérosexuels selon lequel les couples de même sexe souhaitent uniquement se marier pour bénéficier des avantages du mariage sans en accepter les obligations.

C'est justement avec la crise économique des années 1920 et le *New Deal* que la liberté prend une nouvelle dimension avec les Quatre Libertés (*Four Freedoms*, 1941). Celles-ci sont fixées par le président Roosevelt qui conçoit désormais la liberté comme un droit à la sécurité économique et à certaines protections que les hommes d'État doivent déterminer selon les circonstances économiques et sociales : « The task of statesmanship has always been the re-definition of these rights in terms of a changing and growing social order[362]. » Il envisage la liberté comme la promesse d'une société qui s'engage aussi en faveur de la justice économique et sociale, guidée par une exigence accrue de la responsabilité morale du gouvernement fédéral. Roosevelt pose ainsi les conditions d'un nouveau pacte social qui s'inscrit dans une approche pragmatique des droits et qui figure au programme du Parti démocrate de 1936. La garantie des libertés civiques contenues dans la Constitution intègre dorénavant l'objectif de l'accès à l'égalité des droits pour tous les Américains et de mettre fin aux privilèges d'un petit nombre d'entre eux[363]. Pour Roosevelt c'est là un changement majeur dans la manière de lutter contre la crise, qui doit mettre à l'honneur l'obligation de répondre aux exigences sociales des plus fragiles tout en respectant le droit constitutionnel et les principes hérités de la Révolution. Pour Roosevelt, seul le Parti démocrate « porteur du libéralisme et du progrès »[364] peut incarner cette politique fondée sur la mise en œuvre de ce pacte. Celui-ci doit aussi tenir compte des échecs du passé pour assurer la

---

[361] « Tous les jeunes, quelles que soient leur orientation ou identité sexuelle, méritent de vivre dans un environnement sûr qui les soutient et dans lequel ils puissent réaliser tout leur potentiel. »

[362] « Le devoir des hommes d'État a toujours été de redéfinir ces droits en fonction d'un ordre social en pleine évolution et en pleine expansion. »
Franklin Delano ROOSEVELT. Commonwealth Club Address. September 23, 1932, San Francisco.
[http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/conlaw/fdr.html]

[363] Democratic Party. "Democratic Party Platform of 1936". June 1936. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29596]

[364] Franklin Delano ROOSEVELT. "Address Accepting the Presidential Nomination". Democratic National Convention. Chicago. July 2, 1932. *The American Presidency Project*.
Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=75174]

crédibilité de la démocratie ainsi que la vitalité de ses institutions, unies dans l'action afin de garantir l'adhésion et l'unité nationale. Roosevelt dessine les contours d'un libéralisme moderne et réformateur dans lequel un État fort doit prendre à bras-le-corps le problème des inégalités sociales tout en intervenant dans le domaine économique. Ce projet de Roosevelt pour l'Amérique attire les foudres des conservateurs et fait grincer des dents, notamment celles du président Hoover, son prédécesseur. Roosevelt est traité de communiste par certains républicains pour lesquels le libéralisme, dans la tradition lockienne, signifie le rejet de l'intervention de l'État dans les affaires économiques du pays. Ils craignent entre autres de voir la liberté d'entreprendre piétinée. Roosevelt fait taire ses détracteurs conservateurs, républicains et démocrates, avec ardeur et subtilité, en dénonçant leurs tactiques politiciennes qui non seulement polarisent davantage le débat démocratique mais surtout menacent d'enliser l'Amérique dans une situation déjà précaire et désespérante : « Wise and prudent men—intelligent conservatives—have long known that in a changing world worthy institutions can be conserved only by adjusting them to the changing time. [...]. I am that kind of conservative because I am that kind of liberal[365]. » Roosevelt en appelle à l'union en balayant tous les artifices idéologiques clivants pour mettre les institutions au travail et réparer tout un système politique et économique ébranlé par une crise majeure.

Dès janvier 1941, *Dr. Win-the-War*[366], tout en préparant psychologiquement son peuple à un engagement inévitable de l'Amérique dans la Seconde Guerre mondiale, saisit cette occasion pour justifier une guerre intérieure qui vient définir un nouvel ordre moral mondial. Celui-ci vise à concourir à l'établissement de bases solides pour une société civilisée et humaniste contre l'axe de la tyrannie et l'indécence d'un système économique qui tire le peuple vers le bas. Pour le Parti démocrate, l'économie, en servant l'intérêt général du plus grand nombre, doit consolider la démocratie[367]. Roosevelt s'impose comme le guérisseur face à une révolution sociale qui le contraint à protéger les Américains en leur garantissant le respect de certaines valeurs, dont le caractère incompressible du droit à la dignité. Celui-ci s'articule autour des Quatre Libertés : « freedom of speech and expression [...] freedom of every person to worship God in his own way

---

[365] « Des hommes sages et prudents — des conservateurs intelligents — savent depuis longtemps que face au monde en évolution, des institutions inestimables ne peuvent être conservées qu'en les adaptant à cette période de changements. [...]. Je suis ce genre de conservateur parce que je suis ce genre de libéral. »
Franklin Delano ROOSEVELT. "Address at the Democratic State Convention". Syracuse (NY). September 29, 1936. *The American Presidency Project*.
Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15142]

[366] Franklin Delano ROOSEVELT. Excerpts from the Press Conference. December 28, 1943. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16358]

[367] Democratic Party. "Democratic Party Platform of 1940". July 1940. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29597]

[...] freedom from want [...] freedom from fear [...] anywhere in the world[368]. » En identifiant ces libertés essentielles, dont seules les deux premières s'entendent au sens de « *liberties* » et sont reprises dans la Déclaration des droits, Roosevelt ouvre la voie à une nouvelle ère qui permettra aux minorités du pays d'identifier les libertés fondamentales auxquelles elles ont légitimement droit. Cela afin d'exiger protection, réparation et reconnaissance du préjudice des inégalités et de l'injustice qu'elles subissent. Mêmes si les promesses de Roosevelt ne parviennent pas toutes à se concrétiser, pour de multiples raisons, il n'en reste pas moins que le président parvient à redistribuer les cartes en faisant de la politique à destination des plus fragiles. Roosevelt est un expérimentateur, un père protecteur opportuniste qui n'hésite pas à prendre des risques en proposant une série de remèdes contre la crise et le mal-être du peuple, qu'il voit comme une épidémie contagieuse et dangereuse pour la démocratie. C'est d'ailleurs tout le sens du programme de 1940 du Parti démocrate (semblable dans une certaine mesure à celui du Parti républicain) qui s'attache à représenter une Amérique de la diversité en s'adressant à ses vétérans, aux Amérindiens, aux Afro-Américains et aux femmes. Les républicains se prononcent en faveur d'un amendement constitutionnel pour garantir l'égalité des droits aux femmes, auquel Eleanor Roosevelt s'oppose, considérant que cette proposition empêcherait la mise en œuvre de politiques favorables en faveur des ouvrières. Néanmoins, ces Quatre Libertés inspirent l'action politique de Harry Truman et sert de tramplin aux nombreuses luttes sociales à venir, dont le mouvement afro-américain pour les droits civiques, le mouvement pour l'égalité des femmes ainsi que les mouvements contestataires issus de la contre-culture. Sur son compte twitter, Wolfson rend un hommage inattendu et appuyé à Roosevelt le 30 janvier 2016, date d'anniversaire de l'ancien président défunt : « You're needed again. Happy birthday[369]. » Dans un élan nostalgique, le Père du mouvement pour le mariage homosexuel s'inquiète de l'avenir incertain de l'Amérique et des luttes remportées par la communauté en pleine campagne électorale. Ce message de la part de Wolfson est aussi un moyen de rappeler que la nation a besoin d'un président courageux et rassembleur, incarné par un homme ou une femme de conviction qui saura défendre des valeurs de progrès et s'opposer à la haine et à toute forme d'injustice[370].

Face à la menace de la tyrannie, les démocrates invoquent la nécessité d'une prise de conscience collective rapide pour permettre à la nation d'accomplir sa mission afin de garantir

---

[368] « la liberté de parole et d'expression [...] la liberté de chacun de vénérer Dieu comme il l'entend [...] être libéré du besoin [...] être libéré de la peur [...] n'importe où dans le monde. »
Franklin Delano ROOSEVELT."State of the Union Address". January 6, 1941. *American Rhetoric*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.americanrhetoric.com/speeches/PDFFiles/FDR%20-%20Four%20Freedoms.pdf]

[369] « Nous avons encore besoin de vous. Joyeux anniversaire. »

[370] Entretien avec Evan Wolfson, ancien directeur de *Freedom to Marry*, réalisé le mardi 21 juin, voir p.492.

l'État de droit : « It is America's destiny, in these days of rampant despotism, to be the guardian of the world heritage of liberty and to hold aloft and aflame the torch of Western civilization[371]. » Tous les Américains sont invités à s'engager dans un processus jugé, en apparence, inéluctable mais qui en réalité engendrera de nombreuses souffrances causées par une partie des Américains fidèles à la culture dominante de la discrimination. Cependant, dès 1940, le Parti démocrate inscrit ce combat pour les droits civiques des Afro-Américains dans ses priorités pour honorer les principes du XIVe amendement : « We pledge to uphold due process and the equal protection of the laws for every citizen, regardless of race, creed or color[372]. » C'est donc un combat par la Constitution et pour la Constitution. En effet, les démocrates reconnaissent que certains Américains sont malmenés et méjugés pour ce qu'ils sont par un gouvernement qui fait fi de leurs droits constitutionnels pour continuer à les traiter en inférieurs en les reléguant au rang de citoyens de seconde zone. En s'engageant ainsi sur l'égalité des droits de tous, les démocrates vont permettre aux défenseurs des droits des homosexuels de façonner leurs discours sur l'orientation sexuelle de manière à faire de l'homosexualité une caractéristique immuable des individus. De cette façon, ils exigeraient la protection des lois ainsi qu'un examen de leurs droits constitutionnels pour qu'aucun gouvernement ne puisse utiliser leur sexualité pour les stigmatiser et les discriminer aux yeux de la société. C'est donc également un signal fort que les démocrates adressent à l'appareil judiciaire et en particulier à ses juristes, avocats et juges qui doivent amorcer une réflexion sur l'intégration de l'altérité et son acceptation au sein de la société. Tel est le contrat d'avenir en faveur de la croyance démocratique que formulent les démocrates pour permettre à tous les Américains de s'épanouir, de s'émanciper et de bénéficier de l'égalité des chances. Ils n'oublient pas non plus de préciser que la légitimité de cette promesse de justice sociale repose sur la divine providence qui exige du gouvernement que son action s'inscrive dans la continuité du combat historique engagé par les Pères fondateurs pour les libertés fondamentales du peuple tout en assurant la paix sociale de demain. En 1952, ils inscrivent le combat pour l'égalité des droits au cœur de leur projet politique qui débouchera sur une victoire juridique de la Cour suprême, laquelle déclarera la ségrégation raciale dans les écoles ainsi que la doctrine « *separate but equal* » anticonstitutionnelles[373].

Dans son discours sur l'état de l'Union en janvier 1941, Roosevelt fonde, quant à lui, la

---

[371] « C'est la destinée de l'Amérique, en cette époque de despotisme effréné, d'être la gardienne de l'héritage mondial de la liberté et de brandir la torche enflammée de la civilisation occidentale. »
Democratic Party. "Democratic Party Platform of 1940", op.cit., p.7.
[372] « Nous promettons de faire respecter la juste application des lois et l'égale protection des lois pour chaque citoyen quelles que soient son origine raciale, ses croyances religieuses ou sa couleur. »
Democratic Party. "Democratic Party Platform of 1940", ibid., p.7.
[373] *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954)

légitimité de son action uniquement sur le respect et la confiance que les Américains témoignent vis-à-vis de la liberté qui doit permettre aux minorités de conquérir leurs droits : « Freedom means the supremacy of human rights everywhere. Our support goes to those who struggle to gain those rights and keep them. Our strength is our unity of purpose[374]. » Le combat pour les droits de l'homme est porté par une croyance universelle en la liberté et doit susciter, selon Roosevelt, un élan de solidarité nationale. Cette croyance en la liberté apparaît comme un moteur, une source de dynamisme et de vitalité, dans le paysage politique en donnant aux Américains ordinaires le sentiment d'être utiles à leur pays et en leur conférant ainsi un sens accru du devoir. Roosevelt semble insister très justement sur l'importance de défendre ceux qui se battent pour l'obtention de leurs droits mais surtout rappelle que ceux-ci ne sont jamais véritablement acquis dans le temps et que le combat pour les préserver reste une lutte primordiale de tous les jours. Le président indique un nouveau cap, convaincu de la nécessité de définir un nouvel ordre moral et de sauver l'honneur et la réputation de l'Amérique, ternis par la violence de « l'âge du machinisme[375] » et « les excès des Années Folles[376] ». Il croit, au contraire, en la rédemption d'un pays plein de dignité, non pas tourné vers l'opulence mais vers « la justice de cette morale[377] ». Autrement dit, la concrétisation de ce nouvel ordre doit voir le jour à travers une autorité indépendante et supérieure capable de s'illustrer par une volonté d'appliquer et de faire respecter les droits et protections d'autrui. Roosevelt fait certainement écho à l'action des juges pendant l'ère Lochner, qui avaient refusé sa feuille de route du *New Deal* jusqu'au 29 mars 1937, date à laquelle la Cour a fini par valider une loi instaurant un salaire minimum pour les femmes dans l'État de Washington[378]. Cette décision conforte Roosevelt dans son idée audacieuse de proposer aux Américains une seconde Déclaration des droits : elle viendrait renforcer la première qui définissait les droits politiques individuels issus de la période révolutionnaire et garantissait « le droit à la vie et à la liberté [*liberty*][379] ». Pour le président, l'expérience américaine revêt un caractère inachevé tout en faisant apparaître au grand jour que l'Amérique de l'égalité dans la « recherche du bonheur » est en panne. Pour y remédier, les Américains doivent jouir des richesses du pays et du fruit de leurs efforts à travers une série de droits sociaux, au nombre de huit : « We have accepted, so to speak, a second Bill of Rights under

---

[374] « La liberté suppose la primauté des droits de l'homme partout. Nous soutenons ceux qui luttent pour acquérir ces droits ou les préserver. Notre force réside dans notre objectif commun. »
Franklin Delano ROOSEVELT."State of the Union Address", op.cit., p.8.
[375] Democratic Party. "Democratic Party Platform of 1940", op.cit., p.1.
[376] Franklin Delano ROOSEVELT. State of the Union Message to Congress. January 11, 1944. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16518]
[377] Franklin Delano ROOSEVELT."State of the Union Address", op.cit., p.3.
[378] *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937). Loi jugée conforme avec l'intérêt de l'État que de protéger la santé des femmes et s'assurer qu'elles puissent subvenir décemment à leurs besoins quotidiens.
[379] Franklin Delano ROOSEVELT."State of the Union Message to Congress". January 11, 1944, loc. cit.

which a new basis of security and prosperity can be established for all regardless of station, race, or creed[380]. » En axant cette nouvelle Déclaration sur les besoins essentiels pour permettre aux Américains de s'accomplir, Roosevelt signifie aux acteurs de l'économie ainsi qu'à l'État fédéral comment ils vont participer à ce nouvel effort pour assurer des conditions de vie décentes à tous. Les homosexuels qui sont bien sûr des acteurs à part entière du système politique et économique, doivent légitimement pouvoir accéder aux mêmes droits que les hétérosexuels, à terme. Comme le rappelle Bérubé, Roosevelt, loin d'être un sympathisant à l'égard des homosexuels, s'est néanmoins prononcé à plusieurs reprises contre des décisions excessives, comme la condamnation à la prison d'un officier de marine reconnu coupable d'activités homosexuelles : « President Roosevelt also supported the expansion of psychiatry's role in the military during the war, thereby indirectly contributing to a more liberal policy toward homosexual behavior[381]. » Au début des années 1940, le projet rooseveltien offre donc une conception novatrice d'un libéralisme axé sur la préservation des libertés individuelles ainsi que de la liberté politique, qui ne peuvent exister sans la prise en compte du paramètre de la sécurité économique. Ces deux conditions préalables doivent coexister et guider toute l'action gouvernementale. Tel est le nouveau contrat d'après-guerre que fixe le président, qui appelle à un engagement institutionnel total pour établir de « nouveaux buts pour le bonheur et le bien-être humains[382]. » Face à ces exigences audacieuses, Roosevelt n'appelle à aucune forme de compromis qui viendrait remettre en question ce qui fait toute la grandeur et le prestige de la nation américaine en cette période d'incertitudes sur son avenir. On pourrait dire que cette feuille de route idéologique, maintenant tracée, n'attendait que l'avènement d'une ère dédiée à la lutte pour les droits fondamentaux des homosexuels. Celle-ci sera intronisée par l'élection, en 1992, de Bill Clinton, un président solidaire et attentif aux revendications de la communauté homosexuelle mais qui, pourtant, reviendra sur ses promesses et se contentera d'une série de compromis pour satisfaire une majorité de parlementaires républicains hostiles aux avancées promises. Alors que la bataille des cœurs semble remportée au début des années 1990, cette guerre culturelle en faveur du progrès va se heurter à la complexité des rouages d'un système politique polarisé qui oscille entre changement durable et régression immédiate.

---

[380] « Nous avons approuvé, pour ainsi dire, une seconde Déclaration des droits qui puisse servir de cadre à l'établissement d'une nouvelle base de sécurité et de prospérité pour tous, quelles que soient la classe sociale, la race ou les croyances. »
Franklin Delano ROOSEVELT."State of the Union Message to Congress". January 11, 1944, loc. cit.

[381] « Le Président Roosevelt soutenait aussi le rôle grandissant de la psychiatrie dans l'armée pendant la guerre, contribuant indirectement ainsi à une politique plus libérale à l'égard du comportement homosexuel. »
BÉRUBÉ, op.cit., p.134-135.

[382] Franklin Delano ROOSEVELT."State of the Union Message to Congress". January 11, 1944, loc. cit.

Chapitre 2
Une guerre culturelle de la compromission, de la régression et du progrès

INTRODUCTION

Cette partie s'attachera à illustrer comment à partir des années 1990, l'Amérique engagée dans une guerre culturelle[383] de grande ampleur, pour reprendre les propos de Patrick Buchanan, assistera au déploiement d'un arsenal législatif discriminatoire inattendu qui posera les jalons d'un long combat politique et juridique à venir.

C'est dans ce contexte toujours marqué par les affres de la crise du SIDA que les organisations conservatrices continuent leur maillage territorial afin d'alimenter un climat hostile à l'égard des homosexuels, dont le recours massif au publipostage et au porte-à-porte pour répandre leurs tracts homophobes[384]. Deux documentaires reprenant un certain nombre d'images, issues de plusieurs manifestations pour l'égalité des droits, véhiculent les mêmes stéréotypes d'individus corrompus par leur comportement sexuel, faisant des parents homosexuels de dangereux pédophiles qui exhiberaient leurs enfants lors de différents rassemblements comme une forme de provocation vis-à-vis de leurs détracteurs[385]. C'est au moment où la communauté homosexuelle prend conscience de sa force électorale que cette guerre va s'insinuer jusque dans les entrailles des contre-pouvoirs pour affaiblir un exécutif incapable de passer à l'acte et d'honorer ses engagements. Sur la question du mariage, la décision de la Cour suprême d'Hawaii, assimilant l'interdiction de la liberté du mariage aux couples de même sexe à une forme de discrimination fondée sur le sexe[386], déclenche un vent de panique au sein du Parti républicain pour qui ce jugement sonne le glas du mariage traditionnel. Les conservateurs entreprennent alors une lutte contre une justice activiste centrée sur la soi-disant réécriture des lois et de la Constitution pour réaffirmer l'indépendance et la légitimité dont dispose le législatif afin de criminaliser l'homosexualité et d'inscrire dans la loi la définition du mariage traditionnel. Cette nouvelle dynamique puise sa légitimité dans le jugement rendu dans l'affaire *Bowers* (1986) qui permet aux États de disposer d'une grande latitude pour considérer l'homosexualité comme un délit, plus ou moins grave, et donc de restreindre l'accès à l'institution du mariage aux couples de même sexe par extension. À l'inverse, cette stratégie se retourne aussi contre un parti qui se retrouve prisonnier et acculé, seul face à ses propres contradictions idéologiques. En effet, si le jugement dans l'arrêt *Bowers v. Hardwick* réaffirme les droits des États, cette relative autonomie doit aussi permettre

---

[383] BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address", op.cit.
[384] Organization of American Historians Amicus Curiae. *Obergefell v. Hodges*, op.cit., p.33.
[385] *The Gay Agenda*, Family Research Council (1992).
Gay Rights, Special Rights. The Traditional Values Coalition. VHS. Jeremiah Films. 1993.
[386] *Baehr v. Lewin* (1993)

aux États ainsi qu'aux autorités locales de prendre des décisions en faveur de l'égalité des droits des homosexuels sans que celles-ci fassent l'objet de recours devant les tribunaux par des conservateurs hostiles au changement. Il y a donc bien deux poids et deux mesures, ce qui, de toute évidence, montre que le Parti républicain n'a pour seule ambition que la concrétisation de son projet, somme toute réactionnaire, et que le recours partial aux contre-pouvoirs n'a pour seul objectif que de servir ses propres intérêts.

La réélection de George W. Bush en 2004 permet au président, en pleine confiance, de s'engager à définir les termes d'une vie saine et pieuse en insufflant une nouvelle direction éthique de la nation, fondée sur des valeurs morales (protestantes) à travers la question du mariage. Son second mandat lui permet d'inscrire son combat pour la famille nucléaire traditionnelle dans un projet de ratification d'un amendement constitutionnel fédéral établissant de manière définitive et irrévocable l'union d'un homme et d'une femme comme un sacrement, c'est-à-dire un engagement non pas pris devant l'État mais devant Dieu. Cet amendement pourrait-il être considéré comme l'établissement opaque d'une religion ? Pour Bush, cette question de la définition du mariage traditionnel lui apparaît comme une évidence : « You come from many backgrounds and faith traditions, yet united in this common belief : Marriage is the most fundamental institution of civilization[387]. » En reconnaissant la diversité religieuse des Américains, Bush refuse pourtant de prendre en compte l'homosexualité d'une partie de son peuple en se faisant le représentant et le défenseur de la seule majorité hétérosexuelle. Si le mariage est si central à la civilisation à ses yeux, c'est qu'il considère certainement l'union des couples homosexuels comme une menace pour l'humanité et le renouvellement des générations. Cette offensive néoconservatrice, appelant tous les États conservateurs à se mobiliser en faveur d'initiatives populaires contre une justice activiste, va faire vaciller quelque peu l'union de la droite républicaine par l'intervention de voix dissidentes contre l'instrumentalisation de la Constitution, réduite à diviser et classifier les Américains du fait de leur orientation sexuelle. Loin de protéger et de rassembler, nous montrerons comment le gouvernement du peuple a fragmenté l'union nationale en insistant sur ce qui oppose les Américains.

C'est d'ailleurs l'objet de la campagne électorale de 2008 qui s'attache à réparer une Amérique plongée dans plusieurs combats armés dans le cadre de la guerre contre le terrorisme[388] et dans sa plus grave crise économique depuis 1929. Cette campagne incarne véritablement le

---

[387] « Vous venez tous d'origines et de traditions religieuses différentes, mais tous unis dans une croyance commune : le mariage est l'institution la plus fondamentale de la civilisation. »
President George W. Bush. "President Discusses Marriage Protection Amendment". The White House. June 6, 2006. [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/06/20060605-2.html]

[388] Intervention en Afghanistan (2001-2014), en Irak (2003-2011) et au Pakistan à partir de 2004.

changement, avec la présence à la primaire démocrate de deux candidats issus de groupes engagés pour l'égalité des droits : Barack Obama est né d'un père kényan noir tandis qu'Hillary Clinton est la première femme à sérieusement pouvoir remporter la Maison Blanche. C'est finalement Obama qui personnifiera l'idée même de la diversité et de la tolérance en faisant de 2008 l'année de l'espoir, de l'espérance et du changement par la promesse d'une Amérique réconciliée avec elle-même et par la renaissance du Rêve américain :

> You know, we have been told for many years that we are becoming more divided as a nation. We have been made to believe that differences of race and region; wealth and gender; party and religion have separated us into warring factions; into Red States and Blue States made up of individuals with opposing wants and needs; with conflicting hopes and dreams. […] But it is a vision of America that I am running for President to fundamentally reject - not because of a blind optimism I hold, but because of a story I've lived[389].

Ce discours se fait l'écho retentissant des guerres culturelles qui continuent d'être le centre de gravité de la vie politique et d'animer les débats publics notamment dans les médias. La présidence d'Obama est marquée par son soutien en faveur du mariage homosexuel à six mois de l'élection présidentielle de 2012 alors qu'il brigue un second mandat et qu'il s'est toujours prononcé pour des unions civiles réservées aux couples de même sexe. Il sera intéressant d'expliquer les raisons pour lesquelles Obama a fini par s'engager sur cette question de l'égalité des droits du mariage seulement à la fin de son premier mandat alors qu'il a inscrit toute son action politique dans la restauration d'une union plus parfaite pour faire reculer la discrimination et les injustices[390]. N'est-ce pas un signal lancé à la justice qui devait désormais se saisir de cette question maintenant que son administration ne défendait plus le *Defense of Marriage Act* (DOMA, 1996) promulgué par Clinton, et qu'en l'absence de majorité au Congrès, Obama aurait eu la plus grande difficulté à faire adopter le *Respect for Marriage Act* (2013) destiné à abroger la loi DOMA ? Paradoxalement, la Présidence Obama, qui voulait rassembler les Américains, sera aussi la nation du patchwork rendant illisible et disparate l'action d'un exécutif en faveur de l'égalité des droits rattrapé par les rouages institutionnels du fédéralisme. En effet, depuis le début de l'année 2016, la HRC enregistre un nombre exponentiel de projets de loi qui visent notamment à discriminer les

---

[389] « Vous savez, on nous dit depuis de nombreuses années que nous sommes de plus en plus divisés en tant que nation. On nous a fait croire que les différences liées à la race et aux régions, à la richesse et au genre, aux partis et à la religion nous ont séparés dans des factions opposées, entre les États Rouges et les États Bleus composés d'individus aux besoins et aux désirs différents, aux rêves et aux espoirs contradictoires. […] Mais c'est une vision de l'Amérique que je rejette fondamentalement en me présentant à la présidentielle - non pas à cause d'un optimisme béat que je garde en moi mais à cause d'une histoire que j'ai vécue. »
Senator Barack Obama. "Remarks of Senator Barack Obama: Reclaiming the American Dream". Speech delivered in El Dorado, KS, on January 29th, 2008. Retrieved on April 30th, 2008 from [http://www.barackobama.com/2008/01/29/remarks_of_senator_barack_obam_44.php]

[390] 2008 Democratic Party Platform. "Renewing America's Promise". August 2008. *The American Presidency Project*. Consulté le 2 février 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/78283.pdf]

individus LGBT en refusant de les servir pour des motifs religieux, d'empêcher les autorités locales de les protéger, d'interdire l'accès aux toilettes des transsexuels ou bien encore d'encourager des thérapies de conversion[391]. 150 propositions dans une trentaine d'États ont été placées sous surveillance par l'organisation. Cette année électorale marque déjà une surenchère de propositions législatives pour faire reculer la victoire récente du mariage pour les couples de même sexe et attirer un électorat républicain encore hostile aux homosexuels. Depuis le dernier recensement de 2010, les républicains ne reculeraient devant rien pour conforter leur avantage acquis par le *gerrymandering*, autrement dit le découpage malhonnête des circonscriptions électorales, afin de conserver leur majorité à la Chambre des représentants[392].

[391] Human Rights Campaign. "Preview 2016: Pro-Equality and Anti-LGBT State & Local Legislation". Consulté le 3 février 2016 : [http://hrc-assets.s3-website-us-east-1.amazonaws.com//files/assets/resources/2016_Legislative-Doc.pdf]

[392] OHLEMACHER, Stephen. "GOP gerrymandering creates uphill fight for Dems in the House". PBS, the Rundown. March 31, 2014. Article consulté le 4 février 2016 : [http://www.pbs.org/newshour/rundown/gop-gerrymandering-creates-uphill-fight-dems-house/]

II.A. Clinton : la présidence des compromis

En mai 1992, Bill Clinton, alors en campagne, vient pour la première fois en tant que candidat à la présidentielle s'adresser à la communauté LGBT à Los Angeles. Il souhaite rendre hommage au combat d'individus frappés par la maladie du SIDA, contre laquelle le gouvernement a non seulement tardé à réagir mais qui surtout a exacerbé les différences de traitement liées à la race et à la classe des malades : « I want to give you my thanks for that struggle [...]. I have a vision and you're a part of it. I believe we're all a part of the same community and we'd better start behaving as if we are[393]. » C'est la communauté afro-américaine qui est huit fois plus exposée au risque de contamination d'après le Centre pour le contrôle et la prévention des maladies[394]. Des facteurs culturels expliquent en partie cette tendance, à savoir le sentiment de honte à l'égard de leur sexualité qui prédomine chez les homosexuels noirs faisant le choix de ne procéder à aucun test de dépistage[395]. Dans son projet inclusif, Clinton projette de rassembler toutes les communautés dans un seul et même combat contre « la discrimination et la privation de leurs droits[396] ». Dans le programme du Parti démocrate, neuf catégories sont recensées et indentifiées[397]. Les démocrates appellent à l'intégration de ces Américains, dont les différences représentent une menace à certains de leurs droits fondamentaux issus de la Constitution, par des dispositifs législatifs protecteurs. Cependant, l'objectif d'une Amérique de la diversité n'en reste qu'au stade d'une stratégie rhétorique, puisque le programme n'évoque aucune mesure concrète pour mettre en œuvre ce projet qui cherche à améliorer ainsi le quotidien de ces Américains. Alors que la prise en compte de l'orientation sexuelle par un Parti démocrate désireux de représenter les intérêts de la minorité homosexuelle est une forme de progrès, rien ne laisse présager que Bill Clinton va promulguer deux projets de loi contre les homosexuels : *Don't Ask, Don't Tell* (DADT, 1993) et le *Defense of Marriage Act* (DOMA, 1996).

---

[393] « Je veux vous remercier pour cette lutte. J'ai une vision, et vous en faites partie. Je crois que nous faisons tous partie de la même communauté et nous ferions mieux de commencer à nous comporter en conséquence. »
SOCARIDES, Richard. "Why Bill Clinton signed the Defense of Marriage Act". *The New Yorker*. March 8, 2013. Article consulté le 4 février 2016 : [http://www.newyorker.com/news/news-desk/why-bill-clinton-signed-the-defense-of-marriage-act]

[394] FRANK, op.cit., p.78.

[395] INRIG, Stephen. *North Carolina and the Problem of AIDS*. Chapel Hill: University of North Carolina Press. 2011. Cité dans FRANK, ibid., p.79.

[396] 1992 Democratic Party Platform. "A New Convenant with the American People". July 1992. *The American Presidency Project*. Consulté le 2 février 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=29610]

[397] « race, gender, language, national origin, religion, age, disability, sexual orientation, or other characteristics irrelevant to ability ». 1992 Democratic Party Platform, loc. cit.

II.A.1. Les secrets d'un mensonge d'État derrière *Don't Ask, Don't Tell*

Le Parti démocrate appelle à une révolution dans le mode de gouvernance en offrant un nouveau contrat [*covenant*] aux Américains, fondé sur le renouvellement de la confiance envers certaines valeurs essentielles comme la tolérance, la foi, la liberté individuelle, la famille mais aussi l'obligation morale du gouvernement d'agir et d'offrir les conditions qui permettront au peuple et aux laissés-pour-compte de se saisir de nouvelles opportunités[398]. Ce pacte bénéficiant de l'imprimatur divin doit permettre aux militaires de servir dans l'armée quelle que soit leur orientation sexuelle.

Telle est la promesse faite par Bill Clinton alors que le moindre soupçon d'homosexualité parmi les soldats fait l'objet d'enquêtes indiscrètes et humiliantes qui débouchent sur des licenciements immédiats. Au début des années 1990, la politique du ministère de la Défense reste sans ambiguïté. Celui-ci considère que l'homosexualité peut sérieusement compromettre la bonne exécution de missions relatives à la sécurité nationale et donc affecter la compétence même des personnels : « Homosexuality is incompatible with military service. [...] The presence of such members adversely affects the ability of the Military Services to maintain discipline, good order and morale[399]. » Cette directive fait écho au rapport sénatorial de 1950 qui a organisé la purge au sein du gouvernement fédéral pour éliminer les « pervers sexuels ». Pourtant, à la fin des années 1980, ce sont deux rapports commandés par le ministère de la Défense qui doivent répondre à la question de l'aptitude des homosexuels à servir dans l'armée, sur fond de scandales d'espionnage dans ses propres rangs. Ce n'est qu'en 1990 que Gerry Studds, le premier parlementaire ouvertement homosexuel à la Chambre des représentants et Kate Dyer, son assistante, publient ces deux documents rédigés par un groupe de chercheurs du Pentagone (PERSEREC) : *Nonconforming Sexual Orientations and Military Suitability*[400] (1988) *Preservice Adjustment of Homosexual and Heterosexual Military Accessions: Implications for Security Clearance Suitability*[401] (1989). À partir de la littérature scientifique et juridique, les chercheurs doivent identifier une éventuelle corrélation entre homosexualité et sécurité afin de se prononcer sur l'aptitude de ces sujets à exercer dans l'armée. Les conclusions de ces deux rapports sont sans

---

[398] 1992 Democratic Party Platform, loc. cit.

[399] « L'homosexualité est incompatible avec le service militaire. [...] La présence de tels personnels a un effet négatif sur la capacité des services de l'armée à maintenir la discipline, l'ordre et le moral des troupes. »
Extrait de la directive 1332.14 du département de la Défense, 28 janvier 1982. Cité dans DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry. *Gays in Uniform: the Pentagon's Secret Reports*. Boston: Alyson Publication. 1990. p.xiv.

[400] Rapport préparé par Theodore R. Sarbin, professeur de psychologie et de criminologie, et Kenneth E. Karols, psychiatre.

[401] Rapport préparé par Michael A. McDaniel, enseignant-chercheur au département de psychologie, Virginia Commonwealth University.

appel et démontrent que le Pentagone n'a, en réalité, aucune raison scientifique valable pour justifier l'interdiction faite aux homosexuels de servir dans l'armée. Studds tient donc à dénoncer les tentatives de camouflage et de manipulation du ministère de la Défense qui exige notamment la suppression de ces documents pour ne finalement retenir qu'une réécriture intégrale du premier rapport[402]. Dans une missive, Craig Alderman, le secrétaire adjoint à la Défense, recadre sérieusement les deux auteurs de ce rapport qu'il juge « techniquement maladroit », hors-sujet et allant bien au-delà du cahier des charges initialement fixé. Il reproche l'utilisation de références, notamment à la morale judéo-chrétienne, sans aucun rapport avec cette étude ainsi qu'une approche méthodologique biaisée des sources juridiques utilisées. En affirmant que les homosexuels ne représenteraient en rien une menace à la sécurité ni de l'armée, ni du pays et seraient tout aussi compétents, voire davantage, que les soldats hétérosexuels[403], cette enquête apparaît comme un sérieux camouflet à l'égard de la politique discriminatoire instaurée par le Pentagone. Elle vient donc compromettre la crédibilité et la légitimité de ceux qui ont entretenu un appareil idéologique dont l'objectif est de perpétuer des mensonges et des préjugés hostiles aux homosexuels ainsi déchus de leur humanité.

Selon Sarbin et Karols, les deux experts du rapport, ces idées préconçues sont issues de constructions sociales historiques assimilant le comportement homosexuel à une faiblesse morale (religion), un crime (droit), une maladie (santé) et comportant des caractéristiques spécifiques au comportement d'un groupe minoritaire déviant[404]. Par exemple, le rapport indique que les fonctionnaires homosexuels ont été exposés au risque de chantage à cause de la criminalisation de l'homosexualité par le gouvernement, notamment sous Eisenhower. Toutefois pour les experts, les fonctionnaires hétérosexuels étaient tout aussi exposés à cette menace car ils entretenaient souvent des relations extra-conjugales. Leur infidélité pouvait donc également compromettre leur carrière, d'une manière générale, mais elle était surtout susceptible d'être exploitée par des ennemis désireux d'obtenir des renseignements sensibles. Telles sont également les conclusions d'un autre rapport finalisé en 1957 qui précise que la tendance à la promiscuité sexuelle, si répandue parmi les officiers hétérosexuels, peut aussi mettre en péril la sécurité et la cohésion de groupe[405]. L'arrêt de ces politiques criminalisantes dans le domaine de la sexualité permettrait aux agents d'être moins exposés au risque de chantage. Aaron Belkin et Geoffrey Bateman, les cadres dirigeants du *Center for the Study of Sexual Minorities in the Military*, ont tenté d'expliquer pourquoi l'armée

---

[402] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.xvi-xvii.
[403] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.134.
[404] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.7.
[405] The Crittenden report (1957), ibid., p.35. Certains officiers supérieurs entretenaient des relations avec les femmes de certains officiers subalternes.

américaine reste un environnement hostile et dangereux pour les personnels homosexuels[406]. L'armée américaine reste une « institution du Sud » conservatrice, dans laquelle la plupart des officiers viennent d'États rouges[407], et sont affiliés au Parti républicain. Cela explique que la promesse de Bill Clinton d'interdire que l'homosexualité des soldats soit une raison suffisante pour les congédier, soit si mal accueillie par les officiers supérieurs de l'armée. Ce degré de mécontentement et d'hostilité vis-à-vis d'une politique égalitariste et inclusive se manifeste également lorsque le président Truman décide en 1948 de mettre fin à la doctrine « séparés mais égaux » et de procéder à la déségrégation au sein des rangs de l'armée. Le Pentagone affirme alors que cette décision compromettra la réussite des missions de l'armée mais surtout « qu'aucun homme blanc n'acceptera jamais de se plier aux ordres d'un homme noir[408]. » Ces allégations, loin d'apparaître comme le souci sincère de ne pas déstabiliser les corps militaires, ont plutôt mis en avant les idées préconçues à l'égard de groupes minoritaires et l'ignorance abjecte de ces cadres supérieurs. C'est donc l'homophobie en tant que pratique normative au sein de l'armée ainsi que tout un système répressif gangrené par ce que Studds qualifie de « préjugés institutionnalisés[409] » qui sont à l'origine d'une levée de boucliers contre une remise à plat de ces politiques et modes de pensée : « [They are] based on entrenched religious beliefs, folklore, and stereotypes. Such attitudes are connected to the heroic [...] image of the powerful, virile heterosexual and the degraded [...] image of the powerless, weak, feminized, homosexual male[410]. » Le traitement de l'orientation sexuelle au sein de l'armée instaure un rapport hiérarchique dominant-dominé qui, en plaçant arbitrairement les homosexuels en situation de fragilité, les rend inaptes à la fonction sous prétexte qu'ils ne remplissent pas les critères de conformité à l'exercice du métier. De tels prétextes sont à l'origine du harcèlement et des persécutions systématiques que subissent certains soldats, que la peur oblige à taire leur orientation sexuelle.

Le projet de Bill Clinton terrorise la *Family Research Council* (FRC) et, en particulier, son président Gary Bauer mais aussi plus largement la droite religieuse et les organisations fondamentalistes qui cherchent à détériorer le climat social en menant une guerre sans merci

---

[406] BELKIN, Aaron & BATEMAN, Geoffrey. *Don't Ask, Don't Tell: Debating the Gay Ban in the Military*. Boulder (CO): Lynne Rienner Pub. 2003. p.3.

[407] Depuis l'élection présidentielle de 2000, les États rouges sont acquis au Parti républicain, les États bleus votent pour le Parti démocrate. Les États pivots (*swing states*) peuvent basculer d'un parti à un autre.

[408] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.xviii.

[409] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.xi.

[410] « [Ils sont] fondés sur des croyances religieuses arrêtées, sur le folklore et sur des stéréotypes. De telles attitudes sont liées à l'image [...] héroïque de l'hétérosexuel fort et viril ainsi que sur l'image [...] dégénérée de l'homosexuel impuissant, faible et efféminé. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.36.

contre les homosexuels dans le but de les faire disparaître. Sur l'autorisation accordée aux homosexuels de servir dans l'armée, Bauer déclare :

> Sans cette interdiction, les jeunes Américains et les jeunes Américaines en service seront forcés de partager leurs baraquements et leurs douches avec des homosexuels... Les familles militaires avec enfants devront vivre en face de couples ouvertement homosexuels dans les logements 'familiaux' des bases, et devront rivaliser avec des homosexuels bourrés de médicaments[411].

Bauer reprend à son compte le mythe de l'homosexuel prédateur, dopé, impulsif, dangereux pour la stabilité du groupe et incapable de s'adapter et de s'intégrer. De cette façon, il montre que les soldats seraient exposés au risque d'agressions sexuelles et qu'il serait préférable d'instaurer la ségrégation liée à l'orientation sexuelle. Paul Cameron de la *Family Research Institute* (FRI) écrit que « si les homosexuels sont autorisés à servir dans l'armée, ils recruteront dans les douches, auront des relations sexuelles dans les baraquements[412] ». Cette propagande incitant au rejet des homosexuels a pour seul objectif de faire diversion pour masquer l'hostilité de Cameron à l'égard de tout projet d'intégration et d'acceptation des homosexuels dans l'armée ou dans la société. Ces déclarations hostiles, de la part de véritables guerriers engagés pour la défense de la Bible, entretiennent un climat anxiogène destiné à susciter la colère d'un auditoire acquis à leur lutte. L'homosexualité reste une condition pathologique proscrite par les codes de la morale religieuse qui n'appelle à aucune forme de reconnaissance et de tolérance.

Cependant le rapport de 1988 s'inscrit dans un processus d'accès à la citoyenneté des homosexuels destiné à rompre avec des éléments de langage normatifs qui impliquent que leur comportement puisse affecter la qualité de leur travail. Pour Belkin et Bateman, il existe un lien entre les questions du mariage homosexuel et de l'autorisation accordée aux soldats d'être ouvertement homosexuels dans l'armée car elles s'intègrent au combat pour la pleine égalité des droits et de l'inclusion de cette minorité dans la société et ce dès les années 1990 avec le jugement rendu dans l'affaire *Baehr* : « In addition to the right to marry, own property, and enter into contracts, military service has been a fundamental marker of citizenship throughout history[413]. » Alors que l'armée américaine reste au début des années 2010 le plus gros employeur du monde avec un peu plus de trois millions de salariés, la discrimination à l'égard des soldats homosexuels peut poser la question de leur employabilité, leur efficacité et leur fiabilité dans le secteur privé.

---

[411] Cité dans FOUREST Caroline. *Foi contre choix : la droite religieuse et le mouvement pro-life aux Etats-Unis*. Paris: Golias ed. 2001. p.156.

[412] SCHLATTER, Evelyn. "18 Anti-Gay Groups and their Propaganda". *Southern Poverty Law Center*. November 4, 2010. Consulté le 5 février 2016 : [https://www.splcenter.org/fighting-hate/intelligence-report/2010/18-anti-gay-groups-and-their-propaganda]

[413] « En plus du droit au mariage, à la propriété et à conclure des contrats, le service militaire a été un marqueur fondamental de citoyenneté à travers l'histoire. »
BELKIN, Aaron & BATEMAN, Geoffrey, op.cit., p.3

En effet, la réglementation de 1982 du ministère de la Défense affirme également que le recrutement d'agents ouvertement homosexuels pose des problèmes liés au rapport à la hiérarchie et à l'autorité, à l'exécution de missions exigeantes et pénibles, à la confiance et leur assurance au sein d'un groupe[414]. Toutes ces mises en garde, qui ne sont pas justifiées par les faits, font justement l'objet de vérifications approfondies dans le rapport de 1988 qui, dès l'introduction, signale que la référence à l'homosexualité en tant qu'une « préférence sexuelle » est erronée et trompeuse. En effet, elle sous-entend que les homosexuels font le choix personnel et assumé d'un mode de vie ou d'un comportement dégradant. Les deux experts du PERSEREC soutiennent pour leur part que cette attirance pour le même sexe est innée c'est-à-dire liée à des facteurs biologiques. Ils proposent l'utilisation du terme d'orientation sexuelle ou de statut sexuel pour classifier des modes d'attirance qui tous font partie de la sexualité humaine[415]. Cette nouvelle recommandation est une évolution notoire puisqu'elle mettrait fin à l'utilisation excessive du terme de « comportement homosexuel » qui sous-entend un écart de conduite ainsi que des erreurs de jugement de la part des individus, de ce fait invités à prendre conscience de la gravité de leurs actes.

Les experts s'appuient également sur des décisions de justice depuis le début des années 1970[416] pour montrer que la sexualité d'un individu est constitutionnellement protégée par l'égale protection des lois. Lorsque celle-ci n'a jamais affecté la qualité du travail réalisé, l'homosexualité ne saurait représenter à elle seule un motif raisonnable de licenciement ou de faute grave comportant un risque pour la sécurité nationale. En 1987, un tribunal fédéral du district de San Francisco estime que l'instabilité émotionnelle des homosexuels ne peut légitimement expliquer qu'ils soient systématiquement un objet de chantage comme le prétend le ministère de la Défense pour, en fait, les exclure ou les empêcher d'avoir accès à des informations classées secrètes[417]. C'est en août 1995 que Clinton promulgue le décret 12968 qui met fin aux suspicions, notamment sous Eisenhower, qui font des fonctionnaires homosexuels une menace à la sécurité du pays car leur homosexualité pourrait faire l'objet de chantage ou d'instrumentalisation : « The United States Government does not discriminate on the basis of race, color, religion, sex, national origin, disability, or sexual orientation in granting access to classified information[418]. » Ce décret est une

---

[414] Extrait de la directive 1332.14 du département de la Défense, 28 janvier 1982.
[415] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.8.
[416] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.9-12.
[417] *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office* (1987).
[418] « Le gouvernement des États-Unis ne discrimine pas sur la base de la race, la couleur, la religion, le sexe, l'origine nationale, du handicap ou de l'orientation sexuelle en autorisant l'accès à des informations classées secrètes. »
President Bill Clinton. Presidential Executive Order 12968. *Access to Classified Information*. August 2, 1995. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1995-08-07/pdf/95-19654.pdf]

manière de signifier que les agents homosexuels sont parfaitement capables d'agir de façon éthique et responsable pour ne pas compromettre la sécurité nationale. La décriminalisation de leur sexualité et, en particulier, l'abrogation des lois contre la sodomie ont aussi pour objectif de faire évoluer les mentalités vers davantage de tolérance voire d'indifférence, limitant ainsi la portée de jugements désapprobateurs au sein des institutions. À la fin des années 1970, de nombreuses entreprises, parmi les plus influentes du pays, mais aussi les universités, les municipalités s'inscrivent dans une démarche progressiste de manière à garantir l'égalité des chances aux salariés homosexuels. Dans l'État de Californie, l'hétérosexualité n'est plus une exigence de qualification professionnelle dans le recrutement des officiers de police[419]. Contrairement aux idées reçues, les auteurs du rapport affirment que cette modification n'a pas entraîné une augmentation significative du nombre de délits sexuels ou d'actes homosexuels dans le cadre de la sphère privée[420]. Cette évolution est le résultat d'un changement profond dans les mœurs lié à une meilleure prise en compte d'un certain nombre d'études scientifiques sur la sexualité humaine et l'homosexualité, qui proposaient une grille de lecture bien différente du recours systématique à la condamnation morale de certaines pratiques sexuelles[421]. Néanmoins, ne peut-on pas envisager que le recrutement de policiers eux-mêmes homosexuels puisse expliquer que le nombre d'actes homosexuels n'ait pas augmenté parce qu'ils ne les auraient pas signalés ?

Ces déviances restent, en fait, l'objet de nombreuses contestations car elles sont contraires à la morale judéo-chrétienne qui continue d'influencer les pratiques professionnelles de l'administration fédérale. Selon les spécialistes, cette construction idéologique, fondée sur des classifications associées à des jugements de valeur prescriptifs, s'inscrit dans le respect historique des traditions morales et leur stricte application par le contrôle du pouvoir politique. Cependant, ces pratiques sont dignes d'un autre temps et contraires aux principes de la démocratie : « In modern times, rules are constructed through consensus or legislation, and in the case of democracies, rules favoring the majority are tempered so that rights of minorities are not obliterated[422]. » Dès la fin des années 1980, les auteurs du rapport mettent en garde les autorités contre une politique qui ne s'adresserait qu'à la majorité et qui diviserait le peuple en mettant les

---

[419] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.11.
[420] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.12.
[421] Parmi les plus importantes : les études de Richard von Kraft-Ebing et d'Havelock Ellis montrent que l'homosexualité serait une condition innée. Sigmund Freud avance un développement psychosocial défectueux. Les statistiques utilisées par Alfred Kinsey lui ont permis d'affirmer que la sexualité humaine était soumise à des aléas et des fluctuations.
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.7.
[422] « De nos jours, les règles sont construites à partir d'un consensus ou de la législation et dans le cas des démocraties, les règles favorisant la majorité sont restreintes afin que les droits des minorités ne soient pas écrasés. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.18.

minorités à l'écart du pays. Ils décrivent les symptômes à venir d'une démocratie en panne qui ne permettra pas aux minorités de s'accomplir, terrorisées par une majorité tyrannique qui ne souhaite qu'imposer sa conception de la « bonne vie » en maintenant une classe de sujets inférieurs. C'est là aussi une manière de rappeler l'importance de la Déclaration des droits qui fixe les libertés fondamentales de tous les citoyens mais aussi de souligner que ces libertés restent à déterminer et à confirmer par les législateurs ou les juges pour la minorité homosexuelle du pays.

Dans le cadre de cette guerre culturelle, cette construction idéologique contre l'homosexualité s'illustre dans quatre domaines bien distincts afin de véritablement empêcher toute forme de progrès en faveur de cette minorité : la morale religieuse et la représentation dichotomique de l'humanité divisée entre le bien et le mal, la criminalisation du comportement homosexuel par le recours à la loi, la désignation de l'homosexualité en tant que maladie et enfin le recours à des pratiques médicales traumatisantes sur un groupe minoritaire rabaissé également par des stratégies de diabolisation[423]. Ce dernier domaine a favorisé une véritable prise de conscience collective que leur sexualité était l'objet d'une instrumentalisation destinée à les maintenir dans un rang inférieur et leur interdire toute protection et reconnaissance par le droit.

L'idée d'infériorisier des homosexuels est d'abord alimentée par des discours et principes religieux puisés dans la Bible ainsi que ses interprétations subjectives et austères qui font de la femme un être inférieur et soumis au sein d'un modèle de société fondé sur le concept de patriarcat : « When a man adopts the female role in a sexual relationship, he gives up his masculinity for the inferiority that is associated with being a woman[424] ». Les homosexuels sont ainsi dépouillés de leur masculinité et de leur virilité, ce qui les rend inaptes à exercer dans l'armée. Ce serait donc le choix fait par ses hommes d'être homosexuels qui les rendrait inférieurs et expliquerait qu'ils soient les victimes d'insultes et de harcèlement. Le refus des homosexuels de respecter les règles établies par certaines Églises, qualifiant l'homosexualité d'abomination et de péché contre nature, notamment parce qu'elle ne fait pas de la procréation le but de la sexualité, est interprété comme une incapacité de ces derniers à se conformer à une quelconque réglementation. Les homosexuels se placeraient ainsi volontairement en dehors d'un mode de vie standardisé par la norme religieuse, ce qui justifierait le recours à un vocabulaire péjoratif pour éviter un processus de normalisation de l'homosexualité dans la culture américaine.

Le recours au législatif est donc rendu nécessaire pour permettre aux Églises de garder le

---

[423] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.17-24.

[424] « Quand un homme adopte le rôle d'une femme lors d'une relation sexuelle, il abandonne sa masculinité pour l'infériorité associée à celle d'une femme. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.18.

contrôle sur la sexualité, notamment dans l'armée engagée également dans un combat contre un axe maléfique. La sodomie, la prostitution et la bigamie sont proscrites par le *General Article* du *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) parfois appelé « the Devil's Article[425] ». L'adultère reste un crime passible de la cour martiale même si cette pratique reste difficilement condamnable sur le plan juridique car la clause 3 stipule que même si l'adultère est avéré, il faut que le délit ait gravement nui à l'ordre et à la discipline du groupe ou à l'image de l'armée[426]. Au niveau législatif, ces « déviances sexuelles » ne sont pas décrites comme des péchés mais bien comme des crimes contre nature, ce qui pour les auteurs du rapport est le signe d'un processus de sécularisation de la morale qui justifie des condamnations à des amendes voire des peines de prison. La répression a ainsi pour objectif de réparer des atteintes à la nature, érigée en véritable victime, mais utilisée également comme une stratégie pour sacraliser l'hétérosexualité et encadrer ainsi la sexualité. Pour les experts, la référence à la nature n'a aucune légitimité scientifique et ne sert qu'à faire interdire toutes les pratiques sexuelles non procréatives jugées déviantes et contraires à la morale religieuse[427].

Ceux qui condamnent l'homosexualité peuvent aussi compter sur les approximations scientifiques de certains médecins mais également de moralistes et législateurs du XIXe siècle pour maintenir sa classification comme maladie mentale afin de justifier des traitements en psychiatrie et des thérapies de réorientation sexuelle. Pourtant, dès 1935, Freud, dans un courrier adressé à une mère dont le fils est homosexuel, désapprouve la classification de l'homosexualité comme une maladie qu'on pourrait traiter pour assurer un retour permanent à l'hétérosexualité :

> L'homosexualité n'est évidemment pas un avantage, mais il n'y a là rien dont on doive avoir honte, ce n'est ni un vice, ni un avilissement et on ne saurait la qualifier de maladie ; nous la considérons comme une variation de la fonction sexuelle, produite par un arrêt spécifique dans le développement sexuel[428].

En se prononçant pour la dépénalisation de l'homosexualité, Freud reconnaît tout de même que l'homosexualité reste un handicap car elle est la cible d'un rejet pouvant faire obstacle à une intégration en société. En la considérant comme une altération normale de la fonction sexuelle, il soutient que les homosexuels ne souffrent d'aucune détérioration de leur faculté de jugement pouvant affecter leurs capacités professionnelles et ne représentent donc pas un danger pour eux-mêmes et autrui. Les déclassifications successives de la part de la Société américaine de

---

[425] « l'Article du Diable. »
United States Congress. *General Article (article 134,* § 934). In *Uniform Code of Military Justice*. August 10, 1956. [http://sapr.mil/public/docs/ucmj/UCMJ_Article134_General_Article.pdf], voir § 64, § 97, § 65.
[426] United States Congress. *General Article,* Article 134, § 62, loc. cit.
[427] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.21.
[428] Lettre de Freud à Mrs N. N..., 9 avril 1935. *Correspondance de Freud*, 1873-1939. Gallimard. 1967. p.461.

psychiatrie et de psychologie ouvrent la voie vers l'égalité des droits. En effet, ces sociétés savantes condamnent la discrimination à l'embauche car les homosexuels sont parfaitement capables de conserver une bonne santé mentale[429] et d'exceller dans leur domaine de compétence, quel qu'il soit.

Les homosexuels doivent entrer en résistance contre un mouvement désobligeant et désapprobateur à leur égard pour refuser un statut inférieur qui leur a été infligé arbitrairement et ce de manière punitive. En tant que groupe minoritaire, la communauté homosexuelle doit riposter contre les préjugés et, en particulier, les nombreux stéréotypes véhiculés par le courant dominant dont s'inspire le ministère de la Défense pour établir sa ligne politique en matière de conduite professionnelle et lui permettre d'entretenir ainsi l'image d'une armée solide et respectueuse des bonnes mœurs. Par stéréotype, les auteurs entendent : « […] exaggerations of social types that feature some unwanted conduct, style of speech, manner, or style that purportedly differs from the prototype of the majority[430]. » Les homosexuels ne sont donc pas jugés sur leur propre caractère et leurs compétences mais sur la représentation négative de la communauté homosexuelle. Les insultes proférées à leur encontre servent à renforcer leur infériorité, à les humilier pour leur enlever toute dignité et à mettre en avant leur féminité qui diminuerait leurs aptitudes. Sarbin et Karols s'attachent donc à identifier les références religieuses qui ont servi de base à la mise en place d'un dispositif réglementaire contraignant pour permettre à l'armée de traiter des affaires disciplinaires ou d'actes criminels relevant de la cour martiale. *The Manual for Courts-Martial* est un guide de référence rédigé et approuvé par décret à l'intention de la justice militaire. Celui de 1984, approuvé par le président Reagan, contient de très nombreuses références à la Bible, ce qui tend à prouver qu'au plus haut sommet de l'État, la religion reste un important pourvoyeur de principes moraux pour qui veut exercer l'autorité morale dans le pays[431]. L'homosexualité n'est pas directement ciblée mais associée à deux crimes contre nature comme la sodomie et l'indécence[432]. La sodomie est un délit car elle correspond à un « coït charnel contre nature[433] » et est proscrite pour protéger les éventuelles victimes de viol et les jeunes de moins de seize ans. En revanche, les contours de ce qui constitue une indécence restent pour le moins abstraits et confus. Elle se définit comme : « […] that form of immorality relating to sexual impurity which is not only grossly

---

[429] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.22-23.

[430] « […] des exagérations de type social qui caractérisent un certain comportement non souhaité, une façon de parler, une attitude, un style qui diffère prétendument du prototype de la majorité. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.22.

[431] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.26.

[432] President Ronald Reagan. "Manual for Courts-Martial". Executive Order 12473. April 13, 1984. [https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/manual-1984.pdf]

[433] President Ronald Reagan. "Manual for Courts-Martial", ibid., p. IV-90.

vulgar, obscene, and repugnant to common propriety, but tends to excite lust and deprave the morals with respect to sexual relations[434]. » Pour Sarbin et Karols, les références à l'immoralité, à l'impureté, à l'obscénité, à la corruption des mœurs et à des actes contre nature sont des emprunts à la Bible. Rappelons que la luxure [*lust*] est un des sept péchés capitaux identifiés par la religion chrétienne, qui proscrit une recherche sans retenue du plaisir sexuel. Cependant, les spécialistes ne remettent pas en question la rigueur avec laquelle le gouvernement punit toute une série de comportements jugés contraires à la morale et à la loi. Ils contestent plutôt certaines règles qui n'ont eu finalement aucune efficacité, puisque les homosexuels ont souvent échappé aux contrôles et continuent de servir dans l'armée de manière exemplaire[435].

Plusieurs raisons expliquent cette situation. Tout d'abord, nombre de jeunes militaires intègrent l'armée sans savoir encore qu'ils sont homosexuels mais surtout une majorité d'entre eux ne présentent pas les signes comportementaux associés à l'homosexualité qui jouent le rôle de barrages filtrants pour exclure des éléments indésirables[436]. En fait, plusieurs études menées entre la fin des années 1970 et 1980 s'accordent pour dire que l'orientation sexuelle de nombreux militaires homosexuels, des deux sexes, n'a pas été détectée par leurs supérieurs. Michael Ruse, professeur de philosophie à l'université d'État de Floride, conclut qu'ils n'entrent pas dans les critères d'identification stéréotypés de l'homosexualité retenus par l'armée et continuent d'exercer parfaitement leur fonction sans être inquiétés par leur hiérarchie : « They do not get caught or prosecuted because they are discreet or lucky, or because authorities turn a blind eye[437]. » C'est le dernier point mentionné par Ruse qui attire toute l'attention des deux spécialistes du rapport PERSEREC. En effet, cette hypothèse, selon laquelle les autorités feraient preuve de bienveillance à l'égard de l'homosexualité avérée de leurs soldats, semble aller de pair avec une évolution favorable de l'opinion publique vis-à-vis de l'homosexualité au début des années 1990[438]. L'autre hypothèse avancée par les deux experts serait que les commandants font le choix de régler ces questions en interne afin d'éviter de mettre en place des procédures administratives lourdes de conséquences. Pour le philosophe, l'homosexualité, loin d'être une expression contre nature de la

---

[434] « […] cette forme d'immoralité par rapport à l'impureté sexuelle qui non seulement est extrêmement vulgaire, obscène et répugnante pour les convenances les plus élémentaires mais qui tend à stimuler la luxure et à corrompre les mœurs en ce qui concerne les relations sexuelles. »
President Ronald Reagan. "Manual for Courts-Martial", ibid., p. IV-131.
[435] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.28-29.
[436] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.32, p.37.
[437] « Ils ne se font pas prendre ou ne sont pas poursuivis en justice parce qu'ils sont discrets ou chanceux ou parce que les autorités ferment les yeux. »
RUSE, Michael. *Homosexuality: A Philosophical Inquiry*. Cité dans DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.29.
[438] FRANK, op.cit., p.85.

sexualité humaine, doit être affranchie de tout jugement moral désapprobateur. On doit cesser, par exemple, d'associer promiscuité sexuelle et homosexualité. L'infidélité, si elle peut être considérée comme une forme d'indécence, tout comme l'adultère[439], proscrit par le manuel, montrent que les hétérosexuels ne peuvent pas être exemptés de jugements réprobateurs sur leur sexualité. En définitive, l'orientation sexuelle ne peut pas servir de critère de recrutement objectif car il est utilisé pour discriminer les homosexuels. D'ailleurs des études portant sur l'évaluation du rendement des militaires homosexuels, hommes et femmes, confirment qu'ils peuvent parfaitement porter haut et fort les valeurs de l'armée telles que le respect de la discipline, l'intégrité et l'esprit de corps. L'homosexualité de ces personnels ne vient pas remettre en question leur loyauté ou leur sens du patriotisme puisqu'une étude de 1984, réalisée à partir de 1 456 témoignages d'anciens soldats, confirme que 80 % des personnels homosexuels ont obtenu une libération honorable à la fin de leur service[440]. Une autre étude, celle de McIntyre (1980), qui s'est intéressée à la nouvelle politique anti-discriminatoire pour recruter des homosexuels au sein des forces de police, sous l'autorité du département du shérif de San Francisco, révèle un taux de rendement supérieur à la moyenne et un taux de maintien dans les effectifs supérieur à celui des officiers non homosexuels[441]. Pour les experts, les résultats de cette étude indiquent une intégration réussie des officiers de police homosexuels qui représentent environ 10 % des effectifs du personnel[442]. Cette enquête doit encourager de nouvelles politiques managériales au sein des entreprises pour se positionner contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des employés. Cependant, ne souhaitant pas tomber non plus dans le triomphalisme, les auteurs du rapport prennent soin de préciser que même si elle est proscrite par le *Los Angeles Municipal Code*, la discrimination persiste notamment au sein du département de police à la lumière de l'affaire *Grobeson*. Cet ancien sergent de police, ouvertement homosexuel, avait engagé une bataille juridique, longue de vingt-cinq ans[443], contre son employeur, la ville de Los Angeles, pour des faits de harcèlement, d'insultes et de discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Ce n'est qu'en 2013 que l'affaire se règle par un accord financier à l'amiable[444].

Même si théoriquement la loi protège désormais les officiers de police homosexuels

---

[439] Article 134, § 62 du manuel, p. IV-111.
[440] HARRY, Joseph. *Homosexual Men and Women Who Have Served Their Country*. 1984. Cité dans DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.31.
[441] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.32.
[442] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.33.
[443] *Grobeson v. City of Los Angeles*
[444] HETHERMAN, Bill. "First openly gay LAPD officer settles 25-year battle with department". *Daily News*. February 28, 2013. Consulté le 12 février 2016 : [http://www.dailynews.com/article/ZZ/20130228/NEWS/130229343]

comme en Californie, les préjugés anti-homosexuels persistent au sein des forces armées et continuent de se manifester comme une résistance au changement des mentalités par des officiers récalcitrants et protecteurs d'une tradition hostile à l'homosexualité. Cette orientation sexuelle nuirait au cliché du combattant héroïque idéal qui prédomine chez les hommes : « […] men must be rugged, tough, and macho to achieve success in battle[445]. » De manière arbitraire et illégitime, ils considèrent que ces attributs ne sauraient s'appliquer aux soldats homosexuels alors que pourtant certaines femmes militaires peuvent correspondre à cette définition du bon soldat et que parmi les soldats les plus robustes et les plus rudes, certains peuvent être homosexuels[446]. Le major Randel Webb du corps des Marines rédige un courrier publié dans le *Navy Times* en 1988 pour défendre une conception traditionaliste du règlement de l'armée américaine, censée assurer la stabilité d'une institution et permettant de structurer les soldats. Selon lui, ces derniers ne peuvent prétendre servir l'armée en étant ouvertement homosexuels car cela tendrait à normaliser un comportement déviant pour lequel la plupart des gens éprouvent une répugnance qui transparaît sous la dérision et l'humour[447]. Cela revient à dire que ce cadre supérieur de l'armée cautionne les remarques désobligeantes que s'attirent habituellement les homosexuels. Il sous-entend que cette orientation sexuelle suscite de nombreuses railleries et tensions au sein des forces armées, ce qui déstabiliserait l'ordre, la discipline ainsi que la réussite des missions. Il affirme même que les homosexuels sont l'objet de harcèlement et de discrimination justement parce qu'ils appartiennent aussi à un groupuscule radical. Celui-ci tenterait de promouvoir un comportement sexuel tout en portant ses revendications au niveau politique mais aussi au sein de l'armée, ce qui aurait pour effet de semer la confusion et le désordre parmi les troupes : « There are also real problems like homosexuals demanding recognition of their marriages and thus base housing and basic allowance for quarters (BAQ) at the married rate[448]. » Webb ne peut accepter que ces couples homosexuels puissent avoir une vie de famille similaire à celle des couples hétérosexuels et prétendre avoir droit aux mêmes indemnités alors qu'ils ont volontairement fait le choix d'une préférence sexuelle qui suscite peur et indignation. Il condamne au placard et à l'ignorance des individus qui vivent, selon lui, de manière « répugnante » tout en réaffirmant le mythe de l'homosexuel militant qui

---

[445] « […] les hommes doivent être robustes, rudes et machos pour remporter une bataille. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.33.
[446] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.34.
[447] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.34.
[448] « Il y a aussi de vrais problèmes, comme lorsque les homosexuels exigent la reconnaissance de leur mariage pour que s'applique le taux accordé aux époux pour le logement ainsi que l'allocation logement de base. » Cette indemnité, désormais appelée *Basic Allowance for Housing* (BAH), permet aux militaires et à leur famille d'occuper un logement situé en dehors des casernes.
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.34.

promeut la mort comme mode de vie[449]. Pour Webb, l'autorisation de l'homosexualité, créant un effet d'aubaine, inciterait à de nouvelles revendications partisanes qui sèmeraient le chaos dans l'armée américaine : « What the armed services do not need is another political body within itself to create dissension[450]. » En invoquant une menace de cette nature, Webb présuppose que les homosexuels sont incapables de se soumettre au respect des décisions hiérarchiques et agissent comme une force syndicale contestatrice incontrôlable. La lettre de Webb est donc un véritable plaidoyer en faveur du maintien de pratiques discriminatoires au sein de l'armée, justifiées par le motif impérieux d'intérêt général que serait la sécurité nationale du pays et la protection des populations.

Il faut préciser également que la crise du SIDA a renforcé l'animosité et la peur à l'égard des homosexuels car la maladie est considérée comme la « peste homosexuelle » au début des années 1980[451] et toute tentative d'ouverture sur la question des soldats homosexuels aurait laissé planer une certaine anxiété quant à un éventuel risque de contamination au sein même des forces armées. Tous les personnels séropositifs sont renvoyés seulement à partir du moment où leur état de santé vient entraver la réalisation de leur mission tandis que les candidatures de nouvelles recrues séropositives sont systématiquement rejetées. Pour les deux experts du rapport PERSEREC, il existe une contradiction dans la politique adoptée à l'égard du SIDA par le ministère de la Défense qui a mis en place un traitement discriminatoire, puisque la maladie n'est pas immédiatement débilitante voire invalidante. Dans tous les cas, en faisant le choix de ne pas recruter de soldats séropositifs, l'armée s'affranchit de l'obligation de mettre en place toute procédure contraignante de suivi médical à destination de ces éventuelles recrues. Dans le cadre du SIDA, les experts s'accordent pour dire que la prise en compte de l'orientation sexuelle n'a plus d'importance puisque toutes les nouvelles recrues ont l'obligation d'être en parfait état de santé et de n'avoir aucune affection préexistante. Cette directive se confirme au début des années 2010, sous l'autorité du président Obama, dans le cadre de la stratégie mise en place à l'échelle nationale contre le VIH/SIDA avec la réglementation 6485.1 du ministère de la Défense[452]. Celle-ci confirme l'inéligibilité des candidats porteurs du VIH et rappelle que tous les personnels sont soumis à un test de dépistage obligatoire tous les deux ans. Les personnels séropositifs sont

---

[449] Pour l'organisation d'Anita Bryant, *Protect America's Children* : « Homosexuality is [...] a deathstyle [...], it would destroy every nation and civilization in existence. » "Basic Truths About Homosexuality".

[450] « Ce dont les services de l'armée n'ont pas besoin, c'est la présence d'un autre organisme politique en son sein pour susciter des dissensions. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.34.

[451] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.37.

[452] Department of Defense. *Human Immunodeficiency Virus (HIV) in Military Service Members*: Instruction 6485.01. June 7, 2013. Consulté le 13 février 2016 : [http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/648501p.pdf]

appelés à la plus grande vigilance pour éviter tout risque de contamination d'autres individus[453]. On constate cependant que les préjugés à l'égard des homosexuels sont infondés car la crise du SIDA a permis de mettre en évidence que les hétérosexuels sont aussi susceptibles d'avoir des pratiques sexuelles à risque que les homosexuels. De même, ils peuvent faire le choix d'une sexualité responsable dans des espaces intimes appropriés et respectueuse des zones de confort de chacun[454].

Pour les auteurs du rapport PERSEREC, la persistance de l'homophobie au sein des forces armées s'explique par le besoin qu'ont certains hommes de prouver leur virilité non seulement aux autres mais aussi à eux-mêmes : « Overt acts of discrimination become the means of publicly convincing others and privately convincing himself of his highly valued masculinity[455]. » Selon George Weinberg, psychologue américain à l'origine du terme « homophobie », c'est là une manière pour eux d'asseoir la fierté et la force de leur masculinité[456] de façon autoritaire, sans aucune considération pour autrui, dont la différence est dénigrée et brocardée. Cette homophobie serait l'expression d'un refoulement et d'un mal-être intérieur qui servirait d'exutoire en faisant subir cette même détresse psychologique aux boucs émissaires de la société. Plus largement, il est essentiel pour les experts de remettre en cause les représentations artificielles d'actes ou de comportements sociaux qui n'admettent que des classifications binaires autour de ce qui est ordinaire ou différent et de ce qui est légal ou illégal. Selon eux, les récentes avancées en matière d'intégration des minorités, comme celle des femmes ou des Afro-Américains[457] par exemple, ont prouvé que ces schémas binaires sont subjectifs et n'ont pas vocation à se maintenir de manière permanente. L'armée doit donc prendre toute sa part de responsabilité en s'inscrivant dans une dynamique liée au changement des mentalités qui puisse intégrer la minorité homosexuelle et combattre la stigmatisation qui lui est attachée. Au lieu de cela, plusieurs notes de service du ministère de la Défense ordonnent au groupe de recherche de reconsidérer les résultats de cette étude de manière à ce que l'homosexualité reste incompatible avec l'exercice de toute fonction dans l'armée[458]. Studds rapporte même que le Pentagone a tenté de décrédibiliser le laboratoire de

---

[453] Préconisation formulée dans un courrier du ministère de la Défense adressé le 8 février 2011 au bureau de la politique nationale du SIDA à la Maison Blanche. Consulté le 13 février 2016 :
[https://www.aids.gov/federal-resources/national-hiv-aids-strategy/nhas-operational-plan-dod.pdf]

[454] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, op.cit., p.37.

[455] « Des actes manifestes de discrimination deviennent le moyen de convaincre publiquement les autres et de se convaincre soi-même en son for intérieur de sa grande virilité. »
DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.36.

[456] WEINBERG, George. *Society and the healthy homosexual*. Cité dans DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.37.

[457] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.39.

[458] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.101.

recherche PERSEREC en affirmant aux médias que celui-ci n'avait aucun lien avec la Défense. Pendant cette courte polémique, c'est un deuxième rapport portant sur la pertinence du recrutement de soldats homosexuels qui reste dans les fonds de tiroir du laboratoire PERSEREC. On y apprend notamment que les soldats homosexuels libérés de leurs obligations à cause de leur orientation sexuelle ne souffrent pas d'instabilité ou d'inadaptation. Au contraire, ces soldats n'ont pas été davantage exposés à des difficultés concernant la discipline dans le domaine scolaire ou mêlés à des procédures pour des faits criminels, pour des délits liés à la consommation d'alcool ou de drogue. Ils ont même obtenu de bien meilleurs résultats sur le plan cognitif que les hétérosexuels[459].

En 1993, l'annonce de la signature d'un compromis entre le président Clinton et le Congrès est un véritable coup de semonce pour les organisations homosexuelles. Intitulé *Don't Ask, Don't Tell* (DADT), cette loi doit, en fin de compte, répondre à la question du harcèlement et de la violence envers les militaires homosexuels. En effet, l'assassinat d'Allen Schindler, opérateur radio pour la US Navy, le 27 octobre 1992, par deux de ses collègues à cause de son homosexualité ainsi que la féroce opposition conduite par les officiers supérieurs hostiles au projet présidentiel de Bill Clinton parviennent à faire reculer le président fraîchement élu. Cette situation tend à confirmer les propos de Belkin et Bateman qui affirment que l'armée n'est pas un environnement hospitalier et ouvert aux homosexuels mais surtout que les autorités sont incapables de lutter contre l'homophobie : « As much as leaders might try, there is nothing they can do to prevent other soldiers from being harassed or even beaten to death if their peers perceive them to be gay[460]. » Ce sont deux prises de position diamétralement opposées qui vont mettre Clinton en difficulté. Pour les officiers supérieurs, les meurtres d'agents homosexuels sont la preuve irréfutable qu'il est nécessaire d'interdire à ces individus de déclarer ouvertement leur homosexualité. Pour les défenseurs des droits des homosexuels, la criminalisation de l'homosexualité et les discours véhiculant une série de stéréotypes hostiles à leur égard doivent être combattus par un président qui leur a promis tout son soutien dans leur combat. Le 26 janvier, Clinton convoque à la Maison Blanche des hauts responsables de l'armée pour tenter de trouver une solution à ce qui s'annonce comme une crise dans les rangs de l'armée américaine. Accusé de n'avoir aucune expérience dans le domaine de la défense et de ne pas avoir engagé de véritables négociations sur la question de l'homosexualité dans l'armée, Clinton se retrouve isolé et acculé

---

[459] DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry, ibid., p.132.

[460] « Les leaders auront beau tenter d'essayer, il n'y a rien qu'ils puissent faire pour empêcher d'autres soldats d'être harcelés voire d'être battus à mort si leurs pairs se rendent compte qu'ils sont homosexuels. »
BELKIN, Aaron & BATEMAN, Geoffrey, op.cit., p.2.

face à l'hostilité que rencontre sa proposition. Le président des chefs d'état-major inter-armées, qui n'est autre que le général Colin Powell, débute cette rencontre tendue en faisant part des nombreuses inquiétudes des chefs d'état-major sur le devenir des méthodes de recrutement, de la discipline, du moral et de la cohésion des troupes mais aussi de l'intimité des personnels et de la propagation du SIDA[461]. Ce qui les inquiète particulièrement, c'est qu'en permettant que l'homosexualité puisse s'exprimer librement, on en fasse l'objet d'agressions physiques et verbales non pas dans le cadre des missions mais surtout en dehors des heures de travail, en l'absence d'espace favorable à l'intimité des personnels. Les officiers évoquent de possibles tensions sexuelles ainsi qu'une anxiété néfastes au travail en équipe et à l'efficacité des personnels[462]. C'est sur ce même point que Powell donne raison aux chefs d'état-major en exigeant que, pour des raisons de sécurité et d'absence d'intimité liée aux restrictions de certaines libertés, les soldats homosexuels accomplissent un énième sacrifice en ne dévoilant pas leur orientation sexuelle. Celle-ci reste un défaut contraire aux valeurs portées par la nation engagée dans des opérations de force. Powell est clairement hostile au projet de Clinton et le fait savoir en s'engageant personnellement dans une campagne contre l'expression de l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle : « Skin color is a benign, nonbehavioral characteristic. Sexual orientation is perhaps the most profound of human behavioral characteristics. Comparison of the two is a convenient but invalid argument[463]. » Pour Powell, l'homosexualité reste un choix, un comportement contre nature qui peut heurter la sensibilité et les convictions morales de certains Américains. De fait, il refuse d'admettre que le combat pour l'intégration des soldats noirs soit comparé à celui des soldats homosexuels, comme si ces derniers l'avaient instrumentalisé pour servir leur cause. Le projet de décret du président Clinton ne peut puiser aucune légitimité dans celui, pris en 1948 par le président Truman, qui interdisait la discrimination raciale dans les forces armées[464].

La réunion de travail à la Maison Blanche semble surtout porter sur la préservation des traditions de l'armée, présentée comme une vieille institution agressée par la menace de soldats qui serviraient leur pays en étant ouvertement homosexuels. D'après le *New York Times*, les cadres de l'armée entendent aussi protéger tout un système de persécution de l'homosexualité qui repose sur

---

[461] SCHMITT, Eric. "Military Cites Wide Range of Reasons for Its Gay Ban". *The New York Times*. January 27, 1993. Article consulté le 14 février 2016 : [http://www.nytimes.com/1993/01/27/us/military-cites-wide-range-of-reasons-for-its-gay-ban.html]

[462] SCHMITT, Eric, loc. cit.

[463] « La couleur de peau est une caractéristique bénigne qui n'a aucun rapport avec le comportement. L'orientation sexuelle est peut-être la caractéristique du comportement humain la plus profonde. La comparaison entre les deux est un argument pratique mais erroné. »
POWELL, Colin. *My American Journey*. New York : Ballantine Books. 2003. p.533.

[464] Décret 9981 mettant fin également à la ségrégation, 26 juillet 1948.

les stéréotypes présentés dans le rapport PERSEREC. Certains officiers de marine souhaitent même la dissolution de leur propre corps d'armée plutôt que soit « diffamé » l'emblème du corps des Marines et que leur uniforme se retrouve souillé par cette ouverture en faveur des soldats homosexuels, présentée comme une marque d'infamie. Le commandant Craig Quigley évoque une notion qui à ses yeux est évidente : la promiscuité sexuelle associée à l'homosexualité et la pulsion prédatrice des homosexuels pourraient entraîner de nombreuses tensions notamment sous les douches : « […] heterosexuals who showered with gay men would have an 'uncomfortable feeling of someone watching.'[465] » Ses propos ne semblent pas accréditer la thèse selon laquelle les chefs d'état-major souhaitent protéger l'orientation sexuelle des homosexuels, puisqu'ils s'inscrivent parfaitement dans une tradition qui consiste à alimenter une image négative et dangereuse des homosexuels. Comme le rappelle Thomas Stoddard, ancien cadre de l'organisation *Lambda Legal*, il est difficile de combattre des préjugés auxquels on croit soi-même, sans compter les efforts considérables que cela nécessite pour véritablement changer le regard des soldats sur l'homosexualité en général. En définitive, « choyer les individus sectaires[466] » revient à faire le choix de la lâcheté et de la facilité quand bien même l'interdiction actuelle de recruter des soldats homosexuels n'empêche pas des actes de barbarie à leur encontre. Stoddard plaide en faveur d'un plan ambitieux de formation et de sensibilisation afin de « porter à la connaissance des individus la base erronée et malhonnête sur laquelle reposent les préjugés[467]. » Par exemple, rallier ceux qui parmi les personnels avancent des motifs religieux les plus sectaires pour faire barrage au recrutement de soldats homosexuels : « The Bible has a very clear and specific message towards homosexuals—'Those that practice such things are worthy of death,'[468] ». Cette référence au Lévitique ne convainc pas Powell qui objecte que, lorsque la loi s'applique et qu'elle va à l'encontre des convictions morales des personnels, alors ces derniers doivent envisager de démissionner. C'est là une manière de rappeler que le droit ne saurait se soumettre à aucune forme d'accommodement pour servir les intérêts religieux des uns et des autres. Toutefois, la loi, à elle seule, ne saurait suffire pour lutter contre ces prises de position hostiles à l'homosexualité. D'autres officiels brandissent la crainte d'un manque d'attractivité de l'armée pour les nouvelles recrues ainsi que l'inquiétude des familles qui voient leurs enfants servir leur pays au côté de

---

[465] « […] les hétérosexuels qui se doucheraient avec des hommes homosexuels "éprouveraient un sentiment de malaise comme si quelqu'un les regardait". »
SCHMITT, Eric, loc. cit.
[466] SCHMITT, Eric, loc. cit.
[467] SCHMITT, Eric, loc. cit.
[468] « La Bible adresse un message très clair et précis à l'égard des homosexuels — "Ceux qui s'adonnent à de telles pratiques méritent la mort," ».
Propos du sergent-major Mellinger dans un numéro du *Marine Corps Gazette*. Cités dans SCHMITT, Eric, loc. cit.

jeunes homosexuels. L'homosexualité constituerait un effet repoussoir et pourrait entraîner des difficultés de recrutement. Même si ces craintes ne sont confirmées par aucune étude, elles permettent de semer le trouble dans l'opinion publique sur le bon sens de ce projet porté par l'administration Clinton autour duquel gravitent de nombreuses peurs irrationnelles et notamment sanitaires : « [Homosexuals would] bring with them increased cases of anal herpes, AIDS and other sexually transmitted diseases that could strain military medical resources[469]. » Ce mythe des homosexuels vecteurs de maladies n'est, certes, pas partagé par le responsable du *Bureau of Medicine and Surgery* de la Marine mais démontre et confirme la nécessité de protéger les soldats homosexuels des préjudices qu'ils subissent à cause de leur orientation sexuelle.

Telle est la volonté du Parti démocrate, qui inscrit dans son programme électoral la protection des droits civiques des hommes homosexuels et des lesbiennes ainsi que la fin de la politique discriminatoire du ministère de la Défense[470]. C'est pourtant Powell qui va parvenir à mettre sur la table un compromis : les recrues ne sont plus tenues d'être hétérosexuelles au moment de s'engager mais, en contrepartie, ces nouveaux personnels doivent taire leur homosexualité pour faire honneur à l'uniforme. En 2010, Clinton explique alors dans un entretien pour *CBS* que la Chambre et le Sénat, majoritairement démocrates, ont l'intention de faire voter une « interdiction absolue » pour les homosexuels de servir dans l'armée à moins qu'il n'intervienne personnellement et ne propose une alternative à son projet de dépénalisation. L'ancien président tente donc de justifier une politique « qu'il n'a pas choisie » mais qui doit rester malgré tout une avancée pour les militaires homosexuels selon les promesses faites par Powell : « Gay service members would never get in trouble for going to gay bars, marching in gay rights parades as long as they weren't in uniform. That was what they were promised. That's a very different don't ask, don't tell than we got[471]. » Clinton avoue avoir été doublement trahi non seulement par Powell mais également par son propre camp politique. Le Parti démocrate en vendant une fausse promesse à la communauté homosexuelle a discrédité le président Clinton aux yeux des organisations pour la défense des droits des homosexuels et a aggravé la situation des militaires LGBT. En effet, une fois cette politique adoptée, de nombreux soldats homosexuels ont

---

[469] « Les homosexuels amèneraient une augmentation du nombre de cas d'herpès anal, de SIDA ou d'autres maladies sexuellement transmissibles qui pourraient mettre à rude épreuve les ressources médicales de l'armée. »
SCHMITT, Eric, loc. cit.

[470] 1992 Democratic Party Platform, loc. cit.

[471] « Les militaires gays n'auraient jamais aucun problème s'ils allaient dans des bars gays, défilaient dans des parades pour les droits des gays tant qu'ils ne portaient pas l'uniforme. C'était ce qu'on leur avait promis. C'est là une différence majeure par rapport au *don't ask, don't tell* que nous avons obtenu. »
FARBER, Dan. "Bill Clinton: Colin Powell Don't Ask, Don't Tell Policy Fell Short". *CBS News*. September 22, 2010. Consulté le 18 février 2016 : [http://www.cbsnews.com/news/bill-clinton-colin-powell-dont-ask-dont-tell-policy-fell-short/]

été congédiés (les révocations auraient quasiment doublé[472]) et le harcèlement se serait même intensifié à certains endroits[473]. La loi DADT apparaît véritablement comme un produit issu des guerres culturelles, mis en place par Charles Moskos, sociologue de l'armée américaine, dont l'objectif est de contrecarrer des forces idéologiques rivales dans le système des contre-pouvoirs qui ont fini par isoler et affaiblir l'exécutif.

L'objet de ce bien mince compromis se trouve dans la directive 1304.26 du ministère de la Défense qui prend effet seulement le 28 février 1994.

> A person's sexual orientation is considered a personal and private matter, and is not a bar to service entry or continued service unless manifested by homosexual conduct [...]. Applicants [...] shall not be asked or required to reveal whether they are heterosexual, homosexual or bisexual. Applicants also will not be asked or required to reveal whether they have engaged in homosexual conduct[474].

Elle doit « assouplir » les nombreuses restrictions déjà existantes dans la loi fédérale 103-160 qui rappelle que l'homosexualité reste malgré tout une orientation sexuelle inacceptable et contraire aux valeurs défendues par l'armée américaine[475]. La discrétion absolue des militaires homosexuels reste de mise. Ils ne doivent pas parler de leur vie personnelle, s'engager dans une éventuelle union homosexuelle sous la forme d'un mariage qui pourrait révéler leur comportement homosexuel et se voir ainsi contraints à la démission. Jody Feder, avocate spécialiste des questions législatives, révèle dans un rapport sur les implications légales de cette politique que les interrogatoires portant sur l'orientation sexuelle sont loin d'être proscrits malgré la directive 1304.26 qui laisse penser le contraire[476]. En effet une faille existe dans cette politique, puisque même si l'orientation sexuelle reste une affaire personnelle d'après la directive, l'homosexualité reste définie seulement du point de vue de la sexualité en tant que comportement sexuel déviant dans les deux textes. Un acte homosexuel est défini par la loi 103-160 comme :

---

[472] MARCHE, Groupe dominant et minorités sexuelles [...], op.cit., p.157.

[473] CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. "Gays in the Military". In *Culture Wars in America: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints, and Voices*. New York: M.E. Sharpe. p.838.

[474] « L'orientation sexuelle d'une personne est considérée comme une affaire personnelle et privée ; elle ne constitue pas un obstacle à l'embauche dans les forces armées et n'empêche pas une personne de continuer son service au sein de celles-ci à moins qu'elle ne se manifeste par des actes homosexuels [...]. Les candidats [...] ne seront pas questionnés sur leur orientation sexuelle et ne seront pas tenus de révéler s'ils sont hétérosexuels, homosexuels ou bisexuels ; il ne leur sera pas non plus demandé de révéler s'ils ont eu une conduite homosexuelle. »
Department of Defense. Directive 1304.26. *Qualification Standards for Enlistment, Appointment, and Induction*. Provisions related to homosexual conduct, E1.2.8.1. February 28, 1994.
[http://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/html2/d130426x.htm]

[475] United States Federal Law 103-160, 10 U.S.C., § 654. *Policy concerning homosexuality in the armed forces*. November 30, 1993. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partII-chap37-sec654.pdf]

[476] FEDER, Jody. "Don't Ask, Don't Tell: A Legal Analysis". Congressional Research Service. August 6, 2013. Rapport consulté le 18 février 2016 : [https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40795.pdf], p.4.

> (A) Any bodily contact, actively undertaken or passively permitted, between members of the same sex for the purpose of satisfying sexual desires ; (B) any bodily contact which a reasonable person would understand to demonstrate a propensity or intent to engage in an act described in subparagraph (A)[477].

La sexualité homosexuelle reste une infraction morale condamnable car elle est contraire aux intérêts des forces armées et comporte un risque de compromettre le moral, l'ordre, la discipline et la cohésion des équipes[478]. Cette loi fédérale est en fait bâtie autour d'un système à charges pour empêcher toute manifestation ou expression de cette orientation sexuelle, décrite comme anormale et qu'environ 65 000 militaires doivent dissimuler, voire refouler au quotidien dans un jeu de dupes : les militaires homosexuels doivent accepter de vivre dans le mensonge et de ne susciter aucune suspicion alors que dans le même temps l'armée continue de diligenter des enquêtes internes afin de limoger des militaires à cause de leur orientation sexuelle[479]. La loi sert davantage de bouclier pour protéger les « victimes » d'éventuels contacts corporels qui pourraient être interprétés comme une incitation à un acte homosexuel. Il est donc important pour le Congrès de rappeler au début du texte que servir dans l'armée américaine ne relève pas d'un droit constitutionnel comme pour mieux préciser qu'il ne reconnaîtra pas l'orientation sexuelle d'une minorité qui pourrait prétendre servir les intérêts de la nation à ce titre. De cette manière, cette loi ne peut être soumise à aucun contrôle de constitutionnalité et découragerait un certain nombre de recours contre *Don't Ask, Don't Tell*. Pourtant, deux militaires homosexuels, Timothy McVeigh et Margarett Witt obtiennent gain de cause auprès de la justice américaine pour investigations et licenciement abusifs de l'armée[480]. Le tribunal fédéral du district de Columbia donne raison à McVeigh qui a droit au respect de sa vie privée dans le cadre de communications virtuelles via internet : « Suggestions of sexual orientation in a private, anonymous email account did not give the Navy a sufficient reason to investigate to determine whether to commence discharge proceedings[481]. » La Cour estime que dans le cadre de la loi DADT l'armée a outrepassé ses droits en s'immisçant dans l'intimité de son officier de manière à constituer un dossier à charges qui permettrait de le congédier pour homosexualité. En effet, l'accusé n'a jamais révélé son orientation

---

[477] « (A) Tout contact corporel, activement initié ou passivement autorisé, entre membres du même sexe afin de satisfaire des désirs sexuels ; (B) tout contact corporel qu'une personne raisonnable considérerait comme révélateur d'une propension ou d'une intention à s'adonner à un acte décrit dans le sous-paragraphe (A). »
United States Federal Law 103-160, 10 U.S.C., § 654, op.cit., p.341.
[478] United States Federal Law 103-160, 10 U.S.C., § 654, ibid., p.341.
[479] CHAPMAN, Roger & CIMENT, James, op.cit., p.838.
[480] *McVeigh v. Cohen* (1998), Witt v. *Department of the Air Force* (2006)
[481] « Des soupçons d'orientation sexuelle suscités par un compte mail privé et anonyme ne constituaient pas une raison suffisante permettant à la Marine de lancer une enquête pour déterminer s'il fallait lancer une procédure de licenciement. »
United States District Court for the District of Columbia. *McVeigh v. Cohen*. 1998. [http://www.internetlibrary.com/pdf/McVeigh-Cohen-DDC.pdf]

sexuelle et son comportement n'a manifesté aucune intention, ni aucune propension à se livrer à des actes homosexuels, puisque la loi 103-160 l'interdit. Autrement dit, aucune menace avérée ne pèse sur le bon fonctionnement du service et ce gradé de la Marine n'a commis aucun délit sexuel dans le cadre de la loi. Pour le tribunal, la Marine a donc cherché à nuire à cet officier en se lançant dans une « mission de recherche et de destruction[482] » afin de mettre fin à sa carrière et à ses dix-sept ans de bons et loyaux services. Margarett Witt fait également les frais d'une véritable chasse aux sorcières. Alors qu'elle est à douze mois de prendre sa retraite après vingt ans de service, cette gradée de l'armée de l'air, fait l'objet durant l'été 2004 d'une enquête pour homosexualité qui la prive de ses avantages pécuniaires en tant que réserviste, de tout droit à l'avancement et à la retraite[483]. Ces supérieurs ont la certitude qu'elle est lesbienne et qu'elle se livre à des actes homosexuels. Celle-ci confirme à la justice être engagée dans une relation durable et vivre avec une autre femme dans une maison située à environ 400 km de la base aérienne où elle est affectée mais déclare n'avoir jamais dévoilé ces informations à sa hiérarchie en vertu des principes contenus dans la loi DADT. En apprenant qu'elle est l'objet d'une enquête, Witt se refuse à confirmer qu'elle est homosexuelle, comme l'affirme sa hiérarchie. La cour d'appel pour le 9e circuit s'appuie sur le jugement rendu dans l'affaire *Lawrence* (2003) afin d'apporter un nouvel éclairage constitutionnel qui permettrait à la Cour du district fédéral de Washington de déterminer si la loi DADT entrave les libertés fondamentales de Margarett Witt telles qu'elles sont définies par la décision de 2003 : le droit des homosexuels d'être protégé de toute intrusion intempestive d'un État fort pour contrôler leur activité sexuelle dans un espace privé. En d'autres termes, le recours à un examen strict de constitutionnalité exige que le gouvernement justifie un intérêt impérieux à discriminer Margarett Witt en précisant comment son orientation sexuelle menace les principes de discipline et de cohésion de groupe. Ce jugement a permis de mettre en évidence non seulement l'absence de pertinence des menaces présentées dans la loi 103-160 qui pèsent sur l'armée si l'homosexualité d'un militaire est révélée, mais surtout les abus exercés par certains officiers supérieurs pour se débarrasser d'employés exemplaires, qualifiés et parfaitement compétents[484]. Au total, 32 000 militaires ont été licenciés en raison de leur homosexualité depuis 1980 sans que l'abrogation de la loi en 2011 permette d'envisager une quelconque réintégration[485].

---

[482] United States District Court for the District of Columbia. *McVeigh v. Cohen*, op.cit., p.4.
[483] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Witt v. Department of the Air Force*. 2006. [http://www.lambdalegal.org/in-court/cases/witt-v-usaf], p.4.
[484] Au moment de l'affaire *Witt*, *Lambda Legal* rapporte que 14 000 militaires LGB ont été licenciés depuis l'adoption de la loi DADT.
[485] Department of Defense. *Report of the Comprehensive Review of the Issues Associated with a Repeal of "Don't Ask, Don't Tell"*. 2010. p.23. In Organization of American Historians Amicus Curiae. *Obergefell v. Hodges*, op.cit., p.34-35.

On comprend mieux que le troisième volet prévu dans cet accord, *Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue*, scellé entre le président et le sénateur démocrate, Sam Nunn, président du comité des forces armées du Sénat, ne soit finalement pas retenu.

Cette ligne idéologique, fondée uniquement sur la question de l'ordre et la discipline des troupes ne peut permettre de résoudre la question de la discrimination, du harcèlement[486] et de l'homophobie. En fait, le meurtre en 1999 de Barry Winchell, un soldat d'infanterie, va jouer un rôle clé pour mettre à mal une politique qui ne sert qu'à maintenir le statut inférieur des soldats homosexuels et à susciter leur rejet. L'enquête révèle que Winchell, qui entretient une relation avec une femme transsexuelle, est persiflé, insulté et maltraité par ses camarades sans qu'à aucun moment ses supérieurs n'interviennent pour y mettre un terme. Ces derniers font l'objet d'une enquête interne pour déterminer s'ils avaient alimenté une culture homophobe, enquête qui en fin de compte les a lavés de tout soupçon. La loi DADT permet de protéger les bourreaux, de maintenir l'omerta dans l'armée tandis que des militaires homosexuels n'osent pas révéler qu'ils sont la cible de harcèlement de peur d'être congédiés[487]. À l'approche de l'élection présidentielle de 2000, la loi DADT devient un enjeu politique et électoral pour chaque parti majoritaire. Du côté des démocrates, le président, la première dame, Hillary Clinton, ainsi que le vice-président reconnaissent l'échec de cette politique tandis que les candidats à la primaire se prononcent pour une abrogation de la loi[488]. Bill Clinton, dans une déclaration à la suite du décès de Barry Winchell, estime que cette politique est désormais « hors de contrôle » tandis que Bernard Rostker, le sous-secrétaire à la Défense, conteste cette qualification : « I think the policy is working reasonably well to provide a degree of safety for gays in uniform. [...]. The days of witch hunts, the days of stakeouts, are really gone[489]. » Même si Rostker reconnaît les efforts accomplis dans le domaine de la diminution de la persécution des homosexuels, il propose un plan de formation qui viendrait renforcer l'efficacité de la loi DADT. Son objectif est de lutter contre la banalisation de « comportements anti-homosexuels », pour ne pas dire homophobes, qui persistent de manière latente au sein des forces armées[490]. George W. Bush, au contraire, déclare avec

---

[486] 120 % d'augmentation du nombre d'affaires enregistrées pour harcèlement à la suite de la mise en place de la loi DADT, selon l'organisation *Servicemembers Legal Defense Network* (SLDN).
STANFORD, Anthony. *Homophobia in the Black Church: How Faith, Politics, and Fear Divide the Black Community*. ABC-Clio: Santa Barbara. 2013. p.141.

[487] BURNS, Robert. "Military Gay Policy Defended". *ABC News*. July 21, 2000. Article consulté le 19 février 2016 : [http://abcnews.go.com/US/story?id=96425&page=1]

[488] STANFORD, Anthony, op.cit., p.141.

[489] « Je crois que cette mesure fonctionne raisonnablement bien pour apporter une sécurité suffisante aux homosexuels en uniforme. [...] L'époque des chasses aux sorcières, l'époque des surveillances sont véritablement révolues. »
BURNS, Robert, loc. cit.

[490] BURNS, Robert, loc. cit.

enthousiasme, dans un débat à la primaire dans le New Hampshire, être un fervent soutien de *Don't Ask, Don't Tell* : « I'm a 'don't ask, don't tell' man[491]. » Cette déclaration maladroite et qui n'élève pas le débat politique est une manière pour Bush de séduire un électorat de droite hostile à l'égalité des droits des homosexuels. Pourrions-nous même soutenir l'idée que le candidat à la présidentielle souhaite défendre la toute-puissance de la masculinité et de la virilité dans l'armée, qui lui semblent incompatibles avec l'expression de l'homosexualité ? En revanche, Belkin et Bateman rapportent que l'ensemble de l'échiquier politique s'accorde pour dire que la loi DADT reste la « plus grosse bêtise de l'administration Clinton[492] ». Avec du recul, même si on peut accorder le bénéfice du doute au président Clinton, *Don't Ask, Don't Tell* est, en définitive, un faux compromis, inscrit dans une directive qui n'est en fait qu'une note de service peu contraignante. En effet, c'est la loi 103-160 signée par Clinton qui marque les esprits et elle n'a pour effet que de stigmatiser davantage les homosexuels dans l'armée alors que le compromis aurait dû non seulement figurer dans ce même texte de loi mais aussi prévoir un certain nombre de sanctions et de condamnations si l'armée venait à déroger aux règles prévues. En fin de compte, de nombreux supérieurs n'ont pas appliqué les clauses prévues par la note de service et ont abusé de leur autorité pour chasser les militaires homosexuels en les contraignant à la démission. Pour Caroline Fourest, journaliste et militante féministe, Clinton a en quelque sorte signé un pacte du diable[493] avec la droite religieuse américaine en leur concédant le maintien de l'interdiction de l'homosexualité dans l'armée, ce qui va irrémédiablement contrecarrer ses ambitions en faveur de l'égalité pour les homosexuels. Clinton semble véritablement désarçonné face aux méthodes radicales employées par la droite religieuse qui assaille le Congrès par de nombreuses lettres ainsi que 434 104 coups de téléphone le 27 janvier 1993 pour faire pression sur le gouvernement[494]. Clinton doit faire marche arrière sur l'égalité des droits en faveur des militaires homosexuels et des couples de même sexe dans un contexte qui lui est défavorable même dans sa majorité. À l'automne 2015, Hillary Clinton revient dans *The Rachel Maddow Show* (MSNBC) sur deux mesures phares de l'ère Clinton qu'elle qualifie de « défensives » : les lois DADT et DOMA[495]. Clinton explique que son mari a franchi la ligne jaune en proposant la dépénalisation de l'homosexualité dans l'armée. En revanche, l'adoption du *Defense of Marriage Act* aurait été le résultat d'un compromis sur la

---

[491] « Je suis un homme favorable à "don't ask, don't tell". »
STANFORD, ibid., p.142.
[492] BELKIN & BATEMAN, op.cit., p.5.
[493] FOUREST, op.cit., p.157.
[494] FOUREST, ibid., p.156.
[495] JOHNSON, Chris. "Clinton says 'Don't Ask,' DOMA were 'defensive' actions". *Washington Blade*. October 24, 2015. Article consulté le 19 février 2016 : [http://www.washingtonblade.com/2015/10/24/clinton-says-dont-ask-doma-were-defensive-actions/]

question du mariage pour empêcher que le Congrès, majoritairement républicain, n'adopte un amendement constitutionnel pour définir le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme. Cet argument reste plausible étant donné que le président Bush en fera son cheval de bataille pour briguer un second mandat. Mais, selon Bill Smith et d'autres spécialistes et commentateurs politiques, il n'y a aucune preuve pouvant corroborer les affirmations d'Hillary Clinton, qui d'ailleurs n'a pas toujours été favorable au mariage homosexuel, comme le rapporte Wolfson[496]. C'est cette première bataille remportée par les conservateurs qui va conduire à de nombreux autres combats politiques et juridiques dans les États de l'Union encore largement hostiles à l'union des couples de même sexe.

II.A.2. La loi DOMA ou l'interdiction fédérale du mariage homosexuel

La défense du mariage au niveau fédéral arrive au plus mauvais moment pour le président Clinton qui cherche à se faire réélire à la présidentielle de 1996. La perception du mariage homosexuel comme une menace se fait de plus en plus prégnante. En effet, la décision de la Cour suprême d'Hawaii (1993), qui déclare anticonstitutionnelle l'interdiction de célébrer le mariage de couples de même sexe, est susceptible de déclencher un certain nombre de procédures légalisant le mariage homosexuel dans les autres États de l'Union en vertu de l'Article IV de la Constitution. Par ailleurs, la crise du SIDA a fait surgir les récits de nombreux couples de même sexe engagés dans des relations plus stables que celles de couples hétérosexuels. Cette prise de conscience collective relayée par les médias est très mal perçue par la droite religieuse mais aussi par le segment conservateur de la classe politique qui rassemble de nombreux républicains mais également des démocrates. L'ordre social traditionnel n'est pas seulement bouleversé, il serait soumis, selon eux, à un processus de normalisation et d'acceptabilité en faveur de familles homoparentales qui progressivement seraient traitées de manière égale en regard de la loi. Cette possibilité est inacceptable aux yeux des plus conservateurs qui restent profondément attachés aux valeurs associées à la famille nucléaire traditionnelle issues de l'héritage judéo-chrétien. Selon Charles Butler, professeur de droit, les parlementaires conservateurs se sont alors empressés de diffuser et de relayer un certain nombre de récits fictifs et irrationnels de manière à susciter la peur et le rejet des couples de même sexe[497]. Pour cela, il leur faut également un projet de loi fédéral qui

---

[496] JOHNSON, Chris. "Wolfson: Clinton, Sanders didn't lead on marriage (but they are now)". *Washington Blade*. February 18, 2016. Article consulté le 19 février 2016 : [http://www.washingtonblade.com/2016/02/18/wolfson-neither-clinton-sanders-were-a-leader-on-marriage/]

[497] BUTLER, Charles J., *The Defense of Marriage Act: Congress's Use of Narrative in the Debate over Same-Sex Marriage. New York University Law Review*, vol. 73:841, 1998. p.844.

serait débattu au Congrès et utilisé comme une véritable tribune hostile à l'homosexualité : la loi 104-199 : le *Defense of Mariage Act*.

Celle-ci va avoir de lourdes conséquences sur le devenir et le statut légal de ces nombreux couples de même sexe. D'abord, elle va autoriser les États à ne pas appliquer la *Full Faith and Credit Clause* permettant de protéger leurs propres dispositions par rapport à l'institution du mariage et de ne pas reconnaître les mariages homosexuels célébrés dans d'autres États de l'Union. L'indépendance des États est ainsi renforcée tandis que les prérogatives du gouvernement fédéral sont augmentées puisque jamais auparavant il n'avait abordé la question des relations domestiques jusqu'alors réservée exclusivement aux affaires des États[498]. L'abandon de cette vieille tradition de la déférence est aussi motivé par la crainte d'une justice fédérale activiste qui pousse les législateurs à agir pour empêcher l'ouverture du mariage aux couples homosexuels alors qu'aucun État ne s'est encore prononcé sur la légalisation du mariage homosexuel. Ce projet incite donc aussi les États à adopter les mêmes dispositions législatives de manière à apporter une définition du mariage accessible seulement aux couples du sexe opposé. Enfin, la loi DOMA va définitivement priver les couples de même sexe de plus de 1 000 droits fédéraux et autres dispositifs avantageux auxquels ils auraient pu prétendre par le biais du mariage. En fin de compte, la loi DOMA va être utilisée par les législateurs comme un levier pour continuer à discriminer les couples de même sexe soumis à une assignation à un rang inférieur au niveau fédéral. Le président Clinton semble alors l'ignorer lorsque le 20 septembre, à la veille de la promulgation de la loi, il déclare : « I also want to make clear to all that the enactment of this legislation should not [...] be understood to provide an excuse for discrimination, violence or intimidation against any person on the basis of sexual orientation[499]. » Au lieu de se livrer à un exercice de communication reposant sur des paroles incantatoires, pourquoi le président n'a t-il pas usé de son droit de veto ? Lors de mon entretien à *Civitas*, Bill Smith, consultant politique, m'explique que les républicains disposant d'une majorité au Congrès, ils pouvaient passer outre un éventuel veto présidentiel[500]. En mars 2013, Clinton publie une tribune dans le *Washington Post* dans laquelle il admet finalement, avec le recul, qu'il a signé une loi discriminatoire que la Cour

---

[498] BUTLER, Charles J., ibid., p.842.

[499] « Je souhaite également indiquer clairement à tous que la promulgation de cette loi ne devrait pas être [...] interprétée comme un moyen d'excuser la discrimination, la violence ou l'intimidation contre n'importe quelle personne sur la base de l'orientation sexuelle. »
President Bill Clinton. President's Statement on DOMA. The White House. September 20, 1996. [http://www.cs.cmu.edu/afs/cs/usr/scotts/ftp/wpaf2mc/clinton.html]

[500] Entretien avec Bill Smith, co-directeur de CIVITAS, réalisé le jeudi 23 juin 2016, voir p.493-503.

suprême doit invalider sans plus tarder[501]. En promulgant cette loi, Clinton a fourni une arme aux conservateurs les plus féroces pour maintenir la discrimination des couples de même sexe. Il a trahi non seulement la communauté homosexuelle mais aussi la promesse du programme politique du Parti démocrate de 1996 de poursuivre le combat contre la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle alors qu'il n'est même pas réélu à la tête du pays[502]. Ne peut-on pas penser que Clinton a cherché à se faire réélire en prenant soin d'éviter la moindre polémique, tout en sachant qu'une majorité d'Américains sont encore hostiles à l'acquisition des droits du mariage pour les couples de même sexe[503] ? Pour pallier ce que les organisations homosexuelles qualifient de faute grave, Clinton, en guise de consolation, presse le Congrès de voter un autre projet de loi qui protégerait les homosexuels contre la discrimination à l'embauche : l'*Employment Non-Discrimination Act* (ENDA). Ce projet ne sera jamais voté, après de multiples tentatives, jusqu'à son abandon définitif au printemps 2013[504]. Clinton est inaudible en particulier face à un Congrès majoritairement républicain qui n'a aucun intérêt à approuver ce projet de loi en faveur de la protection des droits d'une minorité sexuelle.

Dans un rapport de la commission judiciaire de la Chambre des représentants qui doit examiner les tenants et les aboutissants du *Defense of Marriage Act*, la décision de la Cour suprême d'Hawaii est perçue comme une déclaration de guerre au niveau fédéral de la part des organisations homosexuelles pour la destruction du mariage traditionnel : « [An] orchestrated legal assault being waged against traditional heterosexual marriage by gay rights groups and their lawyers[505] ». Face à cette menace, le Congrès riposte en présentant la loi DOMA comme l'érection d'une forteresse autour des États qui font le choix de défendre le mariage hétérosexuel, tout en renforçant leur bouclier législatif pour ne pas reconnaître les couples de même sexe ni au niveau de l'État, ni au niveau fédéral. En définitive, ce sont les couples hétérosexuels mariés qui seraient

---

[501] CLINTON, Bill. "It's time to overturn DOMA". Washington Post. March 7, 2013. Article consulté le 21 février 2016 : [https://www.washingtonpost.com/opinions/bill-clinton-its-time-to-overturn-doma/2013/03/07/fc184408-8747-11e2-98a3-b3db6b9ac586_story.html]

[502] 1996 Democratic Party Platform. "Today's Democratic Party: Meeting America's Challenges, Protecting America's Values". August 1996. *The American Presidency Project*. Consulté le 21 février 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29611]

[503] Seulement 27 % des Américains se déclarent favorables à l'acquisition des droits du mariage pour les couples homosexuels d'après un sondage Gallup.
BURNS, Crosby. "The Evolution of Support for Marriage Equality". *Center for American Progress*. June 16, 2011. Consulté le 21/02/16 : [https://www.americanprogress.org/issues/lgbt/news/2011/06/16/9890/the-evolution-of-support-for-marriage-equality/]

[504] Il s'agit désormais de l'*Equality Act*, projet de loi présenté en juillet 2015.

[505] « [Une] attaque juridique orchestrée est actuellement menée contre le mariage hétérosexuel traditionnel par les groupes pour les droits des homosexuels et leurs avocats. »
House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report*. July 9, 1996.
[https://www.congress.gov/104/crpt/hrpt664/CRPT-104hrpt664.pdf]

en danger et que le Congrès se charge de protéger en confirmant le peu de décisions rendues dans des affaires judiciaires interdisant la reconnaissance du mariage homosexuel. Charles Canady, parlementaire républicain à la Chambre des représentants et auteur de ce rapport, n'a par contre aucune difficulté à approuver la légitimité de ce genre de décisions, qu'il justifie par la stratégie anti-démocratique des organisations homosexuelles qui recourent systématiquement à la judiciarisation de leur revendication et ce dès le début des années 1970[506]. Canady s'inscrit dans le récit de la légitimité de la tradition juridique à condamner l'homosexualité comme un affaiblissement des normes morales. Selon lui, une douzaine d'affaires suffisent à prouver qu'il s'agit d'une priorité de la communauté homosexuelle alors qu'à l'époque le combat du mouvement porte surtout sur la question des libertés fondamentales des homosexuels contre les persécutions des autorités. De cette manière, Canady tente de faire croire que le peu de couples homosexuels qui souhaitent avoir les mêmes droits du mariage n'ont en fait aucun motif valable de le faire reconnaître devant la justice. Le jugement de la Cour suprême d'Hawaii justifie l'intervention du Congrès car c'est la seule institution capable de répondre à la stratégie malsaine de conquête nationale lancée par Evan Wolfson pour faire autoriser le mariage homosexuel dans les cinquante États de l'Union. En se rendant à Hawaii pour convoler en justes noces, les Américains homosexuels vont pouvoir exiger la reconnaissance de leur mariage devant la justice de leur juridiction en vertu de l'article IV de la Constitution. C'est la raison pour laquelle la section 2 de la loi DOMA permet aux États de ne pas se soumettre à l'obligation de respecter la *Full Faith and Credit Clause* qui établit une réciprocité légale et juridique entre les États[507].

Dans deux interventions remarquées, deux représentants démocrates à la Chambre des représentants portant sur le projet de loi, Patsy Mink (Hawaii) et Barney Frank (Massachusetts)[508] critiquent sévèrement la loi DOMA qu'ils considèrent comme un coup politique à quelques semaines de l'élection présidentielle. Selon Mink, la loi DOMA n'a pour objectif que d'attaquer la Constitution et les principes du fédéralisme pour finalement refuser l'accès à l'égale protection des lois pour les couples de même sexe. Selon elle, la section 2 de cette loi ressemble à une manœuvre politicienne pour modifier les règles d'application des décisions administratives et judiciaires des autres États définies par l'article IV de la Constitution. À la base, la *Full Faith and Credit Clause* doit empêcher de déstabiliser l'Union en garantissant aux Américains les mêmes droits et devoirs : « […] an effort by our Founding Fathers to do away with this idea of 50 sovereign States and try

---

[506] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.3.
[507] Nancy Cott évoque également la doctrine constitutionnelle de la *comity* (courtoisie) qui au XIXe siècle permettait aux États d'adapter leurs propres lois sur le mariage par rapport à celles d'autres États de l'Union pour former un tout cohérent. COTT, Public Vows [...], op.cit., p.82.
[508] Connu pour avoir ouvertement dévoilé son homosexualité en 1987 en tant que parlementaire au Congrès.

to develop a concept of a Nation[509] ». En fin de compte, Mink sous-entend que les législateurs cherchent à polariser les États et surtout à leur permettre de ne jamais accéder à la demande fantaisiste des couples de même sexe d'obtenir une certaine reconnaissance de la stabilité de leur union. Tel est le sens du jugement rendu par la Cour suprême d'Hawaii qui exige que les législateurs puissent justifier un intérêt impérieux à discriminer les couples homosexuels ou à répondre à leur demande en leur proposant un dispositif législatif alternatif qui leur donne accès à un certain nombre de protections et de garanties pour protéger leur union. Pour Mink, c'est justement le refus du Congrès et des législatures d'État d'accéder à la requête des couples de même sexe qui les a conduits à se tourner vers les tribunaux. Ce sont donc les législateurs qui portent toute la responsabilité d'une situation inédite où la Cour suprême d'un État se prononce en faveur de l'égalité des droits du mariage contre l'avis des membres du Congrès : « Failure of the State to assure gays and lesbians all the protections under the law require that we pass a domestic partner law[510]. » Mink, tout en restant opposée à la légalisation du mariage homosexuel, montre en fait qu'une autre politique serait possible si les États s'étaient mis d'accord pour proposer un compromis aux couples de même sexe. Au lieu de cela, l'objectif du Congrès à travers la loi DOMA est d'interdire l'union des couples de même sexe mais surtout d'empêcher que ces derniers, unis par les liens du mariage à Hawaii, puissent prétendre aux droits et protections accordés par le gouvernement fédéral. Mink en appelle donc à la fin d'un simulacre contraire à l'assermentation dans laquelle les membres du Congrès jurent de défendre les principes de la Constitution et qui, en fin de compte, ne fait qu'affaiblir la fonction parlementaire. Elle réclame la mise en place d'un amendement constitutionnel, confirmant ainsi les craintes d'Hillary et Bill Clinton, pour protéger le mariage traditionnel mais surtout pour permettre aux couples de même sexe d'avoir accès au partenariat enregistré qui leur garantirait les mêmes protections que le mariage. Sans cela, Mink prédit déjà en 1996 que de nombreux couples chercheront à faire appel à la justice étant donné que la loi DOMA va créer de nouvelles inégalités mais surtout que les quatre intérêts impérieux avancés par le Congrès seront jugés irrecevables par la justice. En effet, celle-ci sera particulièrement attentive aux motifs justifiant la discrimination des couples de même sexe qui mettraient en péril l'institution du mariage et la stabilité des couples hétérosexuels mariés. Pour

---

[509] « […] un effort de la part des Pères fondateurs pour en finir avec cette idée de 50 États souverains et pour tenter de développer le concept de Nation. »
142 Cong. Rec. H7480. Defense of Marriage Act. July 12, 1996. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-1996-07-12/pdf/CREC-1996-07-12-pt1-PgH7480-5.pdf], p. H7482.

[510] « L'incapacité de l'État à garantir aux homosexuels et aux lesbiennes toutes les protections fixées par la loi exige que nous adoptions une loi créant le statut de partenariat enregistré. »
142 Cong. Rec. H7480. Defense of Marriage Act, ibid., p. H7481.

Mink, la précipitation et l'emportement des membres du Congrès qui s'agitent tous azimuts, pour défendre les intérêts de la morale religieuse, sont autant d'éléments qui montrent que les parlementaires refusent de poser la question essentielle du mariage en tant que prérogative des États et non pas des Églises.

Le premier intérêt défendu dans le rapport Canady est la préservation et le soutien inconditionnel d'une institution traditionnelle hétérosexuelle érigée comme le symbole d'une civilisation saine, « noble » et « stable »[511]. Une institution garante du progrès et de la réussite sociale par la défense du lien sacré unissant deux personnes de sexe opposé, un homme et une femme destinés à procréer. Ce discours véritablement ancré dans la biologie et la nature humaine vise à soutenir que l'homosexualité est une orientation sexuelle contre nature qui, de fait, ne peut contribuer au progrès et à la stabilité de la civilisation puisqu'elle constitue une anormalité. En d'autres termes, le couple homosexuel, par définition, est naturellement stérile et ne peut avoir d'enfants. Pour Canady, redéfinir le mariage en y intégrant des couples de même sexe serait une menace pour l'avenir de l'institution et l'intérêt de la société à engendrer et protéger ses enfants tout en leur assurant des conditions favorables à leur éducation. Cette rhétorique s'inscrit dans ce que Butler décrit comme une manière d'organiser la résistance contre le mariage homosexuel en décrédibilisant et en affaiblissant la solidité des familles homoparentales qui ont créé des foyers stables et emplis d'amour pour leurs enfants : « The objective of narrative creation is to remedy that rift and to effect either a return to the status quo or an acceptable reordering of society's values[512]. » C'est bien entendu sur la question des valeurs que les conservateurs refusent un compromis qui impliquerait la tolérance d'un comportement immoral. Dans ce projet de société, les enfants élevés par des couples homosexuels n'auraient pas leur place, ni vocation à être protégés par l'institution du mariage. Un autre argument phare utilisé par les adversaires du mariage homosexuel est qu'il ajouterait de la confusion à la confusion. En effet, l'institution du mariage traverse une crise morale profonde, résultat d'une culture fondée sur le recours expéditif au divorce et à la cohabitation des couples hétérosexuels mettant en péril l'épanouissement de leurs enfants[513]. Les couples homosexuels seraient donc les victimes collatérales des nombreux échecs de ces familles nucléaires traditionnelles et du fait que le mariage hétérosexuel est en perte de vitesse. Selon le conservateur William Bennett, le mariage homosexuel vient donc au plus mauvais moment car il s'agirait d'appliquer cette ouverture aux couples de même sexe alors que

---

[511] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.12.

[512] « L'objectif du story-telling est de remédier à cette division et d'effectuer, soit un retour au *statu quo*, soit une réorganisation acceptable des valeurs de la société. »
BUTLER, Charles J., op.cit., p.851.

[513] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.14-15.

l'institution est déjà bien fragile : « […] a radical, untested and inherently flawed social experiment[514] ». Bennett offre non seulement une critique cinglante à l'égard des unions homosexuelles, mais surtout il fait ouvertement part de son jugement désapprobateur alors qu'aucune expérience n'a été conduite sous la forme de partenariats enregistrés pour que les couples de même sexe puissent faire leurs preuves et convaincre la société. Ce serait en satisfaisant aux exigences arbitraires des législateurs que les couples homosexuels pourraient obtenir la reconnaissance de leur union alors que de nombreuses familles nucléaires sont pourtant susceptibles d'être défaillantes. Bennett nous ferait-il croire que l'orientation sexuelle peut affecter la stabilité d'une union en considérant l'homosexualité comme facteur aggravant par essence ?

C'est dans la tradition morale judéo-chrétienne que les conservateurs puisent leur ressentiment à l'égard de l'homosexualité de manière à ce que l'État puisse justifier un autre « intérêt à agir » (*second governmental interest*). Canady confirme même que morale religieuse et morale publique sont compatibles. Elle peuvent se croiser pour bâtir des intérêts communs dans le domaine de la sexualité notamment : « […] moral disapproval of homosexuality, and a moral conviction that heterosexuality better comports with traditional (especially Judeo-Christian) morality[515]. » Les républicains sont déterminés à combattre la reconnaissance légale des unions homosexuelles sans véritablement expliquer en quoi l'homosexualité est immorale et dangereuse pour la société. Autrement dit, l'argument de la morale est aussi une stratégie d'enfumage pour légitimer la défense du mariage traditionnel de façon séculière sans mettre en avant les dogmes de l'Église. Pourtant pendant les débats sur le projet de loi, certaines références à l'enfer et à l'histoire de l'Empire romain sont utilisées comme pour mieux préciser que la décadence liée à l'homosexualité condamnerait l'avenir de l'humanité : « As Rome burned, Nero fiddled [...]. The very foundations of our society are in danger of being burned. The flames of hedonism, the flames of narcissism, the flames of self-centered morality are licking at the very foundations of our society: the family unit[516]. » L'empereur romain Néron, symbole du vice et de la persécution contre les chrétiens, avait pris pour époux plusieurs hommes dont Sporus qui était son jeune favori. Néron reste une référence religieuse utilisée pour sanctionner un mode de vie dépravé et immonde

---

[514] « […] une expérience sociale radicale, non testée et foncièrement imparfaite. »
House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.15.

[515] « […] la désapprobation morale de l'homosexualité et la conviction morale que l'hétérosexualité est davantage conforme à la moralité (en particulier judéo-chrétienne) traditionnelle. »
House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.16.

[516] « Alors que Rome brûlait, Néron jouait de la lyre [...]. Les fondements mêmes de notre société courent le risque de périr brûlés. Les flammes de l'hédonisme, les flammes du narcissisme, les flammes de la moralité égocentrique écrasent les fondements mêmes de notre société : l'unité familiale. »
142 Cong. Rec. H7480. Defense of Marriage Act, op.cit., p. H7482.

qui reste incompatible avec la création d'une famille. Ces propos de Bob Barr laissent transparaître une certaine exaspération ainsi que de la colère vis-à-vis des exactions de certains « extrémistes », jusqu'au plus haut sommet de la hiérarchie judiciaire, qui ne cherchent qu'à manipuler et à déformer une certaine vision pieuse de l'autorité morale. Il appelle ses collègues ainsi que l'Amérique à s'insurger contre les injonctions du judiciaire et à s'opposer à un éventuel amendement tel que le préconise Mink. On comprend que la loi DOMA n'est pas simplement une loi pour défendre le mariage traditionnel mais bel et bien un projet d'inscrire dans la loi fédérale la morale religieuse comme le seul socle valable pour guider l'action politique des législateurs dans l'intérêt des familles et de la nation. Canady va plus loin encore pour légitimer cette loi en s'appuyant sur l'impopularité du mariage homosexuel pour ainsi affirmer avoir l'approbation du peuple pour agir et protéger l'union solennelle des couples hétérosexuels[517].

C'est donc assez naturellement qu'il souhaite défendre la souveraineté des États et l'exercice démocratique des législatures pour arbitrer cette question. De cette façon, elles pourraient devancer des décisions de justice contraignantes, sans avoir à recourir à de multiples procédures d'obstruction, qui les obligeraient à délivrer des licences de mariage aux couples de même sexe. Les auteurs du rapport Canady font part aussi d'un certain agacement devant une justice omniprésente dans le cadre de la morale sexuelle, qui semble empiéter sur le champ de compétence des législateurs en pouvant légiférer dans ce domaine. Comme le précise justement Hadley Arkes, professeur en science politique, l'Amérique assiste véritablement au début d'une guerre institutionnelle partagée entre deux camps idéologiques diamétralement opposés dans le but de « transformer la culture par la loi ou par le contrôle des tribunaux[518]. » Pour Arkes, c'est une justice plus libérale qui s'est emparée de ces questions de société car elles relèvent de libertés fondamentales protégées par la Constitution. Or, le rôle du Congrès n'est pas d'interpréter la Constitution mais d'élaborer et de faire voter les lois. La loi DOMA est donc aussi une manière de soumettre certains juges au respect des prérogatives et de la volonté des législateurs, de manière à ce que la discrimination à l'égard des couples de même sexe, lésés puisqu'on leur refuse l'égale protection des lois, ne soit pas reconnue comme telle. Pour Butler, faire contrôler la question de la morale sexuelle par le Congrès revient à faire inscrire dans la loi l'abaissement moral que constitue l'homosexualité aux yeux des conservateurs : « [G]ays and lesbians are incapable of engaging in the kind of moral activity necessary for their relationship to earn the same recognition society

[517] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.16.
[518] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.16.

grants heterosexual relationships through marriage[519]. » Cette stratégie vise à faire croire que les couples homosexuels sont défaillants voire déficients à tous les niveaux : biologique, comportemental et social. Les membres du Congrès disent vouloir réguler l'homosexualité alors que leurs propos révèlent une grande méconnaissance de la question et même une profonde ignorance. Dans une question rhétorique, le représentant républicain Steve Largent insinue que l'ouverture du mariage homosexuel serait la porte ouverte à la légalisation du mariage polygame, pédophile, voire d'une union intégrant toute autre « combinaison étrange ». Il considère l'homosexualité comme une association hybride, sauvage et criminelle qui favoriserait le déclin social[520]. Pire, on remarque que le recours à des amalgames justifie la violence contre les homosexuels décrits comme des pervers dangereux et de vulgaires criminels sans que ces conservateurs s'inscrivent dans une démarche rationnelle et empirique qui démontrerait en quoi ces familles homoparentales sont en elles-mêmes immorales. Au lieu de cela, ils laissent entendre que ces familles pervertiraient les principes essentiels du mariage comme la monogamie, le fait de s'engager dans une relation de longue durée et de partager des valeurs d'affection et de soutien. Les débats parlementaires portant sur la loi DOMA indiquent aussi qu'en faisant du mariage un enjeu local, État par État, les paroles contre l'homosexualité vont aussi proliférer dans les législatures d'État, puisque entre 1996 et 2004 quarante États parviennent à répliquer cette procédure législative pour inscrire dans la loi la défense du mariage traditionnel. Ils se sont ainsi immunisés contre tout éventuel projet de loi ou décision de justice en faveur du mariage homosexuel provenant de n'importe quel autre État de l'Union. L'objectif est de réaffirmer le droit de la majorité populaire hétérosexuelle d'être représentée par des élus qui défendent leur intérêt à protéger leur union en légiférant contre la modification de l'institution du mariage. En fin de compte, cette liberté de transférer cette compétence aux États décrédibilise encore davantage le *Defense of Marriage Act* au niveau fédéral puisque cette loi protège désormais les États contre la menace extérieure du mariage des couples de même sexe. L'intention des conservateurs démocrates et républicains est d'inscrire la discrimination des couples homosexuels à chaque source principale du droit pour véritablement leur faire barrage. Cette tactique se révèle payante, puisque non seulement la classe politique est unanime sur cette question, mais surtout seulement deux États s'inscrivent dans une démarche d'ouverture sur l'égalité des droits des couples de même

---

[519] « [L]es gays et les lesbiennes sont incapables de se livrer au genre d'activité morale nécessaire pour que leur relation mérite la même reconnaissance que la société accorde aux relations hétérosexuelles par le mariage. »
BUTLER, Charles J., op.cit., p.864.

[520] WALEN, Alec. "The 'Defense of Marriage Act' and Authoritarian Morality". *William & Mary Bill of Rights Journal*. Volume 5, Issue 2, Article 5. 1997.
Consulté le 27 février 2016 : [http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol5/iss2/5], p.632.

sexe : la Californie et le Vermont. Ces deux États légalisent partenariats enregistrés et unions civiles en 2000 mais seules les unions civiles du Vermont fonctionnent comme quasiment l'équivalent du mariage.

Enfin, le Congrès avance un intérêt économique à agir. Cet « intérêt gouvernemental », pour le moins insensé, permet au Congrès de faire l'éloge de la discrimination tout en préservant le portefeuille des Américains : « To deny federal recognition to same-sex ''marriages'' will thus preserve scarce government resources, surely a legitimate government purpose[521]. » Les pseudo-détenteurs de la morale religieuse n'ont aucun scrupule à indiquer aux Américains que le combat pour l'égalité des droits des plus progressistes aurait un impact notoire sur le pouvoir d'achat des contribuables. Le mépris et le dénigrement des couples de même sexe se manifestent jusque dans la mise entre guillemets de *« marriages »*. Cet argument est peu convaincant puisque nous apprendrons lors du procès contre la Proposition 8 que la discrimination et ses effets, notamment sur la santé et le rendement des entreprises, coûtent cher aux États. En 1996, les homosexuels peuvent se considérer comme de généreux contribuables tout en continuant de subir les inepties d'hommes d'État qui, selon Alec Walen, professeur de droit, sont véritablement homophobes[522], ou plutôt qui prétendent agir en connaissance de cause au nom d'une conception autoritaire et patriarcale de la morale. Walen va jusqu'à affirmer qu'ils sont tellement aveuglés par leurs convictions morales et religieuses et cette menace du désordre social à l'horizon qu'ils en finissent par trahir les idéaux de liberté et d'égalité de la culture américaine par cette loi régressive et oppressive[523]. Sans véritablement les nommer, il désigne bien les démocrates dont l'adhésion à ce projet de loi sonne comme une trahison à leur promesse électorale pour donner raison à une majorité d'Américains encore hostiles à la légalisation du mariage homosexuel. La neutralité du débat sur l'homosexualité a donc échoué à cause de nombreux clichés et stéréotypes qui vont compliquer et retarder le combat pour l'égalité des droits. Le premier mandat de l'ère Clinton, qui s'annonçait comme le début d'une révolution pour les droits des homosexuels, s'achève sur un vacillement de la présidence. Charles Robb, le sénateur démocrate de Virginie qui s'est opposé au *Defense of Marriage Act*, décrit parfaitement ce que Clinton a peut-être sous-estimé, à savoir la puissance de la droite religieuse qui continue de peser de tout son poids dans les débats législatifs contre la protection des libertés fondamentales des homosexuels : « We find ourselves again at the intersection of morality and Government, a place where some of our most divisive and

---

[521] « L'opposition à la reconnaissance fédérale des ''mariages'' homosexuels préservera ainsi des ressources gouvernementales rares et constitue un objectif gouvernemental légitime. »
House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.18.
[522] WALEN, Alec, op.cit., p.621.
[523] WALEN, Alec, ibid., p.621.

complicated social issues have torn at us throughout our history as a Nation[524]. » Robb parvient à identifier avec précision cette zone sensible et chaotique dans laquelle les arbitrages et les tensions institutionnelles sont exacerbées par ces guerres culturelles où la morale religieuse la plus sinistre polarise mais surtout empêche certains législateurs d'exprimer leur profond désaccord à l'égard de la loi DOMA. Autrement dit, leur attachement à leur foi religieuse a cette capacité de priver les meilleures volontés de toute réaction ou tentation progressiste. Rappelons aussi que Robb s'exprime lors d'une séance introduite, comme la tradition l'exige, par la lecture d'une prière par l'aumônier du Sénat. Celle-ci rappelle ironiquement l'engagement des sénateurs à respecter l'avenir du genre humain, l'Amérique en tant que nation divine éprise de liberté et de justice[525]. La défense du mariage traditionnel intervient dans un moment de grande solennité mais aussi un déni de justice pour les couples de même sexe. En effet, les nombreuses allocutions en faveur de cette loi ne sont finalement que le reflet d'une morale religieuse hostile à l'égard d'un groupe impopulaire qui dérange et met mal à l'aise. C'est donc légitimement que les quelques opposants au projet s'interrogent pour savoir si la loi DOMA ne va pas modifier le rôle du gouvernement fédéral et sa manière de représenter les minorités du pays. S'il se déclare être le représentant de tout un peuple, ne doit-il pas à juste titre protéger des minorités connues pour avoir été victimes d'oppression et d'injustice à cause de leur différence plutôt que de continuer à leur refuser l'égale protection des lois ? Le Congrès allait très nettement se démarquer de l'arrêt de la Cour suprême rendu dans l'affaire *Romer v. Evans* qui reconnaît le droit constitutionnel des homosexuels à être protégés par la loi dans l'État du Colorado. À l'inverse, le Congrès, en prétendant renforcer la souveraineté des États, force la main de ces derniers pour faire interdire toute reconnaissance légale d'unions homosexuelles sans avoir à craindre pour leur budget. Effectivement, dans un courrier du Bureau du budget du Congrès américain, la directrice, June O'Neill, affirme à la commission judiciaire de la Chambre que la loi DOMA n'aurait aucun impact sur le budget du gouvernement fédéral[526], comme si la maîtrise de ses comptes devait se faire au détriment de l'égalité des droits des couples de même sexe qui, eux, allaient devoir faire appel à des notaires pour se protéger et s'acquitter de frais administratifs élevés.

C'est aussi sur la section 3 et la définition du mariage que les débats enregistrent les plus vives réactions, voire des affirmations délictueuses. Certains membres du Congrès souhaitent faire

---

[524] « Nous nous trouvons à nouveau au croisement de la moralité et du Gouvernement, un lieu dans lequel certains de nos enjeux sociaux les plus compliqués et les plus litigieux nous ont déchirés à travers notre histoire en tant que Nation. »
US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123. Tuesday, September 10, 1996. Consulté le 21 février 2016 : [https://www.congress.gov/crec/1996/09/10/CREC-1996-09-10-senate.pdf], p.S10122.
[525] US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, ibid., p.S10099.
[526] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.24.

part de leur colère et de leur exaspération face à un projet de loi présenté comme une réaction défensive contre une fausse menace, assorti de déclarations malveillantes portant sur une représentation biaisée et erronée de l'homosexualité. Canady justifie dans son rapport la décision du Congrès de préciser dans la loi fédérale quels sont les critères d'accès au mariage et ce que le gouvernement entend pas le terme d'*époux* maintenant que Hawaii s'apprête à mettre fin à un privilège exclusivement réservé aux couples hétérosexuels et ce afin de démocratiser l'accès à l'institution du mariage. Canady s'appuie sur les idées de Lynn Wardle, professeur de droit à l'université Brigham Young (qui est l'université principale de l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours, c'est-à-dire l'Église mormone), pour rappeler que le Congrès n'a jamais auparavant formulé son intention de changer la définition du mariage et du terme d'époux[527]. Cet argument, qui n'est certes pas contestable dans les faits, reste une stratégie d'évitement pour ne pas aborder la question des droits des couples de même sexe. Par ailleurs, cette référence pose la question d'un conflit d'intérêts du fait que Wardle exerce dans une institution privée, financée et dirigée par l'Église mormone, largement hostile à l'homosexualité. Wardle dénonce le caractère égoïste de la revendication des couples de même sexe qui veulent obtenir l'accès à l'institution du mariage, qui a pour seul objectif de défendre l'intérêt général de la société :

> Marriage law isn't designed for the private benefit of any person; it's for the benefit of society. [...]. When we pass a law, we pass a law because that law will benefit society as a whole. Society as a whole benefits from the union of a male and a female in ways that are not valid for unions of two persons of the same sex[528].

La société ne tirerait aucun avantage de l'homosexualité. Cette dernière aurait même des effets néfastes puisqu'il accuse les couples homosexuels de forcer la main des États pour modifier la loi et donc de ne pas respecter les protocoles institutionnels en tentant de convaincre d'abord leurs législateurs du bien-fondé de leur demande. Il cite aussi de nombreux avantages du mariage traditionnel, incompatibles avec l'homosexualité, comme par exemple les rapports sexuels sans risque, la procréation et le couple hétérosexuel comme le meilleur environnement pour élever et éduquer des enfants[529]. Il faut donc comprendre que les homosexuels sont vecteurs de maladies et ne peuvent sérieusement envisager d'avoir des enfants, parfois conçus avec un(e) partenaire de sexe opposé, et de participer à leur épanouissement.

---

[527] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.30.

[528] « La loi sur le mariage n'est pas conçue comme le bénéfice privé de n'importe quel individu ; il s'agit du bénéfice de la société [...]. Lorsque nous adoptons une loi, nous adoptons une loi parce que la loi avantagera la société dans son ensemble. La société dans son ensemble profite de l'union d'un homme et d'une femme et d'une manière qui ne s'applique pas aux unions entre deux personnes du même sexe. »
SNOW, Karen. "Law Professor Defends Marriage in Same-Sex Marriage Battle". *BYU Magazine*. Brigham Young University. 1997. Consulté le 28 février 2016 : [http://magazine.byu.edu/article/law-professor-defends-marriage-in-same-sex-marriage-battle/]

[529] SNOW, Karen, loc. cit.

Il affirme aussi que l'homosexualité étant une anomalie qui affecte deux fois plus les hommes que les femmes, il est donc légitime de penser qu'il s'agit d'une pathologie masculine avant tout, ayant pour conséquence de retarder l'égalité des hommes et femmes dans la société, et donc de considérer que le mariage homosexuel participerait à la ségrégation des sexes :

> Heterosexual marriage is the oldest equal rights law in the country. [...] It is the oldest integrationist union. Homosexual marriage is a classic example of gender segregation, at a time when we ought to be concerned with cross-gender cooperation and integration[530].

Tout en reconnaissant que l'institution du mariage est un formidable levier concrétisant le principe constitutionnel de l'égalité des droits, Suzanna Danuta Walters, professeure de sociologie à l'université Northeastern, pour sa part, rappelle que le mariage a aussi contribué à l'inégalité entre les sexes, à la rigidité des rôles entre les hommes et les femmes mais aussi à la violence[531]. L'égalité des droits des femmes est une question à part entière, qui mérite tout aussi légitimement d'être traitée, mais bien distincte de celle de l'orientation sexuelle. Wardle veut faire croire que ce combat représente une priorité par rapport à la demande d'accès aux droits du mariage de la part d'une minorité négligeable qui n'ambitionne que de se marginaliser pour ne plus avoir à s'associer avec le sexe opposé. Les homosexuels revendiqueraient une forme de ségrégation phallocrate, ce qui pour Wardle est un moyen d'associer l'homosexualité à une série de déviances et de revendications politiques illégitimes et de ne jamais la considérer comme une orientation sexuelle à proprement parler. Il se justifie en s'appuyant sur des statistiques qui démontrent que l'homosexualité masculine exercerait une forme de pression et d'influence néfaste sur l'ensemble de la communauté LGBT, comme si leur nombre réduisait les couples de même sexe à de simples militants contestataires masculins[532]. Il n'est donc pas question pour Wardle d'assimiler l'interdiction du mariage homosexuel à une forme de discrimination puisqu'il ne s'agit pas d'un droit civique. L'homosexualité reste un comportement et un choix favorisés par des facteurs plus liés à l'environnement social des individus qu'à la biologie tandis que « la race est une condition immuable[533]. »

Pour le sénateur Robb, il est nécessaire de rétablir la vérité sur un prétendu choix de vie qui

---

[530] « Le mariage hétérosexuel est la loi la plus ancienne pour l'égalité des droits dans le pays. [...] Il s'agit de l'union intégrationniste la plus ancienne. Le mariage homosexuel est un exemple typique de la ségrégation des sexes, à un moment où nous devrions être concernés par l'intégration et la coopération mixtes. »
SNOW, Karen, loc. cit.

[531] WALTERS DANUTA, Suzanna. *The Tolerance Trap: How God, Genes, and Good Intentions Are Sabotaging Gay Equality*. New York: New York University Press. 2014. p.205.

[532] Selon le *Williams Institute* la communauté LGBT comptait, en 2011, environ 2 491 000 homosexuels et 1 360 000 lesbiennes pour 9 millions d'Américains ouvertement LGBT.
GATES, Gary. "How many people are LGBT?". *The Williams Institute*. April 2011. Rapport consulté le 2 mars 2016 : [http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-How-Many-People-LGBT-Apr-2011.pdf]

[533] SNOW, Karen, loc. cit.

expose les homosexuels au risque de la discrimination, d'actes homophobes et du rejet de leur famille, en s'appuyant sur la Prière de la Sérénité pour défendre l'homosexualité innée des sujets :

> God, grant me the serenity to accept the things I cannot change
> The courage to change the things I can,
> And the wisdom to know the difference[534].

Cette prière religieuse est une manière pour le sénateur de mettre en avant sa foi au profit d'un combat politique favorable à l'acceptation des homosexuels. Il cherche aussi à conforter les homosexuels, convaincus de leur anormalité qu'ils ne parviennent pas à « soigner » en retrouvant le chemin de l'hétérosexualité. Pour Robb, cette prière est une opportunité pour permettre aux hommes de faire avancer la morale religieuse sur l'orientation sexuelle afin qu'elle ne soit pas plus considérée comme un choix que ne le sont la race ou le sexe de l'individu. Il fonde volontairement son discours sur sa conception personnelle de la création divine de l'humanité[535] pour montrer que les homosexuels n'ont pas choisi leur orientation sexuelle quand bien même ils sont nés d'un père et d'une mère. La pression exercée par les normes sociales a engendré un tabou et de la peur au sein des élites hétérosexuelles qui ont donc volontairement fait le choix individualiste de ne pas s'intéresser aux maux infligés par la société à ceux qui ont une orientation sexuelle différente de la leur. Robb reproche à ces collègues conservateurs de ne pas s'être sentis concernés par les difficultés de tous les Américains et donc d'avoir failli à leur mission au nom de la morale religieuse. Le poids de la tradition morale se reflète dans le débat sur la loi DOMA qui se révèle être une confrontation en faveur d'un changement idéologique entre les partisans de l'homosexualité innée et les défenseurs de l'homosexualité acquise des individus. Robb, en tant que citoyen humaniste, cherche à promouvoir la fin de la discrimination comme « the last frontier in the ultimate fight for civil and human rights », qui n'appelle qu'au respect de la dignité humaine indépendemment de toute justification religieuse partisane ou de toute animosité populaire[536].

Au contraire, Wardle estime que l'opposition des citoyens au mariage des couples de même sexe est un intérêt supérieur de l'État qui justifie son interdiction. Il s'oppose donc au nouveau jugement rendu dans l'affaire *Baehr*, en décembre 1996, déclarant irrecevables les cinq arguments

---

[534] « Mon Dieu, donnez-moi la sérénité d'accepter les choses que je ne peux changer
Le courage de changer les choses que je peux,
Et la sagesse d'en connaître la différence. »
US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, op.cit., p.S10122.
[535] US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, ibid., p.S10122.
[536] « la dernière frontière dans l'ultime combat pour les droits civiques et les droits de l'homme ».
US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, ibid., p.S10122.

(*governmental interests*) avancés[537] par l'État d'Hawaii. Ces derniers ne justifient pas la restriction de droits constitutionnels à l'égard d'une minorité homosexuelle, puisqu'ils ne présentent pas d'arguments empiriques rationnels qui démontrent que les couples homosexuels représentent une menace vis-à-vis des couples hétérosexuels mariés, des enfants et de l'ensemble de la société. De même, des intérêts purement spéculatifs ne peuvent constituer un fondement rationnel pour s'opposer à l'égalité des droits des homosexuels. Citons, par exemple, le fait que la défense du mariage traditionnel puisse inciter les couples mariés à procréer ou, au contraire, que la légalisation du mariage homosexuel menace directement les droits et protections accordés aux couples mariés hétérosexuels ou que leur union ne soit pas reconnue dans d'autres juridictions de l'Union. Autrement dit, les avocats de la défense tentent de faire croire que les autres États fédérés sanctionneraient la légalisation du mariage homosexuel à Hawaii en ne validant pas l'union des couples hétérosexuels célébrée dans ce même État en guise de représailles. On peut donc légitimement penser que la loi DOMA est une mesure préventive pour éviter une série de litiges qui, du point de vue du droit, sont non seulement inconcevables mais surtout qui, en fin de compte, ne se sont jamais présentés. Le Congrès a donc la ferme intention de définir de manière explicite l'hétérosexualité comme critère fondamental pour permettre l'accès des citoyens américains à cette institution, dans la section 3 de la loi DOMA alors que les risques invoqués sont simplement surévalués. Le mariage est : « 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[538]. » Tout citoyen américain s'écartant de ce modèle s'expose au risque de voir sa relation ne recevoir aucune protection et reconnaissance légale du gouvernement fédéral. Pour les législateurs, les homosexuels doivent donc se mettre en conformité avec la loi pour prétendre aux mêmes garanties que les couples hétérosexuels. C'est cette capacité d'adaptation exigée des couples de même sexe ainsi que le danger potentiel qu'ils suscitent qui indignent Barney Frank dans une déclaration tonitruante à la Chambre des représentants, le 10 septembre 1996 marquant l'ouverture du procès en appel de l'affaire *Baehr* à Hawaii :

> This is the most preposterous assertion of all, that marriage is under attack. [...] How does the fact that I love another man and live in a committed relationship with him threaten your marriage? [...] What is

---

[537] Parmi ces intérêts on trouve : la protection de la santé et du bien-être des enfants, la protection de la situation fiscale de l'État, la protection des libertés civiques des citoyens contre les effets du mariage homosexuel, la promotion de la procréation, la garantie que soit reconnus des mariages célébrés à Hawaii dans d'autres États de l'Union.
First Circuit Court. *Baehr v. Miike*. Honolulu. Jugement rendu en September 1996. Consulté le 3 mars 2016 : [http://people.umass.edu/~leg450/Cases%20and%20statutes/BaehrvMiike.pdf]

[538] « une union légale entre un homme et une femme en tant que mari et femme, le mot 'époux' faisant uniquement référence à une personne du sexe opposé qui est mari ou femme. »
U.S. Congress. "Defense of Marriage Act". Bill introduced in the U.S. Congress in Washington, DC, in May 1996. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf], p.1.

> attacking you? [...] I say I do not share that commitment [with a woman]. I do not know why. That is how I was born. That is how I grew up. I find that kind of satisfaction in committing myself and being responsible for another human being who happens to be a man, and this threatens you?[539]

En tant qu'homosexuel, Frank se sent injustement visé par les attaques de ses collègues conservateurs qui portent préjudice à son intégrité et à sa dignité. En s'appuyant sur son expérience personnelle, il livre un témoignage authentique et n'hésite pas à prendre directement pour cible les défenseurs de ce projet de loi pour les faire réagir face à leur ignorance et à leurs préjugés. Il avoue ne pas comprendre l'origine de son homosexualité mais affirme ne pas avoir fait un choix de vie. Sans faire référence au mariage, à l'amour et à la procréation, il évoque avant tout l'idée de s'engager à deux dans un projet de vie, animé par des valeurs de partage, de soutien et de responsabilité qui n'appartiennent à aucune orientation sexuelle et dont les conservateurs ne peuvent considérer détenir le monopole exclusif. Attendant une réponse claire de son auditoire, le député conservateur Steve Largent, de l'Oklahoma, rétorque qu'effectivement la relation de Barney Frank avec un autre homme n'a aucun impact ni sur sa relation de couple, ni sur son mariage célébré vingt ans auparavant mais que l'homosexualité menace l'institution dans sa globalité[540]. Pour Frank, cet argument n'est pas valable car pour menacer l'institution du mariage, il faut prouver comment le mariage homosexuel pourrait agir de manière néfaste sur la stabilité des couples hétérosexuels actuellement mariés. Il exige alors des témoignages clairs de ses collègues conservateurs qu'il n'obtiendra jamais. Ce silence coupable lui suffit à comprendre que rien ne permet d'affirmer avec certitude que le mariage homosexuel est une menace à l'égard du mariage traditionnel et de la civilisation. C'est finalement Largent qui, dans une intervention laconique, répondra de manière cinglante à Frank en l'invitant à continuer d'exercer sa liberté d'entretenir une relation avec un autre homme puisque aucune loi ne le lui interdit[541]. Autrement dit, il devrait s'estimer reconnaissant que l'État ne le poursuive pas pour orientation sexuelle immorale.

C'est dans une autre déclaration, au Sénat cette fois, que Robb parvient à expliquer ce silence de la part de certains membres du Congrès littéralement poussés dans leurs derniers retranchements par la menace de la désinstitutionnalisation du mariage. Il pointe du doigt la réticence des plus modérés à s'opposer à la loi DOMA en raison de la campagne électorale qui bat

---

[539] « C'est l'affirmation la plus grotesque qui soit que de prétendre que le mariage est attaqué. [...] En quoi est-ce que mon amour pour un autre homme et le fait que j'entretienne avec lui une relation engagée menacent votre mariage ? [...] En quoi êtes-vous attaqués ? [...] Je dis que je ne partage pas cet engagement [avec une femme]. Je ne sais pas pourquoi. C'est comme cela que je suis né. C'est comme cela que j'ai grandi. Je découvre une espèce de satisfaction en m'engageant et en étant responsable d'un autre être humain qui se trouve être un homme, et cela vous menace ? ».
142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act. July 11, 1996. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-1996-07-11/pdf/CREC-1996-07-11.pdf], p. H7278.

[540] 142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act, ibid., p.H7278.

[541] 142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act, ibid., p.H7278.

son plein : « A number of our colleagues have told me privately that they are not comfortable supporting this legislation, but the political consequences are too great to oppose it[542]. » Même si ces non-conformistes sont convaincus que cette loi a été ficelée pour institutionnaliser une morale particulièrement haineuse à l'égard d'une minorité impopulaire et de l'utiliser comme base pour établir des lois, on comprend que c'est la peur de perdre leur mandat qui les pousse à agir. Les démocrates ne s'inscrivent plus dans une stratégie politique à l'échelle d'un parti qui, rappelons-le, est minoritaire au Congrès, mais davantage au cas par cas selon les positionnements de leurs électeurs au niveau local. Robb est le seul sénateur démocrate du Sud à avoir voté contre ce projet de loi, ce qui aura pour conséquence de l'éloigner des préoccupations de son électorat conservateur de Virginie, lequel lui fera payer sa trahison en élisant un sénateur républicain en 2000. Son passage au Sénat restera néanmoins marqué par son attachement au compromis entre démocrates et républicains. Symboliquement, Robb s'est battu pour que la Virginie, connue pour ses lois interdisant le métissage et pour être un État rouge du Sud, s'inscrive dans un élan en faveur du progrès pour la placer du bon côté de l'histoire dans une forme de rédemption. Pour le sénateur, il s'agit du même combat : l'hostilité religieuse à l'égard du mariage interethnique se répète dans le combat pour le mariage homosexuel et cette animosité porte à nouveau sur des caractéristiques immuables des individus. C'est pour cela que les débats sur la loi DOMA représentent une formidable tribune pour fustiger et dénigrer la sincérité de la demande des couples homosexuels lorsqu'en fait il faudrait d'abord se demander comment aider à promouvoir des valeurs d'ouverture de la société américaine de manière à enrayer la haine et le dégoût que certains ressentent à l'égard des homosexuels. Robb dénonce ce projet de loi qu'il qualifie de trompe-l'œil et qui ne vise, selon lui, qu'à rassurer la droite religieuse et un électorat frileux à l'idée de la légalisation du mariage homosexuel comme pour mieux renforcer le *statu quo* à l'avenir :

> Despite its name, the Defense of Marriage Act does not defend marriage against some imminent, crippling threat. Maintaining the freedom of States to define a civil union or a legal right to benefits cannot—and will not—harm the strength and power of marriage. Neither can it diminish the love between a husband and a wife, nor the devotion they feel toward their children[543].

Le sénateur revendique l'autonomie et la souveraineté des États à se saisir de cette question puisqu'elle entre dans le domaine de la régulation des relations domestiques et du droit de la

---

[542] « Un certain nombre de collègues m'ont dit, en toute confidence, se sentir mal à l'aise à l'idée de soutenir cette législation mais que les conséquences politiques étaient trop importantes pour s'y opposer. »
US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, ibid., p.S10122.

[543] « En dépit du nom qu'elle porte, la loi de Défense du mariage ne défend pas le mariage contre une menace imminente et brutale. Maintenir la liberté des États de définir une union civile ou un droit légal à des avantages ne peut — et ne pourra — nuire à la force et au pouvoir du mariage. Cela ne diminuera pas non plus l'amour que partagent un mari et une femme, ni le dévouement qu'ils ressentent à l'égard de leurs enfants. »
US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, ibid., p.S10122.

famille, sans intervention d'un gouvernement fédéral qui devrait donc faire preuve de déférence en ouvrant les mêmes droits aux couples de même sexe unis par une union civile ou un partenariat enregistré. Robb dessine les contours d'un compromis qui aurait dû permettre aux États de maintenir la définition du mariage traditionnel tout en affirmant l'importance d'un gouvernement fédéral neutre. Ce dernier aurait laissé les États prendre des initiatives innovatrices pour garantir l'égalité des droits de ces couples désireux d'être unis légalement. Au lieu de cela, le Congrès prend la main et son intervention marque une rupture brutale avec une tradition vieille de 200 ans[544] qui consistait à transférer la compétence relative à la définition du mariage aux États. Patricia Shroeder, représentante du Colorado, dénonce également l'hypocrisie portant sur la prétendue défense du mariage traditionnel quand de nombreux individus font le choix de fuir leurs responsabilités financières à l'égard de leur conjoint et de leurs enfants en obtenant le divorce pour aller se remarier quelques temps après. Elle a d'ailleurs déposé une proposition d'amendement en ce sens, pour interdire que des individus puissent contracter un second mariage sans avoir auparavant apporté un certain nombre de garanties de manière à éviter de laisser un conjoint assurer seul(e) la prise en charge des enfants[545]. Shroeder cible en particulier les inconvénients du divorce à l'amiable, qui ne reconnaît pas l'éventuelle faute morale d'une des deux parties et dont les arrangements ne sont à la hauteur ni des préjudices ni des coûts nécessaires pour assurer les services d'aide et de protection des enfants, répercutés sur l'ensemble des contribuables et de leurs impôts. Pour Shroeder, il y a d'abord urgence à rappeler les obligations des époux hétérosexuels et à les mettre devant leurs responsabilités avant de faire des leçons de morale aux familles homoparentales. Le gouvernement fédéral est bien trop laxiste en la matière et préfère laisser à la charge des contribuables, notamment homosexuels, les conséquences des nombreux échecs du mariage hétérosexuel : « We do not want to go tap the person on the shoulder and say, "You have responsibility for that family you just left. You cannot just shed them and throw them on the taxpayers' roll[546]." » La représentante a été accusée de diversion et de tactique politique par ses collègues conservateurs car elle ne répondait pas à leurs yeux à la menace d'autoriser des couples homosexuels à accéder à l'institution du mariage. Pour elle, ce sont d'abord les enfants qui sont directement menacés par la dissolution d'un mariage, point que la loi DOMA n'aborde pas. Cette loi ne renforce en rien la famille nucléaire traditionnelle, ni même l'union des couples

---

[544] 142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act, op.cit., p.H7273.
[545] 142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act, ibid., p.H7273.
[546] « On ne veut pas aller taper sur l'épaule de la personne et lui dire "Vous êtes responsable de cette famille que vous venez de quitter. Vous ne pouvez pas simplement vous en décharger et la jeter comme ça pour qu'elle soit à la charge des contribuables." »
142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act, ibid., p.H7273.

hétérosexuels mariés. Cette intervention d'une représentante du Colorado a aussi le mérite de remettre en question l'argument selon lequel la loi DOMA renforce l'autorité des États car il faut rappeler que quelques années auparavant le Colorado avait fait approuver un amendement constitutionnel par initiative populaire pour interdire la protection par la loi des homosexuels. Alors que le Colorado s'inscrivait dans une démarche favorable à l'égalité des droits des homosexuels, ce sont les plus conservateurs qui étaient parvenus à se mobiliser pour stopper net cette avancée que les juges de la Cour suprême ont fini par légitimer constitutionnellement dans l'arrêt *Romer*.

Canady conteste l'arrêt rendu dans l'affaire *Romer v. Evans* (1996), affirmant que ce jugement rend constitutionnelle la loi DOMA étant donné que son rapport met en avant quatre arguments majeurs (« governmental interests »). Il dénonce également une contradiction des juges de la Cour suprême qui ont laissé intact l'arrêt rendu dans l'affaire *Bowers* (1986) qui constitutionnalisait la criminalisation de la sodomie comme pratique sexuelle immorale de la part des homosexuels. C'est là non seulement une tentative d'empiétement sur l'autonomie de la justice mais aussi une manipulation pour faire croire que la ratification de la loi DOMA n'est pas motivée par un sentiment hostile à l'égard de l'homosexualité. Pour Canady, il ne serait pas raisonnable de considérer que la justice puisse un jour déclarer la loi DOMA anticonstitutionnelle pour deux raisons « évidentes ». La loi du mariage est protectrice de règles et principes sacrés qui sont par essence inviolables : le mariage hétérosexuel favoriserait la procréation et garantirait la responsabilité des parents à élever leurs enfants dans un environnement propice à leur développement[547]. Par ailleurs, les quatre intérêts légitimes avancés par le gouvernement sont décrits comme un formidable rempart contre toute tentative autoritaire d'une justice qui agirait par activisme. Toutefois, ne peut-on pas penser que le simple fait d'écrire noir sur blanc une volonté de faire taire la justice est une manière pour Canady et ses collègues de se justifier face à des juges qui pourraient révéler au grand jour les mauvaises intentions qui se cachent derrière un tel projet de loi ? En présentant la loi DOMA comme un projet de défense, il fait véritablement passer la loi pour une interdiction qui ne coûte rien au contribuable et n'apporte aucune garantie supplémentaire aux couples mariés et à leurs enfants tandis que les familles homoparentales, elles, restent inexistantes aux yeux des législateurs. En dénonçant le jugement dans l'affaire *Romer*, qu'il estime approximatif et « évasif[548] », Canady ne peut ignorer que la loi DOMA s'inscrit véritablement en porte-à-faux à l'égard d'une Cour de plus en plus sensible à la question de

[547] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.33.
[548] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.32.

l'égalité des droits de la minorité homosexuelle. Pourtant, il n'hésite pas à remettre en cause un jugement qui qualifie d'irrationnel l'intérêt d'un État de protéger la liberté d'association des Américains qui se déclarent hostiles à l'homosexualité pour des motifs personnels (liberté d'expression) ou religieux (libre exercice de la religion) : « Colorado citizens who have moral, religious, or other objections to homosexuality could be forced to employ, rent an apartment to, or otherwise associate with homosexuals[549]. » Il explique que la liberté d'association, garantie par le Ier amendement de la Constitution, autorise certains individus à discriminer et à persécuter au nom de leur « préférence » religieuse qui les autorise à agir ainsi. La liberté d'association devient un moyen de justifier la discrimination des homosexuels. Ainsi, certains individus comme Kim Davis mettent en avant une objection de conscience qui les empêche d'agir en faveur des droits des homosexuels au nom d'une obligation morale supérieure. En d'autres termes, cela revient à dire que Canady justifie l'animosité à l'égard de l'homosexualité du point de vue du droit. D'ailleurs, cela vient corroborer les affirmations du Sénateur Robb selon lesquelles certains législateurs reconnaissent la légitimité de la discrimination comme une arme nécessaire lorsque des citoyens ont des comportements choisis et assumés que la majorité populaire considère comme immoraux[550]. La discrimination structurelle permet de répondre aux peurs irrationnelles et à la haine de certains individus pour que les homosexuels ne soient pas jugés égaux à leurs concitoyens devant la loi. Canady conclut que la liberté d'association, si elle est un principe constitutionnel fondamental, doit donc servir d'intérêt légitime rationnel aux yeux des juges pour valider la constitutionnalité de l'Amendement 2 du Colorado de ne pas protéger le statut de l'homosexualité. En définitive, ce raisonnement qui consiste à mettre en parallèle la loi DOMA et l'invalidation de l'Amendement 2 nous amène à penser que Canady se trahit car en défendant son projet de loi, il sous-entend que le « mariage » homosexuel est contre nature et immoral.

Les opposants à la loi DOMA tiennent à souligner dans ce rapport les incohérences et les maladresses d'un projet de loi ficelé à la va-vite par préoccupation purement électoraliste[551]. En effet, il faut souligner que l'impopularité du Congrès est une caractéristique essentielle du déclin institutionnel depuis la fin des années 1970. Nolan McCarty explique dans le *Washington Post* que

---

[549] « Les citoyens du Colorado qui ont des objections morales, religieuses, ou autres à l'égard de l'homosexualité pourraient être contraints d'employer des homosexuels, ou de leur louer un appartement, ou bien de s'associer avec des homosexuels. »
House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* ibid., p.32.
[550] US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123, op.cit., p.S10122.
[551] House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.42.

la polarisation accrue au sein du Congrès est néfaste à tout principe de coopération bipartisane[552]. Autrement dit, les deux partis majoritaires se livrent une guerre sans merci pour remporter le contrôle non seulement de l'exécutif en s'opposant systématiquement au président issu du camp adverse, mais aussi de l'autorité morale par des combats idéologiques sincères et intenses qui empêchent véritablement toute négociation et compromis. Le 104e Congrès à la fin du premier mandat de Bill Clinton n'échappe pas à cette tendance. Pire, l'absence d'un accord sur le nouveau budget conduira à deux arrêts successifs des activités gouvernementales fédérales (*government shutdown*), les pires de son histoire. Des enquêtes d'opinion révèlent alors que les sondés imputent entièrement la responsabilité de cette crise institutionnelle au leadership républicain mené par le président de la Chambre, Newt Gingrich, alors que deux ans auparavant la « révolution républicaine » marque le retour en force des républicains dans les deux chambres[553]. La présentation de la loi DOMA en mai 1996 est certainement une opportunité pour le leadership républicain d'échapper à son bilan à l'approche des élections et de faire une proposition de loi destinée à faire diversion tout en faisant l'unanimité des membres du Congrès, toutes allégeances partisanes confondues. Cette opposition de principe au président Clinton se retrouve sous la présidence d'Obama, marquée par six années d'obstructionnisme accru faisant du Congrès le pouvoir le plus dysfonctionnel et inefficace de l'histoire[554]. Ce jugement sévère se confirme à la lumière des récents événements (au cours de l'année 2016) sur le refus de la majorité républicaine du Sénat d'engager toute procédure pour désigner et confirmer un nouveau juge à la Cour suprême à la place d'Antonin Scalia et, devant l'obstination des représentants républicains, à ne pas restreindre l'accès aux armes à feu des Américains sans juste application des lois. Non seulement la nomination d'un juge libéral par Obama pourrait faire basculer l'équilibre idéologique acquis jusque-là aux conservateurs, mais surtout des jugements seraient rendus par huit juges au lieu de neuf. Cette situation ne serait pas exceptionnelle en soi mais la Cour suprême, en cas d'égalité parfaite (4-4), ne pourrait plus trancher sur des sujets aussi sensibles que ceux des « guerres pour la culture[555] » et, en particulier, dans une affaire portant sur de nombreuses restrictions à

---

[552] McCARTY, Nolan. "What we know and what we don't know about our polarized politics". *The Washington Post*. January 8, 2014. Consulté le 7 mars 2016 : [https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/01/08/what-we-know-and-dont-know-about-our-polarized-politics/]

[553] ROZELL, Mark, J. *In Contempt of Congress: Postwar Press Coverage on Capitol Hill*. Westport: Praeger Publishers. 1996. p.2.

[554] ROZSA, Matthew. "How GOP obstructionism empowered the presidency". *MSNBC*. January 11, 2015. Consulté le 7 mars 2016 : [http://www.msnbc.com/msnbc/how-gop-obstructionism-empowered-the-presidency]

[555] FASSIN, Éric. Homosexualité et mariage aux États-Unis [Histoire d'une polémique]. In: Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 125, décembre 1998. Homosexualités. p.67. Consulté le 9 mars 2016 : [http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1998_num_125_1_3275]

l'avortement adoptées par la Louisiane ou le Texas notamment[556]. Dans ce cas, celles-ci parviendraient à se maintenir sans difficulté[557]. Pour les républicains, ce blocage qui consiste à empêcher le président américain d'accomplir son devoir constitutionnel se justifie également car ils considèrent son statut actuel de « canard boiteux[558] » (« *Lame duck* ») alors que son successeur n'est même pas encore élu. Ce serait donc désormais au peuple d'élire un nouveau président pour que celui-ci désigne un nouveau juge. Le bipartisme et le contrôle du Congrès par une majorité républicaine hostile au président démocrate expliquent cette situation inouïe, dans laquelle les membres de l'opposition dictent de nouvelles règles du jeu et se soustraient sciemment à leurs obligations constitutionnelles en refusant la moindre audition d'un candidat nommé par le président Obama. En 1997, les républicains disposent également d'une marge de manœuvre conséquente pour leur permettre d'infléchir les positions de Clinton, même fraîchement réélu, dans le domaine de l'autorité morale, à travers la question du mariage. De manière paradoxale, la loi DOMA est devenue pour les conservateurs une arme pour renforcer les prérogatives d'un gouvernement fédéral fort en donnant toute latitude aux États de ne pas reconnaître la légalisation du mariage de juridictions extérieures à leurs frontières et de contourner ainsi l'application de l'Article IV de la Constitution en créant une exception à la règle justifiée par leur animosité à l'égard du mariage homosexuel. Pour les opposants au projet, si les conservateurs défendent le principe de la souveraineté et des droits des États, l'intervention du gouvernement fédéral ne se justifie pas : « Thus, the bill is exactly the opposite of a states rights measure: the only real force it will have will be to deny a state and the people of that state the right to make decisions on the question of same sex marriage[559]. » En effet, le mariage homosexuel légalisé dans un État ou tout autre dispositif similaire n'a aucune valeur fédérale. La loi a même eu pour effet d'ouvrir la voie à un autre débat, portant cette fois sur la ratification d'un amendement constitutionnel pour définir le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme sous le second mandat du président Bush.

---

[556] En définitive, dans l'affaire *Whole Woman's Health v. Hellerstedt,* les juges (5-3) déclarent anticonstitutionnelles les lois restrictives sur l'avortement de l'État du Texas le 27 juin 2016.

[557] 391 jours est la durée la plus longue pour obtenir la confirmation d'un nouveau juge sous Nixon et depuis que la Cour suprême est composée de neuf juges (1869).

[558] Expression qui désigne une période de transition entre les élections de novembre et l'entrée en fonction des candidats élus au Congrès et à la Maison Blanche en janvier de l'année suivante.

[559] « Ainsi, le projet de loi est exactement le contraire d'une mesure en faveur des droits des États. La seule force qu'elle aura sera d'empêcher un État et les individus de cet État d'exercer leur droit de prendre des décisions sur la question du mariage homosexuel. »
House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report,* op.cit., p.42.

II.B. Bush : la présidence d'une croisade morale pour la famille traditionnelle

La dernière année du premier mandat du président Bush, engagé dans une guerre contre le terrorisme, est marquée par un combat contre une « culture déviante et décadente », justifié par les « mauvais choix de vie » des Américains et en particulier de la jeunesse : « All of us, parents and schools and government, must work together to counter the negative influence of the culture and to send the right messages to our children[560]. » Bush en appelle à un combat collectif pour défendre les générations futures contre les maladies sexuellement transmissibles en préconisant l'abstinence sexuelle, contre les drogues et les anabolisants dans le monde du sport, par des campagnes de sensibilisation au niveau local. Le président se pose en véritable père de la Nation pour protéger l'Amérique contre des changements culturels néfastes à la stabilité, la force et la vitalité de la civilisation américaine, tout en encourageant le peuple à faire des choix de vie favorables à la tradition morale. Celle-ci est plus forte, selon lui, en préservant l'institution du mariage hétérosexuel nécessaire à la pérennité de la branche famille présentée comme le pilier du tissu social.

À l'approche d'une nouvelle élection, Bush s'engage dans cette guerre culturelle en faveur des valeurs conservatrices pour protéger l'Amérique contre des choix de vie immoraux tels que l'homosexualité, qu'il ne mentionne même pas dans son discours sur l'état de l'Union en 2004. En l'occurrence, Gavin Newsom, le maire de San Francisco fraîchement élu et présent dans l'auditoire, s'indigne devant la nouvelle proposition du président de recourir à des amendements constitutionnels pour interdire le mariage homosexuel afin d'empêcher que des juges ne « redéfinissent » les lois de ce pays et, en particulier, le *Defense of Marriage Act*[561]. En effet, sans véritablement les nommer, Bush cible la décision de justice du Massachusetts qui, en novembre 2003, reconnaît que l'interdiction du mariage homosexuel est discriminatoire et donc anticonstitutionnelle, mais aussi le jugement rendu dans l'affaire *Lawrence* par la Cour suprême interdisant les lois contre la sodomie en juin 2003. Bush, en brandissant la carte d'un veto au mariage homosexuel par des recours à des amendements constitutionnels dans tous les États, parvient à trouver le moyen de mobiliser les électeurs pour se rendre aux urnes en novembre 2004. Treize états approuvent par référendum un amendement constitutionnel interdisant la

---

[560] « Nous tous, parents, écoles et gouvernement, devons travailler ensemble pour contrer l'influence négative de la culture et de manière à transmettre les bons messages aux enfants. »
President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address". United States Capitol, January 20, 2004. [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/01/20040120-7.html]

[561] GORDON, Rachel. "The battle over same-sex marriage / Uncharted territory / Bush's stance led Newsom to take action". *San Francisco Chronicle*. February 15, 2004. Consulté le 20 mars 2016 : [http://www.sfgate.com/news/article/THE-BATTLE-OVER-SAME-SEX-MARRIAGE-Uncharted-2823315.php]

reconnaissance d'unions homosexuelles. La proposition de Bush vient confirmer les dires des opposants à la loi DOMA, à savoir que cette loi doit dissuader toute tentative d'ouverture de l'institution du mariage aux couples de même sexe par voie législative ou judiciaire dans les États.

C'est donc dans ce contexte que Newsom, qui a annoncé qu'il envisageait de se présenter comme gouverneur de Californie en 2018, prend l'initiative de marier des couples de même sexe à San Francisco, dès le 12 février de la même année, et ce contre la loi de 2000 approuvée par référendum en Californie. Pour ce catholique irlandais, la ville de San Francisco doit se saisir de cet élan provoqué par la décision de la Haute Cour du Massachusetts que soit autorisée la délivrance de licences de mariage aux couples de même sexe. Cette action va se révéler une stratégie payante pour déstabiliser la présidence qui se réclame de la « bonne vie », et permettre ainsi à la justice de la Californie de se saisir de la question de l'égalité des droits des couples de même sexe. Contrairement à Bush, Newsom affirme que mettre fin à la discrimination des couples de même sexe est une base morale légitime qui doit faire avancer le pays dans la direction du progrès en réaffirmant le principe constitutionnel de l'égale protection des lois : « I took an oath of office to bear truth, faith and allegiance to the constitution of the state of California, and there is nothing in that Constitution that says that I have the right to discriminate against people on any basis[562]. » Newsom tient à justifier pourquoi il se refuse d'appliquer la loi de 2000 définissant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, qu'il assimile à une forme de discrimination contraire à la Constitution de la Californie. Malgré les sommations du gouverneur Arnold Schwarzenegger d'appliquer la loi, Newsom déclare être prêt à sacrifier sa carrière politique dans ce combat qu'il estime juste et nécessaire, devant la menace d'un amendement constitutionnel fédéral porté et défendu par le président Bush. En effet, la réaction du président ne se fait pas attendre puisque douze jours plus tard, Bush organise une conférence de presse dans laquelle il met à exécution son projet de référendum en faveur d'un amendement constitutionnel devant des décisions locales de légaliser le mariage homosexuel qu'il qualifie d'« arbitraires ». Pour Bush, cette légalisation non seulement n'est pas fondée mais elle viendrait semer le trouble et la confusion dans l'esprit des Américains, ce qui nécessite son intervention pour clarifier la situation[563]. N'est-ce pas plutôt son intervention qui vient semer le trouble et marquer son manque

---

[562] « Lors de mon serment d'investiture, j'ai juré de défendre la vérité, ma foi et mon allégeance à la constitution de la Californie et rien dans la Constitution ne mentionne mon droit de discriminer les individus, quel qu'en soit le motif. » CNN Law Center. "Mayor defends same-sex marriages". *CNN*. Monday, February 23, 2004. Consulté le 20 mars 2016 : [http://edition.cnn.com/2004/LAW/02/22/same.sex/]

[563] President George W. Bush. “President calls for Constitutional Amendment Protecting Marriage”. The Roosevelt Room, February 24, 2004 : [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/02/20040224-2.html]

de considération à l'égard de l'autonomie des États et d'initiatives en faveur du progrès émanant d'hommes et de femmes élus par le peuple ?

II.B.1 Le *Marriage Protection Act* (MPA) et le *Federal Marriage Amendment* (FMA) : l'établissement opaque d'une religion ?

Lors de son discours sur l'état de l'Union de 2004, Bush a clairement indiqué vouloir préserver une tradition qui consiste à défendre une certaine vision religieuse de la vie à laquelle les Américains sont sensibles[564]. C'est la raison pour laquelle celle-ci est inviolable et l'institution du mariage ne peut raisonnablement être remise en cause ou faire l'objet de la moindre ouverture à des couples de même sexe. Bush cherche à agir efficacement en remplissant deux objectifs : tout d'abord mettre un terme à un débat politique et une bataille judiciaire entre le gouvernement fédéral et les autorités locales en renforçant celui-ci, mais aussi séduire la droite religieuse en protégeant ses intérêts moraux. Bush justifie son intérêt à agir en expliquant que ce sont finalement les Américains hétérosexuels qui se retrouvent victimes de leur propre système par des décisions infondées et injustes, prises parfois par des juges qui ne sont pas élus par le peuple. D'une certaine manière, le président vient personnellement rendre le pouvoir de décision aux citoyens en les invitant à se prononcer lors d'initiatives populaires sur la question du mariage traditionnel. Cette question citoyenne est rendue nécessaire devant la prétendue menace du mariage homosexuel, qui mettrait en péril les privilèges du mariage hétérosexuel : « [U]nless action is taken, we can expect more arbitrary court decisions, more litigation, more defiance of the law by local officials, all of which adds to uncertainty[565]. » Bush tente de verrouiller tout processus favorable à l'égalité des droits du mariage en empêchant que la justice puisse se prononcer en faveur des couples de même sexe en amendant la Constitution pour faire barrage aux juges libéraux. Néanmoins, à aucun moment le président n'explique en quoi les couples hétérosexuels mariés sont directement concernés et affectés par l'union des couples de même sexe. Il qualifie d'arbitraires ces décisions de justice, mais n'est-ce pas la prérogative du troisième pouvoir d'interpréter les lois et de les invalider lorsque celles-ci sont contraires à la Constitution ? Bush outrepasse véritablement ses fonctions pour contester des jugements qui ne correspondent pas à ses intérêts idéologiques.

---

[564] President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", op.cit., p.4

[565] « [S]i aucune mesure n'est prise, nous pouvons nous attendre à davantage de décisions de justice arbitraires, davantage de procès, davantage de mépris à l'égard de la loi de la part des autorités locales, tout cela accroît l'incertitude. »
President George W. Bush. "President calls for Constitutional Amendment Protecting Marriage", loc. cit.

Dès la fin de l'année 2003, John Hostettler (Parti républicain) présente à la Chambre des représentants un projet de loi pour restreindre considérablement le contrôle juridictionnel exercé par la justice pour empêcher que des juges ne contraignent les États à reconnaître le mariage de couples homosexuels célébrés en dehors de leurs frontières. En ayant recours au « *jurisdiction stripping* », prérogative du Congrès garantie par la Constitution[566], les républicains cherchent à s'assurer que la loi DOMA et en particulier la disposition 1738c ne puissent être invalidées par la justice. Celle-ci autorise depuis 1996 les États à ne pas appliquer la *Full Faith and Credit Clause* de manière à ne pas faire reconnaître le mariage homosexuel. Le *Marriage Protection Act* de 2004, soutenu par la Maison Blanche, est un projet de loi contre une certaine justice libérale afin de préserver le mariage traditionnel contre tout processus de redéfinition et ce contre l'avis des législateurs. Cependant, ce projet ne voit jamais le jour, malgré de nombreuses tentatives dont la dernière remonte à mars 2011, soit deux ans avant que la section 3 de la loi DOMA définissant le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme ne soit définitivement abrogée par la Cour suprême. On peut donc légitimement penser que lorsque le président Bush présente un projet d'amendement constitutionnel non seulement aux États mais aussi au gouvernement fédéral, les républicains sont dans une logique d'acharnement obsessionnel. Ils agissent par obstructionnisme grâce à leur maîtrise du système des contre-pouvoirs qui leur permet de mettre en place les barrages nécessaires de manière à ce que la loi fédérale prime sur celle des États. Autrement dit, sans la loi DOMA, on peut imaginer que les couples homosexuels mariés après mai 2004 dans le Massachusetts auraient pu prétendre aux droits fédéraux du mariage. Enfin, ces deux nouveaux projets sont révélateurs de la détermination du gouvernement, prêt à limiter le champ d'action de la justice, d'où l'importance pour les républicains de reconquérir la Maison Blanche afin de nommer des juges conservateurs. En faisant barrage aux couples de même sexe souhaitant se saisir de la justice, le *Marriage Protection Act* (MPA) et le FMA ne sont-ils pas contraires au principe constitutionnel de la sécurité juridique qui garantit protection aux citoyens contre des lois incohérentes et arbitraires ?

Selon Jim Sensenbrenner, auteur du rapport sur la loi MPA adressé à la commission judiciaire de la Chambre des représentants en juillet 2004, cette mesure est justifiée pour contrebalancer les « abus de pouvoir » de la justice fédérale en matière d'avortement et d'homosexualité[567]. Sensenbrenner accuse la justice de ne pas respecter les lois votées par les

---

[566] The Exceptions Clause, U.S. Constitution, Article III, § 2.

[567] 108th Congress. United States House Committee on the Judiciary. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views". July 19, 2004. [https://www.congress.gov/108/crpt/hrpt614/CRPT-108hrpt614.pdf], p.5.

législateurs ou, comme celle de la Californie sur le mariage, approuvées par référendum et d'utiliser leur pouvoir de contrôle juridictionnel pour promulguer de nouvelles lois au mépris de la fonction de législateur élu par le peuple. Au lieu d'aborder la question centrale des droits fondamentaux des homosexuels et des couples de même sexe, ce membre du Congrès préfère s'inscrire dans un débat politique remontant aux origines de la nation pour limiter le pouvoir des juges fédéraux. Pourtant, le jugement du Massachusetts en 2003 n'est pas rendu par un juge fédéral mais bien par la Haute Cour de l'État. Autrement dit, Sensenbrenner cherche à contourner le vrai sujet pour masquer son hostilité à l'égard des couples de même sexe en leur refusant les droits du mariage au niveau fédéral. Loin de vouloir prendre en compte certaines décisions de justice sociale en faveur de l'égalité des droits, ce représentant préfère parler d'une justice autoritaire et excessive qui nécessite l'intervention d'un Congrès fort et des mesures exceptionnelles. De fait, tant que la loi DOMA fait l'objet de critiques ou de simples remises en question par des juges relevant de la juridiction des États, empêcher les tribunaux fédéraux de se saisir de la question du mariage homosexuel ne semble pas être une mesure de rétorsion excessive selon le Service de recherche du Congrès[568]. En effet, ce que les partisans de la loi MPA redoutent, c'est qu'un tribunal fédéral soit en mesure d'annuler la loi DOMA.

De fait, ils décrivent ce projet de loi avant tout comme un véritable levier relevant du système des contre-pouvoirs et non comme une arme mettant à mal la séparation des pouvoirs[569]. C'est pourtant le Congrès qui, avec l'aval et le soutien de l'exécutif, s'efforce de limiter l'impact d'éventuelles décisions de justice sur le mariage, sans véritablement se prononcer sur le fond des dossiers qui relève de la compétence du troisième pouvoir : « Congress's exercise of its authority to remove classes of cases from Federal court jurisdiction also does not give Congress the power to decide the outcome of cases: that decisional authority would rest with the state courts[570]. » Une contradiction émerge alors : Sensenbrenner fait preuve de déférence à l'égard de l'autonomie et de la compétence de la justice mais, en refusant que certaines affaires soient arbitrées par la justice fédérale, il établit une hiérarchie qui laisse penser que seuls les tribunaux des États ont la légitimité pour se saisir de la question du mariage. Dans ce cas, pourquoi Bush se lance-t-il dans une campagne en faveur d'un amendement constitutionnel fédéral alors que la loi MPA est

---

[568] "Constitutional Issues Relating to H.R. 3313, the 'Marriage Protection Act'," Congressional Research Service Memorandum to Subcommittee on the Constitution, House Committee on the Judiciary, from Kenneth R. Thomas, Legislative Attorney, American Law Division (March 1, 2004) at 6. Cité dans 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.18.

[569] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.18.

[570] « L'exercice du pouvoir que possède le Congrès de soustraire à la juridiction de la Cour fédérale certaines catégories d'affaires, ne confère pas pour autant au Congrès le pouvoir de décider de l'issue de ces affaires : ce pouvoir décisionnaire resterait encore l'apanage des tribunaux d'État. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.18.

approuvée par la Chambre des représentants ?

John Conyers, actuel doyen de la Chambre des représentants, affirme dans une déclaration que le président Bush sait pertinemment qu'il n'obtiendra pas les majorités nécessaires pour que son amendement puisse entrer en vigueur et soit soumis à la ratification des États[571]. Selon lui, Bush serait aux abois et affaibli par le fiasco de la guerre en Irak[572] : « The President is in danger of losing his job and wants to detract attention from his Iraq failure and to bolster support among right-wing conservatives[573]. » C'est la raison pour laquelle la loi MPA ne serait non seulement qu'un sujet de diversion mais aussi une simple roue de secours de manière à garantir que la loi DOMA ne soit soumise à aucun contrôle de constitutionnalité, alors que la jurisprudence dans *Marbury v. Madison* permet à la justice fédérale de déclarer une loi anticonstitutionnelle. Conyers tient donc à critiquer l'hypocrisie et la mauvaise foi d'un parti Républicain qui se sent menacé aux élections, et qui agit de manière hostile face à une justice pernicieuse en matière d'affaires relevant des guerres culturelles, alors que celui-ci s'est pourtant empressé de saisir la Cour suprême pour faire élire son candidat George W. Bush en 2000.

Martin Redish, professeur de droit et spécialiste de droit constitutionnel, alors qu'il est auditionné par la commission judiciaire, met en garde contre un recours abusif à la modification du champ d'intervention de la justice fédérale. En effet, les principes de sécurité juridique, de séparation des pouvoirs et d'égalité des droits contenus dans la Constitution peuvent non seulement être utilisés pour rendre ce projet de loi invalide, mais surtout exigent du Congrès qu'il ne s'immisce pas dans l'exercice des prérogatives du troisième pouvoir, à savoir interpréter la Constitution et la recevabilité des lois en particulier lorsque « the motivation for legislation is to deprive a specific class of people, in this case, gays and lesbians, of their access to the courts, that is a violation of the equal protection clause[574]. » Cette référence à la jurisprudence de 1996 de la part de Jerrold Nadler montre à quel point les partisans du projet de la loi MPA se moquent éperdument de la décision de la Cour suprême de garantir aux homosexuels la protection de certains de leurs droits fondamentaux. Nadler s'insurge contre un Congrès « hystérique » plus

---

[571] La proposition d'amendement doit être approuvée aux deux tiers des deux chambres du Congrès puis ratifiée par les trois quarts (des conventions) des États. (Article V, U.S. Constitution)

[572] Cette guerre a provoqué plus de 4 000 morts, les armes de destruction massive en Irak n'ont pas été retrouvées, les liens entre Saddam Hussein et Ben Laden n'ont pas été établis.

[573] « Le Président risque de perdre son emploi et veut détourner l'attention face à l'échec de sa guerre en Irak et renforcer le soutien des conservateurs de droite. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.18.

[574] « La motivation sous-tendant la législation est de priver une catégorie spécifique d'individus, dans le cas présent, les gays et les lesbiennes, d'avoir accès à la justice, il s'agit là d'une violation de l'égale protection des lois. » Propos cités dans *Romer v. Evans* (1996).
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.35.

obnubilé par la question du mariage homosexuel que par la menace du terrorisme. Enfin, il rappelle justement qu'Hamilton était quant à lui favorable à ce que des juges non élus puissent arbitrer des questions concernant les droits fondamentaux de groupes minoritaires impopulaires et que c'est ainsi que le système gouvernemental a été conçu[575]. Nadler tient ainsi à dénoncer un coup politique de la part des conservateurs, consistant à changer sur-le-champ le fonctionnement des institutions uniquement à l'égard d'une minorité pour empêcher que ne soit examinée une éventuelle demande d'accès aux droits fédéraux du mariage. Pire, ce gouvernement est en train de mettre en place un dangereux patchwork de lois et d'interprétations hétéroclites de la Constitution fédérale, au sein de l'Union des cinquante États, remettant en question la citoyenneté américaine des homosexuels, étant donné que leurs droits contenus dans la Déclaration des droits et le XIVe amendement ne seront plus soumis à un examen constitutionnel de la part des juges fédéraux. Nadler exhorte ses collègues conservateurs à expliquer en quoi le mariage homosexuel est une menace pour l'avenir de la nation et le bon fonctionnement des institutions en faisant inscrire dans la loi que la Constitution ne saurait reconnaître l'homosexualité par l'intermédiaire d'interprétations douteuses de certains juges[576].

À cette question, Lamar Smith rétorque que les juges n'ont plus aucune éthique professionnelle ni conscience morale : « Judges routinely overrule the will of the people and invent new rights and ignore traditional morality[577]. » Selon lui, ils ont perdu toute crédibilité, ce qui justifie l'intervention du Congrès et d'une majorité conservatrice pour refréner leur indépendance d'esprit contraire à la morale. En fait, les conservateurs attaquent l'indépendance des décisions de la justice et tentent de faire croire au bien-fondé moral et à la neutralité de leur projet de loi, qui ne cherche qu'à consolider l'institution religieuse du mariage, bénéfique à leurs yeux à l'intérêt général puisqu'elle proscrit l'union des couples de même sexe. Un acte homosexuel est toujours considéré comme une déviance proscrite par la morale religieuse, ce qui justifie que certains juges et législateurs continuent de ne pas vouloir reconnaître les libertés fondamentales des homosexuels. Smith estime cette procédure d'intervention légitime pour plusieurs raisons. Tout d'abord, quarante-quatre États ont fait le choix de définir le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, ce qui correspond à 86 % de la population américaine, soit une large majorité. Il explique aussi que les juges ne peuvent s'opposer à la volonté du peuple de ne pas ouvrir l'institution du mariage aux couples homosexuels. Il faut comprendre que le peuple étant

---

[575] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.34.
[576] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.36.
[577] « Les juges rejettent systématiquement la volonté du peuple et inventent de nouveaux droits et ignorent la morale traditionnelle. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.36.

souverain, il est libre d'approuver des initiatives discriminatoires à l'égard de groupes minoritaires pour imposer sa conception de la vie et de la morale. Enfin, il inscrit cette démarche dans le raisonnement de Thomas Jefferson, anti-fédéraliste, qui voyait d'un très mauvais œil que des litiges constitutionnels puissent être résolus par des juges dont le pouvoir pouvait aboutir à l'établissement d'une oligarchie[578]. Seulement, il convient de rappeler qu'au début du XIXe siècle, le traumatisme de la domination britannique reste effectivement une préoccupation, alors qu'au XXIe siècle la Cour suprême est, selon Christian Lerat, professeur d'études nord-américaines, « l'un des meilleurs baromètres de l'état des mentalités[579] ». Celle-ci n'hésite pas non plus à se dissocier du courant majoritaire de la classe politique pour véritablement représenter le rempart en faveur de la liberté et de la justice cher à Hamilton contre toute discrimination. De fait, l'accusation selon laquelle les juges fédéraux sont une menace pour la démocratie américaine[580] parce qu'ils estiment que la Constitution protège les droits de tous les Américains, et notamment ceux des homosexuels, ne semble pas fondée.

Tammy Baldwin, première sénatrice ouvertement homosexuelle, sous-entend que les sujets liés aux guerres culturelles ainsi que les règles d'organisation du pouvoir, contenues dans la Constitution, rendent ces désaccords inéluctables et inhérents au système des contre-pouvoirs[581]. On peut donc légitimement arguer que ces débats portant sur l'autorité morale de la nation font partie intégrante de la démocratie américaine et témoignent de sa vitalité. Néanmoins pour Baldwin, les conservateurs viennent de franchir une ligne jaune avec la proposition de loi H.R. 3313, considérée comme une entrave majeure à la séparation des pouvoirs, à la légitimité de la justice et en particulier à la notion de *standing* (compétence à agir) qui marque véritablement le caractère discrétionnaire de la Cour suprême en statuant sur la recevabilité ou non des affaires. Baldwin tente de manière pédagogique et pragmatique de rappeler les rôles de chaque pouvoir, permettant que les lois soient passées au crible par des organes complémentaires pour garantir leur conformité et s'assurer que celles-ci s'appliquent de façon équitable : « […] the continual and fearless sifting and winnowing by which alone truth can be found[582]. » Ce principe académique qui s'applique à l'université du Wisconsin (dont elle est originaire) a été inventé par le professeur Charles Kendall Adams. En faisant référence à cette quête constante de la vérité, Baldwin se

---

[578] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.37.
[579] LERAT, Christian. *La Cour suprême des États-Unis : pouvoirs et évolutions historiques*. Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux. 2003, p.8-9.
[580] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", op.cit., p.37.
[581] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.38.
[582] « […] (c'est par) le processus incessant et courageux du criblage et du vannage qui seul permet de découvrir la vérité. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.38.

demande si finalement cette loi est juste, impartiale et objective. Dans ce combat à la recherche de la « bonne vie », les conservateurs sont-ils véritablement dans le vrai ? Persuadée de son inconstitutionnalité, elle tente de dissuader et de rappeler à la raison un Congrès qui risque de subir une déconvenue en agissant par arrogance et agacement contre les intérêts de la justice. Elle s'appuie sur le témoignage de Redish : « I firmly believe that Congress should choose to exercise this power virtually never[583]. » Autrement dit, la question du mariage homosexuel n'est pas un sujet qui justifie que la justice soit dépouillée de cette question sociétale. En effet, d'autres sujets devraient être dans ce cas retirés de la compétence des tribunaux fédéraux, en particulier lorsqu'ils sont clivants et qu'ils polarisent la classe politique, incapable de s'entendre sur la base d'un compromis.

C'est la raison pour laquelle Steve Chabot finit par admettre que la loi MPA ne peut être qu'une solution temporaire, le temps que la commission judiciaire du Sénat organise une audience pour proposer un amendement constitutionnel qui mettrait un terme à la reconnaissance d'unions homosexuelles[584]. Seulement Chabot ne précise pas que le processus complexe de ratification d'un amendement à la Constitution des États-Unis peut prendre des années, ce qui fait que cette loi aurait vocation à se maintenir sur le long terme en toute vraisemblance. Néanmoins, il assure que ce dispositif reste un moyen efficace de protéger les familles hétérosexuelles assaillies de toute part par des revendications au mariage homosexuel qui les menaceraient directement ainsi que leurs enfants. Dans l'incapacité d'identifier avec précision la nature exacte de cette menace, Sheila Jackson Lee parvient à faire comprendre à demi-mot que ce sont véritablement leurs convictions religieuses que les conservateurs cherchent à défendre au détriment des droits des couples de même sexe. Tout en défendant le principe de la liberté religieuse, au nom, déclare-t-elle, du droit de n'importe quel individu de ne pas être inquiété pour ses opinions religieuses, cette membre de la Chambre des représentants tient aussi à faire part de son expérience de la discrimination en tant qu'Afro-Américaine : « There were times that in my skin, and my plight in this Nation, my second class citizenship, I could only look to the courts for relief[585]. » La liberté religieuse est entravée lorsque celle-ci est instrumentalisée pour masquer la volonté de certains responsables politiques de discriminer certains citoyens pour leurs différences : Jackson Lee plaide en faveur d'une justice impartiale pour exiger réparation. En fin de compte, les conservateurs de la Chambre s'arrogent le

---

[583] « Je crois fermement que le Congrès ne devrait presque jamais choisir d'exercer ce pouvoir. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.39.
[584] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.40.
[585] « Il y a des moments où de par ma peau, mes malheurs dans cette Nation, ma citoyenneté de seconde zone, je ne pouvais que me tourner vers la justice pour demander réparation. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.41.

droit d'empêcher les homosexuels de faire appel ou de contester des lois contraires à l'égale protection des lois. Le Congrès aurait-il pu donc empêcher que la Cour suprême ne se prononce en 1954 pour la déségrégation des écoles et que cette affaire reste entre les mains des États du Sud ? On constate que les récentes initiatives législatives en faveur de la liberté religieuse pour discriminer les couples de même sexe ont le même objectif que par le passé, à savoir instaurer un système hiérarchique inégalitaire des races, à savoir un racisme structurel voulu par Dieu. Theodore Bilbo, gouverneur démocrate du Mississippi, a mis en garde contre toute tentative du mélange des races qu'il interprétait comme un sacrilège, une violation du Droit divin : « [P]urity of race is a gift of God... And God, in his infinite wisdom, has so ordained it that when man destroys his racial purity, it can never be redeemed[586]. » Tout en alimentant un sentiment de culpabilité des croyants, Bilbo est parvenu à faire de Dieu un être favorable à la suprématie de la race blanche, hostile à tout projet de métissage contre nature. En critiquant un projet de loi qui s'attaque à la nature même du fonctionnement des institutions, Jackson Lee s'insurge contre une certaine discrimination institutionnelle favorable à l'hétéronormativité et au dogme de la complémentarité homme-femme pour humilier les familles homoparentales et ignorer leur existence. Par essence, le couple n'a-t-il pas vocation à accomplir d'autres fonctions complémentaires que celles issues de la différenciation des sexes ?

Baldwin propose un amendement à cette réforme dont l'objectif serait d'agir dans l'intérêt collectif de tous les citoyens américains afin de leur garantir la protection de leurs libertés, de leur droit à une juste application des lois (*Due Process of Law*, V^{e} et XIVe amendement) et à l'égale protection des lois (XIVe amendement, section 1). Cette mesure permettrait de ne pas défendre les seuls intérêts particuliers des partisans du mariage traditionnel et d'honorer un autre principe universel cher à Jefferson selon lequel « tous les hommes sont créés égaux[587]. » Baldwin non seulement remet radicalement en cause l'intérêt même de la loi MPA mais surtout profite de l'occasion pour tenter de promouvoir l'égalité des femmes, ce qui n'a hélas aucun effet. En effet, elle s'attire les foudres de ses opposants et en particulier Chabot qui, non seulement rejette en bloc sa proposition, mais encore se lance à son tour dans des tirades théoriques pleines de références historiques répétitives qui rendent le débat risible et inaudible. Dans une ambiance délétère, chaque parti campe sur ses positions sans envisager le moindre recul.

---

[586] « La [p]ureté de la race est un cadeau de Dieu... Et Dieu, dans sa sagesse infinie, a ainsi ordonné que lorsque l'homme détruit sa pureté raciale, celle-ci ne peut jamais être rachetée. » Dans son ouvrage *Take your Choice: Separation or Mongrelization*, 1946. Cité dans MILLHISER, Ian. "When 'Religious Liberty' Was Used To Justify Racism Instead Of Homophobia". *ThinkProgress*. February 26, 2014.
Consulté le 26/03/16 : [http://thinkprogress.org/justice/2014/02/26/3333161/religious-liberty-racist-anti-gay/]

[587] Déclaration d'indépendance des États-Unis, 1776. Cité dans 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", op.cit., p.47.

Adam Schiff tente alors de prendre de la distance en calmant les ardeurs de ses collègues. Pour cela, il leur rappelle qu'après cinq audiences consacrées exclusivement à la question du mariage homosexuel, il leur faut admettre leur manque cruel d'efficacité. Selon lui, il serait temps d'avancer pour ne pas négliger d'autres questions sensibles sans pour autant minimiser le sujet central de l'évolution de l'institution du mariage. Au fond, ce qu'il reproche à ses collègues c'est de ne pas avoir pris en compte les témoignages rassurants des experts qui leur ont assuré que la loi DOMA étant constitutionnelle, cette loi ne serait vraisemblablement pas abrogée par la justice fédérale. Autrement dit, il juge toutes ces précautions à l'égard de la justice pour le moins inhabituelles quand, en fait, le Congrès devrait être davantage enclin à faire obstruction à un président qui a annoncé vouloir en découdre avec l'activisme judiciaire[588]. Pour Schiff, cela revient à dire que le Congrès et l'exécutif se sont alliés pour déposséder la justice de la liberté d'expression garantie par le Ier amendement afin qu'elle n'émette plus aucun avis sur le droit fondamental du mariage. Ce qui l'inquiète, c'est que cette réforme soit la porte ouverte à d'autres formes de dépouillement sauvage pour empêcher que la Cour suprême ne statue dans des affaires relevant de la Déclaration des droits, comme celle sur le port des armes à feu[589]. En définitive, cette hystérie à l'égard de juges activistes ne résulte-t-elle pas du fait que les partisans de la loi DOMA savent pertinemment que cette loi est constitutionnellement contestable puisque la *Full Faith and Credit Clause* ne s'applique plus à la question du mariage ?

En effet, le projet des conservateurs est de museler la justice fédérale alors que les trois pouvoirs, y compris les citoyens par référendum, ont pu s'exprimer sur la protection du mariage traditionnel. Certains membres du Congrès tiennent à préciser que la question du mariage homosexuel n'est pas seulement un enjeu institutionnel, mais que, comme celles débattues dans toutes ces guerres culturelles, elle renvoie à celle de l'identité nationale : « [How we define marriage] [...] is fundamental to who we are as a people, to our beliefs, and to who we are as a country[590]. » La crise autour du mariage homosexuel est empreinte d'une solennité qui met le gouvernement fédéral face à ses responsabilités, en l'obligeant à trancher : il va soit s'inscrire dans la continuité historique d'une politique de la persécution, de la discrimination et de l'indifférence, soit accéder à la demande des couples de même sexe et leur ouvrir le droit au mariage. En proposant la loi MPA, les républicains persistent à hiérarchiser les unions hétérosexuelles et homosexuelles en accordant une différence de traitement favorable à l'hétérosexualité afin qu'une

---

[588] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.48.
[589] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.49.
[590] « [La manière dont nous définissons le mariage] [...] est un élément fondamental de ce que nous sommes en tant que peuple, de nos croyances et de ce que nous sommes en tant que pays. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.75.

justice partiale préserve le mariage traditionnel.

En fin de compte, ce débat, en nuisant à la légitimité des couples de même sexe, crée aussi un sentiment de malaise parmi les démocrates. Robert Wexler souhaite personnellement ne pas être associé à des propos qui ne tiennent absolument pas compte du droit qu'ont les hommes et femmes homosexuels d'être considérés comme des citoyens à part entière et donc d'être représentés tout en étant protégés par la Constitution du pays. Ce qu'il demande au fond, c'est que cette commission aille au-delà de la question de l'homosexualité, dont il est convaincu qu'elle ne viendra pas compromettre ni son mariage avec une femme, ni celui de ses collègues[591]. Autrement dit, les conservateurs négligent sciemment de mentionner ceux qui suscitent leur mépris et leur indifférence, à savoir les couples de même sexe. Theodore Olson, l'avocat qui a plaidé à la Cour suprême en faveur de l'élection de Bush en 2000, se charge d'une certaine façon de rappeler à ses collègues conservateurs l'identité de ceux que cette commission s'apprête à discriminer : « Gays and lesbians are members of our families, clubs, and workplaces. They are our doctors, our teachers, our soldiers (whether we admit it or not), and our friends. They yearn for acceptance, stable relationships, and success in their lives, just like the rest of us[592]. » Ce sont eux qui sont pris pour cible quand on les prive d'un recours devant les tribunaux sous prétexte qu'ils sont homosexuels, tandis que l'égale protection des lois devrait garantir à chaque citoyen, quels que soient sa couleur de peau, son orientation sexuelle ou son handicap, de pouvoir déposer une requête en justice[593].

Maxine Waters dénonce le recours à un écran de fumée, et à des arguments visant à raviver la flamme de la période révolutionnaire afin que les Américains s'insurgent contre une menace fantaisiste selon laquelle la Cour suprême ferait preuve d'*hubris* en agissant de manière autoritaire contre les intérêts de la majorité populaire. Comparant les agissements la plus haute juridiction de l'État fédéral à ceux de la couronne britannique à l'égard de ses colonies à la fin du XVIIIe siècle, les conservateurs s'estiment victimes d'un préjudice en ne pouvant pas imposer de manière définitive à tous les Américains leur conception de la « bonne vie » à travers la définition du mariage. Cette situation extrême a également conduit à une détérioration significative du climat social et politique jusque dans les rangs du Congrès, qu'une Waters outrée décrit avec effroi : « We are dividing communities, we are pitting families against each other. We are causing even

---

[591] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.76.

[592] « Les gays et les lesbiennes sont des membres de nos familles, de nos clubs et de nos lieux de travail. Ce sont nos médecins, nos professeurs, nos soldats (que nous l'admettions ou pas) et nos amis. Comme nous tous, ils aspirent à être acceptés et à connaître des relations stables et la réussite dans la vie. »
OLSON, Theodore. "The Conservative Case for Gay Marriage". *Newsweek*. September 1, 2010. Consulté le 27 mars 2016 : [http://europe.newsweek.com/conservative-case-gay-marriage-70923?rm=eu]

[593] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", op.cit., p.103.

people who work in this building and elected officials to try and hide their preferences based on accusations and threats of outing. How can you do this?[594] ». C'est là un témoignage saisissant qui révèle à quel point la situation est tendue, quasiment hors de contrôle, et montre que certains élus homosexuels sont même victimes de chantage. Elle prend un autre exemple, celui du désaccord au sein du couple Cheney, confronté à l'homosexualité de leur fille, pour rappeler que la femme du vice-président soutenait l'idée que la responsabilité des États devait être engagée pour déterminer le statut légal des couples de même sexe, et non pas celle du gouvernement fédéral[595]. Lors d'un meeting de campagne avec sa femme en août 2004, le vice-président fait le choix de s'écarter de la ligne politique défendue par le président Bush en rappelant qu'historiquement le mariage est une prérogative des États. Tony Perkins du *Family Research Council* a jugé scandaleux que Cheney puisse prendre ainsi ses distances à l'approche d'une élection, alors même que les électeurs Pro Famille exigent de manière prioritaire que soit inscrite dans la Constitution la sanctuarisation du mariage traditionnel[596]. C'est là une manière pour Perkins de mettre en garde l'exécutif s'il devait ne plus tenir ses promesses, ce qui aurait pour effet de démobiliser son électorat.

En effet, les électeurs restent attachés à la tradition défendue par Steve King qui déclare, à la suite de la légalisation du mariage homosexuel par la Cour suprême, vouloir abolir le mariage civil[597]. Ainsi, seules les Églises seraient autorisées à célébrer le sacrement de mariage (*Holy Matrimony*), qui ne reconnaît que l'alliance matrimoniale d'un homme et d'une femme. Cette idée démagogique pose la délicate question des droits accordés par l'État et non par l'Église ainsi que la séparation effective de ces deux entités. Dans tous les cas, King se présente comme un fervent défenseur d'une institution qui ne célèbre que l'union d'hommes et de femmes, décrite comme le fondement de la vie en société et indispensable à son avenir autour de valeurs structurantes :

> [A]ll of human history points to a man and a woman joined together in matrimony, raising children, passing their values along, father and mother, to the next generation; their religious values, their community's values, their sense of community and nationhood and history[598].

Selon King, la survie de la civilisation repose sur la différenciation des sexes, ce qui explique qu'il

---

[594] « Nous divisons les communautés, nous opposons les familles les unes aux autres. Nous forçons même des gens qui travaillent dans ce bâtiment ainsi que des élus à tenter de cacher leurs préférences sur la base d'accusations et de menaces de révéler leur homosexualité. Comment pouvez-vous faire cela ? ».
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", op.cit., p.104.

[595] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.104.

[596] Associated Press. "Cheney at odds with Bush on gay marriage". NBC News. August 25, 2004. Article consulté le 27 mars 2016 : [http://www.nbcnews.com/id/5817720/ns/politics/t/cheney-odds-bush-gay-marriage/#.VvjkEWPujnk]

[597] KIOW Radio. "King Calls for End to Civil Marriage". June 30, 2015. Consulté le 28 mars 2016 : [http://kiow.com/2015/06/30/king-calls-for-end-to-civil-marriage-in-wake-of-supreme-court-ruling/]

[598] « [T]oute l'histoire de l'humanité indique que le mariage repose sur l'union d'un homme et d'une femme qui élèvent des enfants, transmettent leurs valeurs, père et mère, à la génération future, leurs valeurs religieuses, les valeurs de leur communauté, leur sens de la communauté, du statut de nation et de l'histoire. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", op.cit., p.104.

se refuse à ce que le droit du mariage puisse être étendu aux familles homoparentales, comme si le mariage homosexuel devait compromettre le mariage hétérosexuel, seul capable de véhiculer et de doter les générations à venir de valeurs morales traditionnelles. King envisage une société déstabilisée par le mariage homosexuel, dans laquelle les enfants seraient invités à multiplier les expériences sur leur sexualité de manière à identifier leur orientation sexuelle. Il imagine même que des préconisations soient formulées pour que les jeunes cherchent un ou plusieurs partenaires[599]. Selon lui, les conséquences seraient dramatiques puisque changer cette institution reviendrait à instaurer le mariage de groupe et, de fait, les jeunes seraient dans l'incapacité d'aimer et de former des relations stables et sincères à l'avenir. D'ailleurs, l'argument de l'amour dans une relation monogame ne tarde pas à être évincé du débat sur le mariage homosexuel par les conservateurs, puisque les couples de même sexe parviennent justement à en faire la démonstration. Pour les exclure de cette institution, les républicains invoquent la procréation naturelle et mettent en avant le fait que le mariage homosexuel n'attirerait que des individus malintentionnés déterminés à corrompre les bonnes mœurs : « There will be relationships formed because they want to access someone's 401(k)[600] plan or somebody's health care plan or retirement plan or inheritance[601]. » King inscrit ces menaces dans un avenir plus ou moins proche alors qu'il ne peut ignorer que celles-ci sont déjà ancrées dans une réalité actuelle liée à l'expérience même du mariage traditionnel. Ce sont à nouveau les couples de même sexe qui font les frais des erreurs de jugement et des accidents de parcours des couples hétérosexuels, que King cherche par tous les moyens à relativiser et à réhabiliter au nom du bien que cette institution apporte à l'intérêt général de la société, dont les couples homosexuels sont irrémédiablement exclus. Comme il finit par l'avouer, le mariage est un rare privilège conféré aux seuls couples hétérosexuels capables d'honorer le lien unique entretenu par un homme et une femme et qu'il est temps de l'arracher des mains de militants qui luttent pour l'égalité des droits : « Marriage is not a right. It is not a constitutional right. It is not a civil right. We give a marriage license. A license is by definition permission to do something which is otherwise not legal[602]. » En d'autres termes, King souhaite que ne soit reconnu que le sacrement de mariage et nie sciemment l'existence de la jurisprudence en ce qui concerne cette institution et, en particulier, le jugement rendu dans *Loving*

---

[599] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.105.
[600] Il s'agit du système d'épargne retraite par capitalisation des États-Unis.
[601] « De nouvelles relations se formeront parce qu'ils veulent accéder au plan 401(k), à la mutuelle d'un individu ou son plan retraite ou son héritage. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.105.
[602] « Le mariage n'est pas un droit. Ce n'est pas un droit constitutionnel. Ce n'est pas un droit civique. Nous donnons une licence de mariage. Une licence est par définition une autorisation de faire quelque chose qui serait autrement considéré comme illégal. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.105.

sur le mariage mixte. Au nom de quoi pourrait-il s'affranchir de reconnaître l'exercice de la justice ? Serait-ce au nom de sa foi religieuse ? Si tel était le cas, cela expliquerait en partie que King s'estime dans l'obligation morale de vilipender la décision de justice du Massachusetts, quand bien même celle-ci ne concerne que ce seul État et ne remet pas en question la loi de 1996, ni même les lois d'autres États qui se sont prononcés sur la protection du mariage traditionnel. Finalement, comme le rappelle Bill Delahunt, cette peur généralisée d'une justice autoritaire, libérale et activiste du fait du jugement du Massachusetts est infondée et irrationnelle[603]. Elle constitue surtout une excuse pour défendre une conception religieuse de l'institution du mariage.

Ce projet de loi est un prétexte pour corrompre toute une tradition institutionnelle de manière à ce que les républicains l'emportent sur le terrain idéologique et que leurs idées politiques ne soient soumises à aucun contrôle ou processus de révision et d'amélioration. N'est-ce pas là une manière pour le moins autoritaire de passer sous silence les idées de ses adversaires politiques en promulguant des lois pour refuser le débat et le pluralisme des idées ? C'est ce que pense Sheila Lee Jackson, qui demande que les républicains respectent la Constitution et la séparation des pouvoirs même lorsque leurs opinions ne coïncident pas avec les jugements d'une justice impartiale qui prend des décisions par un vote : « I don't disrespect your religious or political perspective, but you are utilizing that to undermine the infrastructure of Government, the three branches of Government and the constitutional underpinnings or the constitutional language of the Article III courts[604]. » L'objectif serait bel et bien de corrompre un système acquis à la cause des conservateurs sur une multitude de sujets comme l'avortement ou le contrôle des armes à feu. Le débat ne serait donc plus permis et tout litige serait rendu nul et non avenu, en particulier dans le cas de lois jugées discriminatoires et sectaires[605].

En effet, comme l'explique Nadler, si les couples de même sexe s'estiment lésés par des lois discriminatoires, ils n'auront aucune difficulté à contourner ce projet de loi puisque la nature de leur préjudice ne porterait pas sur l'application de la *Full Faith and Credit Clause*, rendue invalide par la loi DOMA, mais plutôt sur la clause de protection égale contenue dans la Constitution fédérale[606]. En fin de compte, Nadler suggère que le projet aurait dû davantage porter sur l'interdiction du recours des juges à l'égale protection des lois pour invalider certaines lois fédérales dont la loi DOMA. En d'autres termes, aurait-on pu envisager que le Congrès empêche la

---

[603] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.106-107.
[604] « Je ne manque pas de respect envers votre point de vue politique ou religieux mais vous vous en servez dans le but de discréditer l'infrastructure du Gouvernement, les trois pouvoirs et les fondements ou le langage constitutionnel des tribunaux dits « d'Article III ». »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.112.
[605] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.113.
[606] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.115.

Cour suprême de se référer aux XIVe amendement dans ses jugements ? Même si ce projet semble peu vraisemblable, il remettrait sérieusement en question le rôle et l'intérêt même de la justice de corriger les inégalités dans la société, mais il a surtout le mérite de pointer du doigt les failles d'une logique conservatrice qui envisage que la loi DOMA soit invalidée à court terme. Or, selon Nadler, dans un premier temps, un tribunal fédéral doit d'abord déterminer si l'exception d'ordre public d'un État interdisant le mariage homosexuel autorise la non reconnaissance d'une union célébrée dans l'État du Massachusetts et donc si elle représente ou non une violation de la clause de protection égale[607]. Si tel était le cas, effectivement, dans un deuxième temps, la loi DOMA serait rejetée, comme nous le verrons. Toutefois, contrairement à ce qu'envisagent les conservateurs, c'est une autre partie de la loi qui est jugée anticonstitutionnelle par Anthony Kennedy, à savoir celle qui traite de la définition même du mariage. C'est la raison pour laquelle un amendement à la Constitution est indispensable pour les conservateurs. Dans ce cas, l'influence de ces derniers serait sans précédent pour le Parti républicain, comme le rappelle Anthony Weiner : « Let us remember the courts are created as the place to protect the minority. The majority has the Legislature. The majority has the executive. Majority has the power to amend the Constitution. The minority has only one place, and that place is the courts[608], » Weiner décrit une situation parfaitement inéquitable dans laquelle une minorité d'individus sont dépourvus du moindre levier pour participer pleinement au système des contre-pouvoirs. Les couples de même sexe n'auront irrémédiablement aucun droit fédéral dans le cadre du mariage par le recours à un amendement constitutionnel.

Dès le 23 mars 2004, la commission judiciaire du Sénat se réunit en audience pour mettre un terme, selon John Cornyn, aux ardeurs activistes et libérales de juges qui utiliseraient la Constitution pour faire avancer leur agenda politique immoral[609]. Cet amendement[610] viserait donc à promouvoir la famille nucléaire traditionnelle, seule considérée comme accomplie, et à protéger les enfants en leur garantissant le droit d'être élevés par un père et une mère. On comprend qu'il s'agit aussi de faire reconnaître et perdurer les efforts de ces familles pour élever des enfants dans des unités familiales épanouissantes : « It is important that we acknowledge the hard work of all

---

[607] 108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.115.

[608] « Rappelons-nous que les tribunaux sont créés comme le lieu destiné à protéger la minorité. La majorité détient le pouvoir législatif. La majorité détient l'exécutif. La majorité a le pouvoir d'amender la Constitution. Il n'y a qu'un seul lieu pour la minorité et ça, c'est le tribunal. »
108th Congress. "Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views", ibid., p.118.

[609] 108th Congress. United States Senate Committee on the Judiciary. "A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage." March 23, 2004. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-108shrg98156/html/CHRG-108shrg98156.htm]

[610] On parle aussi de « l'amendement Allard » qui porte le nom du sénateur à l'origine de cette initiative.

parents who are raising children in traditional and nontraditional environments alike[611] ». La reconnaissance de familles non traditionnelles est un leurre. Ironie du sort, elle intervient au moment même où les familles homoparentales demandent cette reconnaissance de l'État alors que dans sa déclaration Cornyn semble nier leur existence. Pourtant, tous les enfants n'ont pas l'heur d'être élevés par un père et une mère, ni par leurs deux parents biologiques, sans pour autant que soit remise en question l'idée selon laquelle seules les familles hétérosexuelles sont capables d'élever des enfants dans des foyers stables. La nécessité d'amender la Constitution, selon Cornyn, viendrait d'un défaut de ce document, qui ne reconnaît pas la valeur fondamentale de la famille traditionnelle, ancrée pourtant dans le cœur du tissu social et de la stabilité du pays. Le contexte actuel, à savoir la menace significative que représente le mariage homosexuel pour les enfants, justifie que les Américains se saisissent de cette idée chère à George Washington pour rendre la Constitution plus parfaite encore[612].

Ainsi, selon les républicains, l'inscription de la définition du mariage dans la Constitution serait un hommage symbolique au caractère sacré que représente la relation entre un homme et une femme. Tout d'abord, en louant le potentiel biologique des couples hétérosexuels à donner la vie, à préparer les nouvelles générations aux défis de l'avenir et de la citoyenneté, faisant de la différenciation sexuelle la meilleure garantie de stabilité dans l'éducation des enfants. Cornyn n'oublie pas non plus de faire référence à la Cour suprême lorsque la jurisprudence de 1885 sert ses intérêts dans la défense du mariage traditionnel. L'union solennelle d'un homme et d'une femme est décrite comme la : « sure foundation of all that is stable and noble in our civilization; the best guaranty of that reverent morality which is the source of all beneficent progress in social and political improvement[613]. » Cette référence à un jugement rendu il y a plus de cent vingt ans est une manière habile d'éviter de prendre en compte l'évolution historique de l'institution du mariage et de ses échecs pour ancrer davantage la société dans le *statu quo ante*. Cornyn va jusqu'à nous faire croire que l'interdiction de toute union homosexuelle serait une forme de progrès puisqu'elle maintiendrait la tradition morale religieuse. Au contraire, le progrès social vise à corriger les inégalités criantes en accordant davantage de protections et de droits aux laissés-pour-compte. C'est finalement un débat qui s'engage aussi, à l'approche de l'élection, sur une éventuelle

---

[611] « Il est important que nous reconnaissions l'excellent travail de tous les parents qui élèvent leurs enfants dans des environnements traditionnels et non traditionnels de la même manière. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.5.
[612] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.6.
[613] « base la plus sûre de tout ce qui est stable et noble dans notre civilisation ; la meilleure garantie de cette moralité respectueuse qui représente la source de tout progrès salutaire à l'amélioration sociale et politique. »
Murphy v. Ramsey (1885). Cité dans 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.7.

redéfinition du libéralisme américain et de la notion de progrès. Pour Hillary Clinton, il s'agit d'inscrire sa politique sociale dans les réussites du président Obama tout en s'assurant que de nouvelles lois puissent obtenir le soutien de certains républicains. Au pragmatisme de Clinton, s'oppose un Bernie Sanders qui exige en mars 2016 le progrès et un changement immédiat sans compromis[614].

Cornyn rappelle également qu'en 1996 la loi sur la Défense du mariage est approuvée à une large majorité par les membres du Congrès, tandis qu'un démocrate serait à l'origine d'un projet d'amendement constitutionnel. Il exige donc que ce choix démocratique bipartisan soit respecté et condamne les critiques à l'égard d'une majorité d'Américains injustement accusés de participer à la discrimination d'une minorité en véhiculant des préjugés hostiles à leur mode de vie[615]. Il propose justement de « démythifier [616] » trois autres idées préconçues. Tout d'abord, l'ouverture du mariage aux homosexuels concerne bien tous les Américains, puisque c'est une institution sociale qui est à la base de l'organisation d'une société et qui détermine le statut personnel d'un individu dans celle-ci. Cependant, il ne démontre pas en quoi le mariage d'un couple homosexuel viendra modifier cette tendance bénéfique à l'ensemble de la communauté nationale. En effet, ce sont justement des femmes et des hommes homosexuels qui seront mieux intégrés et reconnus grâce à leur nouveau statut familial au sein même de leur communauté. Cornyn tient aussi à défendre le rôle et la place de l'Église dans ce débat, engagée dans un combat pour préserver la tradition d'un sacrement. Il cite les propos de l'archevêque de Boston, qui prévient que l'acceptation d'unions homosexuelles va avoir des effets aussi négatifs que le divorce et le concubinage sur la vie de famille[617]. Il fait également référence à la désinstitutionnalisation supposée du mariage traditionnel. Autrement dit, il faudrait craindre que le mariage homosexuel conduise à l'augmentation du nombre de divorces et du nombre de couples hétérosexuels qui refusent d'accéder à l'institution du mariage. Cornyn reprend même les références de l'archevêque à une étude scandinave qui affirme que « the abolition of traditional marriage has caused a dramatic increase in the number of children born out of wedlock[618]. » Or, les pays scandinaves ont légalisé le mariage homosexuel en 2009 tandis qu'en Finlande la loi favorable à l'ouverture du mariage pour les couples de même sexe entre en vigueur

---

[614] KRIEG, Gregory. "What 'progressive' means to Hillary Clinton vs. what 'progressive' means to Bernie Sanders". CNN Politics. February 5, 2016. Article consulté le 31 mars 2016 : [http://edition.cnn.com/2016/02/04/politics/hillary-clinton-bernie-sanders-progressive-fight/]

[615] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", op.cit., p.7-8.

[616] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.8.

[617] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.8.

[618] « l'abolition du mariage traditionnel a entraîné une augmentation spectaculaire du nombre d'enfants nés hors mariage. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.8.

le 1er mars 2017. Serait-ce le débat récent sur le mariage homosexuel qui inquiéterait désormais les responsables religieux, contraints de constater que de nombreux couples font le choix du concubinage ? Non seulement les propos d'une figure religieuse dans un débat législatif sont révélateurs d'une faille dans la séparation de l'Église et de l'État, mais surtout démontrent que le sénateur Cornyn s'est abstenu de toute vérification et prend pour argent comptant les affirmations d'un archevêque hostile au mariage des couples de même sexe.

Le second mythe serait de faire croire que le fédéralisme permet aux États de régler cette question. Même si, dans les faits, de nombreux États se sont emparés du sujet en proposant des amendements à leur constitution comme en Californie, il est vrai qu'un tribunal fédéral a toute légitimité pour les invalider et les considérer comme anticonstitutionnels si des couples de même sexe en viennent à saisir la justice fédérale : « States have no power to override a Federal constitutional decision[619]. » Cependant, Cornyn et les conservateurs, à l'origine des amendements en faveur du mariage traditionnel dans les États, ont largement sous-estimé le pouvoir des tribunaux d'État de les invalider, comme par exemple au Colorado. En effet, en 2014, un tribunal de première instance dans cet État s'appuie sur le XIVe amendement de la Constitution fédérale pour annuler l'amendement constitutionnel 43 de 2006 interdisant le mariage homosexuel[620]. L'expérience d'une vaste consultation populaire dans de nombreux États a montré les limites du recours au référendum, en particulier lorsque la mobilisation a été clairsemée d'un État à un autre, et surtout lorsqu'il a été utilisé pour inscrire dans la loi la discrimination à l'égard des couples de même sexe afin de perpétuer l'homophobie, comme le rappelle Evan Wolfson : « […] the referendums were an abhorrent, radical, stigmatizing, unconstitutional, un-American tactic that should never have happened[621]. » En effet, on peut se demander s'il était légitime de consulter par référendum les électeurs du Colorado, par exemple, dans le cadre d'une loi en faveur des partenariats enregistrés et du mariage homosexuel la même année ? Les couples hétérosexuels n'étaient vraisemblablement pas concernés par la reconnaissance de certains droits aux couples de même sexe. En définitive, les deux propositions ont été rejetées et n'ont attiré aux urnes qu'environ 1 400 000 votants pour 3 187 000 électeurs[622]. C'est la raison pour laquelle Cornyn croit fermement en la ratification d'un amendement constitutionnel fédéral pour préserver intactes les

---

[619] « Les États n'ont pas le pouvoir de passer outre une décision fédérale constitutionnelle. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.8.

[620] *Brinkman v. Long* (2014)

[621] « […] le recours au référendum était une tactique abjecte, radicale, stigmatisante, anticonstitutionnelle, anti-américaine qui n'aurait jamais dû se produire. »
Entretien avec Evan Wolfson, ancien directeur de Freedom to Marry, réalisé le mardi 21 juin 2016, voir p.482.

[622] SPEARS, Benjamin. "Civic Engagement in the Rocky Mountain State (2002-2006)". *Project Vote*. [http://www.projectvote.org/wp-content/uploads/2008/06/Colorado-Votes.pdf]

lois du mariage.

Il refuse que cette préservation actée dans la Constitution soit interprétée par des militants comme la légalisation de la discrimination à l'égard des couples de même sexe, lorsqu'il accuse en fait ces derniers de vouloir dépouiller la majorité populaire de son droit au référendum constitutionnel[623]. Pour démonter ce mythe de l'instrumentalisation de la Constitution, le sénateur estime que la neutralité de la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) et de l'*American Bar Association* (ABA) en ce qui concerne le *Federal Marriage Amendment* suffit à indiquer que ce projet est plein de bon sens, puisqu'il vise à défendre les enfants de la nation. Or, ces derniers n'obtiendront aucun autre avantage que le fait d'être protégés contre la légalisation de leur éventuelle adoption par des couples de même sexe. Rappelons également que, contrairement à ce qu'affirme Cornyn, un groupe de travail sur le droit de la famille de l'ABA s'est prononcé pour le maintien d'une autre tradition, à savoir que la question du mariage doit être traitée avant tout par les États et non le gouvernement fédéral[624]. Cela revient à dire que l'ABA n'est pas indifférente à la question d'une ratification d'un amendement, pour ne pas dire qu'elle lui est hostile. Quant à la NAACP, elle fait le choix d'attendre le soutien du président Obama en faveur du mariage homosexuel en mai 2012 pour faire adopter une résolution en ce sens le 19 mai 2012. Celle-ci est contestée notamment par certains membres de l'organisation qui sont contraints de démissionner, mais aussi parce que ce projet de résolution ne fait l'objet d'aucun débat préalable[625] et est approuvé par les seuls membres du conseil d'administration. Cette résolution tente de réconcilier une culture religieuse noire historiquement hostile à l'homosexualité avec les principes essentiels de l'État de droit qui garantissent à tous les citoyens, y compris les Américains LGBT, l'égalité des droits[626]. Elle réaffirme la liberté religieuse de chacun, mais celle-ci ne doit pas entraver tout processus visant à « l'égalité politique, éducative, sociale et économique[627] » des citoyens américains : « I don't agree with everything [because of what the Bible says about homosexuality], but people have a civil right[628] ». Comme le rappelle Burma

---

[623] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.9.
[624] American Bar Association. "A White Paper: An Analysis of the Law Regarding Same-Sex Marriage, Civil Unions, and Domestic Partnerships". Section of Family Law. March 2005. Consulté le 5 avril 2016 : [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/WhitePaper.authcheckdam.pdf]
[625] CORLEY, Cheryl. "After NAACP Marriage Stance, Discord and Discussion". *NPR Morning Edition*. June 8, 2012. Consulté le 5 avril 2016 : [http://www.npr.org/2012/06/08/154522287/after-naacp-marriage-stance-discord-and-discussion]
[626] NAACP Board of Directors. "NAACP Passes Marriage Resolution in Support of Marriage Equality". NAACP. May 21, 2012. [http://www.naacp.org/news/entry/naacp-passes-resolution-in-support-of-marriage-equality]
[627] NAACP Board of Directors, loc. cit.
[628] « Je ne suis pas d'accord avec tout [à cause de ce que dit la Bible sur l'homosexualité] mais les individus disposent d'un droit civique. »

Shipman, secrétaire du NAACP à Greensboro en Caroline du Nord, cette résolution est un moyen pour l'organisation de se désolidariser vis-à-vis de tout sectarisme religieux. Cette décision est aussi le résultat d'un examen de conscience au sein de l'organisation pour bâtir un projet inclusif et favorable à l'égalité des droits des Américains LGBT, alors même que les membres de la communauté afro-américaine se sont montrés récalcitrants à toute ouverture sur les questions LGBT en raison notamment de leurs croyances religieuses, d'une homophobie qui tient à leur culture, et de préjugés qui établissaient une incompatibilité entre le fait d'être gay et afro-américain.

Ce projet de ratification du XXVIIIe amendement reste une stratégie politique pour sceller de manière expéditive un débat alors que les enquêtes d'opinion montrent justement une évolution des mentalités à l'égard de l'homosexualité et qu'une majorité d'Américains se déclarent opposés à la constitutionnalisation du mariage hétérosexuel[629]. Dianne Feinstein s'inquiète de voir des conservateurs centrés sur leurs seuls intérêts particuliers et religieux et refusant de prendre en compte les évolutions récentes favorables aux Américains LGBT. Même si elle déclare avoir toujours considéré le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, c'est sa posture politique en tant que sénatrice de Californie qui la pousse à la modération et à la tolérance envers la différence et donc à dépasser ses propres convictions. Elle s'interroge sur la légitimité même des sénateurs à imposer à l'ensemble de la population ce qu'elle qualifie d'interdiction constitutionnelle de reconnaître légalement toute union hormis celle d'un homme et d'une femme, dans le but d'empêcher même un quelconque projet de résolution autour d'unions civiles ou de partenariats enregistrés :

> Marriage in the United States shall consist solely of the union of a man and a woman. Neither this Constitution, nor the Constitution of any State, shall be construed to require that marriage or the legal incidents thereof be conferred upon any union other than the union of a man and a woman[630].

Selon Feinstein, les droits accordés par certains États aux couples de même sexe unis par une union civile ou un partenariat enregistré sont susceptibles d'être menacés puisqu'ils s'appliquent également aux couples hétérosexuels unis par les liens du mariage. La ratification d'un tel amendement permettrait aux conservateurs d'attaquer ces couples de même sexe en justice pour

---

MORRISON, Aaron. "NAACP Gay Marriage: Black Leaders Acknowledge Ongoing Soul Searching On LGBT Support". *International Business Times*. July 16, 2015. Consulté le 5 avril 2016 : [http://www.ibtimes.com/naacp-gay-marriage-black-leaders-acknowledge-ongoing-soul-searching-lgbt-support-2010484]

[629] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", op.cit., p.11.

[630] « Le mariage aux États-Unis consiste à célébrer seulement l'union d'un homme et d'une femme. Ni cette Constitution, ni la Constitution de tout autre État, ne peut être interprétée pour exiger que le mariage ou les avantages légaux octroyés soient accordés à n'importe quelle union autre que celle entre un homme et une femme. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.12.

que leur union soit annulée. La sénatrice tient donc à dénoncer les effets collatéraux induits par la deuxième phrase de cet amendement, qui sème la confusion sur la légalité des partenariats enregistrés et des unions civiles. De même, elle tient à préciser que la décision de justice du Massachusetts ne représente pas une menace fédérale, puisqu'il faut rappeler que seuls les couples résidant dans le Massachusetts peuvent prétendre à la célébration de leur union en mai 2004 et que par le *Defense of Marriage Act* les couples de même sexe ne peuvent demander la reconnaissance de leur mariage célébré dans le Massachusetts dans un autre État de l'Union. Est-il nécessaire d'inscrire une restriction de certains de leurs droits fondamentaux dans la Constitution alors que les homosexuels aspirent à la reconnaissance de la stabilité et de la sincérité de leur union ? Pour la sénatrice, les conservateurs cherchent à s'opposer à l'expression d'une certaine forme de liberté[631] alors que la Cour suprême depuis 1996 s'est inscrite dans un processus inverse pour définir leurs libertés fondamentales.

Selon Barney Frank, cet amendement est un leurre pour faire croire au respect de la volonté du peuple d'interdire le mariage homosexuel[632]. Cependant, dans le cas où un État se prononce contre un amendement constitutionnel en faveur du mariage traditionnel, il estime alors que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe serait malgré tout bafouée par la ratification du FMA puisque aucun État ne serait en mesure de pouvoir les unir par les liens du mariage. Une telle situation, dans laquelle les électeurs se sont opposés à la ratification d'une interdiction constitutionnelle, a fait figure d'exception puisqu'elle s'est présentée deux fois uniquement. D'abord, en 2006, les électeurs de l'Arizona se sont déclarés contre un amendement constitutionnel pour finalement y être favorables en 2008, car leur sénateur, John McCain, lancé dans la course à la Maison Blanche et partisan de la Proposition 102, a permis de changer la donne. Puis en 2012, les électeurs du Minnesota rejettent à leur tour une initiative similaire. Mais ce résultat n'empêche pas les conservateurs de faiblir. Bien au contraire, une trentaine d'États ont amendé leur constitution et la crainte d'une décision imminente de la Cour suprême en 2015 explique que le *Federal Marriage Amendment* soit soumis à une nouvelle présentation en février de la même année. Pour Frank, le FMA est un amendement insidieux qui viendrait semer le trouble dans l'Union et dépouillerait les États de toute initiative législative en faveur du mariage homosexuel, les contraignant à reculer et à offrir un dispositif alternatif qui de toute évidence n'aurait aucune valeur fédérale : « It denies any State in this country the right by any means, including a popular

[631] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.12.
[632] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.16.

referendum, to decide that it wants to extend marriage to same-sex couples[633]. » Frank tient à signaler deux éléments à l'attention des sénateurs. D'abord, les résultats d'un référendum hostile à la constitutionnalisation du mariage seront absorbés par les nombreuses autres victoires référendaires. De fait, la victoire du *non* au Minnesota n'aura aucune influence sur la détermination des conservateurs et sera reléguée au rang de simple symbole. Enfin, il constate que par cette campagne pour le FMA, tous les référendums se sont systématiquement portés sur la protection du mariage traditionnel sans qu'il soit possible d'interroger les électeurs sur le fait de protéger, à l'inverse, les couples de même sexe et de renforcer leur engagement.

Comme lors du débat sur la loi DOMA en 1996, Frank se veut incisif et surtout pragmatique dans un débat parfois centré sur des problématiques techniques et théoriques, pour ne pas dire englué dans une boucle sans fin sur la crise du mariage traditionnel, que la reconnaissance légale des couples de même sexe aggraverait. En tant qu'homosexuel, Frank parvient à trouver les mots justes pour injecter une dose d'humanité dans un débat qui porte aussi sur la nature d'une orientation sexuelle et les problèmes quotidiens auxquels font face des hommes et des femmes qui aspirent à l'expression de leur liberté et au respect de leurs droits :

> Couples of the same sex—because of the way we were born, because of the way we are, we are not attracted to people of the opposite sex [—] wish to express those feelings of intimacy and emotional commitment that most of us who are human are fortunate enough to have in a way that expresses our nature[634].

Frank se livre à un exercice pédagogique mais aussi de séduction pour faire comprendre aux sénateurs qui sont ces hommes et ces femmes qu'ils s'apprêtent à dénigrer dans la Constitution à cause de leur orientation sexuelle. Il soutient que « l'abolition du mariage traditionnel » par les couples de même sexe est un mythe visant à faire croire à sa dévalorisation et à sa corruption par de simples militants. Or il s'agit véritablement d'un débat sur l'extension d'un droit et d'une opportunité offerte à ces couples de s'en saisir pour apporter leur propre contribution à une institution en laquelle ils croient. Pour Frank, le FMA est une indication claire de la part des sénateurs : ils ne souhaitent pas partager l'institution du mariage en ouvrant des droits à des individus qui, en définitive, l'admirent et ne cherchent qu'à la respecter et participer à son

---

[633] « Il interdit à tout État de ce pays le droit de décider, par quelque moyen que ce soit, y compris par un référendum populaire, qu'il souhaite étendre le mariage aux couples de même sexe. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.16-17.

[634] « Les couples de même sexe – à cause de la manière dont nous sommes nés, à cause de ce que nous sommes, nous ne sommes pas attirés par des individus du sexe opposé [–] souhaitent exprimer ces sentiments d'intimité et d'engagement émotionnel que la plupart d'entre nous qui sommes humains ont la chance de connaître d'une façon qui exprime notre nature. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.17.

rayonnement[635]. Tout en gardant ses distances à l'égard des dispositions prises par le maire de San Francisco, il affirme que les sénateurs devraient se sentir flattés devant tant de considération pour des valeurs conservatrices et ne peut entendre que cette demande d'inclusion soit interprétée comme une offense visant à les blesser et à mépriser leurs convictions. Si les couples de même sexe sont une véritable menace pour l'institution du mariage et les enfants de la nation, il suggère alors que le Congrès initie sans tarder un projet de loi pour interdire aux homosexuels d'avoir ou d'adopter des enfants. Par cet exemple, il tente de les ramener à la raison pour leur faire comprendre que non seulement cette loi serait inapplicable et n'aurait aucun sens, mais surtout que la biologie n'a pourtant pas empêché des homosexuels d'avoir et d'élever des enfants à travers l'histoire. Ce projet de référendum pénaliserait véritablement les enfants de parents homosexuels qui seraient privés d'un droit à la stabilité et à la protection de l'union de leurs deux parents. Par le *Marriage Protection Act*, les couples de même sexe ne pourraient ni se défendre, ni réclamer réparation pour préjudice subi et exiger des explications sur le(s) motif(s) justifiant leur discrimination auprès de la justice.

Dans ce débat aseptisé et imperméable à toute référence à la défense d'une quelconque religion, Frank n'hésite pas à se lancer dans un plaidoyer en faveur de la séparation de l'Église et de l'État qui n'est pas incompatible avec l'expression de sa foi religieuse. C'est là une manière de signifier aux partisans du FMA que personne n'est dupe quant à leurs motivations, à savoir la défense de leurs croyances religieuses. Pour ce juif orthodoxe, il est essentiel de continuer à défendre le principe de l'autonomie de toutes les religions[636], qui ont toutes leurs propres règles et conditions permettant aux futurs époux d'être unis par le sacrement de mariage. C'est d'ailleurs dans le cadre de cette autonomie des religions que Marianne Duddy Burke confiait vouloir remettre aussi en question l'autorité de l'Église catholique afin de redonner la parole aux croyants et les faire participer plus activement aux décisions relatives aux enseignements religieux par exemple[637]. Dans son discours, Frank prend l'exemple de l'État du Massachusetts dans lequel un divorce prononcé par les autorités n'est admis, en cas de remariage, ni par l'Église catholique ni par la synagogue à laquelle il appartient. En effet, chacune d'entre elle exige une procédure spécifique afin que soit accordé un divorce religieux. Rappelons aussi que pour le judaïsme orthodoxe, le mariage interreligieux reste une pratique formellement proscrite par la tradition et que ces couples mixtes n'ont pas d'autre choix que de se tourner vers le mariage civil. Celui-ci a donc aussi vocation à s'adapter aux évolutions sociales en accueillant des couples dont le désir de

[635] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.18.
[636] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.18.
[637] Entretien avec Marianne Duddy Burke, voir p.473.

s'unir est rejeté par la rigidité d'une tradition religieuse. L'État, de son côté, continue de respecter les obligations fixées par les Églises dans le cadre de la célébration d'un mariage en appliquant le principe de neutralité à l'égard des affaires religieuses. Autrement dit, Frank défend le droit de certaines Églises d'interdire la célébration d'unions homosexuelles, voire de reconnaître la validité d'un mariage homosexuel au sein de leur Église, principe qui s'inscrit dans la liberté religieuse du Ier amendement. C'est un moyen d'exiger que les Églises, en échange, agissent avec la même bienveillance, la même neutralité à l'égard des affaires de l'État sans que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe soit considérée par les conservateurs comme une loi attentatoire aux principes sacrés de la liberté de conscience. Frank propose un contrat qui définisse les termes d'une relation fondée sur l'exigence de réciprocité et de cordialité pour dissuader ainsi toute une série de campagnes féroces contre les couples de même sexe, financées par des organisations qui ont toutes des liens plus ou moins étroits avec des groupes religieux. Les conservateurs doivent donc cesser de se réfugier derrière de faux prétextes et assumer pleinement leur animosité vis-à-vis d'une orientation sexuelle qu'ils considèrent comme incompatible avec les principes et les obligations de l'institution du mariage qui s'imposeraient aux couples de même sexe : « [T]his is not an amendment about [...] whether or not the six Justices who thought that I shouldn't be locked up for expressing physical intimacy are now going to go and find a national rule against marriage[638]. » En faisant référence à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Lawrence* sur l'inconstitutionnalité des lois contre la sodomie, Frank révèle ce qui terrorise véritablement les conservateurs, à savoir que la question du mariage soit saisie par la plus haute instance du pouvoir judiciaire afin que le mariage civil traditionnel ne soit plus réservé qu'aux couples hétérosexuels. Cette crainte s'est hélas révélée fondée puisque Joseph Fischer, membre républicain de la Chambre des représentants du Kentucky, a déposé un projet de loi en mars 2016[639] pour créer un nouveau statut (*matrimony*) réservé aux seuls couples hétérosexuels mariés. Les droits traditionnellement associés à l'institution du mariage seraient transférés dans le cadre de ce nouveau statut. Les couples de même sexe mariés dans le Kentucky pourraient perdre leurs nouveaux droits[640]. Cependant, la question du mariage n'est pas à l'ordre du jour de la Cour suprême en 2004 puisqu'elle vient de statuer sur les lois contre la sodomie quelques mois auparavant et a ainsi

---

[638] « [I]l ne s'agit pas d'un amendement qui cherche à déterminer si les six juges qui estimaient que je ne devrais pas être enfermé en prison pour avoir dévoilé mon intimité physique, vont désormais se mettre à chercher une règle à l'échelle nationale contre le mariage. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.18.

[639] HB 572: *Matrimonial Freedom Act*.

[640] En définitive, ce projet de loi a pour objectif de remédier à un problème de langage, ce qui pour le juge Kennedy serait un préjudice puisque les couples de même sexe continueraient de subir une discrimination contraire à l'égale protection des lois (*Obergefell*).

affirmé le droit des homosexuels à la vie privée et à vivre dans la dignité. En brandissant cette nouvelle menace, Frank affirme que les conservateurs usent d'une énième stratégie pour faire peur à une partie de leurs électeurs, convaincus non seulement d'avoir un droit légitime à s'exprimer sur la question des droits des couples de même sexe, mais surtout que la justice est prête à outrepasser la décision du peuple. Ni la question du référendum, ni un amendement constitutionnel ne semblent trouver grâce à ses yeux car le débat sur le mariage homosexuel n'en est encore qu'à ses balbutiements et son sort serait injustement scellé si on ne proposait aucune mesure législative à des citoyens qui sont dans l'attente de solutions concrètes pour régler leur situation familiale précaire.

John Lewis va dans le sens de Frank en tentant cette fois de rappeler aux sénateurs les nombreuses erreurs du passé, qui ont incontestablement laissé des séquelles, concernant le traitement des minorités et leur intégration en société par les institutions. Le FMA serait une erreur morale et politique grave qui signerait de manière intangible une régression sociale et institutionnelle, puisque la justice ne serait plus en mesure de défendre les intérêts d'individus lésés ou traités comme des citoyens de second rang tels que les Afro-Américains. Lewis considère les succès judiciaires de la lutte contre la discrimination envers la communauté afro-américaine comme annonciateurs des victoires à venir de la communauté LGBT en rappelant que ni la liberté ni l'égalité ne peuvent se concevoir par un système d'échelons ou de compartiments cloisonnés au sein d'une même structure : « Separate is not equal. The right to liberty and happiness belongs to each of us, [...]. Our rights as Americans do not depend on the approval of others or on the passion of the times. Our rights depend on us being Americans[641]. » Ni les partenariats enregistrés, ni les unions civiles en l'état, c'est-à-dire sans ouverture aux droits fédéraux, ne peuvent être considérés comme des alternatives crédibles au mariage. La ratification du FMA dans la Constitution reviendrait à l'instauration d'une citoyenneté à deux vitesses où les droits des citoyens LGBT seraient soumis systématiquement au contrôle et à l'approbation d'une majorité populaire. Ils doivent participer aux efforts collectifs pour encourager le dynamisme économique et culturel mais, en retour, ne peuvent rien recevoir de l'État. Ils doivent adapter leur sexualité aux règles imposées par des individus qui réduisent les questions LGBT à la tradition religieuse et à des amalgames. Pour Lewis, le débat sur le mariage homosexuel est un enjeu de citoyenneté portant sur un droit fondamental qui permet à deux personnes de s'unir pour renforcer et officialiser leur

---

[641] « Être séparé ne revient pas à être égal. Le droit à la liberté et au bonheur appartient à chacun d'entre nous, [...]. Nos droits en tant qu'Américains ne dépendent pas de l'approbation des autres ou des débats passionnels du moment. Nos droits dépendent de nous en tant qu'Américains. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.20.

lien affectif tout en bénéficiant de droits qui les protégeront respectivement. Autrement dit, les sénateurs ne devraient pas prêter attention à la sexualité de leurs citoyens. C'est leur nationalité qui leur confère le droit d'avoir accès à l'institution du mariage civil et non leur orientation sexuelle.

Lewis appelle les membres de la Commission à se prononcer plus largement en faveur d'une Amérique rassemblée qui cesse de porter son attention sur les différences d'hommes et de femmes pour déterminer leur degré d'appartenance à la citoyenneté américaine : « Now is the time for us to finally treat [gay people] as equals, as members of the same house, in the same family, at the same table. We must build a beloved community, an all-inclusive community, a community at peace with itself[642]. » Lewis met ses collègues conservateurs au défi d'honorer leurs engagements en tant que responsables politiques, en œuvrant à la paix sociale et en agissant pour l'intérêt général en rejetant la discrimination. Les homosexuels ne sont pas moins américains que les hétérosexuels, ce sont aussi des contribuables et des électeurs qui méritent la prise en compte de leurs difficultés par les élus qui les représentent.

C'est bien sur ce point que les discussions font l'objet de crispations car les conservateurs font mine de n'avoir aucune rancœur, ni aucune mauvaise intention et pourtant ils ne leur accordent aucune place dans leurs discours, martelant sans cesse que la justice fait du passage en force pour défendre leurs intérêts[643]. Marilyn Musgrave, représentante du Colorado, fait alors une déclaration pour vanter les mérites de politiciens courageux qui ont clamé haut et fort vouloir défendre l'institution du mariage traditionnel d'une manière honnête et sincère : « They are simply local leaders trying to solve the problems that they see in their communities[644]. » Musgrave veut faire croire que dans son long périple à travers le pays pour rencontrer les élus locaux, ces derniers n'ont jamais eu à faire face à la question de la discrimination d'hommes et de femmes LGBT, par exemple. Musgrave doit pourtant se souvenir que c'est dans son État du Colorado qu'une initiative populaire, approuvée par les électeurs, interdisait la promulgation de dispositifs antidiscriminatoires à l'égard de la communauté LGBT. Cet amendement constitutionnel a été abrogé par la Cour suprême en 1996. La représentante du Colorado déclare avoir été bouleversée par l'ampleur de la mobilisation pour la protection de l'institution du mariage. En attendant, si le rôle des dirigeants est de régler les problèmes du peuple, comme elle l'affirme, pourquoi ne

---

[642] « C'est le moment pour nous de traiter enfin [les gays] comme n'importe qui d'autre, comme des membres de la même maison, de la même famille, à la même table. Nous devons construire une communauté admirée de tous, une communauté exclusivement inclusive, une communauté en paix avec elle-même. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.20.
[643] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.21.
[644] « Ce sont simplement des dirigeants locaux qui tentent de résoudre les problèmes qu'ils observent dans leurs communautés. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.21.

présente-t-elle pas son bilan en matière de droits et protections à destination des individus LGBT dans son propre district ? Cela permettrait de confirmer si « son amour et son respect pour tous les individus[645] » sont véritablement sincères et fondés sur des actes, plutôt que de simples éléments de langage.

Même si le ton reste courtois, Musgrave dénonce à nouveau de manière injustifiée le jugement rendu par la Cour suprême du Massachusetts, qu'elle estime inacceptable car cette décision revient seulement aux législateurs et entre incontestablement désormais dans la jurisprudence : « We see four Supreme Court justices in Massachusetts forcing a redefinition on their body politic, and forcing the rest of the Nation to take note[646]. » Tout d'abord, contrairement à ce qu'elle prétend, la Cour a laissé une période de temps aux législateurs pour appliquer cette décision et définir les contours d'un compromis qui règle cette question de justice et d'égalité des couples de même sexe. Par ailleurs, Musgrave se trahit sur ses réelles intentions. Souhaite-t-elle faire comprendre que la Cour devrait être condamnée pour avoir reconnu le préjudice subi par les couples de même sexe par quatre juges contre trois et d'avoir été pionnière en la matière ? Si ce jugement doit permettre d'apporter un nouvel éclairage juridique au niveau fédéral, alors les États auraient pu sans attendre engager des négociations pour statuer sur le sort des couples de même sexe et de leurs enfants au lieu de continuer obstinément à nier la réalité. Cela se vérifie d'autant plus qu'elle admet l'existence de « dispositifs contractés par des homosexuels engagés dans des relations » durables, pour ne pas mentionner la mise en place du statut de partenariat enregistré ou d'unions civiles en Californie, dans le Vermont et le District de Columbia, de peur que d'autres États ne viennent à s'en inspirer. En d'autres termes, certains États font le choix de protéger le mariage traditionnel tout en accordant un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel aux couples de même sexe de manière à leur permettre de protéger leur relation. Par ailleurs, dès le début des années 1980, dans trois affaires saisies par les tribunaux de New York, les juges donnent raison à des couples de même sexe qui se servent du dispositif de l'adoption d'un majeur pour faire reconnaître la légitimité de leur relation, assimilée alors à une forme de mariage. Parmi les motifs invoqués par ces couples, on trouve la consolidation de leurs biens, la reconnaissance publique du lien affectif unissant deux individus, la légalisation de leur relation permettant la formalisation de leur unité familiale[647]. Selon Peter Fowler, il existe une faille dans la loi de l'État,

---

[645] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.21.

[646] « Nous observons que quatre juges à la Cour suprême du Massachusetts imposent une redéfinition au corps politique de leur État et l'imposent au reste de la Nation pour qu'elle en prenne note. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.21.

[647] FOWLER, Peter N. "Adult Adoption: A 'New' Legal Tool for Lesbians and Gay Men". *Golden Gate University Law Review*, vol.14. 1984. p.698-699.

qui permet à des homosexuels de passer par l'adoption d'un adulte pour prétendre aux droits de succession, aux prestations offertes par les employeurs et par les assurances. Ainsi, la justice new-yorkaise renvoie clairement aux législateurs la responsabilité de déterminer si les couples de même sexe peuvent prétendre à l'ouverture de droits et protections maintenant que New York a abrogé ses lois contre la sodomie. Pour les juges, cette reconnaissance de leur sexualité valide une union homosexuelle compatible avec le droit à l'adoption. Cette avancée est, selon les juges, une première étape vers des dispositifs légaux plus adaptés pour répondre aux besoins de ces couples. Contrairement à ce qu'avance Musgrave, la justice prend donc part au débat de manière légitime et propose de nouvelles idées pour faire évoluer le système judiciaire et faire progresser le droit. De fait, si les juges semblent parfois devancer le rôle du législateur, c'est aussi parce que les républicains qui contrôlent la plupart des législatures d'États restent farouchement opposés au mariage homosexuel voire à tous dispositifs ouvrant des droits aux couples de même sexe.

Cette situation explique la frustration de ces élus conservateurs mais aussi de ces représentants religieux qui non seulement estiment que cette question leur échappe mais surtout qui l'interprètent comme l'annulation du mariage civil : « We certainly didn't ask for a nationwide debate on whether the traditional institution of marriage should be invalidated by judges[648]. » Ces propos du révérend Richard Richardson cités par Marilyn Musgrave permettent à la sénatrice de prendre position en faveur de la protection du mariage civil en tant que sacrement. Néanmoins, ils sont aussi révélateurs du refus d'une partie de ces Américains qui ne souhaitent pas débattre d'un sujet sensible, contraire à leur foi religieuse, car la véritable question posée est celle de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et non celle de sa disparition. La lecture de la déclaration d'un homme d'Église noir hostile au mariage homosexuel est une façon de rejeter en bloc les accusations de discrimination à l'égard des couples de même sexe, comme si finalement la communauté afro-américaine était la seule victime réelle de discriminations : « The traditional institution of marriage is not discrimination, and I find it offensive to call it that. Marriage was not created to oppress people. It was created for children[649]. » Richardson semble se méprendre sur l'origine du préjudice subi par les couples de même sexe. Ce qu'ils réclament, c'est la reconnaissance de leur union non seulement au niveau des États mais surtout du gouvernement fédéral. C'est la raison pour laquelle l'institution du mariage, loin d'être considérée comme

---

[648] « Il est évident que nous n'avons jamais demandé l'ouverture d'un débat national pour déterminer si l'institution traditionnelle du mariage devrait être invalidée par des juges. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", op.cit., p.22.

[649] « L'institution traditionnelle du mariage n'est pas discriminatoire et je trouve insultant le fait de l'appeler ainsi. Le mariage n'a pas été créé pour opprimer les individus. Il a été créé pour les enfants. »
108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.22.

tyrannique, est perçue comme la seule capable de réparer une discrimination en accordant les mêmes droits et protections à l'ensemble des couples homosexuels ainsi qu'à leurs enfants sur tout le territoire. Si le mariage vise justement à les protéger comme il le sous-entend, pourquoi les familles homoparentales ne pourraient-elles pas prétendre au bonheur et à la sécurité de leurs propres enfants ? Certainement parce que les couples de même sexe sont victimes d'une discrimination à cause de leur orientation sexuelle et non pas de leur couleur de peau. En revanche, Musgrave persiste, elle refuse de reconnaître cette forme de discrimination, prétendant que seule la communauté afro-américaine, favorable au FMA, a fait la douloureuse expérience de la discrimination raciale par l'esclavage et la ségrégation[650]. Persuadée d'avoir le soutien des Américains, elle n'hésite pas à détourner la moindre critique comme pour rappeler que le recours au FMA est inévitable et que ce sont les juges qui n'ont laissé aucune alternative aux conservateurs et à la majorité populaire.

Pourtant, la voie du compromis existe au sein même du Parti républicain. Le sénateur Orrin Hatch de l'Utah, qui soutient la ratification du FMA, comprend aussi la nécessité d'utiliser la loi pour condamner la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Il explique que la crise du SIDA et, en particulier, les difficultés des malades à avoir accès aux soins ont facilité cette prise de conscience[651]. Cette constatation n'a pourtant pas été immédiatement suivie par des actes puisqu'en 1996 Hatch est encore hostile à une loi fédérale pour interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi. Ce n'est qu'en novembre 2013 que lui et le sénateur McCain font partie des dix républicains à approuver l'adoption de l'*Employment Non-Discrimination Act* (ENDA), puisque la loi prévoyait alors une exemption pour les Églises. Néanmoins, cette loi n'est pas parvenue à faire l'unanimité à la Chambre des représentants contrôlée par les républicains. La même année, il se prononce en faveur de l'ouverture des unions civiles aux couples de même sexe, conscient qu'il s'agit là du seul moyen pour les empêcher d'avoir accès à l'institution du mariage, et cela à quelques semaines d'une décision de la Cour suprême annulant la loi DOMA : « I do believe this [matter] could be solved greatly by a civil union law that would give gay people the same rights as married people[652]. » Hatch intègre bien

---

[650] 108th Congress."A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage", ibid., p.24.

[651] 108th Congress. United States Senate Committee on the Judiciary. "Preserving Traditional Marriage: a View from the States". June 22, 2004. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-108shrg43000/pdf/CHRG-108shrg43000.pdf], p.7.

[652] « Je crois vraiment que cette [question] pourrait être en grande partie résolue par une loi sur les unions civiles qui donnerait aux homosexuels les mêmes droits qu'aux couples mariés. »
TERKEL, Amanda. "Orrin Hatch Endorses Civil Unions For Gay People To Preserve 'Traditional Marriage'". *The Huffington Post*. April 8, 2013. Consulté le 10 avril 2016 : [http://www.huffingtonpost.com/2013/04/08/orrin-hatch-civil-unions_n_3036685.html]

l'idée d'uniformiser les droits liés au mariage sur l'ensemble du territoire et surtout de garantir aux couples homosexuels l'égalité des droits au mariage au niveau fédéral. Cette prise de position sur les unions civiles et la lutte contre la discrimination fait de lui une voix dissidente au sein de sa propre majorité et du courant dominant attaché aux croyances religieuses et à la famille traditionnelle.

II.B.2 L'invisibilité manifeste des questions LGBT comme stratégie politique et électorale de Bush et de son parti

L'examen du programme politique du parti pour la présidentielle de 2004 révèle un schéma classique de domination, dans lequel le parti au pouvoir œuvre au maintien et à la réélection du président sortant sans constituer le centre de gravité d'un renouveau politique. Autrement dit, le Parti républicain souhaite préserver ses acquis électoraux tout en soutenant l'exécutif engagé dans une lutte pour la préservation de valeurs traditionnelles, menacées par de multiples changements liés à de fortes tensions institutionnelles.

Sans véritable surprise, le parti fixe comme objectif la protection des familles, objectif que le président a annoncé plusieurs mois auparavant. En effet, avant de se prononcer en faveur d'un amendement constitutionnel, le président a d'abord tenté de mobiliser les Américains sur l'importance du mariage afin qu'ils partagent sa vision de l'institution et qu'ils l'honorent durant la semaine officielle de la protection du mariage (*Marriage Protection Week*). À la suite des résultats d'une enquête démontrant que les enfants s'épanouissent davantage si leurs deux parents sont mariés, Bush a alors décrété une semaine de célébration du mariage, du 12 au 18 octobre 2003, placée sous le signe d'initiatives pédagogiques pour venir en aide aux couples traditionnels afin de construire des familles solides et stables : « I call upon the people of the United States to observe this week with appropriate programs, activities, and ceremonies[653]. » Ces « festivités » sont pour le moins éphémères puisqu'elles ne sont pas renouvelées l'année suivante, mais les actions mises en place ont perduré. En organisant cette semaine officielle, le gouvernement s'est lancé dans une opération de récupération politique afin de montrer aux Américains qu'il est important de préserver une institution réservée aux seuls couples hétérosexuels. Pour la communauté LGBT, il s'agit d'une véritable provocation, d'une tentative de diversion pour leur rappeler que les familles homoparentales vont continuer d'en être exclues et de ne recevoir aucune aide du gouvernement

[653] « J'en appelle au peuple des États-Unis pour célébrer cette semaine consacrée au mariage par des émissions appropriées, des activités et des cérémonies. »
President George W. Bush. "Marriage Protection Week". Proclamation delivered in Washington, D.C., October 3, 2003. [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/10/20031003-12.html]

fédéral. Cette proclamation est aussi l'occasion pour le président, qui n'a pas la moindre considération pour les couples de même sexe, de faire plusieurs annonces. Il a fait part au département de la Santé et des Services sociaux de son souhait de permettre aux couples hétérosexuels les plus modestes d'acquérir les compétences nécessaires à la réussite de leur mariage en s'appuyant sur la formation et l'éducation, sur des initiatives à caractère confessionnel ainsi que sur un service d'aide et d'assistance. Enfin, il a permis à des couples à la situation financière précaire de bénéficier d'un allègement fiscal[654]. Tous ces dispositifs doivent légitimement permettre à ces familles d'élever des enfants dans un environnement propice à leur épanouissement.

Animé d'un véritable esprit d'initiative, Bush soigne méticuleusement son image de candidat sortant, en faisant preuve de dynamisme tout en ciblant des familles aux revenus modestes susceptibles d'adhérer au « conservatisme compassionnel » et de prendre leurs distances vis-à-vis du Parti démocrate. Dans tous les cas, cette célébration du mariage lui permet d'occuper le terrain médiatique et de focaliser tous les enjeux de la question du mariage sur la famille nucléaire traditionnelle : « Marriage is a union between a man and a woman, and my Administration is working to support the institution of marriage by helping couples build successful marriages and be good parents[655]. » Le président se propose de rappeler sa conception du mariage sans que l'on sache véritablement quel est le lien logique entre la définition qu'il défend et son plan d'aide à destination des couples mariés. Serait-ce une manière de signifier que dans sa politique compassionnelle aucune place ne serait faite aux familles homoparentales ou que celles-ci ne seraient pas prioritaires à l'ordre du jour ? C'est une leçon de morale qu'il tient à adresser à ses citoyens afin qu'ils se comportent de manière exemplaire et qu'ils prennent part à l'aboutissement d'une société toujours plus parfaite, inclusive et tolérante : « And we must continue our work to create a compassionate, welcoming society, where all people are treated with dignity and respect[656]. » Bush se positionne donc clairement dans cette guerre culturelle en faveur de la « bonne vie », respectueuse des mœurs et de la tradition religieuse, tout en préconisant une certaine ouverture qui permettrait à tous d'être traités avec la même considération. Mais, paradoxalement, sa proclamation s'inscrit en contradiction avec ces principes puisque les hommes

---

[654] The Supporting Healthy Marriage Project (SHM)
President George W. Bush. "Marriage Protection Week", loc. cit.

[655] « Le mariage est une union entre un homme et une femme, et mon gouvernement travaille de manière à soutenir l'institution du mariage en aidant les couples à construire des mariages heureux et à être de bons parents. » President George W. Bush. "Marriage Protection Week", loc. cit.

[656] « Et nous devons continuer notre travail afin de créer une société accueillante et compatissante où tous les individus sont traités avec dignité et respect. »
President George W. Bush. "Marriage Protection Week", loc. cit.

et les femmes LGBT ne semblent pas être intégrés dans ce projet, pas plus que les autres minorités du pays. Au lieu de rassembler, le président, peut-être par maladresse, semble au contraire diviser en donnant la priorité aux problèmes de certaines familles par rapport à d'autres qui méritent tout autant de considération. Finalement, cette initiative est loin d'être ambitieuse mais le message à destination de son électorat a le mérite d'être clair : non seulement Bush donne l'impression d'agir pour redorer le blason d'une institution décriée et déclinante, mais il défend aussi les intérêts de la famille nucléaire, seule capable de contribuer au bien-être des enfants.

L'éventuelle arrivée des couples de même sexe est perçue comme une atteinte au prestige d'une institution sacrée qui serait déshonorée. Le mariage homosexuel menacerait la vitalité et la capacité de la société américaine à résister aux valeurs progressistes : « Marriage Protection Week provides an opportunity to focus our efforts on preserving the sanctity of marriage[657]. » Bush défend véritablement le sacrement de mariage, un rite de passage chrétien qui garantit l'approbation et la présence de l'Église dans la nouvelle vie des deux époux. Symboliquement, ces derniers promettent de suivre des règles de vie rigoureuses défendues par les « orthodoxes » conservateurs et auxquelles des couples de même sexe souhaitent adhérer. Cette proclamation ne ferait-elle pas du président un activiste conservateur déterminé à changer la Constitution pour défendre des principes chrétiens ? Si tel est le cas, les acteurs du changement au profit de valeurs progressistes ne détiennent pas le monopole des méthodes et pratiques jugées « activistes » par leurs détracteurs conservateurs, qui ont à cœur de les faire passer pour des imposteurs et des corrupteurs des intentions originelles des Pères fondateurs. Paradoxalement, ce sont bien les conservateurs qui œuvrent au changement de la Déclaration des droits pour y inscrire une conception chrétienne du mariage. Cette proclamation n'est-elle pas plutôt annonciatrice de la volonté de l'exécutif d'en découdre avec les couples de même sexe par la ratification d'un amendement qui reviendrait indirectement à l'établissement du christianisme comme religion officielle du pays, tout en suscitant l'adhésion de toutes les religions à ce projet ?

Intimement convaincu que son combat est noble, le président, un chrétien régénéré (*born again Christian*), est au service de sa foi religieuse, engagé dans une lutte personnelle pour offrir aux chrétiens conservateurs la reconnaissance de l'institution religieuse du mariage par l'État fédéral. L'union des couples de même sexe est brocardée par la majorité alors que certaines Églises minoritaires bénissent des unions entre personnes de même sexe. Aux yeux de l'exécutif,

---

[657] « La semaine officielle de la protection du mariage offre une occasion de concentrer nos efforts sur la préservation de la sainteté du mariage. »
President George W. Bush. "Marriage Protection Week", loc. cit.

cette célébration n'a aucune valeur et ne mérite aucune considération, puisqu'elle reste marginale. La proclamation du président pose donc également la question de la réconciliation entre foi et homosexualité. En effet, même s'il en appelle au respect et à la dignité de tous, Bush, en ne reconnaissant pas la validité de relations homosexuelles, invite à la compartimentation. Autrement dit, les croyants homosexuels doivent continuer de veiller à dissimuler leur orientation sexuelle puisque la vie homosexuelle est incompatible avec les pratiques religieuses de leur Église. Ils se retrouvent tiraillés entre leur attachement sincère à leur appartenance religieuse et leur orientation sexuelle. Comment le président peut-il en appeler à la dignité de tous quand les homosexuels restent soumis à l'obligation de faire le choix du placard dans leurs paroisses ?

C'est que le président agit en tant que pasteur de la nation et qu'il utilise le débat amorcé sur le mariage traditionnel pour montrer son allégeance à Dieu. Autrement dit, Bush veut laisser penser qu'il a le soutien spirituel de l'Église et d'une autorité supérieure qui légitime son action contre la liberté fondamentale du mariage. Pour cela, il utilise la tribune du Congrès lors de son discours annuel de 2004 sur l'état de l'Union, dans lequel il brosse un tableau manichéen de la vie humaine partagée entre deux camps, celui du bien et celui du mal, du vrai et du faux. Le président, transcendé par une force supérieure spirituelle, donne le cap en indiquant clairement que dans cette guerre culturelle, la seule issue possible est la victoire de la morale et de la foi religieuse pour pallier les échecs d'une culture décadente : « The cause we serve is right, because it is the cause of all mankind. [...] We can trust in that greater power who guides the unfolding of the years. And in all that is to come, we can know that His purposes are just and true[658]. » Pour réussir, Bush cible en priorité les nouvelles générations qui sont affectées par des changements de la société les poussant à faire de mauvais choix de vie. Il invite donc tous les acteurs politiques et institutionnels à participer à cet effort collectif pour accompagner les jeunes à choisir le bon chemin, en agissant comme des modèles à leurs côtés : « To help children make right choices »[659], « to send the right signal »[660], « to encourage right choices[661] », mais aussi comme Bush avait déjà conseillé : « to send the right messages to our children[662] ». Ces formules incantatoires traduisent une volonté

---

[658] « La cause que nous servons est juste parce que c'est la cause de toute l'humanité. [...] Nous pouvons avoir foi en cette puissance supérieure qui guide l'évolution des années. Et à l'avenir, nous pouvons nous assurer que ses objectifs sont justes et véritables. »
President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", op.cit., p.4
[659] « Pour aider les enfants à faire les bons choix »
President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", op.cit., p.4
[660] « Pour transmettre le bon signal »
President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", ibid., p.4
[661] « Pour encourager les bons choix »
President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", ibid., p.4
[662] « Pour transmettre le bon message à nos enfants »

politique de voir triompher le bien dans le domaine de la sexualité et du sport[663]. Cependant, elles n'abordent pas la question du racisme, de l'homophobie et du harcèlement entre les jeunes, ni même de l'éducation donnée par les parents. De toute évidence, le président, en père protecteur, semble concerné non seulement par le sort des familles nucléaires traditionnelles mais aussi par l'avenir des enfants et des jeunes, pour lesquels il souhaite pleinement s'engager en leur apportant le soutien du gouvernement et celui d'une autorité supérieure dont il se fait le porte-parole. À quelques mois de l'élection, la rhétorique sur l'avenir de la famille et celle sur la place de Dieu dans leur vie indiquent que Bush est en campagne pour séduire la droite religieuse.

Dans cette campagne de séduction, le président veut faire la démonstration de sa piété et de ses convictions religieuses, qui guident son action politique. Tout d'abord, il annonce au Congrès avoir signé un décret autorisant le gouvernement fédéral à accorder la distribution d'argent public à des organismes de bienfaisance religieux qui viennent en aide aux individus les plus défavorisés et les plus fragiles et qui apportent des solutions éducatives aux enfants. Ces actions sociales viennent, selon lui, renforcer le rôle de l'État fédéral dans la lutte contre la misère et la précarité et méritent d'être subventionnées. De fait, il considère l'interdiction d'accorder des subventions à des organismes religieux qui œuvrent au bien de tous comme une forme de discrimination fondée sur l'appartenance d'un individu à une institution religieuse : « Tonight I ask you to codify this into law, so people of faith can know that the law will never discriminate against them again[664]. » L'interdiction qui prévalait jusqu'alors ne traduisait-elle pas plutôt une volonté de renforcer le mur de séparation entre l'Église et l'État en obligeant ce dernier à prendre ses responsabilités directement pour lutter efficacement contre la pauvreté et l'exclusion sociale ? Les Églises ont certainement un rôle à jouer pour participer à la cohésion et à la stabilité sociale, mais on peut se demander s'il est judicieux d'accuser le gouvernement de lois discriminatoires à l'égard des religions alors que le Massachusetts vient de légaliser le mariage homosexuel. C'est donc aussi une promesse faite aux croyants : le président leur assure qu'aucune loi ne viendra remettre en question leur liberté de conscience et la conception du mariage traditionnel sous son mandat.

Élevé dans une famille chrétienne, puis chrétien régénéré, on l'a dit, Bush a toujours cherché à défendre sa culture religieuse et les enseignements de la Bible, même lorsqu'il était gouverneur du Texas. Dès 1997, il déclarait que la foi était le seul remède pour lutter contre les affres d'une culture subversive et nocive aux Américains : « I am convinced that faith is exactly

---

President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", ibid., p.4

[663] President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", ibid., p.4

[664] « Ce soir je vous demande de l'inscrire dans la loi afin que les croyants sachent que la loi ne les discriminera plus jamais à l'avenir. »
President George W. Bush. "The 2004 President's State of the Union Address", ibid., p.4

what we need to help solve the Number One problem facing America today—and that is a culture which has failed[665]. » La religion devait permettre aux homosexuels de retrouver le chemin de l'hétérosexualité. Bush n'a également jamais ouvertement qualifié l'homosexualité de péché, préférant rappeler que les être humains, en général, sont des pécheurs en quête de rédemption[666]. Prudent, le président qui lors de l'élection présidentielle de 2000 a obtenu 25 % des voix de la communauté homosexuelle[667], a fait le choix de laisser tout jugement sur le mode de vie de ses concitoyens à une autorité supérieure. Cette neutralité de façade peut s'expliquer aussi en partie parce que le vote gay aurait fait la différence en permettant l'élection de George W. Bush en Floride selon les représentants du *Log Cabin Republicans*. Néanmoins, la campagne menée par cette organisation pour le candidat républicain a permis à ce dernier d'échapper à son bilan en tant que gouverneur du Texas : hostile à l'abrogation de la loi contre la sodomie au Texas, à l'adoption d'une loi contre des crimes de haine fondée sur l'orientation sexuelle mais favorable à une interdiction de l'adoption par des homosexuels, Bush se déclarait malgré tout favorable à l'égalité des droits sans aller jusqu'à faire adopter des « droits spéciaux » pour protéger les homosexuels, et considérait tous les actes criminels comme l'expression évidente d'une forme de haine[668]. Ainsi, Bush estimait qu'une loi spécifique sur les crimes de haine liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre n'était pas justifiée. En fin de compte, il n'a jamais jugé nécessaire d'accorder la moindre considération aux problèmes de la communauté homosexuelle car l'importance du péché, selon lui, reste une barrière à la reconnaissance de l'égalité des droits. Peut-on alors considérer que cette forme d'indifférence fait de lui un président modéré ? Comme il l'a rappelé lors d'un débat présidentiel en octobre 2000, Bush refuse de traiter la question de l'égalité des droits des homosexuels car il estime que la sexualité relève d'un choix personnel qui n'a aucun rapport avec la fonction présidentielle :

> I've been a tolerant person all my life. I just happen to believe strongly that marriage is between a man and a woman. [...] I don't really think it's any of my concerns—how you conduct your sex life. And I think that's a private matter. [...] But I'm going to be respectful for people, I'll tolerate people[669].

---

[665] « Je suis convaincu que la foi est exactement ce dont nous avons besoin pour aider à résoudre le problème numéro un auquel l'Amérique fait face — et il s'agit d'une culture qui a échoué. »
KENGOR, Paul. *God and George W. Bush: a Spiritual Life*. New York: Harper Collins. 2004. p.28.
[666] KENGOR, ibid., p.107.
[667] BULL, Chris. "The margin of victory". *The Advocate*. December 19, 2000. p.26.
[668] CAMPBELL, Julia. "Bush on Gay Rights Issues". ABC News. January 17, 2001. Article consulté le 14 avril 2016 : [http://abcnews.go.com/Politics/story?id=122050&page=1]
[669] « Toute ma vie j'ai été une personne tolérante. Il se trouve justement que je crois fondamentalement au mariage entre un homme et une femme. [...] Je pense vraiment qu'il s'agit là de la moindre de mes préoccupations – sur la façon dont vous menez votre vie sexuelle. Et je crois que c'est une question qui relève de la vie privée. [...] Mais je vais être respectueux des individus. Je tolérerai les individus. »
Commission on Presidential Debates. The Second Gore-Bush Presidential Debate Transcript. Wake Chapel, Winston-Salem (NC), October 11, 2000. [http://www.debates.org/?page=october-11-2000-debate-transcript], p.19-20.

Le candidat tente de montrer qu'il n'a aucun a priori à l'égard de ces individus qu'il refuse d'étiqueter comme étant des homosexuels puisque c'est justement cette identité sexuelle qui mériterait l'attention des législateurs. En passant pour un candidat tolérant et respectueux, Bush se positionne en tant que centriste modéré qui assure ne vouloir participer à aucun projet de loi contre la communauté homosexuelle. Autrement dit, Bush ne changera pas les lois votées sous la présidence Clinton : DADT et DOMA. En définitive, lorsqu'il est élu, le président Bush, en ne faisant aucune promesse à la communauté LGBT, est parvenu à semer le doute parmi les organisations homosexuelles[670]. En effet, même si ces dernières, comme la HRC, n'ont pas manifesté d'enthousiasme à la suite de sa victoire, elles s'interrogent sur la manière dont elles vont pouvoir continuer à peser dans les débats à Washington DC, face à un président déterminé à les ignorer alors même qu'il n'a pas mené une campagne foncièrement anti-LGBT.

En 2004, le programme du Parti républicain cherche à rendre invisible la minorité homosexuelle tout en reléguant à la marge les priorités de la communauté LGBT. En ne figurant pas dans les objectifs du programme présidentiel pour agir en faveur d'une « culture de la vie » procréative, centrée sur la restriction de l'accès à l'avortement, les familles homoparentales sont marginalisées, ignorées et inexistantes. Autrement dit, les conservateurs participent à ce que D'Emilio appelle le mythe de l'invisibilité des années 1960 pour rappeler aux homosexuels que, même s'ils sont désormais « libres » d'accepter leur « mode de vie », ils doivent encore rester cachés : « We constructed a myth of silence, invisibility, and isolation as the essential characteristics of gay life in the past as well as the present[671] ». Même si en 2004 des évolutions sont notables, les lois DOMA et DADT ainsi que l'indifférence des conservateurs à l'égard des homosexuels accréditent encore la thèse du mythe du silence au début du XXIe siècle. D'ailleurs, un porte-parole du président élu a même rapporté que Bush pensait que les homosexuels devaient avant tout gagner la bataille des cœurs avant d'envisager la moindre action en justice, qui n'aurait aucune efficacité à ses yeux[672]. Cela revient à dire que les homosexuels devaient tendre la main aux plus intégristes pour se faire accepter avant d'envisager des lois antidiscriminatoires.

C'était là un défi périlleux auquel les familles homoparentales étaient confrontées. Comment pouvaient-elles convaincre ces familles traditionnelles alors que le Parti républicain s'attachait à préserver la famille nucléaire tout en stigmatisant les autres unités familiales qui ne

---

[670] CAMPBELL, Julia. "Bush on Gay Rights Issues", loc. cit.

[671] « Nous avons construit un mythe du silence, de l'invisibilité et de l'isolement comme les caractéristiques essentielles de la vie gay dans le passé ainsi que dans le présent. »
D'EMILIO, John. "Capitalism and Gay Identity". In HANSEN, Karen & ILTA GAREY, Anita. *Families in the US*. Philadelphia: Temple University Press. p.132.

[672] CAMPBELL, Julia. "Bush on Gay Rights Issues", loc. cit.

correspondaient pas au modèle souhaité ? : « We believe that every child deserves the chance to be born and grow up in a loving family. We also believe that while families exist in many different forms, there are ideals to strive for[673]. » Dans leur idéal, la famille incarne l'âme d'une culture dynamique portée par des parents et des enfants investis dans les associations sportives et artistiques ainsi que les manifestations sociales et culturelles de leurs quartiers. Cette énergie déployée au service de la société trouve son essence dans l'amour et la bienveillance unissant parents et enfants[674]. Cette confiance instaurée permet alors aux adultes de transmettre un certain nombre de valeurs éducatives et de règles de vie essentielles au développement de leurs enfants. Néanmoins, les républicains rappellent que seule la famille nucléaire traditionnelle peut espérer atteindre cet objectif, réaliser cet idéal et garantir à leurs enfants les meilleures conditions de vie. En d'autres termes, même s'ils admettent la multiplicité d'unités familiales, ce caractère inclusif est trompeur puisque la famille homoparentale est, à leurs yeux, défaillante étant donné que, pour être fonctionnelle, la famille doit être composée d'un homme et d'une femme unis par les liens du mariage et de leurs enfants[675].

C'est en posant les conditions de la réussite de la famille, corroborées par les sciences sociales[676], que les républicains affichent leur indifférence à l'égard d'autres structures familiales, comme les familles monoparentales ou coparentales qui mériteraient elles aussi l'attention et le soutien du gouvernement. D'ailleurs, ils tiennent également à souligner l'importance qu'ils attachent à une vision patriarcale de la famille, dans laquelle le père a un rôle indispensable en tant que le garant de l'ordre et de l'autorité au sein du foyer[677]. C'est donc également dans un contexte social où de plus en plus de pères démissionnaires fuient leurs responsabilités que le Parti républicain soutient des initiatives de la part du président pour leur permettre d'assumer pleinement leur rôle de père comme si les républicains refusaient que l'État providence prenne en charge des mères célibataires. Ils donnent surtout le sentiment que les familles homoparentales dirigées par un couple féminin ne seraient ni compétentes, ni en mesure d'éviter à leurs enfants les risques d'échec scolaire et d'exposition à la criminalité et aux drogues. En effet, ils affirment que des études en ce sens confirment la présence indispensable d'un père dans la vie de ses enfants

---

[673] « Nous pensons que chaque enfant mérite la chance de naître et grandir dans une famille affectueuse. Nous pensons également que même si les familles existent sous de nombreuses formes différentes, il y a des idéaux à atteindre. »
2004 Republican Party Platform. "A Safer World and a More Hopeful America". Reported by Full Committee on August 26th, 2004 in New York. [http://www.gop.com/media/2004platform.pdf], p.79.
[674] 2004 Republican Party Platform, ibid., p.79.
[675] 2004 Republican Party Platform, ibid., p.83.
[676] 2004 Republican Party Platform, ibid., p.83.
[677] 2004 Republican Party Platform, ibid., p.80.

pour éviter toute rupture sociale[678]. Seulement, il aurait été nécessaire de préciser que ces enquêtes portaient uniquement sur la famille nucléaire traditionnelle et nullement sur la famille homoparentale. En fin de compte, il semblerait que ce soit la famille nucléaire traditionnelle qui puisse être défaillante mais les républicains paraissent en déduire qu'il ne serait pas judicieux de laisser croire que les familles homoparentales seraient parfaitement capables d'élever des enfants et de contribuer à leur bien-être.

C'est là une autre stratégie pour rappeler leur attachement au mariage traditionnel et insister sur le fait qu'aucun avantage ne sera accordé à des couples qui ne respecteraient pas ce modèle restrictif : « Legal recognition and the accompanying benefits afforded couples should be preserved for that unique and special union of one man and one woman which has historically been called marriage[679]. » En d'autres termes, le partenariat enregistré et les unions civiles pour les couples de même sexe sont clairement écartés de toute reconnaissance légale au niveau fédéral. C'est également la position assumée de certains États, comme le Nebraska (2000), le Kentucky (2004), la Virginie (2006). Les couples de même sexe dans ces États n'ont d'autre choix que de se tourner éventuellement vers la justice fédérale pour invalider ces amendements. Par ailleurs, le parti soutient ouvertement la procédure de ratification d'un amendement constitutionnel pour y inscrire le mariage en tant que sacrement (FMA) ainsi que la loi MPA pour empêcher la justice fédérale d'invalider la loi DOMA. Autrement dit, on peut considérer que le Parti républicain est favorable à l'adoption d'amendements dans tous les États par voie référendaire, non seulement pour montrer que la souveraineté populaire est plus forte que des décisions arbitraires de justice contraires à la morale religieuse, mais aussi pour mobiliser ses propres électeurs[680]. Effectivement, si l'on compare l'élection présidentielle dans l'Ohio, État décisif, entre 2000 et 2004, on constate qu'un million d'électeurs de plus se sont déplacés aux urnes, notamment en raison d'un projet d'amendement constitutionnel (interdisant le mariage homosexuel et tout autre dispositif de reconnaissance légale) approuvé à 61 % (41 % des votants se sont portés sur John Kerry)[681]. L'ambition des républicains était donc d'empêcher les législatures d'État de légiférer sur cette

---

[678] Ces études ont conduit le président à établir en 2006 de nouvelles priorités budgétaires pour soutenir des mariages sains et une paternité responsable.
2004 Republican Party Platform, ibid., p.80.

[679] « La reconnaissance légale et les avantages induits dont les couples disposent devront être réservés à cette union unique et spéciale d'un homme et d'une femme qui est historiquement appelée le mariage. »
2004 Republican Party Platform, ibid., p.83.

[680] 2004 Republican Party Platform, ibid., p.84.

[681] 2004 Election Results, U.S. President / Ballot Measures / Ohio. *CNN*. 2004. Consulté le 15 avril 2016 : [http://edition.cnn.com/ELECTION/2004/pages/results/states/OH/I/01/epolls.0.html]

question de société, alors qu'ils exigeaient justement qu'elle soit débattue démocratiquement sans décision unilatérale de la justice.

C'est en tout cas ce que pense un autre candidat qui se prépare, en mars 2004, à briguer le poste de sénateur des États-Unis dans l'Illinois. Pendant la campagne, Barack Obama se déclare être un défenseur des droits LGBT et veut s'engager de manière « stratégique », pédagogique et méthodique afin de garantir l'égalité des droits de la communauté homosexuelle[682]. Pour s'opposer au Parti républicain, Barack Obama comprend, en 2004, qu'il faut mettre le Parti républicain face à ses propres contradictions et que d'autres étapes sont donc encore nécessaires avant de se déclarer ouvertement favorable au mariage des couples de même sexe.

[682] BAIM, Tracy. *Obama and the Gays: a Political Marriage*. Philadelphia: Prairie Avenue Productions. 2010. p.23-24.

II.C. Obama : le progrès et l'égalité confrontés à la riposte des États ultraconservateurs

Dans le cheminement « stratégique » de la pensée d'Obama, on peut considérer qu'une de ces étapes est certainement de reprendre le contrôle du Congrès et ce dès 2006, de manière à conquérir la Maison Blanche en 2008. En janvier 2004, Obama avoue, avec une certaine lucidité, que le Parti démocrate a la responsabilité de remporter la bataille des cœurs, chère au président Bush, pour la communauté LGBT mais aussi de réfléchir à un nouveau projet politique ambitieux pour l'Amérique, qui permettrait au parti de remporter des victoires au nom du changement et du progrès : « [...] we have a 5- to 10-year task ahead of us in rebuilding a working, progressive Democratic majority that can win elections[683]. » Pour Obama, le Parti démocrate est engagé dans une impasse et a besoin de renouveler ses idées autour de fondamentaux comme l'espoir de rassembler un peuple divisé autour du Rêve américain. *The Audacity of Hope* [684] est d'ailleurs le titre d'un ouvrage, écrit par Obama, dans lequel il propose de regagner la confiance des Américains en tendant la main à ceux qui ne se font plus aucune illusion face à un système qui ne tient pas ses promesses, incapable d'améliorer leur quotidien. Autant dire qu'Obama considère que le Parti démocrate n'est pas encore capable de remporter la présidentielle de 2004 et qu'il a certainement un rôle à jouer pour faire de son nom une machine à gagner. C'est d'ailleurs une gageure d'ambitionner un tel niveau de responsabilité au niveau fédéral, en particulier à la suite des attentats du 11 septembre 2001. En effet, son conseiller en communication de l'époque lui fait même comprendre qu'il doit tenter de faire oublier son nom à consonance musulmane pour espérer emporter la moindre élection législative[685].

Qu'à cela ne tienne, Obama a incontestablement de l'ambition. Il commence par envisager un processus de réparation et de refondation de la politique et de la vie citoyenne américaine : « We may be the first generation in a very long time that leaves behind a weaker and more fractured America than the one we inherited[686]. » Obama critique la politique du président Bush. Il vise en particulier les mensonges fabriqués par le gouvernement pour justifier une invasion de l'armée américaine en Irak, mais aussi la manière dont il attaque la diversité du peuple américain

---

[683] « [...] une tâche de 5 à 10 ans se dessine devant nous pour reconstruire une majorité démocrate progressiste, en état de marche, qui puisse gagner des élections. »
Dans un entretien accordé à Tracy BAIM pour le *Windy City Times*, journal LGBT de Chicago. BAIM, Tracy, ibid., p.23.

[684] OBAMA, Barack. *The Audacity of Hope*. New York: Crown Pub. 2006.

[685] OBAMA, Barack, ibid., p.3.

[686] « Nous sommes peut-être la première génération depuis un long moment à laisser derrière nous une Amérique plus fracturée et plus faible que celle dont nous avons hérité. »
OBAMA, Barack, ibid., p.9.

en opposant systématiquement les Américains les uns aux autres, ainsi que sa façon de mépriser la légitimité du rôle de la justice, voire du conseil de sécurité de l'ONU[687]. Dès 2004, Obama entend jouer sur la frustration et l'exaspération des électeurs qui aspirent au « changement », le slogan à venir de sa campagne présidentielle. Fils d'un Kényan noir et issu d'un mariage interracial, on l'a dit, il se sent en position de force pour pouvoir offrir un autre projet politique à la minorité homosexuelle du pays et incarner une réelle alternative à l'establishment du Parti démocrate, en rappelant son opposition à la guerre en Irak[688]. Il tient également à défendre son bilan, notamment en tant que sénateur de l'Illinois pour le treizième district entre 1997 et 2004. Il est favorable à ce que l'orientation sexuelle soit reconnue comme un motif potentiel de crime de haine. Il est prêt à ouvrir un débat sur la protection des droits des transsexuels tout en ayant encore quelques réserves pour leur garantir un accès équitable à un emploi[689]. Au niveau fédéral, il est contre toute tentative d'exploitation de la Constitution visant à bafouer la liberté fondamentale du mariage pour les couples de même sexe afin de les rendre inégaux aux yeux de la loi. Enfin, il est favorable à l'abrogation du *Defense of Marriage Act* (DOMA), persuadé que les États doivent pouvoir légiférer sur le statut des couples homosexuels tout en leur ouvrant l'accès à plus de 1 000 prestations fédérales : « When Members of Congress passed DOMA, they were not interested in strengthening family values or protecting civil liberties. They were only interested in perpetuating division and affirming a wedge issue[690]. » En d'autres termes, les républicains tiennent à affirmer leur intransigeance en montrant que, sur certains sujets de société liés aux guerres culturelles, ils n'entendent ni négocier, ni trouver le moindre compromis. Cette fermeté séduit un certain nombre d'électeurs démocrates qui, en 2004, ne sont pas favorables au mariage homosexuel. Au lieu d'alimenter la haine à l'égard de certains individus jugés pour leur différence, Obama s'estime capable de remporter la bataille des cœurs en s'érigeant comme le porte-parole des questions LGBT pour faire triompher l'acceptation des homosexuels, notamment au sein d'une communauté afro-américaine parfois encore hostile à leur égard[691]. Il veut également réaffirmer son adhésion à un certain nombre de principes comme l'égalité des droits, son attachement aux libertés individuelles et à la justice sociale : « As an African-American, my entire politics is based on a desire to fight for people who are disadvantaged. And that is not just a cause of this campaign. It's

---

[687] Celui-ci n'aura pas empêché une invasion organisée et décidée bilatéralement par les Américains et les Britanniques.
[688] BAIM, Tracy, ibid., p.23.
[689] BAIM, Tracy, ibid., p.24.
[690] « Lorsque les membres du Congrès ont adopté la loi DOMA, ils n'étaient pas intéressés par le renforcement des valeurs familiales ou la protection des libertés civiques. Ils s'intéressaient seulement à perpétuer la division et soutenir une question litigieuse. »
BAIM, Tracy, ibid., p.26.
[691] BAIM, Tracy, ibid., p.23.

been the cause of my life[692]. » Déjà en 2004, il fait de ses origines, de son parcours et de son combat personnel en faveur du changement pour le progrès, des atouts qui lui permettront de poser les jalons nécessaires en vue d'une éventuelle candidature à la primaire de 2008.

En 2006, selon le sénateur des États-Unis pour l'Illinois, il ne fait aucun doute que l'Amérique traverse une crise des valeurs aggravée, notamment par des guerres culturelles acerbes dans lesquelles le débat est rendu inaudible, voire impossible. Il pointe aussi du doigt la stratégie utilisée par les républicains, lors de la campagne présidentielle, qui sont parvenus à imposer leurs propres sujets de campagne, et à la centrer principalement sur la question des valeurs morales défendues par les candidats. En déplaçant ainsi le centre de gravité du débat, John Kerry a eu le plus grand mal à s'imposer. En fin de compte, tous les Américains font désormais les frais d'un climat social délétère et pessimiste en se retranchant dans des camps idéologiques et des zones de confort irréconciliables. Selon Obama, ils ont fini par oblitérer tout ce qui pouvait les rassembler. Il lui semble donc indispensable, dans son ouvrage, non seulement d'expliciter les valeurs morales défendues par le Parti démocrate sans tabou[693], mais aussi de rappeler aux Américains à quel point il est important de demeurer attaché à la notion de religion civile définie dans le deuxième paragraphe de la Déclaration d'indépendance[694]. Celui-ci résonne comme un hymne qui se propose de guider toute l'action politique du gouvernement et d'articuler deux notions centrales faisant des individus des citoyens américains à part entière, à savoir une croyance inébranlable en faveur de la liberté et de l'égalité : « we are born into this world free, all of us; [...] each of us arrives with a bundle of rights that can't be taken away by any person or any state without just cause; [...] through our agency we can, and must, make of our lives what we will—[695] ». Obama redéfinit les bases d'un contrat social, souvent négligé par des politiques d'exclusion et de clivage qui visent à dépouiller en particulier les citoyens LGBT de leur puissance d'agir. Autrement dit, Obama pense remédier à cette crise de confiance des Américains à l'égard de leur patrie, en les appelant à s'affirmer comme les acteurs incontournables de la démocratie, dans le cadre de leurs libertés fondamentales. En restant maîtres de leur destin, les Américains ont, selon lui, la capacité

---

[692] « En tant qu'Afro-Américain, toute ma politique est fondée sur une envie de me battre pour des individus qui sont défavorisés. Et ce n'est pas seulement la cause de cette campagne. Cette cause, c'est toute ma vie. »
BAIM, Tracy, ibid., p.25.

[693] OBAMA, Barack, op.cit., p.52.

[694] « We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. »
Second Continental Congress. U.S. Declaration of Independence. Philadelphia July 4, 1776.

[695] « Nous sommes tous nés dans ce monde libres ; [...] chacun d'entre nous arrive doté d'un ensemble de droits qui ne peuvent pas être confisqués par n'importe qui ou n'importe quel État sans un motif juste [...] ; à travers notre capacité d'agir, nous pouvons, et nous devons faire de nos vies ce que nous voulons— ».
OBAMA, Barack, op.cit., p.53.

d'inverser la tendance actuelle régressive. C'est donc aux citoyens de s'affirmer en dictant les sujets qui les préoccupent et d'aller sur le terrain, à la recherche de la vérité, pour éviter aux élites politiciennes et médiatiques d'avoir toujours à décider pour eux et pour ainsi les faire mentir : « Spend time actually talking to Americans, and you discover that most evangelicals are more tolerant than the media would have us believe, most secularists more spiritual[696]. » *In fine* il croit en la capacité et en la légitimité des citoyens d'entrer en résistance lorsque les conditions l'exigent, en refusant de subir inégalités et injustice, par des grèves, des appels à manifester, des pétitions ou des boycotts. Optimiste et conquérant, Obama refuse toute forme de communautarisme en repoussant les zones de confort des Américains afin qu'ils s'ouvrent à des individus différents par leur couleur de peau, leur religion ou leur orientation sexuelle. Il veut être un candidat rassembleur, du consensus, en invitant les Américains à renouer le dialogue. C'est en mettant les citoyens au cœur des enjeux, qu'Obama espère amorcer une nouvelle dynamique du changement pour gagner leur confiance. En échange, il s'engage dès 2004 à travailler avec certains républicains qui seraient sensibles à ses points de vue[697]. En effet, il est certainement conscient qu'une des autres conditions requises pour permettre la réussite de son projet présidentiel à venir serait de convaincre certains républicains d'adhérer à des projets de loi destinés à faire avancer la notion de bien commun. En d'autres termes, Obama ambitionne de persuader des républicains, sensibles à la signification religieuse du bien commun et, en particulier, du « conservatisme compassionnel », de s'allier à lui pour faire progresser l'égalité des droits qui doit bénéficier à l'intérêt général. Obama a de toute évidence compris que, s'il est un sujet qui fait consensus au Congrès, c'est bien la lutte contre le SIDA, en particulier en Afrique, avec la création en 2003 du *President's Emergency Plan for AIDS Relief* (PEPFAR) : « My experience is that if you're clear and principled, [Republicans] are also willing to work with anybody and seek common ground. [...] on issues of AIDS funding, I think it appeals to people's core decency and value[698]. » Pour le futur candidat à la Maison Blanche, son expérience au Sénat de l'Illinois doit lui permettre de faire la démonstration de ses qualités de dirigeant et de ses capacités à bâtir le consensus à Washington DC, autour du bon sens, en faisant appel au dialogue et à la pédagogie. Précisons également qu'Obama sait pertinemment que sa marge de manœuvre est limitée, et qu'il n'obtiendra que l'opposition systématique des

---

[696] « Passez du temps en fait à parler aux Américains, et vous découvrirez que la plupart des évangéliques sont plus tolérants que les médias veulent nous faire croire, la plupart des sécularistes sont plus spirituels. »
OBAMA, Barack, ibid., p.51.

[697] BAIM, Tracy, op.cit., p.23.

[698] « D'après mon expérience, si vous êtes clair et que vous avez des principes, [les républicains] sont prêts, eux aussi, à travailler avec tout le monde pour trouver un terrain d'entente [...] sur les questions du financement de la lutte contre le SIDA ; je crois que cela fait appel à la décence et à la valeur intrinsèques des gens. »
BAIM, Tracy, ibid., p.23.

républicains sur la majorité des sujets. C'est certainement la raison pour laquelle Obama semble indiquer en 2004 que la question du mariage homosexuel est réduite à une histoire de « stratégie politique » qui l'incite à se prononcer contre l'accès au mariage pour les couples de même sexe à la primaire de 2008, tout en proposant des unions civiles. Plus précisément, Obama, qui déclarait être favorable au mariage homosexuel en 1996 alors qu'il briguait le poste de sénateur de l'Illinois[699], se dit indécis deux ans plus tard[700], puis contre en 2008, et finalement favorable le 9 mai 2012. Ces nombreuses contradictions lui valent d'être accusé de faire volte-face au lieu d'assumer pleinement ses convictions, à savoir qu'il y est favorable. Néanmoins, elles sont aussi le résultat de la longue réflexion d'un homme politique qui souhaite rester maître de son agenda et de son calendrier, de manière à obtenir également le soutien de l'opinion publique et de sa majorité pour faire de sa présidence celle des nombreuses victoires pour l'égalité des droits de la communauté homosexuelle que l'on connaît aujourd'hui. Ali Abunimah, auteur et journaliste américano-palestinien, parvient à décrire la subtilité de la « méthode Obama » au fil de nombreuses rencontres dès 2004 : « He has a pattern of forming relationships with various communities and as he takes his next step up, kind of distancing himself from them and then positioning himself as the bridge[701]. » Obama serait un homme politique capable d'ouverture et de tendre la main à cette Amérique de la diversité. Une fois la mise en réseau des communautés établie, Obama entamerait un processus de distanciation et de recul critique qui lui permettrait alors de mettre au point sa feuille de route et d'imposer ses choix stratégiques. Dans son combat pour réconcilier une Amérique polarisée sur la question de la sexualité et encore divisée sur le plan racial et ethnique, cette phase de repli étonne Abunimah mais permet certainement à Obama de trouver son style et son rythme, en se donnant le temps de la réflexion avant même de se positionner comme l'homme de la situation. Nous devrons offrir une évaluation aussi complète que possible de ce constat dressé par Abunimah pour nous demander si la posture adoptée par Obama s'est reflétée lors de la campagne présidentielle de 2008 mais aussi lors de ses mandats en tant que président des États-Unis.

---

[699] Voir annexe 8 p.512., réponse n°6. BAIM, Tracy, ibid., p.190.
[700] BAIM, Tracy, ibid., p.12.
[701] « Il a un mode de fonctionnement qui passe par la création de liens avec différentes communautés, et alors qu'il monte à l'échelon supérieur, il prend ses distances avec elles, en quelque sorte, pour pouvoir ensuite servir de passerelle. »
BECKER, Jo & DREW, Christopher. "Pragmatic Politics, Forged on the South Side". *New York Times*. May 11, 2008. Consulté le 20/04/16 : [http://www.nytimes.com/2008/05/11/us/politics/11chicago.html?_r=2&sq=&pagewanted=print&oref=slogin]

II.C.1. Obama : un défenseur de la pleine égalité des droits pour la communauté LGBT

En se déclarant candidat à la primaire démocrate, le 10 février 2007, Obama met en ordre de marche une véritable machine de guerre à la hauteur de ses ambitions et de son audace. En bons organisateurs communautaires, lui et son équipe utilisent l'internet et les réseaux sociaux, au profit de sa campagne, pour créer du lien entre les communautés tout en donnant vie à la devise *E Pluribus Unum* et à une forme de démocratie participative. Si le changement est le mot d'ordre, le candidat détaille précisément sur son site internet les communautés qui bénéficieront de sa politique. À cet effet, son équipe de campagne a engagé une réflexion sémiotique pour imaginer tout un système sophistiqué de logos et de slogans à destination d'un certain nombre de minorités (dont les communautés LGBT, latino-américaine, afro-américaine), mais aussi des femmes[702]. L'objectif est de passer par la reconnaissance et la visibilité de ces groupes minoritaires pour satisfaire à leurs aspirations afin de renouveler l'unité de la nation. De nombreux autres segments démographiques sont identifiés, comme les ouvriers, les étudiants, les croyants. Tous possèdent des codes visuels et graphiques spécifiques ainsi que des images souvent oniriques pour neutraliser tout message politique, permettre en priorité à chacun de se reconnaître dans un, voire plusieurs groupes et d'avoir le sentiment d'être représenté. De même, parce qu'Obama se revendique comme un produit issu des bouleversements des années 1960 et, en particulier, du mouvement des droits civiques, qui ont forgé ses idéaux et ses combats politiques, sa campagne vise aussi à capter et mobiliser la « génération Obama ». Il s'agit de cibler cette jeunesse des réseaux sociaux, sensible également à l'art urbain parfaitement symbolisé par l'affiche du candidat, initialement créée par Shepard Fairey indépendamment de la campagne, Hope, transformée en autocollant, en carte postale, en T-shirt puis reprise par Evan Wolfson, voire détournée par ses opposants, tout comme le logo qui a fait l'objet de nombreuses réappropriations spontanées et commerciales, relayées par les réseaux sociaux. En fin de compte, la campagne d'Obama parvient à susciter un formidable élan populaire et de nombreux individus se retrouvent être les acteurs d'un mouvement en faveur du changement. Dans tous les cas, le message est de s'appuyer sur les origines de la nation pour faire de la diversité et du pluralisme les paramètres indispensables pour permettre à l'Amérique de se rassembler.

La rhétorique d'Obama consiste également à mettre à mal les oppositions binaires, typiques des guerres culturelles, à exprimer son refus d'être le leader politique d'un seul camp, d'une seule région, ou d'une seule communauté. Dès 2004, Obama se fait remarquer par ses qualités d'orateur

[702] Voir annexe 9 p.513.

mais aussi sa capacité à incarner un véritable style présidentiel en déconstruisant un certain nombre de mythes et d'idées reçues sur l'Amérique :

> There's not a black America and white America and Latino America and Asian America; there's the United States of America. The pundits like to slice and dice our country into red states and blue States: red states for Republicans, blue States for Democrats. But I've got news for them, too. We worship an awesome God in the blue states, [...] we've got some gay friends in the red states[703].

Selon lui, il ne faut pas oublier de penser aux Américains LGBT des États rouges sous l'emprise de conservateurs qui refusent de leur accorder la moindre protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. De même, les croyances religieuses ne sont pas réservées au seul domaine des États rouges. D'ailleurs, dans son livre paru en 2006, Obama rappelle son attachement à la séparation de l'Église et de l'État. Il cible spécifiquement les chrétiens évangéliques qui, selon lui, persistent à vouloir ignorer le principe de l'État de droit. Ces derniers entretiennent l'ambiguïté en faisant croire que les origines de la nation accordent aux croyances religieuses une place privilégiée et, de fait, peuvent influer sur la manière de légiférer ou de guider l'action politique : « The first and most difficult step for some evangelical Christians is to acknowledge the critical role that the establishment clause has played not only in the development of our democracy but also in the robustness of our religious practice[704]. » En tant qu'avocat spécialiste des droits civiques, Obama sait combien la religion a été instrumentalisée, notamment pour refuser l'égalité des droits aux Afro-Américains et faire interdire le mariage interethnique. Il est lui-même le produit d'une union encore proscrite dans un certain nombre d'États de l'Union à sa naissance en 1961. Il peut donc partager les inquiétudes et les blessures de communautés victimes des préjugés et des discriminations entretenus par les Églises en rappelant à ces dernières qu'elles sont tenues de respecter la clause de non-établissement, qui reste centrale dans le jeu démocratique et la séparation des pouvoirs. Autrement dit, la liberté religieuse n'est possible, encore aujourd'hui, que si le pouvoir reste à l'écart des affaires religieuses et vice-versa.

---

[703] « Il n'y a pas une Amérique noire, une Amérique blanche, une Amérique latino et une Amérique asiatique, il y a les États-Unis d'Amérique. Les érudits aiment à découper notre pays entre États rouges et États bleus : les États rouges pour les républicains, les États bleus pour les démocrates mais j'ai une nouvelle pour eux, moi aussi. Nous vénérons un Dieu formidable dans les États bleus, [...] on a des amis homos dans les États rouges. »
Senator Barack OBAMA. "The Audacity of Hope". Keynote address to the Democratic National Convention. Boston, July 2004 : [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A19751-2004Jul27.html]

[704] « La première étape la plus difficile pour certains chrétiens évangéliques est de reconnaître le rôle fondamental que la clause d'établissement du premier amendement a joué non seulement dans le développement de la démocratie mais aussi dans la robustesse de notre pratique religieuse. »
OBAMA, Barack, op.cit., p.216.

Le rappel de ce principe va permettre à Obama de renouveler une proposition aux couples de même sexe en 2008 pour s'assurer de capter le *lavender vote*[705], censé être acquis à son autre adversaire de la primaire, Hillary Clinton. Mark Hertzog, professeur de science politique, est le premier enseignant-chercheur à proposer une étude sur le *lavender vote* aux États-Unis, ou plus précisément sur le poids du vote LGB, favorable au Parti démocrate, dans le paysage politique du pays à partir de 1992. Hertzog note que, pour la première fois, un parti politique est capable de proposer une alternative au vote anti-homosexuel, une nouvelle offre centrée sur « les droits de la communauté LGBT et ses objectifs politiques[706] ». Autrement dit, le Parti démocrate attaché à cet électorat, dès 1992, permet à la communauté LGB de formuler un certain nombre de revendications et d'aspirer à peser de tout son poids dans la vie politique. Dès le 6 juin 2008, soit quelques heures avant qu'Hillary Clinton annonce son ralliement à la candidature d'Obama, ce dernier proclame de nouveau le mois de juin comme étant dédié à la manifestation de la Fierté LGBT. Cette proclamation de la Fierté LGBT a été instaurée par Bill Clinton en juin 2000, et officialisée en juin 2009 une fois Obama élu. Cet événement permet au candidat démocrate de présenter sa feuille de route et de renouveler ses promesses :

> It's time to live up to our founding promise of equality by treating all our citizens with dignity and respect. Let's enact federal civil rights legislation to outlaw hate crimes and protect workers against discrimination based upon sexual orientation and gender identity or expression. Let's repeal Don't Ask, Don't Tell and demonstrate that the most effective and professional military in the world is open to all Americans who are ready and willing to serve our country. Let's treat the relationships and the families of LGBT Americans with full equality under the law[707].

Obama s'emploie à créer un lien de proximité avec la communauté LGBT en exprimant toute sa fierté et sa reconnaissance à l'égard des combats et des victoires historiques par ceux qu'ils considèrent comme les « frères et sœurs d'une nation ». En d'autres termes, il tient à célébrer le courage d'hommes et de femmes sacrifiés et engagés dans la lutte pour obtenir l'égalité de leurs droits, pour lesquels il éprouve le même respect et la même bienveillance que pour ses propres

---

[705] Allen Young, écrivain et journaliste américain, donne des précisions sur le symbolisme du mauve lavande associé aux homosexuels pendant des décennies : « The color is implicitly androgynous, a combination of the male principle (blue) and the female principle (pink) which society has sanctified in its segregationist choice of baby blankets. » JAY, Karla & YOUNG, Allen. *Lavender Culture*. New York: NY University Press. 1978. p.41.

[706] HERTZOG, Mark. *The Lavender Vote: Lesbians, Gay Men, and Bisexuals in American Electoral Politics*. New York: NY University Press. 1996. p.175.

[707] « Il est grand temps d'honorer notre promesse fondatrice d'égalité en traitant tous nos citoyens avec dignité et respect. Promulguons une loi fédérale sur les droits civiques pour interdire les crimes de haine et pour protéger les salariés contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et sur l'expression ou l'identité de genre. Abrogeons la loi *Don't Ask, Don't Tell* et démontrons que l'armée la plus efficace et professionnelle du monde est ouverte à tous les Américains qui sont prêts à servir notre pays et qui en ont la volonté. Traitons les relations et les familles des Américains LGBT sur un pied d'égalité en vertu du droit. »
Senator Barack Obama. Pride Month Statement. June 2008. Consulté le 22 avril 2016 : [http://www.charlestoncitypaper.com/GayCharleston/archives/2008/06/09/obama-releases-pride-month-statement]

héros, issus du mouvement pour les droits civiques. Il veut adresser un message d'intégration et de cohésion sociale à la « grande famille américaine », unie dans un seul et même objectif : permettre à tout un chacun d'accéder à la promesse d'une société plus juste et plus égale, garantie par la Déclaration d'indépendance et la Constitution. À cet effet, il indique le cap ainsi que la marche à suivre pour atteindre ces objectifs qui pour lui résonnent comme un impératif moral et une obligation de réussite.

Tout d'abord, il est nécessaire d'agir pour lutter contre les crimes liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre des individus, et offrir aux citoyens LGBT l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi en légiférant au niveau fédéral grâce à la loi ENDA[708]. Toute violence ou discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre représente une circonstance aggravante au même titre qu'un acte raciste ou xénophobe. Obama tient avant tout à renforcer la sécurité des individus LGBT et à les protéger contre les préjugés et les idées homophobes. L'étape suivante consiste à rendre le gouvernement fédéral exemplaire en matière de lutte contre la discrimination en mettant fin à une série de lois discriminatoires approuvées par le gouvernement Clinton (les lois DADT et DOMA) tout en renforçant les avantages accordés aux fonctionnaires homosexuels qui vivent en couple. L'abrogation de la loi DOMA est indispensable pour permettre d'ouvrir la voie de l'égalité à ces familles homoparentales qui ne bénéficient d'aucun des programmes ou des avantages accordés aux familles hétérosexuelles dont les parents sont unis par les liens du mariage. Néanmoins, il est important de préciser que ces annonces ne sont pas nouvelles et qu'Obama a fait connaître ses intentions quatre ans auparavant. Il explique alors au journal *Windy City Times* comment il entend s'appuyer sur des majorités au Congrès pour abroger les lois DADT et DOMA, faire voter l'ENDA et ce qui sera la loi *Matthew Shepard*[709] qu'il signera en octobre 2009[710]. Cette loi vient renforcer la loi fédérale de 1969 relative aux crimes de haine. Tous les contrevenants à cette loi risquent désormais la prison à vie ou la peine de mort pour un crime perpétré à l'encontre d'une personne pour son orientation sexuelle ou son identité de genre.

Il ne néglige pas non plus les contraintes conjoncturelles qu'il considère comme faisant partie « des réalités de la vie politique moderne[711] » qui, d'une manière ou d'une autre, conduiront à ce que la Cour suprême se saisisse de la question de la constitutionnalité de l'interdiction du

---

[708] Employment Non-Discrimination Act.
[709] Jeune homme de 21 ans dépouillé, torturé et battu à mort en raison de son homosexualité par Aaron McKinney et Russel Henderson. Shepard a été retrouvé dans le coma, attaché à une barrière, puis il est décédé à l'hôpital.
[710] BAIM, Tracy, op.cit., p.23-26.
[711] BAIM, Tracy, ibid., p.26.

mariage homosexuel, tant l'affaire est désormais un enjeu juridique et constitutionnel[712]. En tant que professeur de droit constitutionnel, Obama voit la question de la légalité du mariage homosexuel comme une opportunité qui permettra à des couples homosexuels de faire entendre leurs arguments auprès de la justice. En d'autres termes, les Américains LGBT doivent être aussi les artisans de leurs propres victoires, se voyant ainsi récompenser de leur incroyables efforts et sacrifices, même si le chemin vers la pleine égalité, notamment dans les États rouges, est encore long à parcourir. Obama veut donc être solidaire d'un mouvement qui va incontestablement écrire sa propre histoire, changer le destin de millions d'Américains et faire naître des héros sous son leadership. D'ailleurs, en février 2008, il entend jouer un rôle influent en usant de la tribune présidentielle pour inverser un processus néfaste à l'égalité des Américains LGBT et, en particulier, des couples de même sexe dans certaines législatures d'État : « As your President, I will use the bully pulpit to urge states to treat same-sex couples with full equality in their family and adoption laws[713] ». Obama pense que les unions civiles permettront aux couples homosexuels d'être égaux aux couples hétérosexuels, déclarant même en 2004, que sa préoccupation est avant tout l'égalité des droits plutôt que l'intitulé exact du dispositif alternatif. Il admet que de nombreux électeurs pensent sincèrement que le mariage doit rester une institution religieuse[714]. Même si ses intentions sont louables en proposant un compromis, Obama, en tant que président, dispose d'une marge de manœuvre bien mince pour imposer aux États de garantir aux couples homosexuels un dispositif légal qui leur permettrait d'avoir accès aux mêmes droits que les couples hétérosexuels mariés, au sein d'une union civile, d'un partenariat enregistré, ou d'un mariage civil. En effet, certains États ont amendé leur Constitution pour justement interdire ces arrangements. De plus, Obama n'envisage aucune intervention du gouvernement fédéral, pensant que les États, en tant que garants de l'égalité de traitement des couples de même sexe, répondront favorablement à cette mesure d'intérêt général et accepteront de reconnaître des unions célébrées en dehors de leurs frontières. Néanmoins, comment Obama envisage-t-il alors d'accorder les quelque 1 000 avantages fédéraux du mariage aux couples homosexuels unis par des unions civiles ? Va-t-il prendre le risque de signer un décret ? Va-t-il demander à sa majorité de réfléchir à un projet de loi ? Va-t-il invoquer la clause de suprématie pour outrepasser les lois et amendements constitutionnels des États encore réfractaires à des unions homosexuelles ? Toutes ces hypothèses ne se concrétisent

---

[712] BAIM, Tracy, op.cit., p.24, p.26.
[713] « En ma qualité de Président, j'utiliserai la grande influence liée à ma fonction pour intimider les États et les inciter à traiter les couples de même sexe en tenant compte de la pleine égalité dans leurs lois sur la famille et l'adoption ». Senator Barack Obama. Open Letter to the LGBT Community. *The Bilerico Project*. February 2008. [http://bilerico.lgbtqnation.com/2008/02/open_letter_from_barack_obama_to_the_lgb.php]
[714] BAIM, Tracy, op.cit., p.24.

pas pour la simple raison qu'Obama sait pertinemment que la question de l'égalité des couples de même sexe sur tout le territoire reste entière, qu'il n'envisage aucun passage en force, et que donc l'intervention de la justice est en définitive inéluctable. D'ailleurs, il le confirme en 2004 : « I don't know how the federal government is going to come out on this. I think it's going to be argued all the way up to the U.S. Supreme Court[715]. » C'est justement parce que le gouvernement Bush non seulement refuse de s'immiscer dans les affaires des États, mais surtout parce qu'il soutient des campagnes référendaires en faveur d'amendements constitutionnels pour interdire la légalisation d'unions homosexuelles, que le gouvernement fédéral reste spectateur d'un processus irréversible qui va condamner les familles homoparentales à leur invisibilité et à leur infériorité.

Lorsqu'Obama se déclare favorable à des unions civiles équivalentes au mariage, il s'inscrit finalement dans la continuité de ce que Bush a tenté d'initier en 2004, pour des raisons électoralistes, à savoir que le gouvernement fédéral ne doit pas s'opposer à ce que des États légifèrent sur les unions civiles pour les couples homosexuels[716]. Tandis que Bush a amorcé un virage au centre, Obama tient à rappeler que rien ne justifie que des couples de même sexe ne soient pas protégés contre les aléas et accidents de la vie partagés par toutes les familles : « All people—gay or straight—deserve the same rights and responsibilities to assist their loved ones in times of emergency[717] ». Même si Obama veut rapprocher familles hétérosexuelles et homoparentales, il n'en reste pas moins que, encore une fois, son propos ne permet pas de déterminer comment il va techniquement accorder aux familles homoparentales leurs droits fédéraux. De même lorsque Michelle Obama, très engagée dans la campagne de son mari, fait un discours au *Gay and Lesbian Leadership Council* le 27 juin 2008, ses éléments de langage sont proches de ceux de Bush, comme pour rappeler que cette question reste une épine dans le pied de l'exécutif en 2004 et en 2008 :

> Barack has made crystal clear his commitment to ensuring full equality for LGBT couples. That is why he supports robust civil unions. That is why he has said that the federal government should not stand in the way of the states that want to decide for themselves how best to pursue equality for gay and lesbian couples[718].

---

[715] « Je ne sais pas quelle position le gouvernement fédéral va adopter. Je crois que cela sera débattu jusque devant la Cour suprême des États-Unis. »
BAIM, Tracy, ibid., p.24.

[716] BUMILLER, Elisabeth. "Bush Says His Party Is Wrong To Oppose Gay Civil Unions". *The New York Times*. October 26, 2004. Article consulté le 23 avril 2016 :
[http://www.nytimes.com/2004/10/26/politics/campaign/bush-says-his-party-is-wrong-to-oppose-gay-civil-unions.html?_r=0]

[717] « Tous les individus — gays ou hétérosexuels — méritent les mêmes droits et responsabilités pour venir en aide à leurs proches en cas d'urgence. »
HRC Candidate Questionnaire. In BAIM, Tracy, op.cit., p.56.

[718] « Barack a répondu clairement qu'il s'engagerait à assurer la pleine égalité pour les couples LGBT. C'est la raison pour laquelle il soutient des unions civiles robustes. C'est la raison pour laquelle il a dit que le gouvernement fédéral ne devrait pas faire obstacle aux États qui veulent décider eux-mêmes de la meilleure façon d'atteindre l'égalité pour les couples gays et lesbiens. »

Michelle Obama, en endossant le rôle de porte-parole du candidat démocrate, vient défendre le bilan de son mari en tant que sénateur, et faire la promotion de ses efforts à venir pour combattre le *statu quo* et l'indifférence d'un gouvernement fédéral au cours des huit dernières années : « Barack believes that we must fight for the world as it should be, a world where together we work to reverse discriminatory laws[719] ». Le changement doit ainsi s'inscrire dans une dynamique collective de reconstruction morale pour réparer une Amérique fracturée et en proie au doute et à la colère face aussi au marasme de la crise financière. Sur la scène internationale, Obama ambitionne donc de réaffirmer le rôle des États-Unis comme dépositaire des valeurs universelles et s'engage à faire respecter le principe selon lequel « tous les hommes sont créés égaux et dotés de droits inaliénables[720]. » Autrement dit, la lutte contre toute forme de discrimination va être le fil rouge de toute son action politique pour créer « un monde plus parfait », comme son gouvernement le souligne dans son premier rapport au titre de l'Examen périodique universel des droits de l'homme en 2010.

Contrairement à ce qu'affirme Abunimah, Michelle Obama brosse le portrait d'un leader capable de ne pas transiger sur la question de l'égalité des droits, face à des Américains sceptiques et cyniques qui considèrent que le changement reste source d'instabilité et d'incertitude pour l'avenir. Des Américains récalcitrants à toute altération de leur zone de confort et qu'Obama n'a pas hésité à interpeller. Par exemple, elle rappelle qu'au Texas, son mari s'est permis, en public, de reprendre certaines paroles homophobes, tout comme il en a appelé au combat contre l'homophobie au sein de la communauté afro-américaine. Obama suit les traces de son ancêtre Martin Luther King, engagé comme lui en tant que militant pour les droits de l'homme. Il rend hommage à l'homme de conviction qu'il était en dédiant toute son action politique à une cause, la défense de ceux qui sont attaqués pour leur différence. Mais, selon Michelle Obama, en s'engageant pour la communauté LGBT, son mari a aussi besoin de créer un lien privilégié avec le peuple américain afin de le rassembler, de le mobiliser et de susciter des vocations parmi des citoyens qui ont une cause noble à soutenir, favorable au progrès et à la justice sociale : « Change

---

OBAMA, Michelle. Gay and Lesbian Leadership Council Speech. Democratic National Committee. New York. June 27, 2008. [https://www.youtube.com/watch?v=H6Kxi8eeo3U]

[719] « Barack pense qu'il faut que nous nous battions pour le monde tel qu'il devrait être, un monde où ensemble nous travaillerons pour abolir des lois discriminatoires. »
OBAMA, Michelle, loc. cit.

[720] Assemblée générale des Nations Unies. Conseil des droits de l'homme. Rapport national des États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'Examen périodique universel (EPU). Août 2010.
[http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cb2c8dd2], p.3.

happens when ordinary people are ready to take the reins of their own destiny[721] ». Pour trouver sa légitimité, la dynamique du changement doit d'abord véritablement venir d'en bas et non pas des élites politiciennes, dont le seul rôle est d'adapter leur offre politique pour répondre aux besoins des individus. Cela étant, tout comme Obama, Clinton refuse de penser que la discrimination est une fatalité et affirme que pour la combattre, il revient surtout aux Américains de faire appel à leur esprit plein d'ingéniosité et de ressources pour refuser toute forme d'obscurantisme : « If you see bigotry, oppose it. If you see violence, condemn it. If you see a bully, stand up to him[722]. » Les candidats démocrates vantent et remettent au goût du jour les idéaux des transcendantalistes américains tels qu'Emerson ou Thoreau dans le but de mettre en marche une véritable révolution sociale. Celle-ci doit changer les mentalités en redonnant espoir en un monde meilleur et en la capacité du peuple d'agir et de s'organiser pour mettre en place l'entraide et la solidarité nécessaires partout où elles ne sont pas implantées au niveau local. Pour les démocrates, les individus sont véritablement au centre de tout, alors qu'à titre de comparaison, le président Bush vantait les mérites des organisations et initiatives confessionnelles dans le domaine social.

Si le peuple est la pierre angulaire du projet d'Obama, c'est aussi le moyen pour la future Première dame de rappeler que le chemin pour le changement sera long, tortueux et semé d'embûches. C'est là une façon de mettre en garde tous ceux qui participeront au renouveau du pays afin de les préparer à résister aux « forces obscures », déterminées à s'opposer à la politique du futur président et à tout processus institutionnel favorable à un traitement juste et équitable de la minorité LGBT. Mais, paradoxalement, Michelle Obama contribue pleinement à la polarisation liée au bipartisme mais aussi aux enjeux d'une élection présidentielle dans laquelle s'opposent deux projets diamétralement opposés sur la question des droits des citoyens LGBT. Comme elle le déclare, notamment aux démocrates LGBT présents dans la salle, les électeurs ont le choix entre un candidat conservateur garant du *statu quo* et un candidat déterminé à faire avancer les droits de la communauté LGBT à Washington DC. En fin de compte, en l'absence de propositions de la part des républicains, ces électeurs LGBT ne peuvent donc porter leur choix que sur Barack Obama, qui parvient à capter 70 % du vote LGBT en 2008 puis 77 % en 2012, soit 7 points supplémentaires attribués, en partie, à ses déclarations en faveur du mariage homosexuel. Dans

---

[721] « Le changement intervient lorsque des gens ordinaires sont prêts à prendre les rênes de leur propre destin. »
OBAMA, Michelle, loc. cit.

[722] « Si vous êtes témoin de sectarisme, il faut vous y opposer. Si vous êtes témoin d'une violence, il vous faut la condamner. Si vous voyez un harceleur, tenez-lui tête. »
CLINTON, Hillary. Remarks at the American Israel Public Affairs Committee (APAIC). Washington, D.C., March 21, 2016. [http://time.com/4265947/hillary-clinton-aipac-speech-transcript/]

tous les cas, en 2012, les électeurs LGBT représentent 5 % de l'électorat, un record[723], soit environ 6 millions d'électeurs sur l'ensemble du territoire. Un résultat qui doit continuer de progresser à mesure que de plus en plus d'Américains feront aussi le choix d'affirmer leur orientation sexuelle[724]. L'électorat LGBT, acquis au Parti démocrate depuis 1992, fait la démonstration de son pouvoir en contribuant à la réélection d'Obama, alors qu'en 2008 une question centrale reste sans réponse : comment le gouvernement va-t-il garantir l'égalité aux couples de même sexe au niveau fédéral par des unions civiles « robustes » ?

Avec le recul, on peut se demander si Obama n'a pas décidé d'agir sur d'autres dossiers chers à la communauté, tels que le renforcement des sanctions pénales contre les crimes de haine fondés sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre et l'abrogation de la loi DADT, comme pour signifier aux couples de même sexe qu'il est complètement engagé dans la lutte contre la discrimination. Cependant, en défendant le bien-fondé du *Defense of Marriage Act* devant les tribunaux, Obama ne peut honorer sa promesse de garantir l'égalité des droits aux couples de même sexe, ce que ses conseillers politiques confirment : « Providing federal benefits to same-sex couples in defiance of the law [...] would provoke a furor in the Republican House and theoretically even risk articles of impeachment[725]. » Néanmoins, c'est un choix plus controversé que fait la présidence Obama dans la seconde moitié de son premier mandat et qui vaut au président d'être attaqué pour ne pas avoir « le courage de ses convictions », selon le juge en chef, John Roberts[726]. Le ministre de la justice des États-Unis, Eric Holder, annonce alors que le gouvernement continuera d'appliquer la section 3 de la loi de 1996 faisant l'objet d'un recours en appel, mais qu'elle ne défendra plus sa constitutionnalité en justice : « The President has concluded that given a number of factors, including a documented history of discrimination, classifications based on sexual orientation should be subject to a more heightened standard of scrutiny[727]. » Par ses recommandations, Obama incite les tribunaux à se prononcer en faveur d'une

---

[723] PEREZ, Vanessa. *Political Participation of LGBT Americans. Project Vote*. June 2014. Consulté le 30 avril 2016 : [http://www.projectvote.org/wp-content/uploads/2014/06/RESEARCH-MEMO-LGBT-PARTICIPATION-June-20-2014.pdf]

[724] PEREZ, Vanessa, ibid., p.3.

[725] « Attribuer des avantages fédéraux aux couples de même sexe en dépit de la loi [...] causerait la fureur de la Chambre contrôlée par les républicains et, en théorie, provoquerait même un risque d'articles favorables à une destitution. »
BAKER, Peter. "For Obama, Tricky Balancing Act in Enforcing Defense of Marriage Act". *The New York Times*. March 28, 2013. Consulté le 24 avril 2016 : [http://www.nytimes.com/2013/03/29/us/politics/for-obama-tricky-balancing-act-in-enforcing-defense-of-marriage-act.html?_r=0]

[726] BAKER, Peter, loc. cit.

[727] « Le président en est venu à la conclusion que, compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris un historique documenté de la discrimination, des classifications fondées sur l'orientation sexuelle devraient être soumises à un contrôle de constitutionnalité plus exigeant. »

inconstitutionnalité en procédant à un examen strict de constitutionnalité qui protégerait alors les homosexuels de la discrimination. Mais, pour certains analystes et experts, Obama se serait livré à un exercice de haute voltige en estimant cette loi anticonstitutionnelle tout en faisant le choix de continuer à l'appliquer. Mais selon ses avocats, l'Article II de la Constitution oblige le président à s'assurer de la bonne exécution des lois et donc à défendre la loi DOMA depuis son entrée en fonction[728]. En laissant ainsi la Cour suprême statuer sur la constitutionnalité de ladite loi par respect pour la séparation des pouvoirs, Obama fait le choix stratégique de la justice puisqu'il a perdu la majorité à la Chambre des représentants pour abroger la loi DOMA dès janvier 2011.

Finalement, en cédant à la pression de la HRC[729], Obama finit par franchir une étape cruciale dans son raisonnement, en estimant anticonstitutionnelle la définition du mariage comme l'union entre un homme et une femme, puisqu'à l'entretien décisif qu'il a accordé à ABC en mai 2012, il a clairement annoncé soutenir le mariage homosexuel :

> [W]hen I meet same-sex couples, and I see—how caring they are, how much love they have in their hearts—how they're taking care of their kids. When I hear from them the pain they feel that somehow they are still considered less than full citizens when it comes to their legal rights. [...] Making it absolutely clear that what we're talking about are civil marriages and civil laws[730].

Obama tient à marteler que le mariage homosexuel ne peut plus être réduit à des questions religieuses. Concrètement, il refuse de faire attendre davantage de nombreux couples de même sexe. En signifiant son approbation, considérée comme historique par certains médias, Obama tient à montrer qu'elle est le résultat d'une formidable évolution de l'opinion publique, mais aussi d'un long processus de réflexion au sein de sa propre famille, parmi ses amis ainsi que ses collaborateurs[731].

À quelques mois d'un nouveau scrutin présidentiel, le candidat sortant donne l'impression de mettre en jeu sa réélection mais, en fait, il engloutit définitivement ce projet d'unions civiles qui

---

Attorney General Eric Holder. Statement on Litigation Involving the Defense of Marriage Act. Department of Justice. February 23, 2011. [https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-litigation-involving-defense-marriage-act]

[728] BAKER, Peter, loc. cit.

[729] CONDON, Stephanie. "Gay Rights Groups Angered by Justice Department's DOMA Defense". *CBS News*. January 14, 2011. Article consulté le 24 avril 2016 : [http://www.cbsnews.com/news/gay-rights-groups-angered-by-justice-departments-doma-defense/]

[730] « [L]orsque je rencontre des couples de même sexe, et je vois à quel point ils sont attentionnés, à quel point l'amour qu'ils portent dans leur cœur est important, la manière dont ils s'occupent de leurs enfants. Lorsqu'ils me font part de la douleur qu'ils ressentent comme si d'une certaine façon ils étaient toujours considérés comme des citoyens au statut inférieur notamment sur la question de leurs droits légaux. [...] Cela indique clairement que ce dont nous parlons concerne les mariages civils et les droits civiques. »
ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama. *ABC News*. May 9, 2012. Consulté le 24 avril 2016: [http://abcnews.go.com/Politics/transcript-robin-roberts-abc-news-interview-president-obama/story?id=16316043]

[731] Press Secretary Josh Earnest. "President Obama Supports Same-Sex Marriage". The White House. May 10, 2012. [https://www.whitehouse.gov/blog/2012/05/10/obama-supports-same-sex-marriage]

faisait office de trompe-l'œil pour rassurer son électorat homosexuel de 2008. Il aura fallu un mandat pour aboutir à cette conclusion qui, selon David Axelrod, l'ancien conseiller et stratège politique du président, était un secret de Polichinelle. Cette campagne de communication était en quelque sorte une mascarade puisque Axelrod a avoué dans son livre avoir conseillé à Obama de ne pas se déclarer favorable au mariage homosexuel en 2008 pour des raisons politiques stratégiques, lui conseillant alors la voie du compromis par des unions civiles : « Obama never felt comfortable with his compromise [...]. "I'm just not very good at bullshitting[732]," he said ». Ces déclarations du président sur ABC interviennent trois jours après que Biden a fait la même annonce. Le vice-président, certainement impatienté, a fait le choix de répondre sincèrement à une classe médiatique qui attend des clarifications et un positionnement clair du gouvernement à l'approche de la présidentielle de 2012. Il déclare ouvertement n'avoir jamais eu aucune réticence à l'égard de l'ouverture de l'institution du mariage aux couples homosexuels[733]. Néanmoins, Obama préfère mettre en avant le résultat d'un long processus de réflexion, voire d'un examen de conscience expliquant, selon certains militants et journalistes, qu'il ait pris quelques distances à l'égard des préoccupations de la communauté LGBT, et, en particulier, l'égalité d'accès au mariage, dès le début de son premier mandat. En effet, au cours de son entretien avec Robin Roberts en mai 2012, Obama revient longuement sur cette évolution concernant la légalisation du mariage, qu'il estime s'inscrire dans une trajectoire présidentielle cohérente[734]. Il se défend de toute récupération politique à quelques mois d'une élection, affirmant même qu'une telle prise de position est susceptible de le conduire à la défaite, en particulier dans des États pivots comme la Caroline du Nord[735] qui, en général, penche en faveur des républicains. Cette hypothèse se justifie tant le nombre d'États faisant le choix de constitutionnaliser la définition du mariage par référendum aurait pu conduire les électeurs de ces États, favorables à l'interdiction du mariage homosexuel, à voter contre lui. D'ailleurs, ce pronostic se révèle en partie exact car Obama, qui a remporté la Caroline du Nord en 2008, a été défait dans ce même État en novembre 2012, puisque la veille de son apparition sur ABC, l'Amendement 1 de la Caroline du Nord a été approuvé par

---

[732] « Obama n'a jamais été à l'aise avec ce compromis [...]. "Je ne suis pas bon pour dire des conneries," a-t-il déclaré ».
AXELROD, David. *Believer: My Forty Years in Politics*. New York: Penguin Books. 2015. p.446.

[733] BARBARO, Michael. "A Scramble as Biden Backs Same-Sex Marriage". *The New York Times*. May 6, 2012. Consuté le 27 avril 2016 : [http://www.nytimes.com/2012/05/07/us/politics/biden-expresses-support-for-same-sex-marriages.html?_r=0]

[734] ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama, loc. cit.

[735] AXELROD, David, op.cit., p.446.

référendum[736]. Avec le recul, on comprend qu'Obama est véritablement habité par la fonction présidentielle, quitte à faire des choix stratégiques difficilement défendables comme les unions civiles. D'ailleurs, il finit par admettre qu'il s'agissait d'une erreur de jugement, pensant qu'elles « suffiraient » pour permettre aux couples de même sexe d'obtenir les droits fédéraux du mariage. Il admet également qu'en refusant de se prononcer sur la légalisation du mariage homosexuel, il n'a pas voulu exacerber les tensions en 2008, alors que de nombreux États ont fait le choix de recourir à un amendement constitutionnel pour mettre un terme à tout nouveau débat sur la question, comme la Californie. En d'autres termes, Obama aurait fait le choix de l'apaisement et du consensus au niveau national en défendant des unions civiles « robustes » pour ne pas offusquer ceux qui souhaitaient préserver la pérennité et la viabilité d'une tradition religieuse.

Néanmoins, en tant que citoyen américain et père de famille, Obama n'a évidemment jamais considéré les couples de même sexe comme une menace potentielle pour la stabilité de son mariage ou à l'égard de ses deux filles, et ce, avant même son arrivée à la Maison Blanche. Il a expliqué à Roberts que les Américains LGBT sont des individus parfaitement intégrés socialement et professionnellement et qu'ils servent aussi les intérêts de leur communauté et de leur pays en tant que fonctionnaires :

> [I]f a soldier can fight for us, if a police officer can protect our neighborhoods, if a fire fighter is expected to go into a burning building to save our possessions or our kids. [...] The notion that after they were done with that, that we'd say to them, "Oh but by the way, we're gonna treat you differently". [...] You know, I think that as more and more folks think about it, they're gonna say [...] "That's not who we are[737]."

Le président tient à rappeler que l'orientation sexuelle n'est pas susceptible d'empêcher les individus d'agir de manière éthique et responsable. Les Américains LGBT sont capables de faire preuve de désintéressement et savent faire passer l'intérêt général en priorité comme n'importe quel autre individu, alors même que certaines lois stigmatisantes inscrivent leur infériorité et leur invisibilité aux yeux de tous. Pour Obama, l'exemplarité d'Américains LGBT doit servir de modèle pour les jeunes et la société. Elle ne peut donc pas justifier une différence de traitement

---

[736] 60 % des électeurs se sont déclarés favorables pour une participation de 35 %. Des journalistes ont remis en question la régularité de la procédure. Un bureau de vote était situé à proximité de la *United Methodist Church* qui affichait sans équivoque son soutien au mariage traditionnel : « a true marriage is male and female and God »
WEINER, Rachel. "North Carolina passes gay marriage ban Amendment 1". *The Washington Post*. May 8, 2012. Consulté le 28 avril 2016 : [https://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/post/north-carolina-passes-gay-marriage-ban-amendment-one/2012/05/08/gIQAHYpfBU_blog.html]

[737] « [S]i un soldat peut se battre pour nous, si un officier de police peut protéger nos quartiers, si un pompier doit s'introduire dans un bâtiment en proie aux flammes pour sauver nos biens et nos enfants. [...] L'idée qu'une fois leur mission étant accomplie, nous leur dirions, “Tiens, au fait, nous allons vous traiter différemment”. [...] Vous savez, à mesure que de plus en plus de gens y réfléchissent, je crois qu'ils répondront [...] “Ce n'est pas qui nous sommes.” »
ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama, loc. cit.

qu'il estime contraire aux principes défendus par une nation historiquement libérée de décisions et de lois injustes, une nation irrémédiablement tournée vers le progrès social.

En ce qui concerne les couples de même sexe, Obama soutient qu'il a accompli sa mission en ayant mené un travail d'observation. Renforcé par cette expérience, il peut désormais affirmer avec certitude que le mariage homosexuel est la meilleure institution sociale pour renforcer des unions dans lesquelles des couples de même sexe adhérent à des valeurs, parfois même conservatrices qui, selon lui, participent pleinement au rayonnement et à la grandeur de l'Amérique. Il a donné l'exemple de la famille mais aussi évoqué les notions d'engagement, de responsabilité, d'entraide qui sont transmises aux enfants pour les préparer à l'exercice de la citoyenneté[738]. Pour le président, les familles homoparentales assument parfaitement ce rôle en tant que parents soucieux du devenir de leurs enfants et de leur épanouissement, parfaitement intégrés dans une société plus égale. En d'autres termes, elles aspirent à un monde meilleur pour leur progéniture. C'est certainement l'expérience de la discrimination et de l'animosité à l'égard des homosexuels qui explique qu'Obama ait même remarqué que l'affection et le niveau d'engagement dans certaines familles homoparentales sont parfois plus importants que chez certains couples hétérosexuels[739]. Celles-ci ont à cœur de conserver des acquis sociaux qui peuvent être menacés à tout moment par certains intégristes soucieux de défendre la liberté religieuse.

Mais en bon père de famille, Obama tient aussi à livrer certaines confidences intimes sur sa vie personnelle qui pourraient convaincre d'autres familles de suivre le même cheminement que lui sur la sincérité et la fiabilité des familles homoparentales. En expliquant avoir appris avec sa femme que ses filles avaient des amis dont les parents étaient homosexuels, Obama tient non seulement à justifier la rationalité des décisions politiques qu'il a prises sur le mariage mais surtout à signifier que le sujet de la légalisation du mariage homosexuel dépasse la seule notion de respect vis-à-vis de croyances religieuses. À travers les récits de ses filles, Obama semble avoir compris que l'importance du mariage homosexuel est devenu un enjeu générationnel, dans lequel il aura fallu répondre aux interrogations des jeunes qui ne comprennent finalement pas pourquoi les parents homosexuels de leurs amis sont raillés et traités de manière différente. Ces confessions, quel que soit leur degré d'authenticité, ont le mérite de mettre en évidence que pour le président, la bataille des cœurs est possible si les jeunes s'emparent de ces préoccupations sociales pour favoriser une prise de conscience face aux injustices et aux contradictions d'une société qui prétend défendre l'égalité de tous. Les jeunes ont donc certainement un rôle à jouer pour permettre

---

[738] ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama, loc. cit.
[739] ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama, loc. cit.

à leurs parents de changer de point de vue, à condition que le dialogue puisse s'instaurer, et que ces derniers se rendent compte de la difficulté pour un parent de devoir expliquer les aberrations de certaines règles de société qui divisent les Américains : « [T]hat's the kind of thing that prompts a change of perspective: [...] not wanting to somehow explain to your child why somebody should be treated differently, when it comes to the eyes of the law[740]. » Ne pas être en mesure, voire comme le dit Obama, ne pas vouloir justifier le fait que des lois traitent les citoyens de manière inégale laisse des jeunes parfois perplexes et sans réponse, mais surtout peut conduire à la banalisation des inégalités, de l'injustice et des différences de traitement qui se reproduisent alors dans les écoles, microcosmes du monde adulte.

Lorsque durant l'été 2011, New York légalise le mariage homosexuel par l'adoption du *Marriage Equality Act*, Obama avoue que s'il avait été sénateur de l'État de New York, il aurait voté en faveur du projet de loi car le contraire aurait été interprété par ses proches et amis homosexuels comme une forme de trahison à sa promesse d'égalité des droits pour les couples de même sexe. Le mariage homosexuel est donc la seule alternative à ces unions civiles fédérales maintenant que d'autres États l'ont approuvé soit par projet de loi, soit par décision de justice. Ce sont ces nombreuses avancées au niveau local qui ont permis au président de trancher de manière définitive cette question : « Different communities are arriving at different conclusions, at different times. And I think that's a healthy process and a healthy debate[741]. » En tant que président, il ne souhaite pas intervenir pour permettre à la démocratie de s'exercer et respecter la souveraineté des États afin qu'ils s'accordent pour proposer leurs propres solutions, quitte à recourir à la justice. Maintenant qu'Obama s'était clairement positionné, il tenait à conclure en précisant que le mariage gay n'était pas non plus sa priorité, comme pour rappeler que la Cour suprême finirait bien par rendre ses propres conclusions.

Cependant, cette mise en retrait du président dès 2009 justifie qu'à peine un an après son élection, des manifestations pacifistes soient organisées en guise de rappel à l'ordre pour signifier au président qu'il doit honorer et mettre à exécution ses promesses. Des banderoles sont déployées au cours de ses visites à travers le pays, exigeant l'abrogation des lois DOMA et DADT, comme à Chicago. En avril 2010, des opérations coup de poing sont menées devant la Maison Blanche : deux soldats vêtus de leur uniforme s'enchaînent aux grilles de la résidence présidentielle, des

---

[740] « [C]'est le genre de chose qui pousse à changer son point de vue : [...] ne pas vouloir d'une façon ou d'une autre expliquer à son enfant pourquoi une personne devrait être traitée de manière différente, quand il s'agit du point de vue de la loi . »
ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama, loc. cit.

[741] « Des communautés différentes arrivent à des conclusions différentes, à des moments différents. Et je pense que c'est un processus et un débat qui sont sains. »
ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama, loc. cit.

manifestants scandent des slogans pour l'annulation de la loi DADT et pour interpeller le président sur son obligation de résultat[742]. Cette impatience traduit concrètement par le détournement de l'affiche phare du candidat Obama en couverture du magazine LGBT national, *The Advocate*, par le recours à un jeu de mots entre *Hope* (slogan de la campagne de 2008) et *Nope* pour signifier au président qu'il n'a pas réussi à redonner espoir à la communauté LGBT. Cette nouvelle affiche cherche à bousculer et alerter le président, invité à s'interroger sur son action à la suite de ses cents premiers jours à la Maison Blanche[743]. Un mois plus tard, au cours du *HRC Annual Dinner*, le Président reconnaît avoir pris connaissance d'une certaine frustration exprimée par la communauté, qui réclame une accélération des réformes et une remise à plat des politiques approuvées par le président Clinton :

> I also appreciate that many of you don't believe progress has come fast enough. [...] it's not for me to tell you to be patient, any more than it was for others to counsel patience to African Americans petitioning for equal rights half a century ago. But I will say this: We have made progress and we will make more[744].

Neuf mois après avoir prêté serment, Obama souhaite renouveler ses promesses devant les membres de la HRC car il tient à rendre des comptes et à rassurer la communauté LGBT sur ses engagements. Mais de manière plus importante, il en appelle aussi à la bienveillance des militants, tout en leur promettant des résultats rapides. D'ailleurs, Joe Solmonese, alors président de la HRC, décide, deux jours auparavant, d'adresser un message électronique à tous les membres de l'organisation, demandant que l'efficacité de la politique d'Obama soit examinée à l'issue de ses deux mandats à la Maison Blanche et non pas au bout de neuf mois. Visiblement agacé, Solmonese insiste sur le fait que le changement ne s'effectuerait pas sans un travail laborieux de négociations et de consultations indispensables à l'ébauche d'un projet de loi favorable à la communauté : « To do the work, we have to work with our supporters in Congress and with the Administration. Whatever you think of the Administration's first nine months, you don't pass laws by sitting out. You pass laws by sitting at the table[745]. » Autrement dit, le lobbying demeure un

---

[742] BAIM, Tracy, op.cit., p.232-233.

[743] Voir annexe 10 p.514.

[744] « J'apprécie également que beaucoup d'entre vous estiment que le progrès reste long à venir. [...] ce n'est pas à moi de vous demander d'être patients, pas plus que d'autres conseillant la patience aux Afro-Américains qui demandaient l'égalité des droits il y a un demi-siècle. Mais je tiens à vous dire ceci : nous avons fait des progrès et nous en ferons davantage. »
President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner. Washington, D.C., October 11, 2009. [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-human-rights-campaign-dinner]

[745] « Pour réaliser ce travail, nous devons travailler avec nos sympathisants au Congrès et au gouvernement. Quoi que vous pensiez de l'action des neufs premiers mois de ce gouvernement, vous ne faites pas adopter des lois en restant en dehors du jeu. Vous faites adopter des lois en vous asseyant à la table. »
SULLIVAN, Andrew (The Daily Dish). "The Battered Wife Syndrome of the HRC". *The Atlantic*. October 10, 2009. Consulté le 3 mai 2016 : [http://www.theatlantic.com/daily-dish/archive/2009/10/the-battered-wife-syndrome-of-the-human-rights-campaign/195585/]

gage de réussite de l'action de l'organisation qu'il préside et qui doit mobiliser l'attention du gouvernement fédéral même si cela implique sa participation à des dîners de travail. Seulement, pour le conservateur gay Andrew Sullivan, le manque de résultats de la HRC, alors qu'Obama dispose de majorités claires au Congrès, est le signe que Solmonese est trop arrangeant, et n'a ni les qualités requises, ni les compétences pour faire plier le président américain. Sullivan demande alors la démission de Joe Solmonese tout en accusant son organisation d'être la victime du « syndrome de la femme battue ». En d'autres termes, Sullivan dénonce la collusion et les arrangements entre l'exécutif fédéral et le président de la HRC qui nuisent aux intérêts de la communauté LGBT selon lui.

Lors du *HRC Annual Dinner*, en guise de justification, le président américain souligne qu'en tant que citoyens américains, les militants de la HRC sont tout aussi concernés par d'autres sujets aussi essentiels. Ces dossiers exigent un président pleinement mobilisé sur la bataille de l'emploi, de l'économie, de l'assurance maladie universelle ainsi que sur les guerres en Afghanistan et en Irak. En d'autres termes, Obama entend aussi déployer toute son énergie et celle de son gouvernement au service de la communauté nationale : « You're also parents [...]. You're spouses [...]. You're workers [...]. You're soldiers [...]. You're neighbors [...]. You're friends [...]. And, most importantly, you are Americans[746]. » Sa stratégie consiste à agir au nom de l'intérêt général de manière aussi, explique-t-il, à ne pas réduire les Américains LGBT à leur seule orientation sexuelle ou identité de genre, exploitées par certains conservateurs pour justement les rendre inégaux aux yeux de la loi et de la société. Dans tous les cas, pour un président qui croit à l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels, il indique clairement dans son discours que les couples de même sexe sont des conjoints mariés ou unis par des unions civiles, alors que la loi de 1996 définit toujours un conjoint comme obligatoirement une personne du sexe opposé (mari ou femme). Obama vient à nouveau donc de faire un pas en avant pour mettre à mal une loi fédérale qu'il veut faire abroger. Mais il souhaite surtout renouveler sa promesse et sa détermination à enfin valoriser la sincérité d'unions homosexuelles et à restaurer leur intégrité et leur authenticité ainsi que celles des familles homoparentales aux yeux de tous[747].

Ce processus d'union plus parfaite s'est d'ailleurs enclenché par le vote extraordinaire en faveur de la loi *Matthew Shepard* à la Chambre des représentants en octobre 2009, que nous pouvons considérer comme la pierre angulaire d'un long processus de protection et de réparation

---

[746] « Vous êtes aussi parents [...]. Vous êtes des conjoints [...]. Vous êtes des employés [...]. Vous êtes des soldats [...]. Vous êtes des voisins [...]. Vous êtes des amis [...]. Et surtout vous êtes des Américains. »
President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner, loc. cit.
[747] President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner, loc. cit.

pour atteindre l'égalité des droits en passant par le Congrès grâce au soutien d'une quarantaine de républicains. Des crimes de haine fondés sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des victimes relèvent désormais de la compétence du gouvernement fédéral et non plus des États, qui se voient attribuer des moyens supplémentaires dans leurs enquêtes pour traduire en justice les auteurs de ces crimes. Pour Obama, cette loi doit envoyer un signal fort à ces jeunes mais aussi à ces hommes et ces femmes terrorisés à l'idée de révéler leur orientation sexuelle ou leur identité de genre de peur d'éventuelles représailles. La peur de la haine et de la violence ne doit plus contrôler le quotidien de ces Américains LGBT, désormais protégés par la loi. Celle-ci porte d'ailleurs les stigmates d'un long combat mené par certains républicains obstinés à faire échouer cette mesure de progrès. Par exemple, Virginia Foxx déclare à la Chambre que l'assassinat de Matthew Shepard à cause de son orientation sexuelle repose, en fin de compte, sur un véritable « canular » car ses assaillants ont cherché uniquement à le voler en se faisant passer pour des homosexuels[748]. Selon elle, un simple « incident » résultant d'une mauvaise plaisanterie qui, en fin de compte, a coûté la vie à un artisan de l'égalité, massacré pour son orientation sexuelle et ses convictions[749]. Cette haine à l'égard de l'homosexualité s'est également confirmée lors des obsèques de la victime, où la cérémonie religieuse a été perturbée par des membres de la *Westboro Baptist Church*[750] (Topeka, Kansas) qui ont organisé un piquet de protestation avec des pancartes et des slogans ouvertement homophobes comme « God hates fags[751] ». La loi *Matthew Shepard* permet au gouvernement fédéral de rendre hommage symboliquement à tous les vétérans du militantisme qui se sont insurgés contre un système de la terreur et de la discrimination lors des émeutes de Stonewall. Mais surtout, le gouvernement renouvelle son soutien à un mouvement en faveur de « l'équité et de l'égalité[752] » tout en prenant part au combat contre la discrimination au côté des groupes de défense LGBT engagés pour donner les moyens à la minorité silencieuse de se faire entendre : « It's the story of progress sought by those with little influence or power; by men and women who brought about change through quiet, personal acts of compassion—and defiance—wherever and

---

[748] Virginia Foxx est la Représentante du 5e district de la Caroline du Nord.
LUNING, Ernest. "Republican calls Matthew Shepard Murder 'a hoax' in hate-crimes debate". *The Colorado Independent*. April 29, 2009. Article Consulté le 27 avril 2016 :
[http://www.coloradoindependent.com/27864/republican-calls-matthew-shepard-murder-a-hoax-in-hate-crimes-debate]

[749] The Matthew Shepard Foundation. "Our Story". [http://www.matthewshepard.org/about-us/]

[750] Cette organisation religieuse a fait l'objet d'un arrêt de la Cour suprême en 2011 (*Snyder v. Phelps*). Le premier amendement lui permet de venir manifester durant les obsèques de soldats tués dans l'exercice de leur mission pour affirmer que leur homosexualité était la cause principale de leur disparition.

[751] « Dieu hait les pédés. »

[752] President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner, loc. cit.

whenever they could[753]. » Obama salue toutes les initiatives entreprises par des individus méprisés et ignorés. Mais, en tant que président, il admet que la communauté LGBT a été la victime privilégiée d'une majorité populaire hostile à leur égard et déterminée à exploiter leur orientation sexuelle pour les dépouiller de certains de leurs droits fondamentaux. Obama se pose en tant qu'avocat de la communauté et spécialiste de droit constitutionnel pour répondre aux questions des juges qui exigent notamment que la démonstration de l'infériorité de leur pouvoir politique soit faite dans le cadre de l'accès à l'institution du mariage.

À ce propos, Obama, dans son intervention, ne fait aucune référence aux unions civiles mais plutôt à sa volonté de mettre en place des politiques destinées à établir davantage d'égalité pour les couples homosexuels, plus égaux mais toujours en respectant le cadre défini par la loi de 1996. Deux projets de loi sont déposés au Congrès en ce sens. Tout d'abord, en mai 2009, le *Domestic Partnership Benefits and Obligations Act* a pour objectif d'étendre un certain nombre de prestations aux conjoints non reconnus des fonctionnaires LGBT. Puis, en septembre de la même année, le *Respect for Marriage Act* vise à abroger la loi DOMA dans son intégralité et contraindre le gouvernement fédéral à reconnaître le mariage des couples de même sexe célébrés dans tous les États de l'Union. Seulement ces deux projets n'aboutissent pas. De ce constat, il ressort clairement qu'au volontarisme du président s'opposent l'opacité et la lenteur de la procédure d'examen d'un projet de loi, surtout quand celui-ci concerne le mariage homosexuel. On peut également s'interroger sur l'efficacité et le manque de contrôle de ces commissions, qui ne sont soumises à aucune obligation de valider en séance la mise en place d'une mesure dans des délais raisonnables, particulièrement lorsqu'elle est soutenue par l'exécutif. À titre d'exemple, entre 4 et 5 % des projets de loi finissent généralement par être adoptés après avoir été avalisés par les commissions dont ils sont issus[754]. Parmi ceux qui ont reçu l'approbation du Congrès, figure le *Don't Ask, Don't Tell Repeal Act* (2010) qui a mis fin au compromis signé par Clinton exigeant le silence des militaires homosexuels concernant leur orientation sexuelle.

En fin de compte, l'observation formulée par Abunimah sur la présidence distante incarnée par Obama ne s'est véritablement confirmée que sur la question du mariage homosexuel. En effet, l'exemple le plus évident de cette probable mise à l'écart est la victoire de la Proposition 8 en Californie. Même si Obama est hostile à des amendements constitutionnels contre le mariage

---

[753] « C'est l'histoire du progrès par ceux qui n'ont que peu d'influence ou de pouvoir ; par des hommes et des femmes qui ont provoqué le changement par des actes personnels silencieux de compassion — et de défiance — n'importe où et dès qu'ils le pouvaient. »
President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner, loc. cit.

[754] TAUBERER, Josh. "Kill Bill: How many bills are there? How many are enacted?". *GovTrack.us*. August 4, 2011. Consulté le 30 avril 2016 : [https://www.govtrack.us/blog/2011/08/04/kill-bill-how-many-bills-are-there-how-many-are-enacted/]

homosexuel, il a continué à défendre le mariage traditionnel en 2008, ce qui pour certains électeurs californiens justifiait la protection de cette institution par un amendement. Cette défaite de la communauté LGBT en Californie a été le résultat non seulement d'une ambiguïté, mais aussi d'un manque de clarté de la part d'Obama sur son projet d'unions civiles. Les rapports entre le nouveau président élu et les militants LGBT de Californie ont mal commencé, d'où la nécessité pour Obama de maintenir le dialogue en faisant acte de présence aux événements de la HRC. Lors du *HRC Dinner Gala*, Obama compte bien sur le travail, l'engagement et l'éventuel mécontentement des militants pour l'alerter lui, la classe politique et l'opinion publique sur les questions LGBT. Il entend bien qu'ils continuent de peser de tout leur poids dans le débat politique, social et juridique pour sécuriser leurs premières victoires : « It's so important that you continue to speak out, that you continue to set an example, that you continue to pressure leaders, including me, and to make the case all across America[755]. » Selon Kerry Eleveld, écrivain et journaliste spécialiste des questions LGBT, le pragmatisme tâtonnant et circonspect du président face à la grande détermination d'un mouvement ont permis de créer une dynamique du progrès efficace pour mettre à l'épreuve Obama ainsi que son projet de changement en faveur de l'égalité des droits[756]. Elle affirme même que c'est cette synergie qui a facilité l'acceptation et la volonté de la part de l'opinion publique de faire des homosexuels des citoyens à part entière, comme si finalement le Parti républicain s'isolait davantage sur la question de l'égalité des droits des Américains LGBT[757]. En effet, en proposant une alternative politique hostile ancrée dans la liberté de culte, de manière à dépouiller les homosexuels de leurs droits récemment acquis, le Parti républicain continue de séduire sa frange idéologique dure représentée par des chrétiens évangéliques mais prend aussi ses distances vis-à-vis d'électeurs modérés.

Ce sont finalement des électeurs indépendants qui peuvent être encore convaincus du bien-fondé du combat engagé par les militants LGBT au niveau local. Ce n'est donc pas une coïncidence si Obama les encourage à sensibiliser les Américains sur les questions LGBT lors du dîner de la HRC. En effet, il sait qu'en tant que président, il va avoir la plus grande difficulté à défendre leurs intérêts au niveau local. Plus précisément, le gouvernement fédéral, en l'absence d'une majorité démocrate au Congrès, n'a pas pu riposter face à une offensive conservatrice déterminée à remporter la bataille de la liberté religieuse dans les États pour inscrire dans la loi la

---

[755] « Il est tellement important que vous continuiez à parler franchement, que vous continuiez à être des exemples, que vous continuiez à faire pression sur des dirigeants, y compris moi, et de porter vos revendications à travers l'Amérique. »
President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner, loc. cit.
[756] ELEVELD, Kerry. *Don't Tell Me to Wait: How the Fight for Gay Rights Changed and Transformed Obama's Presidency*. Basic Books: New York. 2015. p.284.
[757] ELEVELD, Kerry, ibid., p.284.

discrimination des Américains LGBT. Tandis que le 26 juin 2015, Obama fait une déclaration pour célébrer, en plein mois des fiertés, la décision de la Cour suprême légalisant le mariage homosexuel, les conservateurs décident de livrer une autre bataille législative féroce. En réaction à la décision de la Cour suprême, certains veulent désormais s'attaquer aux droits des homosexuels mais aussi des transsexuels par l'adoption de *Bathroom Bills*, pour contraindre ces derniers à utiliser les toilettes selon leur sexe de naissance. Les États vont même user de leurs prérogatives pour invalider un certain nombre d'arrêtés locaux favorables à la protection des droits des Américains LGBT.

II.C.2. Mariage homosexuel : victoire d'un mandat sur fond de régression dans les États ultraconservateurs

Les déclarations de Barack Obama depuis la Maison Blanche sont empreintes de solennité et de gravité et ne manifestent aucune forme de triomphalisme déplacé. Le président ne se livre à aucune récupération politique de cette décision de la Cour suprême. Au contraire, il rappelle que cette victoire n'est nullement la sienne, mais bien celle d'une lutte citoyenne, d'une nation réconciliée avec la clause d'égale protection de la Constitution, mais aussi la réalisation de la promesse d'égalité garantie à tous les Américains par la Déclaration d'indépendance. Un idéal formulé il y a plus de deux cents ans, considéré comme allant de soi au début du XXIe siècle, mais qui pourtant reste encore réduit à un « objet de convoitise », un privilège dont les minorités du pays en sont injustement privées à cause de leurs différences. Pour Obama, il est donc important de mettre au défi chaque génération, dont la mission citoyenne est de véritablement s'approprier des discours et des principes fondamentaux afin de transformer ces paroles en actes[758]. Autrement dit, l'interprétation de la Constitution et les lois du pays doivent pouvoir s'adapter au monde moderne et non pas l'inverse. Cette nécessité d'en revenir systématiquement aux principes fondateurs de l'Amérique justifie également que Bill Clinton exhorte chaque génération à s'interroger sur ce que signifie être américain[759], et ce afin de renouveler son attachement aux libertés historiques acquises au cours de l'histoire et laissées en héritage contre toute forme de tyrannie. John F. Kennedy, de son côté, attendait des citoyens qu'ils s'engagent à promouvoir l'amélioration des conditions sociales, en luttant contre la pauvreté partout dans le pays et en

[758] President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality. The White House. June 26, 2015. [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/26/remarks-president-supreme-court-decision-marriage-equality]

[759] President Bill Clinton. Inaugural Address. Washington, D.C. January 20, 1993. *The American Presidency Project*. [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=46366]

œuvrant dans le sens de l'égalité raciale[760]. Aussi, pour ces présidents démocrates, est-ce le militantisme et l'engagement citoyen qui nourrissent les débats sociopolitiques pour forger les victoires en faveur du progrès social. Tout comme pour Martin Luther King, Jr., le changement n'est possible qu'au prix de la ténacité et à condition de refuser toute forme de soumission à des lois injustes. En d'autres termes, les victoires de la communauté LGBT sont tout sauf « naturelles » et s'intègrent, selon Obama, dans une « quête perpétuelle » pour garantir que l'égalité s'applique à tous les Américains.

Cette victoire de la liberté dans le domaine matrimonial était si attendue après des années de combat qu'elle reste le symbole de l'héritage de l'action politique d'Obama à la Maison Blanche, l'action d'un président déterminé à ce que la Cour suprême mette fin à une bataille judiciaire en faveur du progrès et de l'affirmation de l'égalité des droits des Américains LGBT sur l'ensemble du territoire. C'est également une victoire marquée par une décision visant à réparer une injustice et à corriger des inégalités de traitement à travers le pays : « It will end the uncertainty hundreds of thousands of same-sex couples face from not knowing whether their marriage, legitimate in the eyes of one state, will remain if they decide to move [to] or even visit another[761]. » Ce jugement répond également à l'objectif présidentiel d'union plus parfaite en garantissant que les droits des couples de même sexe ne puissent plus être soumis aux interdictions constitutionnelles du mariage homosexuel dans certains États, ce qui aurait eu pour conséquence, en cas de déménagement, l'annulation de leur union et la rétrogradation du statut de ces familles homoparentales dans la société. Cet arrêt vient renforcer une Amérique rassemblée dans laquelle l'homosexualité ne peut justifier une différence de traitement aux yeux de la loi et être soumise à des jugements dépréciatifs de la part de juges conservateurs, même si dans les faits de nombreux politiques continuent d'utiliser leur fonction pour faire des Américains LGBT des citoyens de seconde zone. Obama l'a d'ailleurs rappelé dans son discours inaugural de 2013[762], comme pour signifier à la justice qu'il ne fallait plus attendre pour s'assurer que l'égale protection des lois s'applique aussi aux Américains homosexuels et pour uniformiser le droit au mariage des couples homosexuels : « Our journey is not complete until our gay brothers and sisters are treated like anyone else under the law for if we are truly created equal, then surely the love we commit to one another must be

---

[760] President John F. Kennedy. Inaugural Address. Washington, D.C. January 20, 1961. *American Rhetoric*. [http://www.americanrhetoric.com/speeches/jfkinaugural.htm]

[761] « [Cette décision] mettra fin à l'incertitude à laquelle sont confrontés des centaines de milliers de couples de même sexe qui ne savent pas si leur mariage, légitime aux yeux d'un État, restera valide s'ils décident de déménager ou même de visiter un autre État. »
President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality, loc. cit.

[762] Il s'agit du premier discours inaugural dans lequel un président fait référence aux personnes gays.

equal as well[763]. » Autrement dit, la Cour suprême doit accompagner cette évolution des mentalités en affirmant que l'amour homosexuel est un droit humain fondamental au même titre que l'amour hétérosexuel, permettant ainsi aux couples de même sexe l'accès aux avantages sociaux et juridiques du mariage, garanti désormais par la Constitution.

Néanmoins, le 26 juin 2015, Obama précise également que se lancer à la conquête du mariage homosexuel a eu des allures de chemin de croix, mais que c'est bien la détermination de citoyens engagés dans un effort collectif qui a permis de surmonter les obstacles : « Progress on this journey often comes in small increments, sometimes two steps forward, one step back, propelled by the persistent effort of dedicated citizens[764]. » Il accrédite ainsi la thèse de John D'Emilio selon laquelle le mouvement pour les droits des homosexuels emprunte une trajectoire hélicoïdale du changement[765], un cycle spiralaire ponctué de phases de progrès et de phases de repli au profit de la liberté de culte. Ces dynamiques sont intrinsèquement liées aux guerres culturelles, à leur immixtion au cœur du système de gouvernement, et vont complexifier et multiplier les trajectoires à suivre pour atteindre l'égalité du mariage pour les couples homosexuels. Certes la liberté matrimoniale ne règle pas de manière définitive dans un État de droit la question de la discrimination à l'égard des Américains LGBT, mais, comme le rappelait Chauncey, les nombreuses campagnes référendaires contre le mariage homosexuel ont aussi fini par créer un effet boomerang inattendu qui a accéléré le soutien en faveur du mariage homosexuel observé dans les enquêtes d'opinion [766].

Pour Obama, la bataille des cœurs a été remportée aussi rapidement en partie parce que les Américains ont une foi inébranlable en la justice et l'égalité des droits. C'est cette croyance qui a posteriori renforce l'unité nationale et ce sentiment de communion autour du principe de liberté pour tous, « peu importe qui ils étaient et qui ils aimaient[767]. » Pour expliquer ce formidable élan en faveur de l'égalité du mariage, Obama exalte l'exception d'une nation unie et ancrée dans la diversité et le respect des différences des uns et des autres. C'est cette caractéristique historique

---

[763] « Notre chemin ne sera pas terminé tant que nos frères et sœurs homosexuels ne seront pas traités comme n'importe qui d'autre au regard de la loi – parce que si nous sommes vraiment tous nés égaux, l'amour que nous éprouvons l'un pour l'autre doit aussi être égal. »
President Obama. Inaugural Address. Washington, D.C. January 21, 2013. [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/21/inaugural-address-president-barack-obama]

[764] « Dans ce chemin, le progrès vient par petits paliers, parfois deux pas en avant, un pas en arrière, propulsé par les efforts persistants de citoyens engagés. »
President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality, loc. cit.

[765] Poirier, C., Hudon, R. « Les mouvements sociaux », dans *La politique, jeux et enjeux. Action en société, action publique et pratiques démocratiques*, Québec: Presses de l'Université Laval, 2011, pp. 111-112.

[766] CHAUNCEY, George. "The Long Road to Marriage Equality", loc. cit.

[767] President Obama. "Statement by the President on the Supreme Court Ruling on the Defense of Marriage Act". The White House. June 26, 2013. Consulté le 3 juillet 2013 : [https://www.whitehouse.gov/doma-statement]

qui permet au peuple de puiser sa fierté patriotique et de faire de l'Amérique un modèle pour d'autres nations. Concrètement, Obama veut rendre hommage à de braves citoyens ordinaires, des « héros anonymes » qui ont pris des risques et ont déployé des efforts considérables pour se faire entendre, parfois même par des groupes hostiles, afin de convaincre la majorité hétérosexuelle du bien-fondé de leur combat, mais surtout afin de changer le cours de leur histoire et de celle de la nation :

> [This decision] is a consequence of the countless small acts of courage of millions of people across decades who stood up, who came out, who talked to parents [...]. Folks who were willing to endure bullying and taunts, and stayed strong, and came to believe in themselves and who they were, and slowly made an entire country realize that love is love[768].

Cette révolution des mentalités a pu se faire car les couples de même sexe ont su montrer que leur amour est celui partagé par tous : un sentiment universel d'affection et d'attirance sexuelle commun à toutes orientations sexuelles.

L'opinion publique (en particulier les plus jeunes) a compris que le mariage homosexuel, là où il est autorisé, n'a conduit ni à la déstructuration de la famille, ni à la désinstitutionnalisation du mariage. Au contraire, les couples homosexuels et les familles homoparentales font partie intégrante du paysage sociologique américain, et les jeunes issus de familles traditionnelles côtoient des enfants issus de familles homoparentales : « Young people, who grew up in a cultural universe different from their parents', began to wonder why marriage was an issue at all. Political figures as different as Barack Obama and Rob Portman described how their children had affected their thinking[769]. » La légalisation du mariage homosexuel par la Cour suprême a ainsi mis fin à des débats devenus stériles face à un camp conservateur obnubilé par la morale religieuse. Les conservateurs n'ont pas réussi à faire la démonstration du danger représenté par l'ouverture du mariage aux couples de même sexe : la fin de la civilisation à laquelle ils s'attendaient n'est pas advenue, notamment dans les pays comme les Pays-Bas (2001) ou la Belgique (2003) où le mariage homosexuel est désormais entré dans les mœurs. Seulement, ils ont fait le choix de s'arc-bouter et sont allés jusqu'à utiliser leur pouvoir politique dans les États pour contre-attaquer.

---

[768] « [Cette décision] est la conséquence d'innombrables petits actes de courage de la part de millions d'individus au cours des dernières décennies, qui se sont défendus, ont révélé leur homosexualité, ont parlé avec leurs parents [...]. Des gens qui étaient disposés à endurer le harcèlement et les railleries, sont restés forts, ont fini par croire en eux-mêmes et en qui ils étaient, et ont lentement conduit tout un pays à prendre conscience que l'amour c'est l'amour. »
President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality, loc. cit.

[769] « Les jeunes, qui ont grandi dans un environnement culturel différent de celui de leurs parents, ont commencé à se demander en quoi le mariage gay était un problème. Des personnalités politiques aussi différentes que Barack Obama et Rob Portman ont décrit comment leurs enfants avaient influencé leur pensée. »
CHAUNCEY, George. "The Long Road to Marriage Equality", loc. cit.

C'est pourquoi Obama rappelle que le combat pour l'égalité n'est pas terminé. Les militants LGBT, les citoyens ordinaires, ou tous ceux qui sont concernés par la lutte pour l'égalité des droits ont la responsabilité de continuer à tendre la main à ceux dont le combat pour la protection de leurs droits n'en est qu'au balbutiement, en particulier les droits des transsexuels : « And those who have come so far on their journey to equality have a responsibility to reach back and help others join them[770]. » Le devoir de transmission et de mobilisation à l'égard d'une communauté transsexuelle, souvent négligée, est un impératif pour permettre de futures victoires. D'ailleurs, Chad Griffin, actuel président de la HRC, admet en septembre 2014 que la communauté transsexuelle reste encore sous-représentée, voire invisible au sein de l'organisation[771]. Ce manque de diversité n'a certainement pas échappé à la National LGBTQ Task Force, qui a compris l'importance de lutter contre la discrimination fondée sur des identités multiples, l'intersectionnalité des combats de la communauté LGBT, tout en donnant la priorité aux individus les plus fragiles et les plus marginalisés[772].

Même si effectivement les Américains LGBT sont les victimes de préjugés hostiles ancrés dans la croyance religieuse, Obama, en véritable homme de synthèse, tient à montrer, ne serait-ce que pour tendre la main aux opposants au mariage homosexuel, qu'il est un fin médiateur capable de rassembler au-delà des clivages partisans : « Opposition in some cases has been based on sincere and deeply held beliefs. All of us who welcome today's news should be mindful of that fact; recognize different viewpoints; revere our deep commitment to religious freedom[773]. » Cependant, on peut considérer que ce positionnement peut de nouveau laisser planer une certaine ambiguïté à l'égard de la liberté religieuse, que certains conservateurs ont su exploiter, comme une faille, pour revendiquer leur droit à discriminer les homosexuels au nom de leur croyance religieuse. La défense du mariage religieux est incontestablement louable, puisque les Églises sont libres de ne pas célébrer de mariages homosexuels. D'ailleurs, une des raisons pouvant expliquer aussi l'évolution spirituelle d'Obama vis-à-vis du mariage homosexuel est justement qu'il

---

[770] « Et ceux qui reviennent de si loin dans leur chemin pour l'égalité, ont la responsabilité de rendre la pareille et d'aider les autres à les rejoindre. »
President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality, loc. cit.

[771] MERONEK, Toshio. "Human Rights Campaign Under Fire in LGBT Community". *Truthout*. January 11, 2015. Consulté le 5 mai 2016 : [http://www.truth-out.org/news/item/28430-human-rights-campaign-under-fire-in-lgbt-community]

[772] « Be you » telle était la devise de l'organisation qui entendait prendre en compte le pluralisme des identités ethniques et sexuelles pour cibler son action.
National LGBTQ Task Force. Highlights: Strategic Plan 2014-2017. [http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/about_us/tf_strategic_plan2.pdf]

[773] « Dans certains cas, l'opposition est fondée sur des croyances sincères et profondes. Tous ceux parmi nous qui accueillent cette nouvelle avec bonheur devraient être conscients de ce fait ; reconnaître des points de vue divergents ; et vénérer notre profond engagement vis-à-vis de la liberté religieuse. »
President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality, loc. cit.

appartenait à la *Trinity United Church of Christ*, une Église majoritairement afro-américaine affiliée à l'une des nombreuses confessions protestantes, l'Église unie du Christ (*United Church of Christ*, UCC). La Trinity n'a autorisé le mariage homosexuel qu'à partir de 2013, alors que la UCC a été la première dénomination chrétienne aux États-Unis à avoir approuvé le mariage pour les couples de même sexe en juillet 2005. En d'autres termes, l'Église locale à laquelle il a appartenu n'a pas adhéré à la résolution *Equal Marriage for All*[774], ce qui montre que des Églises au sein d'un même courant peuvent avoir des avis divergents et respecter le pluralisme des idées inhérent à une république constitutionnelle au sens large. En conséquence, Obama aurait pu réaffirmer son attachement au principe d'égalité des Américains quelle que soit leur éventuelle affiliation religieuse, mais il aurait pu rappeler aussi que la morale (religieuse) ne peut pas constituer un fondement juridique et législatif légitime pour priver certains individus de leurs droits fondamentaux du fait de leurs différences.

Pourtant, depuis l'arrêt *Obergefell v. Hodges* (2015), les républicains sont engagés dans une nouvelle bataille politico-religieuse dans les législatures d'État qu'ils contrôlent, pour combattre les prétendues immixtions intempestives du gouvernement contre des individus aux convictions religieuses sincères. Les États visés englobent ceux situés dans la *Bible Belt* mais aussi dans le 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 à l'encontre de leurs croyances religieuses, voire 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[775], à la suite du scandale provoqué par la greffière Kim Davis qui avait refusé de marier des couples de même sexe, mais aussi dans le Mississippi en avril 2016[776]. 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[777].

---

[774] 25th General Synod of the United Church of Christ. "Equal Marriage Rights for All". Atlanta. July 4, 2005. [http://uccfiles.com/pdf/2005-EQUAL-MARRIAGE-RIGHTS-FOR-ALL.pdf]

[775] KRS 446 (2013) a fait l'objet d'un amendement approuvé au printemps 2016 pour protéger les croyances religieuses des commerçants et des entreprises.
CASPER, Mark. "Kentucky senate passes amendment to controversial 'religious freedom' bill". *Jurist*. March 16, 2016. Consulté le 6 mai 2016 : [http://www.jurist.org/paperchase/2016/03/kentucky-senate-passes-amendment-to-controversial-religious-freedom-bill.php]

[776] HB 1523 (2016)

[777] TAN, Avianne. "Mississipi's 'Religious Freedom' Bill: What to Know about the New 'Sweeping Anti-LGBT Law'". *ABC News*. April 6, 2016. Consulté le 6 mai 2016 : [http://abcnews.go.com/US/mississippis-religious-freedom-bill-sweeping-anti-lgbt-law/story?id=38170420]

Les républicains justifient une croisade pour protéger l'intimité des individus et renforcer la sécurité publique contre des hommes déguisés en femme et infiltrés dans leurs toilettes pour les épier, voire les agresser sexuellement. Le recours à des *bathroom bills*, c'est-à-dire à des projets de loi destinés à obliger les transsexuels à utiliser les toilettes publiques qui correspondent à leur sexe biologique, s'inscrit 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, d'un processus d'obstruction qui vise à éliminer tout dispositif démocratique dans les villes et les municipalités qui font le choix d'une politique destinée à protéger les droits de la communauté LGBT : « This trend of preemption is basically trying to [...] prevent the type of experimentation that has made our democracy thrive where states have been the laboratories of experimentation and so have cities[778]. » Alan Van Capelle évoque aussi ce processus « d'expérimentation » comme le poumon de la démocratie qui permet aux new-yorkais d'être toujours « plus parfaits » dans la lutte contre les inégalités et les injustices[779]. En signant le projet de loi HB2, le gouverneur Pat McCrory a annulé l'ordonnance approuvée à Charlotte, qui prévoyait de défendre la communauté LGBT contre des pratiques discriminatoires de la part de commerces tels que des bars, des restaurants mais aussi des taxis, considérés comme des lieux publics. Mais elle permettait aussi d'autoriser des jeunes transsexuels à utiliser les toilettes publiques correspondant à leur identité de genre, comme par exemple dans les établissements scolaires. Selon, James Gilliam, directeur éxecutif adjoint de la ACLU SoCal, les écoles sont soumises à l'obligation légale de garantir aux étudiants LGBT leurs droits fondamentaux constitutionnels et d'appliquer les éventuelles règles statutaires prévues dans certains États[780]. Pourtant, les écoles restent des espaces à surveiller étant donné que toutes ne

---

[778] « Cette tendance à l'exercice du droit préférentiel cherche au fond à [...] empêcher le genre d'expérimentation qui a permis à notre démocratie de prospérer, démocratie dans laquelle les États ont servi de laboratoires d'expérimentation, comme l'ont été également les villes. »
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 : [http://www.npr.org/2016/04/06/473244707/from-fracking-bans-to-paid-sick-leave-how-states-are-overruling-local-laws]
Lisa Graves est directrice du *Center for Media and Democracy*, une organisation de surveillance qui revendique un journalisme d'investigation pour dénoncer les injustices et la corruption.

[779] Tout son combat s'articule autour du principe suivant : « equality is the basement and justice is the ceiling. ». L'égalité est au cœur du « vivre/faire ensemble » tandis que la justice veille à l'égalité des droits pour tous.
Entretien avec Alan Van Capelle, Directeur général exécutif de l'organisation *Educational Alliance*, réalisé le jeudi 23 juin, voir p.504.

[780] GILLIAM, James. "Bullying". In BROOKS, op.cit., p.212.

respectent pas les droits de leurs étudiants LGBT, comme lors des bals de promo, ou leur droit de pouvoir se rassembler en association pour défendre leurs intérets[781].

Cette nouvelle guerre contre la communauté transsexuelle a donné lieu à une nouvelle campagne de protestation de la part de la communauté LGBT, notamment sur les réseaux sociaux avec le hashtag « *#nohateinmystate* ». Certaines universités (*Duke University*, *Davidson College*) ont publié un communiqué de presse fin mars 2016 pour réaffirmer leur attachement aux valeurs d'intégration, d'égalité et de justice pour tous. Des marches ont été organisées devant les législatures d'État, Chad Griffin s'est rendu dans le Mississippi, en Caroline du Nord, mais aussi en Géorgie pour y déposer des cartons remplis de pétitions afin qu'un projet de loi similaire ne soit pas approuvé par le gouverneur. En Caroline du Nord, certaines entreprises ont condamné la loi HB2, PayPal a menacé de ne pas honorer sa promesse de créer 400 emplois à Charlotte. De nombreux évenements culturels et sportifs ont été annulés. Le ministère de la Justice des États-Unis a estimé que cette loi constituait une violation des lois fédérales portant spécifiquement sur les droits civiques, et pourrait se désengager financièrement à hauteur de plusieurs millions de dollars, menaçant ainsi l'ensemble du fonctionnement du système éducatif de l'État. Le gouvernement britannique a même mis en garde ses voyageurs LGBT contre les lois anti-homosexuelles votées par la Caroline du Nord. Face à cette vague de contestation d'ampleur nationale, Obama a admis, lors d'un déplacement à Londres, être désarçonné, et ne disposer d'aucun levier pour agir efficacement contre de telles lois d'États[782]. En l'absence de majorité au Congrès, la protection des droits LGBT ne peut s'opérer sans le concours de la justice qui dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour intervenir et invalider des lois visiblement anticonstitutionnelles et ce dès 1996.

---

[781] GILLIAM, James. "Bullying". In BROOKS, ibid., p.212.

[782] CURTIS, Joseph & KARASI, Ekin. "The great Obama love-in: Fawning supporters and the transgender student councillor who all fell under the U.S. president's spell". *MailOnline*. April 23, 2016. Consulté le 8 mai 2016 : [http://www.dailymail.co.uk/news/article-3555147/The-great-Obama-love-Fawning-supporters-right-luvvies-transgender-student-councillor-fell-president-s-spell.html]

Chapitre 3

Une bataille juridique et constitutionnelle : vers une « Union plus parfaite »

INTRODUCTION

Dans la deuxième partie de cette étude, nous avons constaté que l'exécutif et le législatif ne sont pas parvenus à se mettre d'accord pour proposer une politique nationale ambitieuse qui puisse permettre l'accès à plus de mille avantages fédéraux aux couples de même sexe. Concrètement, le *Defense of Marriage Act* (1996) n'a pas été abrogé par le Congrès et, en 2010, une trentaine d'États définissaient encore le mariage comme l'union entre un homme et une femme dans leur Constitution. Ce combat de la communauté homosexuelle s'est donc légitimement tourné vers la justice pour contester ces amendements approuvés par voie référendaire, à commencer par la Californie et sa Proposition 8 (« Prop 8 ») de 2008. Avant d'analyser en détail les arguments avancés par les plaignants, les défenseurs ainsi que les décisions des juges, il convient d'abord de s'interroger sur le rôle accru du troisième pouvoir dans le cadre de cette guerre culturelle. Dans ce contexte, la Cour devient une arme juridique contre des lois que la communauté homosexuelle juge discriminantes, contre un État trop fort qui abuserait de son autorité pour exercer une forme de pression sociale et politique sur une minorité sexuelle considérée comme déviante de par son comportement (*conduct*). La Cour est symboliquement une arme citoyenne et pédagogique qui permet aux homosexuels, par l'intermédiaire de leurs avocats, de faire passer un message au peuple américain : le combat pour l'homonormativité des couples de même sexe qui souhaitent élever l'institution du mariage vers plus d'égalitarisme[783] et qui font face à des difficultés financières, des problèmes de santé et des choix de vie similaires aux couples hétérosexuels. La Cour devient aussi une arme politique et sociale qui permet la reconnaissance de leur sexualité en tant qu'orientation sexuelle et non pas préférence sexuelle, et d'obtenir réparation historique et juridique. Les guerres culturelles auraient-elles donc, par l'intermédiaire de la question sur l'homosexualité et le mariage homosexuel, donné naissance à une troisième voie, celle de la réparation par l'intermédiaire de la « réparabilité[784] » ? De quelle manière la décision historique du vendredi 26 juin 2015[785] pourra-t-elle permettre de poursuivre le débat démocratique parmi les citoyens qui l'exigent ?

---

[783] La question de l'homonormativité fait débat au sein de la communauté homosexuelle comme le rappelle Lisa Duggan, professeure d'analyse sociale et culturelle à l'université de New York, dans *The Twilight of Equality* (2003). Deux dynamiques du mouvement homosexuel s'affrontent parmi les assimilationistes/intégrationnistes et les différentialistes. Les premiers sont en quête de reconnaissance institutionnelle en ayant recours à de nombreux leviers politiques visant à favoriser des législations favorables à l'affirmation et à la protection de leurs droits. Les seconds revendiquent leur identité collective. Ils refusent de se conformer aux institutions et au mode de vie hétérosexuels et revendiquent vouloir mettre à mal les normes de genre et les inégalités.

[784] « redressability »

[785] La Cour suprême des États-Unis a légalisé le mariage homosexuel.

Dans les années 1960, sous l'impulsion notamment de la Cour Warren, les Américains non seulement ont réclamé plus de protections contre la discrimination raciale et les arrestations abusives, mais surtout le juge en chef a mis un point d'orgue au Mouvement des droits civiques en renversant la doctrine Plessy de 1896 qui instaurait la ségrégation de droit : « separate but equal[786] ». Ce qui est essentiel dans cette décision de 1954 et qui intéressera les défenseurs du mariage homosexuel, c'est que la Cour Warren rappelle qu'aucun citoyen américain ne peut se voir refuser la clause de protection égale qui figure dans le XIVe amendement. Autrement dit, les citoyens américains sont égaux devant la loi[787]. La Cour Warren s'inscrit dans une idéologie libérale qui tend vers plus de progrès en faveur des droits civils, et plus de protections des citoyens contre des décisions et des lois arbitraires, tout en rappelant son attachement à la séparation de l'Église et de l'État[788]. Dans son ouvrage sur la question du mariage homosexuel et la Constitution des États-Unis, Evan Gerstmann, professeur de droit, explique que, pour la première fois, la Cour suprême, sous l'impulsion de Warren, a créé des nouveaux droits fondamentaux qui ne sont pas mentionnés explicitement par la Constitution mais qui sont fondés dans la clause de protection égale et non plus dans la juste application des lois (*due process*)[789]. Nous verrons que, bien au contraire, les avocats de la défense, lors du procès contre la proposition 8, vont s'appuyer sur la combinaison de « juste application des lois » et de la « clause de protection égale », ce qui s'avérera payante pour faire annuler cette définition traditionnelle du mariage. Au cœur de cette machine judiciaire puissante, la Cour suprême des États-Unis est une illustration saillante des guerres culturelles où s'opposent des juges divisés par leur positionnement idéologique mais aussi sur le rôle institutionnel que doit jouer la Cour, dans ces moments où les sensibilités sont clairement exacerbées par des convictions morales et religieuses, mais aussi politiques et historiques. Comme l'explique Anne Deysine, juriste et politologue, la spécificité du modèle américain repose aussi sur une certaine « culture du contentieux[790] ». On peut en déduire que les Américains ont une connaissance intime de la Constitution, de leurs libertés et de leurs droits fondamentaux, ce qui expliquerait, en partie néanmoins, que les homosexuels aient choisi de faire affirmer le droit au mariage par les tribunaux. La Cour suprême se retrouve alors en position

---

[786] Cour suprême des États-Unis. *Plessy v. Ferguson*. Jugement prononcé le 18 mai 1896, instaurant la doctrine du « séparés mais égaux ».
[787] Cour suprême des États-Unis. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Jugement prononcé le 17 mai 1954.
[788] Cour suprême des États-Unis. *Engel v. Vitale*. Jugement prononcé le 25 juin 1962 et interdisant la prière dans les écoles.
[789] GERSTMANN, Evan. *Same-Sex Marriage and the Constitution*, 2nd ed. New York: Cambridge University Press. 2008. p.38-40.
[790] Deysine rappelle que Robert A. Kagan, professeur de droit et science politique à Berkeley, parle de « légalisme contradictoire » (« adversarial legalism »).
DEYSINE, Anne. *La Cour suprême des États-Unis : Droit, politique et démocratie*. Paris : Dalloz. 2015. p.28.

d'arbitre, ce qui lui a valu de très nombreuses critiques de la part des conservateurs qui l'ont comparée à une troisième chambre du Congrès.

En effet, Alexis de Tocqueville, dans ses observations sur la démocratie en Amérique, abondait dans le même sens que les détracteurs de la Cour suprême : il s'agit d'une institution judiciaire unique au monde qui s'octroie une grande latitude dans ses interprétations de la loi mais aussi de la Constitution des États-Unis[791]. Au fil de ses décisions, elle s'est avérée être un instrument essentiel du changement social et un levier politique incontournable dans le système des contre-pouvoirs. En tant que tribunal sacré de la nation, elle est la gardienne de la Constitution, loi suprême du pays, et se charge de faire exister, tant bien que mal, ce grand principe de « *Equal Justice under Law*[792] ». De fait, ce recours systématique aux tribunaux, notamment pour permettre à la communauté homosexuelle de faire appliquer l'égalité des droits, semble démontrer que la Cour suprême a un rôle à jouer en tant que « porte-parole des minorités[793]» et défenseur des droits inaliénables des homosexuels. Comme Alexander Hamilton l'expliquait dans *Le Fédéraliste*[794], le judiciaire représente le dernier rempart pour les droits et libertés c'est-à-dire le recours ultime qui permet à la Cour de prendre le relais des États, voire de l'exécutif et du législatif, qui ne trouvent pas d'intérêt à agir au nom du droit et de la Constitution en réponse aux demandes légitimes des couples de même sexe.

Cependant, il est intéressant de constater que le premier recours juridique au niveau de l'État en faveur du mariage homosexuel est intervenu en octobre 1971, à la Cour suprême du Minnesota dans l'affaire *Baker v. Nelson*. La demande des deux pionniers du mariage gay, Richard Baker et James Michael McConnell, a été rejetée de manière laconique par la Cour, qui a rappelé que les lois de l'État interdisaient le mariage pour des couples de même sexe et n'allaient pas à l'encontre des principes constitutionnels de sécurité juridique et de protection égale. Une deuxième affaire, émanant cette fois-là d'un couple de même sexe, marié pour la première fois dans l'histoire du pays au Colorado, dans le comté de Boulder, marque la première action en justice au niveau fédéral. Ce mariage binational entre Richard Frank Adams (citoyen américain d'origine philippine) et Anthony Corbett Sullivan (citoyen australien) a été rejeté par la cour d'appel fédérale pour le 9e circuit[795]. Le juge Wallace a donné raison au Service de l'immigration et de la naturalisation de ne pas naturaliser Sullivan au prétexte que le terme d'*époux* faisait nécessairement référence à une

---

[791] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: Perennial Classics. 2000. p.149-151.
[792] « justice égale selon la loi »
[793] DEYSINE, op.cit., p.28.
[794] HAMILTON, Alexander. *Le Fédéraliste, n°78,* 1788. In BEEMAN, Richard. *The Penguin Guide to the US Constitution*. New York: Penguin Books. p.112-113.
[795] Cour d'appel fédérale pour le 9e circuit. *Adams v. Howerton*. Jugement prononcé le 25 février 1982. Affaire qui a fait l'objet d'un documentaire : *Limited Partnership* (14 juin 2014).

personne du sexe opposé, que le ministre de la Justice du Colorado défendait le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme et que le gouvernement fédéral n'avait donc pas d'intérêt à agir. Ces deux affaires démontrent qu'en quarante-quatre ans, les juges ont considérablement évolué sur les droits des homosexuels, passant de la méfiance et l'ignorance à la reconnaissance progressive, procédant par étape pour gagner en légitimité au niveau de l'opinion publique. Deux approches théoriques se distinguent : théorie du processus et percolation. Nous allons étudier concrètement, à travers les procès relatifs aux droits des homosexuels, comment la Cour a soigneusement combiné ces deux approches pour aboutir à une forme de réparation morale allant de pair avec un certain idéal de la nation américaine.

III.A. Être homosexuel : le droit à la protection des lois et à la sexualité

L'année 1996 est marquée par une première décision historique de la Cour suprême des États-Unis en faveur des droits LGBT, le 20 mai, tandis que Bill Clinton brigue un second mandat à la présidence et promulgue, en septembre, le *Defense of Marriage Act* qui ne reconnaît pas le mariage pour un couple de même sexe. Il semblerait que sur l'homosexualité, le troisième pouvoir prenne ses distances par la voix du juge Anthony Kennedy. Nommé par Ronald Reagan et confirmé par le Sénat en 1988, Kennedy, qualifié de conservateur, se révèle être un juge pivot et un farouche défenseur des droits des homosexuels. Il est l'auteur de quatre opinions majoritaires, soit de toutes les décisions de la Cour suprême des États-Unis relatives à l'avancement de l'égalité des droits de la communauté LGBT. Selon la juge Judith Bader Ginsburg, c'est « l'hypothèse du contact », concept théorique formulé par Gordon Allport, qui a permis aux Américains, et vraisemblement à Kennedy, d'évoluer favorablement sur la question de l'homosexualité. C'est en favorisant les intéractions sociales entre les communautés hétérosexuelle et homosexuelle que les stérotypes et les préjugés parviendraient à s'estomper, voire disparaître. Dans un article de Mark Sherman qui écrit pour l'*Associated Press* (AP) dans le domaine des affaires juridiques, on apprend que Kennedy aurait été influencé par son mentor et ami, Gordon Shaber, un spécialiste du droit à Sacramento, qui cachait son homosexualité et qui avait recruté Kennedy comme professeur[796]. Cette hypothèse pourrait expliquer pourquoi Kennedy apparaît finalement comme un conservateur modéré, ce qui, dans le cadre des guerres culturelles, le place dans le camp des centristes et du compromis. La décision du 26 juin 2015 le conforte désormais comme un allié de la communauté, rendant aux couples de même sexe leur juste place dans la société américaine. Il sera intéressant de se demander comment l'arrêt du 20 mai 1996, tout en représentant une première victoire dans cette guerre culturelle, reste cependant symbolique du point de vue du droit.

III.A.1 *Romer v. Evans* (1996) : discrimination et recours au contrôle du fondement rationnel[797]

L'arrêt *Romer v. Evans* vient remettre en cause la souveraineté des États à adopter des amendements constitutionnels, approuvés par voie référendaire, lorsqu'ils étaient incompatibles

[796] SHERMAN Mark. "How Supreme Court Justice Anthony Kennedy's Gay Mentor Influenced his Views, Beliefs". *Huffpost Gay Voices*. 14 avril 2015. Article consulté le 15 juillet 2015 : [http://www.huffingtonpost.com/2015/04/14/justice-anthony-kennedygaymentor_n_7064016.html?utm_hp_ref=gay-voices&ir=Gay+Voices]

[797] Contrôle du fondement rationnel appelé aussi examen rationnel.

avec les principes et valeurs énumérés dans le XIVe amendement de la Constitution des États-Unis qui stipule dans la Section 1 que :

> [...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor *deny to any person* within its jurisdiction the *equal protection of the laws*[798].

Il convient d'expliquer la portée de cette section 1 et, en particulier, la clause de protection égale qui est souvent mentionnée dans les affaires juridiques qui touchent à la question sensible des droits civiques[799] et du traitement discriminatoire des minorités par la loi. Pour examiner cette question et déterminer si la loi est anticonstitutionnelle, par procédure d'égale protection des lois, la Cour doit établir la norme de contrôle judiciaire (*standard of review*) qui se décline selon trois échelons d'exigence. Il y a d'abord l'examen strict (*strict scrutiny*) qui s'applique dans le cadre des droits fondamentaux et qui garantit que la loi est invalidée si le gouvernement n'a pas un intérêt impérieux d'ordre public à ce que la loi s'applique. Les spécialistes utilisent souvent l'expression toute faite : « Strict in theory, fatal in fact[800] ». Autrement dit, la loi incriminée est injustifiable du point de vue de la Constitution. Les juges peuvent aussi recourir à un examen intermédiaire (*intermediate scrutiny*) lorsque la discrimination repose sur le sexe du plaignant, voire dans le cadre de certaines restrictions appliquées au port d'arme. Dans ce cas, les juges déterminent s'il existe un lien substantiel entre la mesure prise et l'intérêt du gouvernement pour justifier l'application de la loi comme la sécurité et l'ordre public. Enfin, l'examen rationnel (*rational basis*) évalue l'intérêt légitime du gouvernement et effectue un contrôle du fondement rationnel de la loi ou de la discrimination en cause. Selon Gerstmann, ce dernier examen de constitutionnalité répond à un niveau d'exigence plus relatif[801], car l'interprétation faite par les juges permet à certaines lois, notamment contre les homosexuels, de se maintenir surtout si elles ne vont pas à l'encontre des libertés contenues dans la Déclaration des droits (*Bill of Rights*). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les juges ne sont pas d'accord non plus sur la norme de contrôle à utiliser et que, dans le cadre des guerres culturelles, leurs intérprétations sont donc soumises à des influences idéologiques et historiques qui souvent s'opposent. En d'autres termes, c'est la norme de contrôle

---

[798] XIVe amendement de la Constitution des États-Unis, ratifié en 1868 : « Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni *ne* refusera à quiconque relève de sa juridiction *l'égale protection des lois*. » [italiques ajoutés]

[799] C'est-à-dire « ces dispositions légales qui émanent du concept d'égalité ». EPSTEIN, Lee & WALKER, Thomas G., *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*. 7th ed. Washington: CQ Press. 2010. p.577.

[800] « Strict en théorie, fatal dans les faits ». GERSTMANN, op.cit., p.31. Emprunté dans Gunther, Gerald. "Forward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection." *Harvard Law Review* 86 (1972) p.8.

[801] GERSTMANN, ibid., p.32.

retenue qui pèsera sur le verdict final. Par exemple, dans l'affaire *Bowers v. Hardwick* (1986), confirmant la constitutionnalité des lois contre la sodomie, l'opinion majoritaire déclare alors : « Majority sentiments about the morality of homosexuality constitute a rational basis for lawmaking[802] ». L'homosexualité pouvait être donc considérée comme un crime et pouvait donc être réprimée par la loi tant qu'elle ne relevait pas d'une classification suspecte (*suspect classification*), au même titre que la race, l'origine nationale ou la religion, catégories considérées comme étant susceptibles de discriminations. C'est là l'objet même de ces affrontements entre juges conservateurs et juges libéraux. Les juges doivent-ils inclure l'orientation sexuelle au même titre que ces autres classifications ? C'est d'ailleurs en ce sens, que le Colorado, ainsi que d'autres États, ont engagé le débat en proposant des lois interdisant la discrimination pour des raisons d'orientation sexuelle[803]. Cependant, en 1992, les Coloradiens approuvent l'amendement 2. De manière intrusive et arbitraire, cette loi interdit l'État du Colorado d'accorder le statut de minorité à la communauté homosexuelle qui, en retour, ne peut réclamer justice pour des faits de discrimination ou revendiquer une quelconque proposition de loi pour protéger l'orientation sexuelle de toute forme de discrimination[804]. L'objectif est donc d'affaiblir l'influence politique que la communauté pourrait avoir pour garantir l'égalité des droits et assurer la protection d'une minorité.

Alors que l'État, par l'intermédiaire du gouverneur Romer, ainsi que les villes de Boulder, Aspen et Denver proposent une politique volontariste de protections pour les homosexuels contre des pratiques discriminatoires dans les domaines du logement, de l'accès à l'emploi et au service public, ainsi que l'éducation, l'amendement 2 vient doublement sanctionner cet effort. Les protections accordées aux homosexuels sont abrogées immédiatement, mais surtout cette nouvelle disposition de l'amendement 2 vient s'inscrire dans la Constitution de l'État de manière pérenne. La Constitution du Colorado devient un document qui stigmatise la communauté homosexuelle et empêche les autorités locales, tout comme le gouvernement élu, de légiférer en sa faveur et ce de manière définitive. C'est tout l'objet de l'arrêt de la Cour suprême dans *Romer v. Evans* : l'amendement 2, interdisant la promulgation de lois protégeant les citoyens pour des raisons d'orientation sexuelle, représente-t-il une violation de la clause de protection égale ? Dans le cadre

---

[802] « Les sentiments de la majorité sur la moralité de l'homosexualité constitue un fondement rationnel pour créer des lois. »
Supreme Court of the United States Justices. "Bowers v. Hardwick". Jugement prononcé le 30 juin 1986. Consulté le 1er novembre 2014 : [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/case.html]

[803] La Californie, le Vermont, le New Jersey, l'Oregon et l'Arizona interdisent la discrimination pour les mêmes raisons dans le secteur privé.

[804] Supreme Court of the United States Justices. "Romer v. Evans". Jugement prononcé le 20 mai 1996. Consulté le 1er novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/517/620 - writing-USSC_CR_0517_0620_ZO]

de la présente étude sur cette guerre culturelle contre l'homosexualité, il convient de se demander en quoi cette décision ouvrira-t-elle la voie vers plus d'égalité des droits pour la communauté LGBT dans le but de subvertir une hiérarchisation verticale arbitraire entre homosexuels et hétérosexuels ? Pour Michael Nava, avocat et écrivain, et Robert Dawidoff, professeur d'histoire, il s'agit de combattre aussi l'hétérosexualité en tant que « classe privilégiée[805] » majoritaire qui doit s'imposer par la loi à tous les étages du système démocratique américain et donc à tous ses citoyens en tant que norme sociale naturelle. De ce fait, le droit constitutionnel doit-il accorder une norme de contrôle judiciaire plus exigeante en retenant un examen strict, et non pas un examen rationnel ?

Les différentes actions en justice au niveau de l'État et à la Cour suprême des États-Unis montrent des contradictions embarrassantes pour le judiciaire. Un tribunal et la Cour suprême du Colorado concluent que l'amendement 2 relève d'un examen strict de constitutionnalité, car la nouvelle loi refuse une liberté fondamentale, à savoir la participation des citoyens au processus politique tout en mettant en vigueur des préjugés personnels[806]. Les homosexuels sont donc considérés comme une classe qui mérite protection constitutionnelle. En revanche, le juge Kennedy s'aligne sur une décision de renvoi pour s'appuyer sur un examen rationnel car la loi ne répond même pas à l'examen rationnel le plus basique en démontrant que l'amendement 2 ne sert aucun intérêt légitime, mis à part classer l'homosexualité à un rang inférieur de manière arbitraire. Kennedy affirme l'importance de ne pas opposer les Américains les uns aux autres en utilisant un système de classes, mais aussi l'impératif de la neutralité de la loi, en particulier, lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux des citoyens américains[807]. Par classe, il faut entendre les hétérosexuels et les homosexuels et par neutralité, il faut comprendre l'absence d'animosité vis-à-vis d'un groupe dont l'orientation sexuelle diffère de celle de la majorité. Ce qui semble avoir motivé les défenseurs de l'amendement 2, au-delà des arguments défendus, c'est que ces lois antidiscriminatoires, approuvées au niveau local, définissaient du point de vue du droit le concept d'*orientation sexuelle*. Il s'agit d'une liberté de choix que de choisir son partenaire sexuel, liberté qui vient définir le statut d'un individu, à savoir son homosexualité ou bien sa bisexualité, qui ne pouvait donc plus être attaquable comme un simple écart de comportement. Le fait que ces lois pouvaient être le résultat d'une prise de conscience collective des législateurs quant aux problèmes

---

[805] NAVA Michael & DAWIDOFF Robert. *Created Equal: Why Gay Rights Matter to America*. New York: St Martin's Press. 1994. p.70.

[806] DODSON, Robert D. "Homosexual Discrimination and Gender: Was *Romer v. Evans* Really a Victory for Gay Rights?". *California Western Law Review*: Vol. 35: No. 2, Article 4. 1999. Consulté le 5 juillet 2015 : [http://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol35/iss2/4]

[807] Il cite le juge Harlan dans *Plessy v. Ferguson* : « Notre constitution ne distingue pas les couleurs, et ne connaît ni ne tolère aucune classe parmi les citoyens. ». *Romer v. Evans*, op.cit., p.4-5.

d'homophobie vis-à-vis de la communauté LGBT représentait un vrai scandale pour la droite conservatrice, incarnée par le juge Antonin Scalia à la Cour suprême des États-Unis. L'État du Colorado avance des arguments pour protéger la légitimité de son amendement (réfuté par Kennedy), arguments qui révèlent le refus d'accorder ce que l'État considère comme un traitement de faveur pour les homosexuels : l'octroi de droits spéciaux (« *special rights* »). La stratégie qu'adopte l'État en venant défendre l'amendement 2, c'est qu'historiquement aucun cas de jurisprudence ne mentionne la participation politique comme un droit fondamental, tel que le droit de vote, et que le gouvernement fédéral ne considère pas encore les homosexuels comme appartenant à une classe suspecte[808]. Effectivement, c'est même l'inverse qui s'est produit puisque, sous le mandat de Bill Clinton, le gouvernement fédéral a adopté une série de lois discriminatoires comme le *Don't Ask, Don't Tell* (1993, DADT), le *Defense of Marriage Act* (DOMA, 1996). Par ailleurs, selon les conservateurs, le Congrès aurait même refusé d'inclure l'orientation sexuelle dans le *Civil Rights Act* de 1964 qui interdit la discrimination reposant sur la race, la couleur, la religion, le sexe, ou l'origine nationale[809]. Pour les défenseurs de l'amendement 2, l'examen rationnel doit leur permettre d'avancer un intérêt légitime afin de faire respecter la volonté des Coloradiens.

Tout d'abord, l'État soutient qu'au contraire l'amendement 2 rétablit une certaine forme d'égalité entre tous les citoyens du Colorado, puisque ce texte refuse d'admettre l'existence singulière de l'orientation sexuelle des homosexuels. Cela revient donc à imposer l'hétérosexualité comme modèle de vie et renvoie les homosexuels et leurs revendications au placard afin qu'ils y restent cachés. Kennedy remet également sérieusement en doute cette interprétation et les implications de cet amendement, en revendiquant, au contraire, une exclusion pernicieuse des homosexuels de la société, du processus légal et démocratique en empêchant tout éventuel recours juridique en cas de préjudices subis avérés. C'est le modèle américain qui est attaqué en empêchant toute forme de respect et de dignité des homosexuels aux yeux de la loi : « The enormous pressure on homosexuals to pretend they are heterosexuals is ultimately destructive not merely of individual lives but of the life of society as well[810]. » Nava et Dawidoff s'inquiètent de voir la violence et l'homophobie s'aggraver mais aussi les inégalités persistantes qui ne permettent pas à la communauté LGBT d'avoir la même égalité des chances. C'est précisément ce que redoute

---

[808] DODSON, op.cit., p.10-11.

[809] Cet argument est totalement infondé. À l'époque le gouvernement fédéral a souhaité inscrire dans la loi la reconnaissance des droits civiques des Noirs américains et les protéger contre la discrimination.

[810] « La pression énorme exercée sur les homosexuels qui font semblant d'être hétérosexuels est en fin de compte non seulement destructrice de vies individuelles mais aussi de la vie de la société. »
NAVA Michael & DAWIDOFF Robert, op.cit., p.71.

également le juge Kennedy qui voit dans cet amendement le début d'une discrimination légale, structurelle et légitimée par la loi. Les clients et contribuables homosexuels pourraient se voir refuser de se faire servir à cause de leur orientation sexuelle dans le secteur privé et public mais pourraient être aussi victimes de discrimination dans la sphère privée[811] [812]. De plus, c'est parce que le gouvernement fédéral a échoué dans la mise en place de protections vis-à-vis de la communauté LGBT que le Colorado a pris le relais en usant de ses prérogatives pour assurer une égalité de traitement entre homosexuels et hétérosexuels : « The Fourteenth Amendment did not give Congress a general power to prohibit discrimination in public accommodations. In consequence, most States have chosen to counter discrimination by enacting detailed statutory schemes[813]. » On peut aussi ajouter que d'après le Xe amendement de la Constitution des États-Unis, toutes les compétences qui ne sont pas accordées au gouvernement fédéral américain sont donc du ressort des États ou du peuple. En matière de discrimination, les autorités du Colorado avaient donc le droit de redéfinir et de renforcer leur politique pour protéger les homosexuels au niveau local et de l'État. C'est l'objectif et l'intérêt rationnel de cet Amendement 2 qui sont sérieusement discrédités. En quoi protéger les homosexuels pourrait-il remettre en question l'ordre et l'intérêt général ? En quoi ces protections affecteraient-elles les contribuables hétérosexuels ? En fait, le Colorado n'a fait qu'ajouter l'orientation sexuelle à une liste exhaustive de motifs pour lesquels les citoyens pouvaient être discriminés comme l'âge ou le handicap, par exemple[814]. Son intention était donc d'aller plus loin que le *Civil Rights Act* de 1964 qui était encore imparfait. On comprend alors que les autorités n'ont pas cherché à accorder des privilèges aux homosexuels, mais à les inclure, au contraire, dans un dispositif renforcé dont l'objectif était de lutter contre la discrimination dans un intérêt général et non pas particulier.

Cette volonté politique dans le combat pour l'égalité des droits incarne ce qu'un porte-parole de l'organisation *Human Rights Campaign* (HRC) appelle : « a big-time crack appearing in that glass ceiling of equality[815]. » Ce combat contre des barrières politiques et sociales devait se jouer en mobilisant les forces populaires au niveau local et de l'État, pour progressivement remonter jusqu'au gouvernement fédéral à Washington, afin de défendre l'efficacité de ces

---

[811] "Romer v. Evans", op.cit., p.8-9, p.11.
[812] C'est le sens des protections accordées dans les lois approuvées par les villes de Boulder et Denver.
[813] « Le XIVe amendement n'a pas donné au Congrès un large pouvoir pour interdire la discrimination dans les lieux publics. En conséquence, la plupart des États ont fait le choix de s'opposer à la discrimination en promulgant des régimes statutaires détaillés. »
"Romer v. Evans". ibid., p.9.
[814] "Romer v. Evans". ibid., p.10.
[815] « une fissure spectaculaire apparaissant dans le plafond de verre de l'égalité. »
WASHINGTON, Jesse. "Signs of Change". In *Gay America: The Road to Gay Marriage and LGBT Rights*. Associated Press. May 12, 2014. Mango Media. 2015. p.110.

politiques. Kennedy évalue également les répercussions et l'importance du préjudice subi, en rappelant que ces discriminations pourront se produire dans un large éventail de domaines comme la santé, l'emploi, l'éducation et l'immobilier, alors même que le gouverneur, par décret, et les universités avaient choisi de protéger l'orientation sexuelle contre la discrimination. Ces initiatives ont été désavouées et l'argument des demandeurs qui consiste à encourager les homosexuels, comme les hétérosexuels, à recourir à un dispositif général de l'application de la loi contre la discrimination semble contestable. Cela viendrait retarder le processus vers plus d'égalité en attendant qu'un contribuable homosexuel vienne saisir de nouveau la justice sur la question, s'il était discriminé à cause de son orientation sexuelle. Les tribunaux seraient donc soumis à la même question, à savoir inclure ou non l'orientation sexuelle en tant que classification suspecte. L'amendement 2 vient non seulement bafouer les prérogatives du deuxième pouvoir, qui sont de légiférer souverainement en faveur de victimes potentielles, mais vient surtout empêcher les homosexuels de bénéficier de protections que les hétérosexuels considèrent comme acquises : « These are protections against exclusion from an almost limitless number of transactions and endeavors that constitute ordinary civic life in a free society[816]. » Peut-on en déduire que l'amendement 2 constituerait également une atteinte grave à une juste application des lois (*due process*) ? En refusant l'accès à toute une série de protections fondamentales à la vie en société, Kennedy semble accréditer la thèse selon laquelle les homosexuels se retrouvent privés de leur liberté quand on leur impose une position désavantageuse aux yeux de la société par un référendum qui les cible spécifiquement. Il s'agit pour lui d'un handicap majeur qu'il qualifie de « spécial[817] », en référence aux droits spéciaux et à la rhétorique anti-homo. Pour le juge, il ne fait presque aucun doute qu'en l'absence d'un intérêt gouvernemental légitime et rationnel, la classification des homosexuels, telle qu'elle est définie dans l'amendement 2, n'est qu'un prétexte pour porter un préjudice sévère à la communauté LGBT par animosité. C'est l'homosexualité qui est désormais visée constitutionnellement en tant que comportement répréhensible et immoral et qui ne pourra faire l'objet d'aucune loi favorable à sa protection et son inclusion. L'amendement se révèle donc être une atteinte à la clause d'égale protection des lois en imposant une inégalité flagrante entre hétérosexuels et homosexuels. Pour se justifier, Kennedy rappelle qu'un tel procédé consistant à recourir à un référendum constitutionnel contre une communauté pour la priver de certains droits est d'une telle rareté historique qu'elle semble en contradiction avec l'objectif même

[816] « Ce sont des protections contre l'exclusion d'un certain nombre presque illimité de dispositions et d'efforts qui constituent la vie civique ordinaire dans une société libre. »
"Romer v. Evans", op.cit., p.12.
[817] "Romer v. Evans", ibid., § 1, p.12.

du rôle que doit jouer la Constitution. Le juge à la Cour suprême du Kentucky, Dan Jack Comb, dans son opinion convergente pour annuler les lois contre la sodomie, rappelle qu'il est essentiel d'utiliser la Constitution avec impartialité :

> The Constitution does not create any rights of, or grant any rights to, the people. It merely recognizes their primordial rights, and constructs a government as a means of protecting and preserving them [...]. The purpose of the Government, born of the Constitution, is to protect these individual liberties, not take them away [...][818].

Cette analyse de la Constitution impliquerait que le droit de vote ne doit pas servir d'instrument pour confisquer des droits à ses concitoyens par un référendum, puisque le gouvernement du peuple est le garant des libertés individuelles de chacun, tout en assurant à chacun une place équitable au sein de la collectivité. La pleine égalité des droits entre homosexuels et hétérosexuels doit donc se matérialiser par des protections pour ces premiers, par le recours au lobbying auprès des législateurs. C'est le rôle même du lobby en faveur des droits LGBT au sein du système démocratique que l'amendement 2 vient ébranler inévitablement. Les organisations qui militent pour les droits des homosexuels au Colorado se retrouvent muselées sur la question de la discrimination et ne peuvent plus demander l'aide des autorités[819]. C'est ce qui explique que, pour Kennedy, les homosexuels sont lésés, du point de vue de la clause d'égale protection, puisque le lien avec le législatif est désormais rompu et que cela représente une inégalité de traitement, qualifiée par la Cour de lésions « immédiates, continues et réelles[820] ». Infliger un préjudice à la communauté homosexuelle, « un groupe politiquement impopulaire[821] », sans raison valable pour l'intérêt de la collectivité, ne peut pas être considéré comme un intérêt légitime par l'État. L'amendement 2 va à l'encontre de la devise *E pluribus unum*[822] qui, en sociopolitique, fait le socle de la société pluraliste américaine reposant sur des hommes et des femmes différents par leur origine ethnique, leur religion, leur orientation sexuelle.

En définitive, ce préjudice se justifie par les représentants de l'État du Colorado qui invoquent par leur liberté de conscience des « objections religieuses[823] ». En d'autres termes, cela reviendrait à dire que certaines confessions religieuses (*religious denominations*) qui considèrent l'homosexualité comme un péché, peuvent l'inscrire indirectement dans la Constitution, en

---

[818] « La Constitution ne crée ou n'accorde aucun droit du ou au peuple. Elle reconnaît simplement leurs droits primordiaux et construit un gouvernement pour les protéger et les préserver [...]. L'objectif du gouvernement, né de la Constitution, est de protéger ces libertés individuelles, et non pas de les confisquer [...]. »
"Kentucky v. Wasson" (1992). Cité dans NAVA Michael & DAWIDOFF Robert, op.cit., p.66.
[819] "Romer v. Evans", op.cit., p.14.
[820] "Romer v. Evans", ibid., p.16.
[821] "Romer v. Evans", ibid., p.15.
[822] « un à partir de plusieurs »
[823] "Romer v. Evans", ibid., §2, p.16.

s'appuyant sur une initiative populaire. Discriminer deviendrait une pratique acceptable pour des raisons morales alors que lutter contre la discrimination serait la bête noire de ce pays : discrimination raciale, discrimination fondée sur le sexe, sur l'orientation sexuelle et discrimination contre les immigrés. Même la discrimination positive dans le domaine de l'éducation est remise en question et a fait l'objet d'un recours juridique en 2014 qui a échoué[824]. Suzanna Danuta Walters, spécialiste des questions de sexualité et de féminisme, pointe du doigt l'incapacité d'une nation entière à éradiquer toute forme de discrimination, et souvent rattrapée par ses vieux démons[825]. Les guerres culturelles, sous couvert de la liberté d'expression, ont laissé proliférer des discours de haine et des actes de violence à tous les échelons du système politico-religieux et médiatique, discours qui sont devenus la gangrène de toute une nation. L'opinion dissidente du juge Scalia en est le parfait exemple, comme on le verra. L'État du Colorado, pour se défendre de toute pratique discriminatoire, invoque le « respect de la liberté d'association des citoyens » et notamment des propriétaires et employeurs qui désapprouvent l'homosexualité pour des raisons personnelles. Non seulement l'État se dédouane de toute responsabilité mais, en outre, il vient protéger les intérêts particuliers des propriétaires et employeurs qui pourront ne pas attribuer un logement à un couple homosexuel ou leur refuser l'accès à un emploi, à cause de leur homosexualité. La stratégie est donc bien de cibler l'orientation sexuelle en tant que telle pour justifier des convictions intrinsèques plutôt que de viser les « pécheurs ». Ce qui est critiquable au fond, ce n'est pas tant que des citoyens soient contre l'homosexualité et son expression, c'est plutôt que le Colorado impose à des homosexuels de dissimuler leur orientation sexuelle en évitant soigneusement, par exemple, de mentionner qu'ils vivent en couple, voire de mentir pour répondre à des critères arbitraires.

Une autre contradiction que le juge Kennedy met en évidence, c'est que, dans le même temps, l'État du Colorado s'engage, en mobilisant toutes ses ressources, pour lutter contre la discrimination envers d'autres groupes[826]. Il en vient à la conclusion que l'amendement 2 n'est qu'une attaque contre l'homosexualité, attaque dont l'objectif est de faire en sorte que les homosexuels soient non seulement inégaux mais surtout étrangers aux lois de l'État[827] : des lois protectrices qui ne s'appliqueraient pas pour des motifs douteux. Les homosexuels sont considérés comme des citoyens hybrides dont la sexualité, méconnue, ne peut faire l'objet d'aucune loi pour faire appliquer la clause d'égale protection. Pour Kennedy, il s'agit d'une violation

[824] Le litige reposait sur la question du mérite plutôt que de l'origine ethnique.
[825] WALTERS DANUTA, Suzanna, op.cit., p.196.
[826] "Romer v. Evans", op.cit., §2, p.16.
[827] "Romer v. Evans", ibid., §3, p.16.

constitutionnelle fondée sur un contrôle du fondement rationnel.

Dans son opinion dissidente, le juge Antonin Scalia semble honnir la communauté homosexuelle, à tel point que son jugement confirme toute la force et la pertinence de cette guerre culturelle dans les années 1990. L'amendement 2 vient s'inscrire dans un projet dont l'objectif est de définir et de réguler la sexualité : « The Court has mistaken a *Kulturkampf* for a fit of spite[828]. » En utilisant ce terme allemand, Scalia vient confirmer non seulement que dans les guerres culturelles, la religion chrétienne pèse de tout son poids pour diriger l'Amérique dans une direction plus conservatrice et morale, mais aussi qu'en tant que juge conservateur à la Cour suprême, il compte bien prendre part au combat : une bataille dans la séparation de l'Église et de l'État. En effet, Scalia rejette catégoriquement l'opinion de Kennedy, non sans véhémence, en insistant sur le fait que les origines et motivations de la ratification de cet amendement sont respectables et nobles. Selon lui, le simple motif d'animosité revient à réduire considérablement les enjeux de ce débat idéologique complexe car il comprend bien que cette décision va préparer le terrain à la question du mariage homosexuel vingt ans plus tard. Il se fait le porte-parole des partisans du *oui* à l'amendement 2 en ne tarissant pas d'éloges à leur égard : tolérants et protecteurs d'une Amérique ancrée dans la tradition où l'homosexualité n'a pas sa place. Les mots qu'il utilise envers la communauté homosexuelle ne sont pas tendres et laissent transparaître une hostilité évidente : « […] the efforts of a politically powerful minority to revise those mores through use of the laws[829]. » Les accusations portées par le juge Scalia ne semblent pas tenir compte de plusieurs facteurs expliquant la volonté de la communauté homosexuelle de porter un projet de société. L'histoire de la discrimination envers les homosexuels, les politiques fédérales approuvées par le président Bill Clinton, la crise du SIDA et l'homophobie : cet ensemble aggrave le rejet des homosexuels dans la société américaine et coûte chaque année des millions de dollars aux contribuables[830].

Selon Scalia, les homosexuels agissent de manière arrogante, sans aucune légitimité, et utilisent la loi à des fins personnelles, comme s'ils avaient des intentions diaboliques cachées. Le juge est clairement outré que les homosexuels puissent changer la « tradition », concept qu'il faut entendre comme un ensemble de croyances et coutumes religieuses, comme si finalement les lois devaient refléter ces dernières. Doit-on considérer que la Constitution est une « Bible bis » lorsque

---

[828] « La Cour confond le *Kulturkampf* avec un excès de colère. »
"Romer v. Evans", ibid., §1, p.17.
[829] « […] les efforts d'une minorité politiquement puissante pour changer les mœurs à travers l'utilisation de la loi. »
"Romer v. Evans", ibid., §1, p.17.
[830] Ce point fera l'objet d'un traitement approfondi dans le cadre de la question sensible du mariage homosexuel en Californie.

celle-ci condamne cette pratique ? La question se pose alors de savoir si Scalia respecte le Ier amendement de la Constitution des États-Unis qui ne reconnaît pas de religion. Sur la question du droit, on touche ici à la question sensible de la signification de cette séparation entre l'Église et l'État qui est un des nombreux enjeux de ces guerres culturelles et de la question de l'homosexualité. Jefferson et Madison prônaient le séparatisme tandis que pour Hunter il est intéressant d'observer la manière dont la religion s'insinue de manière obscure dans les discours pour marquer sa domination culturelle : « […] cultural conflict is ultimately about the struggle for domination[831]. » Scalia, représentant le maillon le plus élevé dans la chaîne des institutions démocratiques, vient ostensiblement marquer son territoire en faveur de l'idéologie accommodationniste. Autrement dit, la religion, en tant que forme d'expression libre, a toute sa place dans les débats de société et donc dans le système judiciaire.

L'opinion de Scalia symbolise parfaitement une forme d'imprimatur : la condamnation religieuse de l'homosexualité n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel, ni la promulgation de lois en sa défaveur. D'ailleurs, pour appuyer cet argument, il fait référence à la jurisprudence pour marquer les contradictions du juge Kennedy. Effectivement, la décision de 1986 dans *Bowers v. Hardwick*, dont nous reparlerons plus en détail avec le jugement de 2003, maintient la prérogative des États de légiférer contre la sodomie, pratique sexuelle commune chez les homosexuels, et d'en faire un crime sévèrement puni par la loi. De fait, pour Scalia, il n'est pas compréhensible, ni logique d'invalider l'amendement 2 tout en continuant de criminaliser la sodomie. Cela revient à dire que, dans d'autres circonstances, l'opposition à l'homosexualité pour des motifs personnels sincères peut s'appliquer à des décisions de cette Cour sans que l'on puisse lui reprocher un manque d'impartialité : « [*Bowers v. Hardwick*] places the prestige of this institution behind the proposition that opposition to homosexuality is as reprehensible as racial or religious bias[832]. » Scalia enchaîne en arguant qu'il n'existe aucune référence spécifique dans la Constitution des États-Unis ni à l'orientation sexuelle, ni à l'homosexualité. Personne ne pourrait le contredire sur ce point, mais, sous couvert d'une soi-disant neutralité et d'une interprétation stricte, il se montre intransigeant en concluant que les juges de la Cour suprême n'ont pas à statuer sur cette question. Il semblerait légitime de se demander si finalement ce n'est pas la justice qu'il refuse de voir s'appliquer à la demande des homosexuels, de peur que l'institution soit

---

[831] « […] un conflit culturel est en fin de compte une lutte pour la domination. »
HUNTER, op.cit., p.52

[832]« [*Bowers v. Hardwick*] protège le prestige initial de cette institution en réfutant l'idée selon laquelle l'homosexualité est aussi répréhensible que des partis pris raciaux ou religieux. »
"Romer v. Evans", op.cit., §2, p.17.

instrumentalisée et corrompue par le « programme des homosexuels ». Scalia préfère s'en remettre aux instances démocratiques, à savoir l'exécutif et le législatif, alors même que des lois qui protégeaient les homosexuels ont été abrogés par un référendum : des droits accordés par les autorités ont été supprimés sur décision du peuple. Ce positionnement lui permet de ne pas être accusé d'être un juge activiste mais vient remettre en question l'intérêt voire la compétence même à agir du troisième pouvoir afin que les homosexuels soient égaux devant la loi. Défendre les homosexuels reviendrait à imposer à toute une nation l'idée selon laquelle l'homosexualité est une variante normale de la sexualité. En décidant de plaider l'ignorance et le silence, Scalia prend irrémédiablement partie dans cette guerre culturelle en renforçant le *statu quo*. Ces propos rappellent ceux de Bryan Fischer, ancien directeur de l'analyse des enjeux au sein de l'*American Family Foundation*, une organisation fondamentaliste en faveur des valeurs chrétiennes, qui, deux décennies plus tard, continue de marteler que les progrès en faveur des droits LGBT ne représentent qu'un « revers pour notre culture et pour la normalité sexuelle[833] ». Il faut entendre par là une culture verrouillée dans laquelle l'homosexualité n'a pas sa place car elle représente une menace à sa stabilité et à sa cohésion autour de repères et de valeurs immuables comme le bien et le mal. Scalia conclut son introduction en rejettant l'affirmation de l'opinion majoritaire qui considère que « l'animosité envers les homosexuels est un mal[834] ». Doit-on comprendre que Scalia n'a donc aucun problème avec l'homophobie, la stigmatisation par la loi et les actes de violence perpétrés contre les homosexuels ? En effet, ces questions n'ont, selon lui, aucune pertinence constitutionnelle et ne relèvent donc pas des prérogatives des juges siégeant à la Cour suprême. Cela se ressent très nettement dans la dureté des mots employés par Scalia vis-à-vis de Kennedy et de ses collègues qui le soutiennent, en les accusant de faire preuve d'élitisme et donc de ne pas être assez proches du peuple. En se distançant ainsi, Scalia tente de galvaniser les opposants au combat pour l'égalité des droits de la communauté homosexuelle en remettant en cause la légitimité de la décision du juge Kennedy soutenue par cinq autres juges : John Stevens, Sandra Day O'Connor, David Souter, Ruth Bader Ginsburg et Stephen Breyer. Tandis que l'arrêt est rendu par six juges contre trois, Scalia tente de décrédibiliser le principe même du vote démocratique des juges puisqu'il se retrouve dans le camp dissident au côté du juge en chef William Rehnquist et de Clarence Thomas. Préférant agir par déférence, Scalia se place en faveur de la souveraineté des États sur leurs affaires intérieures se refusant à toute intervention de la plus haute Cour fédérale. Il s'appuie notamment sur un des deux arrêts de la Cour suprême du Colorado

[833] WASHINGTON, Jesse, op.cit., p.111
[834] "Romer v. Evans", op.cit., §2, p.17.

et précise qu'en fait, l'amendement 2 ne vient en rien modifier le dispositif d'application générale de la loi contre la discrimination vis-à-vis des homosexuels : « […] "general laws and policies that prohibit arbitrary discrimination" would continue to prohibit discrimination on the basis of homosexual conduct as well[835]. » Si en apparence l'affaire est résolue, Scalia semble se trahir sur ses réelles intentions. En effet, son argument simpliste semble trompeur, dans le sens où rien dans les textes n'interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en tant que telle, hormis l'âge, le statut marital et familial, le statut des vétérans, ainsi que la discrimination contre tout individu n'appartenant pas à une classe suspecte[836]. C'est ce dernier point qui mérite une attention toute particulière. Pour bien comprendre ce que le juge avance, c'est que, si l'homosexualité n'est donc pas une classification suspecte qui mérite protection particulière, le « comportement homosexuel », lui, serait protégé par la loi. Cette affirmation douteuse et ambiguë apparaît peu convaincante dans le sens où, pour Scalia, l'homosexualité est un « comportement » volontaire et choisi, et que l'homosexuel a donc pleine conscience de ses agissements. En cas d'agression physique envers une personne homosexuelle, Scalia semble donc condamner le geste mais pas les motifs qui ont conduit à ces actes portant atteinte à la dignité et l'intégrité physique de la victime. En d'autres termes, l'homophobie est une forme acceptable d'expression libre qui, aux yeux du juge, n'a pas le même statut que le racisme, la xénophobie ou l'antisémitisme. L'amendement 2 vient juste interdire un traitement de faveur vis-à-vis des homosexuels qui est injustifiable et qui, de fait, ne relève absolument pas de la clause de protection égale[837]. Son raisonnement reste cohérent, il s'agit de remettre tous les citoyens sur un même pied d'égalité sans que la sexualité vienne établir des distinctions de traitement. Il accuse l'opinion majoritaire d'avoir agi de manière « ridicule », dans une folie dévastatrice en ne s'appuyant sur aucun argument juridique et constitutionnel pertinent[838]. La rhétorique employée par le juge s'apparente à ce que Nava et Dawidoff considèrent comme une tactique dont l'objectif est de faire peur. Ainsi, Scalia s'érige en protecteur investi d'une mission sacrée visant à préserver la majorité hétérosexuelle : « Hence the need to fit the pariah group into a pattern of conspiracy and stereotyped immoral behavior, and to link these to an agenda that threatens everyone[839]. » Scalia fait donc preuve d'une grande

---

[835] « […] "des lois et politiques d'intérêt général qui interdisent la discrimination arbitraire" continueraient d'interdire aussi la discrimination fondée sur le comportement homosexuel. »
"Romer v. Evans". ibid., p.19.
[836] "Romer v. Evans", ibid., p.17.
[837] "Romer v. Evans", ibid., p.19.
[838] "Romer v. Evans", ibid., p.20.
[839] « D'où le besoin d'insérer le groupe des parias dans un modèle de conspiration et d'un comportement immoral stéréotypé et de les relier à un programme qui menace tout le monde. »
NAVA Michael & DAWIDOFF Robert, op.cit., p.17.

méconnaissance de l'homosexualité et son discours s'inscrit durablement dans les guerres culturelles pour conforter le camp des « orthodoxes » déterminés à perpétuer une chasse aux sorcières de manière tyrannique. Ce que revendiquent les homosexuels, c'est de vivre dans une société où les opportunités sont les mêmes pour tous, quelle que soit l'orientation sexuelle de chacun[840]. Ils ne réclament aucune faveur. L'amendement 2 vient justement garantir que l'orientation sexuelle ne devienne pas l'objet d'un handicap qui rendrait plus difficile l'obtention d'un logement ou d'un emploi. Pour Scalia, au contraire, un « traitement de faveur » justifie la consultation de la classe majoritaire par un référendum pour amender l'article II de la Constitution du Colorado, même si aucun texte de l'État vient encadrer ce concept de « traitement de faveur ».

Ce qu'il reproche à Kennedy, au fond, c'est de ne pas avoir été assez rigoureux en ayant recours à un contrôle du fondement rationnel qui, de toute évidence, devait maintenir la légalité de cet amendement. Kennedy reste aussi trop silencieux sur l'arrêt rendu en 1986 dans l'affaire *Bowers v. Hardwick* et ne va pas au bout de son raisonnement : il aurait dû protéger les membres de cette minorité appartenant à une « classe suspecte » contre la discrimination. David Boies et Theodore Olson, les deux avocats qui ont plaidé contre la Proposition 8 en Californie, écrivent que le contrôle du fondement rationnel ne permet pas aux juges d'aboutir à une inconstitutionnalité de la loi : « [Under] "rational basis," there is little reason generally to suspect improper motivations, [...] and courts are ill-equipped to second-guess legislative judgments [...][841]. » Gerstmann fait le même constat[842]. Si l'animosité contre les homosexuels ne peut pas aboutir à un intérêt gouvernemental visant à défavoriser la communauté comme le dit Kennedy, il faudrait alors étayer et encadrer par la loi la signification et l'implication de ce terme d'*hostilité* envers les homosexuels surtout en cas de contradiction entre les concepts de morale religieuse et de droit constitutionnel. Cela permettrait donc aux juges d'appliquer ce contrôle du fondement rationnel avec plus de transparence et de clarté afin d'écarter les arguments religieux. Scalia voit donc là une opportunité pour affirmer que l'intérêt rationnel du gouvernement du Colorado était d'interdire « des protections particulières pour les homosexuels » car historiquement l'homosexualité a toujours été un crime, condamnée par l'intermédiaire des lois contre la sodomie[843].

Ce qui dérange le juge, c'est que l'opinion de Kennedy soit éminemment politique car,

---

[840] NAVA Michael & DAWIDOFF Robert, ibid., p.71. Specialistes et organisations homosexuelles se rejoignent sur ce point.

[841] « Dans le cadre d'un examen rationnel, il y a généralement peu de raison de soupçonner des motivations inappropriées [...] et les tribunaux sont mal outillés pour remettre en cause des jugements législatifs [...] . »
BOIES David & OLSON Theodore B. *Redeeming the Dream: the Case for Marriage Equality*. New York: Penguin. 2014. p.70.

[842] Il parle de subjectivé du terme *animosité*. GERSTMANN, op.cit., p.34.

[843] "Romer v. Evans", op.cit., p.21.

selon Deysine, le choix des Pères fondateurs d'utiliser un langage abstrait dans la Constitution des États-Unis implique nécessairement un pouvoir d'interprétation large[844]. Scalia va jusqu'à accuser Kennedy et ses comparses de vouloir changer la Constitution en l'adaptant aux nouvelles mœurs[845]. Il s'oppose à cette pratique qui s'inscrit dans le principe de « Constitution vivante » et revendique, au contraire, une interprétation stricte du texte constitutionnel qui va de pair avec le contexte historique dans lequel il a été ratifié. On pourrait penser, comme l'explique Deysine, que son point de vue vient mettre à mal une interprétation progressiste de la doctrine de *stare decisis*[846] c'est-à-dire la règle du précédent qui s'applique dans le cadre du *common law* (droit coutumier et jurisprudentiel). Or, dans cette guerre culturelle contre l'homosexualité, c'est l'inverse qui se produit puisqu'en se référant au jugement rendu dans l'affaire *Bowers*, Scalia vient justifier juridiquement une bataille morale et politique contre l'homosexualité engagée depuis la création même des États-Unis d'Amérique. Il ne peut accepter de changer une tradition sur ordre des juges. Son point de vue semble démontrer que sa vision de l'histoire repose sur une forme d'angélisme. Il est important de rappeler que Jefferson était partisan de la castration pour les hommes qui pratiquaient la sodomie et souhaitait le faire inscrire dans la Constitution des États-Unis, dans l'amendement VIII[847]. Comment peut-on donc se délecter d'une certaine forme de barbarie de l'époque qui aujourd'hui serait contraire aux Droits de l'Homme ? Selon Scalia, le fait que l'arrêt *Bowers v. Hardwick* ne soit pas rejeté représente une faute majeure qui vient donner du sens aux revendications portées par les défenseurs de l'amendement 2, à savoir ne pas défendre les homosexuels : « If it is constitutionally permissible for a State to make homosexual conduct criminal, surely it is constitutionally permissible for a State to enact other laws merely *disfavoring* homosexual conduct[848]. » De ce point de vue là, il semble donc difficile de contester une inconstitutionalité pour raison discriminatoire. En revanche, ce qui semble condamnable, c'est qu'en s'abaissant systématiquement par formalisme démocratique ou en revenant à la volonté du peuple par le suffrage, le juge Scalia ignore la décision de la Société américaine de psychiatrie[849] qui a déclassifié l'homosexualité comme maladie mentale en 1973, on l'a vu. On comprend que

---

[844] DEYSINE, op.cit., p.73.
[845] "Romer v. Evans", op.cit., p.22.
[846] « autorité de la chose décidée/jugée ». Cité dans LERAT, Christian. *La Cour Suprême des États-Unis : pouvoirs et évolutions historiques*. Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux. 2003. p.29.
[847] The Founders' Constitution. "Thomas Jefferson, A Bill for Proportioning Crimes and Punishments". Volume 5, Amendment VIII, Document 10. 1778. Consulté le 14 juillet 2015 : [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIIIs10.html]
[848] « Si un État est autorisé constitutionnellement à criminaliser le comportement homosexuel, un État est forcément autorisé constitutionnellement à promulguer d'autres lois qui défavorisent simplement le comportement homosexuel. » "Romer v. Evans", op.cit., p.22.
[849] The American Psychiatric Association (APA). En 1975, c'est la Société américaine de psychologie qui fait de même.

Scalia s'accroche à une vision rétrograde de l'Amérique qui ne tient compte d'aucune forme de progrès scientifique. Est-il raisonnable de penser que son discours puisse renvoyer à une certaine nostalgie de l'esclavage et de la ségrégation en continuant de prôner une stigmatisation permanente des homosexuels ?

Il réfute notamment le terme « d'orientation » sexuelle en prenant soin d'utiliser des guillemets pour davantage insister sur le choix opéré par les individus d'être homosexuel, n'accordant aucun sérieux aux sociétés savantes. S'appuyant une nouvelle fois sur l'arrêt *Bowers v. Hardwick*, il montre qu'il est tout à fait légitime et rationnel que l'amendment 2 sanctionne l'homosexualité en tant que sexualité humaine, mais aussi les pratiques sexuelles, le comportement et les relations qui s'y rapportent : « [...] These four characteristics are not truly severable from one another because each provides nothing more than a different way of identifying *the same class of persons*[850]. » Ces quatre caractéristiques définies par la Cour suprême du Colorado, de manière insubstantielle, viennent donner des outils arbitraires pour graver dans le marbre de la loi un ensemble de discours idéologiques stéréotypés qui se fondent sur des soupçons et des idées préconçues, pour ne laisser aucune chance aux homosexuels d'avoir les mêmes garanties prévues par la loi que les hétérosexuels. Il est donc intéressant de mesurer les implications d'un tel raisonnement qui ne sont pas sans conséquence sur la vie privée des homosexuels. En enfermant ces derniers dans des discours constrictifs dangereux pour la société, les juges s'invitent, de manière invasive, dans leur intimité ainsi que dans leur vie privée par un processus qui semble s'opérer par ricochet. Scalia apparaît comme un juge agissant pour le camp des prohibitionnistes. Selon Andrew Sullivan, ces derniers auraient pour objectif d'imposer aux homosexuels de renoncer à leur sexualité en les empêchant de s'épanouir en tant qu'individu et donc de recourir à des thérapies destructrices afin de les guérir de ce « mal » : « The homosexual person's dignity does not extend to being able to participate in some of the highest goods of human life[851] ». On peut concevoir que Sullivan fait référence notamment aux libertés fondamentales, aux droits inaliénables énumérés dans la Déclaration d'indépendance dont le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la recherche du bonheur mais plus simplement le droit d'exister et d'être différent. La participation à la vie politique pour les homosexuels ne peut s'effectuer si ces principes fondateurs sont bafoués par certains juges, notamment ceux de la Cour suprême.

---

[850] « Ces quatre caractéristiques ne sont pas réellement séparables l'une de l'autre parce que chacune stipule rien de plus qu'une manière différente d'identifier la même classe de personnes. »
"Romer v. Evans", ibid., p.23.

[851] « La dignité de la personne homosexuelle ne s'étend pas à la possibilité de participer à certains aspects les plus précieux de la vie humaine ».
SULLIVAN, Andrew. *Virtually Normal: an Argument about Homosexuality*. New York: Knopf, inc. 1995. p.44-45.

Sur le rôle que doit jouer l'État, on comprend aussi que Scalia s'oppose à un gouvernement de type libéral interventionniste qui régule les comportements en société, afin de concrétiser davantage un objectif de pleine égalité des droits. Selon Sullivan, l'État « libéral[852] » se heurte à un dilemme car accorder davantage de libertés à certains s'opère au détriment de celles d'autres individus[853]. Concrètement, si l'on applique ce principe philosophique à la question de la place de l'homosexualité dans la société américaine, l'accès à l'égalité des droits et aux libertés fondamentales comme le mariage se fait aux dépens de la liberté d'expression et de la religion pour les plus conservateurs. C'est exactement ce qui polarise non seulement la Cour suprême, mais aussi les institutions démocratiques de tout le système américain. Un État peut-il discriminer une classe d'individus au nom d'une croyance religieuse ? Est-il vrai qu'en accordant davantage de reconnaissance et de visibilité aux homosexuels, les libertés de conscience et d'expression des plus conservateurs se retrouvent mises à mal ? En fait, c'est même l'inverse qui s'est produit, puisqu'en 1993, Bill Clinton a fait promulguer le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) qui rend illégal le fait « d'entraver substantiellement » la liberté religieuse d'un individu. D'ailleurs, dans le cadre du mariage homosexuel, c'est ce texte législatif qui servira de base pour permettre à certains comtés de ne pas célébrer un mariage gay ou de refuser de vendre des services nuptiaux aux couples de même sexe. Autrement dit, lutter contre la discrimination des homosexuels doit représenter un intérêt supérieur de l'État afin de pouvoir limiter les entraves des croyances religieuses dans la sphère politique. Cela explique donc que la plupart des États n'ont toujours pas promulgué de lois antidiscriminatoires fondées sur l'orientation sexuelle, en faisant le choix de protéger la liberté religieuse ou encore la liberté en tant que bénédiction. Or l'intérêt constitutionnel dans *Romer v. Evans* n'est pas de déterminer si la liberté de conscience a été bafouée ou si les chrétiens conservateurs auraient subi un préjudice quelconque qui les aurait empêchés d'exercer leur liberté de conscience par l'adoption de lois antidiscriminatoires au Colorado. Scalia, bien au contraire, souhaite ancrer son opinion dans le respect d'un certain « héritage moral » et récuse l'opinion de Kennedy qui affirme que les Coloradiens auraient approuvé l'adoption de cet amendement par simple animosité à l'égard des homosexuels[854]. D'ailleurs, il est intéressant de noter que pour les défendre, il sous-entend que les citoyens ont agi par vertu et bienveillance en appliquant justement le principe de : « One should not hate any

[852] Il s'agit de l'adjectif libéral au sens américain du terme « liberal », dans le sens d'un État progressiste qui accorde de « nouveaux » droits.
[853] SULLIVAN, ibid., p.143.
[854] "Romer v. Evans", op.cit., §2, p.25.

human being or class of human beings[855]. » À travers cette affirmation, on ne peut s'empêcher de penser que Scalia fait ici référence au grand précepte théologique : « Love the sinner but hate the sin[856] ». Il prend soin de bien dissocier l'homosexualité des homosexuels pour mettre en avant l'immoralité de l'acte homosexuel, assimilé à un péché abominable et contre nature. Ainsi, il démontre que les Américains ont fait en quelque sorte acte de patriotisme en faisant valoir un principe moral religieux catholique qui permettrait d'épargner l'enfer à leurs concitoyens homosexuels et de leur éviter la prison.

Ainsi, avec l'amendement 2, les homosexuels sont invités à reprendre le bon chemin leur imposant la normalité sexuelle alors que, comme le démontre Sullivan, qui s'appuie sur des documents confidentiels, l'Église n'est pas aussi unanime en ce qui concerne la condamnation de l'homosexualité[857]. D'ailleurs, certaines Églises ont fait approuver démocratiquement le mariage religieux entre deux personnes de même sexe. Scalia justifie donc le rejet des homosexuels en sanctionnant l'homosexualité au même titre qu'un crime, que la polygamie, voire même la cruauté vis-à-vis des animaux[858]. Même si ces rapprochements restent confus dans son opinion, on peut penser que Scalia agit par simplification excessive et ambiguïté pour atteindre aussi un public fondamentaliste. Selon eux, l'homosexualité est un crime moral légitimement inscrit dans la loi, associé à la bestialité et à des amours plurielles, et donc incompatible avec un « traitement de faveur » (*favored status*). Selon le juge, seules les personnes âgées et les minorités raciales peuvent prétendre à une protection « spéciale » de la loi, car il admet probablement que ces personnes restent vulnérables. Ces deux exceptions ne sont pourtant associées à aucun cas jurisprudentiel relatif à un statut préférentiel, alors qu'il critique Kennedy pour ces mêmes raisons. En fin de compte, nous pouvons nous demander si l'interdiction de la ségrégation et la politique de discrimination positive sont réellement des mesures « spéciales », ou plutôt si elles n'entrent pas dans un plan exceptionnel de réparation historique ayant mobilisé les trois pouvoirs de l'État fédéral.

En définitive, il est intéressant de se demander si Scalia ne profite pas aussi d'un vide juridique en l'absence d'une définition claire de l'homosexualité. Cependant, est-il vraiment nécessaire de la définir d'un point de vue légal, comme le sous-entend Sullivan, quand la Cour n'a fait que statuer sur la sodomie comme pratique sexuelle rédhibitoire des homosexuels, sans tenir compte de cette orientation sexuelle en tant qu'élément constitutif de leur identité ? Autrement dit,

---

[855] « Il ne faudrait haïr aucun être humain ou aucune classe d'êtres humains. »
"Romer v. Evans", ibid., §2, p.25.
[856] « Aimez le pécheur, détestez le péché ». Expression attribuée à Saint Augustin, adaptée par Mohandas Gandhi.
[857] SULLIVAN, op.cit., p.36-40.
[858] "Romer v. Evans", op.cit., §2, p.25.

même si une définition aseptisée existait, il semble peu crédible que le point de vue de Scalia puisse altérer de manière significative sa décision de respecter une tradition ancrée dans la criminalisation de la sodomie. Scalia martèle le souhait de sanctuariser cette pratique et de maintenir l'homophobie à l'égard de certains comportements qu'il juge illégaux et immoraux, alors que la question qui lui est présentée est celle de l'homosexualité en tant que telle. La définir n'aurait qu'un effet placebo et ne permettrait pas de modifier les préjugés et l'hostilité de certains individus contre les homosexuels, d'où l'intérêt de lois antidiscriminatoires qui servent de remparts contre l'homophobie là où elle est féroce. Toutefois, comme l'explique justement Sullivan : « […] where protection for homosexuals might be seen as most necessary—rural and small-town America—the ordinances don't exist[859]. » Sullivan pointe du doigt ce qui déjà en 1995 posait un problème, quand où la reconnaissance et la protection de l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle se faisaient État par État. Cette question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ressurgit inévitablement à la suite de l'arrêt de la Cour suprême légalisant le mariage homosexuel.

Dans certains États, l'homophobie est un problème devenu institutionnalisé car les homosexuels sont décriés par des représentants élus et médiatisés, mais aussi par des juges qui incitent clairement les citoyens à la haine des « autres », comme le fait Scalia : « But though Coloradans are [...] entitled to be hostile toward homosexual conduct, the fact is that the degree of hostility reflected by Amendment 2 is the smallest conceivable[860]. » Le juge reconnaît que l'amendement 2 légitime des sentiments hostiles envers la communauté homosexuelle, mais que ceux-ci semblent représenter une menace toute relative qui reposerait donc sur des suppositions. L'homophobie exprimée par le juge Scalia ne s'inscrit pas simplement dans une décision de justice, elle devient une force pérenne de la tradition culturelle Américaine, une règle absolue. Les homosexuels sont des criminels « de nature », même s'ils n'ont peut-être aucun casier judiciaire. En se référant à la décision dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*, Scalia continue d'imposer le droit coutumier comme une arme répressive contre l'homosexualité alors que l'interdiction contre la sodomie devrait s'appliquer aussi aux hétérosexuels. Son meilleur moyen pour détourner les critiques de ses détracteurs qui l'accusent de lynchage, est d'utiliser la dérision. Cette stratégie peut être considérée comme une forme de faiblesse dans ce débat démocratique, tant l'enjeu est crucial,

---

[859] « […] là où les protections pour les homosexuels pourraient être vues comme largement nécessaires – dans l'Amérique rurale et des petites villes – les décrets n'existent pas ».
SULLIVAN, op.cit., p.157.

[860] « Mais même si les Coloradiens ont le droit d'être hostiles vis-à-vis du comportement homosexuel, le fait est que le degré d'hostilité reflété dans l'amendement 2 est le plus modeste imaginable. »
"Romer v. Evans", op.cit., §2, p.25.

puisque mettant en jeu des vies d'hommes et de femmes qui se retrouvent discriminés pour ce qu'ils sont. Le juge, dans une forme de déni, n'entend considérer aucune forme de préjudice subi par la communauté homosexuelle, ce qui relèverait de la justice. Il fait une distinction entre évolution favorable des lois contre la sodomie, le Colorado ayant abrogé la sienne en 1972, et liberté des États ainsi que celle de la société de continuer à juger l'homosexualité étant néfaste à la stabilité sociale et attentatoire à la « bonne morale ». Même s'il reconnaît une liberté des citoyens à disposer d'une intimité sexuelle, il leur reconnaît surtout le droit d'exprimer aussi le rejet des homosexuels en utilisant la liberté d'expression. Cette approbation de la violence de certains discours s'explique en partie dans les villes où, selon lui, l'homosexualité est omniprésente et envahissante, comme si les homosexuels voulaient imposer leur mode de vie alternatif à leurs concitoyens. Ainsi, les hétérosexuels entreraient en résistance pour éviter que l'homosexualité soit inscrite dans les manuels scolaires, par exemple[861]. Dans ces villes où les homosexuels sont surreprésentés et disposent d'énormes moyens financiers et politiques, nous explique-t-il, ils n'ont, selon lui, comme objectif que d'imposer, de manière autoritaire, la tolérance et l'acceptation sociale de l'homosexualité. Cette description méprisante et réduite à des aspirations politiques et sociales ne tient aucun compte de l'époque où les homosexuels étaient contraints de vivre en marge de la société. Si seulement Scalia prenait en considération l'histoire de la discrimination de cette minorité, il comprendrait peut-être alors pourquoi ils s'étaient concentrés dans des grandes villes comme San Francisco pour s'approprier des espaces où ils seraient libres. N'est-ce pas ce que les Pères pèlerins étaient venus chercher en venant aux États-Unis, pour fuir les persécutions religieuses notamment ? Sullivan attribue clairement la ghettoïsation de l'espace public aux conservateurs qui ont acheté non seulement le silence des homosexuels, mais aussi leur ostracisme dans des espaces devenus semi-privés dans les années 1970 : « [...] heterosexuals allowed homosexuals enormous social leeway for their excesses, so long as they agreed not to disturb the general peace of the society at large[862]. » Dans un souci de compromis, la communauté homosexuelle s'est soumise à la volonté des hétérosexuels qui semblent appliquer des comportements jugés excessifs à l'ensemble des homosexuels alors que certains revendiquent déjà vouloir s'intégrer et s'assimiler dans les années 1950 en refusant tout communautarisme[863]. Walter Frank, dans son ouvrage sur l'histoire des droits des homosexuels attribue, en partie, ces « excès »

---

[861] "Romer v. Evans", ibid., §2, p.26.

[862] « [...] les hétérosexuels ont accordé aux homosexuels une énorme liberté sociale pour leurs excès tant qu'ils étaient d'accord de ne pas perturber la tranquilité de l'ordre public en général. »
SULLIVAN, op.cit., p.122.

[863] CHAUNCEY, George. *Why Marriage: The History Shaping Today's Debate Over Gay Equality*. New York: Basic Books. 2009. p.28.
SULLIVAN, op.cit., p.123.

au fait que les homosexuels avaient fini par intégrer le jugement de toute une société, à savoir qu'ils étaient des individus malsains et dépravés : « Most gays felt homosexuality was a sickness, a sin, or both[864]. » Cette pression sociale opérée par des discours homophobes, des retranchements géographiques ainsi que des persécutions policières posait la question de l'appartenance des homosexuels à la communauté nationale. La meilleure illustration de cette idée étant l'usage du drapeau arc-en-ciel qui flotte dans les quartiers gays.

Ainsi, Scalia apparaît comme un acteur incontournable de cette tradition fondée sur l'injustice, en se moquant ouvertement des revendications politiques des homosexuels qui souhaitent porter un autre projet de société. Celui-ci vise à rapprocher différentes communautés unies par leur appartenance nationale aux États-Unis. Scalia néglige totalement cette question de la citoyenneté et prend soin d'ajouter que même si des lois antidiscriminatoires représentent des victoires législatives, il est légitime que celles-ci soient systématiquement remises en question par la majorité des citoyens qui le décident. C'est exactement ce qui fait la force de cet amendement 2[865]. Autrement dit, la question de l'homosexualité et de sa désapprobation peut être soumise à un vote démocratique validant le principe selon lequel les homosexuels continuent de subir la haine de citoyens homophobes qui pourront agir jusqu'au crime. Ironie du sort, il est important de rappeler que deux ans après cette décision, Matthew Shepard[866] décède à Fort Collins au Colorado à la suite de ses blessures. Scalia ne semble absolument pas capable d'assumer les conséquences de ses propos. Il fait preuve d'irresponsabilité en divisant un peu plus les Américains et en refusant que les homosexuels puissent exprimer leur orientation sexuelle. Institutionnaliser ainsi une intolérance culturelle s'apparente aussi à une réaffirmation d'une forme d'hétérosexisme violent de la part de Scalia. L'homosexualité n'est pas compatible avec sa conception de l'homme en tant que pilier de la famille, décideur et garant de la stabilité sociale et sexuelle. Il ravive l'époque de la Peur violette en mettant en avant les bénéfices liés à cet amendement, à savoir mettre un frein à une concentration excessive des homosexuels dans certaines zones géographiques tout en limitant le « pouvoir politique disproportionné » de ces derniers[867]. Scalia revendiquerait donc soit l'exil pour les homosexuels, soit qu'ils se fondent dans la majorité hétérosexuelle et qu'ils taisent leurs ambitions politiques. N'est-ce pas là un aveu de la part du juge, qui reconnaît vouloir modifier le niveau de participation politique de la communauté homosexuelle ? Par ailleurs, ces affirmations

---

[864] « La plupart des homosexuels estimaient que l'homosexualité était une maladie, un péché ou les deux. »
WALTER Frank. *Law and the Gay Rights Story: the Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*. New Brunswick: Rutgers University Press. 2014. p.22.
[865] "Romer v. Evans", op.cit., p.27-28.
[866] Jeune homme de 21 ans dépouillé, torturé et battu à mort en raison de son homosexualité par Aaron McKinney et Russel Henderson. Shepard a été retrouvé dans le coma, attaché à une barrière, puis il est décédé à l'hôpital.
[867] "Romer v. Evans", ibid., p.28.

ne semblent reposer sur aucun fondement scientifique rationnel et cherchent, au contraire, à écorner davantage l'image négative des homosexuels dans la société et à fragiliser un peu plus les efforts entrepris par la communauté LGBT pour lutter contre la discrimination. Il assimile le recours au référendum à une sorte de compétition et à un jeu sordide dans lequel les citoyens peuvent décider d'éliminer complètement des dispositions légales pour protéger une minorité sexuelle qui n'a pas accès à l'égale protection des lois. Par le recours au vote et la victoire du *non*, l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle est condamnée, raillée et méprisée aux yeux de tous. Pour Scalia, c'est une victoire de la démocratie que d'avoir mis fin à des traitements de faveur vis-à-vis d'une minorité sexuelle. Les difficultés auxquelles cette minorité fait face n'ont à ses yeux aucune pertinence sociétale dans les années 1990 et elle ne peut donc prétendre à une forme de réparation juridique.

Il persiste en se livrant de nouveau à des comparaisons douteuses et peu convaincantes en estimant que la loi peut interdire ou réguler certaines pratiques dangereuses pour la santé et réprimander certains comportements nuisibles. Les homosexuels sont classés dans la catégorie des alcooliques, des fumeurs, des propriétaires d'armes à feu et des motards[868]. Ils sont potentiellement une menace pour autrui qu'il faut contenir. L'opinion de Kennedy est considérée comme une atteinte au Ier amendement de la Constitution américaine. Le juge est accusé d'avoir agi comme un monarque influencé par sa propre religion et d'avoir tenté de l'imposer à tous les Coloradiens[869]. Pourtant celle-ci n'est jamais mentionnée, Scalia ne s'appuie sur aucun exemple précis alors que son jugement regorge justement de références ou d'allusions à la morale religieuse. Qui est donc le véritable monarque ? Qui est à la manœuvre pour faire respecter une vision traditionnelle de l'Amérique afin d'imposer la « bonne morale » ? Il brandit même la menace de la légalisation de la polygamie comme la prochaine étape logique. L'homosexualité est donc examinée au même titre que la polygamie alors que celle-ci reste un choix personnel et/ou religieux et demeurera bien sûr illégale. Les homosexuels ne font pas le choix de leur homosexualité comme l'a rappelé Barney Frank au Congrès en 1996.

La capacité de jugement de Scalia est donc brouillée par son animosité et ses préjugés. Son désaccord ne repose souvent que sur des approximations pour mieux servir ses intérêts idéologiques et religieux. Par exemple, il vante les mérites d'une vieille loi de 1885 interdisant le droit de vote aux polygames dans l'Idaho : « [...] the proposition that polygamy can be

[868] "Romer v. Evans", ibid., §2, p.28.
[869] "Romer v. Evans", ibid., p.29.

criminalized, and those engaging in that crime deprived of the vote, remains good law[870]. » Deux hypothèses que nous pouvons formuler : soit Scalia considère que ces individus ne sont pas en mesure d'accomplir leur citoyenneté à part égale du fait de leur sexualité, soit il trouve que la promulgation de lois punitives permettrait à certaines personnes de modifier leur comportement néfaste et criminel. Il est légitime, selon lui, de supprimer un droit civique fondamental alors que ces individus ne sont même pas affranchis de l'impôt. Le juge semble même occulter le slogan des colons dans leur lutte pour l'indépendance des États-Unis : « No taxation without representation[871] ». Alors qu'il se veut être le pourvoyeur de la tradition historique, le juge sélectionne des lois définitivement abrogées pour refuser à certains citoyens leur américanité, en les traitant comme des êtres insignifiants et inexistants, relégués au rang de « *non-person* ». Scalia envisage ainsi implicitement que l'on puisse priver les homosexuels du droit de vote étant donné que, comme la polygamie, l'homosexualité est un mal social et que le gouvernement a un intérêt légitime et supérieur à défendre l'hétérosexualité. D'ailleurs, il répète que la participation politique n'est en aucun cas un droit fondamental et que l'examen strict de constitutionnalité ne peut donc pas s'appliquer aux homosexuels puisqu'ils peuvent continuer à exercer leur droit de vote. On peut se demander si le concept de participation politique n'implique pas d'autres paramètres que le simple droit de vote, comme il le prétend. Par exemple, la possibilité de créer et d'intégrer des groupes d'intérêts, de se présenter aux élections, d'influencer les élus afin de lutter contre la discrimination. Pour Sullivan, il ne ferait aucun doute que Scalia fait une fixation sur la notion de « comportement » des homosexuels et des polygames. Le simple fait de travailler ou de louer un logement[872] à des homosexuels représente une violation morale des codes hétéronormatifs expliquant pourquoi certains individus refusent que l'État leur interdise de désapprouver ces « modes de vie alternatifs ».

Scalia conclut en se défendant de vouloir imposer la monogamie hétérosexuelle alors qu'il fait référence à des cas jurisprudentiels qui abordent cette question, car la Cour suprême, selon lui, ne doit pas statuer sur des questions qui touchent à la sexualité. Néanmoins, la polygamie et la sodomie restent des crimes punis par des arrêts de la haute cour. Une contradiction qui lui permet pourtant d'affirmer qu'ainsi le troisième pouvoir ne prend pas parti dans les guerres culturelles en décidant de ne pas octroyer de droits spécifiques aux homosexuels. Il s'érige en messager contre la

---

[870] Loi abrogée en 1892, deux après l'admission du territoire dans l'Union. Ce n'est qu'en 1982 que l'Idaho modifie sa Constitution pour supprimer toute référence discriminatoire vis-à-vis des Mormons.
« [...] la proposition faite de pouvoir criminaliser la polygamie ainsi que ceux qui se livrent à ce crime en leur refusant le droit de vote, reste une bonne loi. »
"Romer v. Evans", ibid., p.31.
[871] « Pas d'impôts sans représentation. »
[872] SULLIVAN, op.cit., p.161.

menace des avocats et juges libéraux qui mettraient en péril les idéaux de l'Amérique alors que lui-même se présente, non sans neutralité, comme un juge conservateur farouche :

> When the Court takes sides in the culture wars, it tends to be with the knights rather than the villeins—and more specifically with the Templars, reflecting the views and values of the lawyer class from which the Court's Members are drawn[873].

Cette métaphore de la féodalité non seulement révèle que Scalia méprise une certaine catégorie sociale élitiste et cultivée qui prendrait part à un ordre religieux obscur, mais surtout elle permet au juge d'afficher sa volonté de défendre les croyants les plus fidèles qui sont insultés par Kennedy en les accusant d'avoir de la haine à l'égard des homosexuels. Scalia fait preuve de mauvaise foi en insinuant que les libéraux sont des Templiers alors que ces derniers sont des représentants d'un ordre religieux et militaire chrétien du XIIe siècle. En fait, il cherche à dénoncer le fait que les juges et avocats agissent, au contraire, au nom d'un certain sécularisme qu'ils souhaitent répandre et fixer comme règle absolue. C'est exactement ce que Scalia pourrait à la rigueur leur reprocher en voulant séparer les croyances religieuses des décisions d'État. On comprend qu'il se sente visé et attaqué indirectement dans sa foi d'une Amérique sans altérité, au jugement unilatéral fondé sur la tradition historique et rejetant ainsi tout pluralisme idéologique qui irait à l'encontre de dogmes religieux : défendre l'homosexualité n'est pas concevable. D'ailleurs, il rappelle que les récentes propositions du Congrès lui donnent raison et que de nombreuses tentatives visant à protéger les homosexuels ont échoué notamment le fameux *Non-Employment Discrimination Act* (ENDA)[874]. Bien évidemment, il est important de préciser que ce projet de loi a subi une vingtaine de revers, qu'il a été bloqué par les républicains et qu'au 25 avril 2013, cette proposition validée par le Sénat à majorité démocrate n'avait toujours pas été votée par la Chambre des représentants.

En définitive, cette décision dans l'affaire *Romer* représente, comme l'a écrit Walter Frank, une « victoire psychologique » pour la communauté homosexuelle. Kennedy était parvenu à faire admettre l'idée que cette communauté devait être protégée par la Constitution au même titre que d'autres citoyens qui souffraient de la discrimination. Cependant, la maladresse principale du juge a été de ne pas avoir considéré le statut de l'homosexualité en tant que classification suspecte liée à l'orientation sexuelle d'un individu en utilisant un examen strict de constitutionnalité pour invalider l'amendement 2. Si l'on se réfère aux travaux de Nan Hunter, professeure de droit à Washington, on comprend que Kennedy aurait pu, par exemple, s'appuyer sur l'approche du juge

---

[873] « Quand la Cour prend parti dans les guerres culturelles, elle a tendance à se ranger du côté des chevaliers plutôt que du côté des manants — elle se range plus précisément du côté des Templiers, reflétant les opinions et les valeurs de la classe des avocats dont proviennent les membres de la Cour. »
"Romer v. Evans", op.cit., p.33.

[874] Projet de loi qui interdisait la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'accès à l'emploi.
"Romer v. Evans", ibid., p.34.

Reinhardt à la cour d'appel fédérale pour le 9e circuit qui définissait en 1989 l'orientation sexuelle comme « une caractéristique centrale de l'individu et d'une identité de groupe » et comme « un aspect central et définissant » de chaque individu[875]. Entre Kennedy et Scalia deux conceptions radicales de l'homosexualité s'affrontent. La première est celle du statut et donc de définir l'homosexualité comme faisant partie intégrante de l'identité d'un individu et que cela inclut donc des pratiques sexuelles que l'État ne peut criminaliser. Ainsi, Kennedy tente d'inscrire son opinion dans une logique essentialiste qui va marquer le début d'un processus égalitariste. En revanche, Scalia s'appuie sur le concept de comportement qui démontre que même lorsque l'homosexualité est proscrite par loi, les homosexuels font malgré tout le choix d'assumer leur sexualité. Dans ce cas, selon lui, l'État doit faire appliquer la loi et faire condamner les homosexuels pour empêcher ainsi de ternir une tradition ancrée dans la « bonne morale sexuelle[876] ». Pour Dodson, Kennedy a, en fait, créé une faille juridique en utilisant le simple contrôle du fondement rationnel car, en définitive, de nombreuses lois discriminatoires ont pu se maintenir : « Lower courts have ignored *Romer v. Evans* whenever possible and have rarely relied on it to invalidate laws discriminating on the basis of sexual orientation[877]. » Même si cette victoire reste un symbole pour la communauté engagée dans cette guerre culturelle, c'est une victoire des discours dans les deux camps où la portée des idées a permis d'asseoir un certain nombre de valeurs et de principes faisant du mot une arme de bataille. En s'appuyant sur les travaux de Michel Foucault, Sullivan établit la même conclusion : « Words are invariably instruments of power, ways in which the strong control the weak, [...] ways of speaking that only serve to strengthen and reinforce the power relations that exist [...][878]. » Pour la communauté homosexuelle, l'enjeu primordial n'est pas non plus de voir la Cour se retrancher derrière des discours et des définitions de l'homosexualité qui pourraient exclure d'autres Américains LGBT qui se revendiquent de la « libération sexuelle » et refusent le principe d'uniformité de ce même groupe.

---

[875] Hunter s'appuie sur les affaires suivantes : *Watkins v. U.S. Army* (9th Cir. 1989) et *Jantz v. Muci* (1991). Dans ces deux litiges l'homosexualité relevait d'une classification suspecte. De fait, un examen strict de constitutionnalité était désormais requis pour des lois qui visaient directement les homosexuels dans le cadre de la clause d'égale protection des lois. L'État (ou le gouvernement) devait donc justifier un intérêt supérieur. La première affaire concernait le renvoi d'un militaire pour avoir divulgué son homosexualité tandis que la seconde relevait du licenciement des professeurs en raison de leur homosexualité en Caroline du Nord.
HUNTER, Nan. "Life After Hardwick (1992)". Dans DUGGAN, Lisa & HUNTER, Nan. *Sex Wars*. New York: Routledge. 2006. p.94.

[876] "Romer v. Evans", op.cit., §2, p.34.

[877] « Les tribunaux inférieurs ont ignoré *Romer v. Evans* chaque fois que possible et se sont rarement appuyés sur cette décision pour invalider des lois discriminatoires fondées sur l'orientation sexuelle. »
DODSON, op.cit., p.43.

[878] « Les mots sont invariablement des instruments de pouvoir, un moyen pour les forts de contrôler les faibles, [...] des manières de parler qui servent uniquement à consolider et renforcer les relations de pouvoir qui existent [...]. »
SULLIVAN, op.cit., p.63.

Plus important encore, Kennedy n'a pas réussi à établir ou rassembler des critères émanant de cas jurisprudentiels pour aborder la question de l'orientation sexuelle car il ne parvient pas non plus à identifier la nature de la discrimination dans cet amendement 2. Est-ce une discrimination fondée sur le sexe biologique, l'identité de genre ou sur l'orientation sexuelle ? Cette question a fait l'objet de nombreux articles à la suite du procès. Pour Dodson, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de l'individu peut être assimilée à une forme de *gender discrimination*, ou plus précisément une discrimination fondée sur les rôles attribués à chaque sexe. C'est d'ailleurs une revendication qui est portée depuis les années 1970 mais que les tribunaux fédéraux ne veulent pas appliquer car cela imposerait un examen intermédiaire de constitutionnalité[879]. Pour Andrew Koppelman, professeur de droit et de science politique à l'université Northwestern, il s'agit bien d'une discrimination fondée sur l'attribution des rôles de chaque sexe : « It is an obvious cultural fact that the stigmatization of homosexuality is closely linked to gays' supposed deviation from the roles traditionally deemed appropriate to persons of their sex[880]. » Cette discrimination repose sur le fait que les hommes et les femmes ont des rôles prédéfinis à jouer en couple, en famille et en société. Aussi, les homosexuels rendraient les codes hétéronormatifs illisibles et engendreraient des contradictions, notamment auprès des enfants en manque de repères solides, selon les plus conservateurs. Par exemple, Koppelman explique que les homosexuels sont souvent injustement catalogués comme étant tous efféminés et que les lesbiennes sont toutes agressives et dominatrices[881]. Il admet que pour la justice la discrimination fondée sur le sexe biologique s'applique plutôt aux femmes qu'aux homosexuels. Néanmoins, l'affaire *Baehr v. Lewin* (1993) a montré que cette discrimination, lorsqu'elle était prouvée, avait l'avantage de permettre aux avocats des couples de même sexe, lésés, d'exiger un examen strict de constitutionnalité des lois incriminées. Dans tous les cas, c'est bien la volonté du Congrès que de légiférer sur la question de l'orientation sexuelle en tant que motif discriminatoire durant l'été 2015 avec son *Equality Act*. Selon la *Kaiser Family Foundation*, leader de l'analyse des politiques de santé basée en Californie, 73 % des Américains LGBT ont déclaré avoir été victime de préjugés et de discrimination au cours de leur vie à l'automne 2000[882]. Selon la HRC, ils seraient encore 63 % à avoir été victime de

---

[879] DODSON, op.cit., p.38.

[880] « C'est un fait culturel évident que la stigmatisation de l'homosexualité est intimement liée à la supposée déviation des homosexuels de leurs rôles considérés traditionnellement comme appropriés à des personnes de leur sexe. » KOPPELMAN, Andrew. "Discrimination Against Gays is Sex Discrimination". Dans WARDLE, Lynn; STRASSER, Mark; DUNCAN, William; COOLIDGE, David. *Marriage and Same-Sex Unions: a Debate*. New York: Praeger Pub. 2003. p.214.

[881] KOPPELMAN, ibid., p.214.

[882] The Kaiser Family Foundation."A Report on the Experiences of Lesbians, Gays and Bisexuals in America and the Public's Views on Issues and Policies Related to Sexual Orientation". 2000. p.4. Rapport consulté le 24 juillet 2015 : [http://www.lgbtdata.com/uploads/1/0/8/8/10884149/ds020_ksso_report.pdf]

discrimination en 2015[883]. Ce projet de loi bipartisan plus ambitieux et plus complet interdirait non seulement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais aussi sur l'identité de genre dans plusieurs domaines comme l'accès à l'emploi et aux programmes fédéraux, l'éducation, le logement et les services publics. Il viendrait en lieu et place de l'*Employment Non-Discrimination Act* qui ne s'appliquait que dans le cadre de l'accès à l'emploi et répondrait à des réalités qui fragilisent des individus dans leur quotidien[884].

Après avoir statué sur l'inconstitutionnalité de lois qui visent à ne pas reconnaître les droits des homosexuels, Kennedy ne souhaite pas non plus révolutionner le droit américain en faveur d'une minorité sexuelle du jour au lendemain. Il fait le choix d'une approche par étapes successives pour ne pas non plus favoriser les critiques des plus fondamentalistes l'accusant d'activisme. Ne peut-on pas considérer, somme toute, que Scalia, en se référant au jugement rendu dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*, façonne d'une certaine manière aussi le prochain combat de la communauté qui sera de s'attaquer à la constitutionnalité des lois contre la sodomie ? Il apparaît incontournable que sept ans plus tard la Cour suprême allait devoir se prononcer sur la question sensible de la sexualité des homosexuels en s'immisçant dans l'intimité des individus, dans leurs espaces privés dédiés à la sexualité.

III.A.2 *Lawrence v. Texas* (2003) : être homosexuel, une liberté fondamentale

Le 26 juin 2003, une deuxième décision de la Cour suprême américaine confirme non seulement son indépendance vis-à-vis des deux autres pouvoirs, mais aussi son souhait de se démarquer d'une doctrine politique dominante, celle du « conservatisme compassionnel », incarnée par le président George W. Bush élu en novembre 2000. Le président, en guerre contre le terrorisme, a fait de cette idéologie politico-philosophique un slogan de campagne qui allait s'inscrire dans un projet national de réaffirmation des valeurs traditionnelles de la famille et donc de la sexualité. Le président Bush était l'ancien gouverneur du Texas et la Cour devait désormais statuer sur une loi contre la sodomie dans ce même État et par ricochet dans treize autres. Une loi répressive révisée au seul bénéfice des hétérosexuels en 1973 qui stipulait désormais :

> Sec. 21.06. HOMOSEXUAL CONDUCT.
> (a) A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex.

---

[883] MILLER, Hayley. "Infographic: The Need for Full Federal LGBT Equality". *HRC Blog*. July 23, 2015. Consulté le 24 juillet 2015 : [http://www.hrc.org/blog/entry/infographic-the-need-for-full-federal-lgbt-equality]

[884] KEISLING Mara. "Op-ed: The Equality Act is the LGBT Rights Bill We Want and Need". *The Advocate*. 23 juillet, 2015. [https://www.advocate.com/commentary/2015/07/23/op-ed-equality-act-lgbt-rights-bill-we-want-and-need]

(b) An offense under this section is a Class C misdemeanor[885].

L'homosexualité représentait une infraction au code pénal et faisait l'objet d'un article spécifique dont le but était de cibler la sodomie pratiquée par les homosexuels comme étant un crime. En fait, la loi ne visait que les hommes mais elle avait également pour objectif d'interdire tous rapports sexuels déviants comme la fellation. Par contre, de manière surprenante, ils étaient toujours autorisés à s'embrasser. Ainsi, comme l'explique Nan Hunter : « LGBT Americans were essentially branded as presumptive criminals and could be treated as such, regardless of whether they had ever been convicted of a crime[886]. » Ce que révèle Hunter c'est que le Texas allait injustement condamner des individus parfaitement innocents sous prétexte qu'ils étaient homosexuels et qu'ils n'avaient aucun droit à la sexualité dans le cadre de leur vie privée. L'ouverture d'un casier judiciaire allait donc sérieusement compliquer, voire aggraver, les chances de ces individus de s'intégrer socialement et professionnellement.

L'opinion de la Cour suprême s'articule autour de deux jugements contradictoires. Dans son opinion majoritaire, Kennedy s'appuie sur la juste application des lois tandis que Sandra D. O'Connor, dans son opinion majoritaire séparée, invoque la clause de protection égale. Tous deux puisent donc leur raisonnement dans le XIVe amendement qui sera désormais une référence normative en matière de défense de la minorité homosexuelle. Deysine affirme que cet amendement est un instrument majeur qui permet à l'Amérique de réconcilier et de concrétiser ses principes de liberté et d'égalité : « C'est avec et après le XIVe amendement que le *We the People* devient une réalité inclusive et confère une vraie authenticité au pacte social originel[887]. » Le processus judiciaire engagé par les homosexuels doit permettre aux autorités de prendre leurs responsabilités vis-à-vis du traitement historique réservé aux minorités de ce pays mais doit aussi leur rappeler que l'Amérique a un devoir d'exemplarité quand elle se fait la garante de valeurs universelles. Ainsi, Deysine se refuse à tout fatalisme. Au contraire, c'est dans le combat que l'Amérique inscrit aussi sa destinée. Evan Wolfson, avocat et père du mouvement pour le mariage homosexuel, avance le même argument : « The pattern of American history is that after a period of

---

[885] « Sec. 21.06. COMPORTEMENT HOMOSEXUEL.
(a) Un individu commet une infraction s'il s'engage dans une relation sexuelle déviante avec un autre individu du même sexe.
(b) Une infraction de la section 21.06. représente un délit mineur de Classe C. »
Texas Penal Code. Title 5: Offenses against the person. Chap 21: Sexual Offenses. Consulté le 24 juillet 2015 : [http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.21.htm#62087.53405]

[886] « Les LGBT Américains étaient fondamentalement stigmatisés en tant que criminels présumés et pouvaient être traités en tant que tels sans même savoir s'ils avaient déjà été condamnés pour un crime. »
HUNTER, Nan. "Lawrence v. Texas as Law and Culture (2005)". Dans DUGGAN, Lisa & HUNTER, Nan. *Sex Wars*. New York: Routledge. 2006. p.198.

[887] DEYSINE, op.cit., p.51.

time, debate, and patchwork, the nation moves toward resolution and equality[888]. » Inexorablement, la Cour suprême fait donc appliquer un principe de justice sociale à la lumière du XIVe amendement et des troubles qui ont frappé la communauté homosexuelle. Cette décision s'inscrit-elle dans une deuxième étape qui combine réparation et acquisition de nouvelles protections en vue de remporter l'ultime bataille juridique en faveur du mariage homosexuel ?

La synthèse du jugement donne des éléments significatifs sur les conditions dans lesquelles l'adjoint du shérif du Comté d'Harris, dans la banlieue de Houston, a procédé à l'arrestation manu militari de John Geddes Lawrence. À la suite d'un appel qui faisait état d'un faux dérangement associé à l'utilisation d'armes à feu chez l'accusé le 17 septembre 1998, la police est entrée dans l'appartement, sans mandat et a découvert Lawrence, 60 ans, ainsi que Tyron Garner, 36 ans, en plein rapport anal. Les prévenus ont été immédiatement arrêtés, même si la relation sexuelle était consentie, en violation du code pénal qui interdisait tous comportements sexuels intimes entre deux individus du même sexe[889]. La Cour ne conteste pas la décision des policiers d'avoir pénétré et fouillé la maison de l'accusé sans mandat en raison de circonstances exceptionnelles, à savoir une situation d'urgence qui autorise les policiers à recourir à cette pratique pour rétablir l'ordre public. D'ailleurs, au cours de l'enquête, l'individu ayant fait état de violence conjugale avait été accusé auparavant par les prévenus de harcèlement. En fait, l'auteur de cet appel à la police, Robert Eubanks, 40 ans, était logé par Lawrence et les deux hommes avaient une liaison platonique. Eubanks appelle la police par jalousie et fait une fausse déclaration en indiquant qu'un homme noir, qui n'était autre que Garner, devenait fou, arme à la main. Il a fini par admettre qu'il avait menti et a donc été immédiatement placé en détention et condamné à 15 jours de prison. En conséquence, cet acte de délation commis par un homosexuel va, contre toute attente, permettre de faire avancer l'égalité des droits des Américains homosexuels. Quoi qu'il en soit, les deux prévenus ont donc été condamnés par la cour criminelle du Texas à une amende de 200 dollars et à rembourser les frais de justice de 141 dollars pour avoir enfreint à la loi du Texas sur le comportement homosexuel, un délit mineur de Catégorie C[890].

Dans son introduction, Kennedy, pour statuer en faveur des plaignants, fonde clairement son raisonnement sur un principe essentiel de liberté. Une valeur identitaire de l'Amérique qui incarne la lutte d'un peuple contre l'oppression de la monarchie britannique tout en revendiquant

---

[888] « La trame de l'histoire américaine est caractérisée par des temps de débat et de lois disparates, après lesquels la nation avance vers la résolution et l'égalité. »
WOLFSON Evan. *Why Marriage Matters: America, Equality, and Gay People's Right to Marry*. New York: Simon & Schuster. 2004. p.209.

[889] Supreme Court of the United States Justices. "Lawrence v. Texas". Jugement prononcé le 26 juin 2003. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.law.cornell.edu/wex/lawrence_v._texas_2003] p.1.

[890] "Lawrence v. Texas", ibid., p.6.

l'importance des libertés individuelles et plus précisément encore le droit d'être en sécurité chez soi : « In our tradition the State is not omnipresent in the home [as well as in] other spheres of our lives and existence, outside the home[891] ». Le juge invoque implicitement un droit des homosexuels à une vie privée garantie aussi dans cette affaire par le IVe amendement de la Constitution qui protège les Américains contre des perquisitions et saisies non justifiées. Il va même plus loin en affirmant que de toute évidence le concept de liberté implique nécessairement le droit des individus à jouir de leur sexualité comme faisant partie intégrante de leur intimité mais aussi d'être homosexuel. Cette liberté s'intègre dans ce qu'il qualifie être une « dimension transcendante[892] », autrement dit un domaine protégé contre toute intrusion intempestive du gouvernement qui ne représente aucune menace à l'ordre public. Le juge s'interroge légitimement sur la légalité de cette loi lorsqu'elle s'attaque directement aux homosexuels, dans un espace et un moment de leur vie le plus intime et, pire, lorsque le rapport sexuel est consenti. Kennedy explique que les décisions des tribunaux fédéraux inférieurs ont systématiquement rejeté les demandes des plaignants de statuer sur l'inconstitutionnalité de la loi du Texas sur les principes de juste application des lois et de l'égale protection des lois au prétexte que la décision de 1986 dans *Bowers v. Hardwick* faisait office de jurisprudence. De fait, la Cour se doit de répondre à trois questions essentielles. Tout d'abord, s'agit-il d'une inconstitutionnalité qui repose sur la clause de protection égale des lois ou bien sur la juste application des lois, puisque la loi du Texas refuse aux homosexuels certaines libertés ? Enfin, l'arrêt *Bowers v. Hardwick* doit-il être renversé[893] ?

En faisant le choix de s'appuyer sur la juste application des lois, Kennedy doit expliciter la ou les libertés qui sont, selon lui, bafouées et il utilise une nouvelle fois un contrôle du fondement rationnel pour invalider la loi du Texas, ce qui lui vaudra de nombreuses critiques comme dans *Romer v. Evans*. Son premier objectif est de démontrer que la vie privée est une liberté, et que celle-ci est fondée sur la jurisprudence de nombreuses affaires traitées entre 1923 et 1973, avec la légalisation de l'avortement dans *Roe v. Wade*. Cette liberté est encadrée par le *Substantive Due Process*, doctrine qui consiste à restreindre le pouvoir des législateurs de promulguer certaines lois qui viendraient considérablement porter atteinte à la substance du droit et/ou de la liberté contenus dans le XIVe amendement[894]. Sur les questions relevant de la minorité homosexuelle, le jugement rendu dans l'affaire *Meyer* (1923) permet aux juges de définir le terme de liberté du point de vue

---

[891] « Dans notre tradition, l'État n'est pas omniprésent à l'intérieur de la maison [ainsi que dans] d'autres domaines de notre vie et de notre existence, à l'extérieur de la maison. »
"Lawrence v. Texas", ibid., p.5.
[892] "Lawrence v. Texas", ibid., p.5.
[893] "Lawrence v. Texas", ibid., p.7.
[894] EPSTEIN, Lee & WALKER, Thomas G., op.cit., p.386-388.

du droit dans une approche purement pragmatique :

> The right of the individual... to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, [...] and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men[895].

Ainsi, le droit à la vie privée s'inscrirait dans cette longue énumération d'opportunités qui permettent aux individus de s'accomplir et de s'enrichir dans toutes les étapes de la vie sans que l'État ne puisse invoquer arbitrairement un intérêt public pour s'y opposer. Cette doctrine permet ainsi aux juges de la Cour suprême d'user d'un pouvoir d'interprétation non négligeable, ce qui explique pourquoi les juges sont souvent accusés d'activisme judiciaire. C'est cette tension même qui crée des divisions idéologiques et culturelles au sein de la Cour suprême.

Kennedy s'appuie également sur une décision de 1965 dans l'affaire *Griswold v. Connecticut* pour lui permettre d'établir un lien entre le dossier et un droit marital à la vie privée qui sanctuarise la chambre en tant qu'espace protégé, propice à la sexualité. La Cour a fait le choix d'invalider une loi de 1879 du Connecticut qui interdisait l'utilisation de moyens contraceptifs et leur promotion. Cette décision a instauré le droit des individus de prendre des décisions qui relevaient de leur intimité privée. Kennedy rappelle qu'en 1972, dans l'affaire *Eisenstadt*, la Cour suprême a annulé une loi du Massachusetts qui interdisait la distribution de moyens contraceptifs à des personnes non mariées : « It is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person[896] ». On peut en déduire que les juges sont confrontés dans les années 1970 à la question du rapport sexuel à des fins récréatives et non procréatives en dehors du mariage. Ainsi, la Cour valide une alternative à une sexualité réprimée par le pouvoir, soumise au silence et qui n'a comme objectif que la reproduction stricto sensu telle qu'elle est prônée par la tradition chrétienne. En conséquence, la sexualité se construit sans la loi répressive et libéralise plaisir et désir ainsi que certaines pratiques sexuelles comme la sodomie. La sexualité devient un droit personnel, protégé, qui permet à des individus de prendre la décision de ne pas vouloir d'enfants à un certain moment de leur vie. D'ailleurs, Anahi Russo Garrido, maîtresse de conférences et spécialiste des questions LGBT, explique que les travaux de Kinsey ont ouvert la voie à l'abrogation de lois contre l'adultère, la

---

[895] « Le droit de l'individu... de se lancer dans n'importe quelle occupation ordinaire de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, [...] et, en général, de profiter de ces privilèges reconnus il y a longtemps par le droit commun comme étant essentiels dans la recherche ordonnée du bonheur des hommes libres. »
EPSTEIN, Lee & WALKER, Thomas G., ibid., p.387. Dans ce jugement de 1923, la Cour a annulé une loi du Nebraska qui interdisait aux professeurs d'enseigner une autre langue vivante que l'anglais.

[896] « Il s'agit du droit de l'individu, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans le cadre des questions qui touchent fondamentalement une personne ».
Eisenstadt v. Baird (1972). Kennedy s'appuie sur une citation de la cour d'appel. "Lawrence v. Texas", op.cit., p.8.

fornication et la sodomie[897]. Ainsi, Kinsey a œuvré au lancement du combat en faveur des droits pour les homosexuels dans les années 1950, mais aussi dans le cadre de la révolution sexuelle. Aussi, en 2003, Kennedy fait du libre arbitre et de la liberté de prendre des décisions personnelles qui touchent à la vie privée, des bases essentielles à la dignité de chaque être humain et de son avenir. Ces deux arrêts servent de précédents dans *Roe v. Wade* (1973) pour permettre aux juges d'autoriser les femmes à avorter. Le corps d'un individu est un espace de liberté protégé. Il est donc légitime de pouvoir faire des choix intimes qui s'y rapportent.

Une fois ces arguments présentés, Kennedy revient donc sur la décision dans *Bowers v. Hardwick* pour mettre à mal l'opinion majoritaire qui a maintenu des lois contre la sodomie au prétexte que la Constitution des États-Unis ne définissait pas la sodomie comme une liberté fondamentale des Américains[898]. Pour Kennedy, cet argument est hors de propos et on peut le justifier non seulement parce que l'homosexualité en tant qu'objet d'étude date de 1870, selon Michel Foucault[899], mais aussi, comme le juge l'a évoqué dans l'affaire *Romer v. Evans*, parce que les droits et libertés fondamentales doivent s'appliquer à tous les citoyens. En effet, la loi de l'État de Géorgie condamnait le sexe anal et oral, quelle que soit la catégorie sexuelle du ou de la contrevant(e), alors que celle du Texas visait la sodomie pratiquée seulement par les homosexuels. Un problème d'égalité de traitement se pose, que traitera O'Connor.

Le juge Burger dans *Bowers v. Hardwick* soutient qu'historiquement l'homosexualité est un crime contre nature, pire que le viol, condamnée à mort à l'époque coloniale[900]. En revanche, pour Kennedy les juges ont avant tout fait une erreur d'appréciation morale grave. Effectivement, la question n'était pas de juger sur la nature d'une relation sexuelle consentie dans la sphère privée mais plutôt de protéger une liberté de faire des choix en dehors de l'espace public et dans le cadre du droit à la vie privée, sans que les individus se retrouvent traités injustement comme des criminels. Selon lui, ni les législateurs ni les juges ne devraient tenter d'empiéter sur la vie privée des Américains, ni de contrôler et de définir les termes d'une sexualité qui conviendraient à la morale, à l'éthique religieuse, voire à la tradition historique. Par ailleurs, ne statuer que sur la

---

[897] RUSSO GARRIDO, Anahi. "The Kinsey Reports". Dans BROOKS, Adrian. *The Right Side of History: 100 Years of LGBTQI Activism*. New York: Cleiss Press. 2015. p.43.
[898] "Lawrence v. Texas", op.cit., §1, p.10.
[899] « Il ne faut pas oublier que la catégorie psychologique, psychiatrique, médicale de l'homosexualité s'est constituée du jour où on l'a caractérisée — le fameux article de Westphal en 1870, sur les "sensations sexuelles contraires" peut valoir comme date de naissance. »
FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité, la Volonté de Savoir* (Vol. I). Saint-Amand: Gallimard. 1976. p.59.
[900] Supreme Court of the United States Justices. "Bowers v. Hardwick". Jugement prononcé le 30 juin 1986. Consulté le 28 juillet 2015 [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/478/186]. Burger dans son opinion concurrente cite les écrits de Sir William Blackstone, avocat britannique et professeur de droit au XVIIIe siècle, dans *Commentaries on the Laws of England from 1765-1769*.

sexualité néglige considérablement d'autres paramètres objectifs qui pourraient expliquer ce qui peut rassembler et unir deux individus comme l'orientation sexuelle : « The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice[901]. » En se référant au XIVe amendement, Kennedy vient expliciter le concept de *vie* qui confère aux homosexuels le droit à une vie sentimentale, amoureuse et sexuelle tout en l'articulant avec le concept de *liberté* qui repose sur un droit essentiel à la vie privée. Richard Mohr, professeur de philosophie à l'université de l'Illinois, qui s'intéresse à la question de la minorité homosexuelle, pose ce même constat d'un droit unique à la vie privée. Il explique que ce droit s'opère naturellement lorsque des individus font le choix de se mettre à l'écart du public et de se confiner dans un espace privé pour certaines occupations personnelles qui interdisent toute forme d'intrusion de fait[902]. Kennedy insiste d'ailleurs sur l'importance de la maison, en tant qu'espace délimité qui protégerait l'homosexualité mais aussi toutes pratiques sexuelles tolérées car cloisonnées[903].

L'argument de la perversité et de la condamnation coloniale de la sodomie brandi par les conservateurs est ainsi écarté par le juge Kennedy. Il tente de démontrer, au contraire, que lois et jugements historiques sur la sodomie et leurs interprétations fallacieuses contre les homosexuels sont bien un phénomène du XXe siècle. Dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*, l'idée selon laquelle l'interdiction de l'homosexualité a « des racines anciennes » a fait l'objet de nombreuses contestations notamment par les professeurs d'histoire par le biais d'un *amicus curiae*, un rapport scientifique factuel destiné à éclairer les juges. Kennedy rappelle tout d'abord que la sodomie était considérée comme un rapport sexuel non procréateur et « contre nature » et qu'elle était donc proscrite par les lois anglaises portant sur la criminalité à partir de 1533. Cette interdiction ciblait des relations sexuelles entre des hommes et des femmes, mais aussi entre des hommes et des hommes, et non pas des catégories sexuelles spécifiques qui à l'époque n'étaient pas définies[904]. Il prend soin d'admettre que le comportement homosexuel n'était pas moralement acceptable, mais que rien n'indique non plus que ces lois devaient s'appliquer dans la sphère privée. Aussi, l'enjeu était donc de trouver un équilibre à l'égard de la Constitution entre condamnation d'un rapport sexuel spécifique non normé et souci d'équité et d'impartialité dans l'application de la loi vis-à-vis des individus. En s'appuyant sur un certain nombre de litiges et de condamnations du XIXe siècle, Kennedy démontre qu'en fait ces lois avaient pour objectif de protéger les femmes et les enfants

---

[901] « La liberté protégée par la Constitution donne aux personnes homosexuelles le droit de faire ce choix. » "Lawrence v. Texas", op.cit., §2, p.10.
[902] MOHR D., Richard. "Why Sex is Private". In *Gays/Justice: A Study of Ethics, Society and Law*. New York : Columbia University Press. 1988. p.96.
[903] "Lawrence v. Texas", op.cit., §2, p.10.
[904] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.12.

contre les agressions sexuelles et le viol. C'est de cette façon qu'au XXe et XXIe siècle, certains conservateurs mais aussi fondamentalistes religieux font toujours l'amalgame en assimilant les homosexuels à des prédateurs sexuels, des violeurs et des pédophiles, comme si finalement la sodomie ne concernait pas les hétérosexuels[905]. Ces lois contre la sodomie devaient avoir en fait un effet dissuasif pour protéger les individus contre des rapports sexuels non consentis mais n'avaient pas pour finalité de criminaliser l'homosexualité. Dans les années 1970, certains États comme le Texas ont pris la décision de changer ces lois pour ne cibler que les homosexuels alors que parallèlement à partir de 1962, certains États comme l'Illinois font le processus inverse et abrogent définitivement ces lois. Juste avant le jugement dans l'affaire *Lawrence*, 14 États sur 25, du Sud principalement, appliquaient encore des lois contre la sodomie à l'égard des couples de même sexe. On remarque que globalement Kennedy s'évertue à rendre le débat plus complexe et à démontrer que la question des droits des homosexuels repose sur des vraies problématiques qui touchent à l'histoire, au droit et aux principes de la Constitution des États-Unis.

L'autre point majeur que Kennedy souhaite approfondir et clarifier est celui de la moralité, c'est-à-dire la conformité à la morale, qui constitue une source d'autorité dans la culture américaine ainsi que dans la formulation des lois et des décisions de justice. Il s'appuie sur une définition qu'il ancre dans un héritage historique de la tradition judéo-chrétienne : « [...] religious beliefs, conceptions of right and acceptable behavior, and respect for the traditional family[906]. » Cette tradition morale religieuse s'accapare le monopole de l'ordre du bien et classifie ainsi l'homosexualité comme un mal néfaste à la survie de la civilisation qui nécessite des lois punitives et restrictives. Même si pour le juge ces inquiétudes peuvent être sincères et légitimes, elles ne peuvent pas servir de base objective et rationnelle pour conduire une politique qui renvoie à des préceptes religieux : « Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code[907]. » Pour Kennedy, légiférer en se fondant sur la morale religieuse n'est pas acceptable car nous pouvons nous demander si cela ne reviendrait pas à faire de l'Amérique une théocratie, allant à l'encontre du Ier amendement qui interdit l'établissement d'une religion unique. Il revendique, au contraire, une certaine neutralité de la part des juges et du législateur qui doivent agir en toute rationalité à partir d'éléments scientifiques validés mais aussi de données empiriques. Faire des homosexuels des criminels pour les humilier et les rétrograder dans la société en invoquant des

---

[905] "Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.12-13. Il évoque également le cas de condamnations contre la sodomie homosexuelle dans la sphère publique entre 1880 et 1995.

[906] « [...] des croyances religieuses, des conceptions de ce qu'est un comportement juste et acceptable et le respect pour la famille traditionnelle. » "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.14.

[907] « Notre obligation est de définir la liberté de tous, pas de rendre obligatoire notre propre code moral. » "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.14. Kennedy cite la décision de 1992 dans *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, (litige en rapport avec l'avortement).

motifs de l'ordre de la morale n'est pas suffisant pour justifier un intérêt gouvernemental à agir.

D'ailleurs, Kennedy s'appuie également sur la décision prise par l'A*merican Law Institute* qui démontre que progressivement l'homosexualité devra s'inscrire dans un dispositif légal de protections pour permettre aux homosexuels de faire appel à la justice. En 1955, cette organisation indépendante qui a vocation à faire évoluer le *common law*, recommande de ne plus criminaliser les rapports sexuels consentis entre des individus dans un espace privé. Deux raisons importantes sont invoquées : d'abord, des rapports sexuels consentis dans la sphère privée ne représentent pas une menace vis-à-vis d'autres individus, même si ces lois imposaient des normes en matière de sexualité. Enfin, ces lois ne s'appliquaient pas de manière homogène entre les individus et représentaient une menace de chantage[908]. Ainsi, la délation pouvait amener les homosexuels à se retrouver sur le banc des accusés et à être jugés et condamnés. John d'Emilio, dans un article sur Frank Kameny, pionnier du mouvement homosexuel qui a joué un rôle central dans le recours à la manifestation dans l'espace public, rappelle que les années 1950 sont aussi souvent considérées comme une période de purge sans précédent, virulente contre les homosexuels : « This was also the decade of the harshest government persecution of anyone suspected of being gay[909]. » Kennedy tente donc de montrer qu'en un demi-siècle, le droit a favorablement évolué à l'égard de la communauté homosexuelle et que les juges les plus conservateurs de la Cour suprême négligent souvent certaines avancées significatives qui, à leurs yeux, ne méritent aucune considération particulière dans leur jugement. En effet, dans *Bowers v. Hardwick*, l'État de Géorgie n'appliquait plus la loi contre la sodomie jusqu'à ce que la police, sur mandat d'arrêt, découvre Michael Hardwick en plein rapport sexuel oral alors qu'il était dans sa chambre. On apprend également qu'entre 1974 et 1994, le gouvernement texan rapporte que l'État n'a engagé aucune procédure juridique à l'encontre d'homosexuels qui auraient enfreint la loi[910]. On constate non seulement que la loi existe mais qu'elle reste difficilement applicable, en particulier, dans la sphère privée, mais surtout qu'elle sert uniquement à graver dans l'esprit collectif que l'homosexualité est nuisible et dangereuse, faisant des homosexuels des proies faciles pour toute personne qui souhaitait dénoncer leur rapport sexuel déviant. Cela vient donc confirmer les arguments invoqués par l'*American Law Institute*. En 1957, le Parlement britannique préconise l'abrogation des lois

---

[908] "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.15.

[909] « C'était aussi la décénnie de la persécution gouvernementale la plus dure contre tous ceux qui étaient suspectés d'être homosexuels. »
D'EMILIO, John. "Frank Kameny: Advocate for Freedom". Dans BROOKS, Adrian. *The Right Side of History: 100 Years of LGBTQI Activism*. New York: Cleiss Press. 2015. p.63.

[910] "Lawrence v. Texas", op.cit., §3, p.17. Dans *Texas v. Morales* (1994), la confusion de la décision de la Cour suprême du Texas permet à la loi contre la sodomie de se maintenir en dépit d'annulations des tribunaux inférieurs.

punitives contre l'homosexualité, mettant un coup d'arrêt à une tradition chère à certains juges[911]. Pour finir, Kennedy est aussi particulièrement sensible à la décision de 1981 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme[912] qui a non seulement condamné le Royaume-Uni, pour ne pas avoir concrétisé les recommandations du Parlement en Irlande du Nord, mais surtout qui a dépénalisé l'homosexualité dans les pays membres de l'Union Européenne. De fait, par ce processus, Kennedy invite les États-Unis, en tant que démocratie moderne de l'Ouest, à s'ouvrir et à s'intéresser à cette question de l'homosexualité qui va au-delà de ses frontières. Il choisit des exemples significatifs en se référant à la Grande-Bretagne comme la mère patrie, et à l'Europe en tant que berceau du christianisme. Loin d'être une affaire intérieure ou d'État, la question des droits des homosexuels doit s'inscrire également dans un contexte plus large que les simples clivages idéologiques que constituent les guerres culturelles, mais aussi tenir compte de la jurisprudence en matière de liberté individuelle. C'est d'ailleurs à partir de ce concept qu'entre 1992 et 2002 cinq tribunaux d'État ont pris la décision de ne plus appliquer la jurisprudence qui prévalait jusqu'alors, avec l'arrêt rendu dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*[913].

Pour préciser l'importance de la liberté, Kennedy fait référence à l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992) qui met en relation le droit de prendre des décisions personnelles avec le concept d'autonomie individuelle. Celui-ci prend forme avec la révolution sexuelle des années 1960 : « At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life [without] compulsion of the State[914]. » Dans un article sur l'autonomie, rédigé par Ronan Le Coadic, sociologue et professeur de culture et langue bretonne, on comprend que Kennedy s'appuie sur le concept d'autonomie tel qu'il est conçu aux États-Unis comme « une conception individualiste de la liberté, comme sphère d'indépendance négociée, dans laquelle l'État ne doit pas intervenir[915]. » Aussi, pour le juge, le combat pour l'égalité des droits ne s'inscrit pas encore dans la reconnaissance d'une classification suspecte que serait l'homosexualité mais plutôt comme une liberté fondamentale contenue dans le XIVe amendement ainsi que dans certaines décisions jurisprudentielles. Ainsi, il balaye l'argument selon lequel la question soumise dans cette affaire

---

[911] "Lawrence v. Texas". ibid., §2, p.16. Kennedy fait référence au rapport Wolfenden : *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957.
[912] "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.16.
[913] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.20.
[914] « Au coeur de la liberté se trouve le droit de définir sa propre conception de l'existence, du sens, de l'univers et du mystère de la vie humaine [sans] la contrainte de l'État. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.17.
[915] Ronan Le Coadic. L'autonomie, illusion ou projet de société ?, *Cahiers internationaux de sociologie*, nc, 2006, CXXI, p.8. Consulté le 29 juillet 2015 : [https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00489991/document]

relève de la clause de protection égale (comme le démontrera sa collègue) qui, selon lui, ne va pas assez loin. Il exige le respect de l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle ainsi que des choix faits par des hommes et des femmes qui relèvent de leur sexualité car cette liberté doit leur être garantie avant tout ; sans cela, le problème de la discrimination continuera de persister[916]. Il donne à cet égard un exemple très concret. Il explique que les dommages collatéraux liés à l'interdiction de la sodomie sont disproportionnés par rapport à la nature de l'infraction, à savoir un rapport sexuel consenti dans un espace intime privé et telle qu'elle est présentée dans la loi révisée de 1974. Les contrevenants, en plus de payer une amende symbolique, devront systématiquement le signaler dans des dossiers de candidature préalables à un entretien d'embauche[917]. On en déduit qu'ils seront dorénavant fichés dans un casier judiciaire et catalogués, ce qui réduira considérablement leurs chances de décrocher un emploi à l'avenir. L'application de la loi peut donc se révéler destructrice et occasionner un traumatisme certain chez les homosexuels qui peuvent s'interroger sur leur place dans la société américaine.

On constate qu'en construisant son raisonnement, Kennedy rappelle que la Cour suprême doit être guidée par une règle majeure de droit qui est celle du *stare decisis* : « The doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law[918]. » Ainsi, si la règle du précédent est source de cohérence et de rigueur dans l'examen d'un litige, on comprend mieux que la stratégie de Kennedy, en faisant référence à tant de cas jurisprudentiels, consiste à faire annuler l'arrêt *Bowers v. Hardwick* qui représente désormais une source de contradictions et qui a été fortement décrié par les sociétés savantes ainsi que d'autres juges. Il s'inspire notamment de l'opinion dissidente du juge Stevens qui met en exergue deux idées centrales reprises par Kennedy. Pour les deux juges, la morale ne doit pas servir de base légitime justifiant le maintien de certaines lois ; sinon les mariages mixtes seraient toujours interdits aux États-Unis. Enfin, la décision de ne pas procréer dans le cadre d'un rapport sexuel représente une liberté fondamentale que les individus soient mariés ou non[919]. Kennedy conclut que le jugement rendu dans l'affaire *Bowers* représentait une faute d'appréciation, puisqu'il n'y avait aucun intérêt impérieux et que la décision n'avait plus légitimité à faire office de jurisprudence sur le territoire américain, étant donné que seuls 14 États appliquaient encore des lois contre la sodomie : « Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct

---

[916] "Lawrence v. Texas", op.cit., §3, p.18.
[917] "Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.19.
[918] « La doctrine du *stare decisis* est essentielle au respect accordé aux jugements de la Cour et à la stabilité de la loi. » "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.20.
[919] "Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.21.

today[920]. » Frank compare cette décision quasiment à une forme d'excuses et reprend les propos de Thomas Stoddard, professeur auxiliaire de droit à l'université de New York et militant pour les droits des homosexuels[921], qui inscrit le jugement dans l'affaire *Lawrence* dans un combat juridique marqué aussi par des erreurs judiciaires, comme dans la lutte pour les droits civiques : « If *Bowers v. Hardwick* had been the gay community's *Dred Scott* decision, [...] then *Lawrence* was its *Brown v. Board of Education*[922]. » Doit-on comprendre que les guerres culturelles se traduisent souvent par une alternance entre défaites et victoires juridiques ? Stoddart considère que *Bowers* pose la question de la citoyenneté des homosexuels, étant donné que l'État leur refuse la protection des lois et surtout d'être homosexuel, contrôlant ainsi leur vie privée et, de fait, leur destinée en tant qu'hommes libres. En conséquence, l'arrêt *Lawrence* fait office de mesure réparatrice pour corriger les erreurs du passé, à savoir le refus d'une sexualité aux couples de même sexe, ouvrant la voie ainsi à la reconnaissance à venir de familles homoparentales à travers la question du mariage homosexuel. En fait, ce jugement dans l'affaire *Lawrence* peut également être considéré comme une faiblesse de la Cour suprême. Celle-ci n'a pas immédiatement su arbitrer dans le sens des libertés fondamentales et l'esprit des Lumières. Les Pères fondateurs s'étaient pourtant inspirés de ce mouvement, engagé contre l'obscurantisme et l'arbitraire. : « They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress[923]. » L'interprétation de Kennedy se fonde finalement sur la raison d'être des États-Unis, c'est-à-dire une nation libre de toute idéologie dominante ou plutôt de tous dogmes autoritaires qui empêchent l'émancipation et l'épanouissement d'un peuple dans sa diversité. Dans une société mouvante, ce sont bien les hommes qui doivent contrôler leur destin et donner du sens à leur vie et à leurs institutions par le biais d'un gouvernement qui agit au nom d'une certaine forme de sécularisme. Francis Canavan, dont les écrits ont encore un impact non négligeable dans le débat sur les guerres culturelles, parle de l'humanisme séculier comme d'une idéologie sectaire qui empêcherait les Américains les plus croyants de recourir à la foi pour se forger leur propre conception de la morale : « [Any American]

---

[920] « L'arrêt *Bowers* n'était pas conforme lorsqu'il a été prononcé et il n'est pas conforme aujourd'hui. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.21.

[921] T. Stoddard est décédé en 1997 du SIDA et a aussi travaillé pour Lambda Legal, une organisation qui milite pour les droits civiques de la communauté LGBT.

[922] « Si, pour la communauté homosexuelle, l'affaire *Bowers v. Hardwick* peut être considérée comme équivalent au jugement dit « *Dred Scott* », alors l'affaire *Lawrence* en est de même par rapport à l'arrêt *Brown v. Board of Education*. » FRANK, op.cit., p.96.

[923] « Ils savaient que certaines époques peuvent nous rendre aveugles devant certaines vérités et ce sont les générations ultérieures qui voient que des lois autrefois jugées nécessaires et légitimes servent en fait uniquement à opprimer. »
"Lawrence v. Texas", op.cit., §2, p.22.

is also free to use [religion] as a basis for the views he advocates on public policy[924]. » C'est tout l'enjeu de cette décision de la Cour suprême : doit-elle appliquer une représentation religieuse et biaisée de l'homosexualité ou bien faire de la sexualité un vide normatif et un domaine apolitisé ? Le juge reconnaît aux homosexuels la pleine protection de la Constitution vis-à-vis de leur orientation sexuelle et affirme que le gouvernement ne peut pas imposer arbitrairement l'hétérosexualité sans arguments scientifiques et empiriques préalables qui démontreraient de manière irréfutable que l'homosexualité représente une dangerosité manifeste à l'égard d'une société. Dans ce cas précis, le gouvernement aurait un intérêt à agir du point de vue du droit constitutionnel. Cependant, on peut en déduire que la décision majoritaire dans l'affaire *Bowers*, voire même les jugements rendus par le juge Scalia reposent principalement sur un mythe destructeur de l'homosexuel et se servent de l'histoire et de la morale religieuse comme d'une source légitime d'avilissement d'une communauté fragilisée encore par la discrimination et l'inégalitarisme en ce début de XXIe siècle.

L'opinion majoritaire dans l'affaire *Lawrence* est aussi consolidée par le point de vue de la juge O'Connor qui, en s'appuyant sur le concept d'égalité, vient aussi renforcer et légitimer les revendications de l'ensemble d'une communauté. On peut donc remarquer qu'au sein même de la majorité s'opère un système relatif de contre-pouvoirs qui permettent aux juges d'apporter des éclaircissements, voire des corrections d'ordre légal. Le pluralisme des idées devient une valeur sûre de la nation américaine qui permet au concept de liberté d'évoluer. Toutefois, le pluralisme doit nécessairement inclure les valeurs religieuses car, selon Canavan, c'est de cette manière que des consensus se dégagent[925]. Or, dans les guerres culturelles, ce consensus institutionnel tant espéré sur la question de l'égalité des droits est plus mitigé, alors que pour Kennedy un accord doit pouvoir s'articuler autour de la Constitution qui, selon Deysine, est le symbole même d'un peuple uni[926] : « As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom[927]. » Kennedy comprend que les Américains ne doivent pas nécessairement chercher des réponses dans leurs croyances religieuses, sources de permanence et de divisions, mais plutôt dans des documents fondateurs qui pourront permettre à tous les Américains de se faire une place dans la société, à terme. À ce titre, la juge O'Connor statue dans

---

[924]« [Tout américain] est également libre d'utiliser [la religion] comme un socle sur lequel bâtir et défendre ses idées en matière de politique publique. »
CANAVAN, Francis. *The Pluralist Game*. London : Rowan & Littlefield Pub.Inc. 1995. p.79.
[925] CANAVAN, ibid., p.95.
[926] DEYSINE, op.cit., p.51.
[927] « À mesure que la Constitution perdure, les personnes de chaque génération peuvent invoquer ses principes dans leur propre quête vers plus de liberté. »
"Lawrence v. Texas", op.cit., §2, p.22.

l'affaire *Lawrence v. Texas* en invoquant la clause de protection égale du XIVe amendement qui rend la loi du Texas contre la sodomie par les homosexuels anticonstitutionnelle : « The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment "is essentially a direction that all persons similarly situated should be treated alike[928]." » De fait, pour O'Connor, cette loi coercitive est dégradante pour les homosexuels, puisqu'elle établit une classification de l'identité sexuelle par une hiérarchisation arbitraire, érigeant la classe hétérosexuelle en un modèle de vie normatif. Pour la juge, l'interdiction de la sodomie en tant que régulation de la sexualité doit s'appliquer aux homosexuels comme aux hétérosexuels, puisqu'ils se trouvent confrontés à une pratique sexuelle controversée sauf si l'État justifie un intérêt légitime à l'appliquer de manière partiale après contrôle du fondement rationnel. En faisant référence à la jurisprudence et notamment à l'arrêt *Romer v. Evans*, O'Connor démontre qu'une loi qui se veut stigmatisante et dont l'objectif est de porter préjudice à l'ensemble d'une classe d'individus pour les dévaloriser aux yeux de la loi et de la société n'est pas rationnelle[929]. Pour preuve, elle met en évidence le souhait du gouvernement d'attaquer une caractéristique intrinsèque de la sexualité pratiquée par les homosexuels par la section 21.06. alors que le code pénal pénalisait initialement tous les rapports sexuels déviants de tous les individus : « Sodomy between opposite-sex partners, however, is not a crime in Texas[930]. » On peut en déduire que pour O'Connor, la section 21.01. qui définit le rapport sexuel déviant comme « [A]ny contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person[931] », présente un défaut majeur de ne pas nommer la sodomie en tant qu'une pratique commune chez les hétérosexuels et les homosexuels. Cela explique la volonté du gouvernment qui en voulant clarifier son point de vue vis-à-vis des homosexuels a ajouté, après-coup, la section 21.06. qui cible désormais l'homosexualité et laisse apparaître ainsi son hostilité vis-à-vis d'une communauté. Au contraire, le Texas justifie cette loi en invoquant l'intérêt de l'État dans la préservation, la conformité et la « promotion[932] » de la morale. O'Connor rappelle d'ailleurs que c'est ce principe même de moralité qui avait été rendu licite par l'arrêt *Bowers v. Hardwick* étant donné que la sodomie pratiquée par les homosexuels ne représentait pas une liberté

---

[928] « La clause de protection égale du XIVe amendement "est essentiellement une consigne qui indique que toutes les personnes se trouvant dans une même situation devraient être traitées de la même manière." »
"Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.23
[929] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.24.
[930] « La sodomie entre partenaires de sexe opposé n'est, cependant, pas un crime au Texas. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.25
[931] « [T]out contact entre n'importe quelle partie génitale d'une personne et la bouche ou l'anus d'une autre personne »
Section 21.01. Définition a) du rapport sexuel déviant.
Texas Penal Code. Title 5: Offenses against the person. Chap 21: Sexual Offenses. Consulté le 24 juillet 2015 : [http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.21.htm#62087.53405]
[932] "Lawrence v. Texas", op.cit., §3, p.26.

fondamentale dans la Constitution. Elle n'est donc pas d'accord avec Kennedy sur une annulation de ce jugement puisqu'elle même se trouvait dans l'opinion majoritaire à l'époque[933]. Cependant, pour O'Connor, c'est justement parce que le jugement de 1986 n'avait pas statué sur la morale en tant que justification rationnelle dans le cadre de la clause de protection égale que la loi du Texas était donc anticonstitutionnelle, car elle révélait l'animosité du gouvernement envers un groupe d'individus du fait de leur sexualité et le souhait de les rendre inégaux face à la loi. Effectivement, si la morale condamnait initialement la sodomie au sens large du terme, pourquoi la loi ne visait-elle plus que les homosexuels à partir de 1974 ? Si la section 21.01. était si floue à la base comme le sous-entend la juge, c'était très certainement que la pratique de la sodomie était tolérée dans la sphère privée[934]. Dans ce cas, O'Connor tient à dénoncer l'absence de pertinence de cette loi et de son intérêt d'utilité publique : « The law serves more as a statement of dislike and disapproval against homosexuals than as a tool to stop criminal behavior[935]. » L'intêret de la loi, pour la juge, est justement de combattre des activités criminelles qui représentent un danger pour la stabilité et la tranquilité des citoyens plutôt que d'attaquer des individus pour leur différence d'orientation sexuelle. La juge condamne l'argument, désormais classique dans la rhétorique anti-homosexuelle, du gouvernement texan selon lequel la loi ne sanctionne pas l'homosexualité mais plutôt le comportement associé. Selon O'Connor il n'est pas compréhensible de pouvoir dissocier homosexualité et sexualité car ces deux aspects font partie d'un tout qui constitue l'orientation sexuelle de l'individu. Bien au contraire, elle défend les homosexuels en tant que classe d'individus dont la sexualité vient discréditer une représentation monolithique de l'orientation sexuelle. C'est donc une étape majeure que vient de franchir la juge dans son raisonnement, puisque l'homosexualité est une classification liée à l'orientation sexuelle qui mérite protection contre la discrimination, dans le cadre de la clause de protection égale. Reprenant les propos du juge Scalia, la Cour semble donc unanime sur ce point en confirmant que stigmatiser le comportement d'une classe est par essence une discrimination : « After all, there can hardly be more palpable discrimination against a class than making the conduct that defines the class criminal[936]. » Pour Scalia, cette discrimination est moralement légitime alors que pour O'Connor la condamnation pénale de l'homosexualité laisse installer un climat inacceptable de méfiance, de

---

[933] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.23.
[934] "Lawrence v. Texas", ibid., p.26-27.
[935] « La loi sert davantage comme une affirmation d'aversion et de désapprobation à l'égard des homosexuels que comme un outil pour arrêter des comportements criminels. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.27.
[936] « Après tout, il peut difficilement y avoir de discrimination plus palpable contre une classe que de rendre criminel le comportement qui définit cette classe. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.27.

doute, voire de diffamation au sein des individus qui pratiquent la sodomie[937]. Ainsi, certains peuvent se retrouver injustement accusés d'être homosexuels puisque la loi associe homosexualité à criminalité dans la conscience collective et que les risques encourus vont bien au-delà d'une simple contravention mais plutôt d'une marque pérenne d'infamie. Pour la juge, il n'est pas non plus concevable de créer une sous-classe indigne et marginalisée et de la rendre incompatible avec la clause de protection égale au prétexte que l'homosexualité est immorale. Elle reconnaît une certaine neutralité de la loi contre la sodomie à la seule condition que celle-ci s'applique à tous, même si elle pense aussi que la nature de cette loi n'a pas vocation à se maintenir dans une société démocratique telle que celle des États-Unis. En effet, elle cite le juge Jackson qui se réfère à la volonté des Pères fondateurs d'équilibrer le rapport de force entre minorité et majorité populaire :

> The framers of the Constitution knew, and we should not forget today, that there is no more effective practical guaranty against arbitrary and unreasonable government than to require that the principles of law which officials would impose upon a minority be imposed generally[938].

L'un des leviers législatifs préconisés était donc de s'assurer que, pour être légitime et incontestable aux yeux du peuple, la loi devait respecter le principe d'égalité sans faire de distinction de classe. Pour O'Connor, seuls deux intérêts légitimes pouvaient être invoqués par le Texas comme la sécurité nationale voire, plus étonnamment, la préservation de l'institution traditionnelle du mariage. En se positionnant dans une opinion concurrente, la juge procède par anticipation pour protéger la souveraineté des États qui choisiront de définir le mariage comme l'union entre un homme et une femme car elle estime que d'autres justifications rationnelles existent, hormis l'animosité vis-à-vis des homosexuels[939]. On constate qu'elle reste défavorable au mariage homosexuel en 2003 alors que dix ans plus tard, la juge, désormais à la retraite depuis 2006, a célébré un mariage homosexuel à la Cour suprême le 29 octobre 2013. Ainsi, celle qui était la première femme nommée à la Cour suprême par le Président Reagan en 1981 s'est révélée, au fil des années, moins conservatrice que prévu sur la question des droits des homosexuels. Cela tend à démontrer que, dans cette guerre culturelle, un des enjeux primordiaux de la communauté homosexuelle est aussi de convaincre du bien-fondé de son combat auprès des indécis qui finiront par se rallier à sa cause en mettant en avant des interprétations et des principes constitutionnels indispensables à ses revendications. L'opinion concurrente de la juge O'Connor qui repose sur une approche doctrinale différente de celle du juge Kennedy, peut aussi être interprétée comme un

---

[937] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.28.

[938] « Les rédacteurs de la Constitution savaient, et nous ne devrions pas l'oublier aujourd'hui, qu'il n'existe pas de garantie pratique plus efficace contre un gouvernement arbitraire et déraisonnable que d'exiger que les principes de la loi imposés à une minorité par les officiels s'imposent de manière générale. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.29.

[939] "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.29.

moyen subtil de ne pas admettre une erreur de jugement personnelle dans l'arrêt *Bowers v. Hardwick*. Ainsi, la juge aurait favorablement évolué vers plus d'égalité, en ayant aussi trouvé son indépendance, sans la pression d'un exécutif encore présent en 1986. Nan Hunter remarque aussi que ce qui démarque la juge, qui va beaucoup plus loin que Kennedy, c'est que l'animosité issue de la morale vis-à-vis d'une classe d'individus exige un examen plus strict de constitutionnalité qu'un simple examen rationnel[940]. Ainsi, la Cour, de manière unanime, valide aussi une grille de lecture plus séculière de la rationalité dans le domaine de la sexualité[941]. Cela explique en partie pourquoi la validation du mariage homosexuel a été acquise si rapidement, tout comme il est utile d'ajouter que la juge en s'appuyant sur la clause de protection égale souhaite apporter sa contribution en inscrivant son jugement dans la lignée de la Cour Warren. En effet, cette dernière a rendu de nombreux arbitrages en utilisant la même approche, précipitant la Cour suprême dans une deuxième phase historique, selon Gerstmann : « [A] second age of fundamental rights, built on the foundation of equal protection rather than liberty and due process[942]. » Peut-on se demander si, à la fin, O'Connor n'ouvre pas la marche à Kennedy pour qu'il reconnaisse la pleine égalité de traitement de l'homophobie au même titre que le racisme ? Autrement dit, ne l'invite-t-elle pas à protéger un statut qui permettrait une assimilation consentie par une partie de la communauté homosexuelle ?

En revanche, Scalia reste un juge vigoureusement implacable vis-à-vis de l'homosexualité et de son incompatibilité avec une quelconque reconnaissance constitutionnelle mais aussi religieuse. Pour cela, il s'appuie sur la doctrine de la légalité processuelle du XIVe amendement qui autorise l'État à proscrire certains comportements et donc à priver les individus de leurs libertés tant que celles-ci ne sont pas considérées comme fondamentales. Dans le cas contraire, le gouvernement doit présenter un intérêt légitime et impérieux. En d'autres termes, contrairement à Kennedy qui affirme que la Constitution protège des libertés essentielles aux homosexuels, Scalia, partisan d'une interprétation étroite de la Constitution, indique que celle-ci ne stipule pas que la sodomie pratiquée par les homosexuels est un droit fondamental garanti par la légalité processuelle. On constate que ce qui oppose les juges concerne la difficulté de définir le concept de droit fondamental du point de vue constitutionnel et de la jurisprudence. Gerstmann se demande même, si la Cour, face à ses incohérences, n'a pas finalement créé de nouveaux droits et donc accordé de nouvelles libertés : « [T]he justices have been unable to articulate a consistent

---

[940] HUNTER, Nan, op.cit., p.199.
[941] HUNTER, Nan, ibid., p.200.
[942] « [U]n deuxième cycle dans les droits fondamentaux construit sur la base de la protection égale plutôt que la liberté et la légalité processuelle. »
GERSTMANN, op.cit., p.122.

theory to explain which rights qualify as fundamental[943]. » Les juges se fondent en fait sur des critères très distincts mais englobés dans un cadre juridique large, ce qui explique qu'ils doivent aussi convaincre leurs collègues pour obtenir une majorité de voix. Kennedy privilégie un raisonnement fondé sur une interprétation subjective du concept de liberté alors que Scalia favorise le recours à l'histoire et aux coutumes pour établir son jugement car, selon la jurisprudence, les droits fondamentaux sont par définition « profondément ancrés dans l'histoire de la Nation et la tradition[944] ». Si l'on se réfère aux travaux de Michael Perry, enseignant chercheur, spécialiste de droit constitutionnel et du rapport entre droit et religion, on constate que l'approche de Scalia pose un problème majeur, car elle refuse toute évolution favorable de la société et, en particulier, du traitement des minorités : « [T]here are several American traditions, and they include denial of freedom of expression, racial intolerance, and religious bigotry[945]. » Comment alors réconcilier injustice et erreurs du passé pour concrétiser certains principes comme égalité et liberté ? Il est intéressant aussi de constater que Scalia, accusé souvent de sectarisme, transfère une rhétorique de l'intolérance vis-à-vis des juges libéraux. Son intention est de défendre aussi la liberté religieuse en accusant ses détracteurs d'avoir engagé une « croisade » séculière vieille de dix-sept ans contre les lois interdisant la sodomie, jugée immorale par les plus conservateurs[946]. Pour lui, le simple fait que l'arrêt *Bowers v. Hardwick* se soit maintenu entre 1986 et 2003 suffit à lui conférer sagesse et respect de la justice : « The need for stability and certainty presents no barrier[947]. » Il lui semble donc inacceptable que des homosexuels puissent contester une telle décision et revendiquer un quelconque préjudice quand la Cour a statué que la sodomie pratiquée par les homosexuels pouvait être rendue illégale en 1986. La formulation utilisée par le juge semble aussi manifester une certaine forme d'arrogance et de vérité absolue, symptomatique des guerres culturelles, où le débat se retrouve réduit à des idées parfois minimalistes. Il reproche à Kennedy de ne pas avoir démontré que l'homosexualité représentait une liberté fondamentale et de ne pas avoir soumis *de facto* la loi du Texas à un examen de constitutionnalité plus strict. Cet argument légitime, au fond, ne sert qu'à décrédibiliser Scalia qui enferme le litige dans une

---

[943] « [L]es juges ont été incapables d'exposer une théorie cohérente pour expliquer quels droits remplissent les conditions pour être définis comme fondamentaux. »
GERSTMANN, ibid., p.120.
[944] *Washington v. Glucksberg* (1997), cité dans "Lawrence v. Texas", op.cit., §1, p.34.
[945] « [I]l y a plusieurs traditions américaines et elles intègrent le refus de la liberté d'expression, l'intolérance raciale et le sectarisme religieux. »
PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts, and Human Rights*. New Haven, CT: Yale University Press, 1982, p.93. Cité dans GERSTMANN, op.cit., p.157.
[946] "Lawrence v. Texas", op.cit., §1, p.31.
[947] « Le besoin de stabilité et de certitude ne constitue aucun obstacle. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.31.

question purement historique alors que le combat pour l'égalité des droits est une question de la deuxième partie du XXe siècle.

Sur le fond, Scalia critique aussi l'application de la doctrine du *stare decisis* dans le cadre de cette guerre des cultures en l'appliquant à deux sujets fondamentaux : l'homosexualité et l'avortement. Pour lui, le jugement de Kennedy est le résultat d'une manipulation car lorsque deux sujets aussi clivants débouchent sur le maintien de l'avortement en 1992 mais sur l'abrogation des lois contre la sodomie en 2003, il existe à son sens une contradiction qui vient desservir la Cour suprême et son devoir de cohérence[948]. Cette incohérence tient au fait que, selon lui, le droit à l'avortement et le droit à l'homosexualité sont le reflet « d'inventions » modernes, sans fondement historique, de la part du juge Kennedy s'appuyant sur un concept d'autonomie individuelle qui vient nuire à la prérogative des législateurs d'encadrer par la loi certaines pratiques « inacceptables et immorales[949] ». De fait, le juge admet qu'il est tout à fait légitime non seulement de légiférer, mais aussi de prononcer des décisions de justice fondée sur la morale, c'est-à dire de définir ce qui est acceptable ou non dans la société américaine. Il compare ainsi les lois contre la sodomie à l'interdiction de la vente de jouets sexuels en Alabama, validée par la cour d'appel fédérale pour le 11e circuit (2001), l'interdiction pour les militaires de révéler leur homosexualité ou bien que celle-ci soit l'objet d'une enquête approfondie dans le cadre de la sécurité nationale (1997, 1988), la condamnation de tous rapports sexuels en dehors du mariage ainsi que de l'adultère (1999, 1996)[950]. Il présente là un arsenal répressif qui régule sexualité et orientation sexuelle, et entre parfaitement dans un projet de société influencé par des préceptes religieux. Il englobe et valide la sexualité humaine à la lumière d'un fatras de lois hétéroclites qui engendrent confusion et amalgames auprès de l'opinion publique : « State laws against bigamy, same-sex marriage, adult incest, prostitution, masturbation, adultery, fornication, bestiality, and obscenity are likewise sustainable only in light of *Bowers* validation of laws based on moral choices[951]. » Au-delà de la nature religieuse de ces lois, certaines de ces interdictions démontrent aussi qu'elles constituent pour le juge un socle solide de références de la bonne morale, ce qui donne donc à l'État un intérêt légitime et rationnel pour les défendre. En conséquence, l'établissement du bien et du mal s'opère, selon lui, par la force de la loi et du précédent qui, par définition, « se fondent constamment sur

---

[948] Scalia s'appuie sur la jurisprudence dans *Planned Parenthood v. Casey* (1992). "Lawrence v. Texas". ibid., §2, p.32.
[949] "Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.33. et p.35.
[950] "Lawrence v. Texas", ibid., p.35.
[951] « De la même façon, les lois de l'État contre la bigamie, le mariage homosexuel, l'inceste chez l'adulte, la prostitution, la masturbation, l'adultère, la bestialité et l'obscénité sont viables uniquement à la lumière de la validation de lois fondées sur des choix moraux dans l'affaire *Bowers*. »
"Lawrence v. Texas", ibid., p.35-36.

des conceptions de la morale[952] ». Ne peut-on pas se demander si le point de vue de Scalia semble aussi en décalage avec les évolutions historiques de la société liées à la révolution sexuelle de la fin des années 1960, le féminisme et, plus récemment, le développement de l'internet et de produits culturels qui traitent aussi de ces problématiques ? Du point de vue des guerres culturelles, Scalia, en défenseur de la tradition religieuse, fait la promotion du *statu quo ante* ainsi que d'une société passéiste, immobiliste et obscurantiste dans laquelle l'homosexualité ne peut s'exprimer.

Il engage ensuite une réflexion sur la pertinence du droit à la vie privée dans le cadre d'activités sexuelles. Pour le juge, ce droit n'a jamais été défini par la jurisprudence en tant que liberté fondamentale par la doctrine du *substantive due process* qui, dans les années 1930, avait été fortement décriée pour avoir interdit des lois régulant les activités économiques[953]. En 1965, dans l'affaire *Griswold*, la majorité des juges avaient identifié un droit à la vie privée contenu dans la Déclaration des droits. Il accuse donc les juges libéraux d'avoir utilisé cette doctrine pour accorder de nouvelles libertés individuelles dans *Roe v. Wade* mais aussi dans *Lawrence v. Texas* alors que, selon Scalia, ni l'avortement ni la sodomie ne sont historiquement des droits fondamentaux. Ainsi, Kennedy est aux yeux de Scalia un législateur qui utilise une doctrine constitutionnelle pour lui conférer de nouvelles interprétations, à savoir que le concept de liberté doit être interprété de façon large dans le XIVe amendement pour inclure un droit à la sodomie dans le cadre de la vie privée[954]. D'ailleurs, Scalia remarque aussi que l'opinion majoritaire n'associe jamais l'avortement ou la sodomie ni à un droit ni à une liberté fondamentale. En fait, ce qu'il semble aussi oublier c'est que Kennedy s'appuie sur la jurisprudence de 1923 dans *Meyer v. Nebraska*, comme nous l'avons évoqué auparavant. Scalia se moque ouvertement de Kennedy et de ses expressions qui n'ont aucune valeur juridique : « I do not know what "acting in private" means; surely consensual sodomy, like heterosexual intercourse, is rarely performed on stage[955]. » Scalia préfère plaider l'ignorance plutôt que d'admettre que des homosexuels ont aussi une vie sexuelle qui constitue une liberté de choix. Il réfute ainsi l'argument selon lequel les homosexuels ont des libertés fondamentales dans des espaces cloisonnés et valide par la même occasion la Peur violette des années 1950. La référence à la scène de spectacle par le juge démontre aussi le peu de crédit qu'il accorde aux homosexuels qui exigent justice et égalité pour tous. Le jugement de Kennedy est à

---

[952] Il reprend l'opinion majoritaire dans l'affaire *Bowers v. Hardwik* (1986). "Lawrence v. Texas", ibid., p.36.
[953] Il s'agit de l'Ère Lochner, période de l'histoire de la Cour suprême, où le laissez-faire était la théorie dominante défendue par les juges.
[954] Il cite l'opinion majoritaire dans "Roe v. Wade" (1973), ibid., p.41.
[955] « Je ne sais pas ce que "agir à l'abri des regards" veut dire ; forcément la sodomie consensuelle comme les rapports hétérosexuels s'effectuent rarement sur scène. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.43.

ses yeux une vaste plaisanterie, une farce qui affaiblirait le prestige de la Cour suprême.

Néanmoins, ce que le juge refuse de reconnaître c'est que la loi du Texas semble établir une discrimination, puisqu'elle ne s'applique qu'aux homosexuels. À la place, il préfère s'en référer à des statistiques historiques qui démontrent que la sodomie, pratiquée par les hétérosexuels et les homosexuels, reste un crime que l'État doit continuer de condamner[956]. Le juge reste fondamentalement attaché au camp de la tradition et conteste formellement une soi-disant « prise de conscience émergente » de la société américaine à l'égard des nombreux préjudices que subissent les homosexuels et ajoute : « An "emerging awareness" is by definition not "deeply rooted in this Nation's history and tradition[s],"[957] ». Doit-on en déduire que les lois Jim Crow étaient donc légitimes parce qu'elles s'inscrivaient dans une tradition historique de l'esclavage qui soumettait les Afro-Américains au statut de race inférieure, leur interdisant l'accès à leurs droits fondamentaux ? On comprend que le recours systématique à l'histoire dans le cadre du combat pour les droits civiques doit être plus nuancé et doit s'effectuer, au contraire, sur la base de discriminations persistantes pour concrétiser le principe de l'égalité des droits pour tous. Pourtant, Scalia persiste en précisant que les recommandations de l'*American Law Institute* avaient déclenché une vague de contestations dans les États qui avaient alors envisagé de modifier leur code pénal[958]. Il oublie malgré tout de mentionner que ces débats sont à l'origine d'une vague favorable au progrès qui avait permis d'invalider les lois contre la sodomie. De même qu'il rejette toute influence juridique de l'étranger en provenance de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et revendique, au contraire, une forme d'isolationnisme des États-Unis sur la conduite du droit dans le cadre des guerres culturelles : « This Court...should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans[959]. » Il refuse toute interférence, toute coopération, voire une quelconque imitation du modèle européen. Par ce biais, il montre donc qu'il ne partage aucune des valeurs associées à la culture occidentale, dont le sécularisme, et veut prouver que le Texas a donc toute légitimité rationnelle à agir contre les homosexuels au nom de la morale qui se fonde sur le jugement subjectif des individus au sein d'un même État « [...] to further the belief of its citizens that certain forms of sexual behavior are immoral and unacceptable[960]. » Deux hypothèses sont

---

[956] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.43.

[957] « Une "prise de conscience émergente" n'est pas, par définition, profondément "ancrée dans l'histoire de cette nation et des tradition[s]," »
"Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.44.

[958] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.44.

[959] « Cette Cour... ne devrait pas imposer aux Américains un état d'esprit, des engouements ou des modes provenant de l'étranger. »
Il cite les propos du juge Thomas dans une affaire de 2002 : *Foster v. Florida*. "Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.44.

[960] « [...] pour faire avancer la croyance de ses citoyens selon laquelle certaines formes de comportement sexuel sont immorales et inacceptables. »

possibles pour expliquer l'origine de cette croyance. Soit celle-ci émane de convictions religieuses profondes provenant de la Bible, soit d'opinions personnelles sincères de la part d'individus qui n'ont pas été confrontés à la problématique de l'homosexualité d'un proche ou d'un enfant et en ont une représentation stéréotypée. Dans tous les cas, selon Scalia, la morale est une source légitime de pouvoir pour encadrer des comportements sexuels déviants alors que pourtant celle-ci n'est pas clairement stipulée dans la Constitution. Selon Gerstmann, le jugement de Scalia ne fait ainsi que marquer son hostilité à l'égard d'une communauté qui repose finalement sur « la désapprobation morale des relations entre les homosexuel-les[961]. » À cela, nous pourrions également ajouter que le simple rappel historique que la sodomie avait entraîné quatre pendaisons à l'époque coloniale, ne fait presque aucun doute sur la nostalgie que ressent Scalia à se tourner systématiquement vers une Amérique du passé[962]. On voit bien qu'une des difficultés de la Cour est de statuer clairement sur la manière d'appliquer cet examen rationnel, comme le dit Gerstmann, mais surtout que la question de l'homosexualité doit mériter un examen de constitutionnalité plus exigeant en faisant de l'orientation sexuelle une classification suspecte qui mérite protection. Ainsi, tout débat infructueux sur la rationalité de certaines lois punitives serait rendu inopportun.

C'est justement le raisonnement contenu dans l'opinion convergente que Scalia va prendre soin de juger avec sévérité. Il explique que la section 21.06. de la loi du Texas ne représente en aucune manière une violation de la clause de protection égale étant donné qu'il s'agit de « la même distinction » établie dans le cadre du mariage traditionnel[963]. En d'autres termes, les homosexuels n'ont pas accès à l'institution du mariage, qui leur est interdit par certaines lois d'État, tout comme les lois contre la sodomie régulent la sexualité uniquement pour les homosexuels, celle-ci étant considérée comme déviante. Ainsi, Scalia réitère le principe absolu de la morale et de la tradition, mais veut surtout sanctuariser la définition du mariage entre un homme et une femme tout en réprouvant la sexualité des homosexuel-les. Pour lui, le fait que des lois condamnent certains comportements est un principe normatif et il prend l'exemple des nudistes, en tant que classe, pour soutenir son propos : « A law against public nudity targets "the conduct that is closely correlated with being a nudist", and hence "is targeted at more than conduct"; it is "directed toward nudists as a class[964]." » Scalia n'apporte, cependant, aucune précision sur les raisons qui peuvent expliquer

---

"Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.45.

[961] GERSTMANN, op.cit., §3, p.21.

[962] "Lawrence v. Texas", op.cit., p.43.

[963] "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.46.

[964] « Une loi contre la nuditié en public cible "le comportement qui correspond de près au fait d'être nudiste" et d'où l'idée que les nudistes "soient davantage ciblés que le comportement ; la loi est "dirigée contre les nudistes en tant que classe." »
"Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.47.

que la nudité soit proscrite par la loi comme, par exemple, une possible atteinte à la pudeur. On comprend seulement qu'il s'agit d'un crime à l'encontre de la morale et que tous les contrevenants de la sorte doivent subir tout le poids de la justice. Il ne parvient pas non plus à convaincre sur le danger que représente l'homosexualité pour autrui, ce qui justifierait un intérêt séculier rationnel à réguler la sodomie. La nudité et l'homosexualité sont présentées comme des modes de vie alternatifs et passagers, des comportements induits par aucune forme de contrainte ou d'attraction naturelle du sujet que la loi peut contrôler, réguler et réprimer. En effet, par homosexualité, Scalia entend : « inclination sexuelle du principal acteur[965] », c'est-à-dire un choix volontaire de dévier de la norme. Il rejette donc catégoriquement qu'un examen de constitutionnalité plus stricte s'applique sauf dans le cadre d'une discrimination portant sur le sexe de l'individu ou bien son origine raciale, comme ce fut le cas avec les lois contre le mariage mixte qui avaient démontré que l'objectif de la loi de Virginie était de maintenir la supériorité de la race blanche[966]. Toutefois, on pourrait tout à fait envisager de considérer que les lois contre la sodomie chez les homosexuels n'ont comme finalité que d'imposer arbitrairement la suprématie de l'hétérosexualité et de la sexualité reproductive. Scalia semble tenter, une nouvelle fois, d'inscrire cette comparaison avec la question du mariage mixte dans une perspective historique de la sexualité que Jonathan Ned Katz, historien américain spécialiste de la sexualité humaine, décrit ainsi : « *Heterosexual* and *homosexual* refer to a historically specific system of domination—of socially unequal sexes [...][967] ». Katz aurait pu ajouter les races dans un tel système, puisqu'il affirme plus loin dans son analyse que l'abolition de l'esclavage a permis de graduellement déconstruire des relations de domination qui sont essentiellement des constructions sociales et non pas fondées sur la nature[968]. Ainsi, même si l'homophobie peut perdurer, l'hétérosexualité et l'homosexualité doivent pouvoir coexister harmonieusement puisqu'elles ne sont pas en compétition mais font plutôt partie de la diversité de la race humaine que Scalia ne semble pouvoir intégrer.

Il tente habilement de montrer que son manque d'ouverture d'esprit et de tolérance est moins sournois que chez la juge O'Connor. Il l'accuse de faire preuve d'ambiguïté dans son utilisation du langage qui ne laisse apparaître que de l'animosité vis-à-vis des homosexuels : « "[P]reserving the traditional institution of marriage" is just a kinder way of describing the State's

---

[965] "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.46.
[966] En référence à l'arrêt rendu dans l'affaire *Loving v. Virginia* (1967). "Lawrence v. Texas", ibid., §2, p.46.
[967] « Les termes *hétérosexuel* et *homosexuel* renvoient historiquement à un système de domination spécifique — celui de sexes socialement inégaux [...] . »
KATZ, Jonathan Ned. *The Invention of Heterosexuality*. Chicago: the University of Chicago Press. 1995. p.189.
[968] KATZ, ibid., p.189-190.

moral disapproval of same-sex couples[969]. » Le juge confirme donc qu'un tel ressentiment existe d'un point de vue structurel et qu'il reste donc un intérêt gouvernemental légitime pour appliquer des lois qui garantissent les bonnes pratiques de la sexualité ainsi que la sacralité du mariage. En fait, Scalia profite d'une double maladresse de la juge. O'Connor fait l'erreur d'évoquer la notion de tradition historique chère à Scalia mais ne se joint pas à Kennedy qui reconnaît aussi dans la sexualité une liberté fondamentale, à savoir celle du plaisir et de la vie privée.

La conclusion de Scalia va, au final, légitimer et confirmer un discours non seulement homophobe, mais aussi un jugement qui doit peser de tout son poids dans cette guerre culturelle, en invitant ainsi à une riposte conservatrice des autres pouvoirs de l'État fédéral mais également au niveau des États contre la décision de la Cour suprême : « It is clear from this that the Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed[970]. » Pour faire preuve de neutralité, la question de l'homosexualité doit revenir au niveau des États et être débattue par les citoyens et leurs représentants. Mais peut-on réellement affirmer qu'en redonnant le pouvoir à une majorité, celle-ci pourra arbitrer en toute objectivité sur les revendications d'une minorité ? On peut imaginer que cette supposée neutralité, tant espérée par le juge, semble s'effectuer par le biais de la majorité populaire qui représente le seul et unique arbitre dans des questions aussi sensibles qui touchent la société. Pour preuve, Gerstmann, qui montre comment la majorité exerce une forme de pression morale sur des groupes minoritaires, s'appuie sur une analyse de Scalia qui déclare alors que « the equal protection clause "requires the democratic majority to accept for themselves and their loved ones what they impose on you and me[971]." » La discrimination est donc rendue licite par le XIVe amendement car, selon lui, le principe d'égalité est concrétisé à partir du moment où une majorité d'individus se soumet aux mêmes valeurs et donc aux mêmes lois restrictives. Gerstmann, lui, est plus nuancé et stigmatise une majorité tyrannique et privilégiée qui ne joue pas selon les mêmes règles du jeu, notamment dans le cadre de la sexualité, en ayant recours, par exemple, à la démocratie directe pour refuser des libertés fondamentales aux homosexuels. En conséquence, on peut en déduire que le rôle de Scalia est de chercher à entretenir un climat anxiogène qui repose sur la peur et l'ignorance, en affirmant que cette décision dans l'affaire *Lawrence* ne s'inscrit que

---

[969] «"[P]réserver l'institution traditionnelle du mariage" est une manière plus aimable de décrire la désapprobation morale de l'État à l'égard des couples de même sexe. »
"Lawrence v. Texas", op.cit., §3, p.47.

[970] « Il est clair que, de ce point de vue là, la Cour a pris parti dans la guerre culturelle, en s'écartant de son rôle qui est de s'assurer, en tant qu'observateur neutre, que les règles démocratiques d'engagement soient respectées. »
"Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.48.

[971] « la clause de protection égale "exige que la majorité démocratique accepte pour elle-même et ses proches ce qu'elle impose à vous et moi." » Gerstmann cite le jugement de 1990 dans l'affaire *Cruzan v. Missouri Department of Health*. GERSTMANN, op.cit., p.194.

dans le cadre du soi-disant programme homosexuel. Celui-ci viendrait corrompre la Cour suprême et menacerait non seulement la civilisation humaine, mais aussi la démocratie américaine par les agissements honteux des militants[972]. En fait, Scalia veut protéger à tout prix la liberté religieuse et la liberté d'expression de ces nombreux Américains qui sont ouvertement hostiles à l'homosexualité, et que les partisans du mouvement LGBT tentent de contrer par des campagnes de sensibilisation : « Many Americans do not want persons who openly engage in homosexual conduct as partners in their business, as scoutmasters for their children, as teachers in their children's schools, or as boarders in their home[973]. » Le rôle des organisations qui militent pour la défense des droits des homosexuels est aussi de répondre à des contre-vérités qui font des homosexuels des individus dangereux et qui pourraient « répandre » ou « contaminer » leur homosexualité à d'autres individus qui réclament protection à l'égard de l'innocence de leurs enfants. Le « programme homosexuel » doit s'entendre plutôt comme un combat pour la justice et l'égalité des droits et que Harvey Milk, premier conseiller municipal homosexuel de San Francisco froidement assassiné en 1978, aurait pu parfaitement associer à ces quelques termes : « We are coming out to fight the lies, the myths, the distortions. We are coming out to tell the truth about gays[974] ». Vingt-cinq ans plus tard, ce combat se poursuit à la lumière de propos dénigrants et diffamatoires tenus contre des homosexuels et que le juge cautionne en représentant cette majorité hétérosexuelle et conservatrice soi-disant neutre. En fait, on comprend bien que la neutralité, c'est-à-dire l'absence de l'idéologie religieuse est difficile à concrétiser dans le système institutionnel américain. Comme l'affirme Richard John Neuhaus, prêtre et écrivain américain qui a conseillé le Président George W. Bush, le pluralisme idéologique représente le socle de la démocratie américaine qui permet viabilité et vitalité de tout un système : « [Pluralism] means that there are contenders striving with one another to define what the play is about—what are the rules and what the goal[975]. » En fait, le discours de Neuhaus s'inscrit dans la logique des guerres culturelles, en se décrivant lui-même comme un acteur à part entière, en tant que représentant des institutions religieuses conservatrices. L'auteur du concept de *Naked Public Square*, autrement dit la mise en

---

[972] "Lawrence v. Texas", op.cit., §1, p.48.

[973] « De nombreux Américains refusent que des individus qui se livrent ouvertement à un comportement homosexuel soient leurs associés professionnels, les chefs scout de leurs enfants, les professeurs dans les écoles de leurs enfants ou leurs pensionnaires. » "Lawrence v. Texas", ibid., §3, p.48.

[974] « Nous rendons publique notre homosexualité pour combattre les mensonges, les mythes, les déformations. Nous rendons publique notre homosexualité pour dire la vérité sur les homosexuels »
BROOKS, Adrian. "The Mayor of Castro Street". Dans BROOKS, Adrian. *The Right Side of History: 100 Years of LGBTQI Activism*. New York: Cleiss Press. 2015. p.131.

[975] « [Le pluralisme] signifie qu'il y a des concurrents qui luttent les uns contre les autres pour définir le jeu et ce dont il s'agit — quelles sont les règles et quel est l'objectif. »
NEUHAUS, Richard J. *The Naked Public Square* (2nd Ed.). Grand Rapids: Wm.B. Eerdmans Pub.Cy. 1986. p.84.

place progressive d'un espace public nu, met en garde les conservateurs contre le sécularisme qui entraînerait le totalitarisme si cette doctrine devait s'imposer à tous[976]. Il brandit là une menace excessive qui mettrait un terme à la liberté religieuse alors qu'au cœur des guerres culturelles l'enjeu est aussi de lutter contre les empiètements religieux dans des affaires qui relèvent des droits et libertés civiques et qui concernent les citoyens d'un État et non pas les croyants.

Scalia se montre ensuite plus modéré dans ses propos vis-à-vis des homosexuels, mais maintient le principe selon lequel l'homosexualité, pour être légitime en tant qu'orientation sexuelle et donc permettre ainsi l'accès à l'égalité des droits, doit être soumise à l'approbation du peuple par un vote ou à partir du processus législatif classique[977]. À travers cette invention, ce qui gêne aussi Scalia c'est qu'en tant que juge nommé à vie par un président et approuvé par le Sénat, il ne peut admettre qu'il ait légitimité pour arbitrer cette question. En fait, le recours à la Cour suprême doit s'intégrer comme un dispositif pratique qui permet de contrebalancer les excès des autres pouvoirs. Autrement dit, la Cour est parfaitement dans son rôle quand elle doit déterminer si finalement la loi du Texas représente un intérêt impérieux de l'État de discriminer les homosexuels du fait de leur sexualité. On voit bien que Scalia cherche aussi à trouver des prétextes, comme le fait que la nation ne soit pas prête à accepter un tel avancement des droits LGBT et que la Cour ne servirait qu'à faire accélérer les revendications des Américains LGBT : « [...] a Court that is impatient of democratic change[978]. » Pourtant, les enquêtes d'opinion menées par Gallup entre juin 1977 et mai 2003 montrent qu'un mois avant l'arrêt de la Cour Suprême 59 % des Américains étaient favorables à la dépénalisation des lois qui répriment la sexualité des homosexuels alors qu'ils étaient 37 % à se déclarer contre. Par ailleurs, 54 % des Américains considéraient que l'homosexualité était moralement acceptable alors qu'ils étaient 43 % à la juger inacceptable[979]. On peut en tirer la conclusion que les Américains accordent de l'importance au principe d'égalité des droits pour tous les citoyens, mais que sur le respect de la morale religieuse ils se montrent plus divisés. Toutefois, le juge reste persuadé que le débat sur l'homosexualité doit l'emporter alors qu'il sait pertinemment que les homosexuels auront le plus grand mal à convaincre des homophobes qui brandissent des pancartes devant la Cour suprême proclamant que l'homosexualité est un péché et que Dieu déteste les homosexuels : « But persuading one's fellow citizens is one thing, and imposing one's views in absence of democratic majority will is

---

[976] NEHAUS, ibid., p.85.
[977] "Lawrence v. Texas". op.cit., §2, p.49, §1, p.50.
[978] « [...] une Cour qui est impatiente de changement démocratique. »
"Lawrence v. Texas", ibid., p.49-50.
[979] NEWPORT, Frank. "Six in 10 Americans Agree That Gay Sex Should Be Legal". *Gallup*. June 27, 2003. Consulté le 12 août, 2015 [http://www.gallup.com/poll/8722/six-americans-agree-gay-sex-should-legal.aspx].

something else[980]. » N'est-ce pas plutôt l'imposition de valeurs morales que Scalia tente de défendre en l'absence même d'unanimité de l'opinion publique ? En refusant toute forme de dignité aux homosexuels, le juge est intimement convaincu que Kennedy ouvrira la voie vers la légalisation du mariage homosexuel, puisque Scalia lui-même reconnaît qu'il s'agit d'une liberté fondamentale protégée par la Constitution, s'il en croit Kennedy[981]. En fait, le raisonnement de Scalia est déjà précurseur des litiges à venir en déclarant que l'opinion de Kennedy reviendrait à confirmer que la procréation n'est pas un intérêt légitime gouvernemental, puisque les personnes âgées ainsi que les personnes stériles ont le droit de se marier[982] tout comme les individus condamnés à un moment de leur vie pour des actes criminels et qui ont purgé leur peine, notamment pour des faits de pédophilie.

On s'aperçoit que le conflit au sein de la plus haute instance judiciaire porte aussi sur la question des libertés et la façon de les définir pragmatiquement à la lumière de principes constitutionnels susceptibles de différentes interprétations. Pour Laurence Tribe et Michael Dorf, professeurs et spécialistes de droit constitutionnel américain, qui s'appuient sur *The Federalist No. 51* de Madison, il semble que l'affaire *Lawrence v. Texas* entre parfaitement dans les prérogatives des juges : « [J]udges must squarely face the task of deciding how abstractly to define our liberties[983]. » En d'autres termes, il s'agit de définir les libertés inaliénables d'individus souvent négligés et méprisés du fait de leur orientation sexuelle différente. Il n'est donc pas nécessairement question de majorité démocratique pour reconnaître ou non ces droits aux homosexuels mais plutôt de justice sociale et d'honorer ainsi le principe de la Déclaration d'indépendance qui fait que tous les hommes sont créés égaux, tout en leur accordant un droit à la vie privée. Comme le rappelle, Chauncey, la doctrine de la vie privée garantit aux individus la possibilité de prendre des décisions et de faire des choix fondamentaux qui affecteront leur vie et leur avenir mais surtout elle incarne un formidable rempart contre la morale religieuse : « [I]t represents a way to prevent one religious or socio-ethnic group from imposing its moral codes on other people's most intimate life decisions[984]. » Pour concrétiser le principe de justice sociale dans cette guerre culturelle, toute

---

[980] « Mais persuader ses compatriotes est une chose mais imposer ses propres opinions en l'absence de volonté d'une majorité démocratique en est une autre. »
"Lawrence v. Texas", op.cit., §2, p.49.
[981] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.51.
[982] "Lawrence v. Texas", ibid., §1, p.51.
[983] « [L]es juges doivent en toute honnêteté faire face à une tâche qui consiste à décider de manière abstraite comment définir nos libertés. »
Tribe, Laurence, and Michael Dorf. "Levels of Generality in the Definition of Rights." *University of Chicago Law Review* 57.1990. pp. 1057–1108. Cité dans GERSTMANN, op.cit., §2, p.195.
[984] « [E]lle représente une manière d'empêcher un groupe religieux ou socio-ethnique d'imposer ses codes moraux à autrui en ce qui concerne les décisions de vie les plus intimes. »

la difficulté des juges est de parvenir à réconcilier liberté et droit à l'intimité pour les homosexuels tout en faisant abstraction de la condamnation religieuse de l'homosexualité. L'opinion dissidente du juge Thomas qui se joint à Scalia repose sur un paradoxe. Il admet que la loi du Texas est absurde et qu'il encouragerait une abrogation sans tarder mais ne s'appuie sur un aucun principe constitutionnel ou de droit pour le faire : « Punishing someone for expressing his sexual preference through noncommercial consensual conduct with another adult does not appear to be a worthy way to expend valuable law enforcement resources[985]. » Il revendique plutôt l'idée qu'un consentement mutuel, dans le cadre d'un rapport sexuel, ne doit pas mobiliser tant de moyens répressifs, invitant l'État à revoir ses priorités en matière de criminalité. Selon Thomas, il semblerait que ce soit la liberté d'expression, contenue dans le Ier amendement, qui autoriserait les homosexuels à faire valoir leur homosexualité en tant que « préférence » bien que le qualificatif employé semble encore inadéquat. Il traduit encore l'ignorance du juge qui consiste à faire croire que les homosexuels peuvent choisir d'être hétérosexuels. Dans le même temps, il déclare que la Constitution ne fait pas référence textuellement à un droit à la vie privée alors que les lois contre la sodomie font justement intrusion dans le moment le plus intime des individus, à savoir leur sexualité. On peut donc considérer que le jugement de Thomas repose sur une forme de compromis qui serait de tolérer la sodomie à partir du moment où celle-ci ne représente pas une atteinte aux bonnes mœurs.

En fin de compte, comme le rappelle Nan Hunter, cette décision dans l'affaire *Lawrence* est une première victoire dans le domaine de la sexualité car elle a le mérite d'uniformiser la loi au niveau fédéral en rappelant qu'il n'est pas légal de criminaliser des rapports sexuels consentis dans la sphère privée[986]. La sexualité humaine n'est désormais plus calibrée pour permettre la seule reproduction de la race humaine, elle est aussi une liberté fondamentale des homosexuels reconnue par le *substantive due process* mais aussi par la clause de protection égale du XIVe amendement. Cette étape franchie, certains plaideurs homosexuels vont de nouveau saisir les instances institutionnelles pour exiger que le mariage s'applique à tous les citoyens hétérosexuels et homosexuels.

Chauncey fait référence à l'ouvrage de Mary Ann Glendon *The Transformation of Family Law* (1997, 283). CHAUNCEY, op.cit., p.85.

[985] « Punir quelqu'un qui exprime sa préférence sexuelle par une conduite consensuelle non-tarifée avec un autre adulte n'apparaît pas comme étant une manière utile d'épuiser des ressources précieuses au titre du contrôle d'application de la loi. »
"Lawrence v. Texas", op.cit., §1, p.52.

[986] HUNTER, Nan, op.cit., p.200.

III.B. Le mariage homosexuel : une conception locale et expérimentale

En novembre 2003, soit cinq mois après la décision de la Cour suprême des États-Unis, la Cour suprême judiciaire du Massachusetts rend une décision favorable vis-à-vis des couples de même sexe dans *Goodridge v. Department of Public Health*. La juge en chef, Margaret Marshall, déclare que, tout d'abord, la question du mariage homosexuel est du ressort des États puisqu'elle n'a pas été arbitrée directement par la plus haute Cour et que refuser l'accès à cette « institution sociale vitale » représente une violation de la Constitution du Massachusetts et, plus précisément, des principes d'autonomie individuelle et d'égalité devant la loi[987]. En d'autres termes, la Cour s'appuie sur le raisonnement formulé par les juges Kennedy et O'Connor pour démontrer que les unions civiles feraient des homosexuels des citoyens de seconde zone. Cette décision emblématique vient illustrer aussi la capacité du troisième pouvoir d'exiger que la législature d'État se plie à cette décision, mais surtout qu'elle agisse rapidement, en 180 jours, afin de prendre toutes les mesures nécessaires pour proposer aux couples de même sexe la reconnaissance civile de leur engagement dans une relation stable et durable. Cette décision est l'illustration même d'une juridiction inférieure qui agit comme un « laboratoire expérimental[988] », tandis que la Cour suprême des États-Unis donne toute latitude aux États pour arbitrer cette question sensible du mariage homosexuel en mobilisant tous les moyens démocratiques nécessaires pour atteindre un consensus. Ainsi, on peut constater que la plus haute Cour, souvent accusée d'impérialisme et d'autoritarisme, travaille aussi avec d'autres acteurs inférieurs et indirects du système démocratique puisqu'elle ne tranchera sur la question que douze ans plus tard. C'est d'ailleurs ce laps de temps qui cristallise aussi un certain nombre de crispations : trop court pour les uns, trop long pour les autres. La victoire de cette bataille juridique se joue aussi sur la durée et les stratégies de recours et d'appel. Mais, à la fin, c'est bien la construction jurisprudentielle du *standing* (« intérêt à agir ») qui pousse la Cour suprême américaine à se saisir du dossier tout en démontrant la maîtrise absolue de son « agenda[989] ». C'est la raison pour laquelle le débat sur le mariage homosexuel a créé de nombreuses disparités entre les États car la Cour suprême américaine n'est intervenue que pour rétablir un de ses objectifs qui est, comme le rappelle Deysine, d'homogénéiser le droit constitutionnel au niveau inférieur[990]. Un autre exemple saillant

---

[987] Massachusetts Supreme Judicial Court. "Goodridge v. Department of Public Health". Jugement prononcé le 18 novembre 2003. Consulté le 15 juin, 2015 : [http://www2.law.columbia.edu/faculty_franke/Gay_Marriage/Goodridge%20Decision%20edited%20Fundamental%20Right.pdf], p.1-3.

[988] Deysine parle de laboratoire jurisprudentiel. DEYSINE, op.cit., p.218.

[989] DEYSINE, ibid., p.97.

[990] DEYSINE, ibid., p.219.

de ce concept de « laboratoire expérimental » et collaboratif est la décision de la Cour suprême du Vermont dans *Baker v. Vermont* en décembre 1999. À l'unanimité les juges déclarent que les couples de même sexe doivent bénéficier des mêmes protections et des mêmes avantages que les couples hétérosexuels mariés, mais précisent que : « Whether this ultimately takes the form of inclusion within the marriage laws themselves or a parallel "domestic partnership" system or some equivalent statutory alternative, rests with the Legislature[991]. » La Cour laisse donc la législature d'État convenir d'un compromis qui permettra d'atteindre l'objectif d'inclusion et d'égalité des droits du mariage, fixé par les juges. En juillet 2000, l'Assemblée générale du Vermont approuve les unions civiles pour les couples de même sexe, une première forme d'union légale similaire au mariage mais qui n'a aucune valeur au niveau fédéral. Ces deux États font donc office d'exception quand une large majorité d'États choisissent la stratégie, déployée par le président George W. Bush en 2004, d'amender leur Constitution afin de définir le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme. Cette contre-attaque conservatrice lancée en 1998 avait pour finalité de mettre un terme à des décisions de justice considérées comme activistes et arbitraires qui ne respectaient pas la conception religieuse et historique du mariage. Cependant, c'est bien une offensive libérale orchestrée par deux avocats que tout semblait opposer qui va faire l'objet de toute notre attention : le procès contre la Proposition 8 en Californie (2008) dont la stratégie était de faire reconnaître les responsabilités du gouvernement fédéral, et de contraindre l'État à se conformer aux principes de la Constitution américaine.

III.B.1 *Perry v. Schwarzenegger* (2010) : « separate but unequal[992] »

Il convient tout d'abord d'apporter un éclairage historique et singulier qui montre toute la complexité de la question du mariage homosexuel qui a impliqué tous les échelons institutionnels de la Californie. Cette guerre culturelle contre l'homosexualité a su mobiliser et mettre en mouvement tous les acteurs politiques et juridiques, mais aussi la communauté scientifique ainsi que les Californiens en première ligne qui ont été consultés par référendum à deux reprises. Le cas de la Californie est unique en son genre car cette bataille législative et judiciaire a terminé sa course à la Cour suprême américaine en juin 2013. De plus, comme le souligne justement Kathryn

---

[991] « Que cela prenne au final la forme d'une inclusion par les lois actuelles sur le mariage ou d'un système parallèle semblable à un "partenariat enregistré" ou bien d'une certaine alternative à équivalence statutaire, la décision revient à la législature de l'État. »
Vermont Supreme Court. "Baker v. Vermont". Jugement prononcé le 20 décembre 1999. Consulté le 15 juin 2015 : [http://www.lambdalegal.org/in-court/legal-docs/baker_vt_19991220_decision-vt-supreme-court], p.1.
[992] « séparé mais inégal »

Werdegar, juge à la Cour suprême de Californie, aucun précédent n'a permis de déterminer si une initiative populaire pouvait être utilisée pour enlever des droits fondamentaux à une communauté d'individus du fait de leur orientation sexuelle[993]. À la suite de l'adoption du *Defense of Marriage Act* (1996), la Californie saisit les citoyens, invités à se prononcer sur un projet de loi (*Proposition 22*) qui définit le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme. Les Californiens valident cette proposition à 61 % faisant du mariage traditionnel la seule union valable et reconnue par l'État. Cependant, à la suite des jugements dans les affaires *Lawrence* et *Goodridge*, Gavin Newsom, le maire de San Francisco, délivre 4 000 licences de mariage à des couples de même sexe, de février à mars 2004, annulées en août par la Cour suprême de Californie. En mai 2008, la proposition 22 est jugée anticonstitutionnelle par cette même cour (dans l'affaire *In re Marriage Cases*) en dépit du vote des Californiens. Les mariages homosexuels reprennent partout en Californie jusqu'à ce que les conservateurs réitèrent l'expérience de l'année 2000 en faisant cette fois approuver un amendement constitutionnel en novembre 2008 dont l'objectif affiché était d'éliminer le droit au mariage pour les couples de même sexe (Proposition 8) et d'empêcher, ce que les conservateurs considèrent comme une manœuvre du judiciaire pour redéfinir le mariage. En mai 2009, dans l'affaire *Strauss v. Horton*, la Cour suprême de Californie maintient la validité constitutionnelle de la Proposition 8, mais les mariages homosexuels célébrés avant son adoption restent légaux. Pendant ce temps, Théodore Olson et David Boies s'organisent pour mettre en place la prochaine stratégie qui allait contester la constitutionnalité de la Proposition 8 auprès du tribunal fédéral du district nord de la Californie, tout en recevant le soutien d'une organisation à but non lucratif créé au printemps : l'AFER (*American Foundation for Equal Rights*). Cette fondation allait soulever des fonds pour financer cette nouvelle bataille juridique en faveur du mariage homosexuel par des collectes de fonds, des stratégies de communication afin d'éclairer et mobiliser les citoyens notamment sur les réseaux sociaux, la production d'un documentaire (*The Case Against* 8, 2014), ainsi que d'une pièce de théâtre ("*8*", 2013) sous la forme d'une lecture des transcriptions du procès[994]. L'organisation voulait apporter un certain nombre de ressources authentiques afin de rétablir la vérité sur la vie de ces couples de même sexe et d'éviter des déformations médiatiques ou des analyses journalistiques biaisées au niveau national : « I felt that Ted and I could bring this issue to mainstream America[995] ». Pour les avocats, il s'agissait non seulement de remporter ce combat juridique mais surtout de convaincre une opinion publique

[993] "Strauss v. Horton" (2009).
[994] On retrouve dans cette production des acteurs comme Brad Pitt et George Clooney : [http://www.afer.org/LA/].
[995] « J'avais le sentiment que Ted et moi pouvions présenter cette question à l'Amérique traditionnelle. »
BOIES & OLSON, op.cit., p.46.

américaine partagée. L'AFER était même considérée comme une concurrente sérieuse par d'autres organisations LGBT comme HRC ou GLAAD[996]. Seulement, ces rivalités sont toutes relatives car rappelons que le fondateur de l'AFER en 2009 n'est autre que Chad Griffin, désormais président de la HRC, qui a succédé à Joe Solmonese en juin 2012, et que l'AFER a mis fin à ses activités en août 2015. En revanche, cette fondation a attiré la foudre de ses concurrentes car ces organisations redoutaient une défaite de Boies et Olson au tribunal fédéral du district nord qui aurait pu mettre un coup d'arrêt sévère à cette bataille et avoir un impact néfaste à l'échelle du pays, car la Californie est un des États les plus scrutés et les plus progressistes en matière d'avancement des droits LGBT. Finalement, ce n'est que quand la Cour suprême valide la Proposition 8 en mai, épuisant ainsi tous les recours au niveau de l'État que la stratégie de Boies et Olson représente le combat de la dernière chance. Olson et Boies, après avoir engagé une recherche minutieuse pour identifier les futurs demandeurs qui devaient répondre à huit critères bien précis[997], entament une action en justice avec leurs associés contre l'État de Californie après que Kristin Perry et Sandy Stier ainsi que Paul Katami et Jeffrey Zarrillo se soient vus refuser la célébration de leur mariage dans les comtés d'Alameda et de Los Angeles.

Lors de sa déclaration liminaire, Théodore Olson qui s'appuie sur la jurisprudence, rappelle que l'institution du mariage trouve son ancrage dans le tissu social, et permet de rassembler les Américains autour de valeurs et principes essentiels, contenus dans la Constitution mais aussi dans la Déclaration des droits. Par exemple, l'intimité qui entre dans la liberté d'association, mais aussi le droit à la vie privée. Le mariage s'inscrit dans un projet de vie qui permet aussi à chaque individu de s'accomplir, en exprimant solennellement l'engagement d'une vie partagée à deux. C'est un droit civil qui permet à des individus de recevoir des protections de l'État, mais aussi d'accomplir un certain nombre d'obligations. Cet ensemble, selon Olson, forme un tout cohérent qui participe à la stabilité et au dynamisme des foyers, mais aussi d'une communauté, et donc de toute une société de citoyens. Le mariage a donc un impact positif sur l'économie, sur la solidité des familles, et permet à chacun d'être intégré dans un dispositif qui apporte les mêmes garanties à tous[998]. Puis, il revient sur la décision de la Cour suprême de Californie de mai 2008, rappelant que la Constitution californienne protégeait les individus qui faisaient le choix de se marier avec un partenaire du même sexe. Ainsi, l'orientation sexuelle ne pouvait pas servir de critère pour pouvoir

---

[996] BOIES & OLSON, ibid., p.51-52.

[997] La maturité, un désir profond de se marier, être dans une relation stable et durable, rester en couple pendant les trois ou cinq années à venir (le temps de la procédure) sont quelques-uns des critères retenus.
BOIES & OLSON, ibid., p.49-50.

[998] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1. p.20-21.

prétendre au droit du mariage. Pourtant, Olson et Boies affirment que la Proposition 8 est loin d'être un simple amendement. En effet, elle constitue une véritable révision de la Constitution en bafouant les principes de liberté et d'égalité[999]. Il s'agit d'une interdiction pérenne qui privera les couples de même sexe des avantages de l'institution du mariage. C'est logiquement donc que l'avocat s'interroge pour déterminer si le principe d'égalité est atteint par l'adoption de la loi instaurant le partenariat enregistré en 1999[1000]. Olson reconnaît une forme de progrès, mais ne peut concevoir que légalement, culturellement et dans les mentalités, le mariage et le partenariat enregistré aient la même valeur et confèrent les mêmes droits fédéraux. Il s'agit d'une création artificielle, au statut inférieur, qui sépare les homosexuels et les hétérosexuels et qui, au fil des années et des événements récents, a conduit à des classifications incohérentes des couples toutes orientations sexuelles confondues. Olson identifie quatre classes distinctes : les hétérosexuels, 18 000 couples de même sexe qui sont mariés, des couples de même sexe qui se sont mariés en dehors de la Californie. Enfin les couples de même sexe de Californie à qui l'on refuse l'égalité d'accès à l'institution du mariage au quotidien[1001]. Olson aurait même pu ajouter les « partenaires enregistrés » qui se retrouvent dans une situation intermédiaire en attendant que la Cour se prononce sur la question du mariage. Il dénonce ce dispositif qui renvoie les couples de même sexe à leur dépréciation aux yeux de tous, à la manière d'un signe distinctif, d'un « badge d'infériorité », associé à quatre adjectifs stigmatisants : « différent », « séparé », « inégal », « moins avantageux »[1002]. Selon lui, ce système permet aux partisans de la Proposition 8 de renforcer et d'imposer le mariage comme tradition hétéronormative, un privilège exceptionnel, réservé aux seuls hétérosexuels, attesté par l'imprimatur de l'État. Les homosexuels devraient donc se conformer à ces principes arbitraires et refouler leur orientation sexuelle, en épousant une personne du sexe opposé. Olson affirme que cette pseudo-relation ne peut qu'être factice, car l'État refuse que les homosexuels puissent librement choisir leur partenaire du fait de leur orientation sexuelle. C'est en cela que le gouvernement cautionne une discrimination qui repose sur une caractéristique immuable de l'individu, en perpétuant une tradition historique, celle de l'inégalité de traitement vis-à-vis des noirs et des femmes par exemple[1003]. Olson rappelle au juge Walker le passé sombre des États-Unis à la recherche permanente de boucs émissaires : « The history of the United States is full of moral condemnation of other people because of their race, their sex, or

[999] BOIES & OLSON, op.cit., p.57.
[1000] La Californie était ainsi le premier État à reconnaître les couples de même sexe.
[1001] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.43-44.
[1002] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.38, p.23.
[1003] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.27.

their ethnicity[1004]. » Une Amérique divisée, hantée par des préjugés et des idées reçues éculées que la Cour Suprême a tantôt promus, avant aussi de se raviser comme dans le cadre de la ségrégation. Pour Olson, il ne fait aucun doute que la Proposition 8 n'est pas une simple campagne pour amender la Constitution de la Californie, mais plutôt un référendum pour empêcher les homosexuels d'avoir accès au mariage, et contribuer favorablement à une institution qu'il souhaite magnifier. Pour se justifier, il indique que le procès démontrera que la campagne électorale a véhiculé des mensonges et des messages de peur à travers la publicité, et que la définition du mariage n'est qu'une tautologie discriminatoire. D'ailleurs, le titre officiel de cette initiative populaire qui figure dans le guide d'information, adressé à chaque électeur, stipule bien que l'objectif de la Proposition 8 était « d'éliminer le droit au mariage pour les couples de même sexe[1005] ». En parlant d'élimination, il semble que l'intention de nuire à la communauté était aussi l'ambition du camp conservateur qui agissait au nom de convictions religieuses sincères. Le juge se demande si, en définitive, la morale religieuse peut servir de fondement juridique pour invalider certaines interdictions, car toutes les lois reflètent une certaine conception de ce qui est bien ou mal, et établissent une référence normative en matière de moralité, appliquée à l'ensemble de la société. Olson répond habilement en montrant que le combat LGBT pour l'égalité des droits est souvent compromis par la désapprobation d'individus, en raison de leurs préjugés et de la désapprobation morale qui trouve ses origines dans la Bible et ses interprétations. En définitive, on comprend que c'est bien une forme d'hostilité qui anime ces individus qui approuvent par un vote démocratique, que certains droits ne peuvent pas s'appliquer aux homosexuels considérés, dès lors, comme des citoyens de seconde zone. Pour Olson, la Proposition 8 discrimine les homosexuels, puisqu'elle cible leur orientation sexuelle qui fait l'objet d'une interdiction et d'un jugement négatif, alors que l'homosexualité représente une caractéristique innée et nécessaire à l'identité de la personne homosexuelle. C'est cet argument qui lui permet d'affirmer, en conséquence, que les homosexuels sont protégés par le XIVe amendement de la Constitution des États-Unis et qu'ils peuvent, en tout état de cause, intenter des actions en justice pour faire valoir leurs droits.

Olson poursuit en s'intéressant cette fois aux exigences du juge, fixées par dix-neuf questions factuelles. Olson montre qu'il a su mobiliser tous les moyens nécessaires, en faisant appel à des experts et des chercheurs, dans des domaines aussi vastes que l'histoire, la psychologie, l'économie, la science politique ainsi que des membres de la société civile : « We

---

[1004] « L'histoire des États-Unis s'est pleinement construite par la condamnation morale d'autres individus à cause de leur race, leur sexe ou leur origine ethnique. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.30-31.
[1005] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.29.

wanted a controlled, coherent, and consistent message[1006]. » Pour le camp libéral, il s'agit du procès de la vérité, par un discours accessible et clair, qui s'appuie sur des données empiriques alors que pour le camp conservateur il faut protéger les croyances religieuses et la tradition. Olson se veut transparent et pédagogue : il entend démontrer qu'en tant que conservateur, ce combat pour l'égalité d'accès à l'institution du mariage est juste, et qu'il ne doit pas servir à alimenter des tensions entre des forces partisanes. Il en appelle au bon sens des Américains, à leur raison, et les invite à se laisser surprendre. Il est persuadé que ce procès servira d'électrochoc et leur permettra de corriger leurs préjugés : « Surprise in the sense that it opens people's minds to the damage that we're doing when we discriminate on this basis[1007]. » Le procès contre la Proposition 8 doit servir d'instrument éducatif et civique et servir les intérêts de l'ensemble de la société américaine, afin de réparer les dégâts provoqués par cette guerre culturelle contre les homosexuels qu'il résume historiquement ainsi : « They have been classified in this nation as degenerates, targeted by police, harassed in the workplace, censored, demonized, fired from government jobs[1008]. » La Proposition 8 semblerait s'inscrire dans une tradition de la persécution systématique des homosexuels, mise en place par le gouvernement, pour s'insinuer dans les mœurs et s'appliquer dans de nombreux domaines comme l'éducation, l'emploi et la culture.

Olson soutient qu'en laissant passer les homosexuels pour des moins-que-rien, des individus dangereux et insignifiants, cette guerre culturelle a laissé progresser les agressions, le harcèlement moral, la discrimination et l'homophobie dont les répercussions sur leur santé et l'économie de la Californie ont été significatives. Edmund Egan, docteur, économiste en chef de San Francisco et directeur du pôle « Analyse économique » au bureau du directeur financier de Californie, rapporte que le poste de dépenses en matière de santé vis-à-vis de la minorité homosexuelle se chiffre à 2,5 millions de dollars par an, et que les homosexuels font souvent appel au service de santé public pour remédier à des souffrances psychologiques liées à la discrimination[1009]. Olson veut convaincre le juge que le gouvernement n'a objectivement aucune raison légitime et rationnelle de justifier un tel amendement, car si les homosexuels sont si dangereux, alors les meurtriers et les pédophiles sortis de prison ne devraient plus pouvoir se

---

[1006] « Nous voulions un message modéré, logique et cohérent. »
BOIES & OLSON, op.cit., p.79.
[1007] « Surprise dans le sens qu'elle ouvre l'esprit des gens qui réalisent les dégâts qu'ils font quand nous discriminons sur cette base. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.37.
[1008] « Ils ont été classés dans cette nation comme des dégénérés, ciblés par la police, harcelés sur le lieu de travail, censurés, diabolisés, renvoyés de leur poste au sein du gouvernment. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.39.
[1009] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 4. p.32.

marier, car ils représenteraient une menace équivalente pour leurs conjoints et leurs enfants[1010]. Les homosexuels sont des citoyens à part entière, et contribuent favorablement à l'économie de la Californie et à son rayonnement culturel et artistique. De nombreux homosexuels, dont les plaignants, sont engagés dans des relations stables et durables, et élèvent leurs enfants dans un environnement familial sain et équilibré. Brandir l'argument de la procréation comme justification légitime n'est pas recevable pour l'avocat pour des raisons historiques, scientifiques et empiriques : « The quality of a parent is not measured by gender, but by the content of the heart[1011]. » D'autres facteurs, hormis la biologie ou le sexe d'une personne, conduisent des individus à accomplir parfaitement leur rôle de parent comme l'affection ou l'amour portés à ses enfants[1012]. De plus, comme le dit justement Olson, la procréation n'a jamais servi de prérequis ou d'obligation pour l'obtention d'une licence de mariage, ni ne constitue la garantie de la bonne éducation des enfants. Il laisse entendre qu'avoir des enfants doit rester une liberté de choix, car des couples stériles ont le droit au mariage tout comme ceux qui sont sans enfant par choix. Une étude de 2010 par le *Pew Research Center* révèle un taux de fécondité en baisse, et qu'une Américaine sur cinq fait le choix d'une vie sans enfant[1013]. Seraient-elles alors dans l'obligation de procréer ou d'adopter pour remplir la condition qui leur permettrait d'avoir accès à l'institution du mariage ?

Il termine en attaquant l'argument des conservateurs qui consiste à effrayer l'opinion publique, en prétendant que le mariage homosexuel viendrait porter préjudice au mariage des couples hétérosexuels, sans que la nature de cette menace soit clairement identifiée. En fait, pour Olson, cette campagne en faveur de la Proposition 8 n'a reposé que sur des conjectures et des affabulations pour pousser les électeurs à interdire le mariage homosexuel. Il cite l'exemple de la prétendue fermeture d'institutions religieuses anti-homosexuelles, mais aussi l'importance de protéger les enfants de cette éventualité, car ils apprendraient à l'école qu'ils auraient parfaitement le droit d'épouser une personne du même sexe. C'est bien l'argument de la protection des enfants, utilisé par le camp du *oui*, qui a cruellement nui à la communauté homosexuelle comme si les couples de même sexe allaient mettre des enfants en danger. En fin de compte, Olson et sa collègue Therese Stewart montrent que cette campagne électorale a été savamment calibrée pour désinformer les électeurs, et marteler que l'homosexualité restait un péché puni par Dieu. À aucun moment, le camp du *oui* ne s'est interrogé sur les intentions sincères des couples de même sexe qui

---

[1010] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1. p.40.
[1011] « La qualité d'un parent ne se mesure pas selon le genre mais au contenu du cœur. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.42.
[1012] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., §3, p.42.
[1013] SANDLER, Lauren. "Having It All Without Having Children". *Time Magazine*. August 12, 2013. Consulté le 20 août, 2015 : [http://www.webcitation.org/6IdBMW5g5]

ne souhaitaient qu'une chose, obtenir la même reconnaissance dont bénéficient des couples et des familles hétérosexuelles et être égaux devant la loi. Au lieu de cela, l'homosexualité a été présentée comme un mode de vie alternatif assumé par les homosexuels dans l'intention d'exiger d'eux un changement de comportement. C'est la raison pour laquelle Olson affirme que la Proposition 8 est anti-démocratique, car la majorité, par mépris vis-à-vis d'un groupe, bénéficie d'une opportunité unique pour cataloguer les homosexuels et les reléguer à un statut inférieur. Pour Gerstmann, les homosexuels sont alors dans leur droit le plus légitime de faire appel aux tribunaux lorsque des interdictions sont validées par ce qu'il appelle la « préférence morale majoritaire » plutôt que par des « intérêts sociaux »[1014]. Un intérêt social que l'on pourrait traduire par la capacité du gouvernement à faire preuve de neutralité et à promouvoir le bien-être de tous plutôt que des intérêts particuliers de la majorité.

La déclaration liminaire de Charles Cooper, en faveur de la Proposition 8, est un plaidoyer à l'attention de la majorité hétérosexuelle pour conserver une institution religieuse vénérable, consacrée à la préservation du genre humain et à la stabilité sociale. Il rappelle que cette représentation traditionnelle du mariage entre un homme et une femme a reçu l'approbation démocratique à deux reprises en 2000 et 2008, et que cette volonté du peuple souverain doit donc être respectée. Le tribunal ne peut donc pas invalider cette décision car selon lui, le XIVe amendement n'interdit pas que la question des libertés soit soumise à la consultation du peuple[1015]. Il revendique une définition universelle qui a toujours prévalu historiquement « avant même l'avènement des religions modernes[1016] » comme si la question du mariage allait jusqu'à transcender naturellement une vieille tradition religieuse, sans même tenir compte du mariage civil. Une coutume qui s'était donc imposée, toutes sociétés et cultures confondues. Il soutient que la procréation, en tant qu'intérêt biologique de l'État, est incompatible avec l'homosexualité, car le gouvernement doit aussi réguler la sexualité à des fins procréatives pour garantir indirectement la stabilité de ces familles. Il s'appuie sur les affirmations de David Blankenhorn, fondateur de l'*Institute for American Values*, qui déclare que le mariage représente le symbole de l'incarnation de la sexualité entre un homme et une femme, le symbole d'une union naturellement parfaite qui est au cœur de l'institution même du mariage[1017]. Cette vision restrictive de la sexualité vient confirmer les analyses de nombreuses féministes radicales des années 1970 comme Grace Atkinson. Elle a dénoncé ce qu'elle a qualifié d'« institution du rapport sexuel », un système

---

[1014] GERSTMANN, op.cit., §1, p.74.
[1015] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.72.
[1016] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.55.
[1017] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.66.

codifié et institutionnalisé dans lequel la fonction primordiale des femmes était de reproduire leur espèce[1018]. Le juge réfute clairement cet argument de la procréation, et demande à Cooper aussi de tenir compte de certaines évolutions historiques du mariage comme celles des unions mixtes qui ont permis aux parents du président Obama d'être unis par les lois du mariage. Cependant, pour Cooper, la question raciale ne concerne pas les caractéristiques définitionnelles du mariage, car elle visait à maintenir la suprématie de la race blanche[1019]. Ce qui est aussi caractéristique de cette guerre culturelle, c'est la manière dont les conservateurs utilisent la science pour montrer que certains groupes d'individus sont naturellement inférieurs : « [African Americans] were attacked with "scientific" evidence that black people are biologically and culturally different from whites in ways that justify unequal treatment[1020]. » Duggan affirme que les femmes, dans leur combat pour obtenir le droit de vote, mais aussi les Afro-Américains, dans leur lutte contre l'esclavage et la ségrégation, devaient affirmer leur différence naturelle pour revendiquer leur accès à l'égalité des droits. En fait, Cooper semble indirectement imposer la suprématie de l'hétérosexualité, de l'institution patriarcale du mariage, et donc de la masculinité sans jamais mentionner l'existence de familles homoparentales. C'est un moyen pour lui d'affirmer que cette institution a aussi été forgée pour apporter un certain nombre de protections aux enfants issus de leurs deux parents biologiques. Gayle Rubin, maître de conférences et spécialiste en anthropologie et études féministes, avance déjà en 1975 que l'obligation d'hétérosexualité va de pair avec un discours anti-homosexuel[1021]. Celui-ci repose, comme on peut le constater, sur la stratégie de l'évitement qui consiste à ne pas reconnaître que des couples de même sexe peuvent être tout aussi solides et capables d'élever des enfants. Cooper souhaite rester cohérent, en ajoutant que le mariage n'est finalement pas le résultat d'une relation amoureuse ni même d'une forme d'accomplissement individuel, car ce sont bien les enfants que l'État doit d'abord protéger[1022]. Si l'on comprend bien la conception du mariage telle qu'il la présente, alors deux individus décident de passer le reste de leur vie ensemble, sans qu'il soit nécessaire de nouer des liens affectifs préalables, car le seul objectif est la reproduction. Que fait Cooper des hommes et des femmes stériles, comme par exemple George Washington qui en plus d'être stérile, a pu pourtant se marier deux fois ? En fait, ce qui dérange l'avocat, c'est que le mariage homosexuel puisse modifier la norme, les codes de la

---

[1018] ATKINSON, Grace. "The Institution of Sexual Intercourse". 1968. Cité dans KATZ, op.cit., p.122.
[1019] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.58-59.
[1020] « [Les Afro-Américains] étaient attaqués, preuves “scientifiques” à l'appui, au prétexte que les Noirs étaient biologiquement et culturellement différents des Blancs, de manière à pouvoir justifier l'inégalité de traitement. » DUGGAN, Lisa. "Afterword". KATZ, op.cit., p.194.
[1021] RUBIN, Gayle. "The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex". 1975. Cité dans KATZ, ibid., p.132.
[1022] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.63.

sexualité et de la famille qui régissent les rapports entre hommes et femmes à travers la notion de pouvoir. Pour cela, il brandit la menace de la désinstitutionnalisation du mariage qui conduirait à des taux de divorce plus importants, une baisse significative du mariage traditionnel, une augmentation du nombre de couples qui optent pour le concubinage ainsi que du nombre d'enfants élevés en dehors du mariage ou par un seul parent biologique[1023]. Cooper martèle que des preuves accablantes prouveront ces faits comme si tous ces maux étaient du fait du mariage homosexuel qui, rappelons-le, n'était toujours pas autorisé sur le territoire. John D'Emilio souligne, au contraire, que c'est bien le modèle hétérosexuel qui est en crise, car durant la révolution sexuelle, l'Amérique a assisté au déclin alarmant du mariage, avec un nombre de divorces exponentiel, mais aussi à la recomposition des familles[1024]. En définitive, Cooper et ses associés ont échoué dans cette bataille, car ses deux seuls experts n'avaient aucune preuve scientifique tangible pour affirmer que le mariage homosexuel allait créer une crise sociale majeure.

C'est donc très logiquement qu'il ajoute que l'Amérique n'est pas prête à un tel changement social aussi fondamental que le mariage homosexuel. Pourtant, il précise très justement que la Californie a adopté une politique volontariste et inclusive en matière de droits LGBT depuis 1999 et que de nombreux militants ont permis d'assurer à la communauté un certain nombre de victoires électorales et politiques[1025]. Le combat pour l'égalité d'accès à l'institution du mariage représente, selon lui, la ligne jaune à ne pas franchir car le mariage est une tradition sacrée et intouchable. Il s'appuie notamment sur la position du président Obama qui, au moment de la campagne de 2008, avait reconnu des « connotations » religieuses au mariage, tout en déclarant être en faveur d'unions civiles égales aux droits du mariage[1026]. Néanmoins, Cooper ne mentionne pas que dans son livre, *The Audacity of Hope*, Obama avait précisé que son point de vue pouvait être amené à évoluer selon les circonstances[1027]. En fait, la stratégie de Cooper est d'utiliser l'impopularité grandissante du président au sein de la communauté LGBT en 2009, symbolisée parfaitement par la couverture du magazine national LGBT *The Advocate* intitulée "NOPE"[1028], en référence à son slogan de campagne "HOPE"[1029]. Cette manœuvre relativement subtile faisant croire à l'imminence d'un danger pour la civilisation agace le juge Walker. Quand ce dernier demande, lors de l'audience préliminaire, que Cooper lui explique comment le mariage homosexuel viendrait

---

[1023] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.64.
[1024] D'EMILIO, John & FREEDMAN, Estelle. *Intimate Matters - A History of Sexuality in America*, 3rd Ed. Chicago: University of Chicago Press. 2013. p.380.
[1025] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.56-57.
[1026] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.58.
[1027] OBAMA, Barack. *The Audacity of Hope*, op.cit., p.222-223.
[1028] « non. »
[1029] « espoir. »

irrémédiablement porter préjudice au mariage traditionnel, celui-ci déclare, de manière laconique, qu'il n'en a pas la moindre idée, car il n'a aucune preuve empirique ou scientifique[1030]. Il ne s'agit, en fait, que d'une supposition irrationnelle qui justifierait, par l'incertitude du débat, que la question soit repoussée, de manière à ce que des études plus approfondies soient menées. Néanmoins, Cooper persiste et signe, en prétendant que la bisexualité conduirait à des mariages multiples de manière « très logique », si le mariage homosexuel entrait dans le cadre de la liberté de choisir son/sa partenaire. Contrairement au juge Walker, il semble que Cooper n'ait pas intégré l'idée que les relations homosexuelles puissent répondre aux exigences fixées par l'institution du mariage dont le principe de la monogamie chrétienne. Il redoute de manière irraisonnable l'usage du mariage par les homosexuels qui, à terme, pourrait conduire à la débauche et à la polygamie. Si tel était le cas, pourquoi permettrait-il alors de pouvoir changer les lois du mariage par le recours à un énième processus politique légitime, tel que le référendum, pour valider des choix de vie contraires aux principes du mariage ? Cooper sait pertinemment que le recours à une initiative populaire n'a que pour objectif de limiter les droits et libertés individuelles d'une minorité comme l'évoquait justement Kenneth Miller, spécialiste en études gouvernementales, dans son analyse sur le rapport entre démocratie directe et le recours aux tribunaux[1031]. De plus, comme le mariage est une prérogative des États on assiste, de fait, à des rapports de force uniques entre les trois pouvoirs, entre les États et le gouvernement fédéral, entre le peuple et les tribunaux, caractéristiques aussi des guerres culturelles, en créant un patchwork illisible concernant l'égalité des droits LGBT au niveau national. Ainsi, on peut comprendre que la question du mariage soit devenue un enjeu politique dans lequel certaines forces institutionnelles sont désormais concurrentes, car elles défendent des intérêts locaux.

Pourtant, la légitimité de ces intérêts doit se faire également à la lumière des témoignages de deux couples homosexuels, minutieusement choisis. En effet, dans cette guerre culturelle se joue le combat pour l'homonormativité qui doit démontrer que des couples de même sexe peuvent contribuer favorablement à une institution du mariage souvent décriée. Boies et Olson, en faisant appel à un processus de sélection et de standardisation, ont voulu démontrer que le récit authentique de l'expérience de ces couples allait servir de révélation vis-à-vis de toute une culture : une société américaine gangrenée par la criminalisation et la condamnation du comportement homosexuel, selon Boies[1032]. En d'autres termes, une guerre culturelle qui méprise volontairement

---

[1030] Prop 8 Hearing Transcript. Perry v. Schwarzenegger. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. October 14th, 2009. p.23.
[1031] MILLER, Kenneth. *Direct Democracy and the Courts*. New York: Cambridge University Press. 2009. p.13
[1032] BOIES & OLSON, ibid., p.35.

les homosexuels, au nom d'un plan divin, au point que des homosexuels préfèrent mettre un terme à tant de souffrances en mettant fin à leurs jours. D'ailleurs, en décembre 2008, une étude conduite par l'institut Cesar Chavez à l'université de San Francisco, révèle des taux de suicide plus élevés chez les adolescents et jeunes adultes homosexuels rejetés par leur famille[1033]. Ce procès doit donc remédier à toute une série d'idées préconçues, en faisant tomber des mythes contraires aux valeurs du mariage. Tout d'abord, on découvre que Kristin Perry, 45 ans, et Sandra Stier, 47 ans[1034], sont deux lesbiennes engagées dans une relation affective monogame depuis la fin des années 1990, et élèvent quatre enfants issus d'unions traditionnelles. Les deux femmes sont fonctionnaires. Perry travaille dans les domaines de la protection de l'enfance, du développement de l'enfant et du soutien à la famille depuis plus de vingt-cinq ans pour une agence gouvernementale. Stier, elle, a été élevée dans le Midwest, dans un environnement plutôt rural et isolé, où les valeurs conservatrices s'imposaient si naturellement qu'il était difficile d'échapper à la tradition du mariage. Perry rapporte que le mariage confère les principes d'honneur et de respect de la part de la famille et, aux yeux des enfants, élève symboliquement la place et la sincérité de la relation qu'entretiennent leurs parents[1035]. On s'aperçoit que le mariage appartient à une conscience collective et à un consensus de la société qui apporte la reconnaissance, l'approbation d'une communauté, la protection de l'État et la légitimation d'un enfant. Olson doit donc également mettre en évidence la nature du préjudice, et la manière dont l'État a incontestablement bafoué les principes constitutionnels de légalité processuelle et de protection égale du XIVe amendement. En décembre 2003, Perry fait sa demande en mariage à Stier. À la suite de la décision du maire de San Francisco d'autoriser le mariage homosexuel, elles décident de s'unir en février 2004, tout en continuant leurs préparatifs pour la cérémonie du 1er août. Seulement, quelques semaines plus tard, elles reçoivent un courrier officiel de la ville et du comté de San Francisco qui annule définitivement leur union, retirant ainsi tous leurs droits associés au mariage depuis six mois. C'est à ce moment très précis, lors de l'adoption de la Proposition 8 en novembre 2008, que Perry évoque son sentiment d'infériorité, ne se considérant pas « assez-bien », pas « assez comme il faut », car les autorités et les Californiens pensaient qu'elle avait choisi d'être lesbienne, et qu'elle pouvait être une menace pour ses enfants et ceux d'autres parents[1036]. Pourtant, Perry maîtrise bien la question de la protection de l'enfance, et ne peut donc apprécier que sa famille ne mérite aucune

---

[1033] SHAPIRO, Joseph. "Study: Tolerance Can Lower Gay Kids' Suicide Risk". *NPR All Things Considered*. December 29, 2008.
Consulté le 23 août 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=98782569]

[1034] Au moment du procès en janvier 2010.

[1035] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1. p.142.

[1036] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.143-148.

reconnaissance légale alors que rien ne la différencie des autres familles, hormis le sexe de sa conjointe. Au préjudice lié à l'intégrité de sa famille, Perry condamne également la manière diabolique dont elle a été utilisée et instrumentalisée par le camp adverse, en faisant d'elle un bouc-émissaire dont les hétérosexuels devaient se méfier. Elle décrit là un préjudice moral qu'elle n'a pas pu combattre individuellement, voyant qu'elle était la cible de nombreuses critiques qui l'accusaient d'être mal intentionnée, et de mettre ses enfants en danger en tant que lesbienne[1037]. D'ailleurs, lorsque la médiatisation du procès a débuté, elle et sa femme ont reçu de nombreuses menaces de mort, et ont été victimes de chantage et d'intimidation pour mettre un terme à leur combat. En fait, c'est exactement ce que Perry avait cherché à éviter depuis le jour où elle a assumé sa sexualité, car elle était parfaitement consciente que même en Californie, elle pouvait être l'objet de réactions hostiles. Tandis que Perry a fait le choix de dissimuler la nature de sa relation avec Stier en public, elle se confronte aussi à la curiosité des inconnus qui leur demandent si elles sont sœurs, amies ou cousines, dans le but de passer pour des filles « normales » : « So I put a significant amount of time and energy into being likable so that when the discriminatory things happen, I can turn it around[1038]. » Même si elles ont révélé leur homosexualité à leurs proches, cette guerre culturelle perpétue une tradition historique, celle qui impose *de facto* aux homosexuels le placard, de peur d'être victimes de représailles. Le placard est un endroit secret, mais aussi un acte social qui permet aux homosexuels de taire leur orientation sexuelle. Cette structure épistémologique de l'homosexualité a été développée par Eve Kosofsky Sedgwick, universitaire spécialiste des études gaies et lesbiennes et de genre, qui l'articule autour du silence des uns et de l'ignorance supposée des autres, les deux participant pleinement à l'homophobie. Ses analyses montrent aussi que le placard, en particulier chez les homosexuels masculins, est un aspect social dominant intégré à leur mode de vie[1039]. Michelangelo Signorile, écrivain homosexuel américain, va jusqu'à associer le placard à une forme de « conspiration à grande échelle savamment orchestrée pour enfermer les homosexuels[1040]. » Signorile a été le premier à porter la question du *outing* sur la place publique. Pour Perry, tel est le rôle aussi de ce procès. À défaut de faire changer l'avis de certains conservateurs et fondamentalistes, la question du mariage doit permettre aux homosexuels de s'accepter et de vivre mieux dans une société plus tolérante où

[1037] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.150.
[1038] « Donc je passe un temps et dépense une énergie considérable pour passer pour quelqu'un de plaisant afin que lorsque des événements discriminatoires se produisent, je puisse les tourner à mon avantage. » Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.151.
[1039] KOSOFSKY SEDGWICK, Eve. *Epistemology of the Closet*. Los Angeles: University of California Press. 1990. p.68.
[1040] SIGNORILE, Michelangelo. *Queer in America: Sex, the media, and the closets of power*. New York: Random House. 1993. p. xiii.

la loi les protège.

Cette pression sociale exercée sur les homosexuels se retrouve aussi dans le témoignage de Jeffrey Zarillo, 36 ans, et Paul Katami, 37 ans[1041]. Zarillo est chef des opérations pour une des plus importantes chaînes de salles de cinéma aux États-Unis tandis que Katami est directeur dans un centre de remise en forme. Ils sont en couple depuis le début des années 2000. Zarillo se souvient du processus qu'il a engagé pour dévoiler son homosexualité, conditionné par ses années passées sur les bancs de l'école jusqu'à la faculté, et décliné selon plusieurs étapes. On comprend que l'école n'est qu'un microcosme d'une société normalisée par des codes et des traditions qui ne permettent pas aux jeunes homosexuels de s'assumer pleinement, soumis comme ils le sont aux attentes sociales, à savoir épouser une personne de sexe opposé. Katami, lui, a cédé à cette pression de l'école en se faisant passer pour un hétérosexuel[1042]. Zarillo rapporte le poids de la rumeur, du rejet familial, des discours haineux et stéréotypés vis-à-vis des homosexuels, ce qui explique pourquoi il n'a pu dévoiler son homosexualité à ses amis et collègues de travail qu'à l'âge de 25 ans alors que ses proches qui vivent dans le New Jersey l'ont appris bien plus tard, à ses 30 ans[1043]. Zarillo a donc fait le choix de se murer dans le silence, évoquant le poids d'un « processus personnel et interne[1044] » tandis que, dans le même temps, ses parents ont probablement supposé que leurs fils était homosexuel. Katami évoque un processus plus pernicieux qui consiste à faire valider moralement son homosexualité, aux yeux des autres, dans le seul but de faire partie de la norme sociale et d'avoir les mêmes droits au risque d'être acculé à l'isolement et à la honte. Pour lui, le préjudice est bien plus grave car il affecte directement sa citoyenneté lorsque des individus, par des éléments de langage vexants, l'attaquent sur les revendications jugées futiles de la communauté homosexuelle. Par exemple, le fait que le mariage ne soit pas fait pour les homosexuels, ou que ces derniers aient quasiment les mêmes droits que les hétérosexuels[1045]. On constate non seulement que le débat sur l'homosexualité ne peut raisonnablement être considéré comme un débat citoyen légitime, mais surtout que ces détracteurs oublient de mentionner que les homosexuels remplissent leurs devoirs, comme tout un chacun, tout en se voyant imposer un statut de sous-citoyen, peu américain : « It doesn't change my patriotism. It doesn't change the fact that I pay my taxes, and I own a home, and I want to start a family. But, in that moment, being gay

[1041] Au moment du procès en janvier 2010.
[1042] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.92.
[1043] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.77-79.
[1044] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.77.
[1045] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.94.

means I'm unequal. I'm less than. I am undesirable. I have been relegated to a corner[1046]. » Selon ces deux couples, c'est la loi sur les partenariats enregistrés qui est responsable d'avoir mis à l'écart les couples de même sexe, en leur proposant un compromis, une alternative moins analogue au mariage.

Ce système de partenariat enregistré confère effectivement les mêmes droits et protections des États que les couples hétérosexuels, mais cet engagement n'est pas reconnu par le gouvernement fédéral en raison du *Defense of Marriage Act* (1996) qui ne reconnaît que l'union d'un homme et d'une femme. Par ailleurs, en cas de déménagement vers un autre État de l'Union, cette forme d'union civile peut ne plus être valable. De même qu'une étude de l'université de Los Angeles révèle aussi que les employeurs n'appliquent pas toujours les mêmes règles pour permettre aux conjoint(e)s de leurs employé(e)s homosexuel(le)s de bénéficier de la même assurance maladie[1047]. En plus de ces failles techniques, les quatre témoignages évoquent les limites du langage associé au terme de *partenariat enregistré* qui est dépourvu de toute représentation sociale et culturelle. Par exemple, Katami ne peut pas envisager de présenter Zarillo comme son « partenaire enregistré », ce qui serait pour lui incongru, et engendrerait de l'incompréhension collective[1048]. C'est pour cela aussi que les deux hommes n'ont pas souhaité « contracter un partenariat enregistré », contrairement à Perry et Stier qui ont effectué la démarche en août 2004. Stier évoque le même problème et explique qu'en fait le terme renvoie à une procédure purement administrative et légale qui n'a pas les connotations d'engagement affectif et de célébration comme pour le mariage. Perry convient que la démarche est simple, puisqu'elle consiste à compléter un document officiel et à le faire certifier conforme avant de l'expédier au secrétaire d'État[1049]. Remplir des documents administratifs pour l'école de leurs enfants ou bien s'identifier aux yeux des individus devient aussi problématique au quotidien : « We are not business partners. We are not social partners. We are not glorified roommates[1050]. » Stier fait part d'une frustration qui les renvoie systématiquement à leur différence, à leur infériorité et à ce qu'elles ne sont pas. Sa famille est donc exclue, car elle ne rentre pas dans les dispositifs prévus

---

[1046] « Cela ne change pas mon patriotisme. Cela ne change pas le fait que je paie des impôts, que je sois propriétaire d'une maison et que je veuille fonder une famille. Mais, à cet instant, être homosexuel implique que je sois inégal. Je suis inférieur. Je suis indésirable. J'ai été relégué dans un coin. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.94.

[1047] ANDERSON, Sarah. "*UCLA study finds health insurance inequities for same-sex couples*". UCLA Newsroom. June 25, 2010. Consulté le 26 août 2010 : [http://newsroom.ucla.edu/releases/ucla-study-finds-health-insurance-160792]

[1048] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.116.

[1049] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.153.

[1050] « Nous ne sommes pas des associés professionnels. Nous ne sommes pas des partenaires sociaux. Nous ne sommes pas des colocataires de luxe. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.175.

par la loi du partenariat enregistré, et la plaignante continue donc à se définir par la forme négative. C'est la raison pour laquelle cette forme d'union civile a été critiquée par les partisans de l'égalité du mariage qui ont utilisé l'expression de « séparé mais inégal » pour condamner la création de cette catégorie au statut bien à part. Bien évidemment, ce n'est pas un hasard si la comparaison renvoie à la doctrine « séparé mais égal » qui avait permis de maintenir la constitutionnalité des lois Jim Crow autorisant la ségrégation raciale. La lutte pour l'égalité d'accès à l'institution du mariage s'inscrit dans le combat du mouvement pour les droits civiques, pour concrétiser un certain nombre de victoires politiques et juridiques comme la fin des lois interdisant le mariage mixte en 1967 sur décision de la Cour suprême américaine.

Cette guerre culturelle a donc aussi marqué un tournant, dans les années 2000, en mettant fin à une approche accommodationniste et expérimentale du mariage pour s'intégrer à un combat plus large, celui de l'égalité des droits LGBT. D'ailleurs, ce qui est très frappant, c'est que Perry et Stier adhèrent également à ce principe en faisant preuve d'altruisme. En effet, même si elles reconnaissent avoir une situation confortable, elles craignent pour les générations à venir, en affirmant que cette action en justice doit servir de signal d'alarme, un signal provoqué par une construction idéologique erronée qui ne renvoyait l'homosexualité qu'à un acte purement sexuel subversif, sans pouvoir être conçu comme une caractéristique essentielle à l'identité personnelle d'un individu. Leur ambition est donc aussi de corriger et de réparer des attitudes violentes et négatives causées par des préjugés sectaires, en démontrant que les couples de même sexe ont les mêmes aspirations que les couples hétérosexuels, et ne constituent pas une menace pour les autres familles. Stier prend l'exemple des différences régionales et, en particulier, des États rouges où l'homosexualité est encore un sujet sensible et soumis à des polémiques de grande ampleur. Cela s'explique en raison notamment de l'importance de la *Bible Belt* où le fondamentalisme chrétien est prépondérant, à la lumière encore des déclarations de deux greffiers dans le Kentucky qui refusent de célébrer des mariages homosexuels en raison de leurs convictions religieuses. L'un deux a même affirmé vouloir sacrifier sa propre vie, dans ce qu'il considère être une guerre culturelle contre le christianisme, pour protéger sa liberté religieuse[1051]. En conséquence, cette guerre culturelle menace inévitablement la stabilité de l'Union par un patchwork de lois et coutumes hétérogènes, créant un système incohérent que Perry qualifie de profondément non-américain, et qui renforce les préjugés et la conviction que les homosexuels méritent d'être traités

[1051] WONG, Curtis. "This Kentucky Clerk Vows To Die For The Right To Oppose Gay Marriage". *Huffpost Gay* Voices. August 26, 2015. Consulté le 27 août 2015 : [http://www.huffingtonpost.com/entry/this-kentucky-clerk-vows-to-die-for-the-right-to-oppose-gay-marriage_55de1264e4b0a40aa3ad3a78?ncid=tweetlnkushpmg00000054]

différemment selon les États dans lesquels ils vivent[1052]. Un objectif que le camp conservateur s'est fixé en utilisant la Constitution pour graver dans le marbre la sacralité du mariage, car la particularité du système américain permet que les représentants de l'autorité religieuse officient en tant qu'agents publics. Ce rapprochement de l'Église et de l'État explique aussi pourquoi la Proposition 8 était un référendum pour la protection du mariage religieux qui imposait, de fait, une doctrine morale et religieuse. Dans tous les cas, la stratégie des avocats consiste aussi à ne pas faire référence aux éventuelles croyances religieuses, mais plutôt d'insister sur le rôle du gouvernement, dans un État de droit, et de démontrer ainsi que les couples de même sexe peuvent parfaitement remplir les obligations qui s'imposent aux jeunes couples mariés qui ont l'ambition de fonder une famille.

Pour Perry, le gouvernement doit s'assurer que chaque citoyen, qui joue un rôle actif et favorable à l'État et qui agit de manière responsable, soit soutenu et protégé par la loi, pour lui permettre de s'épanouir et d'exprimer « tout son potentiel[1053] ». Perry revendique un État interventionniste et neutre pour concrétiser le principe d'égalité des droits qui contribuerait à l'émancipation et la stabilité sociale en dehors de toute désapprobation morale ou religieuse. Katami, dans son contre-interrogatoire, plaide aussi en faveur d'un État protecteur et non discriminateur[1054]. L'État de Californie, en effet, a décliné vouloir défendre la Proposition 8 reconnaissant qu'elle était anticonstitutionnelle selon Jerry Brown, le ministre de la Justice de Californie. Quant au gouverneur Arnold Schwarzenegger, celui-ci a rappelé que cet amendement avait soulevé des questions constitutionnelles qui relevaient désormais du ressort des tribunaux[1055]. En effet, on peut se demander si effectivement la stratégie de l'amendement constitutionnel n'était qu'un moyen pour altérer l'un des objectifs de ce document, qui était de définir les libertés individuelles des Américains, en supprimant des droits acquis précédemment. Cela viendrait confirmer l'argument d'Olson qui prétend que cet amendement ne constituait en fait qu'une révision de la Constitution de la Californie. Du point de vue des guerres culturelles, il s'agissait d'une énième stratégie pour inscrire dans la Constitution californienne la discrimination contre les homosexuels de manière durable en les reléguant dans une catégorie distincte et stigmatisante. Aux arguments de Perry, Stier et Zarillo, la partie adverse a décliné tout contre-interrogatoire, ce qui pour Olson et Boies semblent avoir surpris le juge en premier lieu comme si la partie adverse

---

[1052] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.116.
[1053] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.142-143.
[1054] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.97.
[1055] DOLAN Maura. "Schwarzenegger decides against defending Prop. 8 in federal court". *Los Angeles Times*. June 18, 2009. Consulté le 27 août 2015 : [http://articles.latimes.com/2009/jun/18/local/me-gay-marriage18]

venait de commettre une faute majeure[1056]. On peut donc penser que ces récits poignants et authentiques sont incontestablement crédibles, et qu'il serait périlleux de démontrer que le préjudice subi par ces couples de même sexe au quotidien était tout relatif. Pour les avocats des plaignants, le camp adverse s'est retrouvé acculé devant la charge émotionnelle de ces témoignages dans une salle d'audience souvent pesante et austère. Même si les larmes n'avaient pas leur place devant un juge impassible, les avocats sont convaincus que les témoins sont parvenus à insuffler une étincelle d'humanité dans les difficultés que rencontrent les homosexuels, perçus comme des êtres primitifs[1057]. Une autre hypothèse qui va se confirmer lors du verdict, c'est que le niveau de préparation du camp adverse était bien insuffisant. Effectivement, seuls deux témoins ont participé au procès, et ont vu leurs qualifications discréditées par Boies. Le juge, lui, a même validé ces disqualifications dans son jugement. De même qu'il reconnaît que toute la campagne en faveur du mariage traditionnel était fondée sur des caricatures et des messages aberrants tout en entretenant un climat de peur irrationnelle que l'État ne pouvait en aucun cas cautionner[1058].

Il est important de préciser que la campagne pour l'adoption de la Proposition 8 a été la plus financée juste derrière l'élection présidentielle de 2008. 83,2 millions de dollars de fonds ont été réunis à travers la nation et provenant aussi de pays étrangers[1059], dont les postes de dépenses les plus importants ont été affectés à la publicité et à la communication. C'est bien l'argent qui permettra aussi de répandre de manière massive des messages de propagande chocs jusqu'à saturation et déformation de la réalité. Scalia avait lui même déclaré en 2012 l'impossibilité de contrôler l'argent qui permettait la liberté d'expression à outrance, sans même considérer une éventuelle charte éthique[1060]. Cette initiative populaire a mobilisé les électeurs californiens, car les militants en faveur du mariage traditionnel ont réussi à sensibiliser les familles, mais aussi parce que les enfants se sont retrouvés instrumentalisés et au centre de tous les enjeux. Certains messages, véhiculés à coup de spots publicitaires, annonçaient le mariage homosexuel comme

---

[1056] BOIES & OLSON. op.cit., p.129.
[1057] BOIES & OLSON, ibid., p.129, p.136.
[1058] Prop 8 Trial Opinion. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. August 4th, 2010. p.133-137.
[1059] C'est le camp du *non* à la Proposition 8 qui a récolté le plus de fonds : 43,3 millions de dollars. Le camp du *oui* enregistre 39,9 millions de dollars.
California Secretary of State. "Proposition 8: Who gave in the marriage battle?. *Los Angeles Times*. 2009. Consulté le 22 février 2015 : [http://projects.latimes.com/prop8/]
[1060] VASILOGAMBROS, Matt & MIMMS Sarah. "Scalia Defends Citizens United Decision, Reflects Term in Rare TV Appearance." *National Journal*. July 18, 2012. Article consulté le 29 août 2015 : [http://www.nationaljournal.com/politics/scalia-defends-citizens-united-decision-reflects-on-term-in-rare-tv-appearance-20120718].

l'arrivée d'un Déluge[1061] ou d'un train de marchandises qui fonçait droit sur les familles hétérosexuelles[1062]. Un événement catastrophique, un cataclysme qui allait exposer les enfants à l'homosexualité, les rendre homosexuels, leur apprendre que le mariage homosexuel était moralement acceptable, et qu'ils pourraient se marier par choix à un individu du même sexe. Cette rhétorique qui repose sur la prétendue corruption morale des enfants causée par l'homosexualité, est un exemple d'une stratégie qui consiste à simplifier la question afin d'effrayer les parents en leur faisant croire que les homosexuels sont des prédateurs pervers et peuvent donc potentiellement faire du mal aux enfants. Indirectement, les hétérosexuels sont moralement supérieurs et irréprochables tandis que les homosexuels sont présentés comme des criminels. Ce discours manichéen a aussi pour objectif d'instrumentaliser une soi-disant classe suspecte utilisée comme des boucs émissaires en leur enlevant toute dignité humaine, et en imposant l'hétérosexualité comme le seul modèle existentiel valable. Perry déclare à ce propos : « I was being used [...] I am the way I am [...] I was being mocked and [...] disparaged [...] I didn't really have any way to respond to it[1063]. » Perry rapporte avoir été injustement cataloguée et insultée à cause de son homosexualité qu'elle décrit comme une caractéristique acquise depuis longtemps. C'est bien cette « déviance » qui a permis aux plus conservateurs d'imposer des caractéristiques définitionnelles du bien-vivre pour en exclure les homosexuels. Dans cette guerre culturelle, ils doivent rester invisibles et surtout ne peuvent se voir reconnaître des droits au même titre que les hétérosexuels, car ils sont indéniablement exclus de ce modèle de société. Le juge Walker condamne le camp favorable à la Proposition 8, non pas pour ne pas avoir mené une campagne pour le mariage traditionnel, mais plutôt contre le mariage homosexuel et l'homosexualité. Il en vient à la conclusion que de telles peurs fondées sur des stéréotypes sont sans fondement, les menaces identifiées restent vagues, sans preuve scientifique concrète[1064]. Olson affirme aussi que les spéculations morales établies lors de la campagne à l'encontre d'une minorité impopulaire, du fait de sa différence, est précisément la raison qui fait que cette question du mariage homosexuel est devenue un enjeu politique, social et juridique : « [...] that is why we have courts. And that is

---

[1061] National Organization for Marriage. Gathering Storm TV Ad. 2009. Publicité consultée le 22 février 2015 : [https://www.youtube.com/watch?v=xGi2r-M_gQ8]

[1062] PRENTICE, Ron. PERKINS, Tony. McPHERSON, Miles. "A Stand for Righteousness". 2008. Publicité consultée le 22 février 2015 : [https://www.youtube.com/watch?v=xtEuuqPXaKk]

[1063] « J'étais utilisé [...] je suis comme je suis [...] On se moquait de moi et [...] on me dénigrait [...] je n'avais vraiment aucun moyen de réagir. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.150.

[1064] Prop 8 Trial Opinion. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.133-137.

why we have a Constitution. That is why we have the Fourteenth Amendment[1065]. » Cette campagne a causé du tort à une communauté d'individus pour aggraver leur impopularité afin qu'ils n'attirent que haine et rejet. Olson martèle que c'est donc bien le rôle du troisième pouvoir d'honorer les principes de liberté et d'égalité, contenus dans la Constitution américaine afin de réparer les préjudices subis. La justice et la Constitution sont décrites par l'avocat comme des dispositifs de protection contre des classifications binaires des Américains pour combattre l'obscurantisme religieux au cœur d'une Amérique polarisée. Une campagne onéreuse qui n'a pas nécessairement réussi à convaincre une Californie attachée à ses valeurs traditionnelles, sur fond de mensonges et d'amalgames qu'Olson et Boies s'attachent à corriger en faisant appel à une armada de spécialistes et d'experts.

Dans le documentaire qui retrace le combat juridique des plaignants[1066], la stratégie est claire : il faut intégrer le mariage homosexuel dans une perspective historique et religieuse de cette institution qui a subi de profondes évolutions, à travers une série de compromis mais aussi de scandales. Nancy Cott est professeure d'histoire américaine et spécialiste des questions de genre au XIXe et XXe siècle aux États-Unis à l'université d'Harvard. Elle s'est intéressée à l'histoire du mariage, en tant que structure issue des institutions publiques, un contrat qui unissait deux individus se retrouvant associés à des obligations et des protections sociales fixées par le gouvernement. Selon elle, cet aspect fondamental du mariage a souvent été « négligé par les historiens[1067] ». Cela peut donc expliquer pourquoi la question du mariage dans sa conception égalitariste et laïque s'est opposée à celle du mariage biblique, créant ainsi une nouvelle zone de contestations dans cette guerre culturelle. Une institution qui permet d'intégrer les couples de même sexe parce qu'elle s'articule entre la sphère publique régulée par l'État, et la sphère privée dans laquelle deux individus ont la liberté de prendre des décisions relatives à leur vie commune et à leur intimité comme de se marier religieusement ou d'avoir des enfants. La loi ne prévoit là aucune obligation. Sur la notion de sphère publique, Cott démontre dans son ouvrage de référence que le mariage est une construction sociale et politique façonnée et organisée par des acteurs classés selon une hiérarchie spécifique qui sont tous issus du monde civil :

> At least three levels of public authority shape the institution of marriage. The immediate community of kin, friends, [...] state legislators and judges set the terms of marriage and divorce; and federal laws, policies, and values attach influential incentives and disincentives to marriage forms and practices[1068].

[1065] « [...] c'est pourquoi nous avons des tribunaux. Et c'est pourquoi nous avons une Constitution. Voilà pourquoi nous avons le Quatorzième Amendement. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.44-45.
[1066] WHITE Ryan & COTNER Ben. *The Case Against 8*. Dogwoof. 2014.
[1067] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.185.
[1068] « Au moins trois niveaux d'autorité publique façonnent l'institution du mariage. La communauté immédiate constituée des proches, des amis, [...] les législateurs d'État et les juges fixent les modalités du mariage et du divorce ;

Cott revendique par là une séparation claire de l'Église et de l'État en ce qui concerne les questions relatives aux lois du mariage, et applique les principes constitutionnels du Ier amendement par l'intermédiaire du droit civil. Cott reconnaît malgré tout que la religion a toujours joué un rôle non négligeable dans la célébration et la conception du mariage pour deux raisons. Tout d'abord, parce que l'État a permis à l'autorité religieuse d'accomplir cette démarche administrative, rendant facultatif le passage des futurs époux à la mairie, mais aussi parce que la loi impose la monogamie comme étant un héritage de la tradition chrétienne. Ceci étant, la religion n'a jamais déterminé la légalité d'un mariage et cette disposition était même inscrite dans la première Constitution de la Californie et fait désormais partie du code de la famille[1069]. La religion n'avait donc pas à intervenir sur les questions qui affectaient le mariage civil car il s'agissait d'une prérogative exclusive de l'État. La spécialiste profite de cette occasion pour corriger un certain nombre d'approximations et d'inexactitudes avancées par le camp adverse qui défend une vision biblique du mariage.

En effet, la définition du mariage entre un homme et une femme n'a rien d'universel, puisque les fondateurs de la nation américaine étaient conscients que plusieurs formes de mariage existaient au sein même de leur territoire, comme par exemple parmi les Amérindiens[1070]. Le mariage polygame était une pratique des mormons jusqu'à l'intervention du Congrès américain pour l'interdire en 1862. Sur cette question, la Cour suprême se prononce même pour rejeter l'argument des mormons, qui souhaitent défendre leur liberté religieuse, et donne raison au gouvernement qui peut interdire certaines pratiques sans porter atteinte aux croyances religieuses[1071]. Cott ajoute que la polygamie est aussi autorisée par la Torah et le Coran et que même la Bible contient des références explicites à cette pratique[1072]. Les rois David et Salomon avaient plusieurs épouses. Pourtant, l'État fait bien le choix de se prononcer en faveur d'un mariage monogame, seule forme valable aux yeux de la loi et condition que les couples de même sexe remplissent. Il semble donc difficile, voire impossible pour l'État de défendre le mariage en tant qu'institution religieuse, tout en sachant qu'historiquement l'Amérique est une nation

---

et les lois, les politiques et les valeurs fédérales associent aux différentes formes et pratiques du mariage de puissants encouragements ou obstacles. »
COTT, Nancy. *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*. Cambridge: Harvard University Press. 2000. p.219.

[1069] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.196.

[1070] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.194, p.199.

[1071] Supreme Court of the United States Justices. "Reynolds v. United States". Jugement prononcé le 6 janvier 1879. Consulté le 2 septembre 2015 : [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/98/145/case.html].

[1072] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.198.

religieusement pluraliste. L'État américain ne reconnaît aucune communauté religieuse même si la spécialiste admet que la monogamie est un emprunt qui a permis au gouvernement de façonner ses propres lois relatives au mariage.

Cott doit donc aussi tenter de définir l'intérêt impérieux de l'État dans le cadre du XIVe amendement pour démontrer que celui-ci n'a aucune légitimité à discriminer les couples de même sexe. Cet intérêt, selon elle, repose historiquement sur le contrôle et la régulation des questions liées à la propriété, l'héritage et plus largement l'économie[1073]. En effet, on comprend bien que pour le gouvernement, le mariage est aussi une institution qui génère une source de revenus non négligeable, et qui contribue aussi à l'économie locale. D'ailleurs, Lee Badget, professeure d'économie et spécialiste des questions économiques qui affectent les homosexuels et leurs familles, rapporte, lors du procès, que d'après son enquête, l'autorisation du mariage homosexuel permettrait à l'État de Californie d'engranger 40 millions de dollars de recettes fiscales[1074] sur trois années consacrées à la célébration d'un mariage et sa préparation[1075]. Ce calcul tient compte notamment du nombre de couples homosexuels non-résidents susceptibles de se rendre en Californie pour se marier.

Cott identifie également une transition historique lorsque l'État s'est montré 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 concernait la division sexuelle du travail. 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. Cela a permis de mettre fin à la suprématie de la doctrine de la couverture, dans laquelle la reconnaissance légale de la femme ne se faisait qu'à travers son mari. Les rôles étaient fixés d'avance et elle était donc financièrement et statutairement dépendante de son mari qui était le seul à pourvoir aux besoins de la famille. Cette hiérarchisation des rôles a aussi été affectée par l'obtention du droit de vote des femmes en 1920 qui a bouleversé une conception du mariage régie selon le principe de la gouvernance qui faisait des hommes les supérieurs légitimes des foyers traditionnels.

Cott rejette catégoriquement l'argument des conservateurs qui insiste sur l'idée que la procréation est un autre intérêt légitime de l'État pour interdire le mariage homosexuel. Selon la spécialiste, il ne s'agit, en fait, qu'un des nombreux objectifs de cette institution et ne représente en aucune façon un critère décisif ou un préalable pour avoir accès au mariage, voire à sa validation.

[1073] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.195.
[1074] Ces recettes proviendraient de la taxe sur la vente (soit 8,25 % en 2009-2011) et la taxe de séjour hôtelier.
[1075] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 19th, 2010. Volume 6. p.1366.

La principale raison invoquée étant que la stérilité et l'infécondité n'ont jamais été considérées par le législateur comme des critères d'inéligibilité au mariage ou, au contraire, comme des raisons valables pour recourir au divorce[1076]. En fait, Cott déclare dans une interview pour NPR (*National Public Radio*) que seuls la désertion et l'adultère pouvaient justifier un divorce au milieu du XIXe siècle[1077]. Par contre, l'intérêt de l'État à travers le mariage concerne plutôt la légitimation des enfants qu'ils soient nés de parents biologiques ou issus de familles recomposées dans lesquelles les responsabilités vis-à-vis des enfants seraient désormais partagées équitablement au sein du foyer comme c'est le cas pour les plaignantes. Nous pouvons ajouter que les divorces par consentement mutuel, apparus dès le début des années 1970 en Californie et autorisés par le gouverneur de l'époque Ronald Reagan, font évoluer la structure familiale de base. La famille nucléaire, qu'on entend par la présence d'un père et d'une mère et de leurs enfants biologiques, coexiste désormais au sein d'autres compositions : familles élargies, recomposées, monoparentales, coparentales et homoparentales. Lors du procès, c'est bien la famille homoparentale qui est absente des arguments des conservateurs tandis que Cott s'attache à rappeler les priorités du mariage du point de vue de l'État sans faire figurer la question de la sexualité : « [The] emphasis [is] on the household formation [...], [its] stability [...], its contribution to social order, to economic benefit [...][1078]. » Les objectifs du mariage sont aseptisés et concentrés sur des points purement techniques, dépourvus de tout élément affectif ou sexuel. La sexualité et la conception des enfants s'intègrent comme des paramètres favorables à la fiabilité des ménages, au renouvellement des générations futures et à la stabilité sociale.

Le mariage s'inscrit dans cette volonté de l'État d'offrir une forme de protection sociale et juridique de proximité, codifiée et inscrite dans la loi, dès le milieu du XIXe siècle, mettant fin à la tradition du *common law*. Dès 1839, le Mississippi est le premier État qui autorise les femmes à devenir propriétaires de leur bien immobilier acquis avant ou au cours d'un mariage. Le droit des biens a servi de rempart contre des créanciers mal intentionnés, mais aussi des agriculteurs qui, à force d'emprunter, s'étaient endettés, ce qui pouvait menacer la stabilité de tous les ménages[1079]. L'État assume donc déjà son rôle de protecteur social réclamé par les plaignants tout en accordant une première forme d'égalité entre les hommes et les femmes : elles accèdent à la propriété et leur

---

[1076] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 12th, 2010. Volume 2. p.223.

[1077] COTT, Nancy. "Professor Nancy Cott on Gay Marriage". *NPR Fresh Air*. April 15, 2004. Consulté le 31 août 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=1838413]

[1078] « [L'] accent [est mis] sur la formation du foyer [...], [sa] stabilité [...], sa contribution à l'ordre social, au bénéfice économique [...]. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.8.

[1079] COTT, Nancy. *Public Vows* [...], op.cit., p.52-53.

salaire leur appartient.

Ainsi, ces évolutions sociales ont permis aux individus de s'approprier cette institution, en exprimant publiquement par un consentement mutuel leur souhait d'adhérer à ce qui allait servir d'instrument pour structurer leur vie commune. Symboliquement, les individus exerçaient une forme de liberté individuelle qui allait impacter progressivement le sens du mariage et la composition de la famille, rendant cette institution de plus en plus malléable et flexible selon l'évolution des mœurs. Il est intéressant de noter que la question de la flexibilité s'applique tout aussi bien aux interprétations de la Constitution faites par les juges qui varient selon les époques. Cott considère que la libéralisation du mariage a servi de « dispositif heuristique[1080] » pour permettre aux hommes et aux femmes d'identifier de nouvelles libertés, correspondant à ce que le juge Kennedy qualifiait d'autonomie individuelle. Cette évolution a donc permis de mettre fin historiquement à une institution souvent formatée par la norme religieuse sur la question des rôles respectifs des deux sexes.

Cott revient donc naturellement sur la révolution sexuelle et la question de la désinstitutionnalisation du mariage des années 1960 jusqu'au milieu des années 1970. Les Américains hétérosexuels se détournent de cette institution, qu'ils remettent sérieusement en cause, sans qu'il soit question un seul instant du mariage homosexuel[1081]. Elle identifie cette période comme salutaire alors qu'évidemment les conservateurs voient d'un très mauvais œil la banalisation de certaines pratiques : rapports sexuels avant le mariage, accès à la contraception, avortement, voire l'adultère. La religion a perdu de son influence sur la question de la morale tandis que l'État recule sur le terrain de la régulation des pratiques de la sexualité des individus. Le divorce peut se conclure à l'amiable alors qu'auparavant il était prononcé selon un principe accusatoire. Les individus veulent définir le fonctionnement et l'organisation de leur foyer sans intervention de l'État, réclamant intimité et respect de leur dignité. C'est la raison pour laquelle l'État ne poursuit plus les individus, dont le comportement dans le cadre de la vie privée est contraire à la loi, notamment en cas d'adultère. Cott cite un exemple révélateur de cette tendance lors des révélations faites concernant les relations extra-conjugales de Bill Clinton entre 1995 et 1997, alors président des États-Unis. La procédure de destitution a échoué, en partie, parce que l'opinion publique était convaincue, selon elle, que cette question relevait de la vie privée du président et que l'État n'avait pas à s'en mêler[1082]. Dans tous les cas, cet exemple montre aussi que les hétérosexuels, même au plus haut sommet de l'État, ne sont pas les détenteurs de la bonne

[1080] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.120.
[1081] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.118-119.
[1082] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.101.

morale. Ce scandale a également démontré que c'est bien l'autorité laïque qui a animé les débats de la destitution du président et du procès intenté contre lui par Lewinski, débats dépourvus de références religieuses sur la condamnation de l'adultère et de l'infidélité.

Cependant, on peut se demander si finalement la violence du débat sur le mariage homosexuel n'est pas uniquement le résultat de politiques discriminatoires historiques, et donc d'emprunts idéologiques, lorsque Cott établit une série de parallèles entre cette institution et la discrimination raciale et celle fondée sur le sexe. Le mariage est décrit comme un outil qui a permis de véhiculer un certain nombre de messages sexistes et racistes dans le but de hiérarchiser et catégoriser certains Américains, du fait de leur race ou de leur sexe. Selon Walters, 30 % des femmes ont déclaré avoir été victimes de violence conjugale dans un rapport de l'Organisation Mondiale de la Santé[1083]. De même que l'échec cuisant du processus complexe de ratification de l'*Equal Rights Amendment* (ERA) qui garantit l'égalité des droits entre les sexes, vient illustrer une Amérique impuissante et inapte à légiférer contre l'inégalité persistante de groupes minoritaires. La nation reste embourbée dans des conflits qui relèvent plutôt des intérêts politiques des États, dirigés par une majorité d'hommes et de républicains hostiles au projet, et fervents défenseurs des rôles traditionnels affectés aux hommes et aux femmes. Le mariage traditionnel tel qu'il est conçu par les conservateurs viendrait renforcer le rôle complémentaire des sexes pour davantage opprimer les femmes. L'argument qui prétend donc que l'institution du mariage perdrait de sa valeur face à de nouveaux changements n'est pas nouveau, puisqu'il était déjà utilisé lorsque les femmes ont voulu mettre fin à la suprématie des hommes, et surtout lors du débat sur les mariages interethniques. Les restrictions raciales appliquées dans le cadre du mariage répondaient, selon les conservateurs, à l'exigence de la supériorité de la loi naturelle : loi divine et noble émanant de Dieu, dédiée à la préservation de la nature humaine[1084]. Le projet d'un être supérieur qui prétendait que les races ne pouvaient se mélanger puisque Dieu avait volontairement créé différentes ethnies, mais seulement deux sexes, pour permettre la reproduction du genre humain. Dès le XVIIe siècle, l'époque coloniale se plie à cette exigence en interdisant le mariage entre les Blancs et les Indiens ou tout individu qui n'est pas blanc. Ce processus discriminatoire va concerner quarante-deux États et territoires des États-Unis pour s'achever au début du XXe siècle. Les Afro-Américains mais aussi les Asiatiques sont également concernés par cette interdiction tandis qu'en 1907 le gouvernement fédéral approuve une loi sur l'immigration qui condamne à la déchéance de la

[1083] WALTERS, op.cit., p.193-194.
[1084] MORANT, Blake D. "The Teachings of Martin Luther King, Jr. and Contract Theory: An Intriguing Comparison." *Alabama Law Review* 50. 1998. p.64–113.

nationalité, les Américaines qui se marient avec des étrangers[1085]. Cette nouvelle disposition menaçait de faire des femmes des apatrides. Les Chinois et Japonais sont également exclus de tout processus de naturalisation. Ces exemples montrent que déjà les États-Unis s'interrogent sur leur modèle de société et la direction morale que doit prendre la nation, en attribuant par des interdictions des caractéristiques définitionnelles de la « bonne vie » pour promouvoir la suprématie du *White Anglo-Saxon Protestant* (WASP)[1086]. La conséquence est que le gouvernement a inéluctablement renforcé les inégalités et les tensions communautaires par le biais du mariage : « [...] the informal unions between couples who made that choice would have less honor, less status, fewer benefits, and so on[1087]. » Cott confirme bien que la diabolisation autour du mariage homosexuel et le recours à des dispositifs parallèles similaires, tels que des partenariats enregistrés, ne font que rappeler aux homosexuels qu'ils ne font pas partie du modèle hétérosexiste envisagé par les conservateurs.

Néanmoins, Cott relativise ce tableau sombre en démontrant que l'Amérique a cette capacité à réparer les erreurs du passé grâce il faut le dire à l'action de la Cour suprême des États-Unis. Celle-ci ressort renforcée par sa volonté d'agir pour protéger les libertés fondamentales des minorités, soumises à la discrimination dans le cadre de cette guerre culturelle. En ce qui concerne l'institution du mariage, la Cour se prononce quatorze fois à partir de 1888 pour définir le mariage comme un droit fondamental, selon de nombreuses déclinaisons dont nous ne mentionnerons que les plus pertinentes pour cette démonstration. Le mariage est présenté comme la pierre angulaire de la société indispensable à la civilisation humaine (1888). C'est une forme de progrès, une liberté essentielle (1923), un droit civique (1942) qui s'intègre dans le cadre de la vie privée (1965). Dans l'arrêt *Loving v. Virginia* (1967), la Cour abroge les lois contre les unions interraciales en affirmant que le mariage est « un des droits personnels vitaux les plus essentiels dans la quête du bonheur auquel aspirent les personnes libres[1088]. » Le mariage ne pouvait pas servir à classer et à ségréguer des races, ce qui bafouait les principes de légalité processuelle et de l'égale protection des lois. Pour Gerstmann, la politique de la Virginie s'inscrivait déjà dans une idéologie eugénique dans le but de « maintenir la "pureté" de la soi-disant race aryenne », typique du système Jim Crow[1089]. Dans les années 1970, cinq décisions insistent notamment sur la liberté

[1085] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.19.
[1086] « Anglo-Saxon protestant blanc. »
[1087] « [...] les unions non officialisées entre des couples qui ont fait ce choix là recevaient moins d'honneur, un statut inférieur, moins d'avantages, et ainsi de suite. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.24.
[1088] Supreme Court of the United States Justices. "Loving v. Virginia". Jugement prononcé le 12 juin 1967. Consulté le 2 novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/wex/loving_v._virginia_1967].
[1089] GERSTMANN, op.cit., p.56.

de choix dans le domaine de la famille, de la procréation et de la contraception, décisions qui protègent les individus contre les empiètements de l'État dans leur vie privée sans justifier un intérêt légitime et rationnel à agir. En 1987, dans *Turner v. Safley* la Cour admet que « le mariage est une expression de soutien émotionnel et d'engagement public[1090]. » Le mariage est une forme de reconnaissance de l'État, unissant deux individus par un lien affectif qui doit être garanti même aux détenus méritant examen juridique. En 1992, le mariage s'inscrit dans le principe d'autonomie individuelle et répond à l'exigence du respect de la dignité des individus. Enfin, en 2003, le juge Kennedy estime légitime la demande éventuelle des homosexuels d'avoir accès à l'institution du mariage au même titre que les couples hétérosexuels. Ces décisions reconnaissent comme fondamentale la liberté du mariage et confortent un processus graduel visant à renforcer l'égalité des sexes ainsi que l'égalité des races. Il faut attendre néanmoins l'arrêt *Brown v. Board of Education* en 1954, qui renverse le jugement de 1897 dans *Plessy v. Ferguson*, pour mettre fin à la ségrégation de droit, soit quasiment un siècle après l'abolition de l'esclavage en 1865. Des jugements qui interviennent trop lentement et qui ont laissé des séquelles indélébiles dans la conscience collective, sur fond de recrudescence de racisme et de bavures policières au XXIe siècle. À peine quatre ans après cette décision, Jerry Falwell, pasteur fondamentaliste et télévangéliste, a alarmé ses fidèles sur la dangerosité de l'égalité entre les Noirs et les Blancs, un jugement qui allait à l'encontre de la volonté de Dieu : « The true Negro does not want integration [...]. He realizes his potential is far better among his own race [...]. It will destroy our race eventually [...][1091]. » Même si effectivement les croyances religieuses peuvent être considérées comme sincères et légitimes de la part de nombreux chrétiens du Sud, elles ne peuvent pas servir à alimenter des discours haineux, proches du fanatisme, et encore moins contre ses propres institutions démocratiques. La liberté religieuse est garantie par le Ier amendement tandis que la clause de suprématie stipule que « la loi suprême de la nation » est la Constitution des États-Unis ainsi que les lois et traités adoptés par le gouvernement fédéral, et non pas la Bible. Les institutions religieuses doivent donc se plier à la force du droit dans la conception et l'application du mariage civil, car c'est aussi une tradition historique héritée de la monarchie britannique, selon

---

[1090] Supreme Court of the United States Justices. “Turner v. Safley”. Jugement prononcé le 1er juin 1987. Consulté le 2 novembre 2014 : [http://web.stanford.edu/~mrosenfe/Turner_v_Safley_US_1987.pdf]

[1091] « Le vrai Nègre ne souhaite pas l'intégration [...]. Il réalise que son potentiel est bien meilleur au sein de sa propre race [...]. Cela finira par détruire notre race [...]. »
FALWELL, Jerry. "Segregation or Integration, Which?". Sermon delivered in 1958. Cited in Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.227.

Cott : « [...] the state retained control using the church as the ceremonial partner in marriage[1092]. » La religion ne s'intègre donc pas dans les trois pouvoirs de l'État, mais collabore plutôt selon les règles dictées par le gouvernement.

Pour l'égalité des droits des homosexuels, la Cour suprême utilise la même délicatesse, en sélectionnant ses dossiers, mais corrige ses erreurs plus rapidement par la voix d'un juge pivot : une quinzaine d'années pour la sodomie et seulement deux années pour valider le mariage homosexuel alors que la Cour Roberts est globalement jugée conservatrice. On remarque aussi que le mouvement pour le mariage homosexuel s'est largement appuyé sur le combat pour les droit civiques pour s'inscrire dans la même trajectoire d'une victoire idéologique en comparant, lors du procès, le statut de partenariat enregistré aux fontaines d'eau réservées aux seuls hétérosexuels ou à Rosa Parks assise au fond d'un bus : « It was as though [...] we had been prisoners in a closet; [...] we had been deprived of something; [...] we had been told to sit in the back of the bus and accept this kind of lesser status of domestic partners[1093]. » Ce parallèle historique vise à démanteler des dispositifs ségrégationnistes qui s'attaquent à la race ou à l'orientation sexuelle, et qui, au fil du temps, ne peuvent se maintenir devant la pression de ces minorités qui exigent égalité et justice. Pour Gerstmann, cette guerre culturelle repose sur une analogie superficielle pour deux raisons. Tout d'abord les contextes historiques ne sont pas les mêmes : esclavage et ségrégation raciale d'un côté[1094], puis persécution et exclusion structurelle de l'autre. Enfin, les Noirs sont victimes de discrimination raciale alors que les homosexuels sont victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle, mais subissent la même haine, provoquée pour les uns par le racisme et pour les autres par l'homophobie, qui émanent souvent d'institutions religieuses fondamentalistes. Pour William Eskridge, enseignant-chercheur et spécialiste de jurisprudence, l'homophobie est une arme violente qui renforce le sexisme et « un monde dichotomisé par la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes[1095] ». Du point de vue du droit, l'objectif est similaire : celui d'exiger un examen strict de constitutionnalité dans le cadre de l'égale protection des lois, car la couleur de peau et l'orientation sexuelle sont des caractéristiques innées. Pour se déterminer, la Cour ne s'appuie sur aucune croyance religieuse qui ne saurait résolument constituer la base du droit

---

[1092] « [...] l'État a gardé le contrôle sur la question du mariage en utilisant l'Église comme son partenaire de cérémonie. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.137.

[1093] « C'était comme si [...] nous avions été prisonniers d'un placard ; [...] nous avions été privés de quelque chose ; [...] on nous avait dit de nous asseoir à l'arrière du bus et d'accepter ce genre de statut inférieur attribué aux partenaires enregistrés. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 15th, 2010. Volume 5. p.261.

[1094] GERSTMANN, op.cit., p.54-57.

[1095] GERSTMANN, ibid., p.58.

américain. En fin de compte, le témoignage de Nancy Cott montre que le mariage homosexuel est inévitable, et s'inscrit dans le changement d'une institution qui a évolué vers plus de parité entre les époux, tout en renforçant les principes d'égalité, d'intimité, de sécurité et d'engagement[1096] par la voix des juges à la Cour suprême. N'est-ce donc pas la lutte contre la discrimination qui a poussé les juges à agir, en faisant de ce combat un intérêt légitime et rationnel du gouvernement ? Pour répondre à cette question, il sera intéressant d'étudier le témoignage de Letitia Anne Peplau, professeure de psychologie sociale à UCLA, afin de déterminer en quoi le mariage est bénéfique à l'ensemble d'une société, et surtout s'il reste une étape déterminante dans la vie d'un individu, afin d'éliminer toute considération discriminatoire.

Même si le bureau du recensement américain confirme le déclin des cérémonies de mariage, sur une période allant de 1987 à 2011[1097], une enquête d'opinion Gallup en 2006 montre que l'intérêt des Américains pour cette institution reste fort même si le divorce et le fait d'avoir des enfants en dehors du mariage deviennent des pratiques moralement acceptables[1098]. 91 % ont déclaré s'être mariés ou avoir l'intention de le faire alors que dans le même temps de nombreux Américains font approuver des amendements constitutionnels pour protéger le mariage traditionnel. Peplau utilise cette donnée pour montrer que les homosexuels entrent dans cette tendance à vouloir également se marier. En effet, une enquête de la *Kaiser Family Foundation* en 2001 confirme que 74 % des gays, lesbiennes et bisexuel-les souhaitent que leur union soit légalement reconnue par l'égalité d'accès au mariage, mais, de manière intéressante, ils ne sont que 28 % à déclarer vivre en couple[1099]. Cela tend à confirmer que le mariage homosexuel concernerait un quart de la communauté homosexuelle, et que, comme chez les hétérosexuels, un décalage existe entre vouloir se marier et concrétiser ce projet. On peut aussi supposer que les trois quarts des homosexuels souhaitent, déjà au début des années 2000, avoir accès à cette institution, dans le cadre du combat pour l'égalité des droits. Néanmoins, trois ans après le procès, Gallup publie une nouvelle enquête en 2013, avant l'abrogation de la loi DOMA, qui montre que les Américains ne sont plus que 75 % à s'être mariés ou à avoir l'intention de le faire. L'adhésion collective à

[1096] COTT, Nancy. "Professor Nancy Cott on Gay Marriage". *NPR Fresh Air*. April 15, 2004. Consulté le 31 août 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=1838413]

[1097] NEWPORT, Frank & WILKE, Joy. "Most in U.S. Want Marriage, but Its importance Had Dropped". *Gallup*. August 2, 2013. Consulté le 5 septembre 2015 : [http://www.gallup.com/poll/163802/marriage-importance-dropped.aspx]

[1098] SAAD, Lydia. "Americans Have Complex Relationship With Marriage". *Gallup*. May 30, 2006. Consulté le 5 septembre 2015 : [http://www.gallup.com/poll/23041/americans-complex-relationship-marriage.aspx]

[1099] The Kaiser Family Foundation. "A Report on the Experiences of Lesbians, Gays and Bisexuals in America and the Public's Views on Issues and Policies Related to Sexual Orientation". 2001. p. 11. Rapport consulté le 5 septembre 2015 : [https://kaiserfamilyfoundation.files.wordpress.com/2013/01/new-surveys-on-experiences-of-lesbians-gays-and-bisexuals-and-the-public-s-views-related-to-sexual-orientation-chart-pack.pdf]

l'institution du mariage n'est plus aussi significative que par le passé en partie aussi parce que les individus retardent l'échéance, de manière à ce que les conditions leur soient favorables. La liberté de choisir prime sur les convenances et la pression sociale. On apprend également, lors du procès, qu'une enquête menée par Lee Badget et Gary Gates[1100] dans l'État du Massachusetts montre que les homosexuels sont 37 % à faire le choix de se marier tandis que dans d'autres États qui proposent des partenariats enregistrés ou des unions civiles, ils sont trois fois moins[1101]. Quelles sont les raisons qui expliquent qu'en définitive les couples de même sexe font le choix de vouloir s'unir par les liens du mariage ?

Peplau se propose d'étudier ce conflit sous un autre angle, celui qui fait du mariage un acteur de la cohésion sociale et de la valorisation individuelle. Elle avance que globalement les études démontrent que le mariage a un impact positif sur la santé des hétérosexuels, et joue un rôle sur l'allongement de l'espérance de vie et le bien-être intérieur[1102]. Plusieurs raisons expliquent ce constat. Tout d'abord, les Américains attachent une signification identitaire au mariage et se sentent, de fait, intégrés à la société par leur gouvernement. Ils sont aussi conscients que le mariage implique un degré de responsabilité et d'engagement mutuel dans la promotion d'un ménage stable, sécurisant et solide. Le mariage, par la création d'une famille, permet de nouer de nouveaux liens sociaux contribuant à la formation d'une communauté « élargie » et diverse. L'école serait, par exemple, un lieu névralgique et privilégié permettant aux familles de tisser de nouvelles relations. Enfin, le gouvernement par des dispositifs prévus par la loi, vient protéger et assurer la qualité et la pérennité de ces foyers en faisant que les époux se sentent aussi accompagnés dans leur projet de vie[1103]. L'objectif de Peplau est de montrer que la recherche en sciences sociales a aussi permis de briser un stéréotype qui visait à discréditer les couples de même sexe, incapables de former des relations stables, puisque le niveau de qualité de ces familles homoparentales est semblable à celui des familles traditionnelles. Elle s'appuie sur une étude menée en Californie, dont l'objectif était de créer une base de données sur le nombre, la nature et la solidité de la relation des couples de même sexe[1104]. On apprend, par exemple, que les homosexuel-les intérrogé-es étaient, en moyenne, en couple depuis presque dix ans. Il semblerait

---

[1100] Spécialiste des charactéristiques démographiques de la communauté LGBT à l'école de droit de UCLA.
[1101] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 13th, 2010. Volume 3. p.120.
[1102] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.121.
[1103] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.122-124.
[1104] CARPENTER, Christopher & GATES, Gary. "Gay And Lesbian Partnership: Evidence From California". *Demography*, Volume 45-Number 3, August 2008: pp. 573–590. Consulté le 6 septembre 2015 : [http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-Carpenter-GL-Partnership-Evidence-CA-Aug-2008.pdf]

donc que le gouvernement ait un intérêt certain à intégrer ces couples de même sexe à l'institution du mariage ne serait-ce déjà que pour renforcer leur sentiment d'engagement, stabiliser leur union et apporter les mêmes garanties de réussite, si tel est leur souhait. Pendant le contre-interrogatoire, les avocats de la défense utilisent des études de la fin des années 1970 et donc post-révolution sexuelle pour mettre en évidence que les homosexuels, contrairement aux lesbiennes, sont infidèles et ne répondent pas à l'exigence essentielle de la monogamie chrétienne[1105]. De même, si les pronostics de Peplau se confirment, à savoir que le mariage homosexuel aux États-Unis représenterait au maximum 3 % de l'ensemble des mariages célébrés[1106], cela démontrerait que les homosexuels ne veulent pas de cette institution. Une grossière généralisation qui n'expliquerait pas non plus comment le peu de couples homosexuels mariés viendraient augmenter le taux de divorce et la chute du nombre de mariages hétérosexuels, étant donné que le mariage homosexuel reste interdit. Pour Peplau, les couples les plus fragiles et les plus concernés par un risque de divorce sont ceux qui rencontrent des difficultés financières, et qui vivent dans une grande précarité. Le spectre du mariage homosexuel n'est en rien un motif qui constituerait l'annulation d'un projet de mariage, d'après les statistiques du gouvernement du Massachusetts établies quatre ans avant et après la légalisation du mariage homosexuel[1107]. Peplau présente un arsenal d'enquêtes d'opinion pour faire entendre aux conservateurs qu'ils ignorent délibérément la requête des couples de même sexe qui s'engagent à respecter et à honorer les principes de cette institution. Les homosexuels ne veulent en aucune manière changer les règles du mariage. En effet, une enquête du département de la Santé du Massachusetts a révélé une homogénéité des impacts qualitatifs du mariage sur les couples homosexuels comparé à ceux des couples hétérosexuels : engagement mutuel renforcé, reconnaissance et visibilité sociale ainsi que protection juridique[1108]. Ces jeunes couples mariés observent rapidement les premiers effets du mariage qui contribue positivement à l'amélioration de leur quotidien et à celui de leurs enfants comme, par exemple, l'accès à l'assurance maladie de l'employeur pour les conjoints. En fin de compte, on constate que les couples de même sexe ne revendiquent en rien de nouveaux droits spécifiques, mais exigent les mêmes garanties accordées aux couples hétérosexuels afin de participer équitablement à la stabilité de la société de demain. Pour Peplau, les couples de même sexe peuvent redorer cette institution mal en point en lui rendant toute l'estime et l'honneur qui lui revient ne serait-ce qu'à travers l'inspiration culturelle et sociale qu'elle suscite : « So the idea that there's a group of American citizens who want to enter

[1105] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.164-165.
[1106] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.145.
[1107] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.139-140.
[1108] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.141.

this institution, to keep it going, to keep it vibrant and alive, [...], seems like a very good omen for the future of America[1109]. » La levée des restrictions discriminatoires contre le mariage homosexuel renforcerait l'institution et l'intégration des couples de même sexe dans un projet de citoyenneté dont le leitmotiv serait l'égalité des droits pour tous. Selon Egan, elle contribuerait à rendre la société plus performante économiquement avec des employés plus productifs et assidus, des couples dont le pouvoir d'achat permettrait de doper le marché de l'immobilier[1110]. Pour le spécialiste, ces indicateurs ne seraient donc que bénéfiques à la trajectoire de la croissance. À ce stade, il est important de souligner que des études approfondies seront nécessaires pour mesurer ces progrès économiques, une fois le mariage homosexuel validé sur l'ensemble du territoire américain. Les prédictions optimistes d'Egan sont aussi là pour rappeler que les homosexuels sont des acteurs économiques incontournables, et que la discrimination ne représente qu'un fardeau pour l'économie de la Californie. D'ailleurs, une enquête du *Williams Institute*, institut de recherche basé à UCLA, qui s'intéresse aux questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre, révèle que dans le seul État du Massachusetts, les homosexuels et les lesbiennes interrogés ont un niveau d'étude supérieur plus élevé que le reste de la population. 52 % des sondés ont déclaré cumuler 110 000 dollars de revenus à deux[1111]. Peplau se défend de vouloir généraliser ces données à l'ensemble d'une nation, mais souhaite mettre en avant le potentiel économique des couples de même sexe dont la Californie pourrait tirer avantage. La légalisation du mariage homosexuel faciliterait également la fin graduelle d'une stigmatisation structurelle qui véhicule une image négative de toute une communauté.

Ilan Meyer, spécialiste d'épidémiologie psychiatrique et enseignant-chercheur au *Williams Institute*, a étudié l'impact de l'interdiction du mariage sur la santé des homosexuels. L'objectif de ce témoignage, dans le cadre de cette guerre culturelle, est de démontrer que les couples de même sexe sont bien les victimes d'un préjudice infligé par le gouvernement qui a créé des dommages collatéraux difficilement contrôlables, en renforçant la violence et les crimes de haine envers la communauté. Le camp adverse, pour sa part, n'a apporté aucun élément probant pour démontrer que l'abrogation de la Proposition 8 viendrait irrémédiablement porter un coup néfaste à la liberté religieuse. Chauncey explique cela par le fait que les conservateurs souhaitent protéger leur droit de pouvoir continuer à ignorer l'existence des homosexuels, puisque telle est leur conception de la

---

[1109] « Donc l'idée qu'il y ait un groupe de citoyens américains qui souhaitent intégrer cette institution, pour la conserver, la maintenir dynamique et vivante, [...] , semble être de bonne augure pour l'avenir de l'Amérique. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.146.

[1110] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 4. p.16-21.

[1111] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 13th, 2010. Volume 3. p.191.

liberté d'expression et de la croyance religieuse[1112]. Meyer identifie la Proposition 8 comme étant l'exemple typique d'une stigmatisation structurelle qui va constituer un facteur de stress, car elle représente implicitement une interdiction adressée aux homosexuels, mais aussi une validation de tous les stéréotypes qui leur sont associés. Ils sont donc exclus des critères définis et mis à l'écart comme des parias, car n'étant pas dignes de cette précieuse institution. Selon le spécialiste, la stigmatisation renvoie à une caractéristique négative associée à un groupe d'individus, créant une forme d'hostilité de la part de la société. Ces individus se retrouvent injustement dépréciés, de manière permanente, subissant les discours homophobes qui, banalisés, s'intègrent insidieusement dans une nouvelle norme sociale[1113]. Cette stigmatisation devient structurelle lorsqu'elle affecte tous les dispositifs et mécanismes institutionnels tels que la loi mais aussi les débats législatifs[1114]. Pour Meyer, la loi constitue la source même de cette condamnation publique imprégnant la conscience collective : « [...] the law in the state is a very important party to creating the social environment[1115]. » La question se pose de savoir si le gouvernement doit créer un environnement favorable et propice au potentiel de la communauté ou s'il doit s'appuyer sur des principes « naturels » pour opposer la majorité aux minorités de ce pays. Il faut ajouter que dans la guerre culturelle contre l'homosexualité, c'est la combinaison entre discours religieux fondamentalistes et droit naturel émanant d'une autorité supérieure qui vient parasiter l'espace public séculier. Cette autorité religieuse revendiquerait une croisade morale contre les homosexuels. Cette croisade est source de multiples facteurs de préoccupation pouvant conduire à ce que Meyer et d'autres spécialistes LGBT appellent « minority stress ». Autrement dit, quatre facteurs de stress ont été identifiés qui concernent en particulier les minorités sexuelles[1116]. Ils sont tous étroitement liés à cette guerre culturelle et agissent, tout d'abord, soit à travers des événements ponctuels ou bien des phénomènes chroniques qui représentent de véritables enjeux de société pour le gouvernement, si celui-ci souhaite lutter efficacement contre le dénigrement persistant des homosexuels à qui l'on demande des adaptations permanentes contre ce qu'ils sont. Meyer cite par exemple, le licenciement abusif d'individus à cause de leur orientation sexuelle, mais aussi la violence anti-homo. Celle-ci se retrouve dans le témoignage de Katami qui avoue avoir été victime d'insultes et

---

[1112] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 2. p.215.
[1113] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 4. p.149.
[1114] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 4. p.150.
[1115] « [...] la loi dans l'État joue un rôle très important dans la création de l'environnement social. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.211.
[1116] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.165.

de jets d'œufs, mais aussi dans celui d'Alan Van Capelle qui a reçu de nombreuses lettres anonymes et des copies du Lévitique dans le cadre de son combat pour le mariage homosexuel dans l'État de New York[1117]. L'évocation de ces incidents nous montre que, dans ce combat pour l'égalité des droits, la communauté LGBT doit composer avec la violence et faire face constamment à ce type d'incivilité. Les crimes de haine contre les homosexuels, comme l'assassinat de Matthew Shepard en 1998, et le débat polémique suscité autour de la protection de l'orientation sexuelle comme mobile, dans le cadre d'un crime, le harcèlement scolaire et les ennuis du quotidien rappellent constamment aux homosexuels qu'ils sont traités différemment. Par exemple, remplir des formulaires administratifs qui ne reconnaissent pas les « partenaires enregistrés » ou qui ne permettent pas de définir clairement le lien parental existant entre Perry et Stier et leurs quatre enfants[1118]. Pour Meyer, le fait que les homosexuels ne rentrent pas dans les cases de l'administration agit sur eux comme une forme de rejet alors que le gouvernement aurait dû mettre en place les dispositifs administratifs adéquats après l'adoption de la loi sur les partenariats enregistrés en 1999. Il semble compréhensible que Perry et Stier interprètent ces insuffisances comme une désapprobation de la part de leur gouvernement qui résulte d'un processus humiliant où elles doivent donc justifier systématiquement leur relation à l'écrit ou à l'oral. On peut donc comprendre que l'administration les renvoie à leur place dans la société, établie non pas sur la base d'une égalité de traitement, mais plutôt sur celle de dispositifs permettant d'accommoder les demandes des couples de même sexe, traitées à part. Meyer identifie un second processus, sujet à une forme de stress chronique, lorsque les homosexuels, parfaitement conscients des dangers du rejet et de la discrimination, contrôlent leur apparence et leur manière de se comporter en société, tout en se méfiant de leur environnement immédiat[1119]. Les homosexuels qui ne souhaitent pas être identifiés où être l'objet d'insultes en public, vivraient dans un climat de peur et de méfiance, en particulier dans les États où le rejet de l'homosexualité est particulièrement virulent. Cela affecte donc leur état d'esprit, leur façon d'interagir et surtout renforce leur sentiment d'abandon de la part de leur gouvernement qui n'agit pas pour protéger leur dignité, leur sécurité et leur liberté. Pour Meyer, la Proposition 8 n'est pas simplement une forme de protection du mariage traditionnel, en réaffirmant une définition arbitraire, il s'agit d'un amendement constitutionnel qui insinue que les relations homosexuelles, aussi stables soient-elles,

---

[1117]Entretien avec Alan Van Capelle, Directeur général exécutif de l'organisation *Educational Alliance*, réalisé le jeudi 23 juin, voir infra p.507.

[1118] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1. p.175.

[1119] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 4. p.183.

n'ont pas la même valeur et la même signification sociale[1120]. Reléguer et étiqueter ces relations dans un cadre à part ne font que légitimer des postures idéologiques qui dénigrent les homosexuels, en les enfermant dans des stéréotypes stigmatisants. C'est ce climat délétère et hostile aux homosexuels qui conduit ces derniers à vivre dans le placard. Meyer attribue cela à un processus de la dissimulation qu'ils doivent assumer au quotidien et qui nécessite, de fait, un « effort cognitif considérable » conduisant à réprimer leurs émotions[1121]. En effet, Perry évoque des situations de la vie quotidienne qui oscillent entre entretenir un mensonge sur sa sexualité ou à l'inverse l'accepter et ne pas en avoir honte : « And the decision every day to come out or not come out at work, at home, at PTA, at music, at soccer, is exhausting[1122]. » Elle admet implicitement ne plus supporter d'avoir à systématiquement se protéger du regard des autres, et à devoir jongler entre deux postures, en fonction de l'environnement dans lequel elle se trouve. Pour D'Emilio, cette situation est similaire à la condition des homosexuels des années 1950 qui se retrouvent prisonniers et opprimés par les comportements ainsi que les jugements de la société, ce qui rend impossible toute forme de progrès politique et social[1123]. Ces jeux de rôle que s'imposent les homosexuels exigent des adaptations permanentes en société, en fonction du degré d'hostilité qui peuvent amener à un dernier processus, celui de « l'homophobie intériorisée » qui fait des ravages sur la santé mentale, et que D'Emilio avait également constaté au milieu du XXe siècle en ces termes : « Shunted to the margins of American society, harassed because of their sexuality, many gay men and women internalized the negative descriptions and came to embody the stereotypes[1124]. » Les homosexuels avaient fini par assimiler et adopter les stéréotypes par lesquels ils étaient identifiés comme s'ils avaient intégré l'idée que leur sexualité était une défaillance personnelle. Selon Meyer, la perte de l'estime de soi, comme une forme de rejet, l'impossibilité de s'affirmer en tant qu'individu, et de se projeter dans l'avenir conduisent à des problèmes psychologiques tels que troubles de l'humeur, anxiété, dépression ou addictions. Une enquête décennale du gouvernement fédéral de 2010, sur la santé des Américains, qui vise à promouvoir des politiques favorables à leur bien-être, révèle des inégalités entre les hétérosexuels et les

---

[1120] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.185.
[1121] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.188.
[1122] « Au travail, à la maison, à la réunion parents/professeurs, à la répétition de musique, à l'entraînement de football, chaque jour la décision de révéler ou non son homosexualité est éreintante. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1. p.152.
[1123] 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. p.57.
[1124] « Poussés à la marge de la société américaine, harcelés à cause de leur sexualité, de nombreux hommes et femmes homosexuels ont intériorisé les descriptions négatives et en sont venus à incarner les stéréotypes. »
D'EMILIO, John. *Sexual Politics, Sexual Communities* [...], ibid., p.53.

homosexuels, avec notamment des tentatives de suicide plus fréquentes parmi les adolescents homosexuels[1125]. L'école serait donc un microcosme de la stigmatisation et de la violence à l'encontre des homosexuels, à l'échelle de toute une société. Ces jeunes en devenir tentent de se construire tout en subissant les brimades de leurs camarades. Cette guerre culturelle a donc la spécificité de ne pas se limiter au seul terrain de l'espace public de la société. Elle s'invite dans des espaces institutionnels, virtuels et privés tels que la maison. Ces conséquences sur la santé offrent une opportunité malvenue au camp adverse qui tente d'établir un lien ambigu entre la santé mentale actuelle de certains homosexuels et la classification de leur sexualité comme maladie mentale jusqu'en 1973. Meyer soutient que ce n'est pas leur sexualité qui affecte leur santé, mais bien les « conditions sociales discriminatoires[1126] ».

L'expert évoque alors la question de l'intersection entre race et sexualité pour tenter d'établir un modèle théorique sur les facteurs de stress social. Cependant, les résultats de plusieurs études menées entre le milieu des années 1990 et le début des années 2000 ont révélé que les Afro-Américains et les Latinos homosexuels étaient bien moins exposés que les Blancs homosexuels à des troubles de la santé mentale. Meyer explique cela par ce qu'il qualifie du cas spécifique de « l'identité double des minorités[1127] » qui démontrent davantage de résistance pour affronter le racisme en raison des efforts structurels consentis par le gouvernement fédéral pour concrétiser le principe d'égalité des races. Meyer avance, lui, l'idée selon laquelle la communauté afro-américaine non-homosexuelle est davantage solidaire et socialisée alors que les homosexuels n'évoluent pas nécessairement dans leur communauté et qu'ils sont victimes aussi de l'homophobie de leurs parents ou de leur famille[1128]. Renier son enfant est la pire des sanctions morales, et démontre que le gouvernement doit aussi agir pour non seulement responsabiliser ces familles, mais surtout modifier la représentation et les perceptions négatives construites autour de l'homosexualité. Meyer est clair sur ce point. La proposition 8 participe à la création d'un système binaire en Californie avec l'institution du mariage d'un côté, et le partenariat enregistré de l'autre, qui enfonce le clou de la stigmatisation[1129]. Le mariage est supérieur à tous égards : juridiquement, socialement, culturellement et religieusement, tandis que le partenariat enregistré est un dispositif récent imparfait au statut bien à part. Une alternative spécifique qui rappelle aux couples de même sexe que leur orientation sexuelle est traitée de manière différenciée. La question qui se pose donc

---

[1125] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 14th, 2010. Volume 4. p.208.
[1126] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.221-222.
[1127] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.237-238.
[1128] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.306-307.
[1129] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.315-316.

pour le tribunal est de déterminer si les couples homosexuels sont dignes d'avoir et d'élever des enfants, et si la présence d'un père et d'une mère est une condition nécessaire pour favoriser le développement d'un enfant.

Lors de la campagne, la diabolisation des homosexuels reposait sur leur inaptitude aux fonctions parentales. Cooper, dans sa déclaration liminaire, avait pris soin d'utiliser les remarques faites par Barack Obama lors de la Fête des pères, le 15 juin 2008, pour sous-entendre qu'en raison de l'absence d'un père, les enfants de couples lesbiens étaient davantage susceptibles de vivre dans la pauvreté, de devenir des criminels, et de terminer leur vie en prison[1130]. Néanmoins, le discours d'Obama dans une église apostolique s'adressait à la communauté afro-américaine et faisait référence aux statistiques qui ont montré que plus de la moitié des enfants noirs vivaient dans des foyers monoparentaux désertés par les pères[1131]. Sans aucun contexte, la référence à Barack Obama ne sert qu'à alimenter les préjugés et à placer le futur président dans une vision traditionnelle de la famille. Les statistiques utilisées par Obama ne visent pas à montrer que les enfants des couples de même sexe n'ont aucune chance de s'épanouir. Pour le camp des progressistes, la question est donc de déterminer quelle est la définition d'un bon parent au XXIe siècle et non la définition d'une bonne mère ou d'un bon père. Michael Lamb, professeur et directeur du département de psychologie sociale et du développement à Cambridge, se propose de définir les rôles du parent qui contribuent favorablement au développement d'un enfant :

> A good parent is one who is effective at reading the signals of that child, understanding what that child needs and providing appropriate stimulation, guidance, and setting appropriate limits for their children. And parents who provide that kind of committed, loving care have children who are more likely to be well adjusted[1132].

Pour Lamb, hommes et femmes peuvent parfaitement remplir cette mission, en mutualisant leurs ressources ou de manière complémentaire alors que pour les conservateurs certains rôles sont naturellement liés au sexe du parent. Les études scientifiques des quarante dernières années avancent d'autres facteurs positifs au développement de l'enfant, que la simple présence des deux sexes : la qualité du lien parents-enfants, de la relation des deux parents, et de l'environnement

---

[1130] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1. p.62.

[1131] Obama, Barack. "Obama's Father's Day Remarks". *The New York Times*. June 15, 2008. Consulté le 12 septembre 2015 : [http://www.nytimes.com/2008/06/15/us/politics/15text-obama.html?pagewanted=all&_r=0]

[1132] « Le bon parent est celui qui est capable de lire les signaux émis par cet enfant, de comprendre ce dont il a besoin, de lui apporter une stimulation et des conseils adaptés, et d’imposer à leurs enfants des limites appropriées. Et les parents qui leur apportent ce genre d'attention affectueuse et dévouée ont des enfants qui ont le plus de chance d’être équilibrés. »
Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 15th, 2010. Volume 5. p.21.

économique et social dans lequel les enfants évoluent[1133]. Au contraire, le divorce et la séparation des parents peuvent représenter une forme de traumatisme chez les enfants qui se retrouvent partagés et au centre d'un conflit familial[1134]. Les mythes associés à la dangerosité des familles homoparentales sur leurs enfants ne sont corroborés par aucune étude scientifique. D'ailleurs en 2004, la Société américaine de psychologie publie une déclaration de principe en ce sens qui stipule que l'orientation sexuelle ne constitue pas un motif rendant les homosexuels incapables d'assumer leur rôle de parent[1135]. Pourtant les conservateurs affirment que les enfants de parents homosexuels développeraient des troubles de l'identité, deviendraient homosexuels et seraient victimes d'abus sexuels[1136]. Par contre, les experts en sciences sociales s'accordent pour dire que le mariage est une institution propice au bon développement et à l'adaptation des enfants[1137], puisqu'ils sont exposés dès leur plus jeune âge aux idéaux de cette union. En conséquence, on peut en déduire que les enfants de Perry et Stier vivraient mieux la relation de leurs deux parentes, notamment à l'école ou à l'université, si celle-ci était similaire à celle de parents hétérosexuels. Le contre-interrogatoire veut montrer que les études utilisées par l'expert ne sont pas assez récentes, et qu'elles ne reposent pas sur des témoignages d'enfants élevés par des couples de même sexe. Pourtant, rappelons que cette opportunité, offerte à la défense pour poser des questions à Perry et Stier, voire à leurs enfants respectifs, a été déclinée par l'avocat. La nécessité de réaliser des études plus récentes vient servir l'argument selon lequel il est trop tôt pour autoriser le mariage homosexuel. Cependant, est-il certain que si ces études confirmaient les résultats des investigations menées auparavant, elles permettraient aux conservateurs de soutenir le mariage homosexuel ? Rien n'est vraiment sûr puisque Thompson remet en question le sérieux de ces études scientifiques qu'il considère comme biaisées par l'idéologie libérale du gouvernement et ses financements qui orienteraient de toute évidence les résultats[1138]. Il revient sur la complémentarité essentielle que joue un père et une mère afin que cette relation unique entre deux sexes opposés serve de modèle dans les rôles attribués à chacun dans le développement d'un enfant. Pour s'épanouir, ce dernier aurait nécessairement besoin de s'identifier à des exemples qui puissent structurer sa conception du rapport unique existant entre un homme et une femme. Seulement, tous les enfants ne vivent pas avec leurs deux parents de sexe opposé et, pour l'expert, la condition indispensable qui permet à l'enfant de trouver son équilibre est la présence de deux parents mariés,

[1133] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.20-21.
[1134] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.23.
[1135] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.37.
[1136] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.40-46.
[1137] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.53.
[1138] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.58-59.

quel que soit leur sexe[1139]. Sur la question du besoin des enfants d'avoir des modèles auxquels ils puissent s'identifier, Lamb rapporte que les professeurs, la famille proche et les amis du couple peuvent influencer le développement de l'enfant si encore une fois la qualité du lien est établie[1140]. En fait ce que Thomson semble vouloir délibérément négliger c'est qu'en 2000, 33 % des couples lesbiens et 22 % des couples homosexuels élevaient au moins un enfant, selon le recensement effectué par le gouvernement américain[1141]. Pour Lamb, qui souhaite rassurer le juge, ces enfants ne sont pas plus exposés au risque d'abus sexuels que ceux élevés par des couples hétérosexuels[1142]. Rappelons également que, depuis 2002, les agissements de 5 000 prêtres pédophiles ont fait l'objet de plus de deux milliards de dollars de versements en dommages et intérêts rien qu'aux États-Unis[1143]. Ces faits ne sont pas abordés, car il est question de famille, et que pour la défense du mariage traditionnel, aucune étude n'a pu démontrer de manière irréfutable que l'environnement optimal pour les enfants était la présence d'un père et d'une mère, unis par les liens du mariage. De même qu'il serait recommandé par les avocats de la défense d'étudier les effets du concubinage sur les enfants de parents homosexuels par rapport à ceux élevés par des familles hétérosexuelles unies par le mariage[1144]. Cette requête ne semble pas avoir de pertinence scientifique dans le sens où les enfants étudiés ne se situeraient pas dans des environnements similaires. Pour être crédible, cette étude devrait étudier les effets du mariage sur les enfants dans deux structures familiales distinctes. Enfin, rappelons que les cas d'abus sexuels qui font l'objet de signalement, sont dans 80 % des cas, le fait d'un individu hétérosexuel proche de la famille de la victime[1145]. Les conservateurs, par le biais d'études douteuses, réalisées par des organisations fondamentalistes comme la *Traditional Values Coalition*, persistent à vouloir démontrer l'existence d'un lien entre homosexualité et pédophilie qui sont présentées comme des troubles mentaux semblables. En octobre 2013, c'est la Société américaine de psychologie qui doit rectifier son manuel sur les maladies mentales pour avoir, par erreur, associé la pédophilie à une orientation sexuelle[1146]. Une aubaine pour les conservateurs pour affirmer que l'homosexualité est bien une anomalie de la sexualité. Cette anomalie discréditerait les arguments des avocats

---

[1139] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.97, p.108.
[1140] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.95.
[1141] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.130.
[1142] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, ibid., p.138-139.
[1143] BOISVERT, Yves. "L'Église et les crimes sexuels". *LAPRESSE.CA*., 15 septembre 2008. Consulté le 13 septembre 2015 : [http://www.lapresse.ca/debats/chroniques/yves-boisvert/200809/15/01-21261-leglise-et-les-crimes-sexuels.php]
[1144] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”, op.cit., p.192.
[1145] JENNY, Carole. "Are Children at Risk for Sexual Abuse by Homosexuals". *Pediatrics*. 1994.
[1146] American Psychological Association. "Statement of the American Psychological Association Regarding Pedophilia and the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)." 31 octobre 2013. Déclaration consultée le 13 septembre 2015 : [http://www.apa.org/news/press/releases/2013/10/pedophilia-mental.aspx]

favorables au mariage homosexuel, car leurs clients ne seraient que des militants cherchant à encenser un mode de vie immoral aux yeux des conservateurs.

L'idée maîtresse du témoignage de Jerry Sanders, maire républicain de San Diego de 2005 à 2012 et ancien officier de police, repose sur l'idée que le mariage est une porte d'accès à l'égalité des chances qui s'inscrit dans un combat historique, jalonné par des événements violents et caractérisé par la discrimination d'État. C'est le témoignage assumé d'un républicain qui se place dans la stratégie payante du compromis et de l'acceptation, puisqu'il sera réélu en juin 2008. Il présente le mariage comme une opportunité et une chance alors qu'il n'était favorable qu'aux unions civiles jusqu'à ce que sa propre fille lui révèle son homosexualité. Sanders confirme avoir eu une méconnaissance du sujet de l'homosexualité jusqu'à ce qu'il soit personnellement affecté par cette question, faisant alors le choix de mettre en avant ses qualités de père qui agit au nom de l'intérêt de son enfant, mais au détriment du discours politique du Parti républicain[1147]. Ses préjugés allaient le conduire à mettre son veto à une résolution abrogeant l'interdiction du mariage homosexuel dans l'État de Californie jusqu'à ce qu'il prenne conscience que ses intentions auraient été considérées comme une trahison par la communauté homosexuelle qu'il côtoyait[1148]. Son soutien vis-à-vis des unions civiles n'était qu'une alternative politique à la ligne du parti, mais qui pouvait contenter la majorité conservatrice de son électorat. Néanmoins, sa position démontre aussi sa totale ignorance de la politique des partenariats enregistrés, établie par la loi de 1999. D'ailleurs, il admet, lors du procès, avoir littéralement découvert ce dont il s'agissait lorsque sa fille lui a révélé avoir conclu l'enregistrement d'un partenariat enregistré en 2009[1149]. Cela confirme que même des représentants de l'autorité publique n'ont pas connaissance de ce dispositif alors que Sanders se décrit comme un acteur de la diversité et de la tolérance vis-à-vis des communautés chrétienne, juive et homosexuelle.

Il avait même été formé par la mairie de San Diego pour intégrer des politiques favorables à la diversité qui ne lui ont pas permis, malgré tout, de comprendre que l'objectif des revendications était de permettre à la communauté LGBT d'accéder à l'égalité des droits sans qu'elle représente un obstacle à la liberté religieuse : « And, yet, the fact that I still believed that civil unions were equal to marriage, I think, really kind of shook me, because I think that the

[1147] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 19th, 2010. Volume 6. p.25.
[1148] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.20.
[1149] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.26.

decisions I made on that were grounded in prejudice[1150]. » En tant que républicain, Sanders reconnaît qu'au-delà des convictions religieuses, cette guerre culturelle contre l'homosexualité s'articule autour de nombreuses idées reçues et généralisations qui, en s'insinuant dans le courant majoritaire, renforce les clivages entre des groupes irréconciliables. Gary Segura, professeur de science politique à Stanford, part du principe que la représentation d'un groupe minoritaire en des termes abusifs, dégradants et humiliants renvoie au statut moral inférieur des homosexuels, ce qui empêche toute négociation politique notamment avec les républicains[1151]. On en déduit que l'homosexualité fait l'objet d'une guerre culturelle devenue structurelle car la protection de cette orientation sexuelle est soumise à des débats féroces de la part de certains conservateurs. D'ailleurs, cela est confirmé si l'on considère l'influence toute relative des *Log Cabin Republicans* qui n'ont pas réussi à s'imposer idéologiquement pour faire accepter le combat pour l'égalité des droits au sein du parti. Bien au contraire, cette organisation LGBT n'adhère qu'au seul programme économique du Parti républicain, et soutient ostensiblement des leaders non-conformistes comme John McCain ou bien Arnold Schwarzenegger. Cette guerre est aussi structurelle car elle se manifeste par le recours à une stigmatisation acharnée. Selon Gregory Herek, enseignant-chercheur en psychologie, celle-ci est constituée par un ensemble de connaissances culturelles partagées par toute une société d'individus, et qui imprègnent les institutions du pays[1152]. La Proposition 8 serait donc un exemple de stigmatisation structurelle, validée par les électeurs et qui permettra à la discrimination de se perpétuer de génération en génération. Pour Sanders, ce sont les préjugés véhiculés et légitimés lors de la campagne qui ont poussé les Californiens à s'opposer au mariage homosexuel[1153], de manière à ce que le gouvernement traite différemment les couples de même sexe, car ils ne satisfont pas aux conditions pour accéder au mariage contrairement aux couples hétérosexuels : la procréation et l'exigence du respect de « la loi de Dieu »[1154]. C'est cette parole de Dieu qui a libéré des discours et des actes homophobes, puisque cette loi est considérée supérieure. En conséquence, si le gouvernement cautionne des politiques discriminatoires, il encourage indirectement l'hostilité et la haine envers les homosexuels à cause de leur orientation

---

[1150] « Et pourtant, le fait que je croyais encore que les unions civiles équivalaient au mariage m'a, je pense, vraiment ébranlé en quelque sorte, car je pense que les décisions que j'ai prises sur cette question étaient fondées sur des préjugés. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.25.

[1151] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 20th, 2010. Volume 7. p.82.

[1152] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 22nd, 2010. Volume 8. p.42-43.

[1153] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 19th, 2010. Volume 6. op.cit., p.49.

[1154] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.62.

sexuelle. Certains individus, comme le décrit Sanders, se comportent comme de véritables agents pour faire la guerre à ces derniers, et exercent une forme de pouvoir, construit autour de la violence verbale et des agressions physiques. Sanders admet avoir été un acteur à part entière de ce système dans les années 1970 en tant qu'officier de police : « In the early days there were a lot of hate crimes. There were gay bashings, [...] I participated in the slurs in the locker room and line-ups[1155]. » Sanders était un agent de la fonction publique dont les méthodes consistaient à user de la discrimination et du harcèlement pour faire pression sur les homosexuels, sans qu'il ne soit jamais inquiété par la justice. Finalement, ce n'est que lorsqu'un collègue révèle son homosexualité, qu'il réalise que les homosexuels sont représentés dans tous les corps de métier, qu'ils sont des agents ou des salariés exemplaires, parfaitement capables de répondre aux exigences de leur profession. Il comprend aussi que l'opposition systématique à la communauté LGBT n'est qu'une ligne politique pour le Parti républicain qui souhaite maintenir son électorat ultra-conservateur. Une stratégie fragile et facile qui favorise des jugements à l'emporte-pièce dans le seul but de blesser et de faire des homosexuels des boucs émissaires et des personnes malveillantes dangereuses. En septembre 2011, Jerry Falwell et Pat Robertson avaient tenu les homosexuels, les féministes et les pro-avortements responsables des attentats du 11 septembre avant de rapidement se rétracter. Ces propos fallacieux semblent néanmoins signifier au peuple américain que le terrorisme serait un dommage collatéral provoqué par les guerres culturelles et orchestré par une force divine. Lors du procès, quelques perturbations de séance ont été remarquées, toutes en lien avec des réactions hostiles récurrentes dont sont victimes les homosexuels au quotidien dans l'espace public : « brûlez en enfer ! », « sales », « pécheurs », « vilains », « repentez-vous ! ». La religion doit être mise devant ses responsabilités dans la guerre livrée contre les homosexuels en rappelant que le droit américain ne reconnaît pas la morale religieuse. C'est d'ailleurs, dans le cadre de la campagne électorale de 2016, que le Parti républicain a renouvelé son soutien à d'éventuelles accommodations légales pour satisfaire les électeurs et leurs convictions religieuses, au détriment de l'application des lois et des décisions de justice déjà en vigueur. Dans tous les cas, il est clair que dans ce parti, la voix de la communauté homosexuelle a des difficultés à se faire entendre et, pourtant, pour les avocats de la défense, cette minorité dispose désormais d'une influence politique puissante qui viendrait prouver qu'elle n'a donc pas besoin de protections législatives. Il est donc primordial de s'intéresser au poids politique

[1155] « Dans les premiers temps, il y a eu de nombreux crimes de haine. Il y a eu des expéditions punitives contre des homosexuels. [...] J'ai participé aux insultes dans le vestiaire et lors des séances d'identification. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.22-23.

et social de la communauté LGBT qui ne parvient, cependant, pas toujours à garantir certaines victoires idéologiques et politiques au Congrès. Il sera aussi important de relativiser cette évolution, en la comparant à celle du puissant lobby religieux qui a organisé toute la campagne en faveur de la Proposition 8. Il a mobilisé tout un réseau complexe de communautés religieuses, unies sous la forme d'une même coalition, réparties sur tout le territoire et solidement implantées dans le tissu local. Pour les avocats des plaignants, ce regroupement a vu naître une machine puissante à récolter des fonds[1156] pour une campagne politique par l'intermédiaire d'organisations soi-disant religieusement neutres.

Dans cette guerre culturelle, l'influence politique et sociale de la communauté LGBT s'est construite autour de la notion de progrès, pour lui permettre de trouver sa place au sein de la société américaine. En d'autres termes, parvenir à la pleine égalité des droits, accroître la visibilité de la communauté dans la sphère politique et faire de la pédagogie sur le terrain pour créer du lien entre les problématiques de la communauté LGBT et les citoyens. Pour D'Emilio, le succès du mouvement LGBT réside en sa capacité à parvenir à faire la transition entre une classe « en-soi », qui existe de fait, et une classe « pour-soi », pleinement consciente des intérêts qu'elle partage collectivement, et à les revendiquer dans l'espace public[1157]. Selon Segura, la particularité essentielle de cette forme de pouvoir est sa « non-monotonie » : « [...] progress for any social group doesn't necessarily have to be in a straight line, that there's fits and starts and forward and backward[1158]. » Autrement dit, le progrès se caractérise par des basculements entre des victoires politiques acquises soit grâce aux démocrates, en majorité des alliés de la communauté LGBT, soit par les républicains. Dans la sphère religieuse, les victoires sont aussi possibles, avec un certain nombre d'Églises favorables à l'inclusion des couples de même sexe dans l'institution du mariage dont l'Église unie du Christ (*United Church of Christ*, UCC) qui, en 2005, approuve une résolution, adoptée à 80 % par les délégués, autorisant le mariage homosexuel, on l'a dit[1159]. Segura décrit le progrès comme une forme de combat permanent. Une lutte qui demande des efforts au quotidien pour assurer des alliances solides avec des candidats de confiance qui agissent

---

[1156] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 20th, 2010. Volume 7. p.160.

[1157] D'après Marx et sa distinction des classes sociales.
D'EMILIO, John. *Sexual Politics, Sexual Communities* [...], op.cit., p.65-66.

[1158] « [...] pour n'importe quel groupe social, le progrès ne se réalise pas nécessairement de manière rectiligne, il y a des hauts et des bas ainsi que des avancées et des retours en arrière. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 22nd, 2010. Volume 8. p.119.

[1159] United Church of Christ (UCC). Marriage Equality. "Equal Marriage Rights for All". Résolution adoptée le 4 juillet 2005. Consultée le 18 septembre 2015 :
[http://uccfiles.com/pdf/2005-EQUAL-MARRIAGE-RIGHTS-FOR-ALL.pdf].

pour les intérêts de la communauté, en identifiant des alliés « capables d'accroître le capital politique » d'une communauté historiquement réprimée[1160]. Ce progrès s'opère par des changements portés par le pouvoir politique qu'il définit ainsi : « Political power is the ability of an individual or group, through mustering their own resources, to achieve and secure their interests in the political system [by] relying primarily on themselves[1161]. » Inspiré par les travaux de Robert Dahl, professeur émérite de science politique, Segura montre que la communauté LGBT est parvenue à s'organiser pour mobiliser des individus afin de résister à la volonté d'un camp conservateur, déterminé à rendre illégitime leurs revendications politiques, et à réaffirmer l'invisibilité par la loi du placard. En effet, il faut rappeler que ce pouvoir LGBT est aussi paradoxalement marqué par une grande impuissance législative puisque vingt-neuf États n'ont aucune loi qui protégerait l'orientation sexuelle contre la discrimination. Le Wyoming est toujours réfractaire à faire voter une loi contre les crimes de haine afin de durcir les sanctions pénales alors que c'est dans ce même État que l'assassinat de Matthew Shepard en 1998 avait bouleversé tout le pays. Le rapport du ministère de la Justice sur les crimes de haine en 2013 révèle que 21 % sont associés à l'orientation sexuelle des victimes, derrière l'origine ethnique qui représente 48 % des cas, soit la catégorie la plus importante[1162]. Une communauté LGBT victime de violences, en augmentation lors de la campagne de 2008, et pour laquelle la loi ne semble pas toujours produire ses effets comme on peut le constater pour les minorités raciales. Ce sont les croyances religieuses qui sont vecteurs d'animosité vis-à-vis des homosexuels en les classant comme des individus malades et moralement inférieurs.

Même si les citoyens homosexuels ont obtenu des protections sociales dans le domaine du mariage, notamment en Californie, il faut relativiser cette évolution à l'échelle d'un pays frappé par d'importantes différences culturelles régionales où les droits acquis des homosexuels de Californie sont inexistants dans d'autres États du territoire. En termes de stigmatisation, Segura rappelle aussi que la communauté homosexuelle reste une cible privilégiée dans le cadre de nombreuses initiatives populaires. Dans 70 % des référendums organisés au cours des quarante dernières années, c'est bien la communauté homosexuelle qui a été défaite[1163]. Même si ces initiatives étaient locales, elles avaient un enjeu national, ont renforcé la polarisation, ont souvent été synonymes de

---

[1160] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 20th, 2010. Volume 7. p.207.

[1161] « Le pouvoir politique est la capacité d'un individu ou d'un groupe, en rassemblant leurs propres ressources, à atteindre et garantir leurs intérêts dans le système politique [en] comptant principalement sur eux-mêmes. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.56-57.

[1162] The Federal Bureau of Investigation. 2013 Hate Crimes Statistics report. August 2014. Rapport consulté le 19 septembre 2015 : [https://www.fbi.gov/news/stories/2014/december/latest-hate-crime-statistics-report-released]

[1163] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.73.

débâcle et ont été vécues comme des humiliations publiques qui ont causé du tort à toute une communauté visée pour son orientation sexuelle. L'exigence de valider des revendications de la communauté par la majorité populaire fait l'objet d'une véritable « opération de transparence » qui ne vise qu'à effrayer l'opinion publique et alimenter ses préjugés. D'ailleurs, les politologues utilisent un « thermomètre des sentiments » qui sert de véritable instrument de mesure, dans cette guerre culturelle, pour identifier le degré d'animosité des Américains vis-à-vis de certaines communautés ou organisations politiques. Segura rapporte dans son enquête que les Américains interrogés devaient attribuer une note de 0 à 100. 100 étant la note maximale représentant un fort capital de sympathie. Il en a conclu que les Américains étaient plutôt hostiles aux homosexuels avec une note de 49,4/100 soit entre 16 et 20 points en dessous de la moyenne obtenue par d'autres communautés comme les Hispaniques, les Afro-Américains, les catholiques ou les juifs qui obtiennent entre 65 et 70/100[1164]. Ces résultats montrent que les référendums organisés pour la protection du mariage traditionnel, contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (CO, 1992), l'interdiction d'employer des professeurs homosexuels (CA, 1978), avaient aussi comme objectif de mobiliser un électorat porteur de préjugés sur l'orientation sexuelle et de discours homophobes. Cette hostilité envers les homosexuels était une aubaine pour certains conservateurs qui allaient s'en servir à des fins purement électoralistes, comme Mike Huckabee qui a rappelé en février 2015, dans une interview sur CNN, que l'homosexualité était un mode de vie similaire à l'alcoolisme et à l'utilisation d'un langage grossier[1165]. Ses propos sont l'exemple même d'une banalisation de discours dégradants dans l'espace médiatique, légitimés par sa conception personnelle de la Bible. De même, lorsqu'il a déclaré que la décision de la Cour suprême dans *Dred Scott v. Sandford* (1857) « avait toujours force de loi dans le pays[1166] ». Les Afro-Américains ne seraient donc, selon lui, toujours pas des citoyens américains à part entière.

Le témoignage de Segura est aussi symptomatique d'une exacerbation des débats entre conservateurs et libéraux. Chaque camp fait référence à un large éventail d'articles de presse, de ressources littéraires pour démontrer qui sont les victimes collatérales de cette guerre culturelle : les croyants ou bien les homosexuels ? Selon Segura, la religion est le principal agresseur de la communauté homosexuelle alors que, lors du combat pour les droits civiques, l'institution religieuse était plus unanime pour soutenir les revendications de la communauté afro-américaine. Seule l'Église baptiste du sud (*Southern Baptist Church*) a fait des excuses publiques en 1995 pour

---

[1164] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.83-84.

[1165] BRADNER, Eric. "Huckabee compares being gay to drinking, swearing". *CNN Politics*. February 1st, 2015. Consulté le 19 septembre 2015 : [http://edition.cnn.com/2015/02/01/politics/huckabee-gay-marriage/]

[1166] REYNOLDS, Daniel. "Mike Huckabee: *Dred Scott* Is the 'Law of the Land'". *The Advocate*. September 11, 2015. Consulté le 19 septembre 2015 : [http://www.advocate.com/politics/2015/9/11/mike-huckabee-dred-scott-law-land]

avoir soutenu l'esclavage et la ségrégation[1167]. Par ailleurs, le soutien de certaines Églises en faveur du mariage homosexuel, comme la UCC, est très minoritaire et ne représente que 2 % de la population américaine[1168]. Mais l'avocat de la défense veut faire croire au mythe selon lequel les homosexuels sont de riches donateurs du Parti démocrate. Thomson, qui reprend le titre d'un article du *Time* du 31 octobre 2008 intitulé « The Gay Mafia That's Redefining Liberal Politics[1169] », insinue même que certaines organisations ou groupes LGBT seraient mêlés à des affaires de corruption. Pressé de répondre, Segura fait comprendre au tribunal que la communauté a su utiliser les mêmes stratégies que d'autres groupes de pression pour se faire entendre par les acteurs institutionnels. Dans les guerres culturelles, l'argent est un gage de solidité, un moteur qui permettra à des organisations politiques comme la HRC d'asseoir sa crédibilité, d'occuper l'espace médiatique et culturel tout en œuvrant à la réalisation de ses objectifs, et en formant une nouvelle génération de militants et de cadres. Thomson estime pour sa part que les méthodes utilisées par les militants sont agressives et contraires à la liberté religieuse exercée par les croyants. Il fait référence notamment à des actes de vandalisme à l'église de Fresno, à des boycotts, à des manifestations organisées à la suite de l'adoption de la Proposition 8 à Los Angeles et San Francisco, à des menaces de mort envoyées par voie postale, ainsi qu'à de nombreux autres incidents. Selon Thomson, tous ces exemples feraient désormais des homosexuels des délinquants alors qu'ils ne sont que le reflet d'un climat politique tendu et exacerbé par des mois de débat, focalisé sur la diabolisation des homosexuels. Segura condamne toute forme de violence qui dessert les intérêts de la communauté[1170], mais indique qu'elle reflète l'impuissance des homosexuels à se faire entendre dans un climat propice à des échanges constructifs. La Proposition 8 a interdit de nouveau le mariage homosexuel, mais la Cour suprême de Californie a maintenu la légalité du mariage de 18 000 couples de même sexe. C'est un sentiment de frustrations accumulées, de colère, un chaos administratif, social et juridique qui va laisser place à un mouvement protestataire. La violence de la campagne est décrite par Segura comme une guerre ouvertement déclarée par le camp religieux, le jour où les hostilités ont été lancées par des spots publicitaires :

> There [are] references to children. There [are] references to taking your religious liberty away. There [are] references to churches being discriminated against or facing some form of government repression. [...]

[1167] LAND, Richard. "Southern Baptists Apologize for Slavery Stance." *NPR Tell Me More*. August 28, 2009. Consulté le 19 septembre 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=112329862]

[1168] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 21st, 2010. Volume 8. p.12-13.

[1169] « La mafia gay qui redéfinit la politique libérale ».
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.75-56.

[1170] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.64.

> [These videos] really do present gays and lesbians as a very serious threat to all sorts of aspects of American life[1171].

La représentation des homosexuels à travers les nombreuses vidéos diffusées via les réseaux sociaux et la télévision est vécue comme une véritable injustice par des mises en scène où l'homosexualité viendrait corrompre les bonnes mœurs et les valeurs morales conservatrices. La communauté homosexuelle, se retrouvant acculée, a décidé de saisir la justice, considérée comme la seule à pouvoir arbitrer cette question et réparer le préjudice moral subi. Pour Segura, cette décision de recourir ou non à la justice par une communauté minoritaire peut être considérée comme une forme de pouvoir mais rappelle que, contrairement à ce qu'affirment certains républicains, la justice intervient à la demande des citoyens, et juge de la recevabilité de la requête[1172]. Ces protestations organisées via les réseaux sociaux, quelques jours seulement après l'adoption de l'amendement, ont pris la forme d'occupation extérieure des espaces religieux de l'Église catholique et de l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours, de boycotts de festivals, de théâtres, d'hôtels et de restaurants et enfin de fausses alertes liées à la maladie du charbon[1173]. Même si les méthodes utilisées peuvent être parfois déplorées, elles n'en révèlent pas moins le manque de reconnaissance éprouvé par une communauté qui hurle à l'injustice et réclame l'égalité pour tous. Selon Segura, elles s'inscrivent dans une tradition historique de la désobéissance civile qui remonte à la période prérévolutionnaire[1174], et ne sont donc en rien la manifestation du pouvoir politique de la communauté LGBT. Bien au contraire, elle exprime son mécontentement et son refus d'être mise au ban de la société, exclusion actée par une initiative populaire qui, paradoxalement, n'a pas sa légitimité démocratique, selon les membres de cette communauté. Ce n'est donc pas seulement l'interdiction du mariage homosexuel qui est contestée, mais aussi le principe de la démocratie directe. Un des effets de cette guerre culturelle est le combat entre la victoire d'initiatives populaires par référendum, et le contrôle exercé par la justice pour évaluer la constitutionnalité d'amendements ou propositions de loi approuvés par le peuple. En effet, ce qui dérange les conservateurs, c'est que la justice serve de « catalyseur pour le

---

[1171] « Il y a des références aux enfants. Il y a des références à l'idée de retirer votre liberté religieuse. Il y a des références à l'idée que les églises sont discriminées ou font face à une forme de répression du gouvernement. [...] [Ces vidéos] présentent véritablement les homosexuels et les lesbiennes comme représentant une menace très sérieuse envers toutes sortes d'aspects de la vie américaine. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.115-116.

[1172] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 20th, 2010. Volume 7. p.177.

[1173] OSTROM, Mary-Anne. "Protests, boycotts erupt in the wake of Prop 8's passage". *San Jose Mercury News*. November 13, 2008. Article consulté le 20 septembre 2015 : [http://www.mercurynews.com/ci_10978482]

[1174] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 21st, 2010. Volume 8. p.95.

changement[1175] » et s'érige en porte-parole de groupes minoritaires.

III.B.2 « Prop 8 » : rejet juridique du contrôle moral populaire

Lors de son audition, en janvier 2010, Segura avait estimé que le principe du référendum, dans le cadre de protections et de droits, appliqué à des communautés minoritaires, était un mauvais choix politique, car contraire à l'idée républicaine d'un gouvernement représentatif. Un référendum ne mobiliserait donc pas les principes démocratiques rappelés par Miller : « […] delegation, deliberation, separated powers, and multiple layers of checks and balances[1176]. » Segura confirme les arguments avancés par Miller pour qui ces initiatives populaires ont souvent servi à stigmatiser les minorités pour leurs différences et à leur confisquer des droits fondamentaux qui leur étaient déjà parfois acquis : « Direct democracy has, at times, deepened factional divides and threatened minority and individual rights by putting those rights to a direct popular vote[1177]. » Cette forme de démocratie, adoptée dans vingt-quatre États du territoire américain, a renforcé les antagonismes entre différentes communautés, en créant des inégalités de traitement, alors que c'est justement ce que les Pères fondateurs voulaient éviter, en créant le suffrage indirect libre, et en permettant aux États de recourir à un système constitutionnel qui puisse articuler les principes de démocratie représentative et de souveraineté populaire. La question était donc de déterminer si dans le domaine des libertés individuelles de certains groupes minoritaires, cette forme de démocratie n'allait pas être utilisée de manière abusive, notamment par des groupes religieux majoritaires. C'est ce que prétendait James Madison dans *The Federalist Papers* puisque la Déclaration des droits devait notamment protéger les libertés individuelles des Américains contre une majorité qui deviendrait trop puissante, au risque de devenir tyrannique. De même que le modèle madisonnien, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs du gouvernement avec un système de contre-pouvoirs, devait permettre d'équilibrer le rapport de force entre des factions qui s'opposaient pour défendre leurs intérêts personnels, et affirmer leurs différences. Selon Segura, c'est bien la communauté homosexuelle, minoritaire, qui subit l'imposition d'une croyance religieuse provenant d'une majorité hétérosexuelle au pouvoir ou de citoyens mobilisés pour faire

---

[1175] GERSTMANN, op.cit., p.199.

[1176] « […] délégation, délibération, pouvoir séparés ainsi qu'un système de freins et contrepoids à plusieurs étages. »
MILLER, op.cit., p.20-21.

[1177] « La démocratie directe a parfois accentué les clivages entre factions and a menacé les droits individuels et ceux des minorités en soumettant ces droits au suffrage universel direct. »
MILLER, ibid., p.217-218.

amender la Constitution[1178]. Les opposants au mariage homosexuel ont récolté plus d'un million de signatures valides alors qu'ils en avaient besoin de 694 000 pour que la proposition de référendum soit intégrée lors de l'élection présidentielle de novembre 2008, dans ce même État, soit 8 % des électeurs. On constate donc que les opposants ont répondu à une forte demande de la population, souhaitant interdire le mariage homosexuel par amendement constitutionnel, ce qui, aux yeux de Segura, constitue une source de pouvoir politique, alimentée par les Églises, par ailleurs exemptées de l'impôt. Selon Miller, si l'on reprend les principes madisonniens, la question du mariage homosexuel aurait dû pouvoir se régler par la législature de l'État sous la forme de compromis avec des partenariats enregistrés ou des unions civiles. Cependant, tous les États dominés par une majorité de républicains n'ont pas suivi cette voie, ni le Congrès américain, puisque la loi DOMA a été maintenue, créant une faille dans le droit fédéral : en effet, les couples enregistrés administrativement n'étaient pas reconnus par le gouvernement fédéral. Alors que, dans son ouvrage sur le rôle de la démocratie directe, Miller est nuancé sur le recours au référendum et reconnaît ses limites, lors du procès, il témoigne en tant qu'expert du pouvoir politique de la communauté LGBT, favorable au mariage traditionnel. Un vif débat sur les qualifications scientifiques de Miller conduit le juge Walker à admettre que son témoignage est biaisé pour deux raisons. La première : l'impuissance politique supposée de la communauté était son incapacité à attirer l'attention des législateurs, ce qui n'était pas le cas. De fait, la communauté LGBT était politiquement puissante en Californie et à Washington DC et n'avait pas besoin de la protection de la justice, selon lui. Enfin, la littérature utilisée par Miller avait été fournie par les avocats des accusés, et Boies était parvenu à démontrer la faiblesse de ses connaissances sur l'histoire de la communauté LGBT, notamment sa méconnaissance des travaux de certains chercheurs incontournables, comme George Chauncey ou John D'Emilio[1179].

C'est la qualité et la viabilité de cette Proposition 8 qui semblent être remises en question par Miller dans ses travaux, insistant sur la simplicité et la concision du langage. Quatorze mots similaires à la Proposition 22[1180], abrogée par la Cour suprême de Californie en 2008, qui doivent non seulement accrocher l'électeur, mais surtout reproduire les mêmes stratégies langagières pour

---

[1178] Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 20th, 2010. Volume 7. p.59.

[1179] Prop 8 Trial Opinion. Perry v. Schwarzenegger. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. August 4th, 2010. p.52-53.

[1180] "Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California."
California Secretary of State. "Official Title and Summary". *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*. Consulté le 22 septembre 2015 : [http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/Props/title-summary-analysis/prop8-title-summ-analysis-pg54-55.pdf]
« Seul le mariage entre un homme et une femme est valable ou reconnu en Californie. »

renouveler le succès électoral de l'année 2000. Avec un titre cette fois sans équivoque « Eliminates Rights of Same-Sex Couples to Marry[1181] », il est explicitement dirigé contre la communauté homosexuelle qui souhaite avoir accès à l'institution du mariage. L'objectif est d'empêcher une « redéfinition arbitraire » de l'institution alors que les couples de même sexe souhaitent adhérer aux mêmes principes et avoir accès aux mêmes obligations et protections inscrites dans le mariage que les couples hétérosexuels. Selon Miller, le titre utilisé pour la Proposition 8 est particulièrement important, puisqu'il a contribué à influencer le choix des électeurs[1182]. D'après un sondage utilisé par le spécialiste, 55 % des personnes interrogées étaient contre l'idée d'éliminer les droits de communautés minoritaires, et pourtant c'est bien 52 % des Californiens qui adoptent l'amendement. Plusieurs raisons ont été évoquées, dont notamment la confusion qui a régné au début de la campagne sur les effets de ce projet. Il fallait bien comprendre que voter pour la Proposition 8 revenait à voter contre le mariage homosexuel. Une autre hypothèse avancée est que les Californiens interrogés, lors des nombreuses enquêtes d'opinion, n'auraient pas souhaité passer pour des individus sectaires et intolérants et n'auraient donc pas assumé leurs choix. Dans les guerres culturelles, il est souvent fait référence dans la presse à deux camps qui s'affrontent verbalement dans l'espace public ou sur l'internet. Mais, en fait, il existe aussi des voix silencieuses hostiles aux homosexuels que les organisations LGBT ne parviennent pas à capter pour tenter de modifier leur représentation des couples de même sexe. D'ailleurs, dans le guide d'information de l'électeur, le camp du *oui* au mariage traditionnel joue sur la simplification du discours, en présentant la Proposition 8 comme la protection du mariage hétérosexuel contre le mariage homosexuel, une institution fantaisiste et grossière. Cette proposition est décrite comme « simple » et sans ambiguïté, et souhaite remettre la volonté du peuple souverain au centre de cet enjeu. La majorité des Californiens hétérosexuels auraient donc toute légitimité à arbitrer cette question comme si le mariage homosexuel allait changer ou impacter les unions actuelles. Les homosexuels sont particulièrement visés pour avoir agi de manière sournoise et illégitime en ayant recours à la justice : « They have gone behind the backs of voters and convinced four activist judges in San Francisco to redefine marriage for the rest of society[1183] ». Les juges sont critiqués pour leur manque d'impartialité. Le recours à cet amendement est donc une déclaration ouverte

---

[1181] « Élimine les droits des couples de même sexe de se marier. »

[1182] MILLER, ibid., p.10.

[1183] « Ils ont agi dans le dos des électeurs et ont convaincu quatre juges activistes à San Francisco de redéfinir le mariage pour le reste de la société. »
PRENTICE, Ron. AVILA, Rosemary. Bishop McKINNEY, George. "Argument in Favor of Proposition 8". California Secretary of State. *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*. Consulté le 22 septembre 2015 : [http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/Props/arguments-rebuttals/prop8-arguments-pg56-57.pdf], p.56.

contre les intérêts de la communauté homosexuelle qui doit mettre un terme à son combat pour imposer l'égalité des droits pour tous. L'amendement constitutionnel a pour effet de mettre un terme aux interprétations libérales du mariage qui en fait une liberté fondamentale. Il s'adresse donc à la justice qui ne semble pas non plus avoir légitimité sur la question du mariage étant donné que les Californiens ont déjà, par le passé, approuvé un projet de loi similaire à 61 % qui avait recueilli la signature de 6 % des électeurs pour figurer au scrutin de novembre 2000[1184]. « Voting YES overturns the decision of four activist judges[1185] » : c'est bien un conflit qui oppose le troisième pouvoir aux électeurs. La Cour se positionne en tant que la garante du respect du droit constitutionnel qui s'opère par la doctrine du contrôle juridictionnel. En d'autres termes, la justice doit se positionner sur la constitutionnalité de la Proposition 8 en vertu du XIVe amendement et des principes de liberté et d'égalité, tout en tenant compte de la règle du précédent. Elle doit déterminer si la Proposition 8 attaque les droits les plus fondamentaux de groupes considérés comme impopulaires, à partir du moment où le mariage est un imprimatur qui atteste de la citoyenneté d'un individu. Les électeurs ressentent en quelque sorte l'obligation de voter pour faire respecter un code social issu de la tradition religieuse et de la morale. De fait, les principes de justice et d'équité ne s'appliqueraient pas à l'institution du mariage. Pourtant, un arrêt de la Cour suprême américaine, Roosevelt étant alors Président des États-Unis, répond spécifiquement à cette question de la légitimité d'initiatives populaires qui visent des droits fondamentaux comme la liberté d'expression. Le juge Robert Jackson déclare dans l'opinion majoritaire : « One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections[1186]. » Jackson réitère que c'est bien la justice qui est la gardienne des droits fondamentaux, protégés par la Constitution, et que donc des initiatives populaires peuvent être soumises au contrôle de constitutionnalité à juste titre. Il prend soin également de laisser une marge de manœuvre significative pour permettre à la Cour de définir quels sont les droits fondamentaux essentiels garantis par la Déclaration des droits, mais aussi par le XIVe amendement qui, par le processus d'« *incorporation* », soumet les États de l'Union au respect et à l'application de ces droits

---

[1184] La Proposition 22 (2000) était une proposition de loi d'initiative populaire.

[1185] « Voter OUI renverse la décision de quatre juges activistes. »
PRENTICE, Ron. [...] *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*, ibid., p.56.

[1186] « Le droit de chacun à la vie, la liberté et la propriété, à la liberté d'expression, à une liberté de la presse, à la liberté de culte et d'association ainsi que d'autres droits fondamentaux ne peuvent être soumis à un vote ; ils ne dépendent du résultat d'aucune élection. »
Supreme Court of the United States Justices. "West Virginia State Board of Education v. Barnette". Jugement prononcé le 14 juin 1943. Consulté le 25 septembre 2015 : [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624]

essentiels. C'est un an auparavant que cette même Cour, présidée par le juge en chef Harlan Fiske Stone, déclare que le mariage est un droit civil de base pour tous. Selon Miller, Jackson se fait le porte parole du principe de *higher constitutionalism*[1187], c'est-à-dire que hiérarchiquement la Cour suprême reste l'ultime échelon au sommet du pouvoir judiciaire fédéral, dans le cadre de litiges constitutionnels dans lesquels s'opposent des groupes pour définir les libertés et les droits fondamentaux des uns et des autres. La Cour est bien suprême et supérieure à la volonté populaire, ce qui démocratiquement pose la question de la légitimité de certaines décisions considérées comme politiques, et prises par des juges qui ne sont pas soumis au suffrage universel, car étant soi-disant neutres. C'est la raison pour laquelle la Californie représente l'exemple typique d'un conflit, issu des guerres culturelles, entre une majorité populaire qui s'insurge contre les tribunaux, en revendiquant le principe de « constitutionnalisme populaire[1188] » dans les États de l'Union. Les analyses de Douglas Reed, enseignant-chercheur en science politique et à l'origine de ce concept, permettent d'affirmer que le « constitutionnalisme populaire » est une opportunité pour le peuple de maintenir le *statu quo* devant des décisions judiciaires sources de changement, et qu'une majorité conservatrice estime trop rapides.

En revanche, dans le guide d'information de l'électeur, les opposants à la Proposition 8 placent cette guerre culturelle dans un combat pour le respect des libertés fondamentales, protégées par la Constitution, et des décisions de justice qui ont force de loi suprême. Ils en appellent à la modération des électeurs qui semblent particulièrement attachés au respect des institutions et des valeurs défendues par la lutte historique engagée par les Pères fondateurs pour protéger la liberté religieuse et d'expression[1189]. La liberté du mariage homosexuel doit pouvoir donc s'articuler dans un esprit de respect mutuel de la dignité humaine et des points de vue de chacun. Ce débat doit servir à concrétiser le principe de l'égale protection des lois et permettre à la Californie de se ranger dans le camp des États pionniers, en matière de droits et protections contre la discrimination à l'attention de la minorité homosexuelle. Au cours de son témoignage lors du voir-dire, Miller atteste que la campagne pour la Proposition 8 a démontré la capacité de la communauté homosexuelle à organiser une riposte structurée et largement financée, en dépit de sa défaite. Selon lui, la communauté n'est pas dans une situation de faiblesse, mais exerce une forme de pouvoir politique réel dans la démocratie directe, par la capacité du mouvement gay et lesbien à

[1187] Miller, op.cit., p.9.
[1188] Miller, ibid., p.13.
[1189] THORON Samuel & MILLER THORON, Julia."Argument Against Proposition 8". California Secretary of State. *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*. Consulté le 22 septembre 2015 : [http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/Props/arguments-rebuttals/prop8-arguments-pg56-57.pdf], p.57.

surmonter la discrimination afin d'atteindre ses objectifs politiques[1190]. Contrairement à Segura qui inscrit le pouvoir politique de la communauté dans la durée et dans sa capacité à concrétiser des victoires législatives et électorales, Miller s'intéresse aux seuls outils utilisés pour former une coalition d'alliés à la cause homosexuelle : « […] money; access to lawmakers; the size and cohesion of a group; the ability to attract allies and form coalitions; and the ability to persuade[1191]. » En d'autres termes, il néglige totalement la question des résultats obtenus, et de l'histoire même de la discrimination d'État infligée aux homosexuels par le gouvernement fédéral. Miller passe pour un imposteur, puisque les éléments descriptifs, étayant son analyse du pouvoir politique, s'appliquent tout autant à des groupes de pression religieux, alors que le juge s'intéresse à la problématique du préjudice, dans le cadre de ce soi-disant pouvoir politique. Pour Olson, la Proposition 8 est une révision de la Constitution américaine qui condamne définitivement les couples de même sexe à une différence de traitement en ne reconnaissant pas légalement leur relation, qui reste pourtant semblable à un mariage hétérosexuel hormis dans la composition des sexes. Miller est lui beaucoup plus confus lorsque Boies lui demande de déterminer si sa définition du préjudice, à savoir « un jugement injuste contre un individu ou un groupe[1192] », s'applique aux lois contre la sodomie, en particulier au Texas. Son objectif est évidemment de faire admettre au témoin que la Proposition 8 représente une forme de préjudice structurel, en établissant, de fait, une corrélation discriminatoire entre l'amendement constitutionnel en question et la loi contre la sodomie du Texas qui ne s'appliquait qu'aux seuls homosexuels. Miller avance qu'approuver une telle loi ne semble avoir aucune base rationnelle, donnant du crédit à la décision du juge Kennedy en 2003. Cependant, il refuse d'admettre qu'elle représentait une forme de préjudice, en l'absence d'éléments significatifs issus des débats législatifs, ce qui permettrait d'attester que la loi reposait bel et bien sur une justification irrationnelle. Il avoue tout de même que « la désapprobation morale de certaines activités sexuelles » pouvait être considérée comme un intérêt irrationnel, mais déclare ne pas pouvoir se prononcer pour ne pas désavouer le camp pour lequel il s'est engagé, on l'imagine : « And if there was no sort of supportable basis for that law, then I would think it would be prejudice. But I would have to know what the basis that the lawmakers offered was for that bill[1193]. » Finalement, Miller n'est-il pas l'exemple d'un chercheur qui n'assume pas

---

[1190] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 25th, 2010. Volume 10. p.101.

[1191] « […] l'argent ; l'accès aux législateurs ; la taille et la cohésion d'un groupe ; la capacité d'attirer des alliés et de former des coalitions ; et la capacité de persuader. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.107.

[1192] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.184.

[1193] « Et s'il n'y avait aucune base acceptable qui puisse justifier cette loi, alors je la considèrerais comme un préjudice. Mais j'aurais besoin de déterminer la raison évoquée pour l'élaboration de ce projet de loi par les législateurs. »

que la morale, issue des croyances religieuses, puisse représenter une base rationnelle et tolérable, pour instituer des lois contre l'homosexualité ? Cette hypothèse semble être confirmée lorsque, pendant son audition menée par son avocat, Miller affirme que la communauté des professeurs d'université, les intellectuels et les avocats sont des alliés politiques solides de la communauté LGBT qui opèrent pour le progrès social au sein de leur auditoire ou de leur clientèle, parfois même dans la sphère politique[1194]. Dans les guerres culturelles, les avocats sont décrits comme les meilleurs défenseurs des intérêts politiques et des droits constitutionnels de certains groupes minoritaires, ce qui leur permet de faire évoluer les lois et la politique[1195]. Ils agissent comme de véritables chefs d'armée pour diffuser et répandre leurs idées. Cette prise de distance vis-à-vis de ses collègues place Miller dans un camp qui se revendique indifférent à la question des intérêts de la communauté homosexuelle, voire hostile à cette forme de coalition progressiste et inclusive. Selon lui, l'ancrage du discours LGBT dans une perspective égalitariste est un emprunt au Mouvement pour les droits civiques, qui a été utilisé par la communauté LGBT comme un instrument pour augmenter son pouvoir politique et comme une arme efficace pour attirer l'attention de la classe politique : « And so I think the norm of equality is something that can be used in a persuasive way to convince lawmakers of the rightness of your claim[1196]. » Ce processus normatif du concept d'égalité dans cette guerre culturelle viendrait démontrer que la Proposition 8 n'est en rien une forme de préjudice, puisque le triomphe du pouvoir politique LGBT est visible dans bien d'autres aspects liés à la lutte contre la discrimination, dans le domaine du logement, de l'emploi et de l'accès à l'éducation[1197]. Miller sous-entend donc que les droits liés à l'institution du mariage peuvent donc être accordés exclusivement à l'union de couples hétérosexuels, tout en laissant le mouvement pour le mariage homosexuel poursuivre son combat. Ce qu'il revendique, c'est la normalisation d'une forme de résistance propre aux minorités, à supposer que la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle soit un motif légitime à ses yeux, ce qui condamne les homosexuels à une forme d'impuissance politique et sociale. En effet, Miller semble plus enclin à soutenir la lutte contre la discrimination raciale, qui constitue un réel préjudice moral et politique, puisque les Afro-Américains, eux, ont vu leur droit de vote bafoué par certains États du sud jusqu'à la fin des années 1960[1198].

Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.185.
[1194] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.137-138.
[1195] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.138.
[1196] « Et je pense donc que la norme de l'égalité est quelque chose qui peut être utilisée de manière persuasive pour convaincre les législateurs de la légitimité de votre revendication. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.140.
[1197] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.142.
[1198] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.139.

Dans son exposé, Miller ne cherche qu'à mettre en lumière les victoires de la communauté. Il prend l'exemple de la défaite successive de deux projets de loi par référendum dans les années 1980 qui auraient condamné les porteurs du virus du SIDA à l'isolement et les auraient placés en quarantaine[1199]. Cependant, Miller n'évoque pas la question du contexte politique et social de la communauté décimée par l'épidémie du SIDA, le silence absolu du président Reagan, ainsi que la montée de l'hostilité contre les homosexuels. Ces initiatives populaires ont constitué une opportunité unique pour les électeurs de Californie de décider des politiques discriminatoires à adopter en matière de santé publique vis-à-vis d'une minorité, et de véhiculer des messages hostiles à l'encontre des homosexuels qui se sont retrouvés sur le banc des accusés. Les enquêtes d'opinion du *Los Angeles Times* dans les années 1980 montrent que 25 % des Californiens ont la certitude que le SIDA est une punition divine qui vient sanctionner le mode de vie des homosexuels[1200]. Les conséquences pour les porteurs de la maladie sont la stigmatisation ainsi que l'exclusion sociale et professionnelle qui peuvent constituer une infériorité et donc une impuissance politique. Lors du contre interrogatoire, Boies parvient à montrer les approximations de l'argumentation de Miller qui ne peut déterminer quelle communauté a le plus d'influence politique en Californie entre les homosexuels ou les Afro-Américains. En fait, ce qui est important pour l'avocat, c'est de faire comprendre au juge que ce sont deux groupes minoritaires qui sont l'objet de discrimination et de préjugés politiques et sociaux pour ce qu'ils sont. Miller, en tant que chercheur, n'a fait aucun travail comparatif pour rendre sa démonstration pertinente. En effet, la thèse avancée par Miller sur le poids politique de la communauté LGBT, qui repose sur les seuls moyens utilisés pour attirer l'attention des législateurs, présente des défauts ainsi qu'une série de contradictions. Elle ne tient pas compte, par exemple, des nombreux amendements constitutionnels votés par référendum alors qu'il admet que la communauté homosexuelle fait l'objet de discrimination *de jure*, et cite comme exemple le *Defense of Marriage Act*[1201]. Autrement dit, la loi fédérale contre le mariage homosexuel est jugée discriminatoire et affecte donc le pouvoir politique d'un groupe minoritaire, mais sur les initiatives populaires, Miller se montre plus tranché et finit par révéler son sentiment sur la question : « And I decided after a long time thinking about this that marriage was a different situation and that the people should be able to have input on the definition of marriage and that it wasn't necessarily invidious discrimination

---

[1199] En fait, ce sont quatre initiatives populaires dans le domaine de la santé publique qui sont lancées avec pour objectif de mettre un terme à la « propagation de la maladie. » : Proposition 64 (1986), Proposition 69 (juin 1988), Proposition 102 et Proposition 96 (novembre 1988).

[1200] PRYOR, John B & REEDER Glenn D. *The Social Psychology of HIV Infection*. New York: Psychology Press. 1993. p.232.

[1201] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.195.

against the minority group[1202]. » Alors que les travaux de Miller en 2001 avaient pour objectif de mettre en garde contre le recours systématique à cette forme de démocratie directe qui était source d'intense polarisation, et ne pouvait engager aucune forme de compromis et de consensus[1203], la question du mariage nécessitait la consultation du peuple sans que l'on sache véritablement pourquoi. Il aurait pu, par exemple, expliquer que le compromis de ces amendements constitutionnels reposait éventuellement sur une nuance entre des « mini-DOMAs » et des « super-DOMAs ». La Proposition 8 est considérée comme un « mini-DOMA », puisque la loi sur les partenariats enregistrés reste valable alors que dans certains États comme la Virginie, le Nebraska ou l'Ohio, l'adoption d'un « super-DOMA » était beaucoup plus contraignante, puisqu'aucune forme de reconnaissance légale des couples de même sexe était possible. Dans tous les cas, du point de vue national, ces initiatives populaires ont, certes, renforcé la souveraineté du peuple, mais ont affaibli le poids politique et social de la communauté et des couples de même sexe par un système hétérogène de lois qui varient d'un État à un autre. Pour le juge, Miller est discrédité, dans le sens où ses recherches l'ont amené à la conclusion que les initiatives populaires pour l'adoption d'un amendement constitutionnel étaient un danger pour la démocratie représentative pour ensuite et finalement se rétracter, lors du procès, mais n'avoir aucun cadre théorique et scientifique pour étayer sa démonstration[1204].

D'autres contradictions émergent, notamment sur la question des organisations religieuses qui, selon Miller, sont des alliés de la communauté LGBT. En fait, le spécialiste fait référence au cas des Églises progressistes de l'organisation *California Council of Churches* (CCC)[1205]. Si cette organisation était une force qui pesait sur le poids politique de la communauté LGBT, Miller, face à Boies, aurait dû pouvoir expliquer le résultat des sondages à la sortie des urnes qui a montré que 84 % des Californiens allant à l'église toutes les semaines avaient voté en faveur de la Proposition 8[1206]. La religion a pesé de tout son poids pour amener la victoire du *oui*. Miller tire aussi la même conclusion pour les syndicats, ainsi que des associations ou des organisations de chercheurs, mais,

---

[1202] « Et j'ai décidé après m'être longuement penché sur la question que le mariage était une situation différente, et que le peuple devrait pouvoir avoir son mot à dire sur la définition du mariage, et que ce n'était pas nécessairement de la discrimination injuste contre le groupe minoritaire visé. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 26th, 2010. Volume 11. p.140.

[1203] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 25th, 2010. Volume 10. p.214-215.

[1204] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.218.

[1205] California Council of Churches (CCC) rassemble vingt dénominations dont par exemple : the African Methodist Episcopal Church, the Christian Church, Church of the Brethren, the Greek Orthodox Church, the Presbyterian Church USA, the United Church of Christ, the United Methodist Church.

[1206] Il s'agit d'une analyse des sondages à la sortie des urnes effectuée par CNN.
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 26th, 2010. Volume 11. p.7.

en fait, Boies montre que le spécialiste ne s'est jamais intéressé aux raisons qui ont poussé ces groupes à soutenir le mariage homosexuel et à voter contre la Proposition 8. Boies va jusqu'à sous-entendre que Miller s'est simplement contenté de lire une liste d'alliés de la communauté homosexuelle soumise par les avocats de la défense[1207].

Une autre tactique utilisée par l'avocat des plaignants est de montrer que Miller ne s'est jamais penché sur l'influence des stéréotypes anti-homosexuels, véhiculés par les Églises non seulement lors de la campagne, mais aussi plus largement dans le cadre du poids politique de la communauté LGBT. D'ailleurs, c'est pendant le questionnement autour des préjugés, alimentés dans le cadre d'une campagne contre les droits des minorités, qu'une interruption survient pendant le procès, confirmant bien que la religion peut être une force généralement hostile à la communauté homosexuelle. Dans l'auditoire, une personne scande alors : « Before I leave, return the family to Jesus[1208]. » En étant invoqué, Jésus apparaît comme le représentant d'une force divine qui impose naturellement à tous, le concept de la famille traditionnelle. Thomson, l'avocat de Miller, se propose de lire un extrait d'un document rédigé par James Garlow, pasteur et leader évangélique, qui recense les dix commandements dans la lutte contre le mariage homosexuel : « God loves all people » est le premier de ces principes[1209], déclare-t-il. Autrement dit, la défense veut faire croire que tous les hommes d'Église prêchent la bonne parole, à savoir la tolérance vis-à-vis des homosexuels. Du point de vue des sciences politiques, Miller concède qu'il n'est pas souhaitable qu'une majorité religieuse impose arbitrairement son point de vue vis-à-vis d'une minorité[1210] car, comme il l'avait écrit dans ses travaux, faire croire à la volonté du peuple et à sa souveraineté sur cette question, contre les nombreuses décisions des juges, marquerait le « triomphe du populisme » contre les intérêts de la démocratie représentative[1211]. Finalement, la bataille engagée contre la Proposition 8 a mis à rude épreuve le système unique des contre-pouvoirs qui s'articule, comme l'a écrit Miller, entre la règle de la majorité et la protection des droits des minorités[1212]. La Cour de justice est la seule qui puisse exercer un pouvoir de contrôle sur une majorité désireuse de bafouer certains des droits fondamentaux de groupes minoritaires

---

[1207] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.10.
[1208] « Avant mon départ, rends la famille à Jésus. »
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 26th, 2010. Volume 11. p.27.
[1209] « Dieu aime tous les hommes. »
GARLOW, James. "The Ten Declarations For Protecting Biblical Marriage." 25 juin 2008. Document consulté le 27 septembre 2015 : [http://drjamesdobson.org/images/pdf/10declarations.pdf]
[1210] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", op.cit., p.106-107.
[1211] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.35.
[1212] Référence à un article publié dans le *Santa Clara Law Review*.
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.38.

par un amendement constitutionnel à la seule condition, selon Miller, qu'il y ait une violation claire de la Constitution fédérale[1213]. Grâce au pouvoir de contrôle juridictionnel, la Cour fédérale est décrite comme « le seul filtre institutionnel[1214] » permettant de déterminer la validité légale de la Proposition 8 et de contrôler les ardeurs d'une majorité qui détiendrait le pouvoir de déterminer l'accès aux droits du mariage d'autres couples. Le juge en arrive à la conclusion que si certains électeurs ont voté par animosité contre les couples de même sexe, comme le prétend Miller, cela reviendrait à dire que cette initiative populaire a bien contribué à la vulnérabilité d'une communauté, et donc à une forme de préjudice, contrairement à ce que Miller a voulu faire croire à la Cour[1215].

Il est question d'une violation du XIVe amendement de la Constitution fédérale et du principe de légalité processuelle qui s'applique aux États fédérés. Autrement dit, les homosexuels sont bien dans leur droit le plus légitime de faire appel à la justice, puisque selon le juge Walker, le procès a démontré que la Proposition 8 représentait bel et bien une transgression par rapport à une liberté fondamentale, à savoir la liberté d'un individu de choisir le sexe de son ou sa partenaire[1216]. L'État n'avait pas à imposer ce choix, en l'absence d'intérêt légitime et rationnel, d'autant plus que l'histoire de la discrimination contre les homosexuels n'avait pour seul objectif que de les exclure et de les présenter comme des individus moralement inférieurs. La loi des partenariats enregistrés est donc un exemple d'une distinction singulière issue de la morale. Cette loi a permis à la Californie de mettre en place « deux institutions parallèles mais séparées[1217] » avec des droits plus ou moins similaires, mais un gouvernement fédéral qui ne reconnaît toujours pas ces unions. Seule la légalisation du mariage homosexuel permettrait d'établir une certaine égalité entre l'engagement de couples hétérosexuels et celui de couples homosexuels. La Proposition 8 avait bel et bien pour objectif d'empêcher les homosexuels d'accéder à cette institution de manière absolue et pérenne en l'inscrivant dans la Constitution de la Californie. L'obligation de procréation, en tant qu'intérêt rationnel, est rejetée par le juge étant donné que la Californie n'a pas un intérêt légitime à avantager les familles hétérosexuelles plutôt que les familles homoparentales[1218]. Il admet ainsi que les enfants doivent être tous reconnus aux yeux de la loi et faire l'objet de la même attention, quelle que soit l'orientation sexuelle des parents. Enfin, cet amendement constitutionnel est également une violation de la clause de protection égale,

---

[1213] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.130.
[1214] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger", ibid., p.53.
[1215] Prop 8 Trial Opinion. *Perry v. Schwarzenegger*. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. August 4th, 2010. p.53.
[1216] Prop 8 Trial Opinion. *Perry v. Schwarzenegger*, ibid., p.109.
[1217] Prop 8 Trial Opinion. *Perry v. Schwarzenegger*, ibid., p.115.
[1218] Prop 8 Trial Opinion. *Perry v. Schwarzenegger*, ibid., p.127-128.

puisqu'elle vise spécifiquement l'orientation sexuelle d'un groupe minoritaire et impopulaire. Le juge admet qu'un examen strict de constitutionnalité s'impose étant donné que la Proposition 8 établit une hiérarchisation et une classification arbitraire de l'homosexualité. Néanmoins, parce que les défenseurs de la Proposition 8 ne sont pas parvenus à démontrer l'intérêt supérieur de l'État à exclure les couples de même sexe de l'institution du mariage, l'amendement est déclaré anticonstitutionnel sur le principe d'un contrôle du fondement rationnel[1219]. Ni la tradition et ni la peur de menaces irrationnelles sur le devenir de l'institution du mariage ne peuvent constituer une base légitime et crédible pour éliminer ce droit aux couples de même sexe. À la suite de la décision du 4 août 2010, les conservateurs critiquent la décision du juge qui se retrouve victime de *outing* dans les médias. Walker confirme son homosexualité et avoue être en couple depuis dix ans, en avril 2011, alors qu'il est parti à la retraite deux mois auparavant[1220]. Le jugement de 2010 fait l'objet d'un appel et d'une demande d'invalidation auprès du juge Reinhardt pour la cour d'appel fédérale pour le 9e circuit sous prétexte que Walker est homosexuel et qu'il a donc un intérêt à épouser son compagnon[1221]. Le juge Reinhardt doit ainsi non seulement contrôler et vérifier les conclusions légales du juge Walker, mais surtout déterminer si un référendum peut être utilisé pour attaquer les libertés fondamentales de groupes minoritaires.

Dans cette décision approuvée par deux juges contre un, Reinhardt souhaite que soient reconnus tout le sérieux et la compétence du travail accompli par le juge Walker ainsi que par son successeur, le juge en chef William James Ware, qui a rejeté la demande que Walker se récuse. Selon Reinhardt, l'orientation sexuelle du juge Walker ne l'a pas empêché de rendre un jugement cohérent, minutieux, fondé sur le droit constitutionnel et le principe de *stare decisis*, et étayé par une confrontation claire des arguments développés par les deux parties. Les critiques faites à l'encontre du juge Walker ne sont pas recevables pour la simple raison qu'un juge peut avoir des intérêts d'ordre public ou bien être concerné par la décision d'un jugement, alors que cela ne l'empêche pas de rendre une décision impartiale[1222]. Autrement dit, l'orientation sexuelle ne peut pas justifier l'annulation d'un jugement ni le fait qu'un juge se déclare incompétent pour statuer sur la question du mariage. Ces attaques, selon Reinhardt, visent à discrétiser la capacité de la justice à se placer au-delà de toute approche partisane qui bafouerait la légitimité de la souveraineté

[1219] Prop 8 Trial Opinion. *Perry v. Schwarzenegger*, ibid., p.123.
[1220] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown". No 10-16695. Opinion by Judge Reinhardt. February 7, 2012. VI, p.71.
[1221] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.19.
[1222] Reinhardt s'appuie sur la décision prononcée par la cour d'appel pour le 11e circuit dans "United States v. Alabama" (1987).

populaire : « [This] would demonstrate a lack of respect for the integrity of our federal courts[1223]. » Le juge revendique une certaine neutralité de la justice qui s'en tient aux faits et au droit constitutionnel. Pour les conservateurs, l'homosexualité du juge Walker était une nouvelle opportunité pour faire valoir l'incompétence et l'activisme d'un juge homosexuel plutôt que de s'interroger sur leurs propres incohérences. D'ailleurs, à l'été 2015, Walker n'était toujours pas marié, ce qui montre qu'il n'avait pas un intérêt immédiat à autoriser le mariage homosexuel en Californie.

Sur la question des intérets supérieurs de la Californie, le juge se montre beaucoup plus incisif que Walker, en refusant de croire que la Proposition 8 avait été soumise au scrutin au motif que l'intérêt de l'État était de protéger et de favoriser l'éducation des enfants et la procréation. En effet, la Californie n'a jamais engagé de procédure légale contre l'existence de familles homoparentales, et n'a jamais établi que l'engagement à procréer devait servir d'obligation à l'obtention d'un certificat de mariage[1224]. Par ailleurs, l'amendement constitutionnel ne venait pas renforcer la liberté religieuse ou celle du droit des parents à éduquer librement leurs enfants, car les avocats de la défense ne sont pas non plus parvenus à identifier la nature d'un quelconque préjudice subi par les familles hétérosexuelles. La question que pose le juge est finalement de savoir en quoi le mariage homosexuel est une menace pour la pratique religieuse et l'expression de principes bibliques et comment il porte atteinte au droit des parents d'éduquer librement leur progéniture. Le juge Walker a estimé, pour sa part, que la défense n'était pas parvenue à démontrer en quoi la légalisation du mariage homosexuel était un danger pour la société en général et pour l'institution du mariage en particulier[1225]. Les deux juges pointent donc du doigt le manque de preuves concrètes qui imposeraient l'interdiction absolue de permettre aux couples de même sexe de s'unir. Ce manque de crédibilité de la défense se confirme lorsque les juges évoquent l'adoption de la loi sur les partenariats enregistrés en 1999. Ils font comprendre que c'est l'extension progressive d'un certain nombre de droits aux couples de même sexe qui a démontré non seulement que ces unions ne représentaient aucune menace pour la société, mais que surtout le mariage homosexuel serait sans effet notoire voire, au contraire, source d'intérêts sociaux et économiques pour l'État. Ils fondent donc leur raisonnement sur l'expérience réalisée des partenariats enregistrés au cours des dix dernières années. Ils jugent ce protocole administratif positif et concluant pour l'avenir de l'institution du mariage. Pour Reinhardt, les défenseurs de la

---

[1223] « [Cela] démontrerait un manque de respect à l'égard de l'intégrité de nos cours fédérales. »
United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., §1, p.72.
[1224] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.16-17.
[1225] Prop 8 Trial Opinion. Perry v. Schwarzenegger. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. August 4th, 2010. p.128.

Proposition 8 n'avaient comme objectif que d'empêcher que le terme « mariage » puisse désigner des unions homosexuelles, car ce principe est contraire aux valeurs religieuses et à la norme hétéronormative : « [Proposition 8] carves out a narrow and limited exception to these state constitutional rights by reserving the official designation of the term 'marriage' for the union of opposite-sex couples as a matter of state constitutional law[1226]. » Au fond, l'analyse du juge semble rejoindre les conclusions d'Olson, pour qui la Proposition 8 constitue une révision du droit constitutionnel de l'État en octroyant des droits à certains individus mais pas à d'autres à cause de leur orientation sexuelle. Les défenseurs du mariage traditionnel savaient pertinemment que les partenariats enregistrés n'auraient jamais pu bénéficier de la même reconnaissance légale, sociale et culturelle que le mariage, car ce dispositif était récent et méconnu. De fait, à leurs yeux, les partenariats enregistrés étaient jugés inférieurs à l'institution du mariage, réservée aux seuls hétérosexuels. Cette différenciation était donc moralement acceptable. Pour le juge ce dispositif est discriminatoire, et il estime nécessaire d'arbitrer la question de l'intérêt général du mariage homosexuel plutôt d'un point de vue strict que large. Comme l'explique Gerstmann : « The right to marry is broad in that it applies to nontraditional couples such as gays and lesbians. It is narrow in that it would not protect the legal rights of gays and lesbians in any other area than marriage[1227]. » En d'autres termes, le mariage est une liberté fondamentale applicable à tous et en adoptant le point de vue strict, le juge considère comme essentiel de se concentrer sur la question de l'égalité des droits applicable à la communauté homosexuelle qui repose sur la clause de protection égale. Le mariage est donc un préalable avant qu'un projet de loi plus ambitieux contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle puisse être approuvé par le Congrès. Tel est l'objectif de l'*Equality Act* introduit le 23 juillet 2015. Dans tous les cas, c'est bien l'effet d'entonnoir induit par la Proposition 8 qui est à l'origine d'un préjudice subi par les couples de même sexe, et sur lequel les juges doivent se prononcer. Néanmoins, si l'on regarde avec attention la définition de Gerstmann du droit au mariage d'un point de vue large, on peut considérer légitime les inquiétudes des conservateurs, qui voient dans cette liberté la possibilité que des couples polygames puissent formuler la même revendication que les couples de même sexe. Serait-il donc possible que le

---

[1226] « [La Proposition 8] taille une exception étroite et limitée à ces droits constitutionnels de l'État, en réservant la désignation officielle du terme ''mariage'' à la seule union de couples de sexe opposé, sous l'égide du droit constitutionnel de l'État. » Le juge s'appuie sur la décision du 26 mai 2009 de la Cour suprême de Californie dans *Strauss v. Horton* qui a validé la Proposition 8 mais a refusé d'annuler le mariage de 18 000 couples de même sexe.
United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown". No 10-16695. Opinion by Judge Reinhardt. February 7, 2012. VI, p.39.

[1227] « Le droit au mariage est large dans le sens où il s'applique aux couples non traditionnels tels que les homosexuels et les lesbiennes. Il est strict dans le sens où il ne protègerait pas les droits des homosexuels et des lesbiennes quels que soient les autres domaines hormis le mariage. »
GERSTMANN, ibid., p.194.

principe chrétien de la monogamie puisse être remis en question à l'avenir ?

Le juge Reinhardt livre un véritable plaidoyer contre un recours abusif à une initiative populaire, initiée par une majorité hétérosexuelle, souvent mobilisée en faveur de la défense de principes religieux et contre la justice[1228]. Par exemple, sur la promotion de la procréation responsable, rien durant la campagne n'a permis d'affirmer que la Proposition 8 conduirait les couples hétérosexuels à procréer davantage ou de manière plus responsable. De même qu'aucun lien n'existe entre les naissances hors mariage et la légalisation du mariage homosexuel, si l'on considère que les couples de même sexe ne peuvent pas procréer[1229]. En revanche, le juge reconnaît que, pour l'État de Californie, le référendum reste « l'un des droits les plus précieux de notre processus démocratique[1230] ». Le rôle de la justice était bien de se prononcer sur les motifs légitimes et rationnels qui pouvaient justifier que le mariage soit uniquement réservé aux couples hétérosexuels et que les couples hétérosexuels fassent l'objet d'un amendement constitutionnel[1231]. Par ailleurs, ce processus d'exclusion pouvait être soumis à un contrôle du système judiciaire, puisque ce droit a été acquis par les couples de même sexe avant d'être abrogé, et que 18 000 couples de même sexe restent toujours unis par les liens du mariage et bénéficient des mêmes droits que les couples hétérosexuels mariés. Le juge s'appuie sur la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Romer v. Evans* pour affirmer que ce qui est anticonstitutionnel, c'est qu'une communauté minoritaire soit l'objet d'une initiative populaire pour remettre en cause des droits qui leur étaient acquis, au même titre que n'importe quel citoyen[1232]. Autrement dit, le peuple ne peut pas se mobiliser pour éliminer le principe de l'égalité des droits pour tous ni même pour inscrire la tradition du *statu quo* dans la Constitution. Le référendum a placé les couples de même sexe dans une situation de vulnérabilité en véhiculant des messages stéréotypés. Dans le même temps, l'inscription de cet amendement dans la Constitution californienne représentait non seulement « une barrière fondamentale et illimitée dans le temps[1233] », mais aussi un obstacle à toute éventuelle révision législative d'une telle initiative.

Étonnamment, le juge Smith propose une opinion convergente et dissidente, comme s'il tentait de se placer dans une forme de compromis pour résoudre cette guerre culturelle du point de vue juridique. Néanmoins, la démarche adoptée par Smith n'est pas convaincante. Il considère que le référendum sur la Proposition 8 avait comme objectif de permettre au peuple de définir

---

[1228] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", op.cit., p.63.
[1229] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.58.
[1230] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.33.
[1231] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.49-p.51.
[1232] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.52.
[1233] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Perry v. Brown", ibid., p.62.

l'autorité morale de l'État, ce qui est politiquement légitime, puisque les États adoptent cette même approche pour légiférer[1234]. Les législateurs sont guidés par leur propre conception de la morale. Le problème est que le juge appuie la décision d'O'Connor dans *Lawrence* qui indique que ni l'animosité ni la désapprobation morale ne peuvent justifier une mesure discriminatoire sans un intérêt légitime supérieur. Mais, en même temps, selon le juge, le contrôle du fondement rationnel permet que la promotion de l'hétérosexualité, optimale pour l'éducation des enfants, puisse constituer un intérêt légitime gouvernemental. De même que toutes les inquiétudes formulées par les conservateurs représentent des suppositions qui restent discutables[1235], mais dont la justice doit tenir compte même en l'absence de preuves concrètes et alors même que des couples de même sexe sont unis par un partenariat enregistré. D'ailleurs, c'est sur le compromis de 1999 que Smith admet implicitement que l'égalité entre hétérosexuels et homosexuels est imparfaite, mais que ce dispositif est à prendre ou à laisser[1236]. Il valide le principe de « séparés mais inégaux » et ne traite pas de la question des droits fédéraux alors qu'il représente les intérêts même du gouvernement fédéral. On comprend bien que Smith défend la loi DOMA (1996) alors même qu'Obama a ordonné au ministère de la Justice de ne plus la défendre en février 2011. C'est finalement sur la question de la définition du mariage qu'un combat s'engage, qui va affaiblir un peu plus la Proposition 8 par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Windsor* en juin 2013.

[1234] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. “Perry v. Brown”, ibid., p.83.
[1235] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. “Perry v. Brown”, ibid., p.101.
[1236] United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. “Perry v. Brown”, ibid., p.88.

III.C. Le mariage homosexuel : vers une conception uniforme et égalitaire

L'opinion de Kennedy dans l'affaire *United States v. Windsor* est interprétée comme décisive dans le combat pour la légalisation du mariage homosexuel, puisqu'elle abroge la section 3 de la loi du *Defense of Marriage Act* qui définit le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, l'union de deux personnes de sexes opposés. En fait, cette victoire substantielle ne marquait qu'une nouvelle étape pour permettre maintenant aux couples de même sexe d'engager des procédures juridiques dans les États de l'Union contre les amendements constitutionnels apparentés à des « mini-DOMAS » ou des « super-DOMAS ». Entre 2013 et 2015, c'est donc l'approche de la percolation que Kennedy retient pour montrer que la Cour agit avec précaution en refusant de prendre des décisions prématurées vis-à-vis d'une institution aussi fondamentale que le mariage. Il laisse opérer les prérogatives des États pour légiférer sur la question ou bien permettre aux couples de même sexe de saisir les tribunaux fédéraux. Une autre décision prise simultanément, qui illustre cette approche pragmatique destinée, selon Deysine, à maintenir la crédibilité de la Cour suprême[1237], est la décision dans l'affaire *Hollingsworth v. Perry*. À la suite du jugement établi par Reinhardt, pour la cour d'appel fédérale pour le 9e circuit, les défenseurs de la Proposition 8 font de nouveau appel, mais auprès de la Cour suprême cette fois. Roberts, dans son opinion majoritaire, déclare la demande du groupe des défenseurs irrecevable car ils n'avaient pas la qualité pour agir au titre de l'Article III de la Constitution et faire appel de la décision du juge Reinhardt. Ainsi, la décision de Walker est légitimement renforcée en restant intacte. Roberts confirme implicitement que les droits des défenseurs n'ont pas été lésés, qu'ils n'ont subi aucun préjudice et qu'ils ne peuvent agir au nom des intérêts de l'État alors même que la Californie a refusé de soutenir la Proposition 8[1238]. La question du mariage homosexuel est bien laissée au libre arbitre des États de l'Union même si le gouvernement fédéral montre l'exemple. Dans l'affaire *Windsor*, la justice met fin à la conception traditionnelle du mariage pour inclure les familles homoparentales qui entrent désormais dans les critères de la définition de la famille nucléaire. Les dictionnaires, *Longman* et *Merriam Webster* font encore de la résistance, contrairement à *Cambridge ou Encyclopædia Britannica*, et continuent de définir la famille nucléaire comme un groupe familial constitué d'un père, d'une mère et de leurs enfants[1239]. La neutralité du point de vue du genre ne semble pas encore faire l'unanimité parmi les maisons d'édition.

Le jugement de Kennedy est cependant symptomatique de deux intérêts divergents et

---

[1237] DEYSINE, op.cit., p.248.
[1238] Supreme Court of the United States Justices. "Hollingsworth v. Perry". Jugement prononcé le 26 juin 2013. Consulté le 2 novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-144], p.5-p.17.
[1239] « Nuclear Family » : [http://www.merriam-webster.com/dictionary/nuclear%20family]

irréconciliables entre l'État de New York et la loi fédérale. L'État de New York se place du côté de la protection des droits des couples de même sexe, en tant que classe minoritaire, alors que le gouvernement fédéral continue d'attaquer la communauté[1240]. C'est donc sur la question du principe d'égalité que le juge doit tenter de mettre d'accord les deux parties en fondant son analyse sur la clause de légalité processuelle du Ve amendement[1241] qui protège les droits essentiels des Américains. L'analyse du juge fait apparaître les raisons pour lesquelles la loi DOMA représente une source d'injustice, et fait subir un lourd préjudice à la plaignante, en particulier sur la question de la fiscalité des couples de même sexe lorsque survient le décès d'un des époux. En effet, Edith Windsor et Thea Spyer sont deux lesbiennes vivant ensemble depuis 1963 à New York. En 1993, elles officialisent administrativement leur relation par un partenariat enregistré et décident en 2007 de se marier dans l'Ontario au Canada alors que la santé de Spyer se dégrade rapidement. De retour à New York, l'État valide leur mariage mais en 2009, à la suite du décès de Spyer qui lègue tout son patrimoine à Windsor, l'*Internal Revenue Service* (IRS) lui réclame un droit de succession de plus de 300 000 dollars. Windsor fait une demande d'exonération spécifique aux conjoints survivants qui est rejetée, l'obligeant à s'acquitter de l'impôt. Effectivement, l'application du *Defense of Marriage Act* ne permet pas au trésor public de considérer Windsor comme un conjoint survivant. Kennedy pointe du doigt une incohérence légale et politique de cette loi de 1996 qui ne permet pas d'articuler, de manière cohérente, droit fédéral et droit de l'État de New York en créant deux régimes spécifiques sur les droits liés au mariage[1242].

Parallèlement, la décision politique du président Obama se retrouve au centre du litige. Il exige que la loi ne soit plus défendue du point de vue constitutionnel par les juges alors qu'il souhaite la voir s'appliquer en vertu des prérogatives du Congrès à légiférer. Ce positionnement crée une faille qui permet à la Cour suprême de l'invalider[1243]. C'est ce que pense le juge Scalia, dans son opinion dissidente, qui accuse le président de manœuvre politicienne afin d'éviter qu'un projet d'abrogation de la loi n'échoue au Congrès : « The matter would have been left [...], to a tug of war between the President and the Congress, which has innumerable means [...] of compelling the President to enforce the laws it has written[1244]. » Cette guerre culturelle est exacerbée par une crise institutionnelle, provoquée notamment par la perte d'une majorité claire en faveur du

---

[1240] Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor". Jugement prononcé le 26 juin 2013. Consulté le 2 novembre 2014 : [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf], p.24.
[1241] S'applique au gouvernement fédéral.
[1242] Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.4.
[1243] Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.10.
[1244] « Cette question aurait fait l'objet d'un bras de fer entre le président et le Congrès, qui dispose de moyens innombrables [...] pour obliger le président à faire appliquer les lois que le Congrès a fait voter. »
Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.44.

président au Congrès. De plus, pour le juge Alito, le point de vue d'Obama est une attaque évidente contre le Congrès qui, selon lui, se retrouve victime d'un préjudice, puisque le président refuse de défendre la loi ou d'expliquer en quoi la loi DOMA est anticonstitutionnelle[1245]. Les deux juges se font les avocats d'un Congrès qui avait toute légitimité d'interdire la légalisation du mariage homosexuel en 1996, et affirment que ce n'est donc pas à la justice d'arbitrer cette question du mariage, mais plutôt aux États de l'Union par voie démocratique. En fait, ce qui exaspère les juges conservateurs, c'est qu'Obama ne soutienne plus une loi qu'il juge discriminatoire, mais qui reste la loi du pays jusqu'à ce que la justice tranche. Scalia inscrit son discours dans la tradition Madisonnienne et celle de la période révolutionnaire contre un roi autoritaire qui bafoue la légitimité du Congrès, seul détenteur de l'approbation du peuple. Il recommande une guerre ouverte contre le président, et invite le Congrès à faire appel à son pouvoir d'obstruction pour défier, affaiblir Obama et le mettre face à ses responsabilités : « If majorities in both Houses of Congress care enough about the matter, they have available innumerable ways to compel executive action without a lawsuit—from refusing to confirm Presidential appointees to the elimination of funding[1246]. » Cette prise de position hostile au président relève d'une véritable marque de fabrique chez Scalia, qui agit sans la moindre retenue, et sans même respecter le devoir de neutralité qui semble s'imposer lorsqu'un juge exerce le droit constitutionnel à un tel niveau institutionnel. Il dénonce un coup monté par Kennedy qui, par son jugement, va permettre à de nombreux couples de même sexe de transposer les mêmes arguments devant les tribunaux des États de l'Union pour réclamer réparation. Quels sont donc les arguments donnés par Kennedy qui rendent la loi DOMA anticonstitutionnelle, et qui légitiment son jugement, appuyé par quatre autres juges progressistes ?

Kennedy reconnaît qu'historiquement la question des relations familiales est une prérogative des États[1247] tandis que la loi DOMA bouleverse cette tradition, puisque cette loi fédérale fait évoluer le droit de la famille. En fait, l'objectif de la loi était de protéger plus de 1 138 droits, bénéfices et protections[1248] qui s'appliquaient au statut du mariage traditionnel dans le cadre de la loi fédérale ouvrant la voie aux États pour adopter les mêmes exigences. De plus, la justice doit répondre aussi à une demande du président d'établir un contrôle de constitutionnalité.

[1245] Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.46.

[1246] « Si les majorités dans les deux chambres du Congrès se sentent suffisamment concernées par cette question, elles ont à leur disposition des moyens innombrables pour contraindre l'action de l'exécutif sans une action en justice : du refus de confirmer les nominations du président jusqu'à la suppression de tout financement. »
Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.48.

[1247] Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.20.

[1248] « Among the over 1,000 statutes and numerous federal regulations that DOMA controls are laws pertaining to Social Security, housing, taxes, criminal sanctions, copyright, and veterans' benefits. »
Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.26.

En effet, la cour d'appel fédérale pour le 2e circuit a condamné le gouvernement américain à rembourser Windsor en juin 2012 et a abrogé la section 3 de la loi. Alors que le gouvernement décide de ne pas faire appel, le groupe bipartisan de conseil juridique de la Chambre (*Bipartisan Legal Advisory Group*, BLAG), mené par John Boehner, porte l'affaire devant la Cour suprême. Le juge Kennedy montre ainsi que l'instruction du dossier a suivi une juste application des lois et que la justice a invoqué une compétence à agir. Kennedy estime que la Cour est parfaitement dans son rôle, en se déterminant sur la constitutionnalité de la loi de 1996, qui est au cœur, rappelons-le, du système des contre-pouvoirs[1249].

Sur la base du Ve amendement, la Cour doit déterminer si la loi DOMA représente une violation contraire au principe essentiel selon lequel un citoyen américain ne peut pas être privé de liberté. Autrement dit, comment la définition du mariage traditionnel inscrite dans la loi peut-elle déboucher sur l'exclusion arbitraire du mariage des couples de même sexe lorsque New York et d'autres États de l'Union font le choix inverse ? Effet, le préjudice repose sur une dichotomie, pour le moins irrationnelle : « married for the purpose of state law but unmarried for the purpose of federal law[1250] ». Windsor est l'épouse légitime de Spyer dans l'État de New York, mais du point de vue du gouvernement fédéral, elles sont des femmes lesbiennes et célibataires qui cohabitent ensemble depuis cinquante ans, et n'ont aucun droit relevant de l'institution du mariage civil en tant que citoyennes américaines. En conséquence, la loi DOMA crée une seconde classe spécifique réservée aux couples de même sexe dont les unions célébrées soit à l'étranger soit dans certains États de l'Union ne sont pas valables et les empêchent d'avoir accès aux mêmes droits que les couples hétérosexuels. Le résultat de cette loi est sans précédent pour Kennedy, car elle entraîne des effets négatifs notoires sur le respect et la dignité de ces couples en leur imposant « une position désavantageuse », « un statut à part » de second rang, « une stigmatisation » liée au mariage homosexuel qui ne convient pas à la morale américaine[1251].

La loi DOMA est une barrière qui inscrit dans la loi fédérale la discrimination contre les couples homosexuels, dont la sexualité ne répond pas à l'exigence d'hétérosexualité. Le juge estime que cette loi est une punition contre une orientation sexuelle. Elle est infligée aux seuls couples de même sexe, et ne tient pas compte d'autres éléments qui contribuent au lien affectif entre deux personnes, ainsi que des évolutions récentes de la société, devenue plus favorable à la

---

[1249] Il s'appuie aussi sur la décision de 1803 dans *Marbury v. Madison* qui reconnaît le pouvoir de la Cour suprême de juger de la conformité des lois à la Constitution fédérale : « It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. »

[1250] « marié en vertu du droit de l'État mais célibataire en vertu du droit fédéral. »
Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.26.

[1251] Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", ibid., p.25.

concrétisation du principe d'équité[1252]. Le juge fonde son analyse sur le principe d'égalité contenu implicitement dans le Ve amendement pour montrer que la loi DOMA impose une inégalité de traitement à l'encontre des couples de même sexe, inscrite dans la loi fédérale[1253]. Une distinction qui représente un fardeau au quotidien pour ces familles homoparentales non seulement au sein de la communauté, mais aussi dans leurs démarches administratives. Pour le juge, il est donc essentiel de protéger d'abord l'intérêt des enfants élevés par des parents homosexuels, qui doivent comprendre que leur famille a autant de valeur légale et morale qu'une famille nucléaire au sens traditionnel du terme[1254]. Aux yeux de la société, il est primordial que la Cour rétablisse un équilibre de jugement en reconnaissant que les familles homoparentales doivent pouvoir jouir des mêmes droits et protections, notamment dans le domaine de la santé et de la fiscalité, mais aussi que leur mariage est digne de la même reconnaissance que celui de couples hétérosexuels. Ces familles comme celle de Windsor ont démontré que les homosexuels étaient parfaitement capables de construire des unités familiales solides et solidaires.

Le juge, en se fondant sur un rapport de la Chambre[1255] détaillant les motivations qui ont poussé les législateurs à faire adopter la loi DOMA, confirme que la loi reposait sur la désapprobation morale de l'homosexualité. Cela afin d'ériger la promotion de l'hétérosexualité, ancrée dans la tradition religieuse, comme un intérêt supérieur du gouvernement[1256]. En effet, l'intitulé de la loi est sans ambiguïté. Il s'agit bien de “défendre” l'institution du mariage au niveau fédéral contre le mariage homosexuel. Alito inscrit son analyse dans l'idéologie des droits spéciaux accordés à la minorité homosexuelle : « What Windsor and the United States seek, therefore, is not the protection of a deeply rooted right but the recognition of a very new right[1257]. » Il s'agit, en fait, plutôt de la reconnaissance des mêmes droits existant déjà, mais accordés aux seuls hétérosexuels. En revanche, l'inclusion des couples de même sexe dans cette institution représente un changement fondamental dans le droit de la famille, mais, contrairement à ce que pense Alito, le spectre d'effets dévastateurs sur le mariage traditionnel ne repose que sur des peurs et des idées préconçues. L'expérimentation des unions civiles et des partenariats enregistrés au cours des quinze dernières années n'ont pas apporté la preuve de l'éventuelle

---

[1252] Supreme Court of the United States Justices. “United States v. Windsor”, ibid., p.23-24.
[1253] Supreme Court of the United States Justices. “United States v. Windsor”, ibid., p.26.
[1254] Supreme Court of the United States Justices. “United States v. Windsor”, ibid., p.27.
[1255] House of Representatives. “Defense of Marriage Act Report”. H.R. 3396. Report 104-664. Submitted by the Committee on the Judiciary on July 9, 1996. Consulté le 2 mars 2016 : [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-104hrpt664/pdf/CRPT-104hrpt664.pdf]
[1256] Supreme Court of the United States Justices. “United States v. Windsor”, ibid., p.25.
[1257] « Ce que Windsor et les États-Unis cherchent, par conséquent, ce n'est pas la protection d'un droit profondément enraciné dans la tradition mais la reconnaissance d'un tout nouveau droit. »
Supreme Court of the United States Justices. “United States v. Windsor”, ibid., p.68.

désinstitutionnalisation du mariage à long terme ni d'un danger pour le développement des enfants. Kennedy déclare cette loi anticonstitutionnelle et contraire au principe du Ve amendement, car elle a pour effet de dégrader la valeur et l'importance d'une union homosexuelle en interdisant à certains couples l'accès à une institution privilégiée et réservée, dont le but incontestable est de renforcer la solidité des familles dans la société. Cette décision de juin 2013 a déclenché une réaction en chaîne sans précédent qui a abouti à l'abrogation de la plupart des interdictions du mariage homosexuel, inscrites dans la Constitution des États. Néanmoins, Kennedy laisse la section 2 de DOMA intacte, ce qui permet aux États de continuer à ne pas reconnaître légalement les mariages de couples de même sexe célébrés à l'étranger ou dans d'autres États de l'Union. Les analyses d'Anne Deysine laissent penser que finalement la décision de la Cour s'inscrit dans un certain respect de la tradition du fédéralisme, en laissant la possibilité aux États de l'Union d'aboutir à de nouvelles résolutions à partir de groupes de réflexion[1258]. Ces compromis n'ont pas eu lieu et c'est bien sur la justice que les couples de même sexe ont concentré tous leurs efforts afin d'obtenir réparation. Cependant, la décision de la cour d'appel fédérale pour le 6e circuit[1259], du 6 novembre 2014, vient stopper net cet élan juridique à travers le pays en faveur du mariage homosexuel. Ce sont soixante décisions de justice qui sont rendues dans plus de la moitié des États pour lever les interdictions constitutionnelles en dix-huit mois. Trente-six États autorisent le mariage homosexuel ainsi que le district de Columbia : c'est 70 % de la population américaine qui est ainsi désormais concernée par la reconnaissance de ce droit accordé aux couples de même sexe. Cette décision du 6 novembre représente donc un « *circuit split*[1260] » qui permet au juge de maintenir l'interdiction dans plusieurs États dont le Michigan, le Kentucky, l'Ohio et le Tennessee. Il sera donc intéressant de démontrer que cette décision repose sur une interprétation stricte de la Constitution fédérale de 1787, et que par conséquent donc le respect des droits des minorités représenterait un changement dans les interprétations du droit constitutionnel.

III.C.1. *Deboer v. Snyder* (2014) : résistance des États au droit à l'indifférence

Dans son jugement du 6 novembre 2014, le juge Sutton soutient l'idée que la question du mariage homosexuel est parvenue à mobiliser toutes les institutions gouvernementales pour en faire un véritable débat démocratique qui a penché nettement en faveur du progrès social et donc d'une évolution favorable aux couples de même sexe. Pas un État n'a été épargné par ces discussions à travers les multiples recours effectués : nouvelles législations par la législature

[1258] DEYSINE, ibid., p.251.
[1259] Cour d'appel considérée comme la plus conservatrice.
[1260] Un jugement divergent entre cours d'appel.

d'État, initiatives populaires, décisions de justice, refus des gouverneurs et des procureurs de faire appel[1261]. On peut donc en déduire que cette énième procédure est aussi le résultat d'un bras de fer pour la défense d'amendements constitutionnels approuvés par les électeurs dans ces États entre 2004 et 2006. Alors que seize couples sont concernés dans cette affaire et affirment que ces amendements représentent une violation de leurs droits et libertés fondamentales en vertu des principes du XIVe amendement, Sutton pose une question de fond bien différente qui le place dès le début du jugement du côté du droit des États à légiférer librement sur la définition du mariage : « What we have authority to decide instead is a legal question: Does the Fourteenth Amendment to the United States Constitution prohibit a State from defining marriage as a relationship between one man and one woman?[1262] ». Sutton préfère esquiver la demande des plaignants, car bien évidemment le XIVe amendement n'impose aucune restriction quant aux prérogatives des États dans le cadre du mariage. En revanche, le XIVe amendement protège les droits essentiels des citoyens contre des décisions arbitraires. Ainsi, l'objectif du juge est de renvoyer la décision à la Cour suprême américaine en s'interrogeant systématiquement sur l'institution la plus appropriée pour trancher cette question quand le peuple, par un référendum, a interdit aux couples homosexuels de se marier. C'est bien la question du « qui doit décider » qui semble animer tous les juges conservateurs lorsqu'ils refusent de passer pour des législateurs quand les couples de même sexe leur demandent de répondre à une exigence de justice sociale et de déterminer si ces amendements sont une atteinte aux principes érigés par le XIVe amendement. Dans un discours technique, Sutton se réfugie derrière le respect et la tradition des mécanismes et des rouages institutionnels qui sont au cœur du fédéralisme et garantissent, selon lui, fiabilité et liberté[1263]. En d'autres termes, les États étaient parfaitement dans leur droit en protégeant la tradition religieuse du mariage sans s'interroger sur la portée du mariage civil qui ne reconnaît pas de religion. Quel est donc le rôle du troisième pouvoir dans les affaires politiques et sociales qui affectent les minorités du pays ? Peut-elle invoquer une incompétence à agir qui traduit davantage une indifférence à l'égard des couples de même sexe ?

La possibilité que la justice prenne la décision de modifier la définition du mariage inquiète le juge. Seulement, Sutton peut-il invoquer la tradition, la religion et la définition du mariage, officiellement inscrite dans la loi fédérale pendant seulement dix-sept ans, pour justifier

---

[1261] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*. Jugement prononcé le 6 novembre 2014. Consulté le 2 octobre 2015 : [http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/14a0275p-06.pdf], p.7.

[1262] « Ce sur quoi nous avons autorité c'est de répondre plutôt à une question légale : Est-ce que le XIVe amendement de la Constitution des États-Unis interdit un État de définir le mariage comme étant une relation entre un homme et une femme ? ».
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.8.

[1263] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.8.

l'interdiction du mariage aux couples homosexuels ? En 2000, Sullivan s'exaspère de cette situation et exige que les autorités traitent du mariage civil[1264] et non pas du mariage religieux alors même que, dès 2005, l'UCC adopte une résolution qui intègre les couples de même sexe dans une conception religieuse du mariage. Certaines Églises proscrivent le divorce alors que les États l'autorisent. Pour Sullivan, c'est bien la question de la citoyenneté des homosexuels qui est en jeu mais aussi celle de la séparation de l'Église et de l'État. Gerstmann aurait probablement estimé le cadre théorique du juge irrationnel, puisque celui-ci s'appuie sur le précédent de 1970 dans *Baker v. Nelson* : « The institution of marriage as a union of man and woman, uniquely involving the procreation and rearing of children within a family, is as old as the book of Genesis [...][1265]. » Cette tradition héritée du Livre de la Genèse implique donc que les principes du XIVe amendement ne s'appliquent pas pour faire redéfinir l'institution du mariage par la justice. Sutton se place du côté de la suprématie du droit religieux par rapport au droit constitutionnel en préservant ainsi le monopole religieux du mariage. Cette référence au jugement de la Cour suprême du Minnesota pose également problème, puisque Sutton est un juge fédéral qui devrait s'en tenir à la Constitution américaine ainsi qu'aux éventuels précédents au sein du 6e circuit, alors que le Minnesota relève de la compétence du 8e circuit. Cependant, pour le juge, cette décision de 1970 garantit le droit du peuple d'un État à définir le mariage comme il le souhaite, tandis que la loi DOMA ne permettait pas aux homosexuels d'avoir accès aux droits fédéraux du mariage, même s'ils étaient officiellement mariés dans un État qui l'autorisait[1266]. De ce fait, il demande à la Cour suprême de reconsidérer le jugement dans l'affaire *Baker*, ce que les juges feront dans l'arrêt *Obergefell v. Hodges* en juin 2015.

Sutton est parfaitement conscient de détenir avec cette affaire le moyen de créer un « *split* » qui renverra inévitablement la question devant les juges de la Cour suprême. Il évoque les quelque 1 500 recours rejetés par la Cour, validant ainsi les décisions des juridictions inférieures d'invalider les amendements contre le mariage homosexuel, mais prétend que ces refus n'indiquent en aucune manière un quelconque positionnement des juges à l'égard du mariage homosexuel : « Even if we grant the premise and assume that same-sex marriage will be recognized one day in all fifty States, that does not tell us how—whether through the courts or through democracy[1267]. »

[1264] SULLIVAN, Andrew. "State of the Union." *The New Republic*, May 8, 2000. Article consulté le 8 octobre 2015 : [http://www.newrepublic.com/article/politics/75716/state-the-union]

[1265] « L'institution du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, impliquant uniquement la procréation et l'éducation des enfants au sein d'une famille, est aussi ancienne que le Livre de la Genèse [...]. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, op.cit., p.13.

[1266] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.14.

[1267] « Même si nous validons l'hypothèse et partons du principe que le mariage homosexuel sera reconnu un jour dans les cinquante États, cela ne nous dit pas comment et si cela se fera par l'intermédiaire des tribunaux ou bien de la

Son intention est donc claire, il veut relancer la machine judiciaire pour statuer sur le mariage homosexuel, du point de vue fédéral, car il estime que les plaignants ont négligé la nécessité de constitutionnaliser une définition du mariage qui soit approuvée par une majorité démocratique[1268]. Cette nécessité reposerait-elle donc sur l'obligation d'interdire le mariage homosexuel ? Il est aussi intéressant de voir que le juge oppose systématiquement justice et démocratie, dans le cadre de cette guerre culturelle, comme si finalement le pouvoir judiciaire n'était pas associé au processus démocratique des institutions américaines. C'est plutôt du recours au référendum qu'il s'agit ici, comme pour une nouvelle fois affirmer que la majorité hétérosexuelle avait toute légitimité politique à arbitrer cette question pour la minorité homosexuelle. C'est donc très logiquement que le juge plaide pour un contrôle du fondement rationnel pour valider l'amendement constitutionnel qui interdit aux homosexuels l'accès à l'institution du mariage.

Sous couvert de retenue judiciaire et d'humilité, il évoque, tout d'abord, une certaine tradition jurisprudentielle du contrôle du fondement rationnel qui ne peut déclarer une loi anticonstitutionnelle à partir du moment où l'État manifeste un intérêt supérieur, même s'il peut sembler illégitime : « So long as judges can conceive of some "plausible" reason for the law—*any* plausible reason, even one that did not motivate the legislators who enacted it—the law must stand, no matter how unfair, unjust, or unwise the judges may consider it as citizens[1269]. » Pour Sutton, l'homosexualité n'est pas une catégorie soumise à une quelconque forme de discrimination dans le cadre de cet examen alors que l'âge et le handicap en font partie. La défense de l'hétérosexualité est donc un motif valable qui sert de repère et de critère aux citoyens d'une société pour légiférer en sa faveur. Pour les juges Walker et Kennedy, cet examen doit permettre, au contraire, de déterminer si la loi est irrationnelle en invoquant l'animosité vis-à-vis d'une communauté d'individus. Sutton met en avant la nécessité absolue de réguler la sexualité des hommes et des femmes comme si finalement l'homosexualité était responsable de la décadence des valeurs du mariage, de la procréation, de la famille nucléaire et de la prolifération de la polygamie : « May men and women follow their procreative urges wherever they take them? How many mates may an individual have?[1270] ». Les hommes et les femmes sont comparés à des êtres

---

démocratie. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.16.

[1268] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.17.

[1269] « Tant que les juges peuvent formuler une quelconque raison "plausible" qui justifie la loi — quelle que soit la raison plausible, même un motif qui n'a pas incité les législateurs à la faire promulguer — la loi doit s'appliquer, peu importe que les juges, en tant que citoyens, l'estiment injuste ou bien peu judicieuse. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.19.

[1270] « Les hommes et les femmes peuvent-ils suivre leurs pulsions procréatives peu importe là où elles les emmènent ? Combien de partenaires un individu peut-il avoir ? ».
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.19.

primitifs dévoués à la cause de la procréation comme au temps de l'Amérique coloniale. L'amendement constitutionnel permettrait-il donc de limiter les pulsions des individus ?

Pour le juge, l'amendement ne s'inscrit pas dans le cadre de lois démocratiques ou religieuses, mais dans celui de lois héritées de la nature qui font que les hommes et les femmes se complètent et promeuvent cette relation unique[1271]. Le problème de cet argument est qu'il ne tient pas compte du fait que les homosexuels sont nés de parents hétérosexuels et que leur sexualité ne peut pas subir l'opération d'un simple changement psychique. Sutton fait preuve de rouerie quand il reconnaît que les couples de même sexe peuvent parfaitement répondre aux exigences de l'institution du mariage et créer des environnements stables pour leurs enfants, mais que cette évolution sociétale résulte d'un choix individuel et assumé et non pas de l'orientation sexuelle.[1272] L'orientation sexuelle n'a donc à ses yeux ni valeur juridique ni pertinence scientifique et il s'oppose clairement aux juges libéraux qui considèrent l'examen strict de constitutionnalité nécessaire pour protéger les homosexuels contre des lois discriminatoires.

Le principe de l'amendement s'inscrit également dans les principes du fédéralisme qui permet aux États d'agir comme des laboratoires expérimentaux, ce que rappelle justement Sutton : « Yet one of the key insights of federalism is that it permits laboratories of experimentation [...] allowing one State to innovate one way, another State another, and a third State to assess the trial and error over time[1273]. » Cependant, dans le cadre du mariage homosexuel, les conditions que pose le juge sont largement remplies : le Massachusetts autorise le mariage homosexuel depuis 2003 tandis que le Kentucky l'interdit depuis 2004. La Californie, par la voix de la justice, invalide la Proposition 8 qui n'est plus soutenue par l'exécutif. En fin de compte, c'est bien la question de l'harmonisation progressive du droit fédéral, obligeant les États de l'Union à autoriser le mariage pour les couples de même sexe, qui est au centre du litige. Sutton se place uniquement en tant que gardien du fédéralisme, alors qu'en fait il s'agit davantage d'une valeur refuge qui ne permettra pas aux couples de même sexe la reconnaissance fédérale de leur union sans le contrôle de la justice. De plus, le juge ne tient pas compte de la portée d'une telle initiative populaire sur le long terme, qui interdit de manière définitive toute reconnaissance possible d'unions homosexuelles comme au Kentucky, ni des partenariats enregistrés ou des unions civiles qui ne sont pas valables dans d'autres États et n'ont aucune valeur aux yeux du gouvernement américain. Ainsi, il continue

---

[1271] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.20.
[1272] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §2, p.20.
[1273] « Pourtant l'une des idées essentielles du fédéralisme est qu'il permet la mise en place de laboratoires expérimentaux [...] autorisant un État à pouvoir innover d'une certaine façon, un autre État d'une manière différente et un troisième État à examiner cette tentative et ses erreurs avec le temps. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §2, p.21.

d'affirmer que les conséquences du mariage homosexuel dans le Massachusetts exigent de nouvelles études et des contrôles approfondis, que même des familles hétérosexuelles défaillantes n'auraient pas à subir[1274]. Le juge souhaite patienter et laisser le temps à l'observation et à la réflexion sans que finalement les menaces ne soient clairement identifiées.

Il en vient donc à la question du mariage utilisé par certains individus pour des motifs autres qu'un amour sincère, et insinue que le mariage homosexuel pourrait renforcer les échecs de cette institution : « History is replete with examples of love, sex, and marriage tainted by hypocrisy[1275]. » Sutton montre que les couples hétérosexuels mais aussi homosexuels sont les uns comme les autres susceptibles de voir leur projet de vie commune échouer et que l'orientation sexuelle ne serait donc pas la cause principale des divorces. Mais il souhaite surtout adresser un signal fort aux organisations LGBT, qui utilisent l'argument de l'amour dans leur combat pour exiger le droit au mariage, afin de leur rappeler que l'État ne fait pas de l'amour une obligation pour pouvoir se marier[1276]. Pourtant, si l'on regarde la procédure des mariages, rédigée par l'Association des maires du Michigan, révisée en 2007, la référence à l'amour est présente dans l'échange des consentements, l'échange des vœux et l'échange des alliances[1277]. L'alliance est bien considérée comme le symbole de cet amour et de cet engagement à deux, et la procédure d'échange s'effectue bel et bien devant un représentant de l'État. En revanche, à aucun moment l'obligation de procréation n'est verbalisée ni par le représentant de l'institution ni par les futurs époux. Ce que Sutton cherche à prouver, c'est qu'en définitive les amours plurielles devraient donc légitimement pouvoir avoir accès à l'institution du mariage alors que pour autant, dans cette affaire, le juge fait bien face à des couples homosexuels qui sont sans exception monogames. Pourquoi ne s'en tient-il donc pas aux faits ? Le juge estime que les plaignants n'ont pas réussi à démontrer pour quelles raisons la définition du mariage entre un homme et une femme était irrationnelle ; de même, il en déduit qu'il serait irrationnel de maintenir une définition monogame du mariage[1278]. Rappelons que dans cette affaire, l'irrationalité de l'amendement constitutionnel repose sur une interdiction d'accès aux couples homosexuels aux droits du mariage en vertu d'une définition qu'ils jugent discriminante. De même, les hétérosexuels n'ont pas le monopole de la monogamie et les seize couples de même sexe dont il est question ici répondent parfaitement à cette exigence rappelée par le juge.

[1274] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §2, p.21.
[1275] « L'histoire est remplie d'exemples d'amour, de sexe et de mariage entachés par l'hypocrisie. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.22.
[1276] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.24.
[1277] Michigan Association of Mayors. "The Civil Marriage Ceremony Handbook for Mayors". 1973. Document consulté le 10 octobre 2015 : [https://www.mml.org/pdf/marriage_mayors_handbook.pdf]
[1278] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, op. cit., p.23.

Le juge s'interroge donc sur le problème de l'égalité des droits et du supposé statut inférieur qui serait issu de la résultante de ces quatre amendements constitutionnels. Il reconnaît que certains droits essentiels de ces familles homoparentales sont bafoués, et que cela porte incontestablement préjudice à leurs enfants. Pour autant, il estime que ce n'est pas la protection du mariage traditionnel qui doit être tenue pour responsable de cette situation, mais bien des législateurs qui ont échoué à garantir les mêmes protections à ces familles. En définitive, le juge confirme la nature de l'injustice, à savoir la création d'une classe distincte, composée de familles homoparentales, qui ne peut pas prétendre à un éventail de protections nécessaires pour la stabilité et la sécurité de ces familles : « In addition to depriving them of this status, it deprives them of benefits that range from the profound (the right to visit someone in a hospital as a spouse or parent) to the mundane (the right to file joint tax returns)[1279]. » Le préjudice subi est donc avéré mais le juge refuse d'intervenir par déférence pour le législatif, responsable de la création des lois, mais au mépris des prérogatives du judiciaire qui doit se charger d'interpréter et de contrôler la constitutionnalité de celles-ci. Dans cette guerre culturelle, ce sont donc les législateurs qui doivent réparer les injustices et non pas la justice.

Il défend alors les électeurs de « bonne foi » qui se sont prononcés en faveur d'initiatives populaires pour l'adoption d'un amendement constitutionnel, pour justement empêcher la justice de considérer que le mariage puisse permettre l'intégration de couples de même sexe[1280]. La majorité peut donc parfaitement se mobiliser pour faire obstruction à l'indépendance de la justice. Il rejette ainsi l'argument selon lequel c'est l'animosité qui a animé les électeurs. Il s'agit plutôt de l'importance de préserver une tradition historique et millénaire du mariage. Pourtant, c'est bien un contexte de peur du mariage homosexuel qui a déclenché cette mobilisation populaire, et de campagnes électorales qui ont renforcé les stéréotypes et la haine envers les homosexuels. La démocratie directe semble avoir opposé durablement le camp en faveur du mariage traditionnel et celui pour le mariage homosexuel tandis que les résultats ont montré qu'une majorité d'Américains étaient contre l'inclusion des familles homoparentales dans l'institution du mariage mais que de nombreux électeurs aussi étaient sans avis sur la question. En effet, pour les juges conservateurs qui estiment cette institution si fondamentale, il est étonnant de constater que finalement sur le 6e circuit, 42 % des électeurs ne se sont tout simplement pas exprimés sur la protection du mariage traditionnel. Sur l'ensemble des amendements constitutionnels adoptés entre 2000 et 2012 aux

---

[1279] « En plus de les priver de ce statut, [la définition traditionnelle du mariage] les prive de bénéfices oscillant entre des avantages fondamentaux (le droit de visiter une personne à l'hôpital en tant qu'époux ou bien parent) et des avantages ordinaires (le droit de remplir une déclaration de revenus conjointement). »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.24.
[1280] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.25.

États-Unis, on découvre que la moitié des États n'ont pas communiqué leur taux de participation tandis qu'il atteint en moyenne pour les États concernés 55 %, ce qui signifie que presque un électeur sur deux a fait le choix de ne pas s'exprimer. De manière très étonnante, la Californie enregistre le plus fort taux de participation, soit 80 %, alors qu'à l'inverse le Texas enregistre un taux d'abstention record de 82 %. Les conservateurs voulaient indéniablement faire de la Californie un symbole en faveur du mariage traditionnel dans un État progressiste et favorable aux droits LGBT. Est-il vraiment raisonnable de penser que la question du mariage homosexuel devait donc faire l'objet d'un référendum ?

En effet, le juge lui-même concède que la communauté homosexuelle a été effectivement la cible de lois et de pratiques discriminatoires au plus haut sommet de l'État. Cependant, il refuse d'établir un lien entre la définition traditionnelle du mariage, en tant que pratique culturelle et historique normalisée, et l'adoption d'amendements constitutionnels contre le mariage homosexuel. Sutton nous explique que les législateurs doivent s'accorder sur un compromis pour permettre aux familles homoparentales d'avoir accès à un ensemble de droits mais ne daigne pas remarquer que trois de ces amendements interdisent tout dispositif adapté qui s'apparenterait au mariage. Au Kentucky, l'amendement 1 proscrit les unions civiles et les partenariats enregistrés : « Only a marriage between one man and one woman shall be valid or recognized as a marriage in Kentucky. *A legal status identical or substantially similar to that of marriage for unmarried individuals shall not be valid or recognized*[1281]. » L'amendement va beaucoup plus loin que la simple protection du mariage. Il vise notamment les couples de même sexe et leurs enfants, qui sont privés d'un ensemble de droits et protections, et subissent ainsi une différence de traitement qui les condamne à l'invisibilité et au mépris de leur union. Comment ne pas interpréter la seconde clause de cet amendement comme une forme d'hostilité vis-à-vis de groupes qui ne peuvent intégrer la norme de l'hétérosexualité ? Sutton relativise même l'histoire de la discrimination contre la communauté homosexuelle, lors de la dernière partie du XXe siècle, en ne mentionnant que les lois contre la sodomie qui ne visaient que les couples de même sexe. Il va jusqu'à utiliser un parallèle peu convaincant avec le combat pour les droits civiques de la communauté afro-américaine, reconnaissant ainsi la discrimination raciale mais faisant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle un simple mythe n'ayant aucun rapport avec le combat pour le mariage traditionnel : « This order of events prevents us from inferring from history that prejudice against

---

[1281] « Seul un mariage entre un homme et une femme sera valable ou reconnu comme un mariage au Kentucky. *Un statut légal identique ou substantiellement similaire à celui du mariage pour des individus célibataires ne sera pas valide ou reconnu.* » [italiques ajoutés]
Kentucky Legislative Research Commission. "Proposed Marriage Amendment". 2004. Document consulté le 11 octobre 2015 : [http://lrc.ky.gov/lrcpubs/2004_const_amendment_1.pdf]

gays led to the traditional definition of marriage in the same way that we can infer from history that prejudice against African Americans led to laws against miscegenation[1282]. » Effectivement, le mariage civil est historiquement l'union d'un homme et d'une femme, mais Sutton ignore volontairement que les premiers actes en faveur du mariage homosexuel à Hawaii puis au Massachusetts ont représenté une forme d'outrage et de violation morale de la tradition religieuse du mariage déclenchant une riposte politique. Il confirme que le mariage est bel et bien une liberté fondamentale contenue dans le XIVe amendement mais qu'elle ne s'applique pas aux couples de même sexe étant donné que l'homosexualité n'est pas une variation naturelle de la sexualité, selon lui. Le juge prend volontairement le contre-pied de toutes les préconisations émises par la communauté scientifique. S'il n'est certes pas législateur, le juge, dans tous les cas, se prétend expert scientifique et garant des valeurs morales conservatrices.

Il se livre à une véritable leçon de morale juridique, adressée aux juges libéraux, et s'oppose vigoureusement au principe de la « Constitution vivante », en revendiquant plutôt une approche textuelle de la Constitution telle que rédigée à l'époque. Sutton est un partisan de la théorie de l'originalisme, qui ne permet aucune adaptation de l'interprétation de la Constitution liée aux évolutions sociales. Il légitime de fait la liberté des États à inscrire dans leur ordre du jour la question du mariage homosexuel quand ils estimeront nécessaire d'agir[1283] alors que les États ont définitivement amendé leur Constitution et qu'ils n'ont apporté aucune garantie pour ouvrir d'éventuelles négociations. Sutton fait preuve là d'une grande démagogie, en précisant que ces nouveaux amendements ne portaient atteinte « ni à la dignité ni au respect » de ces nouvelles familles[1284]. Pour lui, c'est bien le rôle de la communauté homosexuelle de trouver des solutions contre l'homophobie et l'exclusion des couples de même sexe, ce qui lui permet ainsi de se déclarer incompétent en la matière. Qui peut donc agir quand cette discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aussi structurelle et relayée par les autorités et les représentants de l'État ? Sutton préconise de passer par la culture majoritaire pour entamer un processus de réconciliation avec les droits des minorités alors que c'est cette même majorité qui s'est mobilisée pour enlever la liberté du mariage aux couples de même sexe ou pour leur interdire de bénéficier de lois qui les protègeraient de la discrimination comme au Colorado. Les législateurs conservateurs se sont ralliés à cette culture majoritaire pour mettre en place les leviers nécessaires pour empêcher toute

---

[1282] « Cet ordre des événements nous empêche de déduire historiquement que ce sont les préjugés contre les homosexuels qui ont conduit à la définition traditionnelle du mariage comme nous pouvons, en revanche, déduire historiquement que ce sont bien les préjugés contre les Afro-Américains qui ont conduit aux lois contre le métissage. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, op.cit., p.32.
[1283] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.36.
[1284] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.36.

reconnaissance d'unions homosexuelles. Par exemple, en 1998, le Kentucky fait réviser les lois du mariage pour interdire la reconnaissance du mariage homosexuel. Six ans plus tard, l'État fait amender par référendum sa Constitution alors qu'aucune action en justice n'est intentée contre ses lois, définissant le mariage traditionnel comme étant l'union d'un homme et d'une femme. Ce sont finalement 75 % des votants qui approuvent l'amendement 1 mais 50 % s'abstiennent. Ce refus d'agir de la part du juge Sutton, qui préfère se murer dans le silence et l'ignorance que de saisir la justice sur cette question, peut être considéré comme une nouvelle forme de préjudice.

Néanmoins, cette guerre culturelle a le mérite aussi de pointer une défaillance de la *Full Faith and Credit Clause*, Article IV, section 1 de la Constitution sur les obligations des États les uns envers les autres et, en particulier, sur la nécessité de se plier « aux procédures et décisions administratives et judiciaires des autres États. » Sutton estime que la jurisprudence permet aux États de ne pas tenir compte de certaines lois, adoptées dans d'autres États de l'Union, si celles-ci faisaient l'objet d'interdictions au préalable[1285]. Autrement dit, un couple homosexuel marié au Massachusetts qui déménage pour des raisons professionnelles dans l'État du Kentucky doit se mettre en conformité avec la loi de l'État qui accueille ces nouveaux habitants : « Most critically, the law does not punish out-of-state new residents in relation to its own born and bred. Nonresidents are “treated” just “like other citizens of that State”[1286] ». Le juge trouve légitime que ces couples mariés s'adaptent et s'alignent sur le statut des autres couples homosexuels de cet État, en perdant les avantages auxquels ils avaient droit auparavant, pour ne créer aucune faille juridique et administrative dans ces États qui interdisent le mariage homosexuel. On remarque que l'Article IV, section 1 est inapplicable dans le cadre de cette guerre culturelle, tandis que pour le juge les interdictions contre le mariage homosexuel ne viennent pas entraver les principes de la liberté de circulation[1287]. Au contraire, le principe d'égalité est respecté, puisque le mariage célébré est rendu caduc, et que s'opère une rétrocession des droits du mariage. Le juge protège ainsi les intérêts souverains du 6e circuit, mais se moque des droits nouvellement acquis par ces couples qui en ont été privés en arrivant dans l'Ohio et le Tennessee, sans que cela puisse être considéré comme une forme de préjudice. Pourtant, le juge veut croire au bon sens des habitants de ces États qualifiés « d'arbitres du changement[1288] » alors que dans cette guerre culturelle la problématique essentielle repose sur l'incapacité de deux camps idéologiques à trouver un compromis. Ce

---

[1285] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.39.

[1286] « Ce qui est le plus important c'est que la loi ne punisse pas les nouveaux habitants venant d'autres États par rapport à ceux qui y sont nés et élevés. Les non-résidents sont “traités” comme “n'importe quel autre citoyen de cet État” ».
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §2, p.41.

[1287] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §1, p.41.

[1288] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §5, p.41.

seraient les homosexuels, à qui l'on demande de sacrifier des droits acquis, qui devraient être les instruments de la réconciliation quand ce sont eux les victimes de préjugés, de stéréotypes et de stigmatisation structurelle : « The people, gay and straight alike, become the heroes of their own stories by meeting each other not as adversaries in a court system but as fellow citizens seeking to resolve a new social issue in a fair-minded way[1289]. » Cette vision quelque peu angélique de la résolution de cette guerre culturelle ne peut se faire sans le soutien de leaders non-conformistes et d'une justice qui réponde aux questions initiales posées par les plaignants. Le juge cherche à faire des citoyens ordinaires des héros, mais n'apporte aucune proposition concrète pour amorcer la voie d'un accord législatif qui mobiliserait tous les acteurs institutionnels dont les juges.

L'opinion dissidente de la juge Daughtrey est un plaidoyer contre une justice molle et peu courageuse. Elle condamne une opinion majoritaire réfugiée derrière un discours institutionnel et universitaire qui conviendrait à un cours de philosophie politique[1290]. Les plaignants, à savoir des couples de même sexe et leurs enfants, des familles homoparentales, font face à des difficultés du quotidien qui posent la question de leurs droits et de leurs libertés fondamentales comparés à ceux des familles nucléaires traditionnelles. Ce changement s'inscrit plus largement dans un contexte d'évolution des mœurs et de progrès social auquel la justice ne peut être indifférente, en particulier lorsque le législatif et l'exécutif n'ont cherché qu'à clore le débat par le recours à des amendements constitutionnels. La juge introduit son opinion par une référence littéraire qui va justement dans le sens d'une Amérique en pleine mutation : « The great tides and currents which engulf the rest of men do not turn aside in their course to pass the judges by[1291]. » Déjà au début du XXe siècle, Cardozo, juriste américain, s'interroge sur les changements à venir sur le territoire américain, et l'impact qu'ils auront sur l'attitude des juges. Pour Daughtrey, l'ignorance de ces bouleversements sociaux de la part de Sutton est le signe que les couples de même sexe restent des fauteurs de trouble qui n'ont comme objectif que d'imposer leur interprétation du droit constitutionnel en proposant également des réformes en leur faveur. Quant à leurs difficultés, Daughtrey estime que Sutton n'y répond pas en articulant de manière pragmatique droit de la famille et violations constitutionnelles. Jim Obergefell a épousé John Arthur dans le Maryland après plusieurs années de vie commune mais au décès de ce dernier, l'État de l'Ohio dans lequel vivent les époux refuse

---

[1289] « Les individus, homosexuels comme hétérosexuels, deviennent les héros de leurs propres histoires en se retrouvant non pas comme des adversaires dans des tribunaux mais comme des concitoyens cherchant à résoudre une nouvelle question sociale d'une manière impartiale. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.42.

[1290] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.43.

[1291] « Les grandes marées et les courants qui engouffrent le reste des hommes ne dévient pas de leur trajectoire pour passer à côté des juges. »
CARDOZO, Benjamin. *The Nature of the Judicial Process*. 1921. Cité dans U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.43.

d'inscrire au certificat de décès du défunt que Obergefell était son époux et donc son conjoint survivant. Face à cette question, la juge estime nécessaire de déterminer si ce refus représente une enfreinte à la clause de protection égale et à la légalité processuelle du XIVe amendement. Cette nécessité se justifie par le fait que le droit au mariage est un droit civil qui permet aux couples de même sexe et à leurs enfants de faire partie intégrante de la société et de la communauté dans laquelle ils résident en conférant à leur relation familiale la même valeur morale et légale que celle des hétérosexuels[1292].

Ce sont bien les enfants de ces familles homoparentales qui auraient dû pousser Sutton à assurer leur protection, en offrant la possibilité à leurs parents d'être unis par les liens du mariage. En effet, le même objectif était visé lors du procès contre la Proposition 8. Dans son témoignage, David Blankenhorn vantait les mérites du mariage traditionnel comme la meilleure institution capable d'assurer équilibre et bien-être des enfants. Ce n'est que durant son contre-interrogatoire que Boies a su se saisir de ces déclarations pour faire admettre à Blankenhorn que, de fait, les enfants élevés par des parents homosexuels bénéficieraient autant que ceux élevés par des couples hétérosexuels des avantages du mariage[1293]. Le fondateur de l'*Institute for American Values* venait de se trahir en reconnaissant que le mariage homosexuel était à même d'apporter les mêmes garanties aux enfants que le mariage traditionnel. Il est légitime que la juge Daughtrey s'insurge contre les propos tenus par son collègue qui considère la naissance d'enfants issus d'un père ou d'une mère homosexuel(le) comme une forme de procréation irresponsable.[1294] Les couples de même sexe sont à nouveau l'objet d'idées reçues visant à les discréditer en tant que parents alors même que la cour d'appel pour le 7e circuit, dans son jugement du 4 septembre 2014, admet que des couples de même sexe adoptent des enfants nés de parents hétérosexuels abandonnés à leur naissance. Paradoxalement, ce sont bien les couples de même sexe qui sont accusés de procréation irresponsable alors que 200 000 enfants américains de moins de 18 ans vivent dans des familles homoparentales[1295], et que dans le Michigan ce sont d'abord des couples de même sexe qui adoptent un enfant ou qui ont formé des familles d'accueil[1296]. Les orphelins de la nation sont donc confiés à des couples homosexuels qui les élèvent comme leurs propres enfants en accomplissant leur devoir de parents (adoptifs) mais sont finalement déclarés inaptes à satisfaire aux exigences et

---

[1292] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.43-44.
[1293] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 26th, 2010. Volume 11. p.220.
[1294] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.44.
[1295] GATES, Gary. "LGBT Parenting in the United States". UCLA School of Law: the Williams Institute. February 2013. Rapport consulté le 16 octobre 2015 : [http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/LGBT-Parenting.pdf].
[1296] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.48.

à la tradition du mariage par le juge Sutton.

La juge revient alors sur trois études réalisées au sein de familles adoptives et des familles d'accueil homoparentales pour établir un lien entre instabilité psychologique, carences éducatives et échec scolaire, observés chez certains enfants, et le fait qu'ils soient élevés par des parents homosexuels. Ces recherches avaient été utilisées lors du procès initié par April DeBoer and Jayne Rowse, en janvier 2012, qui demandaient un droit d'adopter conjointement leurs trois enfants dans le Michigan. Le tribunal fédéral a alors découvert une série de maladresses d'ordre méthodologique ainsi que des objectifs biaisés qui ne visaient qu'à prouver que les couples de même sexe n'étaient pas aussi performants pour satisfaire au bien-être et à la réussite de leurs enfants. Erik Eckholm du *New York Times* montre que cette guerre culturelle a entaché la communauté scientifique et ses chercheurs en parlant d'une nouvelle bataille qui touchait cette fois à la crédibilité et au sérieux des experts scientifiques :

> [The trial] was punctuated by [...], the public repudiation by a university department of its own tenured professor, a reference to witch-burning and an economist's assertion that in his view, those engaging in homosexual acts are destined for hell[1297].

La communauté universitaire s'est retrouvée discréditée devant la Cour lorsque notamment Mark Regnerus, sociologue à l'université du Texas à Austin, a utilisé le témoignage d'enfants, initialement perturbés par la séparation de leurs parents biologiques pour être ensuite pris en charge par des couples de même sexe, pour conclure à des retards dans le développement de ces enfants. La Cour a alors découvert que la recherche de ce professeur avait été financée par des groupes de réflexion conservateurs hostiles au mariage homosexuel. Ce conflit d'intérêts a conduit l'université qui l'employait à immédiatement se désolidariser de son professeur en indiquant dans un communiqué officiel que ses recherches avaient été instrumentalisées dans le seul but de compromettre l'avancée des droits de couples de même sexe[1298]. Les deux autres études incriminées par la juge font état de préférences religieuses affichées par leurs auteurs, qui défendent la tradition religieuse du mariage faisant de la procréation naturelle la seule finalité des hommes, pour « peupler la terre[1299] ». C'est donc bien l'animosité et les préjugés vis-à-vis des couples homosexuels qui les conduisent à exiger que réparation soit faite en mettant un terme aux

---

[1297] « [Le procès] a été ponctué par [...] la répudiation publique d'un professeur titulaire par un département universitaire, une référence au bûcher des sorcières et l'affirmation d'un économiste qui prétend que, selon lui, ceux qui s'adonnent à des activités homosexuelles sont destinés à rejoindre l'enfer. »
ECKHOLM, Eric. "In Gay Marriage Suit, a Battle Over Research". *The New York Times*. March 7, 2014. Article consulté le 15 octobre 2015 : [http://www.nytimes.com/2014/03/08/us/in-gay-marriage-suit-a-battle-over-research.html?_r=0]

[1298] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, op.cit., p.50.

[1299] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.51.

intérêts supérieurs des États de maintenir une prétendue tradition pour protéger et promouvoir l'hétérosexualité contre les dangers de l'homosexualité. Si tel était le cas, comment expliquer alors que certains hétérosexuels qui ne remplissent pas leurs obligations ou qui représentent même une menace réelle pour les enfants soient toujours autorisés à se marier ? Pour la juge, cette situation est incompréhensible et n'a aucune explication rationnelle : « The State of Michigan allows heterosexual couples to marry even if [...] the couple does not have sufficient resources or education to care for children, even if the parents are pedophiles or child abusers, and even if the parents are drug addicts[1300]. » Une fois encore, la juge démontre que c'est bien l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle et donc caractéristique immuable qui reste moralement criminalisée.

C'est également l'absence de preuves matérielles du danger que constituent les familles homoparentales qui rend cette interdiction constitutionnelle illégitime. La juge met en avant les témoignages de David Brodzinski, spécialiste en psychologie clinique et du développement, et de Michael Rosenfeld, sociologue à Stanford, qui, sur la base de leurs travaux, ont conclu non seulement que le mariage renforcerait la stabilité des unions homosexuelles, mais aussi que leurs enfants n'étaient exposés à aucun risque pour leur épanouissement et leur réussite[1301]. La juge s'appuie aussi sur la même conclusion énoncée par les juges dans les cours d'appel pour les 10e, 4e, 7e et 9e circuits, qui montrent que c'est bien la volonté de discriminer les couples de même sexe et d'affaiblir leur union qui ont poussé les défenseurs du mariage traditionnel à agir. La pauvreté des arguments montre aussi un camp parfois si désespéré que les juges finissent par en déduire que la campagne électorale a inévitablement servi de catalyseur de l'homophobie et d'obstacle à toute évolution libérale de l'autorité morale de l'Amérique : « [...] same-sex couples and their children don't *need* marriage because same-sex couples can't *produce* children, intended or unintended[1302]. » Les conservateurs se font les porte-parole illégitimes des couples de même sexe pour évoquer le manque de crédibilité de leur revendication étant donné leur inaptitude à procréer. Dans ce cas, les couples infertiles hétérosexuels seraient donc aussi concernés par cette déduction illogique qui ne nécessite pas de préciser que ces enfants soient désirés ou non. Alors que le procès est le lieu par excellence de la confrontation des idées, mais aussi de l'exposition de

---

[1300] « L'État du Michigan autorise les couples hétérosexuels à se marier même si [...] le couple n'a pas de ressources ou le niveau d'éducation pour s'occuper des enfants, même si les parents sont des pédophiles, les auteurs de sévices sexuels sur enfant et même si les parents sont des toxicomanes. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.52.

[1301] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.48-49.

[1302] « [...] les couples de même sexe et leurs enfants n'ont pas *besoin* du mariage car les couples de même sexe ne sont pas en mesure de *produire* des enfants, désirés ou non. »
U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit. *Baskin v. Bogan*. September 4th, 2014. Cité dans U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.55.

certaines réalités dans un espace neutre, les défenseurs du mariage traditionnel veulent renvoyer les familles homoparentales au placard et à l'invisibilité institutionnelle et constitutionnelle. C'est bel et bien un retour en arrière que les avocats de la défense tentent d'installer en offrant aux homosexuels comme seule solution le *statu quo ante*. En conséquence, était-il vraiment nécessaire de faire appel à un processus démocratique pour défendre le mariage traditionnel quand la justice n'a pas pu se prononcer pour confirmer que le mariage homosexuel allait bouleverser l'union de couples hétérosexuels et leur famille ?

La juge estime que la nation pouvait s'épargner un tel processus, car c'est bien à la justice d'arbitrer les questions de discrimination affectant les minorités de ce pays, comme c'était le cas avec le combat pour les droits civiques des Afro-Américains[1303]. En effet, les Américains n'ont pas eu à se prononcer sur un éventuel amendement constitutionnel qui aurait proscrit le mariage interethnique. D'ailleurs, la nation en est arrivée à la même situation de patchwork à l'époque de *Loving*, à savoir une trentaine d'États qui autorisent le mariage homosexuel[1304]. De même que la définition légale du mariage aux États-Unis n'a commencé à être remise en question que vers le début des années 1990 avec la décision de la Cour suprême d'Hawaii (*Baehr v. Lewin*). Cette décision intervenait car elle correspondait aussi à une conception du mariage issue de la majorité populaire qui selon la juge ancrait cette institution dans la régulation des rapports hommes-femmes et non pas entre un homme et une femme[1305]. Cette vision du mariage civil à la fin du XXe siècle coïncidait aussi avec l'augmentation significative du nombre d'enfants élevés par des couples de même sexe. De 68 000 en 1990 à plus de 200 000 enfants vingt ans plus tard : c'est le phénomène du « gayby boom » qui s'installe en pleine guerre culturelle[1306]. En définitive, ce sont désormais entre 600 000 et 650 000 couples de même sexe qui entrent dans les statistiques fédérales et devraient intégrer des politiques de la famille plus harmonieuses sur l'ensemble du territoire. En effet, ce sont des millions d'enfants et d'adultes qui déclarent avoir un parent LGBT, selon un rapport du *Williams Institute* publié en 2013. Le processus du référendum constitutionnel peut être interprété comme une forme d'acharnement contre la démocratisation de l'institution du mariage et de l'évolution de la famille. D'ailleurs, la juge prévient de l'inapplicabilité d'une procédure législative pour faire renverser ces amendements constitutionnels, car elle pourrait prendre encore des décennies, mais répondrait en revanche parfaitement au souhait des conservateurs qui revendiquent une approche attentiste. Une nouvelle initiative populaire n'est pas

---

[1303] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.57.
[1304] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.61-62.
[1305] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., §3, p.57.
[1306] ROSENFELD, Michael. *The Age of Independence: Interracial Unions, Same-Sex Unions, and the Changing of American Family*. Cambridge: Harvard University Press. 2007. p.173.

non plus souhaitable, étant donné que c'est à la justice de trancher lorsqu'il s'agit de droits individuels, protégés par le XIVe amendement, d'une communauté attaquée à cause de caractéristiques immuables, différentes de la norme. Au fond, la juge use de ses prérogatives en assumant de se placer au dessus de la volonté d'une majorité populaire qui s'est prononcée sur les libertés de ses concitoyens sans le recul scientifique et juridique nécessaire pour aborder la question de l'homosexualité :

> An exclusionary law violates the Equal Protection Clause when it is based [...] upon only a general, ephemeral distrust of, or discomfort with, a particular group, for example, when legislation is justified by the bare desire to exclude an unpopular group from a social institution or arrangement[1307].

Des jugements de valeur et la peur vis-à-vis des couples de même sexe ont conduit à cette initiative populaire dans le seul but d'exclure une communauté d'individus. Pour la juge, un examen strict ou intermédiaire de constitutionnalité peut donc se justifier, et n'a pas besoin de l'injonction de l'exécutif, voire de l'approbation d'une loi du Congrès pour permettre aux juges d'utiliser le niveau de contrôle de constitutionnalité adapté quand bien même les homosexuels ne sont pas considérés par la loi fédérale comme appartenant à une classe suspecte. Elle revendique par là l'indépendance absolue de la justice et son pouvoir de contrôle juridictionnel établi en 1803 dans *Marbury v. Madison*. Elle prend pour exemple la discrimination fondée sur le sexe en rappelant que la justice n'a pas attendu l'adoption de l'*Equal Rights Amendment* pour garantir aux femmes un examen de constitutionnalité intermédiaire dans le cadre de lois ou de dispositifs qui les traitent différemment par rapport aux hommes. Cela permet ainsi aux juges de déclarer une loi anticonstitutionnelle si la justice estime que l'intérêt gouvernemental n'est pas suffisamment important[1308].

La juge condamne une certaine frilosité du juge Sutton et affirme que la justice a toute sa place dans cette guerre culturelle par le système des freins et des contrepoids ainsi que des principes de l'Article III de la Constitution pour garantir à tous les Américains leurs droits et leurs libertés, mais aussi leur rappeler leurs devoirs. Autrement dit, la justice est un frein face aux excès d'une majorité engagée dans un débat passionnel pour défendre la valeur religieuse du mariage traditionnel. À la requête du juge Sutton qui exige davantage de recul et d'humilité de la part des

---

[1307] « Une loi d'exclusion représente une violation de la clause de protection égale lorsqu'elle est fondée [...] seulement sur une méfiance générale, éphémère ou une gêne vis-à-vis d'un groupe en particulier, par exemple, lorsque la législation est justifiée par la simple envie d'exclure un groupe impopulaire d'une institution sociale ou d'un arrangement. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, op.cit., p.62.

[1308] Elle s'appuie sur l'arrêt de la Cour suprême dans *Frontiero v. Richardson* (1973). Les femmes dans l'armée bénéficient des mêmes avantages accordés aux épouses des militaires du sexe masculin.
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.62.

juges, Daughtrey lui rappelle la frustration vécue par les victimes de la discrimination devant la lenteur des autorités pour répondre à la question de la ségrégation et des violences exercées sur la communauté afro-américaine exprimée par Martin Luther King dans sa *Lettre de la prison de Birmingham* : « For years now I have heard the word "Wait"! ... [But] human progress never rolls in on wheels of inevitability... [and] time itself becomes an ally of the forces of social stagnation[1309]. » La justice ne peut pas être l'alliée du temps tout en prétendant ne pas pouvoir agir. Elle se ferait complice d'un mouvement conservateur hostile à la reconnaissance des droits pour les homosexuels. La juge inscrit donc le mouvement pour l'égalité du mariage des couples de même sexe dans la lignée du combat pour l'égalité des droits des Afro-Américains et fait de son jugement un symbole d'éthique et de déontologie qui respecte le serment d'investiture qu'elle a prêté. Sa mission est donc de réparer les inégalités résultant de ces interdictions du mariage homosexuel, considérées comme des « caprices » de la majorité qui « ont retenu en otage » des couples de même sexe et leurs enfants dont l'avenir dépendait entièrement de la pleine reconnaissance de leurs droits en tant que famille homoparentale[1310]. C'est un message fort adressé finalement à la Cour suprême, qui va devoir statuer sur cette question, en plaidant en faveur d'une justice équitable, volontariste et responsable. Ce sont deux questions constitutionnelles de fond qui animeront les débats à la Cour en avril 2015 : Est-ce que le XIVe amendement exige qu'un État autorise un mariage entre deux personnes du même sexe ? Est-ce que le XIVe amendement exige qu'un État reconnaisse un mariage entre deux personnes du même sexe lorsque leur mariage a été légalement autorisé et célébré en dehors de l'État ?

III.C.2. *Obergefell v. Hodges* (2015) : la légalisation de l'égalité d'accès au mariage

Lors de l'audience du 28 avril 2015, les juges conservateurs répondent à la première question en ramenant cette guerre culturelle à une bataille entre la justice et les prérogatives des États comme pour signifier que le débat doit se poursuivre dans les États fédérés par le biais du législatif. Mary Bonauto, avocate et spécialiste des affaires qui relèvent de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, rappelle très justement aux juges que le débat et le principe des États en tant que laboratoires expérimentaux appartiennent désormais au passé. En effet, l'adoption d'un amendement constitutionnel empêche désormais toute nouvelle

[1309] « Depuis des années, j'entends ce mot : ''Attendez !''… [Mais] le progrès de l'humanité ne roule jamais sur les roues de l'inéluctabilité... [Et] le temps lui-même devient l'allié des forces de stagnation sociale. »
U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.62.
[1310] U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*, ibid., p.63.

procédure de négociation pour permettre à des parents homosexuels de ne plus être considérés comme des citoyens de seconde zone[1311]. Rappelons que tel était le but des défenseurs du mariage traditionnel qui voulaient, par un amendement constitutionnel, empêcher les tribunaux d'État de reconnaître le mariage comme une liberté fondamentale tout en s'appuyant sur la jurisprudence. Le référendum a servi d'instrument à une majorité pour signifier son objection à toute procédure judiciaire alors même que l'opinion publique était désormais favorable au mariage homosexuel et à l'égalité des droits des couples de même sexe.

De même qu'une approche attentiste de la question ne peut pas se justifier étant donné que le XIVe amendement n'en fait pas une préconisation[1312] et que les libertés fondamentales de certains citoyens ne peuvent être suspendues éternellement dans l'attente d'études qui écartent tout danger provenant du mariage homosexuel. Effectivement, la juge Sotomayor indique que le Massachusetts, pionnier en la matière, n'a pas assisté au cours des dix dernières années à une augmentation significative du nombre d'enfants nés hors des liens du mariage[1313]. De fait, le nombre de naissances en dehors du mariage n'est pas lié à la légalisation du mariage homosexuel. Pour le juge Breyer, le mariage s'inscrit aussi dans une tradition culturelle et laïque qui offre la possibilité à deux individus de rendre leur union solennelle, mais que la seule raison qui expliquerait que la justice refuse d'agir reste la protection de la liberté religieuse. Ainsi dans cette guerre culturelle, on assiste à une scission de la société américaine entre ceux qui souhaitent défendre le *common law*, les droits fondamentaux et ceux qui souhaitent vivre selon les principes dictés par leur foi. À ce propos, Bonauto tente de faire entendre au juge Scalia, qui voit dans la légalisation du mariage homosexuel la fin du mariage religieux, qu'un membre du clergé peut ne pas marier des couples de même sexe : « […] under the First Amendment, a clergyperson cannot be forced to officiate at a marriage that he or she does not want to officiate at[1314]. » Pour Scalia, l'État doit accorder cette prérogative de manière législative, ce qui justifierait un délai supplémentaire, alors qu'elle est garantie par le Ier amendement. Scalia pense-t-il sincèrement que des couples de même sexe vont se rendre dans des églises hostiles au mariage homosexuel pour y faire célébrer leur union ou pour engager un nouveau bras de fer judiciaire ? La juge Kagan montre que Scalia n'est pas raisonnable, car les rabbins peuvent parfaitement refuser de célébrer le

---

[1311] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1. Case argued on April 28th, 2015. Consulté le 26 juin 2015 : [http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_l5gm.pdf], p.22.

[1312] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.20.

[1313] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.64-65.

[1314] « […] en vertu du Ier amendement, un membre du clergé ne peut pas être contraint de célébrer un mariage qu'il ou elle ne souhaite pas célébrer. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.25.

mariage entre un homme juif et une femme non juive alors que la discrimination religieuse est constitutionnellement proscrite[1315]. Les Églises sont libres de décider d'inclure ou non les couples de même sexe dans la célébration religieuse du mariage, mais n'ont aucune légitimité constitutionnelle pour empêcher que l'institution du mariage civil puisse évoluer. Telle est la règle de la séparation de l'Église et de l'État. L'État reste maître de son agenda politique et la justice détermine son intérêt à agir sans l'influence du pouvoir religieux.

C'est bien la question de la liberté de l'accès à l'institution du mariage dans le cadre du XIVe amendement qui se pose ou bien comme le précise Bonauto : « […] in terms of the question on who decides […]. It's about the individual making the choice to marry and with whom to marry, or the government[1316]. » Pour l'avocate, cette guerre culturelle ne peut se résumer au combat artificiel engagé par certains États de l'Union contre la justice fédérale. Au contraire, soit le XIVe amendement protège l'orientation sexuelle des homosexuels en validant le choix de leur conjoint(e) et leur volonté d'intégrer l'institution du mariage au même titre que les couples hétérosexuels, soit la décision revient au gouvernement et dans ce cas les inégalités et la discrimination persisteront dans certains États de l'Union. Sur la définition de l'autorité morale, l'Amérique est donc confrontée à choix choix fondamental : uniformiser la question de l'égalité des droits des couples de même sexe à travers le pays en passant par le mariage ou bien faire de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle un intérêt gouvernemental rationnel reposant sur la liberté religieuse. Cependant, pour John Bursch, avocat général du Michigan, la Cour doit défendre la liberté fondamentale des citoyens de se prononcer sur la définition du mariage[1317]. La juge Sotomayor ne comprend pas que finalement des citoyens se mobilisent comme si leur mariage allait être annulé ou que celui-ci soit menacé du point de vue des droits par la légalisation du mariage homosexuel : « we're not taking anybody's liberty away[1318]. » À plusieurs reprises, Sotomayor et le juge Breyer soutiennent que le mariage homosexuel n'a pas pour objectif de priver d'autres citoyens de l'institution du mariage. Breyer s'interroge également sur la pertinence et la légitimité d'un tel référendum pour définir le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme quand les conservateurs n'ont fait que marteler que cette tradition se comptait en millénaires[1319]. Autrement dit, l'amendement constitutionnel a privé les couples de même sexe des droits du

---

[1315] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.26.

[1316] « [...] sur la question du qui décide [...]. Il s'agit bien de l'individu qui fait le choix de se marier et avec qui se marier ou du gouvernement. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.27.

[1317] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.41.

[1318] « Nous ne faisons disparaître la liberté de personne. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.41.

[1319] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.42.

mariage voire dans certains cas, comme en Californie, a invalidé l'union des couples de même sexe à cause de leur orientation sexuelle. Seulement Brush ne reconnaît pas ce préjudice et préfère insister sur l'intérêt supérieur de l'État à réguler la procréation et à renforcer le lien entre les enfants et leurs parents biologiques. Néanmoins, il ne parvient pas à démontrer le lien direct avec le mariage homosexuel et à expliquer comment il se fait que le mariage n'a pas évité que de nombreuses mères se retrouvent seules pour élever leurs enfants. La menace du mariage homosexuel serait la naissance d'enfants hors mariage[1320]. Cette liberté du XIVe amendement ne s'appliquerait donc pas aux homosexuels, puisqu'ils ne peuvent pas naturellement procréer. Cet argument issu de la biologie vient entretenir un modèle traditionnel nourri de stéréotypes dégradants et de classifications, de représentations binaires des comportements hommes-femmes pour davantage asservir ces dernières dans leur rôle d'épouse. Sylvia Law, professeure de droit, de médecine et de psychiatrie, apparente ces discours au phénomène d'hétérosexisme c'est-à-dire qu'en fin de compte : « Sexual orientation discrimination furthers the ultimate goal of sex discrimination: maintenance of the traditional model [of gender roles][1321]. » En invoquant une condition « naturelle » qui n'est pas remplie par les homosexuels, les conservateurs estiment légitime de discriminer les familles homoparentales et leurs enfants en leur rappelant qu'ils ne sont pas dignes de l'institution du mariage et des nombreuses protections qui lui sont associées. Cette imposition de la complémentarité hommes-femmes rend l'homosexualité inexistante et renforce la toute-puissance du patriarcat faisant que la situation des couples de même sexe n'est pas similaire à celle des couples hétérosexuels[1322], rendant inopérable la logique de la clause de protection égale du XIVe amendement.

Néanmoins, l'avocat général des États-Unis, Donald Verrilli Jr., plaide pour sa part en faveur d'une justice qui honore le principe de l'égale protection des lois vis-à-vis d'une communauté homosexuelle parfaitement intégrée, assimilée et visible au quotidien dans l'espace culturel et économique américain[1323]. L'orientation sexuelle ne peut pas servir de simple justification rationnelle pour les priver d'une égalité de traitement dans l'application de droits constitutionnels, de même qu'elle ne doit pas être soumise à l'acceptabilité d'une majorité qui se retrouve investie d'une forme de contrôle du sort à réserver aux familles homoparentales. En quel

---

[1320] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.45-47.

[1321] « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle fait avancer l'objectif ultime de la discrimination fondée sur le sexe : le maintien du modèle traditionnel [des rôles de genre]. »
SCHROEDER, Theodore A. "Fables of the Deconstruction: The Practical Failures of Gay and Lesbian Theory in the Realm of Employment Discrimination." *Journal of Gender & the Law* 6 (1998): 334–367. p.345. Cité dans GERSTMANN, ibid., p.74.

[1322] « They are not similarly situated. »

[1323] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.40.

honneur la majorité pourrait-elle décider du calendrier à adopter pour la mise en place progressive du mariage homosexuel sans menace clairement identifiée ? L'avocat général exige que les homosexuels de ce pays soient reconnus comme des citoyens égaux aux hétérosexuels et aient accès aux mêmes droits qu'eux. Il s'agit donc du combat pour l'égalité des droits et non pas « des droits des homosexuels » comme le répètent souvent certains détracteurs. En effet, pour Gerstmann il est primordial que le combat en faveur du mariage homosexuel ne s'inscrive pas dans un discours centré sur les « droits des homosexuels », ce qui serait un contresens majeur et sous-entendrait que les homosexuels bénéficient de droits spéciaux que d'autres n'ont pas[1324]. En revanche, pour la juge Kagan c'est bien l'instrumentalisation de la Constitution faite par les conservateurs qui leur permet d'affirmer que l'homosexualité peut servir de base pour priver les couples de même sexe des droits et de l'égalité du mariage : « You are defining constitutional rights in terms of the kinds of people that can exercise them[1325]. » Autrement dit, ce qui est reproché à Bursch c'est d'établir une classification arbitraire et une classe inférieure, réservée aux seuls citoyens homosexuels, qui ne peuvent pas procréer naturellement, pour les discriminer de manière plus insidieuse[1326]. Pourtant, le Michigan autorise bien des homosexuels célibataires à adopter, ce qui explique aussi que de nombreux enfants se retrouvent élevés par le parent adoptif ainsi que son ou sa partenaire. Ces enfants ne sont donc pas protégés par l'union de leurs parents alors que, pour Bonauto, l'intérêt de l'État réside justement en la sécurisation, la stabilité des foyers dans lesquels ces enfants vivent[1327]. Ainsi le gouvernement leur montre qu'il ne fait aucune différence de traitement avec d'autres familles, pour aussi les prémunir des risques de stigmatisation et de discrimination. Dans ces conditions, si l'union par les liens du mariage semble bénéfique au développement de l'enfant, comment se fait-il que certains États n'aient pas reconnu le mariage des couples de même sexe célébré dans d'autres États de l'Union ?

Pour Scalia, seul le mariage hétérosexuel existe et, de ce fait, l'État peut parfaitement invalider le mariage célébré par un autre État, considérant le mariage homosexuel comme une institution aussi immorale que la polygamie[1328]. On voit que c'est bien la sexualité des homosexuels qui subit une désapprobation morale de la part du juge, de même que la modification par un langage plus neutre des certificats de mariage. Pour l'avocat des plaignants, aucun dispositif législatif n'existe vis-à-vis du mariage pluriel mais serait-il vraiment nécessaire de créer une

---

[1324] GERSTMANN, op.cit., p.131.
[1325] « Vous définissez les droits constitutionnels selon le type de personnes qui peuvent les exercer. » Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.80.
[1326] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.81.
[1327] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 1, ibid., p.87.
[1328] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.7.

nouvelle institution comme il l'entend ? Comme pour les couples de même sexe, l'institution du mariage, reconnaissant l'union de deux parties, pourrait en admettre bien plus. En revanche, de nombreuses questions techniques se posent pour la déclaration des revenus, les éventuelles répartitions d'une pension de réversion ou bien encore la séparation des biens, ce qui nécessiterait de prendre en compte équitablement la multiplicité des parties engagées.

La question de la polygamie tout comme celle du mariage des mineurs a pour but de brandir le spectre de la désinstitutionnalisation du mariage comme ce fut le cas lors de l'affaire *Loving v. Virginia*. Par exemple, le Kentucky avait justifié l'adoption de son amendement constitutionnel contre le mariage homosexuel pour soi-disant permettre le renouvellement des générations en évitant une baisse significative du nombre de mariages hétérosexuels[1329]. Seulement, ces spéculations ne répondent pas non plus à la question fondamentale de la procréation assistée employée par des couples de même sexe. Systématiquement, les conservateurs se concentrent sur les seuls intérêts des couples hétérosexuels sans faire cas de ceux des couples homosexuels. Est-il constitutionnellement acceptable que des enfants adoptés par un couple homosexuel uni par les liens du mariage subissent la perte de leurs droits précédemment acquis sans justification raisonnable ?

Les juges conservateurs n'y prêtent pas réellement attention, alors que l'avocat rappelle que la jurisprudence dans l'arrêt *Windsor* doit s'appliquer[1330], à savoir que : « DOMA is unconstitutional as a deprivation of the liberty of the person protected by the Fifth Amendment of the Constitution[1331]. » Par le Ve amendement, qui reprend les clauses de liberté processuelle et de l'égale protection des lois du XIVe amendement appliquées aux États, les amendements constitutionnels de ces États sont donc anticonstitutionnels a posteriori, par fédéralisme vertical. Mais surtout, cette liberté désormais reconnue ne peut donc pas être arbitrairement rétrocédée dans des États qui protègent le mariage traditionnel dans leurs Constitutions. Le juge Roberts s'oppose à l'idée qu'en définitive les États de l'Union n'ont dans ce cas plus d'intérêts particuliers à protéger, dans le cadre des relations domestiques, puisque les nombreux déplacements de la population impliquent que certains droits acquis le restent indéfiniment : « […] one State would basically set the policy for the entire nation[1332]. » Roberts considère cette prérogative comme illégitime, au fond, mais si l'on tient compte des principes du fédéralisme et des laboratoires expérimentaux, la

[1329] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.10.
[1330] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.14.
[1331] « La loi DOMA est anticonstitutionnelle comme étant une privation de la liberté de la personne protégée par le Ve amendement de la Constitution. »
Supreme Court of the United States Justices. "United States v. Windsor", op. cit., p.27.
[1332] « […] un État fixerait en fait la politique d'une nation entière. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.15.

légalisation du mariage homosexuel au Massachusetts devait servir aussi à impulser une politique favorable aux couples de même sexe à travers le pays. Ce que les plaignants, des couples homosexuels mariés, réclament, c'est que Roberts détermine si le fait de rétrocéder des libertés fondamentales acquises ne représente pas une forme de préjudice anticonstitutionnel. Pour l'avocat, la deuxième question posée à la Cour est un exemple de fédéralisme horizontal : « As part of a Federal form of government in which the States are equal, the States have ceded some form of their authority[1333]. » Pour Doug Hallward-Driemeier, cette forme d'autorité est celle de la régulation des relations domestiques qui dans le cadre du fédéralisme implique que les États de l'Union s'observent en tenant compte des raisons politiques, scientifiques, et juridiques pour lesquelles, dans la majorité des États, les couples de même sexe se sont vu accorder les droits du mariage. La juge Ginsburg s'interroge pour savoir si finalement ces États, en invalidant le mariage de ces couples de même sexe, rétablissent une parfaite égalité de traitement entre des couples homosexuels qui résident dans cet État tout en subissant une interdiction de mariage, et ceux qui se déclarent entrants [1334]. Il semblerait plutôt que le fédéralisme horizontal représente davantage un intérêt national inclusif supérieur pour garantir aux citoyens américains, qu'ils soient entrants ou sortants des États de l'Union, les mêmes droits et devoirs. En définitive, c'est une manière de signifier aux conservateurs que la Constitution fédérale reconnaît les droits de tous les citoyens américains, quels que soient leur race, leur sexe ou leur orientation sexuelle, qu'ils viennent de Californie ou du Michigan. Autrement dit, les amendements constitutionnels des États n'ont finalement servi qu'à inscrire dans la Constitution leur droit de ne pas reconnaître l'existence d'unions homosexuelles parfaitement légales. Sous couvert de l'inviolabilité du mariage traditionnel, la majorité s'est saisie de la Constitution pour opposer une fin de non-recevoir à ces familles homoparentales. Elle se sont vu signifier par courrier officiel, comme pour Kristin Perry et Sandy Stiers, que le droit du peuple, majoritaire, leur refusait le droit au mariage. Hallward-Driemeier estime que le meilleur dispositif de précaution contre des interdictions arbitraires est que la majorité y soit soumise au même titre que les minorités[1335] sauf qu'ici le référendum lui a permis de sceller un privilège, celui du mariage hétérosexuel, en infligeant une interdiction à la minorité homosexuelle. L'amendement en faveur du mariage traditionnel sert désormais de prétexte aux avocats pour légitimer un processus démocratique sain tout en permettant aux juges conservateurs de s'obstiner à ne pas vouloir juger sur le fond et les implications.

[1333] « Dans le cadre d'un gouvernement de type fédéral dans lequel les États sont égaux, les États ont cédé une certaine forme de leur autorité. »
Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”. Oral Hearing Part 2, ibid., p.24.
[1334] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”. Oral Hearing Part 2, ibid., p.25.
[1335] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”. Oral Hearing Part 2, ibid., p.26.

Pourtant, Scalia ouvre un débat sur la question de l'Article IV Section 1 de la Constitution pour déterminer si cette *Full Faith and Credit Clause* n'est pas la réponse constitutionnelle à la deuxième question posée par les juges. Joseph Whalen, l'adjoint de l'avocat général du Tennessee, se livre à une interprétation douteuse qui va à l'encontre de l'objectif même de cet Article, à savoir que les États doivent s'accorder pour permettre une certaine standardisation du droit à travers le pays : « […] we have the right to decline to recognize the out-of-state marriage based on the out-of-state law[1336]. » L'adjoint de l'avocat général fait un contresens majeur en ajoutant même que les décisions de justice ne s'appliquent pas dans le cadre de cette clause. Cet argument alerte le juge Scalia ainsi que la juge Ginsburg, qui se pose en tant que gardienne de la justice, en rappelant à l'adjoint de l'avocat général qu'une décision de la Cour ne peut pas subir la désapprobation arbitraire d'un État pour cause d'immoralité[1337]. Une décision de justice est un jugement démocratique qui doit s'appliquer, ce qui montre que l'opinion majoritaire de la cour d'appel pour le 6e circuit a préféré renvoyer cette question à la responsabilité des juges à la Cour suprême. Richard Beeman, enseignant-chercheur en histoire, estime dans un ouvrage pédagogique sur la Constitution des États-Unis que la *Full Faith and Credit Clause* aurait dû légaliser le mariage des couples homosexuels célébrés dans le Massachusetts et dans d'autres États de l'Union en cas de déménagement[1338]. En d'autres termes, le fédéralisme horizontal est rendu obligatoire par l'Article IV Section 1 et n'autorise pas les États à valider les jugements et les lois d'autres États qu'ils estiment appropriés. Toutefois, l'adjoint de l'avocat général considère le mariage comme une question relative à la loi et non pas aux décisions de justice pour signifier aux juges que le pouvoir judiciaire n'a donc aucune légitimité pour arbitrer cette question. Pourtant, le divorce se prononce bien par décision du tribunal et s'applique partout dans les États de l'Union. L'adjoint de l'avocat général proposerait-il alors que cette procédure soit réalisée par la législature d'État ? Il affirme que lorsque le pouvoir législatif de plusieurs États s'accorde sur ce que représente l'institution du mariage, alors le gouvernement est en capacité de reconnaître l'union d'autres couples uniquement hétérosexuels[1339]. Autrement dit, le mariage homosexuel n'existe pas aux yeux des législateurs de ces États qui ne reconnaissent qu'un seul et unique mariage. Est-il légitime que cette ignorance échappe à tout contrôle constitutionnel de la justice ?

Les juges Roberts et Alito tentent alors d'inviter Whalen au compromis. Tout d'abord,

---

[1336] « […] nous avons le droit de refuser de reconnaître le mariage célébré dans un autre État selon la loi d'un autre État. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.31.
[1337] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.31.
[1338] BEEMAN, Richard. *The Penguin Guide to the United States Constitution*. New York: Penguin Books. 2010. p.50-51.
[1339] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, op. cit., p.33.

Roberts indique que les États valident les mariages célébrés en dehors de leurs frontières[1340] même lorsqu'il s'agit du mariage entre cousins, alors qu'ils sont interdits dans plus de la moitié des États. Ensuite, Alito semble suggérer un compromis qui consisterait à ne pas célébrer le mariage homosexuel dans ces États sur la base d'un principe moral et religieux. En revanche, l'État inviterait les couples de même sexe à se marier dans un autre État tout en leur permettant de faire reconnaître leurs droits d'un point de vue administratif une fois de retour dans leur État de résidence. En effet, Alito suppose que le gouvernement n'aurait pas un intérêt rationnel suffisant pour continuer à nier l'existence de ces unions[1341]. C'est bien la base d'un compromis qui se dessine, dans le cadre de cette guerre culturelle, dans le sens où les deux parties obtiennent satisfaction de leur revendication mais se voient chacune imposer une contrainte. D'un côté les greffiers, dans les États qui interdisent le mariage homosexuel, n'auront pas à apposer leur nom et leur signature sur un certificat de mariage pour respecter leurs convictions morales et religieuses, mais valideront un mariage homosexuel célébré hors de leurs frontières, tandis que les couples homosexuels devront accepter d'effectuer un voyage à leurs frais pour accéder à cette institution. Une complication qui effectivement représente un énième fardeau lié à leur orientation sexuelle. En guise de réponse, l'adjoint de l'avocat général décline cette proposition, qu'il juge contradictoire avec la position de l'État qui défend ses intérêts à soutenir une institution bénéfique centrée sur la relation entre un homme et une femme[1342]. Il affirme aussi qu'imposer à l'État la validation de mariages homosexuels célébrés en dehors de leurs frontières est une violation des prérogatives des États de réguler les relations domestiques entre maris et femmes, et donc des parents biologiques en devenir[1343]. Pourtant, comment l'adjoint de l'avocat général pourrait-il justifier que pour les adoptions, l'État du Tennessee utilise un langage neutre sur le plan du genre mais pas pour le mariage ? :

> Tennessee law provides that a child born to a married woman as a result of an artificial insemination with consent of the married woman's husband, the child is deemed the legitimate child of the husband and wife, though the husband has no biological relationship with the child[1344].

Ce schéma argumentaire traduit le refus total de résoudre cette crise institutionnelle et de voir des parents homosexuels élever des enfants dans le cadre d'un mariage. Il semble donc que

---

[1340] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.36.
[1341] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.37.
[1342] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, ibid., p.40-41.
[1343] Rappel historique formulé par Kennedy dans *Windsor* (2013).
[1344] « La loi du Tennessee prévoit qu'un enfant né d'une femme mariée à la suite d'une insémination artificielle après l'accord du mari de la femme mariée, l'enfant est considéré comme l'enfant légitime de l'épouse et de son mari même si celui-ci n'a aucun lien biologique avec l'enfant. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, op. cit., p.45.

l'hétérosexualité soit la seule norme reconnue, protégée par la loi et digne de servir les intérêts moraux de ces États. Seulement, les défenseurs du mariage traditionnel ne sont pas parvenus à expliquer en quoi le fait de ne pas inscrire sur le certificat de décès de son époux que Jim Obergefell était son mari représentait un intérêt rationnel supérieur. Peut-on sérieusement penser dans ce cas précis qu'il s'agit de la défense de la procréation naturelle, de la complémentarité hommes-femmes, des parents biologiques ou bien de la tradition historique du mariage entre un homme et une femme ? Même dans le deuil de la perte de son époux, Obergefell subit encore la discrimination d'un État qui s'obstine à ne pas considérer des problématiques d'unions hétérosexuelles et homosexuelles comme étant similaires et relevant des diverses orientations sexuelles du genre humain. De par la nature de leur orientation sexuelle, hétérosexuels et homosexuels ne pourraient donc pas jouer un rôle complémentaire pour restaurer l'image d'une institution décriée. Pourtant, cette complémentarité viendrait renforcer ce que Tocqueville considérait être le cœur de la stabilité et de la paix sociale que sont le mariage et la famille[1345]. La Cour suprême doit finalement se demander si le mariage ne permettrait pas d'opérer un rapprochement entre ces deux groupes afin d'empêcher toute fracture sociale, et de concrétiser ainsi le lien intime qu'entretiennent les Américains vis-à-vis des principes de liberté et d'égalité, inhérents à leur identité et celle de toute une culture.

La lecture de l'opinion majoritaire rédigée par le juge Kennedy symbolise parfaitement un moment de gravité et de solennité dans une guerre culturelle qui continue de diviser démocrates et républicains. Le juge joue la carte de l'apaisement dès le début d'un jugement qui sera scruté, décortiqué et sévèrement critiqué par les conservateurs. Il lui semble primordial donc de rapprocher et d'apaiser des camps irréconciliables en s'appuyant sur la signification et l'évolution historique de l'institution du mariage. Kennedy, en faisant preuve de pédagogie, fait du mariage une institution qui transcende les différences immuables des hommes et des femmes qui aspirent tous à concrétiser un idéal de vie à partager à deux[1346]. Un idéal, un droit fondamental que certains souhaitent réaliser en intégrant l'institution du mariage considérée comme le centre névralgique du tissu social et gouvernemental, à en croire les nombreuses références littéraires et philosophiques appartenant au patrimoine de l'humanité. Kennedy entend parfaitement que la tradition du mariage reposait sur l'union de deux personnes de sexe opposé. Il juge légitimes les convictions sincères des défenseurs du mariage traditionnel qui voient dans cette redéfinition du mariage sa dénaturation en tant que dispositif de préservation et de célébration de l'hétérosexualité.

[1345] TOCQUEVILLE, op.cit., p.291.

[1346] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Jugement prononcé le 26 juin 2015. Consulté le 26 juin 2015 : [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf], p.8.

Seulement, le juge montre que les couples de même sexe ne veulent en rien changer une institution qu'ils désirent honorer et respecter et qu'ils considèrent comme la seule capable de garantir à leur union une approbation morale et citoyenne. Il s'agit du combat de couples homosexuels qui réclament que ce lien si précieux qu'ils entretiennent soit fortifié et magnifié par la légalisation de leur union démontrant que la sincérité d'un engagement n'a pas d'orientation sexuelle : « Their stories reveal that they seek not to denigrate marriage but rather to live their lives, or honor their spouses' memory, joined by its bond[1347]. » C'est la connaissance de cette nouvelle réalité qui nécessite d'adapter la conception homme-femme du mariage au lieu de continuer à nier l'existence des difficultés de ces couples. Les problèmes rencontrés constituent de véritables fardeaux qui seraient mal vécus même par des familles hétérosexuelles. C'est donc la prise en compte de cette réalité qui doit s'articuler harmonieusement avec les principes du droit constitutionnel. Dans son jugement invalidant l'amendement constitutionnel de l'Utah (2013), le juge Shelby avait également plaidé en faveur de l'application des droits et libertés fondamentales à la minorité homosexuelle de ce pays : « It is not the Constitution that has changed but the knowledge of what it means to be gay or lesbian[1348]. » Les deux idées du juge se font écho, et en appellent au bon sens des conservateurs en utilisant la stratégie de la sensibilisation et de la prise de conscience qui passent par des récits poignants authentiques : Obergefell et Arthur ont été séparés par la mort, et sont considérés irrémédiablement comme de parfaits inconnus par l'État[1349]. Cette sensibilisation doit aussi se comprendre à la lumière de l'histoire de la persécution et de la discrimination structurelle infligée à la communauté homosexuelle, mais aussi à l'évolution progressive de la communauté scientifique vis-à-vis de l'homosexualité.

L'orientation sexuelle est considérée depuis 1973 comme « une expression normale et immuable de la sexualité[1350] ». Les débats au cours du procès contre la Proposition 8 avaient d'ailleurs permis de montrer que changement et fluidité sont deux composantes épistémologiques de la sexualité même si globalement les individus apportent une certaine cohérence et fixité dans leur orientation sexuelle. La sexualité chez les femmes, en particulier, témoigne d'au moins un changement au cours de leur vie : Stier était mariée à un homme jusqu'à sa rencontre avec Kristin

---

[1347] « Leurs histories révèlent qu'ils ne cherchent pas à dénigrer le mariage mais plutôt à vivre leur vie ou à honorer la mémoire de leurs époux, unis par ce lien du mariage. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.11.
[1348] « Ce n'est pas la Constitution qui a changé mais la connaissance de ce que cela signifie d'être gay ou lesbienne. »
U.S. District Court for the District of Utah. "Kitchen v. Herbert". December 2013.
[1349] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.10.
[1350] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.13.

Perry[1351]. De fait, l'homosexualité n'est pas un comportement sexuel passager ou une maladie, mais une caractéristique essentielle qui n'impliquerait donc pas des oscillations permanentes entre l'homosexualité et l'hétérosexualité. Les expériences de la vie et les conditions sociales ont permis à certains d'individus d'affirmer leur identité sexuelle au cours de leur vie et à s'engager dans des relations monogames stables et durables : « In the late 20th century, following substantial cultural and political developments, same-sex couples began to lead more open and public lives and to establish families[1352]. » Kennedy, de manière responsable, reconnaît et assume le bouleversement de la culture américaine qui a remis en question des normes répressives notamment en matière de sexualité, de famille et dans les relations hommes-femmes.

Ces modifications s'intègrent, selon Kennedy, dans un contexte économique et social plus large qui a vu l'institution du mariage évoluer en même temps que le concept d'autonomie individuelle hérité des années 1960, l'époque d'une libération des consciences contre une Amérique normative. L'individu responsable s'affirme dans son identité, revendique et assume des choix de vie tout en se détournant des pressions exercées par le pouvoir politique qui continue de contrôler l'autorité morale de la culture américaine. Andrew Hartman, enseignant-chercheur en histoire à l'université d'État de l'Illinois, fait part de la difficulté du gouvernement qui se retrouve confronté au début des guerres culturelles à l'influence grandissante d'identités collectives organisées en communautés : « Becoming an identity—identifying as an oppressed minority—meant refusing to conform to mainstream standards of American identity. »[1353] Ces groupes mettent en péril un ensemble de codes et de principes qui régissent le mode de vie d'une majorité, dont l'institution du mariage. Ces individus, en s'identifiant par leur différence, tentent de remettre en question une certaine américanité qui continue de les exclure. Pour Kennedy, ces bouleversements ont été bénéfiques à l'institution du mariage, tandis que certains détracteurs y voient le début de la décadence de la civilisation. Dans tous les cas, l'autonomie individuelle, dans le cadre du mariage, permet aux individus de se marier pour de nombreuses raisons en dehors de la simple procréation. Lors d'un débat organisé par le *National Constitutional Center à Philadelphie*, Evan Wolfson a rappelé cette même idée, que finalement ce sont les individus qui choisissent leur conjoint(e) et non pas le gouvernement, la famille ni même la société : « The

---

[1351] Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 22th, 2010. Volume 9. p.2207-2208.

[1352] « À la fin du XXe siècle, à la suite de changements culturels et politiques substantiels, les couples de même sexe ont commencé à mener des vies plus ouvertes et plus visibles du public et à former des familles. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.13.

[1353] « Devenir une identité — s'identifier comme une minorité opprimée — signifiait refuser de se conformer aux normes établies de l'identité américaine. »
HARTMAN, Andrew. *A History of the Culture Wars: a War for the Soul of America*. Chicago: University of Chicago Press. 2015. p.21.

essence of the freedom to marry is the right to marry the person who is precious to you[1354]. » Si pour les conservateurs, l'augmentation des divorces représente une menace certaine pour leur conception de l'américanité basée sur le *statu quo*, l'échec d'un premier mariage, comme celui de Perry et Stier, indique aussi la nécessité d'une connaissance de soi préalable avant de s'engager dans un projet de vie à deux. Par ailleurs, l'autonomie individuelle donne aussi lieu à une forme d'individualisme prégnant, synonyme de plaisir de consommer et de plaisir des interdits, qui pourrait expliquer l'échec de certains individus à remplir les obligations du mariage, préférant s'en affranchir, de peur d'avoir à affronter des difficultés inhérentes à la vie familiale. Divorcer est une procédure éclair, devenue une simple formalité dans certains États qui peut être quasi-immédiate (New Hampshire) ou prendre six mois (Californie). C'est la norme de la permanence d'un mariage qui n'est désormais plus absolue, avec le divorce par consentement mutuel.

Selon Kennedy, cette nouvelle dynamique a contribué aussi à une plus grande tolérance vis-à-vis de la minorité homosexuelle[1355]. Mais elle a permis, en pleine guerre culturelle, de progressivement mettre en évidence l'absence de rationalité de certaines lois, dont l'arrêt de la Cour suprême dans *Bowers v. Hardwick*, qui discriminaient la communauté homosexuelle du fait de sa sexualité jugée subversive par le camp des « orthodoxes ». La question du mariage homosexuel surgit dans le cadre du combat d'une minorité pour l'égalité des droits et la reconnaissance de libertés fondamentales dont la justice s'est emparée. La décision de la Cour suprême d'Hawaii en 1993 ouvre un nouveau débat juridique et constitutionnel sur le niveau d'examen de constitutionnalité à employer dans le cadre de la loi de l'État définissant le mariage sur la base d'une discrimination, en tant qu'union d'un homme et d'une femme. La Cour fait le choix audacieux d'utiliser un examen strict de constitutionnalité permettant de protéger l'orientation sexuelle des homosexuels considérée désormais comme une caractéristique intrinsèque à leur individualité. Cette décision déclenche une levée de boucliers de la part de nombreuses législatures d'États ainsi que du Congrès, qui prennent la décision d'inscrire dans la loi la définition du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme. La loi ne peut donc accorder aucune valeur légale à la relation, aussi sérieuse soit-elle, d'un couple homosexuel, voire à une famille homoparentale. Bonauto avait estimé que ces lois de non-reconnaissance établissaient une forme de sélection à l'entrée de leurs frontières, en prévenant que finalement les

---

« L'essence de la liberté de se marier est le droit d'épouser la personne qui vous est la plus chère. »
National Constitutional Center. *Does the Constitution's Equal Protection Clause require states to license same-sex marriages?,* held in Philadelphia, June 2, 2015. Consulté le 6 juin 2015 : [http://intelligencesquaredus.org/images/debates/past/transcripts/060215%20Same-Sex%20Marriage.pdf], p.19.

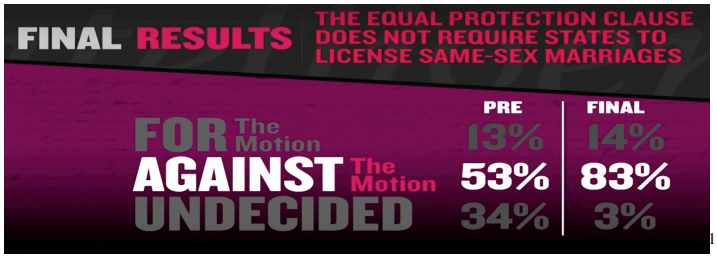
[1355] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.12.

couples de même sexe mariés n'étaient tout simplement pas les bienvenus[1356]. En conséquence, s'ils étaient amenés à venir s'installer dans ces États, ces couples devraient finalement se conformer à la loi qui est la même pour tous les homosexuels, et accepter que leur mariage soit rendu caduc. C'est donc un fédéralisme relatif à l'orientation sexuelle qui prévaut pour ces États qui choisissent de défendre l'hétérosexualité.

Pour Kennedy, l'intérêt à agir de la Cour suprême s'explique par la longueur du débat et sa focalisation autour des droits des États quand il est question de la constitutionnalité du mariage homosexuel et des droits et protections qui reviendraient à ces couples et ces familles homoparentales :

> Yet there has been far more deliberation than this argument acknowledges. There have been referenda, legislative debates, and grassroots campaigns, as well as countless studies, papers, books, and other popular and scholarly writings. There has been extensive litigation in state and federal courts[1357].

Il répond donc clairement aux conservateurs et aux avocats de la défense qui exigent davantage de temps ainsi qu'un processus démocratique direct pour statuer sur une question aussi fondamentale que le mariage. Cela fait plus de vingt ans que l'Amérique a les yeux rivés sur cette question sociétale. Pourtant, à en croire l'enquête réalisée avant et après le dernier débat organisé à Philadelphie, à quelques jours de la décision de la Cour suprême, les résultats semblent indiquer que le débat et la pédagogie sont encore nécessaires pour au moins un tiers d'Américains indécis qui expriment un besoin d'être convaincus de la légitimité constitutionnelle du mariage homosexuel :



[1358]

Cette enquête confirme d'autres sondages à l'échelle nationale, à savoir que les Américains reconnaissent l'impératif de respecter les libertés fondamentales de tous les citoyens et d'honorer le principe de l'égale protection des lois sans différence de traitement arbitraire. On apprend également que les Américains qui s'expriment contre la légalisation du mariage homosexuel n'ont

---

[1356] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Oral Hearing Part 2, op. cit., p.46.
[1357] « Pourtant ce sujet a été débattu bien plus que cet argument ne veut bien l'admettre. Il y a eu des référendums, des débats législatifs, des campagnes populaires ainsi que d'innombrables études, articles, livres et autres écrits savants et populaires. De nombreux procès en litige ont eu lieu dans des cours d'État et fédérales. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.15.
[1358] National Constitutional Center. *Does the Constitution's Equal Protection Clause require states to license same-sex marriages?*, [http://intelligencesquaredus.org/images/debates/past/transcripts/060215%20Same-Sex%20Marriage.pdf]

pas besoin d'être convaincus de l'inverse et restent attachés à leurs valeurs traditionnelles. Enfin, encore une fois, comme lors des référendums constitutionnels, approuver le droit des homosexuels au mariage, approuver leur pleine égalité implique une réponse par la négative. Cette ambiguïté explique aussi que certains électeurs n'aient pas pu voter *non* lors des référendums, car cela reviendrait à dire qu'ils s'exprimaient contre le mariage traditionnel, et non pas contre la discrimination des couples de même sexe. Le camp du *non* à la proposition 8 a donc savamment joué sur la proximité phonique du mot *eight* (huit) et *hate* (haine) dans le slogan « No H8 ».

La fin du débat sur le mariage homosexuel se justifie pleinement étant donné que la première affaire relevant des droits fondamentaux des homosexuels remonte à 1986 et que la Cour suprême s'est prononcée cinq fois par le passé dont quatre en faveur de l'égalité des droits. De fait, une jurisprudence solide existe, notamment parmi les décisions des tribunaux inférieurs, pour permettre à la Cour suprême de statuer sur la liberté fondamentale du mariage à accorder aux couples homosexuels. Kennedy accuse également les conservateurs d'avoir utilisé la démocratie directe pour justement priver les homosexuels de certains de leurs droits fondamentaux voire, comme en Californie, de les leur avoir retirés après approbation populaire[1359]. Il revient donc à la Cour de s'appuyer sur la Constitution et d'agir dans le but de réparer d'éventuels préjudices tout en protégeant les libertés fondamentales des minorités discriminées du pays. Est-il constitutionnel d'organiser des référendums sur les droits de certaines communautés ? Est-il constitutionnel de retirer des droits acquis aux minorités de ce pays ? Est-il constitutionnel de saisir la justice lorsque le gouvernement empiète sur les droits fondamentaux sans respecter le principe de la légalité processuelle ? En définitive, ce sont les agissements des conservateurs pour la défense du mariage traditionnel qui ont fait de cette question un sujet éminemment politique, alors que pour Gerstmann et Wolfson le mariage est un enjeu relevant des libertés fondamentales inscrites dans le droit constitutionnel. En conséquence, la légalisation du mariage homosexuel peut échapper à la prégorative des Etats, qui, n'ayant pas des pouvoirs illimités, ne peuvent pas décider de l'interdire. Comme le rappelle Gerstmann, la jurisprudence donne également toute latitude à la justice fédérale pour statuer sur toutes les questions apolitiques : « It is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationship to the States, which gives rise to the "political question[1360]". » Si le mariage homosexuel est bel et bien une question de politique fédérale, la Cour suprême a donc toute

---

[1359] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.29.

[1360] « C'est la relation entre le judiciaire et les pouvoirs coordonnés du gouvernement fédéral et non pas la relation entre la justice fédérale et les États qui engendre la "question politique". »
Supreme Court of the United States Justices. "Baker v. Carr". Decided on March 26th, 1962. Cité dans GERSTMANN, ibid., p.157-158.

légitimité pour répondre à la question essentielle qui est de déterminer si la Constitution garantit le droit des couples de même sexe à se marier et de contraindre les États à délivrer des autorisations préalables à la célébration d'un mariage homosexuel[1361]. Enfin, outre l'aspect technique qui détermine l'intérêt à agir, Kennedy évoque l'urgence, parfois dramatique, des situations familiales des plaignants. Il est pressant de clarifier la légalité de ces unions et d'envoyer un signal fort à de nombreuses familles homoparentales affaiblies par une absence de statut clair. Il n'est donc plus possible de retarder cette échéance, Kennedy estime qu'apporter une réponse à ces citoyens est un devoir moral, et qu'il en va de la crédibilité même de la Cour suprême. Chaque fois qu'il est question d'action gouvernementale illégitime vis-à-vis des droits des minorités, la Cour estime nécessaire que les individus qui se sentent lésés dans leur dignité et leurs libertés puissent saisir la justice[1362].

La nature du préjudice est clairement identifiée : le droit fondamental au mariage a fait l'objet d'un scrutin référendaire qui visait la minorité homosexuelle dans le seul but d'interdire la reconnaissance légale de leur statut et de leur existence. Selon Kennedy, cette procédure pernicieuse d'une majorité est contraire aux principes du XIVe amendement et de la Déclaration des droits[1363], puisque les libertés fondamentales des Américains sont inaliénables, et ne peuvent donc pas être soumises à une consultation populaire[1364]. De manière surprenante, le juge est plus rigoureux dans son analyse du mariage du point vue de la légalité processuelle qui démontre que les couples de même sexe ont été victimes de l'État, qui s'est montré intrusif en leur retirant un droit fondamental par référendum constitutionnel. En revanche, dans le cadre de la clause de protection égale, le juge n'indique pas le niveau de contrôle de constitutionnalité retenu, se contentant de mettre en avant le fait que ces lois constitutionnelles représentent un fardeau et un handicap intolérables pour les couples de même sexe. Ces unions sont dévalorisées, dénigrées et ne peuvent prétendre aux droits et aux protections du mariage et se retrouvent donc fondamentalement inégales aux unions hétérosexuelles. Elle n'ont aucune valeur juridique et légale, et ces lois mettent en danger des principes essentiels issus de la liberté fondamentale du mariage, à savoir la protection des familles et de leurs enfants ainsi que la garantie de la stabilité de l'ordre social[1365]. En conséquence, le jugement de la Cour suprême du Minnesota dans *Baker v.*

[1361] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.30.
[1362] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.29.
[1363] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.15.
[1364] La jurisprudence de 1943 dans *West Virginia State Board of Education v. Barnette* protège la liberté d'expression des étudiants qui font le choix de ne pas saluer le drapeau américain et de réciter le serment d'allégeance. La liberté d'expression et les droits constitutionnels échappent à tout contrôle éventuel d'une majorité ou du gouvernement.
[1365] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.19-21.

Nelson (1972) est annulé[1366]. À l'époque, la Cour avait déclaré que la définition du mariage entre un homme et une femme était parfaitement constitutionnelle en l'absence de jurisprudence au sujet des droits fondamentaux des homosexuels, peut-on préciser. En effet, dans les années 1970, en plein mouvement de libération gay, l'objectif affiché des militants était d'abord de gagner en visibilité et d'éveiller les consciences avant que la communauté ne connaisse ses premières victoires politiques et idéologiques avec la dépénalisation de la sodomie[1367]. Cela explique pourquoi la Cour suprême avait estimé n'avoir aucun intérêt à agir en l'absence d'intérêt constitutionnel. À la fin des années 1970, Frank rappelle que c'est un climat de peur et de pessimisme qui gagne la communauté LGBT : « America was still a homophobic society with a population easily manipulated into supporting anti-gay initiatives, and anti-gay violence was still very much a part of American life[1368] . » Quarante ans plus tard, la question de lois et de référendums qui s'attaquent aux droits et libertés des homosexuels, en tant que classe minoritaire au pouvoir politique limité, nécessite le contrôle du judiciaire pour les protéger. Dans la décision de juin 2015, Kennedy fait preuve de déférence en laissant au législatif la décision de faire des homosexuels une classe suspecte, pour permettre à des lois discriminatoires, visant l'orientation sexuelle, d'être soumises systématiquement par les juges à un strict contrôle de constitutionnalité. Sur cette question de l'orientation sexuelle comme classification suspecte, Wolfson estime qu'en définitive il n'est plus nécessaire d'exiger des juges le recours à un examen strict de constitutionnalité étant donné que Kennedy a montré par le passé qu'un examen rationnel suffisait à affirmer les libertés fondamentales des Américains homosexuels[1369]. Néanmoins, le jugement de Kennedy dans l'affaire *Obergefell* s'appuie sur la combinaison entre légalité processuelle et clause de protection égale sans recourir à aucun examen spécifique de constitutionnalité. Le juge se contente de rappeler que le mariage est une liberté fondamentale qui ne peut être interdite à des citoyens sous prétexte qu'ils sont homosexuels. Cette exclusion constitutionnelle équivaut à une stigmatisation structurelle que l'État ne peut justifier par un intérêt supérieur impérieux comme la procréation ou la relation unique entre un homme et une femme. De même que Kennedy affirme que les motivations et convictions religieuses, aussi sincères soient-elles, ne peuvent être inscrites dans la loi pour s'imposer à l'intérêt général, voire pour porter préjudice à une communauté

[1366] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.28.
[1367] FRANK, op.cit., p.40-47.
[1368] « L'Amérique était encore une société homophobe dont la population était facilement manipulable afin de soutenir des initiatives anti-homosexuelles et dans laquelle la violence anti-homosexuelle prenait une place encore significative dans la vie américaine. »
FRANK, ibid., p.59.
[1369] Entretien avec Evan Wolfson, ancien directeur de *Freedom to Marry*, réalisé le mardi 21 juin, voir p.490.

d'individus qui sont différents par leur sexualité[1370].

Cependant, cette différence ne revient pas à dire qu'hétérosexuels et homosexuels ne sont pas situés au même niveau. En effet, lors du débat organisé par le *National Constitutional Center*, John Eastman, professeur de droit, avait pris soin de rappeler que la clause de protection égale n'impose pas nécessairement que la loi traite les individus de manière égale lorsqu'ils ne sont pas situés au même niveau. Pourtant, Kennedy montre que la jurisprudence a annulé de nombreuses lois, jugées anticonstitutionnelles, qui faisaient des femmes les subalternes de leurs époux[1371]. Les inégalités homme-femme dans le cadre du mariage ne sont pas constitutionnellement acceptables du fait de la clause de protection égale, qui sert de justification à la Cour pour réparer des injustices. Kennedy ne fait donc aucune différence entre les couples hétérosexuels et de même sexe dans les quatre principes qui font du mariage une liberté fondamentale accessible à tous les individus : droit à l'autonomie individuelle et à la liberté d'association qui guide le choix de son conjoint(e), droit fondamental à un filet de protection pour les familles et leurs enfants et enfin droit d'intérêt général qui participe à l'équilibre et à la stabilité sociale[1372]. Le juge offre donc un niveau de généralité conséquent qui va dans le sens de la démocratisation de l'institution du mariage, vers plus d'égalité entre les époux et vers plus de neutralité dans le domaine des rôles de genre. L'objectif est de montrer que les couples de même sexe ont autant à apporter à la société que les couples hétérosexuels et peuvent faire sensiblement évoluer cette institution vers plus d'ouverture et de tolérance, tout en participant à l'effort de l'ordre social et en honorant les valeurs d'engagement, de respect et d'accomplissement de soi associées au mariage. Comme le notait Tocqueville, la famille est un refuge pour les Américains qui viennent y chercher du réconfort et de la sérénité pour échapper aux difficultés de la vie en société[1373]. Cela concerne donc homosexuels et hétérosexuels. L'engagement symbolique de deux personnes aux yeux de la société est commun au genre humain et ne connaît pas de distinction raciale ou sexuelle. Selon Kennedy, l'État appose la reconnaissance légale et juridique de cette union par une série d'avantages car cet engagement respecte aussi un certain nombre d'obligations vis-à-vis du gouvernement que Kennedy appelle des « responsabilités » : « [...] as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union[1374]. » Cet engagement et ces responsabilités sont

---

[1370] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.24.
[1371] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.26.
[1372] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.17-21.
[1373] TOCQUEVILLE, op.cit., p.291.
[1374] « [...] comme un couple se jure un soutien mutuel, la société promet aussi de soutenir le couple en apportant une reconnaissance symbolique et des avantages matériels pour protéger et nourrir cette union. »

donc partagées non seulement par les nouveaux époux, mais aussi par l'État.

En ne faisant aucune différence de traitement dans la sincérité de l'engagement mutuel de ces couples, Kennedy inscrit l'évolution des mœurs dans la décision historique de la Cour suprême judiciaire du Massachusetts de 2003 qui garantit aux couples de même sexe, un droit constitutionnel au mariage[1375]. Les couples de même sexe expriment la même ambition et le même désir de pouvoir s'épanouir à deux dans cette institution. Pour Kennedy, c'est le contexte social qui doit guider le raisonnement des juges par l'intermédiaire de la Constitution qui permet une marge de manœuvre suffisante pour juger en faveur des plaignants. Il est guidé par les principes de *broad constructionism* par opposition à *strict constructionism*, opposition qui animait déjà les débats entre les Fédéralistes d'Hamilton et les anti-Fédéralistes de Jefferson. Kennedy justifie cette approche en insistant sur le fait que la tradition et le passé ne peuvent pas servir systématiquement de base légitime à des interdictions rationnelles ou de rendre la justice pour empêcher l'Amérique d'avancer dans la voie du progrès social. Les tribunaux doivent servir les intérêts des Américains en identifiant et en protégeant clairement leurs libertés fondamentales tout en rappelant à l'ordre les États qui contreviendraient à cette règle en empiétant sur les droits inaliénables de leurs concitoyens[1376] : « That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present[1377]. » Le mariage est un droit fondamental défini par la Cour depuis 1888. Le contexte de la reconnaissance des couples de même sexe, dans le cadre de la jurisprudence de l'égalité des droits, justifie l'application du droit au mariage de ces mêmes couples. Kennedy légitime son raisonnement en s'appuyant sur les intentions des Pères fondateurs ainsi que de John Bingham, le Père du XIVe amendement, qui avaient pris soin de laisser la possibilité aux nouvelles générations en charge du pays d'apporter de nouvelles interprétations aux concepts de liberté et d'égalité[1378]. Lors du débat du 2 juin 2015, Kenji Yoshimo, professeur de droit à l'université de New York, évoque cette même idée, à savoir que le XIVe amendement a été rédigé de manière large afin qu'on puisse corriger des mesures discriminatoires et apporter de nouvelles précisions sur ce que l'égalité signifiait pour l'Amérique du XXIe siècle. Ce jugement de Kennedy est interprété par les conservateurs comme le plus grand mépris des juges libéraux pour les traditions de l'Amérique. Par le recours à la théorie de l'interprétation constitutionnelle de l'originalisme, les conservateurs affirment que les Pères fondateurs n'avaient nulle intention de définir le droit du

---

Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.21.

[1375] *Goodridge v. Department of Public Health*.

[1376] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.15.

[1377] « [...] Cette méthode respecte notre histoire et en retient des leçons sans permettre seulement au passé de diriger le présent. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.16.

[1378] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.16.

mariage des couples de même sexe à l'époque. Si, comme le suggèrent les conservateurs, l'intérêt à agir de la Cour suprême se fondait uniquement sur le contexte économique et social du XVIIIe siècle, celui des Pères fondateurs, l'esclavage n'aurait-il pas encore cours en Amérique ? Selon Hartman, cette vision fondamentaliste et quelque peu nostalgique de la nation correspond bel et bien à une volonté d'imposer au monde entier un mode de vie codifié et absolu, hérité de la tradition religieuse coloniale qui ne reconnaît aucune évolution sociale[1379]. Kennedy rejette cette façon de penser, de manière pragmatique, en s'appuyant sur les décisions de la Cour suprême qui sont contraires à une Amérique du passé : « *Loving* did not ask about a "right to inter-racial marriage"; *Turner* did not ask about a "right of inmates to marry"; and *Zablocki* did not ask about a "right of fathers with unpaid child support duties to marry[1380]." » Le mariage homosexuel est considéré comme une liberté fondamentale qui ne fait peser aucune menace particulière. La liberté fondamentale du mariage ne peut faire l'objet d'interdictions pour en exclure certains individus quand il n'existe aucun danger imminent qui viendrait justifier un intérêt impérieux d'ordre public de l'État. L'argument de la procréation naturelle homme-femme établissant un prérequis préalable à l'institution du mariage est un prétexte dont la logique ne peut servir de base à la discrimination des couples homosexuels. La réalité est autre et le juge Shelby de l'Utah l'avait bien décrite en expliquant que procréation et homosexualité étaient possibles dans trois situations : en dehors du mariage, lors d'un mariage antécédent et par recours à la procréation assistée ou artificielle[1381]. Cet argument de la procréation est au centre de l'idéologie religieuse, tout comme le rapport singulier qu'entretiennent les hommes et les femmes. Kennedy prend donc soin d'adresser un message tout particulier aux croyants ainsi qu'à ces Américains hostiles au mariage homosexuel en leur rappelant que le Ier amendement de la Constitution protège leurs convictions profondes, qu'elles soient religieuses ou non. Ils peuvent donc continuer de croire que le mariage est la célébration de l'union entre un homme et une femme. Il encourage même les partisans du mariage homosexuel à poursuivre ce débat pour réconcilier des communautés divisées par la voie de la pédagogie : « [...] those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an

---

[1379] HARTMAN, op.cit., p.150.

[1380] « L'affaire *Loving* ne relevait pas d'une demande d'un "droit au mariage interracial" ; L'affaire *Turner* ne relevait pas d'une demande d'un "droit des prisonniers au mariage" ; L'affaire *Zabloski* ne relevait pas d'une demande d'un "droit au mariage des pères dont les pensions alimentaires étaient impayées". »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.23.

[1381] U.S. District Court for the District of Utah. "Kitchen v. Herbert". December 2013.

open and searching debate[1382]. » En effet, la réalité de l'existence de familles homoparentales est souvent méconnue, source d'inquiétude et d'idées préconçues. Le jugement de la Cour suprême n'est donc pas une fin en soi. De manière utopique, elle doit ouvrir le début d'une nouvelle ère dans laquelle une nouvelle structure familiale légale va côtoyer de manière égalitaire d'autres structures déjà solidement installées dans un paysage culturel et social recomposé par la décision de juin 2015. Kennedy vient donc de rétablir ce qu'il qualifie de principe d'une « égale dignité aux yeux de la loi » qui accorde le même respect et la même valeur de l'union des couples de même sexe par le mariage. Cette institution civile, moralement et culturellement supérieure, reste la forme de reconnaissance légale la plus valorisante aux yeux de la société car comme le souligne Kennedy : « [...] it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family[1383]. » Cette conception du mariage fait écho à celle défendue par Olson, à savoir une institution conservatrice qui met à l'honneur les principes énumérés par Kennedy.

Face à cette décision approuvée par cinq juges, les conservateurs n'offrent pas moins de quatre opinions dissidentes de soixante pages en tout et pour tout, soit une décision par juge dissident, ce qui est très rare. Le juge en chef Roberts et ses trois juges assesseurs, Scalia, Thomas et Alito ont donc souhaité marquer leur rejet catégorique d'une décision aussi historique que la décision de 1973 dans l'affaire *Roe v. Wade*, légalisant le droit à l'avortement. Roberts reste convaincu que la décision de la majorité est une erreur institutionnelle qui implique que les juges agissent comme des législateurs quand bien même les plaignants par l'intermédiaire de leurs avocats sont parvenus à identifier un préjudice constitutionnel. Il estime cette décision en contradiction totale avec les préconisations de Hamilton dans *The Federalist No. 78*[1384] qui encadre l'autorité des tribunaux : « The judiciary [has] neither FORCE nor WILL, but merely judgment[1385]. » Roberts condamne donc l'excès d'autorité dont fait preuve la majorité en imposant aux États de mettre fin à la définition traditionnelle du mariage inscrite dans leurs Constitutions, tout en affirmant que le peuple doit rester souverain en autorisant ou non les couples de même sexe à accéder à cette institution[1386]. Rejeter la voix du peuple serait un geste anti-démocratique, contraire aux libertés fondamentales, à savoir la liberté d'expression, car cela reviendrait à dire des

---

[1382] « [...] ceux qui pensent que l'autorisation du mariage homosexuel est appropriée ou, en effet, essentielle, que ce soit du point de vue de la conviction religieuse ou de la croyance profane, peuvent engager le débat avec ceux qui sont en désaccord avec leur point de vue dans un débat ouvert et profond. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.32.
[1383] « [...] elle incarne les idéaux les plus élevés de l'amour, du dévouement, du sacrifice et de la famille. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.33.
[1384] HAMILTON, Alexander. *Le Fédéraliste, n°78*, In BEEMAN, op.cit., p.109-115.
[1385] « Le judiciaire [n'a] ni FORCE, ni VOLONTÉ mais seulement le jugement. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.41.
[1386] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.41.

électeurs qu'ils sont incompétents en la matière[1387]. Roberts ne s'interroge pas sur la nature même de ce référendum ni de ces implications légales qui peuvent expliquer que finalement l'opinion de Kennedy soit un jugement qui s'appuie sur la jurisprudence et le droit constitutionnel et non pas sur sa seule volonté. Rappelons que c'est le rapport de force entre un intérêt cher aux hétérosexuels et les couples de même sexe qui rend le principe de cette initiative populaire discriminatoire et injuste. Le juge en chef se fait le défenseur d'une majorité populaire qui s'est fait dérober sa victoire du mariage traditionnel, au mépris le plus total des situations dramatiques que vivaient les couples de même sexe. Selon Roberts, Kennedy, en agissant de la sorte, ne parviendra pas à réconcilier une majorité qui sera, bien au contraire, davantage hostile aux couples de même sexe[1388].

Loin de vouloir apaiser, Roberts semble vouloir poursuivre un combat qui ne manquera pas d'animer les débats lors de la prochaine élection présidentielle pour la défense des liens sacrés du mariage. L'intégration des couples de même sexe est comparée à la « transformation[1389] » d'une institution aussi ancienne que la civilisation des Aztèques alors qu'en fait administrativement il s'agit d'utiliser un langage plus neutre. Il dénonce l'arrogance des juges de la majorité qu'il accuse d'avoir bouleversé la tradition historique du mariage en autorisant l'union des couples de même sexe, alors que le mariage homosexuel ne changerait rien pour les couples hétérosexuels. De manière paradoxale, le juge considère que la constitution fédérale ne fait aucune référence au mariage, ce qui explique son refus de vouloir arbitrer un litige qui doit se régler dans les législatures d'État alors que ce sont les conservateurs, en premier, qui ont utilisé la Constitution pour y proposer un amendement définissant le mariage. Roberts doit donc aussi s'interroger sur la nécessité supposée, pour le camp favorable au mariage traditionnel, d'amender les constitutions d'État. Ce qui est donc litigieux, c'est d'abord que la Constitution, garante des droits et libertés fondamentales des Américains, soit instrumentalisée pour faire des couples de même sexe des citoyens de seconde zone. D'autre part, l'amendement a verrouillé toute réouverture possible de la question par un nouveau débat démocratique tel qu'il le préconise. Roberts n'est pas censé ignorer que les républicains sont ouvertement hostiles à la reconnaissance des droits des couples de même sexe, et que la tradition historique n'est pas un principe suprême dans la manière de traiter les affaires de la nation relevant de la question des droits des minorités. John Witte Jr., professeur de droit et spécialiste des questions d'histoire juridique, des lois du mariage et de la liberté religieuse, laisse entendre que la complexité de cette guerre culturelle est précisément d'articuler la notion de

[1387] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.65.
[1388] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.41.
[1389] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.42.

droit telle qu'elle est ancrée dans la tradition, et en même temps en honorant un ensemble de valeurs à atteindre qui s'appliquent à tous : « Law is, after all, both a steward of our traditions and a totem of our ideals[1390]. » Ce qui est frappant, dans cet essai qui propose de revisiter la tradition historique du mariage, en citant notamment des moralistes romains, c'est que les couples de même sexe s'inscrivent parfaitement dans cette tradition : la construction d'une vie à deux, le partage absolu des biens, un amour réciproque, un esprit de camaraderie parfaite[1391]. Seuls la procréation au sens biologique du terme et l'équilibre des sexes manqueraient pour permettre à cette institution d'inclure des couples homosexuels. Néanmoins, comme nous avons pu le voir, les couples de même sexe peuvent avoir et élever des enfants en faisant appel à d'autres moyens afin de pouvoir s'accomplir en tant que parents. Le jugement de Roberts est imprégné de références à cette tradition historique, comme si les couples de même sexe n'en faisaient absolument pas partie. Il ne conçoit l'institution du mariage que du point de vue religieux, qui permet de créer les conditions optimales à la procréation, considérée comme un don de la nature. Il fait de la procréation une exigence si fondamentale qu'elle en devient incontestable sinon l'espèce humaine serait en danger d'extinction : « The human race must procreate to survive[1392]. » Comment la légalisation du mariage homosexuel viendrait-elle mettre en péril la survie des êtres humains ? Certainement, parce que, pour le juge, l'homosexualité est un choix que les autorités ne peuvent promouvoir et encore moins célébrer comme un mode de vie. Roberts rappelle l'impératif, hérité de la période coloniale, de la procréation rendue possible par l'engagement sincère entre un homme et une femme, acté par l'officialisation d'un mariage. Une recommandation qui établit les principes essentiels de la bonne société, faisant d'elle une norme discriminante, excluant les familles recomposées, homoparentales, les femmes seules, les familles adoptives et les familles d'accueil élevant toutes des enfants. Une autre caractéristique des bonnes pratiques de cette société traditionaliste défendue par le juge : une sexualité légitimée à la seule condition qu'elle soit reconnue et autorisée par l'État. La sexualité, nous explique Roberts, est préférable dans le seul cadre du mariage, puisque c'est la société qui est apparemment au cœur de cette préconisation judicieuse : « [...] society encourages men and women to conduct sexual relations within marriage rather than without[1393]. » Que fait le juge de la révolution sexuelle, de l'évolution des mœurs, et

---

[1390] « La loi est, après tout, à la fois un protecteur de nos traditions et un totem de nos idéaux. »
WITTE Jr., John. "The Tradition of Traditional Marriage". Dans WARDLE, Lynn; STRASSER, Mark; DUNCAN, William; COOLIDGE, David. *Marriage and Same-Sex Unions: a Debate*. New York: Praeger Pub. 2003. p.48.
[1391] WITTE Jr., John, ibid., p.49.
[1392] « L'espèce humaine doit procréer pour survivre. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op. cit., p.44.
[1393] « [...] la société encourage les hommes et les femmes à avoir des relations sexuelles dans le cadre du mariage plutôt qu'en dehors. »

notamment du divorce et des mariages multiples comme ceux de Kim Davis ? En fait, Roberts n'est, certes, pas législateur mais, en tant que juge, il se fait le porte-parole de la bonne société américaine telle qu'il la conçoit sans qu'elle puisse servir de vérité absolue au XXIe siècle. Cette description artificielle et anxiogène repose sur une stratégie claire de l'idéologie des conservateurs qui consiste à nier toute sexualité humaine différente et toute diversité dans les structures familiales. Toute différence est à gommer et tous les Américains se voient imposer un seul et même modèle de vie, tiré de la pensée unique des conservateurs. Tous ceux qui s'écartent de cette vision traditionaliste sont condamnés à l'ignorance des législateurs et à la stigmatisation. Roberts est convaincu de ce paradigme puisque Webster dans l'édition de son premier dictionnaire en 1828 partageait ce même objectif du mariage qui devait lutter contre la débauche[1394]. Le dictionnaire aurait-il donc force de loi et permettrait-il aux amendements constitutionnels d'échapper à tout examen de constitutionnalité ? Comme le rappelle justement Gerstmann, sur la question du mariage interracial, la définition du mariage comme l'union entre des individus appartenant à la même race dans les dictionnaires n'a pas débouché sur le refus d'un intérêt à agir par la Cour suprême[1395]. Cela démontre que le dictionnaire est une représentation de notre société et que c'est à lui à s'adapter à l'évolution humaine, comme certaines lois, d'ailleurs, qui ne répondent plus aux nouvelles circonstances de la vie en société. D'ailleurs, il fait référence à d'autres définitions du dictionnaire et notamment à un traité du XIXe siècle qui évoquent aussi la dimension civile du mariage[1396]. Bien que Roberts n'apporte aucun commentaire sur cet aspect, le mariage civil a donc vocation aussi à exister indépendamment des préceptes religieux, ce qui explique, comme l'a démontré Cott, que l'institution du mariage civil ait évolué avec son temps.

Il admet ces changements, mais maintient que le noyau du problème est bien l'intégration des couples de même sexe alors que le mariage doit rester un privilège et la célébration de l'hétérosexualité[1397]. Roberts exprime son soutien vis-à-vis d'un jugement en appel qui prétend que les Américains avaient donc toute latitude pour sanctuariser cette tradition dans la Constitution. Cela afin de faire échouer les avocats des plaignants qui ne pouvaient invoquer une inconstitutionnalité, puisque cette institution appartient au peuple, que la définition du mariage a été approuvée par les électeurs, et que cette forme de consultation en rapport avec la question du mariage daterait de la création des États-Unis d'Amérique[1398]. Même si cette affirmation apparaît

---

Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., § 3, p.44.
[1394] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.45.
[1395] GERSTMANN, op.cit., p.102.
[1396] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op.cit., p.46.
[1397] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.47.
[1398] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.48.

peu convaincante, elle n'en révèle pas moins la volonté du juge en chef de protéger les convictions sincères des opposants au mariage homosexuel en faisant de la préservation de la tradition, issue des dictionnaires et de l'histoire, un intérêt supérieur sur lequel la justice n'a pas à se prononcer. Cela lui permet aussi d'affirmer que la référence faite par les avocats des plaignants à la clause de la légalité processuelle n'est pas rigoureuse, puisque les libertés fondamentales s'inscrivent aussi dans une tradition historique dont le mariage homosexuel ne fait pas partie[1399]. Pourtant, c'est bien la tradition sudiste de l'esclavage qui est à l'origine de la question de l'égalité des droits des Afro-Américains et des nombreuses tensions raciales décrites par Hartman comme « [...] a festering wound on the soul of America[1400] ». Roberts inscrit également cette décision de la majorité dans la tradition des aléas de la Cour suprême, qui s'est appuyée sur une conception aléatoire du principe de liberté, correspondant à différentes époques, alors que la Cour devrait agir, selon lui, avec davantage de constance et de permanence dans ses raisonnements. Il prend pour exemple les décisions dans les affaires *Dred Scott* (1857) et *Lochner* (1905). Dans la première affaire, les juges avaient fondé leur jugement en partant du principe qu'il s'agissait de protéger avant tout par le *substantive due process* le droit à la propriété des propriétaires d'esclaves, sans quoi les juges auraient dû rendre l'esclavage anticonstitutionnel. Dans la seconde affaire, les juges de la majorité avaient estimé que l'État de New York ne pouvait pas contraindre les employés de boulangerie à ne pas travailler au-delà de soixante heures de travail par semaine, ce qui était contraire à la liberté contractuelle contenue implicitement dans la clause de la légalité processuelle. Ces deux exemples saillants semblent montrer, selon Roberts, que la Cour suprême est devenue une assemblée législative illégitime qui semble agir selon les interprétations aléatoires des juges sur la liberté pour invalider des lois d'État. En fait, ces décisions sont aussi le reflet de ce que les Pères fondateurs avaient envisagé en laissant le soin aux générations futures de s'approprier ce concept de liberté et de l'adapter aux circonstances d'une époque en particulier. Pour Roberts, la Cour doit agir avec davantage d'humilité et de retenue : « Thus, it has become an accepted rule that the Court will not hold laws unconstitutional simply because we find them "unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought[1401]." » Roberts porte un jugement sévère vis-à-vis de la décision de la majorité. Il estime que le jugement de Kennedy a servi de tribune pour d'abord mettre en avant ses propres préférences et les intérêts de la communauté LGBT au lieu de

---

[1399] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.49.

[1400] « [...] une blessure purulente de l'âme de l'Amérique. »
HARTMAN, op.cit., p.103.

[1401] « Par conséquent, c'est désormais une règle de base acceptée par tous que la Cour ne déclarera aucune loi anticonstitutionnelle parce que nous les trouvons "peu judicieuses, imprévoyantes ou bien en contradiction avec un courant de pensée particulier." »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op.cit., p.52.

ceux de la Constitution, du peuple et des précautions s'imposant à la justice.

Ces critiques ne doivent cependant pas occulter le fait que Roberts cherche à protéger son intérêt à ne pas agir comme il l'avait justement fait dans *Hollingsworth v. Perry* (2013), en rédigeant l'opinion de la majorité, déclarant que la Cour suprême n'avait pas à statuer sur la légalité de la Proposition 8 en Californie. Le juge en chef se réfugie donc derrière un discours institutionnel en faveur des droits des États et de la stricte séparation des pouvoirs. Cela implique que les États sont donc parfaitement libres de discriminer insidieusement les homosexuels et de ne pas assurer leur égalité, puisque leur différence sexuelle ne peut pas donner lieu à un traitement particulier. Les couples de même sexe doivent donc assumer d'être soumis aux mêmes règles que tous à savoir celles des hétérosexuels : « As a matter of constitutional law, however, the sincerity of petitioners' wishes is not relevant[1402]. » Pourtant, c'est bien lui qui, dès le début de son jugement, propose un exposé historique sur la signification du mariage pour un couple hétérosexuel sans que son raisonnement reçoive une désapprobation constitutionnelle. C'est parce qu'ils sont homosexuels que le souhait des couples de même sexe d'appartenir à cette tradition est jugé irrecevable.

D'ailleurs, Roberts en arrive à la même conclusion sur la jurisprudence du droit fondamental au mariage qui ne relevait effectivement que de l'union d'un homme et d'une femme. Néanmoins, Wolfson a aussi expliqué, lors du débat du 2 juin 2015, que la tradition du droit américain était avant tout de servir les intérêts des citoyens et non pas de catégories d'individus, concrétisant ainsi le principe de la Déclaration d'indépendance qui stipule que « tous les hommes sont créés égaux ». Dans l'affaire *Romer*, la juge Ginsburg a affirmé qu'il est coutume dans l'histoire de la Constitution d'étendre et de garantir les mêmes droits et protections à ceux qui en étaient auparavant exclus. La Constitution doit permettre à tous les individus de se voir garantir leur statut de citoyen, sans avoir à subir une quelconque forme de discrimination liée à leur différence. Roberts estime, au contraire, que ces amendements constitutionnels ne représentent aucune forme de préjudice moral et encore moins une violation de la Constitution, puisqu'il prétend que les États font le choix d'ignorer ces unions contre nature et de ne pas interférer dans leur droit à la vie privée : « Same-sex couples remain free to live together, to engage in intimate conduct, and to raise their families as they see fit[1403]. » En prétendant défendre l'autonomie

---

[1402] « Sur le plan du droit constitutionnel, cependant, la sincérité des vœux exprimés par les plaignants n'est pas pertinente. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.52.

[1403] « Les couples de même sexe restent libres de vivre ensemble, d'avoir des rapports intimes et de fonder leurs familles comme bon leur semble. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.56.

individuelle des homosexuels, qui « font le choix » de leur orientation sexuelle, alors que celle-ci est protégée par la Constitution, Roberts condamne les couples de même sexe à l'invisibilité et au placard en mettant en péril leur statut en tant que citoyens américains. Toute absence de reconnaissance et de protection légale n'est donc pas jugée comme un crime ou comme une violation du XIVe amendement, puisque l'intérêt rationnel des États est de défendre l'hétérosexualité et la procréation.

La défense de ces intérêts serait primordiale, selon Roberts, car le raisonnement appliqué par la majorité des juges porte à croire qu'il pourrait être parfaitement utilisé par des couples issus d'unions plurielles : « [...] why would there be any less dignity in the bond between three people who, in exercising their autonomy, seek to make the profound choice to marry?[1404] » En fait, en voulant faire preuve de bon sens, Roberts tente aussi de brandir la menace de la polygamie pour montrer que les homosexuels ne répondent pas nécessairement à l'exigence de la monogamie. La légalisation du mariage homosexuel déboucherait non seulement sur la polygamie hétérosexuelle mais aussi homosexuelle. Même si elle n'entre pas dans le cadre des guerres culturelles, la polygamie sert de prétexte à Roberts. En effet, cette pratique est illégale depuis le milieu du XIXe siècle, illégalité confirmée par de nombreuses décisions de justice, ce qui n'est pas le cas du mariage homosexuel. Les libertés fondamentales des couples polygames restent donc à déterminer contrairement à celles des homosexuels.

Roberts affirme également que la question du mariage homosexuel ne relèverait pas de la clause de protection égale à partir du moment où l'État identifie un intérêt légitime à préserver le mariage traditionnel[1405]. Par contre, le juge fait preuve du plus grand mépris vis-à-vis des plaignants quand il estime que le refus d'accorder certains droits à certains couples de même sexe devrait être soumis à une plus grande exigence de justice : « The equal protection analysis might be different, in my view, if we were confronted with a more focused challenge to the denial of certain tangible benefits[1406]. » Il juge donc insignifiante la demande d'April DeBoer and Jayne Rowse de devenir les parents adoptifs de leurs enfants respectifs. Il affiche une indifférence similaire à l'égard de couples qui ont perdu leurs allègements fiscaux après annulation de leur mariage ou vis-à-vis de conjoint(e)s d'unions homosexuelles qui exigent d'être désigné(e)s comme

---

[1404] « [...] Pourquoi y aurait-il moins de dignité dans le lien unissant trois personnes qui, en exerçant leur autonomie individuelle, cherchent à faire le choix sincère de se marier ? »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.59.
[1405] Il cite l'opinion concurrente de la juge O'Connor dans Lawrence (2003).
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.63.
[1406] « L'analyse de l'égale protection pourrait être différente, à mon avis, si nous étions confrontés à une contestation plus ciblée en rapport au refus d'accorder certains avantages tangibles. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.63.

le parent légitime de l'enfant conçu par leur époux(-se). Même s'ils ne sont pas les parents biologiques de ces enfants, ces hommes et ces femmes subviennent à leurs besoins et participent à leur épanouissement. En ne considérant pas comme essentielle la question des droits de l'enfant et des liens noués avec leurs parents, Roberts devrait préciser ce qu'il entend par « contestation juridique plus ciblée », comme si finalement les préjudices vécus par les plaignants manquaient de crédibilité et qu'ils étaient donc à relativiser au profit de « revendications » plus « sélectives », comme il le dit.

C'est la raison pour laquelle Roberts plaide en faveur d'un retour immédiat au processus démocratique jusqu'à ce que les Américains trouvent un terrain d'entente et s'accordent pour faire évoluer leur conception de la liberté. La décision de Kennedy n'est que l'expression d'une « extravagance de la suprématie judiciaire », et elle est donc profondément anti-démocratique[1407]. Roberts fait preuve de cynisme, puisque l'intérêt à agir a clairement été identifié par les avocats lors de l'audience du mois d'avril 2015. Le juge sait parfaitement qu'une révision des amendements constitutionnels est un processus complexe qui impliquerait une nouvelle initiative populaire et donc une nouvelle campagne. Il paraît peu probable que ces nouveaux référendums puissent permettre une uniformisation de ce droit et maintiendrait, au contraire, un patchwork de lois incohérent. Prenons un exemple concret avec le référendum organisé dans la ville de Houston, une des plus grandes villes du pays sans protection contre la discrimination liée à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Tel était le sens de la Proposition 1, soumise au scrutin du 3 novembre 2015, que les électeurs ont massivement rejetée. En définitive, ils ont surtout, très majoritairement, choisi de ne pas s'exprimer sur la question. Le taux de participation atteignait à peine 11 % et les conservateurs avaient requalifié cet arrêté municipal en lui donnant le nom saugrenu de « bathroom ordinance[1408] », de peur que des hommes, déguisés en femme, ne viennent dans les toilettes réservées à ces dernières pour les violer. Le juge Roberts préfère mettre en avant les notions de responsabilité et d'honnêteté inhérents à une campagne démocratique saine et constructive qui permettra l'adhésion idéologique progressive à cette « nouvelle » institution du mariage homosexuel en réconciliant ainsi des camps opposés : « [those whose views do not prevail] can gear up to raise the issue later, hoping to persuade enough on the winning side to think again[1409]. » Loin d'être une question constitutionnelle essentielle, la légalisation du mariage homosexuel est décrite comme un jeu électoral malsain dont la majorité contrôle absolument

---

[1407] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.64.
[1408] « l'arrêté toilettes ».
[1409] « [Ceux dont les opinions ne l'emportent pas] peuvent se préparer à relancer la question plus tard en espérant parvenir à convaincre le camp des vainqueurs de reconsidérer leur position. »
Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, op.cit., p.65.

toutes les règles sans tenir compte de la stigmatisation et de la discrimination que subissent les couples de même sexe et leurs enfants. La campagne de Houston démontre encore que la nécessité du référendum pour décider de la réponse légale à apporter contre la discrimination vis-à-vis de la communauté LGBT n'est pas justifiée et qu'elle n'est pas une priorité politique dans le quotidien des Américains.

En effet, ce qui semble davantage préoccuper les Américains, c'est la question de la liberté religieuse, et donc de parvenir à articuler convictions sincères issues de la Bible et mariage homosexuel. Roberts explique que la légalisation du mariage homosexuel impose donc aux croyants une conception contraire à leurs croyances alors que le Ier amendement de la Constitution leur garantit un droit fondamental d'exercer leur religion[1410]. Cela revient à dire que les Américains qui font de la religion et du respect des préceptes bibliques un mode de vie pourront être poursuivis pour discrimination à l'égard des couples de même sexe et pourront perdre toute exonération d'impôt pour ne pas s'être conformés au respect de la loi. C'est la raison pour laquelle Kennedy nuance quelque peu le problème posé en mettant en avant la liberté d'expression, qui autorise les Églises à revendiquer et à célébrer le mariage traditionnel tout en se conformant au droit. Si Roberts fait confiance au discernement des électeurs, alors il peut faire confiance aux couples de même sexe qui comprendront n'avoir aucun intérêt à aller exiger la célébration de leur mariage ou de l'adoption d'un enfant par une Église ou une institution religieuse qui les proscrivent. Il va, en fait plus loin, en volant au secours des électeurs accusés par le camp des libéraux d'avoir agi comme des agents du sectarisme par intolérance religieuse. Pour Roberts, ces accusations sont calomnieuses, mais on peut penser qu'elles ont le mérite de poser les défenseurs du mariage traditionnel en victimes en décrivant leurs intentions en des termes dépréciatifs : « It is one thing for the majority to conclude that the Constitution protects a right to same-sex marriage; it is something else to portray everyone who does not share the majority's "better informed understanding" as bigoted. »[1411] Alors que le procès contre la Proposition 8 a permis de dénoncer les stratégies pernicieuses des partisans de cet amendement, Roberts, lui, tente de détourner les critiques à l'égard de son propre camp en montrant que toute cette affaire n'a servi qu'à faire un procès d'intention à des Américains profondément convaincus du fait de leur foi. C'est la signification de sa conclusion, qui va dans le sens d'une victoire incontestable pour les couples de même sexe et leurs alliés tout en leur interdisant d'associer la Constitution à ce progrès social. En

---

[1410] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.67.

[1411] « C'est une chose que la majorité en arrive à la conclusion que la Constitution protège un droit au mariage homosexuel ; mais c'en est une autre que de représenter tous les individus qui ne partagent pas la "compréhension davantage éclairée" de la majorité, comme étant intolérants. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.68.

d'autres termes, Roberts indique que la protection de la minorité homosexuelle par la Constitution fédérale est une invention idéologique fallacieuse des libéraux[1412].

Selon Scalia, cette invention mettrait en danger non seulement la démocratie américaine mais aussi la stabilité sociale. Tout d'abord, parce que le jugement de Kennedy s'apparente à une forme de « décret » arbitraire pris par une majorité de cinq juges non élus qui décident de transformer radicalement l'institution du mariage en faisant de la complémentarité hommes-femmes une condition secondaire. D'autre part, cette modification serait synonyme d'incertitude sur le devenir de cette institution et créerait la confusion parmi les Américains qui sont fondamentalement attachés à la signification religieuse du mot « mariage »[1413]. Ce qui semble plus surprenant, c'est la manière brutale dont finalement le juge débute son jugement en affirmant qu'il se moque totalement de cette décision : « The substance of today's decree is not of immense personal importance to me[1414]. » Scalia ne se sent absolument pas concerné par les problématiques soumises par les plaignants comme si la nature de leur requête était purement fantaisiste. À son sens, la majorité des juges ont été au-delà de la simple interprétation des lois constitutionnelles sur le mariage, la Cour suprême vient de promulguer une nouvelle loi sur le mariage homosexuel dont il n'est pas question dans la Constitution du pays[1415]. De manière étonnante, Scalia utilise l'idée déjà avancée par Olson lors du procès contre la Proposition 8, à savoir que la question du mariage homosexuel débouchait sur une révision fondamentale de la Constitution. L'avocat a fait de l'amendement constitutionnel, interdisant le mariage homosexuel, un outil permettant d'empiéter sur les droits fondamentaux du XIVe amendement alors que pour Scalia, le jugement de la majorité repose sur la création d'un nouveau droit. Kenji Yoshino, juriste et professeur de droit, montre que Scalia inscrit son discours dans la lignée de droits spécifiques accordés aux seuls homosexuels : « [W]e're not asking for a new right. We are a new group asking for access to an existing right[1416]. » Les couples de même sexe souhaitent obtenir l'accès au droit fondamental du mariage afin que leur relation soit considérée selon les mêmes principes de respect et de dignité que ceux appliqués aux couples hétérosexuels.

Ce qui dérange Scalia au fond, c'est que les plaignants mettent en avant leur orientation

---

[1412] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., §3, p.68.
[1413] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.69-70.
[1414] « Le fond de cet arrêt d'aujourd'hui n'est, pour moi, pas d'une immense importance personnelle. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.69.
[1415] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.70.
[1416] « [N]ous ne demandons pas la création d'un nouveau droit. Nous sommes un nouveau groupe qui demande l'accès à un droit existant. »
National Constitutional Center. *Does the Constitution's Equal Protection Clause require states to license same-sex marriages*?, op.cit., p.19.

sexuelle, minoritaire qui plus est, pour adapter l'institution du mariage et l'imposer ainsi à tous les Américains. Associer la Constitution fédérale à l'homosexualité serait un affront et une trahison à l'égard des Pères fondateurs. Pour lui, cette question a permis de mettre en marche l'exercice de la démocratie dans un débat qui a passionné les Américains[1417] alors que les taux de participation aux référendums sont mitigés, et que les enjeux concernaient la reconnaissance d'un droit fondamental. Le patchwork issu de la légalisation du mariage homosexuel fait partie intégrante du principe du fédéralisme où les États sont autonomes à l'égard de la politique régissant les relations familiales[1418]. Le résultat du patchwork, selon Scalia, est la preuve même qu'un retour au débat est nécessaire jusqu'à ce que les partisans du mariage homosexuel parviennent à convaincre leurs adversaires pour appliquer ce droit à l'ensemble du territoire : « The States are free to adopt whatever laws they like, even those that offend the esteemed Justices' "reasoned judgment[1419]". ». Néanmoins, Scalia oublie de mentionner que ces lois doivent être promulguées dans le respect des principes de la Constitution fédérale et qu'elles sont soumises au principe essentiel de l'examen de constitutionnalité prévu dans le système des freins et contrepoids qui peut être exigé des citoyens, voire des législateurs.

Scalia fait entendre que c'est la consultation populaire qui sert justement de contrepoids pour freiner la volonté de certains juges de vouloir passer en force sur la légalisation du mariage homosexuel. Le juge tente de galvaniser les troupes en faveur du mariage traditionnel qui se retrouvent être les victimes d'une décision injuste et d'un phénomène institutionnel qui ne s'était pas produit depuis la période révolutionnaire : « [T]he [decision] violate[s] a principle even more fundamental than no taxation without representation: no social transformation without representation[1420]. » Le jugement de Kennedy est censé rappeler l'autoritarisme de George III et des décisions arbitraires prises par la couronne pour imposer une série de taxes afin de générer des revenus et de rembourser la dette de la monarchie britannique. Kennedy serait le représentant d'une élite aristocratique, déconnectée des réalités du terrain social, accusé d'avoir réalisé un coup institutionnel majeur par hybris[1421]. Même dans l'excès, Scalia reste clair : puisque le mariage est une institution qui concerne toute une société, la question du référendum est rendue nécessaire. En

---

[1417] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", op.cit., §2, p.70.
[1418] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.70-71.
[1419] « Les États sont libres d'adopter les lois qui leur plaisent, quelles qu'elles soient, même celles qui offensent le "jugement raisonné" des juges estimés. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.73.
[1420] « [C]ette [décision] est une violation d'un principe bien plus fondamental que le dicton pas d'impôts sans représentation : pas de transformation sociale sans représentation. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.74.
[1421] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.74.

effet, le mariage homosexuel confisquerait d'une certaine manière le prestige de l'exclusivité qui était jusqu'alors réservé aux hétérosexuels. Cela explique pourquoi Scalia donne une leçon de morale à Kennedy, invité à se repentir d'avoir péché, en abolissant une telle tradition sans avoir eu l'aval du peuple américain : « Hubris is sometimes defined as o'erweening pride; and pride, we know, goeth before a fall[1422]. » Coïncidence ou pas du calendrier, cette référence biblique à la fierté est aussi celle du mois des fiertés LGBT qui se déroule chaque année au mois de juin. Scalia semble indirectement œuvrer à la chute du mouvement pour l'accès à l'égalité des droits de la communauté LGBT en ne leur reconnaissant aucun droit constitutionnel possible au mariage. Les marches des fiertés sont pourtant la célébration de valeurs fondamentales de la nation, à savoir le désir de liberté et d'égalité d'une communauté souvent stigmatisée pour ses différences.

L'opinion dissidente du juge Thomas part justement d'un constat selon lequel la majorité des juges fait un contresens historique majeur sur le terme de liberté : « Since well before 1787, liberty has been understood as freedom from government action, not entitlement to government benefits[1423]. » Le juge nuance le propos des partisans du mariage homosexuel qui revendiquent une liberté fondamentale, alors qu'en fait ils exigent du gouvernement seulement l'acquisition des droits et protections associés au mariage. C'est une manière étroite pour Thomas de montrer que les couples de même sexe se moquent de la représentation symbolique du mariage, davantage préoccupés par les nouveaux droits auxquels ils pourraient prétendre. La Déclaration des droits sert effectivement de bouclier contre d'éventuels empiétements des États sur les libertés individuelles des Américains. Cependant, Thomas ne s'intéresse qu'à l'aspect technique et administratif du mariage sans considérer cette institution avant tout comme une liberté fondamentale définie par la jurisprudence. D'ailleurs, très logiquement, il invite les couples de même sexe à recourir à d'autres moyens légaux pour protéger leurs partenaires, leurs enfants et leurs biens par des actes notariés coûteux qui ne sont pas proscrits par la loi[1424]. Le juge prétend que ces avantages réglementaires liés à l'institution ne peuvent être considérés comme une forme de liberté telle que les Pères fondateurs la concevaient[1425]. Ce n'est pas ce point qui est remis en cause par les plaignants : c'est bien l'interdiction d'un droit civique remettant en cause le principe d'autonomie individuelle qui les rend inégaux aux yeux de la société et de la loi. Par contre, Thomas ne verrait donc aucune objection à ce que les homosexuels, par leur labeur, participent

---

[1422] « L'hybris est parfois définie comme une fierté démesurée ; et la fierté, nous le savons, précède la chute. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.77.
[1423] « Déjà bien avant 1787, par liberté, on entendait, la liberté vis-à-vis de l'action gouvernementale et non pas le droit à des avantages du gouvernement. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.78.
[1424] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.87.
[1425] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., §3, p.87.

pleinement à l'essor de l'économie et de la société en étant assujettis à l'impôt, mais du fait de leur sexualité ne puissent prétendre à aucune forme de dignité du gouvernement vis-à-vis de leur union en échange.

Pour le juge, c'est l'histoire qui clairement joue en la défaveur des couples de même sexe, puisque la Constitution de 1787 ne reconnaît aucun droit inaliénable au mariage, stricto sensu. Il prône un retour à la doctrine de l'originalisme, ce qui lui permet notamment de nier l'existence de la communauté LGBT et l'histoire de la discrimination qui lui est associée. Selon lui, la légalité processuelle inspirée de la Magna Charta (1215), qui interdit de retenir des individus par la force contre leur gré et sans motif valable[1426], est détournée par le jugement de la majorité des juges pour l'adapter aux circonstances du XXIe siècle. Thomas pense certainement que ce sont les conditions sociales du XVIIIe et du XIXe siècles qui continuent d'être au centre des débats politiques et sociaux plus de deux cents après, sans considérer possible l'adaptation des principes généraux issus du XIVe amendement. Or elle est rendue possible car la communauté LGBT est de plus en plus visible dans l'espace public et elle a un rôle à jouer dans l'arène politique et juridique. D'ailleurs, Thomas reconnaît lui-même que l'application du droit vis-à-vis des homosexuels a évolué de manière significative : « Far from being incarcerated or physically restrained, petitioners have been left alone to order their lives as they see fit[1427]. » Cela étant, cette forme de progrès ne doit pas servir de prétexte pour continuer à exclure des couples de même sexe d'une institution aussi importante pour l'accomplissement de soi et vecteur de réussite sociale. Le juge semble considérer comme suffisante la condition qui rend aux homosexuels la liberté de leur orientation sexuelle. Au passage, les termes d'homosexualité ou d'orientation sexuelle ne font pas partie du langage des juges conservateurs. Cette stratégie du déni et du faux-semblant ne saurait passer pour une forme de respect de leur part. Néanmoins, même si cette forme de tolérance indique effectivement l'absence d'interférence gouvernementale, l'amendement constitutionnel est bel et bien ancré dans un discours moral qui rend les unions des couples de même sexe illégitimes, ou inégales, par des unions civiles ou des partenariats enregistrés. Il s'agit donc bien d'une intrusion institutionnelle de nature idéologique qui tend à infléchir l'orientation morale que doit prendre l'Amérique, en inscrivant dans la Constitution la tradition historique du mariage entre un homme et une femme.

Enfin, Thomas voit dans la décision de Kennedy une attaque contre la liberté religieuse

---

[1426] Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.81-83.

[1427] « Loin d'être incarcérés ou séquestrés, les requérants sont laissés en paix pour gérer leur vie comme bon leur semble. »
Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges", ibid., p.87.

que la nation s'est évertuée à défendre au prix de nombreux sacrifices. Les couples de même sexe passent pour des individus arrogants qui ne respecteraient pas les convictions religieuses profondes des croyants qui, selon Thomas, mériteraient davantage de considération et de dignité que les couples de même sexe. Thomas s'érige en défenseur de la tradition religieuse et en représentant de la voix du Créateur en affirmant que la dignité étant d'origine divine, le gouvernement ne peut donc la confisquer[1428]. Il prend l'exemple des esclaves pour illustrer son propos : « Slaves did not lose their dignity (any more than they lost their humanity) because the government allowed them to be enslaved[1429]. » Un être supérieur serait donc responsable de la condition des esclaves et non pas le gouvernement. Le principe de dignité serait donc une valeur religieuse, aux yeux de Thomas, alors qu'elle est aussi une valeur humaniste des Lumières qui engagerait, du coup, la responsabilité de l'État. La liberté religieuse doit-elle être instrumentalisée au point de dédouaner les autorités de leurs responsabilités ? Dans tous les cas, cette idée permet au juge de condamner le raisonnement de Kennedy, qui s'appuie sur un droit substantiel à la dignité pour légaliser le mariage homosexuel.

C'est le sens de l'opinion d'Alito, qui montre que finalement le droit à la dignité des couples de même sexe ne peut s'appliquer puisque, historiquement, ce qui rend l'institution du mariage si unique, c'est qu'elle est la célébration même de la capacité d'un homme et d'une femme à donner la vie[1430]. Il attribue la responsabilité du nombre d'enfants nés en dehors des liens du mariage aux évolutions dans la conception historique du mariage[1431]. Il en fait un échec qui justifierait de ne pas laisser les couples de même sexe accéder à cette institution. Les couples de même sexe aggraveraient le phénomène alors que certains parents homosexuels sont justement les parents biologiques de leurs enfants et les élèvent à deux. Alito semble également négliger l'argument, avancé par les conservateurs pendant le procès contre la Proposition 8, selon lequel les enfants déjà nés avaient tout intérêt à ce que leurs parents homosexuels soient unis par les liens du mariage. Le juge fait le choix d'avertir les Américains des dangers de cette décision, présentée comme illégitime sur le plan institutionnel et moral, accusée de perpétuer une pratique corrompue qui consiste à faire progresser le sécularisme dans l'interprétation de la Constitution fédérale.

Si cet arrêt légalise le mariage homosexuel, il n'est cependant pas le signe du déclin de la pensée religieuse conservatrice sur le plan juridique. C'est la conjoncture, permettant à Obama la

---

[1428] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.93-94.
[1429] « Les esclaves n'ont pas perdu leur dignité (pas plus qu'ils n'ont perdu leur humanité) parce que le gouvernement leur a permis d'être réduits à l'esclavage. »
Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.94.
[1430] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.99.
[1431] Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”, ibid., p.99.

nomination de deux juges favorables à l'égalité des droits des homosexuels, qui a donné une opportunité inouïe à cinq juges assesseurs de réaffirmer l'importance de la séparation entre l'Église et l'État. Cette victoire majeure ne doit pas non plus faire croire à la fin d'un combat acquis à la cause de la minorité homosexuelle. Elle n'est qu'une étape dans la lutte pour la pleine égalité des droits afin de poursuivre le long travail engagé contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des homosexuel(le)s et des bisexuel(le)s, et contre des lois discriminatoires à l'égard des transsexuel(le)s.

Conclusion générale

L'objectif principal de cette thèse était d'examiner comment un enjeu de société tel que la question du mariage homosexuel aux États-Unis comportait les principales caractéristiques définies par Hunter permettant de l'ériger au rang de guerre culturelle contre l'homosexualité. Comme le rappelle Jean-Daniel Collomb, spécialiste de civilisation américaine, une guerre culturelle, selon Hunter, se détermine à partir des quatre critères suivants :

> (1) L'existence de deux systèmes de valeurs antithétiques et irréconciliables, (2) le lien consubstantiel entre ces deux systèmes et l'identité nationale américaine, (3) la portée fondamentale et quasi-ontologique des enjeux dans l'esprit des protagonistes, et (4) la véhémence rhétorique des débats[1432].

Concrètement il s'agissait également de montrer comment les « orthodoxes », pour reprendre la terminologie de Hunter, aspiraient à contrôler l'autorité morale de la nation en imposant leur propre vision de la sexualité, du mariage et de la famille et en excluant toute tentative d'ouverture et d'acceptation des Américains LGBT. Cette guerre culturelle contre l'homosexualité visait aussi à normaliser la discrimination comme pratique institutionnelle du pouvoir à l'égard d'un groupe d'individus dont le comportement et le mode de vie restent des choix immoraux aux yeux des plus fondamentalistes. Selon eux, les membres de la communauté LGBT doivent rester des citoyens à part et être traités comme de vulgaires criminels. Pourtant, les conservateurs les plus intégristes ne sont pas parvenus au XXIe siècle à justifier de manière rationnelle (*rational interest*) l'intérêt de la nation à exclure les couples de même sexe de l'institution du mariage.

Pour déterminer si cette guerre culturelle était inhérente au système de gouvernement en raison de la porosité du mur de séparation[1433] entre l'Église et l'État, il a fallu montrer comment les autorités fédérales et locales ont historiquement mis en place la diabolisation et l'infériorisation de la minorité homosexuelle. Par infériorisation, on entend la manière dont jusqu'à la fin des années 1990 et de façon sporadique encore aujourd'hui, de nombreuses interdictions ont été promulguées pour empêcher la moindre manifestation de cette orientation sexuelle et décourager le moindre recours en justice de la part d'Américains LGBT victimes de préjudices, puisque l'homosexualité était incompatible avec la reconnaissance des droits constitutionnels et la protection des lois vis-à-vis de ces individus. Le gouvernement fédéral, mais aussi les États et les autorités locales, ont infligé à la communauté LGBT des mesures discriminatoires au nom d'une raison d'État qui consistait à faire passer les hommes et les femmes homosexuels pour des individus dangereux, pervers et nocifs à un ordre moral pieux et rigoriste. Le recours au référendum dès la fin des

---

[1432] COLLOMB, Jean-Daniel. "Climat et Guerre Culturelle". *Revue Française d'Études Américaines*, n°140. Paris : Belin. 2014. p.96.

[1433] Marianne Duddy Burke parle plutôt d'un grillage que d'un mur de séparation.
Entretien avec Marianne Duddy Burke, Directrice exécutive de l'organisation *DignityUSA*, réalisé le mercredi 22 juin 2016, voir infra p.473.

années 1970 par Anita Bryant s'est révélé être une arme efficace pour répandre des idées fausses sur l'homosexualité afin de galvaniser l'opinion publique. L'objectif était de rendre les homosexuels indignes de toute considération politique et légale, de les condamner à l'invisibilité, à l'indifférence, voire à l'animosité de la part d'une majorité hétérosexuelle qui s'estimait habilitée à statuer sur le sort des Américains LGBT et leur (non) accès à l'égalité des droits. Les militants religieux et conservateurs continuent de prêcher l'hétérosexualité de manière à maintenir un système normatif des représentations du mode de vie américain, que ce soit à travers la famille ou en matière de sexualité. Ils s'en servent comme d'un véritable programme politique et social en faveur de ce qu'ils appelent la « bonne vie », excluant des Américains qui du fait de leurs différences immuables, ne peuvent prétendre à leur inclusion. Néanmoins, de cette hostilité affichée est née le mouvement pour les droits des homosexuels. Cette volonté par leurs détracteurs de les infériorisier a aussi permis à une communauté de se mobiliser, de s'organiser et d'occuper de manière symbolique les espaces institutionnels, médiatiques et culturels mais aussi, plus récemment, l'internet et les réseaux sociaux afin de créer les conditions d'un renversement des mentalités. La bataille des cœurs devait être remportée en faisant basculer le rapport de force à l'avantage des soldats du changement qui refusaient les persécutions, le placard, la criminalisation de leur sexualité, les préjugés et la violence. Des militants et des Américains ordinaires se sont unis pour combattre les idées reçues, faire élire des représentants politiques acquis à leur cause tels que Harvey Milk, Barney Frank ou Tammy Baldwin. Ils ont surtout créé de puissantes organisations de défense capables de s'imposer dans le jeu politique, afin que les droits fondamentaux des homosexuels soient reconnus au plus haut sommet du pouvoir judiciaire.

C'est la raison pour laquelle un chapitre de ce travail est consacré au pouvoir exécutif et législatif de 1992 à aujourd'hui, pour illustrer la façon dont leurs actions respectives ont contribué à la dynamique des cycles du changement qui, selon Barack Obama, sont constitués par « two steps forward, one step back[1434] ». Pour Robert Bray, porte-parole de la *National Gay and Lesbian Task Force*, la victoire de Bill Clinton a permis à la communauté LGBT d'être le nouvel allié du Parti démocrate : « a rite of passage from the margins to the mainstream, from social pariah to political partner[1435] ». Cette alliance, d'après Hertzog, a donné au vote LGB la capacité de porter un certain nombre de leurs revendications politiques au cours d'une élection présidentielle[1436]. Cela étant, cette visibilité grandissante des problématiques LGBT ne doit pas occulter le fait que le

---

[1434] « deux pas en avant, un pas en arrière »
President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality, loc. cit.
[1435] « un rite de passage de la marginalité à la normalité, de paria social à partenaire politique. »
HERTZOG, op.cit., p.1.
[1436] HERTZOG, ibid., p.3.

Parti républicain reste encore aujourd'hui dans l'ensemble une force politique farouchement opposée à la reconnaissance des droits des homosexuels, fidèle à ses alliés religieux comme par exemple les conservateurs catholiques, les mormons, les évangéliques, la Convention baptiste du Sud, les Assemblées de Dieu mais aussi Jerry Falwell qui, en juillet 1992, déclarait que le parti ne ferait aucune place aux homosexuels[1437]. En définitive, sous la présidence Clinton, les républicains sont parvenus à obtenir des politiques de compromis qui ont sérieusement ralenti et nui à l'avancement des droits des soldats homosexuels et des couples de même sexe. Autrement dit, on peut en déduire que les guerres culturelles qui agitent démocrates et républicains fragilisent les victoires en faveur du progrès, car le Congrès reste encore en 2016 une force hostile à l'égalité des droits des homosexuels et des couples de même sexe et à toutes sortes de compromis qui leur seraient favorables. Si, en effet, la liberté pour l'égalité d'accès au mariage a servi d'épreuve décisive pour permettre au mouvement LGBT d'atteindre son idéal de pleine égalité[1438], elle ne doit pas faire oublier l'engagement des législatures d'État contrôlées par des républicains déterminés à imposer par la loi la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au nom de croyances religieuses. Au niveau fédéral L'*Equality Act*, qui servirait d'amendement au *Civil Rights Act* de 1964 de manière à ce que l'orientation sexuelle ne puisse plus être un motif de discrimination, reste pour le moment dans les tiroirs du Congrès. Comme l'a rappelé en octobre 2015 Hillary Clinton, lancée dans la course à la présidence des États-Unis, l'incertitude demeure pour garantir aux homosexuels la protection de leur orientation sexuelle : « In a lot of states now, because of the constitutional decision, you can get married on Saturday and get fired on Monday because we still permit discrimination in employment and in public accommodations.[1439] » Même si Clinton soutient l'adoption de ce projet de loi, elle aura la plus grande difficulté, si elle est élue présidente en novembre 2016, à le faire approuver sans obtenir une majorité démocrate au Congrès et sans parvenir à convaincre des républicains modérés. Cela montre que la présidence Obama a mis en évidence les limites du pouvoir exécutif en dépit des nombreux efforts accomplis et des témoignages de soutien adressés à l'égard de la communauté LGBT. Obama espère laisser en héritage une présidence favorable à l'inclusion des personnes LGBT, notamment en ayant

---

[1437] HERTZOG, ibid., p.3.
[1438] BAIM, Tracy, op.cit., p.4.
[1439] « Dans de nombreux États désormais, à cause de la décision constitutionnelle, vous pouvez vous marier samedi et être renvoyé lundi parce que nous autorisons toujours la discrimination dans le domaine de l'emploi et de l'accès à des lieux publics. »
JOHNSON, Chris. "Clinton addresses evolution on same-sex marriage". *Washington Blade*. October 16, 2015. Consulté le 18 mai 2016 : [http://www.washingtonblade.com/2015/10/16/clinton-addresses-evolution-on-same-sex-marriage/]

convié à son premier dîner d'État quatre couples homosexuels[1440], en recrutant et en nommant des personnels LGBT compétents dont Raffi Freedman-Gurspan, la première employée transgenre à la Maison Blanche. Le Sénat a également confirmé la nomination d'Eric Fanning, qui devient ainsi le premier homosexuel déclaré promu secrétaire de l'Armée des États-Unis, alors que jusqu'en 2011 afficher son orientation sexuelle dans l'armée était synonyme de renvoi. Par ailleurs, le secrétaire de la Défense, Ashton Carter, a annoncé la fin de l'interdiction de servir dans l'armée pour les personnes transgenres à compter du 1er juillet 2016. L'évolution personnelle du président sur la question du mariage homosexuel à la fin de son premier mandat était destinée à favoriser les conditions d'une transition en douceur. Son soutien affiché en faveur de l'égalité d'accès à l'institution du mariage devait apparaître comme la suite logique d'une politique favorable à l'égalité des droits des homosexuels ainsi que des couples de même sexe. Son objectif d'offrir la légalisation du mariage homosexuel à la communauté LGBT a vraisemblablement été le résultat d'une longue réflexion. Le terrain a été méticuleusement préparé lorsqu'il a demandé au ministère de la Justice de ne plus défendre la loi DOMA. En d'autres termes, Obama allait s'appuyer sur la confirmation de deux femmes à la Cour suprême qu'il avait nommées pour sécuriser cette victoire du mariage homosexuel rendu dans trois arrêts de la Cour entre 2013 et 2015.

Cette guerre culturelle contre l'homosexualité a alimenté l'homophobie ou plus précisément ce que Gregory Herek appelle « *sexual prejudice*[1441] », c'est-à-dire un ensemble de préjugés montrant un manque de respect et portant atteinte à la dignité de chaque individu homosexuel, à l'origine de la discrimination structurelle. De ce conflit a donc émergé le rôle incontournable de la justice et de la Cour suprême comme l'ultime arbitre et garde-fou contre des lois discriminatoires contraires à la juste application des lois et à la clause d'égale protection des XIVe et Ve amendements. L'échec des négociations des pouvoirs exécutif et législatif pour honorer la promesse d'égalité et la protection des unions homosexuelles par les droits du mariage a permis de renforcer la Cour suprême en tant que gardienne des droits fondamentaux et des libertés individuelles d'un groupe minoritaire. Des jugements analysés dans cette étude, nous retiendrons que la justice a rappelé d'une certaine manière aux États de l'Union que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne peut en aucun cas reposer sur un prétendu intérêt gouvernemental

---

[1440] TOBIAS, Andrew. "Accomplishments by the Administration and Congress on LGBT Equality". In BAIM, Tracy, op.cit., p.454.

[1441] Gregory Herek, est professeur de psychologie à l'université de Californie à Davis. Il est à l'origine de ce concept qui est plus approprié, selon lui, pour évoquer les réactions hostiles à l'homosexualité que le terme d'*homophobie* fondée sur une peur irrationnelle.
Prop 8 Trial Transcript. "Perry v. Schwarzenegger". United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 22nd, 2010. Volume 8. p.17.

impérieux et que la liberté religieuse ne peut pas servir d'instrument pour dénigrer des Américains LGBT et les priver de certains de leurs droits fondamentaux. Autrement dit, une opinion publique hostile aux homosexuels ne peut pas s'insurger contre les prérogatives de la justice qui est de statuer sur le préjudice subi par des citoyens homosexuels. De même qu'une majorité hétérosexuelle ne peut pas soumettre à un référendum toute initiative visant à bafouer les droits fondamentaux d'un groupe minoritaire historiquement considéré comme criminel et décrit comme moralement inférieur. De nombreux conservateurs et croyants affirment que les couples de même sexe souhaitent corrompre l'institution du mariage et acquérir de nouveaux droits constitutionnels alors qu'ils ne cherchent qu'à bénéficier des mêmes droits accordés aux couples hétérosexuels. Le point de vue du juge Shelby de l'Utah explique que c'est une évolution des mentalités à l'égard de l'homosexualité qui a permis d'adapter les lois du pays :

> It is not the Constitution that has changed but the knowledge of what it means to be gay or lesbian. The court cannot ignore the fact that the Plaintiffs are able to develop a committed, intimate relationship with a person of the same sex but not with a person of the opposite sex[1442].

Cette différence innée justifie que les couples de même sexe puissent prétendre à la même reconnaissance légale de leur union que n'importe quelle union hétérosexuelle.

Cette promesse d'égalité est désormais ancrée dans la doctrine johnsonienne de l'égalité « comme fait et comme résultat ». Appliquée au contexte du combat pour les droits civiques des Afro-Américains, cette doctrine entendait établir la préférence raciale par l'*affirmative action*. Dans le cadre de l'égalité des droits des Américains LGBT, les récents jugements tendent à considérer l'orientation sexuelle comme une *suspect classification*[1443] . En effet, la communauté LGBT remplit les critères qui permettraient à la Cour suprême d'appliquer systématiquement un examen strict de constitutionnalité pour annuler des mesures établissant une différence de traitement à leur égard : « (1) they have suffered from a history of discrimination; (2) they are defined by an immutable characteristic; and (3) they are "politically powerless" and therefore need extra judicial protection[1444]. » On constate que même si dans *Obergefell* la Cour n'a pas abrogé des

---

[1442] « Ce n'est pas la Constitution qui a changé mais la connaissance de ce que cela signifie d'être gay ou lesbienne. La Cour ne peut pas ignorer le fait que les plaignants sont en mesure de développer une relation intime et durable avec une personne du même sexe mais pas avec une personne du sexe opposé. »
U.S. District Court for the District of Utah. "Kitchen v. Herbert". Salt Lake City. December 2013. [https://ecf.utd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?213cv0217-90], p.29-30.

[1443] « A class of individuals that have been historically subject to discrimination. Any statute that makes a distinction between individuals based on any of the suspect classifications (ie. alienage, race) will be subject to a strict scrutiny standard of review before the Supreme Court. »
Legal Information Institute. [https://www.law.cornell.edu/wex/suspect_classification]

[1444] « (1) ils ont souffert d'une histoire de la discrimination ; (2) ils sont définis par une caractéristique immuable ; et (3) ils sont "politiquement impuissants" et ont donc besoin de protection judiciaire supplémentaire. »
GERSTMANN, op.cit., p.68.

amendements constitutionnels par ce biais, elle reste plus avancée que les législateurs sur l'importance de protéger un groupe minoritaire contre la discrimination. D'ailleurs, tel est le sens de l'*Equality Act* présenté par les démocrates au Congrès à la suite du jugement de juin 2015. Mais on peut estimer que les républicains seront opposés à une telle mesure étant donné que certains soutiennent le gouverneur de la Caroline du Nord, Pat McCrory, qui continue de ne pas vouloir prohiber la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle mais seulement celle fondée sur la race, la religion, la couleur, l'origine nationale, l'âge, le sexe biologique ou le handicap[1445]. D'ailleurs, Loretta Lynch, la ministre de la Justice des États-Unis, a annoncé vouloir poursuivre en justice l'État de Caroline du Nord en raison d'une disposition dans la loi HB2 qui interdit aux personnes trans d'utiliser les toilettes publiques correspondant à leur identité de genre. Cette déclaration du 9 mai 2016 intervient quatre ans jour pour jour après qu'Obama a annoncé son soutien au mariage homosexuel.

Cette annonce ouvre ainsi la voie à une nouvelle bataille judiciaire en faveur de l'égale protection des droits des transgenres américains dans le cadre de la « guerre des toilettes » : « […] what this law does is inflict further indignity on a population that has already suffered far more than its fair share. This law provides no benefit to society – all it does is harm innocent Americans[1446]. » L'obstination des républicains à ne pas reconnaître les différences sexuelles innées de leurs concitoyens accentue les divisions d'une société déjà fracturée et encline à la recherche de boucs émissaires ne participant pas au rayonnement de la « bonne vie ». Dans un tel contexte institutionnel marqué par un farouche recours à l'obstructionnisme, le pouvoir judiciaire est indispensable pour garantir à tous les individus une justice impartiale vis-à-vis de la morale religieuse la plus rigoriste qui cherche à ostraciser les Américains LGBT et à rendre leur sexualité incompatible avec toute considération politique, sociale et juridique. À l'approche de l'élection présidentielle du 8 novembre 2016, le gouvernement Obama se lance dans une véritable course contre la montre en faisant le choix audacieux d'engager un bras de fer avec le Sénat, qui refuse toujours de donner son « avis et consentement » à la nomination du juge centriste Merrick Garland au poste de juge de la Cour suprême. Le gouvernement entend bien également s'imposer contre

---

[1445] General Assembly of North Carolina. House Bill 2. Second Extra Session 2016. Raleigh. Approved on March 23, 2016. [http://www.ncleg.net/Sessions/2015E2/Bills/House/PDF/H2v4.pdf], p.3.

[1446] « […] Cette loi revient à infliger davantage d'indignité à une communauté qui a déjà souffert bien plus que son dû. Cette loi n'apporte aucun avantage à la société – son seul objectif est de nuire à des Américains innocents. »
Attorney General Loretta E. Lynch. "Press Conference Remarks: Complaint Against the State of North Carolina to Stop Discrimination Against Transgender Individuals". US Department of Justice, Washington, DC. May 9, 2016. [https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-remarks-press-conference-announcing-complaint]

des États, certes souverains, mais qui s'arrogeraient le droit de bafouer le droit fédéral[1447]. D'ailleurs, Theodore Olson, qui a participé au gouvernement Bush et à l'annulation de la Proposition 8, a été mandaté par la HRC afin de rédiger un mémoire d'*amicus curiae* au nom du gouvernement fédéral contre la loi HB2. Depuis juillet 2016, tous les regards se portent à nouveau sur la justice afin de déterminer si elle inscrira la reconnaissance de l'égalité des droits des transgenres américains dans la Constitution. De fait, le consensus entre démocrates et républicains reste difficile, comme en témoigne le spectacle consternant de quelques républicains qui ont fait volte-face dans les minutes suivant l'approbation de l'amendement Maloney, en changeant leur vote afin de définitivement enterrer cette proposition[1448]. Cet amendement avait pour objectif de prohiber la discrimination d'employés LGBT par des entreprises sous contrat avec l'État fédéral. Cependant, le président de la Chambre a délibérément attendu plus de cinq minutes après le vote afin que le résultat final bascule dans le camp du *non* pour alors clôturer la procédure. Devant une telle obstination, les républicains semblent promettre davantage de polarisation, de blocage face à ce qu'ils qualifient d'« expérimentations sociales », de progrès immoraux, et donc un recours au décret plus systématique.

Nous avons tenté une approche pratique du concept de « guerres culturelles » dans le cadre du débat sur la légalisation du mariage homosexuel et plus largement sur l'égalité des droits des Américains LGBT. Cette guerre contre l'homosexualité est inhérente au système politique au point qu'elle a été au centre des enjeux de nombreux référendums dont l'objectif était notamment d'inscrire l'infériorité des couples de même sexe dans la Constitution. La campagne présidentielle de 2016 montre que la question de l'homosexualité alimente les crispations entre démocrates et républicains. Un mois seulement après la tuerie d'Orlando et le massacre d'une cinquantaine de personnes homosexuelles, les républicains à la Chambre des représentants envisagaient l'adoption du *First Amendment Defense Act* pour protéger les croyances religieuses des commerçants et des chefs d'entreprise. Les membres du comité national du Parti républicain souhaitaient ajouter des dispositions anti-LGBT à son programme électoral, comme le vote d'un amendement constitutionnel contre le mariage homosexuel. Néanmoins, avec le recul, la question de l'égalité

[1447] Le gouvernement Obama a même adopté une nouvelle directive adressée à toutes les écoles publiques afin que celles-ci autorisent les élèves transsexuels à utiliser les toilettes correspondant à leur identité de genre. Mais, les républicains qui contrôlent la Chambre des représentants, ont déjà déposé un projet de loi pour permettre aux écoles de décider librement de leur propre règlement concernant l'accès aux toilettes par les élèves transgenres.

[1448] S'il avait été approuvé, cet amendement aurait invalidé une disposition permettant à des sous-traitants d'invoquer leur liberté religieuse pour harceler, voire congédier des employés LGBT. Cette disposition s'intégrait au *National Defense Authorization Act* (NDAA) qui établit le budget et les dépenses du ministère de la Défense.
JOHNSON, Chris. "House LGBT amendment fails after GOPers change votes". *Washington Blade*. May 19, 2016. [https://www.washingtonblade.com/2016/05/19/house-lgbt-amendment-fails-after-gopers-change-votes/]

des droits s'est révélée être un formidable observatoire de la démocratie américaine et de son système unique de gouvernement, qui reste sous l'influence de puissants groupes d'intérêts comme la *National Rifle Association* (NRA), la conférence des évêques catholiques des États-Unis (USCCB), la *Family Research Council* (FRC), la *National Organization for Marriage* (NOM), la *Human Rights Campaign* (HRC)[1449]. Toutes ces organisations contribuent à la polarisation politique en exerçant diverses pressions sur les pouvoirs publics pour élaborer des projets de loi ou s'opposer à des politiques qui ne servent pas leurs intérêts.

Mais il convient de conclure également que cette thèse n'a pas épuisé le champ des possibles. En effet, elle a proposé une piste d'exploitation des guerres culturelles dans le cadre de la civilisation américaine mais n'a pas apporté une réponse définitive à ce combat idéologique, puisque cette controverse continue d'alimenter les débats entre enseignants-chercheurs. Cependant, certaines pistes de recherche pourraient ouvrir de nouvelles perspectives d'approfondissement ou d'élargissement pour faire suite à ce travail. Cette thèse s'est employée à identifier les caractéristiques historiques d'une guerre culturelle qui a mis à rude épreuve les institutions démocratiques et, plus récemment, a testé l'efficacité et les limites du fédéralisme. Cette lutte pour le changement chère au président Obama a mis en lumière le sentiment de pouvoir inhérent à chaque citoyen ordinaire appartenant à un groupe minoritaire. Ce citoyen est capable d'agir sur sa situation de manière collective pour combattre des forces conservatrices déterminées à le priver de tout pouvoir et de toute visibilité politique et sociale. Nous pourrions employer la même méthode d'observation sur d'autres sujets sensibles tels que l'avortement ou le contrôle des armes à feu. La légalisation du mariage homosexuel a ouvert la voie à de nouveaux combats pour l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans l'accès à un emploi, à un logement et aux lieux publics. Nous pourrions étudier le rôle du lobby (LGBT), ses stratégies et ses modalidés d'action. Comme Joe Solmonese l'a expliqué, la HRC a démarché de nombreuses entreprises pour qu'elles s'engagent à respecter l'égalité des droits des salariés LGBT. Celles-ci disposent d'une certaine marge de manœuvre pour peser sur l'économie locale et infléchir des politiques discriminatoires approuvées par des gouverneurs républicains : menace de mettre fin à de nouveaux investissements et aux promesses d'embauche, délocalisation de certaines activités issues de l'industrie du divertissement[1450]. Quels sont les objectifs des rencontres

---

[1449] OVERBY, Peter. "Gay Lobbying On The Hill Has Short Yet Strong History". *NPR Politics*. March 23, 2013. Consulté le 21 mai 2016 : [http://www.npr.org/2013/03/23/175119416/gay-lobbying-on-the-hill-has-short-yet-strong-history]

[1450] KATZ, Jonathan and ECKHOLM, Erik. "Anti-Gay Laws Bring Backlash in Mississippi and North Carolina". *New York Times*. April 5, 2016. Consulté le 21 mai 2016 : [http://www.nytimes.com/2016/04/06/us/gay-rights-mississippi-north-carolina.html?_r=0]

(internationales) organisées par la HRC autour de la notion d'égalité ? Pourquoi Evan Wolfson a-t-il fait le choix de porter son combat pour la liberté du mariage homosexuel en dehors des frontières des États-Unis, comme en Allemagne, au Japon ou en Corée du Sud ? Il serait certainement opportun d'envisager les guerres culturelles dans une perspective plus mondiale pour mettre en lumière les similitudes et les divergences de ce phénomène concernant un voire plusieurs autres sujets de société.

Avant l'arrivée au pouvoir du 45e président des États-Unis en janvier 2017, cette thèse (dont la soutenance est programmée le 18 novembre 2016, soit dix jours après les élections) en revient aux réflexions initiales : comment la prochaine présidence s'inscrira-t-elle dans cet élan favorable au changement laissé en héritage par Barack Obama ? L'esprit de religion connaîtra-t-il un regain de faveur avec un président républicain (« phase de flux ») ? L'Amérique assistera-t-elle à une stabilité des progrès engagés pour la communauté LGBT ou bien à une éventuelle régression ? Comment les organisations religieuses fondamentalistes continueront-t-elles à tenter d'imposer la discrimination par la loi des Américains LGBT ? Cette guerre culturelle, si elle subsiste, se manifestera-t-elle jusque dans le domaine de l'éducation ? Comme le rappelle Chauncey lors du procès contre la Proposition 8, l'école est peut-être tant bien que mal préservée des guerres culturelles. En effet, elle constitue encore un espace sanctuarisé dont la mission éducative est de repousser tout jugement dogmatique. Dans une société diverse, elle doit rassembler et transmettre des « valeurs sociales au sens large » en restant un espace d'ouverture qui puisse permettre à chaque jeune en devenir de trouver les moyens de son émancipation, de sa liberté et d'être jugé sur son caractère. Les nouvelles générations jugeront peut-être un jour parfaitement obsolètes les débats discutés dans ce travail.

BIBLIOGRAPHIE

Sources Primaires

● Programmes des partis

Democratic Party. Democratic Party Platform of 1936. June 1936. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29596]

Democratic Party. Democratic Party Platform of 1940. July 1940. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29597]

1992 Democratic Party Platform. "A New Convenant with the American People". July 1992. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=29610]

1992 Republican Party Platform. "The Vision Shared: The Republican Platform, Uniting Our Family, Our Country, Our World". Adopted August 17, 1992 in Houston. *American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=25847]

1996 Democratic Party Platform. "Today's Democratic Party: Meeting America's Challenges, Protecting America's Values ". August 1996. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29611]

2004 Republican Party Platform. "A Safer World and a More Hopeful America". Reported by Full Committee on August 26th, 2004 in New York. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.gop.com/media/2004platform.pdf].

2008 Democratic Party Platform. "Renewing America's Promise". August 2008. *The American Presidency Project*. Consulté le 2 février 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/78283.pdf]

2012 Democratic Party Platform. "Moving America Forward". August 2012. Consulté le 22 janvier 2016 : [https://www.democrats.org/party-platform]

2012 Republican Platform. "We believe in America". August 2012. Consulté le 22 janvier 2016 : [https://prod-static-ngop-pbl.s3.amazonaws.com/docs/2012GOPPlatform.pdf]

● Pouvoir exécutif

Commission on Presidential Debates. The Second Gore-Bush Presidential Debate Transcript. Wake Chapel, Winston-Salem (NC), October 11, 2000. Consulté le 5 mars 2016 : [http://www.debates.org/?page=october-11-2000-debate-transcript]

President George W. Bush. Marriage Protection Week. Proclamation delivered in Washington, D.C., October 3, 2003. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/10/20031003-12.html]

President George W. Bush. The President's State of the Union Address. Speech delivered at the United States Capitol, January 20, 2004. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/01/20040120-7.html]

President George W. Bush. The President's State of the Union Address. Speech delivered at the United States Capitol, February 2nd, 2005. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/02/20050202-11.html]

President George W. Bush. President calls for Constitutional Amendment Protecting Marriage. Speech delivered from the Roosevelt Room, February 24th, 2004. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/02/20040224-2.html]

President George W. Bush. "President's radio address". Address delivered on June 3rd, 2006. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/06/print/20060603.html]

President George W. Bush. "President Discusses Marriage Protection Amendment". Speech delivered from the Presidential Hall on June 6th, 2006. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/06/20060605-2.html]

President Bill Clinton. Presidential Executive Order 12968. *Access to Classified Information*. August 2, 1995. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1995-08-07/pdf/95-19654.pdf]

President Bill Clinton. Inaugural Address. Washington, D.C. January 20, 1993. *The American Presidency Project*. [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=46366]

President Bill Clinton. President's Statement on DOMA. The White House. September 20, 1996. [http://www.cs.cmu.edu/afs/cs/usr/scotts/ftp/wpaf2mc/clinton.html]

President Bill Clinton. "It's time to overturn DOMA". *Washington Post*. March 7, 2013. Consulté le 21 février 2016 : [https://www.washingtonpost.com/opinions/bill-clinton-its-time-to-overturn-doma/2013/03/07/fc184408-8747-11e2-98a3-b3db6b9ac586_story.html]

President Dwight Eisenhower. Presidential Executive Order 10450. *Security requirements for Government employment*. 27 avril 1953. Consulté le 20 décembre 2015 : [http://www.ncsc.gov/publications/policy/docs/EO_10450.pdf]

President John F. Kennedy. Inaugural Address. Washington, D.C. January 20, 1961. *American Rhetoric*. [http://www.americanrhetoric.com/speeches/jfkinaugural.htm]

President Abraham Lincoln. The Gettysburg Address. Speech delivered at the Soldiers' National Cemetery in Gettysburg (PA). November 19, 1863. Consulté le 15 janvier 2016 : [http://www.loc.gov/teachers/newsevents/events/lincoln/pdf/gettysburg.pdf]

President Ronald Reagan. Manual for Courts-Martial. Executive Order 12473. April 13, 1984. Consulté le 15 janvier 2016 : [https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/manual-1984.pdf]

President Franklin Delano Roosevelt. "Commonwealth Club Address". September 23, 1932, San Francisco. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/conlaw/fdr.html]

President Franklin Delano Roosevelt. "Address Accepting the Presidential Nomination". Democratic National Convention. Chicago. July 2, 1932. The American Presidency Project.
Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=75174]

President Franklin Delano Roosevelt. "Address at the Democratic State Convention". Syracuse (NY). September 29, 1936. The American Presidency Project.
Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15142]

President Franklin Delano Roosevelt. State of the Union Address. January 6, 1941. *American Rhetoric*. Consulté le 22 janvier 2016 :
[http://www.americanrhetoric.com/speeches/PDFFiles/FDR%20-%20Four%20Freedoms.pdf]

President Franklin Delano Roosevelt. Excerpts from the Press Conference. December 28, 1943. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16358]

Franklin Delano ROOSEVELT. State of the Union Message to Congress. January 11, 1944. *The American Presidency Project*. Consulté le 22 janvier 2016 :
[http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16518]

President Obama. Remarks by the President at Human Rights Campaign Dinner. Washington, D.C., October 11, 2009. Consulté le 10 avril 2016 [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-human-rights-campaign-dinner]

President Obama. Inaugural Address. Washington, D.C. January 21, 2013. Consulté le 24 avril 2016 : [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/21/inaugural-address-president-barack-obama]

President Obama. "Statement by the President on the Supreme Court Ruling on the Defense of Marriage Act". The White House. June 26, 2013. Consulté le 3 juillet 2013 : [https://www.whitehouse.gov/doma-statement]

President Barack Obama. The President's State of the Union Address. Speech delivered at the United States Capitol, January 13, 2016. Consulté le 21 janvier 2016 : [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/01/12/remarks-president-barack-obama-–-prepared-delivery-state-union-address]

President Barack Obama. "Remarks by the President at LGBT Pride Month Reception". The White House. June 24, 2015. Consulté le 14 janvier 2016 : [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/25/remarks-president-lgbt-pride-month-reception]

President Obama. Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality. The White House. June 26, 2015. [https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/26/remarks-president-supreme-court-decision-marriage-equality]

Senator Barack Obama. "The Audacity of Hope". Keynote address to the Democratic National Convention. Boston, July 2004. Consulté le 10 avril 2016 : [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A19751-2004Jul27.html]

Senator Barack Obama. Remarks of Senator Barack Obama: Reclaiming the American Dream. Speech delivered in El Dorado, KS, on January 29th, 2008. Consulté le 10 avril 2016 : [http://www.barackobama.com/2008/01/29/remarks_of_senator_barack_obam_44.php]

Senator Barack Obama. Open Letter to the LGBT Community. *The Bilerico Project*. February 2008. Consulté le 10 avril 2016 : [http://bilerico.lgbtqnation.com/2008/02/open_letter_from_barack_obama_to_the_lgb.php]

Senator Barack Obama. Pride Month Statement. June 2008. Consulté le 22 avril 2016 : [http://www.charlestoncitypaper.com/GayCharleston/archives/2008/06/09/obama-releases-pride-month-statement]

Senator Barack Obama. Obama's Father's Day Remarks. *The New York Times*. June 15, 2008. Consulté le 12 septembre 2015 : [http://www.nytimes.com/2008/06/15/us/politics/15text-obama.html?pagewanted=all&_r=0]

President George Washington. "Washington's Farewell Address to the People of the United States". Déclaration Publiée le 19 septembre 1796 dans le Philadelphia *Daily American Advertiser*. Consulté le 15 novembre 2015 : [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CDOC-106sdoc21/pdf/GPO-CDOC-106sdoc21.pdf]

● Pouvoir législatif

108th Congress. United States House Committee on the Judiciary. Marriage Protection Act of 2004: Report together with Dissenting Views. July 19, 2004. Consulté le 2 mars 2016 : [https://www.congress.gov/108/crpt/hrpt614/CRPT-108hrpt614.pdf]

108th Congress. United States Senate Committee on the Judiciary. A Proposed Constitutional Amendment to Preserve Traditional Marriage. March 23, 2004. Consulté le 2 mars 2016 : [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-108shrg98156/html/CHRG-108shrg98156.htm]

142 Cong. Rec. H7265. Defense of Marriage Act. July 11, 1996. Consulté le 5 mars 2016 : [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-1996-07-11/pdf/CREC-1996-07-11.pdf]

142 Cong. Rec. H7480. Defense of Marriage Act. July 12, 1996. Consulté le 5 mars 2016 : [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-1996-07-12/pdf/CREC-1996-07-12-pt1-PgH7480-5.pdf]

California Senate Office of Research, "Proposition 64: The AIDS Initiative in California" (1986). *California Senate*. Paper 225. Consulté le 5 janvier 2016 : [http://digitalcommons.law.ggu.edu/caldocs_senate/225]

FEDER, Jody. "Don't Ask, Don't Tell: A Legal Analysis". Congressional Research Service. August 6, 2013. Rapport consulté le 18 février 2016 : [https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40795.pdf]

House of Representatives. "Defense of Marriage Act Report". H.R. 3396. Report 104-664. Submitted by the Committee on the Judiciary on July 9, 1996. Consulté le 2 mars 2016 : [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-104hrpt664/pdf/CRPT-104hrpt664.pdf]

House of Representatives, 104th Congress. *Defense of Marriage Act: Report*. July 9, 1996. Consulté le 21 février 2016 : [https://www.congress.gov/104/crpt/hrpt664/CRPT-104hrpt664.pdf]

Kentucky Legislative Research Commission. "Proposed Marriage Amendment". 2004. Consulté le 11 octobre 2015 : [http://lrc.ky.gov/lrcpubs/2004_const_amendment_1.pdf]

Texas Penal Code. Title 5: Offenses against the person. Chap 21: Sexual Offenses. Consulté le 24 juillet 2015 [http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.21.htm#62087.53405]

Texas Legislature. "Proposition 2". Constitutional Amendment passed by Texas Voters on November 8th, 2005. Consulté le 2 mars 2016 : [http://austin.about.com/od/governmentcityservices/f/txmarriageamend.htm]

US Senate. Congressional Record. Vol. 142, No. 123. Tuesday, September 10, 1996. Consulté le 21 février 2016 : [https://www.congress.gov/crec/1996/09/10/CREC-1996-09-10-senate.pdf]

U.S. Senate Report, 81st Congress. *Employment of Homosexuals and Other Sex Perverts in Government*. 1950. Consulté le 12 décembre 2015 : [http://www.mwe.com/info/mattachineamicus/document14.pdf]

United States Congress. *General Article (article 134,* § 934). In *Uniform Code of Military Justice*. August 10, 1956. Consulté le 2 février 2016 : [http://sapr.mil/public/docs/ucmj/UCMJ_Article134_General_Article.pdf]

U.S. Congress. "Defense of Marriage Act". Bill introduced in the U.S. Congress in Washington, DC, in May 1996. [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf]

United States Congress. "Marriage Protection Act". Bill reintroduced in the House of Representatives in 2005. Consulté le 2 mars 2016 : [http://thomas.loc.gov/home/gpoxmlc109/h1100_ih.xml]

United States Congress. "2004 Federal Marriage Amendment". Bill reintroduced in the Senate in June 2006. Consulté le 2 mars 2016 : [http://www.yuricareport.com/Law%20&%20Legal/FederalMarriageAmendmentHJRes56.html]

Virginia General Assembly. *Virginia Statute for Religious Freedom*. Loi promulguée le 16 janvier 1786. [http://www.virginiamemory.com/docs/ReligiousFree.pdf]

● Pouvoir judiciaire

Attorney General Eric Holder. Statement on Litigation Involving the Defense of Marriage Act. Department of Justice. February 23, 2011. Consulté le 25 mars 2016 : [https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-litigation-involving-defense-marriage-act]

Attorney General Loretta E. Lynch. Press Conference Remarks: Complaint Against the State of North Carolina to Stop Discrimination Against Transgender Individuals. US Department of Justice, Washington, DC. May 9, 2016. Consulté le 25 mai 2016 : [https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-remarks-press-conference-announcing-complaint]

Supreme Court of the United States Justices. "West Virginia State Board of Education v. Barnette". Jugement rendu le 14 juin 1943. Consulté le 25 septembre 2015 : [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624]

Supreme Court of the United States Justices. "Reynolds v. United States". Jugement rendu le 6 janvier 1879. Consulté le 2 septembre 2015 : [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/98/145/case.html]

Supreme Court of the United States Justices. "Loving v. Virginia". Jugement rendu le 12 juin 1967. Consulté le 2 novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/wex/loving_v._virginia_1967]

Supreme Court of the United States Justices. "Bowers v. Hardwick". Jugement rendu le 30 juin 1986. Consulté le 15 octobre 2006 : [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/478/186]

Supreme Court of the United States Justices. "Romer v. Evans". Jugement rendu le 20 mai 1996. Consulté le 1er novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/517/620 - writingUSSC_CR_0517_0620_ZO]

Supreme Court of the United States Justices. "Boy Scouts v. Dale". Jugement rendu le 28 juin 2000. Consulté le 24 janvier 2015 : [https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZO.html]

Supreme Court of the United States Justices. "Lawrence v. Texas". Jugement rendu le 26 juin 2003. Consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.law.cornell.edu/wex/lawrence_v._texas_2003]

Supreme Court of the United States Justices. "Hosanna-Tabor v. EEOC". Jugement rendu le 11 janvier 2012. Consulté le 24 janvier 2015 : [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-553]

Mariage

Emergency Application to Stay Preliminary Injunction Pending Appeal. *Davis v. Miller* (...). Addressed to Justice Kagan. August 28, 2015. Consulté le 2 septembre 2015 : [https://www.liberty.edu/media/9980/attachments/2015/082815_Application_to_Stay_Order_Pending_Appeal.pdf]

First Circuit Court. *Baehr v. Miike*. Honolulu. Jugement rendu en September 1996. Consulté le 3 mars 2016 : [http://people.umass.edu/~leg450/Cases%20and%20statutes/BaehrvMiike.pdf]

Hawaii Supreme Court Justices. Baehr v. Miike. Jugement rendu le 9 décembre 1999. Consulté le 1er novembre 2014 : [http://www.lambdalegal.org/in-court/legal-docs/baehr_hi_19991209_decision-hi-supreme-court

Massachusetts Supreme Judicial Court. “Goodridge v. Department of Public Health”. Jugement rendu le 18 novembre 2003. Consulté le 15 juin 2015 : [http://www2.law.columbia.edu/faculty_franke/Gay_Marriage/Goodridge%20Decision%20edited%20Fundamental%20Right.pdf]

Organization of American Historians Amicus Curiae. *Obergefell v. Hodges*. Submitted to the United States Supreme Court. March 2015. Consulté le 26 juin 2015 : [http://www.oah.org/site/assets/files/5849/obergefell--_oah_amicus.pdf]

Supreme Court of Minnesota. “Baker v. Nelson”. Jugement rendu le 15 ocotbre 1971. Consulté le 15 juillet 2015 : [http://moritzlaw.osu.edu/library/documents/BakervNelson.pdf]

Supreme Court of the United States Justices. “Turner v. Safley”. Jugement rendu le 1er juin 1987. Consulté le 15 février 2015 : [http://web.stanford.edu/~mrosenfe/Turner_v_Safley_US_1987.pdf]

Supreme Court of the United States Justices. “United States v. Windsor”. Jugement rendu le 26 juin 2013. Consulté le 1er novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-307]

Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”. Oral Hearing Part 1. Case argued on April 28th, 2015. Consulté le 26 juin 2015 : [http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_l5gm.pdf]

Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”. Oral Hearing Part 2. Case argued on April 28th, 2015. Consulté le 26 juin 2015 : [http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q2_8m58.pdf]

Supreme Court of the United States Justices. “Obergefell v. Hodges”. Jugement rendu le 26 juin 2015. Consulté le 26 juin 2015 : [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf]

U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Deboer v. Snyder*. Jugement rendu le 6 novembre 2014. Consulté le 1er octobre 2015 : [http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/14a0275p-06.pdf]

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Witt v. Department of the Air Force*. 2006. Consulté le 13 février 2016 : [http://www.lambdalegal.org/in-court/cases/witt-v-usaf], p.4.

United States District Court for the District of Columbia. *McVeigh v. Cohen*. 1998. Consulté le 13 février 2016 : [http://www.internetlibrary.com/pdf/McVeigh-Cohen-DDC.pdf]

U.S. District Court for the District of Utah. “Kitchen v. Herbert”. Salt Lake City. December 2013. [https://ecf.utd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?213cv0217-90]

Vermont Supreme Court. “Baker v. Vermont”. Jugement rendu le 20 décembre 1999. Consulté le 15 juin 2015 : [http://www.lambdalegal.org/in-court/legal-docs/baker_vt_19991220_decision-vt-supreme-court]

Proposition 8
Prop 8 Trial Transcript. “Perry v. Schwarzenegger”. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 2010. Consulté le 1er janvier 2015 :
[http://www.afer.org/our-work/hearing-transcripts/]

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. Consulté le 1er janvier 2015 :
[https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf]

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. “Perry v. Brown”. No 10-16695. Opinion by Judge Reinhardt. February 7, 2012. Consulté le 1er janvier 2015 :
[http://www.oyez.org/ssm/documents/prop8_appeal_opinion.pdf]
Supreme Court of the United States Justices. “Hollingsworth v. Perry”. Jugement rendu le 26 juin 2013. Consulté le 1er novembre 2014 : [http://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-144]

● Autres sources primaires

25th General Synod of the United Church of Christ. "Equal Marriage Rights for All". Atlanta. July 4, 2005. [http://uccfiles.com/pdf/2005-EQUAL-MARRIAGE-RIGHTS-FOR-ALL.pdf]

American Bar Association. A White Paper: An Analysis of the Law Regarding Same-Sex Marriage, Civil Unions, and Domestic Partnerships. Section of Family Law. March 2005 : Consulté le 20 février 2016 :
[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/WhitePaper.authcheckdam.pdf]

American Psychological Association. Statement of the American Psychological Association Regarding Pedophilia and the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5). 31 octobre 2013. Déclaration consultée le 13 septembre 2015 : [http://www.apa.org/news/press/releases/2013/10/pedophilia-mental.aspx]

An interview with David K. Johnson. University of Chicago.
Consulté le 15 avril 2016 : [http://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/404811in.html]

Assemblée générale des Nations Unies. Conseil des droits de l'homme. Rapport national des États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'Examen périodique universel (EPU). Août 2010.
[http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cb2c8dd2]

BALDWIN, Chuck. "Is America in Its Final Days of Freedom?". May, 29, 1998. Consulté en mars 2005 : [http://www.chuckbaldwinlive.com]

President Robert Gates (BSA). "National Annual Business Meeting Remarks." Boy Scouts of America. May 21, 2015. [http://scoutingnewsroom.org/wp-content/uploads/2015/05/DR-GATES-REMARKS.pdf]

BUCHANAN, Patrick. "Culture War Address". Republican National Convention. Houston. August 17, 1992. *American Rhetoric*. Consulté le 3 mai 2016 : [http://www.americanrhetoric.com/speeches/patrickbuchanan1992rnc.htm]

California Department of Public Health. "Evolution of HIV/AIDS in California, 1981–2008". June 2009. [http://www.cdph.ca.gov/programs/aids/documents/evolutionofaids.pdf]

California Secretary of State. "Official Title and Summary". *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*.
Consulté le 22 septembre 2015 : [http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/Props/title-summary-analysis/prop8-title-summ-analysis-pg54-55.pdf]

California Secretary of State. "Proposition 8: Who gave in the marriage battle?. *Los Angeles Times*. 2009. Consulté le 22 février 2015 : [http://projects.latimes.com/prop8/]

CARPENTER, Christopher & GATES, Gary. "Gay And Lesbian Partnership: Evidence From California". *Demography*, Volume 45-Number 3, August 2008: pp. 573–590. Consulté le 6 septembre 2015 :
[http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-Carpenter-GL-Partnership-Evidence-CA-Aug-2008.pdf]

CENZIPPER, Debbie & OBERGEFELL, Jim. *Love Wins: The Lovers and Lawyers Who Fought the Landmark Case for Marriage Equality*. New York: HarperCollins. 287 pages.

CLINTON, Hillary. Remarks at the American Israel Public Affairs Committee (APAIC). Washington, D.C., March 21, 2016. Consulté le 23 avril 2016 : [http://time.com/4265947/hillary-clinton-aipac-speech-transcript/]

Department of Defense. Directive 1304.26. *Qualification Standards for Enlistment, Appointment, and Induction*. Provisions related to homosexual conduct, E1.2.8.1. February 28, 1994. Consulté le 8 février 2016 : [http://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/html2/d130426x.htm]

Department of Defense. *Human Immunodeficiency Virus (HIV) in Military Service Members*: Instruction 6485.01. June 7, 2013. Consulté le 13 février 2016 : [http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/648501p.pdf]

DYER, Kate & Congressman STUDDS, Gerry. *Gays in Uniform: the Pentagon's Secret Reports*. Boston: Alyson Publication. 1990. 135 pages.

EHRENSAFT, Diane & MILKMAN, Ruth. "Sexuality and the State: the Defeat of the Briggs Initiative and Beyond. Interview with Amber Hollibaugh." *Socialist Review*. May-June 1979.

GARLOW, James. "The Ten Declarations For Protecting Biblical Marriage." 25 juin 2008. Consulté le 27 septembre 2015 : [http://drjamesdobson.org/images/pdf/10declarations.pdf]

GATES, Gary. "How many people are LGBT?". The Williams Institute. April 2011. Rapport consulté le 2 mars 2016 : [http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-How-Many-People-LGBT-Apr-2011.pdf]

GATES, Gary. "LGBT Parenting in the United States". UCLA School of Law: the Williams Institute. February 2013. Rapport consulté le 16 octobre 2015 : [http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/LGBT-Parenting.pdf].

General Assembly of North Carolina. House Bill 2. Second Extra Session 2016. Raleigh. Approved on March 23, 2016. Consulté le 28 avril 2016 : [http://www.ncleg.net/Sessions/2015E2/Bills/House/PDF/H2v4.pdf]

Government of the United States Report. Everett Koop, Surgeon General. *Understanding AIDS*. Report authorized by Congress. 1988. Consulté le 18 janvier 2016 : [https://profiles.nlm.nih.gov/ps/access/QQBDRL.pdf]

HAMERMAN, Warren. "California's Proposition 64 has shaken the world". *EIR*, vol. 13, n°45, November 14, 1986. Consulté le 15 janvier 2015 : [http://www.larouchepub.com/eiw/public/1986/eirv13n45-19861114/eirv13n45-19861114.pdf], p.30-34.

Human Rights Campaign. "Preview 2016: Pro-Equality and Anti-LGBT State & Local Legislation". Consulté le 3 février 2016 : [http://hrc-assets.s3-website-us-east-1.amazonaws.com//files/assets/resources/2016_Legislative-Doc.pdf]

KIOW Radio. "King Calls for End to Civil Marriage". June 30, 2015. Consulté le 28 mars 2016 : [http://kiow.com/2015/06/30/king-calls-for-end-to-civil-marriage-in-wake-of-supreme-court-ruling/]

L*es Principes de Jogjakarta*. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. 2007. Consulté le 14 juillet 2016 : [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.pdf]

MADISON, James. Convention Constitutionnelle de la Virginie. Discours du 2 décembre 1829. [http://www.constitution.org/jm/18291202_vaconcon.txt]

Michigan Association of Mayors. "The Civil Marriage Ceremony Handbook for Mayors". 1973. consulté le 10 octobre 2015 : [https://www.mml.org/pdf/marriage_mayors_handbook.pdf]

Motion Pictures Producers and Distributors Association. *Motion Picture Production Code*. 1930. [http://www.und.edu/instruct/cjacobs/ProductionCode.htm]

NAACP Board of Directors. "NAACP Passes Marriage Resolution in Support of Marriage Equality". NAACP. May 21, 2012. Consulté le 3 avril 2016 : [http://www.naacp.org/news/entry/naacp-passes-resolution-in-support-of-marriage-equality]

OBAMA, Barack. *The Audacity of Hope*. New York: Crown Pub. 2006. 375 pages.

PEREZ, Vanessa. *Political Participation of LGBT Americans*. *Project Vote*. June 2014. Consulté le 30 avril 2016 : [http://www.projectvote.org/wp-content/uploads/2014/06/RESEARCH-MEMO-LGBT-PARTICIPATION-June-20-2014.pdf]

PRENTICE, Ron. AVILA, Rosemary. Bishop McKINNEY, George. "Argument in Favor of Proposition 8". California Secretary of State. *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*. Consulté le 22 septembre 2015 : [http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/Props/arguments-rebuttals/prop8-arguments-pg56-57.pdf]

Pope Francis. Address to the Joint Meeting of Congress. United States Capitol, Washington DC. September 24, 2015. Consulté le 21 janvier 2016 : [http://www.popefrancisvisit.com/schedule/address-to-joint-meeting-of-congress/]

POWELL, Colin. *My American Journey*. New York : Ballantine Books. 2003. 688 pages.

Press Secretary Josh Earnest. "President Obama Supports Same-Sex Marriage". The White House. May 10, 2012. [https://www.whitehouse.gov/blog/2012/05/10/obama-supports-same-sex-marriage]

ROBERTS, Robin. ABC News Interview With President Obama. *ABC News*. May 9, 2012. Consulté le 24 avril 2016 : [http://abcnews.go.com/Politics/transcript-robin-roberts-abc-news-interview-president-obama/story?id=16316043]

SCHLATTER, Evelyn. "18 Anti-Gay Groups and their Propaganda". *Southern Poverty Law Center*. November 4, 2010. Consulté le 5 février 2016 : [https://www.splcenter.org/fighting-hate/intelligence-report/2010/18-anti-gay-groups-and-their-propaganda]

SPEARS, Benjamin. "Civic Engagement in the Rocky Mountain State (2002-2006)". *Project Vote*. [http://www.projectvote.org/wp-content/uploads/2008/06/Colorado-Votes.pdf]

TAUBERER, Josh. "Kill Bill: How many bills are there? How many are enacted?". *GovTrack.us*. August 4, 2011. Consulté le 30 avril 2016 : [https://www.govtrack.us/blog/2011/08/04/kill-bill-how-many-bills-are-there-how-many-are-enacted/]

The Federal Bureau of Investigation. 2013 Hate Crimes Statistics report. August 2014. Rapport consulté le 19 septembre 2015 : [https://www.fbi.gov/news/stories/2014/december/latest-hate-crime-statistics-report-released]

The Founders' Constitution. "Thomas Jefferson, A Bill for Proportioning Crimes and Punishments". Volume 5, Amendment VIII, Document 10. 1778. Consulté le 14 juillet 2015 : [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIIIs10.html]

The Kaiser Family Foundation. A Report on the Experiences of Lesbians, Gays and Bisexuals in America and the Public's Views on Issues and Policies Related to Sexual Orientation. 2000. Rapport consulté le 24 juillet 2015 : [http://www.lgbtdata.com/uploads/1/0/8/8/10884149/ds020_ksso_report.pdf]

The Kaiser Family Foundation. "A Report on the Experiences of Lesbians, Gays and Bisexuals in America and the Public's Views on Issues and Policies Related to Sexual Orientation". 2001. p. 11. Rapport consulté le 5 septembre 2015 : [https://kaiserfamilyfoundation.files.wordpress.com/2013/01/new-surveys-on-experiences-of-lesbians-gays-and-bisexuals-and-the-public-s-views-related-to-sexual-orientation-chart-pack.pdf]

The Holy Bible, English Standard Version. Unlawful Sexual Relations, Lev. 18.22. Wheaton: Crossway. 2011. Web.

The Holy Bible, English Standard Version. *Punishments for Sexual* Immorality, Lev. 20.13. Wheaton: Crossway. 2011. Web.

THORON Samuel & MILLER THORON, Julia."Argument Against Proposition 8". California Secretary of State. *California General Election, Tuesday, November 4, 2008 Official Voter Information Guide*. Consulté le 22 septembre 2015 : [http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/Props/arguments-rebuttals/prop8-arguments-pg56-57.pdf],

United Church of Christ (UCC). Marriage Equality. "Equal Marriage Rights for All". Résolution adoptée le 4 juillet 2005. Consultée le 18 septembre 2015 :
[http://uccfiles.com/pdf/2005-EQUAL-MARRIAGE-RIGHTS-FOR-ALL.pdf].

U.S. Department of Commerce. U.S. Census Bureau. "2010 U.S. Census: Same-Sex Couples Households". September 2011. Rapport consulté le 16 octobre 2015 :
[https://www.census.gov/prod/2011pubs/acsbr10-03.pdf]

United States Federal Law 103-160, 10 U.S.C., § 654. *Policy concerning homosexuality in the armed forces*. November 30, 1993. Consulté le 8 février 2016 :
[https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partII-chap37-sec654.pdf]

Sources Secondaires

● Ouvrages imprimés

Associated Press. *Gay America: The Road to Gay Marriage and LGBT Rights*. Mango Media. 2015. 167 pages.

ALLPORT, Gordon. *The Nature of Prejudice*. New York: Basic Books. 1979. 537 pages.

AXELROD, David. *Believer: My Forty Years in Politics*. New York: Penguin Books. 2016. 528 pages.

BAIM, Tracy. *Obama and the Gays: a Political Marriage*. Philadelphia: Prairie Avenue Productions. 2010. 556 pages.

BAILEY, Robert. *Gay politics, urban politics: identity and economics in the urban setting*. New York: Columbia University Press. 1999. 384 pages.

BEEMAN, Richard. *The Penguin Guide to the United States Constitution*. New York: Penguin Books. 2010. 213 pages.

BELL Jonathan & STANLEY Timothy. *Making Sense of American Liberalism*. Chicago: University of Illinois Press. 2012. 260 pages.

BELKIN, Aaron & BATEMAN, Geoffrey. *Don't Ask, Don 't Tell: Debating the Gay Ban in the Military*.Boulder (CO): Lynne Rienner Pub. 2003. 199 pages.

BERNSTEIN, Mary & TAYLOR, Verta. *The Marrying Kind? Debating Same-Sex Marriage within the Lesbian and Gay Movement*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 2013. 429 pages.

BERUBE, Allan. *Coming Out Under Fire: the History of Gay Men and Women in World War Two*. New York: Penguin Group. 1990. 377 pages.

BOIES, David & OLSON, Theodore B. *Redeeming the Dream: the Case for Marriage Equality*. New York: Penguin. 2014. 310 pages.

BRONSKI, Michael. *A Queer History of the United States*. Boston: Bacon Press. 2012. 104 pages.

BROOKS, Adrian. *The Right Side of History: 100 Years of LGBTQI Activism*. New York: Cleiss Press. 2015. 242 pages.

BUTLER, Judith. *Undoing Gender*. New York: Routledge. 2004. 272 pages.

CAMPBELL, David. *A Matter of Faith: Religion in the 2004 Presidential Election*. Washington D.C: Brookings Institution Press. 2007. 308 pages.

CAMPOS, David. *Understanding Gay and Lesbian Youth: Lessons for Straight School Teachers, Counselors and Administrators*. Lanham: Rowman & Littlefield. 2005. 370 pages.

CANAVAN, Francis. *The Pluralist Game*. Maryland: Rowan & Littlefield Pub.Inc. 1995. 164 pages.

CHAPMAN, Roger & CIMENT, James. *Culture Wars in America: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints, and Voices*. New York: M.E. Sharpe. 1024 pages.

CHASTAGNER Claude. *Révoltes et Utopies: Militantisme et contre-culture dans l'Amérique des années soixante*. Paris: PUF. 2011. 163 pages.

CHAUNCEY, George. *Gay New York: Gender, Urban Culture, and the Making of the Gay Male World, 1890-1940*. New York: Basic Books. 1994. 496 pages.

CHAUNCEY, George. *Why Marriage: The History Shaping Today's Debate Over Gay Equality*. New York: Basic Books. 2009. 226 pages.

CLENDINEN, Dundley & DAGOURNEY, Adam. *Out For Good: The Struggle to Build a Gay Rights Movement in America*. New York: Simon & Schuster Paperbacks. 2001. 720 pages.

CONRAD, Ryan. *Against Equality: Queer Revolution, Not Mere Inclusion*. Oakland: AK press. 2014. 249 pages.

CORVINO, John & GALLAGHER, Maggie. *Debating Same-Sex Marriage*. New York: Oxford University Press. 2012. 292 pages.

COTT, Nancy. *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*. Cambridge: Harvard University Press. 2000. 304 pages.

D'EMILIO, John & FREEDMAN, Estelle. *Intimate Matters - A History of Sexuality in America*, 3rd Ed. Chicago: University of Chicago Press. 2013. 560 pages.

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.

D'EMILIO, John. *The World Turned*. Durham: Duke University Press. 2002. 264 pages.

DESCOUTURES, V., DIGOIX, M., FASSIN, E., RAULT, W. *Mariages et Homosexualités dans le Monde*. Paris: Autrement. 2008. 220 pages.

DEYSINE, Anne. *La Cour Suprême des États-Unis : Droit, Politique et Démocratie*. Paris : Dalloz. 2015. 287 pages.

DOMBRINK, John. *The Twilight of Social Conservatism: American Culture Wars in the Obama Era*. New York: New York University Press. 2015. 272 pages.

DUGGAN, Lisa & HUNTER, Nan. *Sex Wars*. New York: Routledge. 2006. 342 pages.

DUGGAN, Lisa. *The Twilight of Equality?: Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack on Democracy*. Boston. Beacon Press. 2004. 136 pages.

DURPAIRE, François. *L'Amérique de Barack Obama*. Paris : Demopolis. 2007.

DYNES, Wayne. *Homosexuality and Government, Politics, and Prisons*. New York: New York Garland. 1992. 429 pages.

ELEVELD, Kerry. *Don't Tell Me to Wait: How the Fight for Gay Rights Changed and Transformed Obama's Presidency*. Basic Books: New York. 2015. 369 pages.

EPSTEIN, Lee & WALKER, Thomas G., *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*. 7th ed. Washington: CQ Press. 2010. 823 pages.

ESKRIDGE, William & HUNTER, Nan. *Sexuality, Gender, and the Law* (2nd ed.). New York: Thomson Reuters. 2009. 176 pages.

FIORINA, Morris. *Culture War? The Myth of a Polarized America* (3rd ed.). New York: Longman. 2011. 275 pages.

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité, la Volonté de Savoir* (Vol.I). Saint-Amand: Gallimard. 1976. 211 pages.

FOUREST, Caroline. *Foi contre choix : la droite religieuse et le mouvement pro-life aux Etats-Unis*. Paris: Golias ed. 2001. 335 pages.

FROIDEVAUX-METTERIE, Camille. *Politique et Religion aux États-Unis*. Paris : Repères. 2009. 123 pages.

GERSTMANN, Evan. *Same-Sex Marriage and the Constitution*, 2nd ed. New York: Cambridge University Press. 2008. 231 pages.

GREEN, John C., GUTH, James L., SMIDT, Corwin E., KELLSTEDT, Lyman A. *Religion and the Culture Wars: Dispatches From the Front*. Lanham: Rowman & Littlefield. 368 pages.

HAIDT, Jonathan. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Penguin Books. 2012. 500 pages.

HARTMAN, Andrew. *A History of the Culture Wars: a War for the Soul of America*. Chicago: University of Chicago Press. 2015. 384 pages.

HERTZOG, Mark. *The Lavender Vote: lesbians, **gay** men, and bisexuals in American electoral politics*, New York : New York University Press. 1996. 278 pages.

HUNTER, James D. *Culture Wars. : The Struggle to Define America* New York: Basic Books. 1991. 416 pages.

JONES, James H. *Alfred C. Kinsey: a Life*. New York: W.W. Norton & Company. 2004.

KATZ, Jonathan Ned. *The Invention of Heterosexuality*. Chicago: the University of Chicago Press. 1995. 291 pages.

KENNEDY, James & NEWCOMBE, Jerry. *What's Wrong with Same-Sex Marriage?*. Wheaton: Crossway Books. 2004. 144 pages.

KEMPF, Jean. *Une histoire culturelle des États-Unis*. Paris : U. 2015. 192 pages.

KENGOR, Paul. *God and George W. Bush: a Spiritual Life*. New York: Harper Collins. 2004. 400 pages.

KOSOFSKY SEDGWICK, Eve. *Epistemology of the Closet*. Los Angeles: University of California Press. 1990. 253 pages.

LAMBERT, Franck. *The Founding Fathers and the Place of Religion in America*. Princeton(NJ): Princeton UP. 2003. 344 pages.

LACORNE Denis. *De la religion en Amérique : essai d'histoire politique*. Paris: gallimard. 2007. 239 pages.

LERAT, Christian. . *La Cour suprême des États-Unis : pouvoirs et évolutions historiques*. Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux. 2003. 328 pages.

LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong*. New York: Oxford University Press. 2006. 231 pages.

LINN G., Jan. *Big Christianity: What's Right with the Religious Left*. Louisville (Kentucky): John Knox Press. 2006. 126 pages.

LUKIANOFF, Greg. *Freedom from Speech*. New York: Encounter Books. 2014. 61 pages.

MERIN, Yuval. *Equality for Same-Sex Couples: the Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*. Chicago: University of Chicago Press. 2002. 415 pages.

MILLER, Kenneth. *Direct Democracy and the Courts*. New York: Cambridge University Press. 2009. 278 pages.

NAVA Michael & DAWIDOFF Robert. *Created Equal: Why Gay Rights Matter to America*. New York: St Martin's Press. 1994. 175 pages.

NEUHAUS, Richard J. *The Naked Public Square* (2nd Ed.). Grand Rapids: Wm.B. Eerdmans Pub.Cy. 1986. 280 pages.

PROTHERO, Stephen. *Why Liberals Win The Culture Wars*. New York: HarperOne. 2015. 336 pages.

PRYOR, John B & REEDER Glenn D. *The Social Psychology of HIV Infection*. New York: Psychology Press. 1993. 380 pages.

REDDY, Chandan. *Freedom with Violence: Race, Sexuality, and the US State*. Durham: Duke University Press. 2011. 303 pages.

RIMMERMAN, Craig & WILCOX, Clyde. *The Politics of Same-Sex Marriage*. Chicago: University of Chicago Press. 2007. 403 pages.

ROZELL, Mark, J. *In Contempt of Congress: Postwar Press Coverage on Capitol Hill*. Westport: Praeger Publishers. 1996. 160 pages.

ROSENFELD, Michael. *The Age of Independence: Interracial Unions, Same-Sex Unions, and the Changing of American Family*. Cambridge: Harvard University Press. 2007. 273 pages.

SCHUH, Thomas J. *In Support of Same-Sex Marriage and Gay Rights in America*. Victoria: Trafford Publishing. 2006. 136 pages.

SIGNORILE, Michelangelo. *Queer in America: Sex, the media, and the closets of power*. New York: Random House. 1993. 378 pages.

SMITH, George P. *Family Values and the New Society: Dilemmas of the 21st Century*. Wesport (CT): Praeger Publishers. 1998. 296 pages.

SOLOMON Marc. *Winning Marriage: The Inside Story of How Same-Sex Couples Took on The Politicians and Pundits-and Won*. Lebanon: ForeEdge. 2014. 368 pages.

STANFORD, Anthony. *Homophobia in the Black Church: How Faith, Politics, and Fear Divide the Black Community*. ABC-Clio: Santa Barbara. 2013

STANTON, Glenn T & MAIER, Bill. *Marriage on Trial: The Case Against Same-Sex Marriage and Parenting*. Downers Grove: InterVarsity Press. 2004. 198 pages.

STAVER, Mathew D. *Same Sex Marriage: Putting Every Household at Risk*. Nashville: B&H Publishing Group. 2004. 154 pages.

STEWART, Chuck. Homosexuality and the Law: a Dictionary. Santa Barbara: ABC-CLIO. 2001. 429 pages.

SULLIVAN, Andrew. *Virtually Normal: an Argument about Homosexuality*. New York: Knopf, inc. 1995. 209 pages.

THOMSON, Irene. *Culture Wars and Enduring American Dilemmas*. Ann Arbor: the University of Michigan Press. 2013. 279 pages.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: Perennial Classics. 2000. 778 pages.

WALTER Frank. *Law and the Gay Rights Story: the Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*. New Brunswick: Rutgers University Press. 2014. 248 pages.

WALTERS DANUTA, Suzanna. *The Tolerance Trap: How God, Genes, and Good Intentions Are Sabotaging Gay Equality*. New York: New York University Press. 2014. 333 pages.

WALZER, Lee. *Gay Rights on Trial*. Santa Barbara: ABC-CLIO. 2002. 323 pages.

WARDLE, Lynn; STRASSER, Mark; DUNCAN, William; COOLIDGE, David. *Marriage and Same-Sex Unions: a Debate*. New York: Praeger Pub. 2003. 408 pages.

WARNER, Michael (editor). *Fear of a Queer Planet*. Minneapolis*:* University of Minnesota Press. 1993. 334 pages.

WILLIAMS, Walter & RETTER, Yolanda. *Gay and Lesbian Rights in the United States*. Westport: Greenwood Press. 2003. 317 pages.

WOLFSON Evan. *Why Marriage Matters: America, Equality, and Gay People's Right to Marry*. New York: Simon & Schuster. 2004. 256 pages.

• Chapitre dans un ouvrage imprimé

BELLAH, Robert N. "Competing Visions of the Role of a Religion in American Society." In *Uncivil Religion*, ed. Robert N. Bellah and Frederick E. Greenspahn. New York: Crossroad, 1987. p.76-85.

BERNARD, Jessie. “The Two Marriages”. In HANSEN, Karen & ILTA GAREY, Anita. *Families in the US*. Philadelphia: Temple University Press. 1998. pp. 450-456.

D'EMILIO, John. "Cycles of Change, Questions of Strategy: The Gay and Lesbian Movement After Fifty Years." In RIMMERMAN, Craig, WALD, Kenneth, WILCOX, Clyde. *The Politics of Gay Rights*. Chicago: University of Chicago Press. 2000. p.31-53.

ETTLEBRICK, Paula. “Since When Is Marriage a Path to Liberation”. In HANSEN, Karen & ILTA GAREY, Anita. *Families in the US*. Philadelphia: Temple University Press. 1998. pp. 481-485.

FALWELL, Jerry. “The Imperative of Moral Involvement”. In BUTLER, John & S. STOUT, Harry. *Religion in American History*. New York: Oxford UP. 1998. pp. 504-511.

HENDERSHOT, Heather. “Holiness Codes and Holy Homosexuals: Interpreting Gay and Lesbian Subculture”. In *Shaking the World for Jesus: Media and Conservative Evangelical Culture*. Chicago: University Of Chicago Press. 2004. pp. 114-142.

HERBERG, Will. "America's Civil Religion: What It Is and Whence It Comes". In *American Civil Religion*, edited by Russel E. Richey & Donald G. Jones. New York: Harper & Row, 1974. pp.76-86.

MINOW, Martha. “Redefining Families”. In HANSEN, Karen & ILTA GAREY, Anita. *Families in the US*. Philadelphia: Temple University Press. 1998. pp. 7-19.

MORH, Richard. “Why Sex is Private” In *Gays/Justice: A Study of Ethics, Society and Law*. New York: Columbia University Press. 1988. 357 pages.

RICH, Adrienne. “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”. 1980. In Jackson & Scott, *Feminism and Sexuality*, New York: Columbia University Press. 1996. 320 pages. Consulté en mars 2008 : [http://www.weldd.org/sites/default/files/Compulsory%20Heterosexuality.pdf]

RICHARDS, David. “The Case for Gay Rights”. In *Women, Gays and the Constitution*. Chicago: UCP. 1998. pp. 288-371.

STACEY, Judith. “The Right Family Values”. In HANSEN, Karen & ILTA GAREY, Anita. *Families in the US*. Philadelphia. Temple University Press. 1998. p.868-869.

STODDARD, Thomas. “Why Gay People Should Seek the Right to Marry”. In HANSEN, Karen & ILTA GAREY, Anita. *Families in the US*. Philadelphia: Temple University Press. 1998. pp. 475-479.

WALKER, Jack. “The Mobilization of Political Interests in America”. In *Mobilizing Interest Groups in America : Patrons, Professions, and Social Movements*. Ann Harbor (Michigan): University of Michigan Press. 1991. p.19-41.

YOUNG, Allen. “No Longer the Court Jesters”. In JAY Karla & YOUNG, Allen. *Lavender Culture*. New York: New York University Press. 1978. p.23-47.

WARNER, Michael. “Beyond Gay Marriage”. In *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*. Harvard: Harvard University Press. 2000. pp.81-147.

● Travaux universitaires

MARCHE, Guillaume. *Identités privées et identités dans les dynamiques de mouvement social gay et lesbien aux Etats-Unis depuis 1980*. Thèse sous la direction de John Atherton, Paris VII. 2000. 667 pages.

● Articles

ACT UP New York. "United States HIV Immigration and Travel Policy". Site consulté le 19 janvier 2016 : [http://www.actupny.org/actions/Immigration.html]

ANDERSON, Sarah. "*UCLA study finds health insurance inequities for same-sex couples*". UCLA Newsroom. June 25, 2010. Consulté le 26 août 2010 : [http://newsroom.ucla.edu/releases/ucla-study-finds-health-insurance-160792]

Associated Press. "Cheney at odds with Bush on gay marriage". NBC News. August 25, 2004. Article consulté le 27 mars 2016 : [http://www.nbcnews.com/id/5817720/ns/politics/t/cheney-odds-bush-gay-marriage/#.VvjkEWPujnk]

Associated Press. "Beshear: Kim Davis's legal arguments 'absurd'. *Courier-Journal*. October 1, 2015. Consulté le 28 novembre 2015 : [http://www.courier-journal.com/story/news/local/2015/10/01/beshear-kim-daviss-legal-arguments-absurd/73135720/]

AVASTHI, Amitabh. "AIDS Virus Traveled to Haiti, Then US, Study Says". *National Geographic News*. October 29, 2007. Consulté le 19 janvier 2016 : [http://news.nationalgeographic.com/news/2007/10/071029-aids-haiti.html]

BAKER, Peter. "For Obama, Tricky Balancing Act in Enforcing Defense of Marriage Act". *The New York Times*. March 28, 2013. Consulté le 24 avril 2016 : [http://www.nytimes.com/2013/03/29/us/politics/for-obama-tricky-balancing-act-in-enforcing-defense-of-marriage-act.html?_r=0]

BARBARO, Michael. "A Scramble as Biden Backs Same-Sex Marriage". *The New York Times*. May 6, 2012. Consulté le 27 avril 2016 : [http://www.nytimes.com/2012/05/07/us/politics/biden-expresses-support-for-same-sex-marriages.html?_r=0]

BEAN, Jeffrey. "Bathhouses, City Await Ruling: Public Concern Wanes Pending Test of Ordinance. *Los Angeles Times*. March 11, 1989. Consulté le 16 mai 2016 : [http://articles.latimes.com/1989-03-11/local/me-889_1_city-ordinance]

BECKER, Jo & DREW, Christopher. "Pragmatic Politics, Forged on the South Side". *New York Times*. May 11, 2008. Consulté le 20/04/16 : [http://www.nytimes.com/2008/05/11/us/politics/11chicago.html?_r=2&sq=&pagewanted=print&oref=slogin]

BESHEER, Mohamed. "A new estimate of the US Muslim population". Pew Research Center. January 6, 2016. Article consulté le 24 janvier 2016 : [http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/01/06/a-new-estimate-of-the-u-s-muslim-population/]

BOISVERT, Yves. "L'Église et les crimes sexuels". *LAPRESSE.CA*., 15 septembre 2008. Consulté le 13 septembre 2015 : [http://www.lapresse.ca/debats/chroniques/yves-boisvert/200809/15/01-21261-leglise-et-les-crimes-sexuels.php]

BRADNER, Eric. "Huckabee compares being gay to drinking, swearing". *CNN Politics*. February 1st, 2015. Consulté le 19 septembre 2015 : [http://edition.cnn.com/2015/02/01/politics/huckabee-gay-marriage/]

BRYDUM, Sunnivie. "Rachel Maddow: Mississippi Could Lose Billions Over Anti-LGBT Law". *The Advocate*. April 9, 2016. Consulté le 11 avril 2016 :

[http://www.advocate.com/politics/2016/4/09/rachel-maddow-mississippi-could-lose-billions-over-anti-lgbt-law]

BRUNI, Frank. "Gay Marriage's Moment". *New York Times*. June 20, 2015. Article retrieved on June 23, 2015 from [http://www.nytimes.com/2015/06/21/opinion/sunday/frank-bruni-gay-marriages-moment.html&assetType=opinion&_r=1]

BUCKLEY, William F., Jr., "Crucial Steps in Combatting the Aids Epidemic; Identifying All the Carriers". Op-ed, *The New York Times*. March, 18, 1986. Consulté le 18 janvier 2016 : [https://www.nytimes.com/books/00/07/16/specials/buckley-aids.html]

BULL, Chris. "The margin of victory". *The Advocate*. December 19, 2000. p.24-26.

BUMILLER, Elisabeth. "Bush Says His Party Is Wrong To Oppose Gay Civil Unions". *The New York Times*. October 26, 2004. Article consulté le 23 avril 2016 : [http://www.nytimes.com/2004/10/26/politics/campaign/bush-says-his-party-is-wrong-to-oppose-gay-civil-unions.html?_r=0]

BURNS, Crosby. "The Evolution of Support for Marriage Equality". *Center for American Progress*. June 16, 2011. Consulté le 21 février 2016 : [https://www.americanprogress.org/issues/lgbt/news/2011/06/16/9890/the-evolution-of-support-for-marriage-equality/]

BURNS, Robert. "Military Gay Policy Defended". *ABC News*. July 21, 2000. Article consulté le 19 février 2016 : [http://abcnews.go.com/US/story?id=96425&page=1]

CAMPBELL, Julia. "Bush on Gay Rights Issues". *ABC News*. January 17, 2001. Article consulté le 14 avril 2016 : [http://abcnews.go.com/Politics/story?id=122050&page=1]

CASPER, Mark. "Kentucky senate passes amendment to controversial 'religious freedom' bill". *Jurist*. March 16, 2016. Consulté le 6 mai 2016 : [http://www.jurist.org/paperchase/2016/03/kentucky-senate-passes-amendment-to-controversial-religious-freedom-bill.php]

CHAUNCEY, George. "The Long Road to Marriage Equality". *The New York Times*. June 27, 2013. Consulté le 3 juillet 2013 [http://www.nytimes.com/2013/06/27/opinion/the-long-road-to-marriage-equality.html]

CLOUD, John. “Not Separate, Just Equal. What California’s same-sex unions reveal about marriage”. *Time Magazine*. June 30th-July 7th, 2008.

CNN Law Center. "Mayor defends same-sex marriages". *CNN*. Monday, February 23, 2004. Consulté le 20 mars 2016 : [http://edition.cnn.com/2004/LAW/02/22/same.sex/]

CONDON, Stephanie. "Gay Rights Groups Angered by Justice Department's DOMA Defense". *CBS News*. January 14, 2011. Article consulté le 24 avril 2016 : [http://www.cbsnews.com/news/gay-rights-groups-angered-by-justice-departments-doma-defense/]

CORLEY, Cheryl. "After NAACP Marriage Stance, Discord and Discussion". *NPR Morning Edition*. June 8, 2012. Consulté le 5 avril 2016 : [http://www.npr.org/2012/06/08/154522287/after-naacp-marriage-stance-discord-and-discussion]

COSTELLO, Carol. “Sen. Clinton dodges question on gays, immorality”. *CNN Politics*. March 15th , 2007. Consulté le 10 janvier 2008 : [http://www.cnn.com/2007/POLITICS/03/14/clinton.gays/index.html]

CURTIS, Joseph & KARASI, Ekin. "The great Obama love-in: Fawning supporters and the transgender student councillor who all fell under the U.S. president’s spell". *MailOnline*. April 23, 2016. Consulté le 8 mai 2016 :
[http://www.dailymail.co.uk/news/article-3555147/The-great-Obama-love-Fawning-supporters-right-luvvies-transgender-student-councillor-fell-president-s-spell.html]

DAVIDSEN, Dana. "Mike Huckabee: Not 'homophobic' but on the 'right side of the Bible'. *CNN*. April 8, 2014. Consulté le 18 janvier 2016 : [http://politicalticker.blogs.cnn.com/2014/04/08/mike-huckabee-not-homophobic-but-on-the-right-side-of-the-bible/]

DOLAN Maura. "Schwarzenegger decides against defending Prop. 8 in federal court". *Los Angeles Times*. June 18, 2009. Consulté le 27 août 2015 : [http://articles.latimes.com/2009/jun/18/local/me-gay-marriage18]

ECKHOLM, Eric. “In Gay Marriage Suit, a Battle Over Research”. *The New York Times*. March 7, 2014. Article consulté le 15 octobre 2015 : [http://www.nytimes.com/2014/03/08/us/in-gay-marriage-suit-a-battle-over-research.html?_r=0]

Editorial Board. "End the Gun Epidemic in America". *The New York Times*. December 4, 2015. Article consulté le 20 janvier 2016 : [http://www.nytimes.com/2015/12/05/opinion/end-the-gun-epidemic-in-america.html?_r=0]

Editorial Board. "Will America finally do something to stop our gun-fueled carnage?". *The Washington Post*. August 26, 2015. Article consulté le 20 janvier 2016 : [https://www.washingtonpost.com/opinions/more-shootings-more-death/2015/08/26/adc42dc4-4c2c-11e5-902f-39e9219e574b_story.html]

FARBER, Dan. "Bill Clinton: Colin Powell Don't Ask, Don't Tell Policy Fell Short". *CBS News*. September 22, 2010. Consulté le 18 février 2016 : [http://www.cbsnews.com/news/bill-clinton-colin-powell-dont-ask-dont-tell-policy-fell-short/]

GLENZA, Jessica. "Kentucky Clerk Kim Davis Isn't the Only One Denying Couples Marriage Licenses". *The Guardian*. 12 septembre, 2015. Consulté le 25 novembre 2015 : [http://www.theguardian.com/us-news/2015/sep/12/officials-opting-out-of-all-marriages-same-sex-test-constitution]

GORDON, Rachel. "The battle over same-sex marriage / Uncharted territory / Bush's stance led Newsom to take action". *San Francisco Chronicle*. February 15, 2004. Consulté le 20 mars 2016 : [http://www.sfgate.com/news/article/THE-BATTLE-OVER-SAME-SEX-MARRIAGE-Uncharted-2823315.php]

HETHERMAN, Bill. "First openly gay LAPD officer settles 25-year battle with department". *Daily News*. February 28, 2013. Consulté le 12 février 2016 : [http://www.dailynews.com/article/ZZ/20130228/NEWS/130229343]

JOHNSON, Chris. "Clinton addresses evolution on same-sex marriage". *Washington Blade*. October 16, 2015. Consulté le 18 mai 2016 : [http://www.washingtonblade.com/2015/10/16/clinton-addresses-evolution-on-same- sex-marriage/]

JOHNSON, Chris. "Clinton says 'Don't Ask,' DOMA were 'defensive' actions. *Washington Blade*. October 24, 2015. Article consulté le 19 février 2016 : [http://www.washingtonblade.com/2015/10/24/clinton-says-dont-ask-doma-were-defensive-actions/]

JOHNSON, Chris. "Wolfson: Clinton, Sanders didn't lead on marriage (but they are now). *Washington Blade*. February 18, 2016. Article consulté le 19 février 2016 : [http://www.washingtonblade.com/2016/02/18/wolfson-neither-clinton-sanders-were-a-leader-on-marriage/]

JOHNSON, Chris. "House LGBT amendment fails after GOPers change votes". *Washington Blade*. May 19, 2016. Consulté le 23 mai 2016 : [https://www.washingtonblade.com/2016/05/19/house-lgbt-amendment-fails-after-gopers-change-votes/]

JOHNSON, Hans & ESKRIDGE, William. "The Legacy of Falwell's Bully Pulpit". *The Washington Post*. Saturday, May 19, 2007. Article consulté le 17 janvier 2016 : [http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2007/05/18/AR2007051801392.html?utm_term=.55b6992641c8]

KATZ, Jonathan and ECKHOLM, Erik. "Anti-Gay Laws Bring Backlash in Mississippi and North Carolina". *New York Times*. April 5, 2016. Consulté le 21 mai 2016 : [http://www.nytimes.com/2016/04/06/us/gay-rights- mississippi-north-carolina.html?_r=0]

KEISLING Mara. "Op-ed: The Equality Act is the LGBT Rights Bill We Want and Need". *The Advocate*. 23 juillet, 2015. Consulté le 20 avril 2016 : [https://www.advocate.com/commentary/2015/07/23/op-ed-equality-act-lgbt-rights-bill-we-want-and-need]

KIRP, David. "LaRouche Turns To AIDS Politics". *The New York Times*. September 11, 1986. Consulté le 7 janvier 2016 : [http://www.nytimes.com/1986/09/11/opinion/larouche-turns-to-aids-politics.html].

KOCH, Philippa. "Is 'Epidemic' the Right Metaphor for Gun Violence?". The Atlantic. January 4, 2016. Article consulté le 21 janvier 2016 : [http://www.theatlantic.com/health/archive/2016/01/gun-violence-disease-epidemic/422478/]

KRAMER, Larry. "1,112 and Counting". *New York Native*. Issue 59. March 14-27, 1983. Article consulté le 17 janvier 2016 :
[http://www.bilerico.com/2011/06/larry_kramers_historic_essay_aids_at_30.php]

KRIEG, Gregory. "What 'progressive' means to Hillary Clinton vs. what 'progressive' means to Bernie Sanders". CNN Politics. February 5, 2016. Article consulté le 31 mars 2016 : [http://edition.cnn.com/2016/02/04/politics/hillary-clinton-bernie-sanders-progressive-fight/]

LUNING, Ernest. "Republican calls Matthew Shepard Murder 'a hoax' in hate-crimes debate". *The Colorado Independent*. April 29, 2009. Article Consulté le 27 avril 2016 :
[http://www.coloradoindependent.com/27864/republican-calls-matthew-shepard-murder-a-hoax-in-hate-crimes-debate]

McCARTY, Nolan. "What we know and what we don't know about our polarized politics". *The Washington Post*. January 8, 2014. Consulté le 7 mars 2016 : [https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/01/08/what-we-know-and-dont-know-about-our-polarized-politics/]

MERONEK, Toshio. "Human Rights Campaign Under Fire in LGBT Community". *Truthout*. January 11, 2015. Consulté le 5 mai 2016 : [http://www.truth-out.org/news/item/28430-human-rights-campaign-under-fire-in-lgbt-community]

MILLER, Hayley. "Infographic: The Need for Full Federal LGBT Equality". *HRC Blog*. July 23, 2015. Consulté le 24 juillet 2015 : [http://www.hrc.org/blog/entry/infographic-the-need-for-full-federal-lgbt-equality]

MILLHISER, Ian. "When 'Religious Liberty' Was Used To Justify Racism Instead Of Homophobia". *ThinkProgress*. February 26, 2014.
Consulté le 26/03/16 : [http://thinkprogress.org/justice/2014/02/26/3333161/religious-liberty-racist-anti-gay/]

MORRISON, Aaron. "NAACP Gay Marriage: Black Leaders Acknowledge Ongoing Soul Searching On LGBT Support". *International Business Times*. July 16, 2015. Consulté le 5 avril 2016 : [http://www.ibtimes.com/naacp-gay-marriage-black-leaders-acknowledge-ongoing-soul-searching-lgbt-support-2010484]

NEWPORT, Frank & WILKE, Joy. "Most in U.S. Want Marriage, but Its importance Had Dropped". *Gallup*. August 2, 2013. Consulté le 5 septembre 2015 : [http://www.gallup.com/poll/163802/marriage-importance-dropped.aspx]

NEWPORT, Frank. "Six in 10 Americans Agree That Gay Sex Should Be Legal". *Gallup*. June 27, 2003. Consulté le 12 août, 2015 [http://www.gallup.com/poll/8722/six-americans-agree-gay-sex-should-legal.aspx].

NEWPORT, Frank & WILKE, Joy. "Americans Have Complex Relationship With Marriage". *Gallup*. August 2, 2013. Consulté le 5 septembre 2015 : [http://www.gallup.com/poll/163802/marriage-importance-dropped.aspx]

OHLEMACHER, Stephen. "GOP gerrymandering creates uphill fight for Dems in the House". PBS, the Rundown. March 31, 2014. Article consulté le 4 février 2016 : [http://www.pbs.org/newshour/rundown/gop-gerrymandering-creates-uphill-fight-dems-house/]

OLSON, Theodore. "The Conservative Case for Gay Marriage". *Newsweek*. September 1, 2010. Consulté le 27 mars 2016 : [http://europe.newsweek.com/conservative-case-gay-marriage-70923?rm=eu]

OSTROM, Mary-Anne. "Protests, boycotts erupt in the wake of Prop. 8's passage". *San Jose Mercury News*. November 13, 2008. Article consulté le 20 septembre 2015 : [http://www.mercurynews.com/ci_10978482]

OVERBY, Peter. "Gay Lobbying On The Hill Has Short Yet Strong History". *NPR Politics*. March 23, 2013. Consulté le 21 mai 2016 : [http://www.npr.org/2013/03/23/175119416/gay-lobbying-on-the-hill-has-short-yet- strong-history]

PEAR**,** Robert and KIRKPATRICK, David D. **"**Bush Plans $1.5 Billion Drive for Promotion of Marriage". *The New York Times*. January 14th, 2004. Consulté le 20 mars 2016 : [http://www.nytimes.com/2004/01/14/politics/campaigns/14MARR.html?ex=1389416400&en=7ec04cfff1b1ca80&ei=5007&partner=USERLAND].

PETER, Stephens. "Department of Education Answers HRC's Call for Greater Transparency on Anti-LGBT Religious Exemption". Human Rights Campaign. January 20, 2016. Consulté le 22 janvier 2016 : [http://www.hrc.org/blog/department-of-education-answers-hrcs-call-for-greater-transparency-on-anti]

PIAZZA, Michael, Dean of the Cathedral of Hope. **"**Homosexuality & Christianity". Article consulté le 15 octobre 2006 : [http://www.cathedralofhope.com/NetCommunity/Page.aspx?&pid=225&srcid=305]

REYNOLDS, Daniel. "Mike Huckabee: *Dred Scott* Is the 'Law of the Land'". *The Advocate*. September 11, 2015. Consulté le 19 septembre 2015 : [http://www.advocate.com/politics/2015/9/11/mike-huckabee-dred-scott-law-land]

RICHARDS, David. "The Case for Gay Rights". In *Women, Gays and the Constitution*. Chicago: UCP. 1998. pp. 288-371.

RICHARDS, David. "Unconstitutionality of Antigay/Lesbian Initiatives". In *Women, Gays and the Constitution*. Chicago: UCP. 1998. pp. 374-405.

RICHARDS, David. "The Case for Gay Rights: The Military and Marriage". In *Women, Gays and the Constitution*. Chicago: UCP. 1998. pp. 411-458.

ROBINSON, B.A. "The Evangelical Christian Church and Homosexuality". *Religious Tolerance*. Août 2001. Consulté le 2 septembre 2014 : [http://www.religioustolerance.org/hom_eccdc.htm]

ROZSA, Matthew. "How GOP obstructionism empowered the presidency". *MSNBC*. January 11, 2015. Consulté le 7 mars 2016 : [http://www.msnbc.com/msnbc/how-gop-obstructionism-empowered-the-presidency]

SAAD, Lydia. "Americans Have Complex Relationship With Marriage". *Gallup*. May 30, 2006. Consulté le 5 septembre 2015 : [http://www.gallup.com/poll/23041/americans-complex-relationship-marriage.aspx]

SAMMON Bill. “Bush vows no ‘compromise’ on gay ‘marriage’”. *The Washington Times*. June, 2003. Consulté le 25 mars 2016 : [http://www.washtimes.com/national/20030730-115312-8047r.htm]

SANDLER, Lauren. "Having It All Without Having Children". *Time Magazine*. August 12, 2013. Consulté le 20 août, 2015 : [http://www.webcitation.org/6IdBMW5g5]

SHERMAN Mark. "How Supreme Court Justice Anthony Kennedy's Gay Mentor Influenced his Views, Beliefs". *Huffpost Gay Voices*. 14 avril 2015. Article consulté depuis [http://www.huffingtonpost.com/2015/04/14/justice-anthony-kennedy-gay-mentor_n_7064016.html?utm_hp_ref=gay-voices&ir=Gay+Voices]

SCHMITT, Eric. "Military Cites Wide Range of Reasons for Its Gay Ban". *The New York Times*. January 27, 1993. Article consulté le 14 février 2016 : [http://www.nytimes.com/1993/01/27/us/military-cites-wide-range-of-reasons-for-its-gay-ban.html]

SNOW, Karen. "Law Professor Defends Marriage in Same-Sex Marriage Battle". *BYU Magazine*. Brigham Young University. 1997. Consulté le 28 février 2016 : [http://magazine.byu.edu/article/law-professor-defends-marriage-in-same-sex-marriage-battle/]

SOCARIDES, Richard. "Why Bill Clinton signed the Defense of Marriage Act". *The New Yorker*. March 8, 2013. Article consulté le 4 février 2016 : [http://www.newyorker.com/news/news-desk/why-bill-clinton-signed-the-defense-of-marriage-act]

SULLIVAN, Andrew. “State of the Union.” *The New Republic*, May 8, 2000. Article consulté le 8 octobre 2015 : [http://www.newrepublic.com/article/politics/75716/state-the-union]

SULLIVAN, Andrew (The Daily Dish). "The Battered Wife Syndrome of the HRC". *The Atlantic*. October 10, 2009. Consulté le 3 mai 2016 : [http://www.theatlantic.com/daily-dish/archive/2009/10/the-battered-wife-syndrome-of-the-human-rights-campaign/195585/]

TAN, Avianne. "Mississipi's 'Religious Freedom' Bill: What to Know about the New 'Sweeping Anti-LGBT Law' ". *ABC News*. April 6, 2016. Consulté le 6 mai 2016 : [http://abcnews.go.com/US/mississippis-religious-freedom-bill-sweeping-anti-lgbt-law/story?id=38170420]

TAPPER, Jack. “Senator Clinton, unplugged”. *ABC News*. March 14th, 2007. Consulté le 10 janvier 2008 : [http://blogs.abcnews.com/politicalpunch/2007/03/senator_clinton.html]

TERKEL, Amanda. "Orrin Hatch Endorses Civil Unions For Gay People To Preserve 'Traditional Marriage'". *The Huffington Post*. April 8, 2013. Consulté le 10 avril 2016 : [http://www.huffingtonpost.com/2013/04/08/orrin-hatch-civil-unions_n_3036685.html]

The Kelly File. "Kim Davis on Denying Gay Marriage Licenses". *FoxNews*. September 23, 2015. Consulté le 25 septembre 2015 : [http://www.realclearpolitics.com/video/2015/09/23/full_interview_kim_davis_talks_to_megyn_kelly_about_gay_marriage_licenses.html]

TOLSON, Mike. "In resistance to same-sex marriage, echoes of 1967. *Houston Chronicle*. 5 juillet 2015. Consulté le 28 novembre 2015 : [http://www.houstonchronicle.com/local/gray-matters/article/In-resistance-to-same-sex-marriage-echoes-of-1967-6365105.php]

VASILOGAMBROS, Matt & MIMMS Sarah. "Scalia Defends Citizens United Decision, Reflects Term in Rare TV Appearance." *National Journal*. July 18, 2012. Article consulté le 29 août 2015 : [http://www.nationaljournal.com/politics/scalia-defends-citizens-united-decision-reflects-on-term-in-rare-tv-appearance-20120718].

VOORTELLA, Gina and Nox. "Winning the Freedom to Marry Nationwide: The Inside Story of a Transformative Campaign". *Freedom to Marry*. Consulté le 14 mai 2016 : [http://www.freedomtomarry.org/pages/how-it-happened#section-3]

WEINER, Rachel. "North Carolina passes gay marriage ban Amendment 1". *The Washington Post*. May 8, 2012. Consulté le 28 avril 2016 : [https://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/post/north-carolina-passes-gay-marriage-ban-amendment-one/2012/05/08/gIQAHYpfBU_blog.html]

WILL, George. "Who isn't a 'Values Voter' ". *The Washington Post*. May 18th, 2006. Consulté le 10 mai 2008 : [http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2006/05/17/AR2006051701874.htm].

WONG, Curtis. "This Kentucky Clerk Vows To Die For The Right To Oppose Gay Marriage". *Huffpost Gay* Voices. August 26, 2015. Consulté le 27 août 2015 : [http://www.huffingtonpost.com/entry/this-kentucky-clerk-vows-to-die-for-the-right-to-oppose-gay-marriage_55de1264e4b0a40aa3ad3a78?ncid=tweetlnkushpmg00000054]

● Articles universitaires

BELLAH, Robert. "Civil Religion in America". *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, from the issue entitled, "Religion in America," Winter 1967, Vol. 96, No. 1, pp. 1-21.

BUTLER, Charles J., *The Defense of Marriage Act: Congress's Use of Narrative in the Debate over Same-Sex Marriage*. *New York University Law Review*, vol. 73:841, 1998.

COLLOMB, Jean-Daniel. "Climat et Guerre Culturelle". *Revue Française d'Études Américaines*, n°140. Paris : Belin. 2014. pp.94-103.

CULHANE, John G. "Sex, Fear, and Public Health Policy". *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*: Vol. 5: Iss. 1, Article 6. 2005. Consulté le 10 janvier 2016 :

[http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhple/vol5/iss1/6]. p.327-340.

DISMAN, Christopher. "The San Francisco Bathhouse Battles of 1984". *Journal of Homosexuality*, 44:3-4, pp.71-129. 2003. Consulté le 5 janvier 2016 : [http://hist123bathhousecontroversy.weebly.com/uploads/2/4/8/8/24889735/impact.pdf]

DODSON, Robert D. "Homosexual Discrimination and Gender: Was *Romer v. Evans* Really a Victory for Gay Rights?". *California Western Law Review*: Vol. 35: No. 2, Article 4. 1999. Consulté le 5 juillet 2015 : [http://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol35/iss2/4]

EDWARDS, Lee. "Conservatism and the American Tradition", in *The Conservative Idea in the United States*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux. 2004. pp. 4-5.

FASSIN, Éric. Homosexualité et mariage aux États-Unis [Histoire d'une polémique]. In: Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 125, décembre 1998. Homosexualités. p.67. Consulté le 9 mars 2016 : [http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1998_num_125_1_3275]

FOWLER, Peter N. "Adult Adoption: A 'New' Legal Tool for Lesbians and Gay Men". *Golden Gate University Law Review*, vol.14. 1984. p.698-699.

FROIDEVAUX-METTERIE Camille. « Pouvoir et religion : vers une nouvelle ère laïque ? ». *Revue internationale et stratégique*. Avril 2009 (n° 76). Consulté le 2 juillet 2015 : [https://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2009-4-page-135.htm], p.135-140.

KRIEGER, Nancy & LASHOF, Joyce. "AIDS, Policy Analysis and the Electorate: The Role of Schools of Public Health". *American Journal of Public Health*, Vol. 78, No.4. April 1988. p.411-415.

JENNY, Carole. Are Children at Risk for Sexual Abuse by Homosexuals?. *Pediatrics*. 1994. Consulté le 5 août 2015 : [http://pediatrics.aappublications.org/content/94/1/41..info]

LE COADIC, Ronan. L'autonomie, illusion ou projet de société ?. *Cahiers internationaux de sociologie*, nc, 2006, CXXI, pp.317-340. Consulté le 5 août 2015 : [https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00489991/document]

MARCHE, Guillaume. Groupe dominant et minorités sexuelles aux Etats–Unis : quelle définition de la citoyenneté ?, In SPENSKY, Martine et COHEN James (dir.*), Citoyenneté et diversité*. Clermont-Ferrand : Presses Universitaires Blaise-Pascal. 2009. pp. 151-166.

MORANT, Blake D. "The Teachings of Martin Luther King, Jr. and Contract Theory: An Intriguing Comparison." *Alabama Law Review* 50. 1998. p.64–113.

MORT, Sébastien. « Surveillance des correspondances privées dans le cyberespace aux Etats-Unis : un contrôle marqué au sceau du secret ». *Revue française d'études américaines*. N° 123. Belin. 2010/2011. p.33-53.

POIRIER, C., HUDON, R. « Les mouvements sociaux », dans *La politique, jeux et enjeux. Action en société, action publique et pratiques démocratiques*, Québec: Presses de l'Université Laval, 2011, pp. 107-148.

QUIMBY, Karin. "Will & Grace: Negotiating (Gay) Marriage on Prime-Time Television". *Journal of Popular Culture*, Vol.38, no.4, 2005.

SUTHERLAND, Edwin. "The Sexual Psychopath Laws". *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol.40, issue 5. 1950. Consulté le 14 janvier 2016 : [http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol40/iss5/1]

WALEN, Alec. "The 'Defense of Marriage Act' and Authoritarian Morality". *William & Mary Bill of Rights Journal*. Volume 5, Issue 2, Article 5. 1997.
Consulté le 27 février 2016 : [http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol5/iss2/5], p.632.

● Documentaires

GRAY Catherine. *I Can't Marry You*. DVD. Noh. 2003.

KARSLAKE, Daniel G. *For the Bible Tells Me So*. DVD. First Run Features. 2007.

WHITE Ryan & COTNER Ben. *The Case Against 8*. Dogwoof. 2014.

Gay Rights, Special Rights. The Traditional Values Coalition. VHS. Jeremiah Films. 1993.

● Débats

National Constitutional Center. *Does the Constitution's Equal Protection Clause require states to license same-sex marriages?,* held in Philadelphia, June 2, 2015. Consulté le 6 juin 2015 : [http://intelligencesquaredus.org/images/debates/past/transcripts/060215%20Same-Sex%20Marriage.pdf]

● Podcasts / Vidéos

SHAPIRO, Joseph. "Study: Tolerance Can Lower Gay Kids' Suicide Risk". *NPR All Things Considered*. December 29, 2008.
Consulté le 23 août 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=98782569]

COTT, Nancy. "Professor Nancy Cott on Gay Marriage". *NPR Fresh Air*. April 15, 2004.
Consulté le 31 août 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=1838413]

LAND, Richard. "Southern Baptists Apologize for Slavery Stance." *NPR Tell Me More*. August 28, 2009. Consulté le 19 septembre 2015 : [http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=112329862]

OBAMA, Michelle. Gay and Lesbian Leadership Council Speech. Democratic National Committee. New York. June 27, 2008. [https://www.youtube.com/watch?v=H6Kxi8eeo3U]

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 : [http://www.npr.org/2016/04/06/473244707/from-fracking-bans-to-paid-sick-leave-how-states-are-overruling-local-laws]

● Spots publicitaires pour l'adoption de la Proposition 8

National Organization for Marriage. "Gathering Storm TV Ad. 2009". Publicité consultée le 22 février 2015 : [https://www.youtube.com/watch?v=xGi2r-M_gQ8]

PRENTICE, Ron. PERKINS, Tony. McPHERSON, Miles. "A Stand for Righteousness". 2008. Publicité consultée le 22 février 2015 :
[https://www.youtube.com/watch?v=xtEuuqPXaKk]

Protectmarriage.com. "It's Already Happened". 2008. Publicité consultée le 22 février 2015 :
[https://www.youtube.com/watch?v=0PgjcgqFYP4]

ANNEXES

ANNEXE 1 : Marianne Duddy Burke, DignityUSA 469
ANNEXE 2 : Sharon Groves, Auburn Seminary 476
ANNEXE 3 : Evan Wolfson, Freedom to Marry 479
ANNEXE 4 : Bill Smith, Civitas 493
ANNEXE 5 : Alan Van Capelle, Educational Alliance 504
ANNEXE 6 : Kim Davis: a culture war heroine? 510
ANNEXE 7 : Sarah Palin : « It's time to take a stand » 511
ANNEXE 8 : Le soutien d'Obama pour le mariage homosexuel en 1996 512
ANNEXE 9 : Logos de la campagne Obama en 2008 513
ANNEXE 10 : Couverture du journal *The Advocate* 514
ANNEXE 11 : *Syllabus* du jugement rendu dans l'affaire *Obergefell* 515
ANNEXE 12 : Caricatures 520
ANNEXE 13 : *Obergefell* : rassemblements 522
ANNEXE 14 : Le mariage homosexuel à la une des journaux 523

ANNEXE 1 : Marianne Duddy Burke, DignityUSA

Q1: Could you tell me more about your current position as Executive Director of *DignityUSA* and how your efforts address LGBT issues?

Dignity has been around since 1969, the pre-Stonewall days here in the US. It's one of the two or three longest existing LGBT organizations. It originally started through a network of local chapters so that gay Catholics could come together to support each other, to be able to worship in a place where they were safe, comfortable and affirmed because the teaching was that being gay was sinful. It evolved into a national network of chapters in addition to maintaining the local communities that we have. We have also become an advocacy and public education organization, working for full justice and equality for the LGBTQ community in the Catholic Church and in the larger society. We did things like work with Catholic politicians to help them understand how the social justice teachings of the Church support the dismantling of oppressive structures that keep LGBTQ people oppressed. We help to give voice to the majority of Catholics who don't agree with official Church teaching on gender, on sexuality, on relationship issues. The most efficient response to that was back in 1986 when the doctrine for the Congregation of the Doctrine of the Faith, who was then headed by Joseph Ratzinger who became Pope Benedict XVI, issued a formal teaching in which it clarified an official church position on homosexuality saying that being gay or lesbian was objectively disordered, that this is not what God wants people to be, that homosexual relationships are intrinsically evil, that people have no right to advocate for protections of behaviors that are immoral and destructive to the human race, and that we should not be surprised if violence is the social response. It also banned groups like *Dignity* from meeting in Catholic space. So, from that point on, *Dignity* was persona non grata in Catholicism. Many bishops forbid priests from ministering, all of our chapters were kicked out, we started meeting in different Protestant churches, in community centers, wherever our community could find space and welcome. The initial goal was to create a safe environment, to allow people to be both gay and Catholic, to worship, and to really question the teaching of why would it be sinful to be gay if this is how God made us.

Q2: Why did you choose to commit yourself to this particular cause?

Our faith is a deeply-held part of who we are. For many of us, it is something that ties us with our families, back to many generations and through cultures. It allows us to witness to the fact that church officials can be wrong on things, in the same way they were wrong on slavery, and Galileo. There needs to be a voice within the faith, talking about the values of the church, the language of

the church with the members of the church to tell them that God is continuing to reveal the truth: our experience and all of social science confirm that homosexuality is a natural variation of humanity. We think teachings and doctrines were founded without the information that is now available.

Q3: There are many groups and organizations that work toward equal rights, social improvement for LGBTQ Americans. How does DignityUSA fit within this large movement for progress?

In many cities across the United States, *Dignity* was the first organization other than a bar for gay people. In fact, much of the first-generation of LGBT leaders are dignity alumni. We helped to found groups like the *Task Force*, the *Human Rights Campaign*, many of the State equality organizations, and we helped the first gay politicians like William Dale Jennings who came to *Dignity* whether they were Catholic or not. In the early days, we were very economical because there weren't political organizations, all the things that we have now, there were bars. That's a really significant portion of our history, we launched a lot of the early newspapers, I gave newspapers to different communities. A lot of that seeded the whole civil rights movement. Starting in the early to the mid 1990s, we realized that Catholics did not believe the things that the official church was teaching. Catholics were actually very progressive on questions of civil rights, job protection, housing, insurance, HIV and AIDS treatment. In fact, polls showed that Catholics were in the forefront when compared to other Christian religions in the US, which was surprising to people because the only voice they were hearing was the voice from the hierarchy. So, once we could start empowering these Catholics to speak up and recognize you were not the only one who feels that way, they started organizing with us politically, they started speaking out, and Catholic politicians felt more comfortable voting for our issues all the way to Vice President Joe Biden who was out for gay marriage long before Obama was. He spoke as a Catholic because of the importance of social justice, and many governors, senators, and state legislators started doing the same thing. Getting people to know the language for how to bring their faith into the politics, into the social struggle has been an important component of our work. The dynamics that I just described has often been forgotten. People coming together because they felt oppressed in their churches formed this foundation, including the role of state leaders and faith communities in the early LGBT civil rights movement. A lot of people forget that in the 1970s and even early 1980s in the US, many Catholic leaders, nuns, priests, bishops, Catholic charities, Catholic colleges were in the forefront of the gay civil rights movement and the first nondiscrimination policies in employment came from Catholic hospitals, Catholic universities, Catholic charities or organizations. When the Briggs Initiative was trying to be passed in California in the late 1970s,

every Catholic newspaper took out ads saying "don't vote to discriminate against gay people". There's no problem with gay people being teachers and coaches, and all of that. Many Catholic dioceses had gay ministries in the 1970s and the 1980s, there were several of them across the country. Many Dignity chapters were supported by their bishops. There was also a behind-the-scenes battle going on in the church hierarchy about the soul of the church and the conservatives ended up winning. In the early days, the grassroots movement got a lot of support from nuns, priests, bishops, and a lot of Catholic leaders were in the forefront.

Q4: Regulating hate speech seems complicated to achieve in the US because it's related to the freedom of speech and the First Amendment. Do you think, as a political operative, that religious groups and the Congress have a moral/political obligation to protect minority groups against racism, sexual prejudice, and sexism?

There are countries that have much better laws than the US in terms of regulating speech and drawing that line when something crosses a line and infringes on other's rights and safety. We need to be taking a closer look at that, there are things that can be said that endanger people or violate other people's rights, and I do think that we should be more attentive to stronger regulations. However, I think even in the absence of stronger regulations, religious leaders can do much more in terms of setting standards, social standards, moral standards around speech, and in taking accountability for the impact that dehumanizing rhetoric takes. I think there was a very important statement made by Bishop Robert Lynch (of St. Petersburg, Florida) in the aftermath of the Orlando shooting recently. He was the one Catholic bishop who came out and not only extended condolences and outreach for the LGBT community, which most of them failed to do, but also went further in terms of talking about the Catholic Church needing to examine its teachings and rhetoric, and see what role it plays in the creation of a climate in which this kind of hate can exist. I thought it was really courageous of him. A lot of religious leaders have a lot of respect for all people, the dignity of all human life... but the problem with these phrases is that you really let people off the hook, you can read into whatever you want there. One of the things that we've really been pressing Pope Francis for, is for him to come out and explicitly condemn anti-gay and anti-trans violence and criminalization. When he was in Africa that would have been a perfect opportunity to be explicit about it. He talked about the human rights, respect for diversity, and very sweeping generalizations which were inadequate in addressing this kind of hate, justifying it on the basis of religion. An explicit condemnation of anti-gay violence and criminalization would make a huge difference all across the world, and it's really disappointing that he hasn't done that.

Q5: What does religious liberty mean for progressives? Do you believe in the wall of separation between Church and State? How can liberals and conservatives work together?

There's a lack of willingness to engage in any kind of productive conversation in many cases. The two sides of an issue are talking at each other through the media. There is not an expectation, a respectful dialogue, and for many people there's no incentive. Our experience has been in terms of reaching out to Catholic bishops, trying to sit down with them on some of these divides, and we are totally ignored usually, or shut out of the conversation. Archbishop Cordileone in San Francisco has headed the US Catholic bishops committee on marriage and family life. He has been very much against same-sex marriage. He is part of the so-called religious liberty movement among the bishops, he's out on the march for marriage every year, we don't see eye to eye but he agreed to sit down and talk with some leaders in the LGBT Catholic movement about a year and a half ago. We had a very respectable dialogue, found some places of agreement even if he continued to say things that we don't agree with. So, I can pick up the phone or send him a letter or send an email directly, telling him "here's what you said", "it is really offensive and why" or "here's what's inadequate". We've been able to keep that dialogue going but ultimately I'm wondering if we can change minds. The frameworks of beliefs are just so different that I always feel like, at least, toning down the rhetoric and making sure that people are arguing about facts, about perspective, and not attacking each other, would be a step forward. However, I don't think there's enough of that kind of work that's being done.

We're part of a group called the Coalition for Liberty and Justice which is trying to put forward a progressive perspective on real religious liberty and the ability of people of any faith or no faith to have their perspective heard and not intruded on while at the same time making sure that people can get their basic needs met and not suffer from any kind of violation. We don't believe the corporations have religious liberty. Real faith communities enjoy religious liberty. The Catholic leadership along with many evangelical leaders are trying to expand the definition of religious exemptions, we're seeing Catholic institutions firing people for exercising their civil right to marry their partner, we're seeing Catholic institutions refusing benefits equity for employees in relationships that they don't acknowledge, and we're seeing pushes to deny services to queer people like adoption services or even housing services that are funded with public money, which is a real violation, and in fact, the issue extends globally because Catholic charities, for instance, provide internationally, and they are funded with public money. They want to be able to keep what they call Catholic values in place no matter where they're delivering service. We've been challenging exemptions at the Supreme Court, on the Hill making sure that people understand how

damaging this push to expand religion exemptions really is for the Catholic community and for the LGBTQ community.

Q6: Most Evangelicals under 30 are increasingly more accepting and tolerant. Is there a similar trend among young Catholics?

A majority of Catholics of every age support most LGBT rights. The one place Catholics are not as progressive as we'd like them to be is on immigration for foreign same-sex partners married to an American citizen. Clearly the trend is the younger you are, the more supportive you are. So again, for Catholics the issue isn't really the people of the Church, it's the leadership of the Church and the entrenchment, the refusal of church leaders to reconsider their positions. We're starting to see some little breaks, little cracks but the Catholic Church remains a very strong and protective institution. I call it "Catholic inc."(corporation), that is a hierarchy that owns the brand *Catholic*. They own all the communication channels, they control the money, the people have so little power in the Church that we don't have any voice in who the leadership is, it's a self perpetuating and top-down model, you don't have a say in who your pastor is, parish councils where they exist tend to be very weak. If a diocese Bishop doesn't like what's happening at a parish council, he pulls the priest from that parish and put somebody in who immediately shuts the council down. We don't get to vote on policy, we don't get to vote on doctrine, we don't get to vote on the people who do, so we have to claim our power in other ways like demonstrations or being vocal in contacting bishops, using the media to get our point across. It's a very different structure from most Protestant denominations that it takes a lot to make any progress in terms of church policy.

Q7: As a progressive leader, do you believe in the wall of separation between Church and State?

I don't think it's a wall, honestly. There's a structure that is supposed to define a boundary but there's a lot of slits. Catholic charities, Lutheran social services, Jewish services, all of these faith-based institutions get a fair amount of public money to provide needed public service. We really need to think about the way in which all of these agencies operate, to what extent are they beholden to their faith traditions? To what extent do they have to live by the laws of the land? Generally, Christian prayers taking place at public events, in the US, are delivered by a chaplain in Congress, there's a mass to start off the Supreme Court session. So, there's an official bias towards Christianity in our country, it further institutionalizes Christian normativity, the power of Christianity and makes everything else second class or inferior. We have Christian religious holidays and not those of other faiths. So, it's not a wall of separation but rather a chain-link fence.

Q8: **Why do Republicans still oppose a bill to forbid discrimination against LGBT people? Is it because of their faith that tells them that gay people are morally inferior and deserve no protections from the State?**

I think it's more complicated than that. Interestingly a lot of Catholic Republicans are more socially progressive than the bishops' platform of the Republican party would suggest. So, why don't they challenge the Republicans' ideas from within? The Republicans' whole orientation is about America first: white male, wealthy, and everybody else is a threat, anybody who can be part of that other is targeted: queer people fall into that other. I hear a lot of Catholic bishops, Catholic cardinals say that Catholics belong to a minority group to scare people. There's either real fear or fearmongering. There are people who generally feel under attack whether they are or not objective, they perceive themselves as being under attack, they perceive their faith as being under attack, they perceive their way of life as being under attack, and then, there are people who use that rhetoric because it's effective.

Q9: **Do religious progressives believe in the Second Amendment and gun control laws?**

What I find perplexing is how so many people in the religions right can be so very anti-abortion, anti-contraception, and yet virulently for extreme liberty when it comes to God. There's a total inconsistency about the value of life and allowing people to have access to assault weapons, unlimited number of guns and to believe in no regulation about how they have to be controled, opposition to fingerprints and so forth. There are many things that could be put in place that would be really protective of people. Many progressive groups, after any of these mass shootings, do try to raise these arguments, and are so quickly shut down. I don't understand how people can trivialize human life. The Congress does nothing but oppose any progress or what Obama wants. Opposition in this case is based on party affiliation. Unfortunately, I do think it's indicative of the divide in our country, and a lot of that seems to come out of a real lack of communication. The core of our social fabric is so damaged, and so torn up that the ability to work across differences with real respect for the humanity of each other is at the root of so many of these issues.

Q10: **Do religious progressives believe that marriage should be called "civil marriage" as "marriage" is a religious sacrament? Should it be called "matrimony" as Joseph Fisher from Kentucky suggested in proposing HB 572 to establish a new institution of matrimony in Kentucky?**

When my spouse and I first decided to solemnize our commitment to each other in 1998, people weren't using the term marriage but we decided to do so because we both come from a deeply

Catholic background, and having that sense of sacramentality to our lives (we were not worried at that point about the civil impact of it). It was only two years later that the first civil union bill was passed in Vermont. At this point, people were celebrating commitment ceremonies, civil unions, but we chose to call our ceremony a celebration of the covenant of marriage, and it came out of that sense of meeting the sacramental equality that our commitment, our life together, our love was just as valid, just as holy, just as great as anybody else's. What we're looking for is equality under the law, social equality, and to be able to use the term that is recognized in our culture, and in our society. When somebody says they're married, people don't really care whether the marriage happened at a City Hall or a church or a synagogue. Somebody with the position of respect and authority files a document that says your commitment makes you legal family, and it gives that union social standing. In our particular culture, the civil and religious terms of marriage are hard to tease apart. Using the term marriage in the United States is essential to make same-sex couples equal under the law. Matrimony is more or less used in a religious context rather than a civil context.

Q11: Do you make a difference between morality and religious morality?

I think of morality as a set of principles that guides behavior for other people's interest. Religious morality speaks more about the motivation for that. As a Catholic, one of the principals that underlies the attempt to live a moral life is a recognition that all human beings are children of God, created in love by the supreme being, and that we're all equal in God's eyes in underlying justification for why we want to treat all people well. You find the answers based on a combination of biblical sourcing, Catholic tradition, and Catholic social justice teaching. Catholic social justice teaching goes beyond the biblical prescriptions in dealing with this sense of needing to remove oppressive structures.

ANNEXE 2 : Sharon Groves, Auburn Seminary

Q1: Could you tell me more about your current projects and how your commitment impacts America's LGBT rights movement?

I'm currently working at a place called *Auburn Seminary* in New York. It's a seminary that is 200 years old, and has moved away in about the 1930s from degree granting to continuing education, and their work right now is around equipping religious leaders for justice work, across all sorts of areas: LGBTQ rights is front and center, they do exceptional media training for religious leaders, Black Lives Matter, gun violence, immigration reform, and climate work; we've been working on Israel-Palestine issues, and on a research project around how to talk to Evangelicals and Conservative Christians to understand how they're approaching the world. It's a multi-faith space offering a number of different programs around storytelling training, digital organizing, media training. We do really great facilitation for groups that are struggling to figure out what their next agenda will be. We have a whole list of senior fellows that we work with to get their voices out in the larger landscape. So, it's not just for people connected to denominations, but for people that are committed to a moral authority or a spiritual authority.

Q2: Regulating hate speech seems complicated to achieve in the US because it's related to the freedom of speech and the First Amendment. Do you think that religious groups and the Congress have a moral/political obligation to protect minority groups against racism, sexual prejudice, and sexism?

With the Kim Davis episode, we've seen religious people from the right being able to claim religious exemptions. The Danbury Baptist Association's letter to President Thomas Jefferson in 1801 expressed their concern that they were being religiously persecuted, and that they needed support, not just a charter based on the good will of those in charge. All these religious freedom laws, religious exemption pieces, HB2, and so forth, don't have to claim for religion. Instead, these political leaders are legislating a particular morality that they call "moral" without claiming religion, which is, to me, the successful iteration of a theocracy because one particular brand of what we think is moral is going to hold, and then it becomes the law of the State. So I think it starts with these religious liberty claims, and it ends up becoming the law of the land where religion doesn't have to be invoked. However, the majority of people of faith, I think, are much more aligned with a moderate to progressive religious understanding, and yet their voices continue to be marginalized. What the religious right has done, has been able to claim that Christianity as a whole is being attacked. In our opposition against them, we need to redefine religious principles

and what they mean. "Loving your neighbor" doesn't mean loving the person that is just like you, but rather loving somebody that is completely different than you are.

In 2014, in *General Synod of the United Church of Christ v. Cooper*, U.S. District Court Judge Max Cogburn reaffirmed the importance of religious diversity in this country. We are not unified in our religion and the Christian Right is taking away our religious rights as moderate to progressive believers. The Christian Right does not represent all of Christianity. So the Judge struck down North Carolina's Amendment 1 which banned gay marriage, making it possible for religious leaders in North Carolina to say that marriage equality was a principle of their faith without being threatened to be fined because they were performing same-sex marriages. This case was so important because some progressive religious leaders were claiming marriage equality as a principle of their faith, as a principle of their religious liberty guaranteed by the First Amendment, and not just as a secular right. The result of this ruling was that religion doesn't have the right to determine the definition of marriage in the public square. So, right now is a very interesting time to do this work because people are coming out of the woodwork, and they want to figure out a way to talk to us because it's not in their best interests to be seen as the haters. They want to be able to find a way to be able to engage differently. So, we don't have to break down doors to be able to have conversations. I talked to Focus on the Family, the Salvation Army, the Sutherland Foundation, and they all want behind-the-scenes dialogues around extreme differences.

Q3: **Why do Republicans still oppose a bill to forbid discrimination against LGBT people? Is it because of their faith that tells them that gay people are morally inferior and deserve no protections from the State?**

Religion becomes a smokescreen that is not really about religion. There is an assumption that the Evangelical base is crumbling. I think, Evan Wolfson is right: Evangelicals under 30 are much more supportive even though a number of evangelical leaders have been excluded because of their support for LGBT rights, Brian McLaren is now part of the post-evangelical movement. I think it matters if we have a different moral narrative in the country.

Q4: As a progressive leader, do you believe in the wall of separation between Church and State?

I think the role of progressive religious voices is to speak to why that wall is important to religion. The wall of separation emerged because religious people were persecuted in the first place. Today, religious leaders are not lawyers. They need to talk about how to have vibrant faith communities and religious communities in this country thanks to the wall of separation. We live in a multi-faith

world, and people want to be able to worship in their own tradition, but they don't want that tradition to be about being intolerant of another.

ANNEXE 3 : Evan Wolfson, Freedom to Marry

Q1: Could you tell me more about your current projects and how your commitment impacts America's LGBT rights movement?

After the victory of marriage equality, I wanted to take this next life chapter, for however long this part will be, to really be able to respond to the many requests for advice and assistance that I'm getting, fortunately, from organizations, causes and other countries who want to hear the lessons from our successful campaign, and figure out how to adapt them to other battles. So I really wanted the opportunity to contribute to more things I care about without immediately necessarily being in charge of the next big thing, and to have the opportunity to learn as I'm helping. Fortunately, one of the happy consequences of winning, is that people do want to hear the lessons, and have your advice and so on. So right now, I'm in this mode of being asked to talk with different people, different organizations, different countries, different causes, and I'm really keeping quite busy doing all of that, which is terrific, and so I have a couple of platforms from which I'm able to do that for now. One of which is, I've been named a distinguished visitor from practice, which is a fancy title for visiting professor at Georgetown law school. So, I will be doing teaching online about social movement and I'll periodically go down to DC in order to do that teaching. In the first semester, in the fall, I'll be co-teaching a course with a friend and colleague of mine, Nan Hunter, who is also a longtime LGBT attorney. So, we're having fun thinking about how to put together this course and draw on our respective connections and lessons, and so on. So that's one framework, one platform that will include some teaching, but it really gives me this opportunity to be available to, as I said, other organizations and causes, and take on projects. The other platform that I'm just starting is a part-time affiliation with this law firm, Dentons, where we're meeting, which is the world's largest law firm. It has more than 125 offices in more than 50 countries around the world. So, the opportunity to actually be able to draw on that global reach and the team here made me think I should give that a try as well and weave that into the different projects I'm doing, and see what kind of cross-pollination we can get there.

Q2: Based on your experience abroad, how is the fight for marriage equality similar and different from one country to another? How do you export your strategies?

What I said was export the lessons, the strategy may vary, but elements of social change, the effective elements of methodology and inspiration I think are adaptable to many different countries even though the exact strategy may differ depending on the movement, the culture, the system. Every country is different: the legal system, the political system, the social understanding,

the infrastructure, all these things may differ. So, that's why there is no one cookie-cutter formula that's exactly the same for everybody. But the elements of change, the kinds of work necessary, some of the tactics, the playbook we use, are all adaptable to the different systems in the different specific strategies that different countries may apply. And similarly here in the United States, though we, as Freedom to Marry, had a central strategy for how we were going to win the country, one element of our strategy, for example, was to build a critical mass of States, which meant we had to win not every State but enough States. Well, the strategy for winning specific States varied. In some cases, it was a litigation-centered strategy, in some States it was a legislative-centered strategy. Ultimately we had to learn how to win at the ballot, but they all entailed certain elements that were the same. So, there is no one-size-fits-all strategy but many of the elements are adaptable, and similarly with countries.

Q3: You have also been confronted with cultural differences at some point, especially in Asia. Are the Japanese people sensitive to fundamental rights?

I found it extremely exciting and moving to see such tremendous hunger and interest, for example when I was in Japan, and I was there initially at the request of local advocates including the local Freedom to Marry equivalent organization, called Equal Marriage Alliance of Japan (EMA Japan). EMA happens to mean « NOW » in Japanese, meaning equal marriage now in Japan. So, I was there at their invitation but also at the invitation of the US Embassy that works with the local advocates to bring me over there, and in fact, I've now been to several of these different countries in part at the request of [...] the US Embassy which, as somebody who spent most of his career fighting the government, makes me very proud that the United States in this instance lived up to its human rights ideals, and can actually be a credible human rights voice in other countries. But what I was starting to say was that, I found it very exciting that there was real hunger for these lessons, and real enthusiasm [...], everywhere I went, there were huge audiences, huge interest [...], and many of these events were cosponsored by organizations like the Sapporo Bar Association, the Osaka Bar Association, non-gay organizations. In one of the programs, I did a panel together with three local mayors in Osaka, all of whom are not gay, and so there was tremendous interest and tremendous understanding that while, of course, the culture in Japan is different, again part of what's needed is to talk about who gay people are, make those voices heard, help people along their journey, list business voices, and engage the political process. One of the differences between Japan and the United States, for example, it's not so much a problem of a deep-seated hostile mobilized opposition that needs to be overcome as we had in the United States, and as to a small degree, a little bit orchestrated opposition you had in France. In Japan, there isn't really that, the

big challenge is, in a sense, breaking the silence tapping into the basic, baseline support that actually is there, but nobody talks about it, and sparking those conversations, but similarly here in the United States, we needed to get those conversations to happen. So again, there are some differences but the elements of the kind of work to move things forward, albeit in a Japanese style with Japanese messengers, are very adaptable and that's the conversation we have been having when I was there. The Japanese Constitution, in part, influenced by the US, is very similar to the United States and to France for that matter, talks about the ideals of freedom and equality and dignity for all, and those are the constitutional values that argue for the freedom to marry. Even while I was there, two of the major companies, Panasonic and Sony, announced their commitment to same-sex couples, that they were going to respect marriages from out of the country, and do what they could do, as a business, to support essentially the freedom to marry, and so similarly here in the United States, we had to mobilize those business voices. One of the briefs we put forward in front of the Supreme Court, was a brief of 379 leading businesses who made the business case to the political powers as well as the court for why it was time to move the country forward, to get government out of the way of the economy and businesses that wanted to do the right thing. Well, that's a very important voice within Japan and one that we need to keep mobilizing.

Q4: There are several organizations in the US that work towards equal rights for LGBT Americans. How does Freedom to Marry fit within this movement for progress?

One of the things I said, in part, of my typical presentation in Japan and other countries for example is that it took four things for us to be able to win the freedom to marry in the United States and these were four things that we mostly got right in a way that some other movements haven't yet fully, including parts of our own broader LGBT movement here in the United States. The reason the marriage campaign succeeded is because we tapped into four things: one is the Constitution and it's the values and commitments we just talked about, human rights commitments. But in any country, whether it be the United States or France or Japan, the Constitution doesn't just fulfill itself even if the values are there, we need to do the work of getting the decision-makers, including the courts, to apply those constitutional commands to the people who were there, what it means in the 21st century and with these people who may have previously been excluded or not understood or not even talked about. So, in addition to the Constitution and the human rights, the values that animate so many of these countries, though not all, you need three other things and we got these things pretty right with many missed opportunities and stumbles along the way: it took a movement, it took a strategy and it took a campaign. So by movement, what I'm talking about is that it took millions of conversations, millions of dollars,

many organizations, many battles, many methodologies of change, litigation, legislation, direct action, fundraising, electoral work. It took not just many years, but many decades to miss more than 40 years to win the freedom to marry in the United States. So, it was a movement based on a multiplicity of things, no one person, no one organization, no one battle. But, at the same time, it wasn't just a random set of episodes, there was a strategy that was how we were going to get there and that we had to deliver on. And not everybody knew the strategy, not everybody knew they were part of a strategy, not everybody necessarily would have agreed with the strategy if they had known it, but there was a strategy. A critical mass got behind and delivered on the strategy. And, to drive that strategy and to make sure that we got those pieces filled and to leverage this movement, this multitudinousness, multiplicity of actions, there was a campaign. And so, in the freedom to marry battle in the United States we got those things right and Freedom to Marry was created intentionally as the campaign, not to do everything (that took a movement), but to make sure that what the strategy required, was being fulfilled. And if there were no others bringing that peace to the strategy, we could help fill the gaps, we could lift up the work of others, we could coax others in, or we can do it ourselves. So, Freedom to Marry was the catalyst, the convener, the coach.

Q5: Do you think the conservatives "instrumentalized" the purpose of the referendum to write into the Constitution the inferiority of same-sex couples? Would you say it was somehow a necessary evil so that a lot of people could learn about the reality of being involved in a committed same-sex relationship?

I wouldn't say it was necessary. I think the referendums were an abhorrent, radical, stigmatizing, unconstitutional, un-American tactic that should never have happened. But what is true, is that the resistance and the attacks by the opposition awakened many people, prompted many of the necessary conversations, and also galvanized some of the action from our side in a way that I, alone, couldn't do. So that is true, that while you don't want to lose and you don't want to be attacked, that is part of a struggle, and sometimes people respond to the opposition more than they even respond to a first call to action.

Q6: The conservatives kept saying the American people should express themselves; they should be able to say if they agree with same-sex marriage in a referendum. But the truth is that the overall voter turnout rates were not so high, except in California, so were the American people concerned about this culture war issue?

First of all, that very call to action claimed by the opposition was always hypocritical because they were saying the system should move forward, the people should be able to express themselves, and then at the same time, they were trying to freeze in concrete a barrier to the people being able

to change the law, and to write discrimination in a way that prevented people from changing their minds, from talking it through, from enacting through the usual political and legal process. So it was always a phony claim and a delay in tactic. At the end of the day, most people are not affected directly by this. So, the other side had to really basically stoke fear and gin up all kinds of other imaginary bad consequences in order to get people to care because at the end of the day I used to say to people we don't have to win over. We have to really basically marshaled the strategic indifference of most people. We have to remind them that they won't lose anything. Some families will be better off. The country will live up to its values, but your day-to-day life will not be affected. Of course we began building a track record that showed that was true. One of the first things we really had to achieve was to make it real somewhere so that people could see that the fear in the scare tactics that were easily stoked in the abstract, actually, were not true. At the end of the day, most people didn't really care or by the end, we actually increased people's level of caring in part because of the attacks of the opposition so that the political salience factor was actually higher on our side toward the end. But that wasn't true for much of it. In addition, it was always a myth that putting this on the ballot could cost John Kerry the election or reelect Bush. They claimed that, at the time, in the media, and it became the conventional wisdom that those 13 ballot measures supposedly brought the victory to the Republicans. I disagree with this claim and it's been refuted. It's been analyzed and refuted and the architects of that strategy including Ken Mehlman but also Matthew Dowd, Bush's chief campaign strategist, have announced it. They said it wasn't true. The margin in which Bush beat Kerry in those battleground States was actually less than the margin by which Bush beat Gore in the same state, but it became part of the political span that was something we had to struggle out from under.

Q6: So the 13 ballot measures in the 2004 election did not help the Republican party?

It may have helped Bush with some voters, but in the aggregate it didn't in part because people were voting on much bigger questions.

Q7: Are you defending marriage as a universal right?

Well, I would start by saying human rights are universal and belong to everybody. The freedom to marry, the freedom to build one's family, the freedom to express one's own true identity, the freedom to speak, the freedom to love are all human rights, and therefore they are universal. Marriage and the freedom to marry have already been recognized as human rights, as international human rights. This human right also belongs to gay people. So, it's not so much the right that's in question although sometimes they question it, but it's the application of that right to yet another

group of people. Put in another way, in the two years leading up to our victory in the Supreme Court, just last year, we had won more than 70 court rulings, having, of course, lost in most court rulings in the 70s, the 80s, the 90s and the 2000s. But then, we began winning. As we won in the Court of public opinion, and built our building block strategy, we created a climate explaining why we began winning in the courts. In the two years leading up to the Supreme Court victory, my favorite passage from all of those rulings came from the case in which we brought the freedom to marry to Utah : "It is not the Constitution that has changed but the knowledge of what it means to be gay or lesbian." (District judge Robert Shelby) That passage encapsulated our strategy, that was the strategy. We didn't need new legal arguments; we had made them correctly in 1972 but the Court wasn't ready to hear it. The country wasn't ready. I had written them as a law student. It was the understanding that had changed, and once you've changed the understanding, then people can see, how the command of the Constitution applies to the people now, before them, for whom they now have empathy and understanding and knowledge, similarly with global human rights. Global human rights, all the charters and documents talk of the freedom to form a family, the freedom to marry, all these freedoms. Now, we need to apply them to gay people. Europe is struggling and slowly getting there through the European system, thanks to some of the engine countries like Britain and France, and so on. The victories in Ireland, Spain, leading the way over all three of those, Italy is now slowly moving over. Now, more than half of European countries now recognize gay families and the rights of gay families, and of that more than half, more than half do so correctly through the freedom to marry. The other is through civil union partnership, and so on. Well, we need to keep growing the number of countries within Europe that understand that equality means equality, which means marriage. And then we will see the European tipping point that will bring the entire European system along just as we hit that tipping point through our building block strategy here in the United States. With the United States, with Europe, with Latin America, and the extraordinary progress we made there, we will continue to engage the international global systems to help create momentum and space in the other parts of the world. Now, at the same time, there are countries where we don't have the rule of law, where we don't have a real commitment to support global human rights. So that's more challenging, more difficult, but you can only really meaningfully engage there, when you've gotten what I would call "the bees' days", and that's why it's so important we get the job done in Europe, in countries like Japan and other human rights countries that aren't yet where they need to be just as in the United States was until five minutes ago.

Q8: Barack Obama has always been in favor of same-sex marriage since at least 1996, then he argued for "robust civil unions" when he ran for President. Do you think that his support for same-sex marriage in 2012 was essentially political or do you really think he changed his mind from 2008 to 2012?

We engaged with the administration from day one, and it was always a combination of arguments, but the bottom line was always: you need to be for the freedom to marry, you need to be for the freedom to marry because it's the right thing to do, because it is politically the right thing for you to do, and it will be helping us, help you, help us. Everybody needs to get there, and we need you where you need to be. I argued to them consistently both as a friend internally in the private conversations, and publicly, I was always being clear that we were going to keep pushing until we all got where we needed to get. One of the things I made clear to them from the very beginning was that no matter how many other important steps you take in the right direction (and they did take many important steps in the right direction), you would never get full credit until you have embraced the freedom to marry. In fact, every step you take makes it even harder to explain why you're not where you need to be, and to their credit they took many important steps that helped create space and momentum, but also underscored the inadequacy of the position. My own belief all along with that, of course, was that President Obama knew what the right answer was, and would have liked to be there, and had been there as you said, and should be there, and knew he should be here. That was not the official position by the time I was really engaging with them, and at the end of the day, it didn't matter what I thought they really thought and so on, and nor in some sense do I even really care what politicians really believe. I care what they do, and so in a way, whether he was really for it or not, it didn't matter because at the time he wasn't for it, and he wasn't where he needed to be. So I needed to do everything I could to both push and help, and that's what we did. To their credit they got there, and we urged the President to come out and support the freedom to marry while running for reelection in 2012. We wanted him to be there, we needed him to be there, and many, even including within our own movement, gay organizations, gay activists, gay people surrounding the President, gay politicians told me: "why are you doing this?", "Why are you pushing him to do this before the election?", "Wait until after the election!", "Don't cost him the election!", "Don't risk it!". But we believed that it was the right thing to do politically, and we made that case to the White House over and over and over through a variety of different channels. To his credit, he came out in support of the freedom to marry before his election and ran on it instead of running away from it, and at least, for some people, they viewed that as a big risk to take, and, of course, I think it helped him win, and it certainly helped us win the ballot measures that we then delivered in 2012. For the first time, we were able to beat the bad

guys on the ballot measure and we won four out of four, in part with the momentum and permission to think and knew that President Obama contributed alongside to the work we were doing. But according to David Axelrod, Obama confessed that his decision was political. What matters is what the President does now. That's how I feel about politicians who I think are on our side or who quietly tell you "I'm on your side but I can't do it right now". I don't really care what they think or how they feel. I care about what they do. And similarly some people want to criticize politicians who come out and support the freedom to marry, and support LGBT rights because they say: "Well, it's purely political they're doing that", "It's to get the donations", "It's to get support", or "It's because the business has done that". But it doesn't matter, it matters that they do the right thing.

Q9: Hillary Clinton stated that DOMA was a "defensive" measure. Is it possible that during the debate in Congress, at least one congressman was considering a Constitutional Amendment to define marriage as the union between a man and a woman?

It's not true! I mean there are many things to be said about Bill Clinton and Hillary Clinton's journey, and some of the good things they've done, and some of the bad things they've done, and have since worked to make up for, and certainly Hillary Clinton is where she needs to be today, and is a strong and vocal advocate not just of the freedom to marry but of the ongoing work, but it is not true that in 1996 they supported DOMA or that President Clinton signed DOMA in order to forestall a constitutional amendment. There was no serious talk about a constitutional amendment, that was never a reality then, it was never really going to pass in the 2000s under Bush. I believe he supported DOMA out of political expedience in an election year. It was a different era, we didn't yet have the kind of support we obviously worked and built, we hadn't yet even won the freedom to marry anywhere literally. As President Clinton signed DOMA into law, I was in a courtroom in Hawaii and hadn't yet even won that first decision in the world in favor of the freedom to marry. So, at that time, it was an abstract debate. The country had not been educated enough, the political class had not yet been engaged and moved, but he still knew it was the wrong thing to do, and he has since said that, which is why he tries to dress it up with that reason, and unfortunately that reason is simply not true. More important than all of that is, Americans moved considerably, and many people open their hearts, change their minds, came to understand it differently, and then went on a journey, and moved. In 1996, when I was doing that case in Hawaii, and when Clinton signed the so-called "Defense of Marriage Act", we were at 27% nationwide [in support of the freedom to marry]. By the time we stood in front of the Supreme Court, we were at 63%, so lots of people changed their minds, and it's okay to change your mind,

and if President Clinton or Secretary Clinton simply went with that, and explained it that way, that would be a much better explanation, and a true explanation. By the way, the Republican who wrote the Defense of Marriage Act, the congressman who sponsored it, Bob Barr, also, now, supports the freedom to marry. But they also knew that [DOMA] was the wrong thing to do because even if you weren't for the freedom to marry, even if you didn't support marriage for gay people, this clearly was a piece of discriminatory, a radical attack, intrusion that should've been enough to veto it even if you didn't support the freedom to marry.

Q10: In the Prop 8 trial, the defense argued that gay couples would change the institution of marriage. Was it a legitimate argument?

Some conservatives professed that argument, but others were concerned that we might win the freedom to marry, and actually not change marriage, that [our victory] might show that gay people are normal, perfectly legitimate equal parts of the society, and they didn't want that. Most people really knew in their heart that if gay people could marry, it wasn't going to change marriage, it wasn't going to take anything away from anyone else.

Q11: Ending hate speech seems complicated to achieve in the US because it's related to the freedom of speech and the First Amendment. Do you think religious groups and the Congress have a moral/political obligation to protect minority groups against racism, sexual prejudice, and sexism?

I'm an American. I do believe in the First Amendment. I don't think so-called "hate speech" should be illegal. I don't think the government should be policing what people can say, and I actually think there is some value in what Martin Luther King said, letting the pus come to the surface and bring it into the sunlight and cure it. I do believe that discrimination should be illegal. I do believe the government should be on the side of people, not an engine of discrimination. I believe that it's important to create a culture, not just the laws, that affirms and welcomes people, but I also believe in free speech. There are some arenas in which law is appropriate, but not when it comes to regulating speech. You put the government on the side of fairness, you put the government on the side of opportunity, you put the government on the side of welcome, and that will help cure hatred as well as private actions. The idea is to move forward, convince, and work around but not try to use the weaponry of the law to stifle thought that still can manifest itself in action even if it can't say things. I actually think the chief engine of change that we always were trying to engage and capitalize on, and leverage was conversation. We want people to talk about it. I'd rather have somebody explain to me that they are afraid of XYZ, that they don't like gays because then you can have a conversation, and even if you don't win over everybody, you're going to win over most

people, and that's exactly what we did. We didn't do it by shutting down conversation. We did it by prompting conversation, forcing conversation, inviting conversation. As much as I worked to engage the conversation, we had a variety of programs and actions, and so on. The opposition's attacks, actually, even more than I was able to do, prompted conversation, which then led to people thinking anew as Lincoln put it. If you stifle conversation that doesn't necessarily change attitudes or change how people vote, it's better to have the conversation.

Q12: To extreme conservatives, religious liberty means having the right to indifference, the right to invisibility, the right to discriminate against immoral behavior. What does religious liberty mean for progressive Americans?

Religious liberty is a value, and it is a constitutionally protected freedom. Gay people benefit from religious liberty. America is committed to religious liberty but religious liberty does not mean that you get to impose your religious views on others in the civic space. I think you're free to preach whatever you want, you're free to believe whatever you want, you're free to conduct your life for the most part under the law as you choose, and there are spaces that are protected. Government cannot force a church to perform any wedding they don't want to perform. They cannot force a clergy member to perform any wedding. They can't force people to go to a wedding but government officials, such as clerks like Kim Davis, cannot invoke their religious beliefs to deny people their rights or to even refuse to do their own job, for which taxpayers including gay people and people who support the freedom to marry, are paying their salary. So, religious liberty is a shield not a sword. Despite the fringe acting out of a handful of incidents, and people like Kim Davis, and the whole reason we know Kim Davis is because she got so much attention because she was such an anomaly. The majority of the American people never supported that. They said she was wrong and she should do her job or she quit her job if she can't do it. At the end of the day, even Republicans, even many conservatives, even many people who didn't agree with the freedom to marry, were actually saying that a government official has to do their job. Davis is free to believe whatever she wants to believe but she's running a government office, not a church. This kind of acting out, and this tactic of even invoking religious liberty to undermine civil rights and advances that the country has made, our recurrent part of the pattern of civil rights advance in the United States is not unique to gays, not unique to marriage. It didn't just happen with Kim Davis. This is a familiar tactic that when the opponents of civil rights failed to block an advance, they then try to undermine it using this tactic, and almost always that also has been rejected. Sometimes, it takes a little acting out but the overriding picture here is that the country has embraced the freedom to marry, and it's working fine. The fact that there's a little bit of posturing and acting out is part of a pattern. There is no freedom of conscience that says you don't have to

obey the law like everyone else. Although you win one battle, there still are people who disagree. There are politicians who are pandering to an ever-shrinking base but it's part of their base, and we have to engage and fight those battles [in favor of equal rights for gay and transgender people].

Q13: The Equality Act was introduced in Congress in July 2015. Will it ever be discussed and debated with a Republican majority?

The Equality Act is a proposed piece of legislation, a bill that has been introduced to prohibit discrimination in some other arenas. The United States still does not have an explicit federal civil rights protection against discrimination on the basis of gender identity and sexual orientation. The US does have judicial interpretations of existing laws that prohibit discrimination but that has not yet been fully affirmed by the Supreme Court, and in the meantime there is no express statutory protection. So, a bill was introduced to provide that. However, it hasn't moved forward but then again almost nothing is moving forward in the US Congress. That's not solely about LGBT, that's about the dysfunction of Congress, and we need to work, build and get that bill passed or some version of that bill. However, it's also important to advance through the courts and the litigation track, it's important to engage in the building block of passing on discrimination measures at state and local level. It's important to enlist companies, businesses, and law firms to enact policies, and to advocate for safe space, and all of that provides protection in those places, in those arenas, and constitutes building blocks that help put pressure and create space for ultimately Congress to act. While it is the job of the federal government, including Congress, to act, it is also the job of the States and the localities. It is an arena in which private actors can contribute and lead. In the marriage campaign, in the freedom to marry campaign, we didn't put our eggs in any one basket even though ultimately our goal was to deliver a national victory to the Supreme Court. We worked on those three synergistic tracks of building a critical mass of states, a critical mass of support, and tackling federal support. When we were stuck on one, we moved forward on the others, and that created more opportunity to keep going on all three, all of which was about creating a climate for the Supreme Court. Similarly, here, we want to see Congress act, do its job, and pass a civil rights measure but we can also deliver some of those protections to the courts, some of those protections through the states, localities and businesses. All of that creates momentum and climate in which we can get back to Congress. We also, of course, have to elect a better Congress and elect a good president. It's not just one strategy.

Q14: Do you disagree when conservatives claim that judges are acting as legislators?

In this instance, I do disagree with that. That's what anybody says whenever the judges do their job, and deliver a result that people don't like. Their job is to enforce the Constitution and properly interpret the laws. In this case, what the courts are beginning to say correctly is that existing US law, which prohibits discrimination on the basis of sex, that a proper understanding of sex discrimination includes many forms of gender identity discrimination, and sexual orientation discrimination because, in essence, you are imposing sex roles or distinguishing rights, affordable to one person based on the sex of the person they're interacting with. That is a form of sex discrimination.

Q15: Do you think sexual orientation should be considered as a suspect class?

The whole concept of suspect class, I actually prefer to talk about suspect classification...It is not so much about the people: is this a legitimate ground for discriminating whether it be race, sex or sexual orientation? Sexual orientation discrimination is not only about gay people, you would also protect, in the rare instances, non-gay people who are discriminated against on the basis of their sexual orientation. Sex discrimination doesn't protect women only, it also protects men. It's just that more women need that protection. So, absolutely, sexual orientation should be a suspect classification. In effect, the courts have begun treating sexual orientation as a suspect classification, they articulate many of the criteria, and that's what Justice Kennedy did in the marriage decision, and although he doesn't use the buzzwords, he applies meaningful scrutiny that essentially presumes there's a problem with this kind of discrimination and strikes it down. So in effect, the Court has recognized that there is a presumption of unconstitutionality when it comes to laws treating sexual orientation people differently on the basis of their sexual orientation. The Court has not used the buzzwords that many of us learned, and lost in school 30 years ago. They haven't used the phrase "suspect classification", and they have talked about the tiers of scrutiny recently but they haven't done that in any case in about 30 years. So what I say to advocates and academics is stop looking for magic words the court doesn't use, and actually look at what the Court has done most powerfully in the marriage case by applying meaningful scrutiny. The Court presumed there is a problem, required a real and legitimate sufficient justification, carefully scrutinized that and found that there wasn't one. Well, that's scrutiny. In reality, the Court has not articulated a new classification warranting heightened scrutiny in decades, and they just don't write that way anymore. Kennedy has now authored four major rulings affirming a repudiation of sexual orientation discrimination.

Q16: Why do Republicans still oppose fighting against discrimination?

Well, actually, Republicans under age 50 support the freedom to marry, growing numbers continue to move, and are in our direction, and growing numbers support nondiscrimination. However, there are a few other things going on. First of all, self-identified Republicans belong to a shrinking category, and so what you're left with, is the more extreme, the more resistant, more people becoming independents. They're taking their pro-gay evolution with them. So you're partly seeing a reflection of Republican being a category that is increasingly an outlier category that is the farther end of the spectrum on this question and many others. Gallup just did a poll as we're coming toward the anniversary now of our win, and often what happens is we won victories in gay rights or court rulings and there was the whole bashing of the court. So, what we would often see after a victory, would be a period of regression, and then we would climb back, grow back as we kept moving forward. In the freedom to marry, there was no recoil, there was no regression, we were at 60 something percent when we stood before the Supreme Court a year ago while we're at 60 something percent still in the snapshot poll. What was actually striking in this most recent poll was that not only had support held steady at a supermajority level, despite the complaints of activist judges, but also it was the first Gallup poll in which we had a majority support amongst people 65 and older, the most resistant cohort: they too are moving, people are moving. So, to the extent the Republican party remains a category that is an outlier, although as I said people under age 50 do support the freedom to marry, but the fact that the party is not yet moving in the right direction, partly reflects a skewed category toward the most resistant cohorts. However, it's a smaller category of the hard-core opposition that's left because many of the pro-gay have evolved, and they show up now under independent.

Q17: Would you also include in that hard-core opposition religious fundamentalists?

Evangelicals under age 30 support the freedom to marry. Younger people, even self identified conservatives, even Republicans, even evangelicals, support the freedom to marry. Evangelical leaders while they don't yet support it, they mostly said, "Let's move on", because they realize they're out of step with the majority of their younger cohort and the American people. While there still is some bashing, there's acceptance, by large, or acquiescence. One of the things that people have been studying over the last few years is why there is such high evangelical support for Donald Trump. Somebody who does not profess any of their values or when he does, it's transparently phony and expedient. He himself is not a role model of anything, and yet there is support for him within the evangelical ranks even though he's everything they professed to dislike. So the answer is because people vote on a variety of things in these categories that we think of as fixed categories and not monolithic. They're not necessarily what we think they are, and there's

room for movement or change within all of them. Sometimes it's bad, as in the case of that support for Trump, and in some cases, as in the case of young people supporting the freedom to marry, it's good.

Q18: In January 2016, you tweeted: "[Roosevelt] You're needed again. Happy Birthday". Why was it important to "celebrate" Roosevelt's birthday? Was Roosevelt's understanding of modern liberalism instrumental in identifying new freedoms which helped the LGBT movement in its fight for equal rights?

Roosevelt's understanding of modern liberalism was instrumental in identifying new energy and means for putting government more squarely on the side of more people, expanding opportunity—political, economic, and social. I am not aware of any particular focus by Roosevelt on gay people during his presidency (putting aside Eleanor's circle and activities, and an incident involving Sumner Welles); it was a different era. But along with many enormous accomplishments and some big missteps, he did affirm the right value: "We must scrupulously guard the civil rights and civil liberties of all citizens, whatever their background. We must remember that any oppression, any injustice, any hatred is a wedge designed to attack our civilization." (January 9, 1940)

Q1: Could you tell me more about your current position as founding parter of Civitas and how your efforts address LGBT issues?

I run Civitas public affairs. I'm the founding partner. It's a Public affairs group that works on progressive issues, including LGBT issues like marriage equality, nondiscrimination messaging and research on LGBT issues, and how they are perceived by the public. We consult with a variety of founders and offer strategic advice on LGBT rights, work and campaigns. Before that, for seven years, I was Gill Action Fund's national political director and deputy executive director. Tim Gill used to be the largest political founder of LGBT politics. I almost work exclusively on winning marriage, civil unions or other state-level battles.

Q2: Why did you choose to commit yourself to expanding equality?

It was deeply personal. In 2004, I remember very clearly when Pres. George W. Bush introduced the Federal Marriage Amendment. I was actually a Republican at the time, and I worked on a lot of Republican campaigns. My first campaign after college had to do with a consultant named Karl Rove but that was before he became nationally prominent. I learned how to run campaigns from him in the late 90s. The Federal Marriage Amendment was the last straw because I was actually part of an effort by some people that took the White House, we did confidential polling and research to show that he didn't need to go there on that issue to win. But he chose to do it anyway. It was just craven, crass politics at its worst that demonized an entire population of people. My anger got me dramatically more engaged.

Q3: As Evan Wolfson, do you disagree when some analysts argue that the marriage amendment strategy helped George W Bush be reelected?

Evan is probably right. It's one of those things where an issue like that, that created motivation for religious right, anti-LGBT base to turn out. They thought it was a good idea to have things on the ballot that made those people turn out. Do I think that they orchestrated it in a big concerted way as a part of his reelection campaign? No. But they weren't oblivious to the fact that it would help them put it that way.

Q4: What do you think equality means to conservative Republicans?

They don't believe in it. It's a bad message to use when you're talking to conservatives. One of the things that we learned through the marriage movement (Evan and his colleagues focused on the

concept of freedom versus equality) is that when you talk to people on the left, they believe in the concept of equality, that we are all equal, and people on the right might say that, but don't really believe it. They do believe in personal freedom, individual freedoms to succeed or fail and to have their personal civil liberties protected like the right to bear arms, freedom of religion. All these individual freedoms are important for Republicans. So, when you say things like pushing for marriage equality, people on the left cheer on that, we should be treated equally. But, people on the right don't respond to that. We had research that showed that essentially what you should talk to them about is freedom, and freedom is the Dick Cheney's quote from the 2000 vice presidential debate where he said "freedom means freedom for everyone".

And yet the "freedom to marry" as a concept exists (it was the subject of Evan Wolfson's thesis in 1984)

If you really talk to Republicans about it, they'll tell you it's about freedom and love and commitment: this is about two people who want to commit their lives to each other, and all that commitment to one person in a marriage construct is a very conservative idea.

Q4: There are many groups and organizations that work toward equal rights, social improvement for LGBTQ Americans. How does Civitas fit within this large movement for progress?

Most of the people who are leaders in the firm were deeply involved in the marriage equality fight. So, my business partner, Patrick Guerrero, led the Log Cabin Republicans in the mid 2000s. Before that, he was a state legislator in Massachusetts, which was our first date to have marriage equality (2004), and he was deeply involved in defending that. Then, he was the executive director of Gill Action where I worked. So, we got to know each other working on campaigns all over the country for marriage. Katherine Grainger works in our New York office. She was the Deputy counsel for Governor Andrew Cuomo. So, she literally wrote most of the New York marriage law. Mark Solomon is principal and national director at Civitas. He was Wolfson's deputy and campaign manager for the Freedom to Marry. Dave Horwich led the Illinois State campaign for marriage and a lot of other people on the team in Washington worked on the marriage campaign. Individually, we have a lot of people who were part of that struggle and collectively as a firm we still work on LGBT equality as one of the issues in our portfolio for a number of different clients.

Q5: Congress has been criticized over the years for not getting the job done on a number of issues including marriage equality and gun control. Could you explain why advocacy groups are now part of the equation to make sure Congress gets to be functional?

Congress is dysfunctional for a number of reasons. The biggest ones, I would say, are gerrymandering, which is drawing legislative districts. They're disproportionately unfair, they favor one side over the other, make it not competitive in an electoral context. When you're drawing a map, and you know what neighborhoods are filled with what types of people, you can put all the Republicans in one district. If you're trying to do this for partisan purposes, you don't want a district that has 45% Republicans, 45% Democrats, and then 10% independents because that seat could switch back and forth. You want something that is going to be a safe bet for your own party. So, whoever's in control of the process has a huge amount of leverage over that. So, right now, the Republicans have so many members of the Congress, especially the House (the House is by district, the Senate is statewide). The districts for most of the Republicans in Congress are so conservative. They are only worried about a primary, someone to beat them out at their own party primary versus losing to someone from the other party, so that incentivizes them to be as conservative as possible because what they care about more than anything is getting reelected and keeping their job. So that drives a lot of dysfunctional hyper-partisan activity. The other thing why the Congress is broken is because of the outrageous role of money in politics. The sheer volume of money that is spent on campaigns and elections, the effort that candidates have to go through to raise all of that money...So what happens is, across the board, people in power get to pass the legislation they want or as equally as important block bad things that they perceive they don't want to happen. Everything goes through those filters. If you're worried about running for reelection and you're a Republican, and you're worried about a primary challenger, things like marriage equality, a woman's access to abortion, all these other things that you may not personally care about or spend a lot of time on, you tend to have a reflexively conservative anti-position on that because you don't want somebody that could run against you from the right. No new taxes... all of these very intransigent statements, the left has some of them but it's not near the same thing. So, the Congress is going to be Republican for a while, I don't think it's going to flip this session. The Senate could likely flip but the House probably won't because of gerrymandering. What that means is that the number may go down, Paul Ryan will have fewer members, the problem is the people that he loses are the people that were in marginal seats, so then, he still has a majority but it's closer to 220 or 217. That's where you have a bigger problem: what happened to that majority is that it shockingly got more conservative because the ones who are left, are the people who are in those gerrymandered safe districts, the people who are in marginal possible swing districts are now Democratic seats. So the people that are left are more partisan, not less. So, the dysfunctions are going to continue for a long time. I also think we are on track for Hillary Clinton to be elected President, the Senate to become Democratic: the question is, can they figure out a way to govern

with a divided Congress with a President different than their party. It's going to be really difficult with a more conservative House that is not inclined to compromise.

Q6: In the fight for marriage equality, what strategies did you use to bring conservatives into the bipartisan effort?

The first thing we did was meet people where they are. What I mean is, if you are a conservative person and you're conflicted, which is the best way to describe it around gay people and around gay people getting married. If there's say 10% of people that are so right wing, there's no way that you will ever change their mind, and there will always be some segment that is like that. So universal people that are conflicted, that are centered-right but not far right, are the people that you focus on meeting where they are. It means using language that they are comfortable with, it means not calling them a bigot or maligning them or attacking their faith or being condescending. I used to have a lot of these conversations with Republican state legislators whenever either safe schools, nondiscrimination or marriage equality was on the table, I would sit down with them privately and they would say: "I'm so glad you came to talk to me about this, no one has ever asked me about my vote, no one has ever tried to get me to support them, all they've ever done is scream at me." So, they were having these conversations, they were just attacking Republicans for being anti-gay. Well our job is to be in the hearts and minds business, to change people's hearts, and change their minds, and the way you do that is start where they are and figure out how to get them to move where you want them to be, which is very different than getting in their face, telling them what's wrong with their position. It's more about figuring out how to move them. Some people move towards equality because they see their religion and the state separately. Some people see within the context of their religion that we ought to treat people the same. Some people think it's good for business and it's like economic. Our policy is we don't really care which of those arguments were, we just care that one of them works and that we bring you along. One person who voted for marriage in New York didn't know much about gay people but looked at it from the perspective of his grandson who had autism and who was always treated differently as the other, the outsider and the one people picked on. He thought that people were picking on gay people and it wasn't fair. He didn't care who you loved, who you wanted to marry. He didn't think it was right for people to be picking on you. He didn't come out at it from some fundamental human rights background, he came at it from a place of empathy around someone else in his life who had been treated as the other. There's also a familiarity/commonality between straight and gay couples that allows you to realize that these are people, they're not an issue, they're not a cause, it's people that live in my district. This is why one of the big things that people used to say in the earliest phases of gay

rights was that the most radical act you could do was to come out and to be out, and to tell your story. I grew up in rural Alabama. I went to college in Birmingham Alabama. I was in a social fraternity, probably 22 or 23 people that were in my year for my fraternity, who were all incredibly straight, really conservative, and I'm their friend who is gay. None of them would have given that issue any thought, would have been reflexively against marriage, weren't brought up to think that is a normal thing, but because they have gay friends, they see that they were just like them. The idea of that little blue sticker, yellow equal sign on it from HRC was really important because it became a symbol that helped people share their coming out stories. Coming out in places like Alabama is much more a deeply personal act, it's also a political act even when people think they're being political or they're not relating it to a political cause, it has an impact because the more people come out, the more it helps create networks of people. In survey research, we learned if somebody knows three or more gay people, their propensity for being supportive jumped by like two or three times.

Q7: **The Democrats introduced the Equality Act, designed to forbid discrimination based on sexual orientation, in July 2015. Do you think it will ever get to be debated or reintroduced in the next Congress? Are you working on this particular legislation?**

No, I'm not, and I'll tell you why. I support everything in the Equality Act, I agree with everything in the Equality Act. However, I don't think the Equality Act was written to be passed into law. I think it was written to be used as a political tool and to put the Democrats in a place where they look good and the Republicans in a place where they look bad. Joe Solmonese will tell you that when we passed the repeal of Don't Ask, Don't Tell, it never would have happened without, I believe, the support of nine Republicans in the Senate who voted for it. It was a large number. You don't get that kind of support from Republicans on a law about the military without having substantive engagements with them on the debt, the contours of the policy. One Republican I think now has come out for the Equality Act but it was not put out in a consultative fashion. It was put out in a partisan way with Nancy Pelosi and others. It was packaged and put out there in a political way. If we are really serious about passing it, we need those eight or nine Republicans to be for it again, and that's not where they are now. The components that we need to figure out are how to tweak or what we do to move those people over time but it came out in the context of how to use a weapon in the elections. That's a central tension in any social change movement in the United States. I would argue that in a two-party system, you have to hold these two ideas in your head at the same time, that sort of compete: one is we don't win on issues like this in a way that's lasting and permanent without it being bipartisan but at the same time if Republicans are in charge, they're never going to bring this up ever because of redistricting and all of that. So you have to

want a Democratic Congress, which involves beating Republicans but at the same time, at some point, you've got to be ready to pass the bill, which involves outreach to Republicans. So you can see where those two concepts are at odds with each other. You have to figure out how to be good at both of them, and it is very hard especially when you have a marginalized community that is being attacked, demonized and hurt by not only the policies but also the rhetoric, the societal pressure and all the bad things that come from the far anti-gay right. It's a mistake for advocates to do things in a partisan way, that is all about driving the divide because bringing them together is what we're going to have to do to actually pass legislation. So, the Equality Act was introduced in a hyper-partisan way. I think we can pass the Equality Act if they do all the outreach work well and get Republicans on board to pass it. Now, it won't pass the house at all, but if you believe in equality, vote for these people, if you don't vote for these people. So, you get again the problem of constantly having to deal with that electoral dynamic where contrast is helpful. If you try to actually govern and get a bill passed, you're going to have to talk to Republicans. There are a lot of Republicans that were attacked and defeated in primaries because they were seen by Republicans as trying to work with Obama, that was the kiss of death. A lot of the Sanders' people were like this: we can't trust Hillary because she's a sellout because she'll work with the other side. You actually have to work with the other side if you want to do something. We're the people who represent a marginalized population, especially trans people, poor trans people of color, and others who suffer severe discrimination every day, and they won't get better until we figure out how to compromise and get it right. That doesn't mean we have to compromise our principles but we do have to figure out how to work with Republicans.

Q8: **Why do Republicans still oppose a bill to forbid discrimination against LGBT people? Is it because of their faith, because of their electoral base?**

It can be both of those things. The biggest reason though is fear. When you say their electoral base, it's usually fear. Most people but not all of them don't really spend a lot of time thinking about LGBT people that are discriminated against. Some people may be for us but in the closet and there are some that are really against it no matter what, Steve King (Iowa) for example. But then, there are others who can be persuaded. They're scared that they will get thrown out of office but they miss the fact that the world has moved on, and they're still thinking of the last election rather than the next election, and so they think that the electorate is more conservative than they are. But, the electorate is completely supportive on LGBT equality. Now, The Equality Act has different components on the policy side, it has nondiscrimination around housing, public accommodation, and employment. Employment is a no-brainer. People understand it, housing a

little bit less, but still support, public accommodations is really difficult and complicated over transgender people, and what you've seen in the last two years of legislation are on the bathrooms. I still think the public is in a better place than most people think but the way the battle is played out in places like the Houston initiative, it has made people terrified of the issue, and the other side has figured out how to capitalize on fear in a very effective way. We've not figured out a great way yet to talk about it in a non-scary way. Our opponents have sensed an opportunity under the guise of religious freedom and also the bathroom piece particularly. Because we haven't done a good job of educating the country about who transgender people are, what it means to be transgender, that absence of a sufficient education work leaves room for people to say things like "I don't want a man in my daughter's bathroom" as if some grown naked man was trying to have sex with their daughter. But we've not done a good job at talking about who trans people are. So, for the other side, it's easy to stigmatize. The reason why we need these nondiscrimination laws is because trans people are hugely discriminated against, they suffer extreme violence, trans people of color have these horrific statistics in employment and in housing and have been experiencing both verbal, physical abuse. The number of hate crimes shows a disproportionate number of trans people who are victims of hate crimes and trans people of color even more. It's interesting because Americans don't believe they discriminate against anybody. I think we have a problem even with the word discrimination and that is a signal: a wall goes up when people hear it. We've got to actually figure out a positive frame to talk about LGBT people and especially, transgender people as part of the American fabric, part of the American family. Here's their story: all they want is live, work, raise a family, have a happy life just like everyone else. However, we haven't painted a picture of what that looks like yet, and the other side is able to paint a very different picture.

Q9: **How does it work for you to convince Republican leaders so that they can embrace progressive and bipartisan policies?**

Number one: know your issue and be able to articulate it clearly from a place that they will understand. Number two: as I said, meet people where they are. Don't be upset if someone uses the wrong vocabulary. For instance, "homosexuality is a lifestyle choice", it's not a lifestyle, it's not a choice. So, you meet them where they are, and use vocabulary that they will understand and be comfortable with versus being perfect. Don't worry about being politically correct, worry about what it takes to move them. I found out several things: compelling and carefully thought out message, using language that they would use and understand, messengers matter a lot, "who is saying it?". It's important to do conservative research and be able to show them the politics of it: "we've researched in your district, a majority of Republicans are fine with this. Here are some that

aren't, but you're not going to get in trouble over this politically." We give them credible research from people that they know, who have credibility with them. Engaging politically, having people's support, this is also very controversial within the gay world. Having people who financially volunteer and other ways, support a candidate when they've done the right thing. So, when someone takes a vote for LGBT people, be they Republican or Democrat, just like any other constituency in politics, you have to have their back. Engaging, protecting people, and saying you will stand by their side if they're attacked for doing the right thing, it is part of it. You have to do that work with integrity, you can't fake it. You actually have to sit down with people you disagree with on a lot of other things. I sat down with a lot of people who were uncomfortable sitting with a gay person. You have to be willing to answer whatever questions they want answered, talk to them, and get them to where you want them to be by having a conversation. We want them to treat us as human, we have to treat them as human, and help them work through whatever concerns or issues they have. Being committed to it, being patient and smart about it doesn't mean you equivocate, it doesn't mean you back down, don't strongly advocate. You have to be thoughtful and careful and take your time.

Q10: What does religious liberty mean for progressives? Do you believe in the wall of separation between Church and State?

I believe fervently in the wall of separation between Church and State. That said, I'm a realist in that I understand the role that religion plays in people's lives. I think it's foolish to think that just because we believe in the concept of separation of Church and State that the hundreds of millions of Americans, who are religious in some way or another, are somehow going to abandon that when they start thinking about politics. It's why a lot of the language that we have used and been successful with is using the golden rule: "treat everyone the way you want to be treated". That's a direct commandment from Jesus in the Bible, a biblical basis for treating people the way we want them to treat us. So, no bullying in schools, no discrimination when you're trying to find a job, marriage as a biblical value. The reason people on the left have a hard time thinking about religious liberty in a positive way is because there are centuries of examples of people doing horrible things to populations in the name of religion. If you want to be successful in this type of social change work, you have to figure out how to acknowledge that. We have to be magnanimous in our wins so that we create a space for religious people who disagree with us, but not back down on things like religious "accommodations" that allow people to actively discriminate. So if my husband and I go into your restaurant because your restaurant is open to the public, you should not be able to say "I won't serve them because they're gay". The example I always use is, change out

the word gay with black or Jewish. The Left has to be just as comfortable with people saying things like "I don't like gay people". You cannot force somebody to like you. There a lot of people in this country that are racist, and I think it's abhorrent but they have a right to be racist. Should they be racist? Absolutely not! That's a different thing. Taking that racist mindset or that anti-gay mindset or that anti-Semitic mindset and then turning it into either laws or practices that actively oppress and discriminate against people. So, we have to figure out how to tolerate, understand people of faith, and be okay with it without calling them religious bigots, otherwise we're going to be locked in this fight for a long time. This is like going back to the civil rights statutes of the 1960s by explaining that as a country, we have decided it was not okay publicly, in any context to discriminate against people based on the color of their skin, their national origin like all these protected classes. That's why adding LGBT people to that is important. Right now, we're in this uncomfortable space between the reality and the law. A protective law is needed because there's always going to be people who would discriminate if they could.

Q11: In the fight for marriage equality, there were two main strategies: a state-by-state approach and a federal approach initiated by Thed Olson and David Boies. Do you think both approaches were instrumental in the victory for marriage equality?

I actually don't agree with the premise. I think there were three. There was the state-by-state approach; there were also two different litigation approaches. So everyone across the movement knew that the issue was going ultimately to be resolved at the Supreme Court. There was the sort of state-by-state approach, winning civil unions marriage etc. by either litigation, the legislature or at the ballot box through popular referendum until 2012. For the federal litigation there were two different camps: one said we should take a measured approach, not go for the full win until we've achieved a sufficient number of those state wins, and then build up the right case to go at the right time with the right plaintiffs, in the right circuit with the right judge etc. Then, there was the Prop 8 lawsuit that was initially about California, but they chose to go for the full federal thing. So, of course, it got paired with the Windsor case that was about getting rid of the Defense of Marriage Act. The strategic difference was: should we first try to eliminate the Defense of Marriage Act because then that would make it easier to get to the final federal lawsuit? Or should we go for the whole thing at once via like the Prop 8 saying it's unconstitutional on its face? Everybody knew that we were going to end up in the Supreme Court at some point in time. Denying marriage equality was a violation of the due process and equal protection clauses. Both approaches were right because there is no chance that we would be where we are today without the state-by-state work and the meticulous legal work that has gone along with that with the Edith Windsor case and getting rid of the Defense of Marriage Act. The Court doesn't like to do massive dramatic things

all at once. So, what they did by ruling out DOMA, and only letting the Prop 8 case impact California so that millions of people in California could have access to marriage equality.

Q12: Do you think both approaches reinforced the indispensable role of the Supreme Court in light of a dysfunctional Congress?

One of the core roles of Courts and American society is to protect minorities from the tyranny of the majority and that was enshrined in the XIVth Amendment. When you think about the Equal Protection Clause and when the Congress doesn't get it right, Courts are there to protect minorities. I think that no one who is credible, who has been a long-term advocate thinks or ever thought that we were going to get to marriage equality in the Congress. It was never a part of the strategy, and it wasn't because people understood the nature of the Congress, the nature of a gerrymandered system that was always going to have a disproportionate impact as far as the population that really hates gay people versus the majority who are obviously fine with marriage.

Q13: According to the Clintons, DOMA was the result of a compromise, a "defensive action". Is it possible to claim that some Congressmen were considering a Federal Marriage Amendment in 1996?

I disagree. It's preposterous to suggest otherwise. It was not the case. People could even say something crazy in a congressional debate that doesn't mean it's actually a real threat or that could go anywhere. People in Congress say outlandish things every single day. It still doesn't mean that it's a threat. The House Republicans have voted 67 times to repeal Obamacare, the healthcare bill. There's no one in their right mind who thinks that will ever happen or has a chance of happening. So, there is no credible way to suggest that DOMA was passed as a protective measure to stave off a constitutional amendment. DOMA was discriminatory, it was anti-gay, we didn't have enough allies in place to do the right thing.

Q14: What is your biggest achievement with CIVITAS?

Building a firm culture and a team of people committed to helping good people do good things to make the world a better place. I don't say that in a corny way or lightly. There a lot of people in Washington who work for a lot of giant corporations and make tons and tons of money. I don't want to spend a bunch of my time helping two different corporations fight each other or having helped drug companies fight health insurance companies over who should pay for whatever when they fight all the time. What we do is help causes and movements and things that we believe in. The biggest achievement is that we have successfully created a platform of reputation and a team with a strong desire to help make the world a better place and it's a business. So we are a

consulting firm and so we do make fees for our work, but our people are working on the environment, LGBT rights, reproductive choice, getting rid of the rape culture in our country, international LGBT human rights, reducing the role of money in politics, a lot of things that we think are really important in making the world a better place and being good at it so that we can have an impact and help these causes not just exist but win, and to me that's an accomplishment.

Q15: Ending hate speech seems complicated to achieve in the US because it's related to the freedom of speech and the First Amendment. Do you think, as a political operative, that religious groups and the Congress have a moral/political obligation to protect minority groups against racism, sexual prejudice, and sexism?

I don't believe that America should have laws against hate speech. As a religious person myself, I believe that I have a moral, ethical and spiritual obligation to speak out against all of those things to take care of the marginalized, the underprivileged, and, as a Methodist, that's a part of what it's all about. Eliminating the idea of the other in society is not an objective. More people who understand that your rights and your inherent dignity as a person are just as valuable as mine, no matter who you are, where you come from, how much money you make, what color your skin is, who you love.

Q16: What do you think of the persistent opposition of the Republicans who use preemption as a strategy to block progressive measures such as HB2 (North Carolina)?

I think they're going to have a big backlash in North Carolina. I think it's short-term political gain, long-term political suicide, and it's totally untenable for the future in American politics when you look at the demographics and belief systems of what's called the "rising American electorate".

Q17: On LGBT issues, what kind of problems/changes do your clients hope to fix/bring to their organization?

On the policy side what they're working on is things like nondiscrimination policies at the State level. One of the things we work on is executive level policies, what governors can do, what attorney generals can do in the State, what the federal government can do without congressional approval. We do a lot of that work, of trying to get agencies to do things around data collection, executive orders, banning discrimination. On the policy level, organizationally, we do a lot of work with nonprofit groups to help them improve: better fundraising, better management, better strategy, help them get good people, help and build out strategic plans. We strongly believe in bipartisanship, working across the aisle, it's in our DNA but we won't work for any cause that we don't believe in or agree with, that is in opposition to freedom for LGBT people.

ANNEXE 5 : Alan Van Capelle, Educational Alliance

Q1: Could you tell me more about your current position as President of Educational Alliance and how your efforts address LGBT issues?

I am CEO of an organization called Educational Alliance which is a community-based organization that serves 50,000 New Yorkers, south of 14th St. in Manhattan. We are a $40 million organization with 600 staff people, and we offer services to our community from early childhood, all the way up to older adults. We serve a broad spectrum of individuals, and maintain a very LGBT friendly environment. It is not an LGBT organization.

Q2: Why did you choose to commit yourself to expanding equality and promoting social justice as a civil rights leader?

I think that the most important things are issues of equality, justice, and the idea that New York is in an ever-evolving experiment. We're always striving to be more perfect in New York than we were the day before, and so at Educational Alliance, we have helped more than 4 million people go from poverty into the middle class, and to affluence in just a generation or two. Organizations like Educational Alliance are some of the best shots individuals have. They're being able to reach the American dream, and also that ties very closely to my work around the marriage equality fight for a very long time. I would travel around the state asking non-LGBT people to support my fight, our fight for equality, and explaining that I believe that "equality was the basement and justice is the ceiling". However, to be able to fight for justice, you have to be able to have basic equality, and someone who could be fired from their job or kicked out of their home or denied credit can't think about survival issues, and is not able to adequately fight for a justice agenda. In addition, the justice agenda now that we have, a large measure of equality. The justice agenda is about people being able to have a shot at a good education, people being able to retire in the neighborhood where they lived most of their life without fearing being kicked out of their home or living paycheck to paycheck or barely getting by each month if you're an older adult or being able to move to this country or move to the city and being able to assimilate into one of the best cities in the world, New York. So, for me, this work very much has to do with the justice agenda.

Q3: How similar and how different is the civil rights movement led by Martin Luther King and the LGBT civil rights movement?

I don't think they're entirely similar. There is a thread that runs through social justice movements, but to some extent, every movement is different on their own. Gays were not forced into segregation as African-Americans were in the civil rights movement. We weren't denied an education. The LGBT civil rights movement was able to progress in part because we look like so

many other Americans did. We were in so many American families, part of so many other American families because by the time the apex of this movement was created, very few Americans could say that they didn't know a single person who is LGBT or hadn't been friends with someone who is LGBT gay or lesbian or didn't have a gay or a lesbian person in the family. It's very different from the black experience in America. Many Americans didn't have a black friend, they didn't have black people in their family clearly, and it wasn't part of their social struggle or even their workplace. They worshiped in different places, they went to school in different places, they didn't work alongside African Americans, and so, their lives looked so very different than the lives of other people. The campaign for LGBT equality with the "hearts and minds" campaign was also a campaign about education but there was less of a chance to have a "hearts and minds" campaign in the civil rights movement until you saw the beatings, the fire hoses and the bombings. But we reached a very proactive "hearts and minds" campaign that would not have been possible in the 50s and 60s. In many battles you have a fight that takes place on the state level, in the local level, and then it moves to the national level. I think what was a striking difference is that so much of public opinion was against integration in the civil rights movement but by the time the Supreme Court ruled on marriage equality; public opinion had shifted in favor of the issue. So, the court's ruling in *Loving v. Virginia* did not have public support whereas the court ruling for marriage equality did have a majority of public support. One of the things we did was, we leveraged the power of the labor unions in New York State to help us in marriage equality much like the civil rights movement leveraged the power of labor unions on their issues. We built broad support across corporate America for our issues, which was not so similar to civil rights but we did call upon people of faith, which was an extremely successful tactic in the civil rights movement of the 50s and 60s.

Q4: There are many groups and organizations that work toward equal rights, social improvement for LGBTQ Americans. How does Educational Alliance fit within this large movement for progress?

I don't think Educational Alliance was a part of that struggle for civil rights, for the LGBT civil rights record. Today, we are leading as a nonprofit organization, trying to think about how we welcome and create affirming and safe spaces, not just for the people who work for us but also for the 50,000 diverse people who come into the agency every year, many of whom come from very different cultural backgrounds, many of whom may not be hospitable to LGBT people. They are coming to a place that has gender-neutral bathrooms, that has LGBT programming and LGBT visible staff members. That is a form of leadership.

Q5: After the successful campaign for marriage equality in New York, why did you not decide to be an elected official?

If I believed there was a position available where I could make a significant contribution to the community, I would run for office. It's hard to imagine my life not doing something in public service. I've spent my life working for labor movements, working for now private agendas, for LGBT equality, and spending my time working in a very urban poor community and one that I happen to live in. So I live in the same neighborhood that I'm serving, which is for me a transformative moment in my life, and I'm sure that there will be some opportunity for me to do something in elected office.

Q6: What lessons did you learn from the fight for marriage equality in New York? What strategies did you use to get the support of Republican officials after the Republican-controlled Senate defeated the first bill in 2009?

The biggest thing I learned was that not one person or one organization is responsible for marriage equality in New York. It was genuinely a collective effort of different tactics, sometimes in opposition to each other but always in the service to the issue. There are some people who were angry, chanting and protesting in order to win marriage and there were some people who were playing very much the inside baseball game, not the outside baseball game that became very helpful. There were people who were contributing to the campaigns of elected officials and candidates for office. There were people who were running for office themselves because they cared so deeply about the issue. This was the product of thousands of individuals who were working for it, thousands of conversations taking place at kitchen tables, hundreds of speeches taking place in churches, synagogues, and in union halls across the state, lots of employment policies and boardroom decisions in corporate New York. There were lots of actions. What we did really well, and particularly, what I did really well is leverage all of those things for the next victory. I viewed our fight for marriage equality not just as "the victory itself was a victory", the legislation was a victory but every piece of it was a victory every time a pastor spoke in a church on marriage equality that was a victory, every time a labor union decided to bargain for marriage recognition in the contract that was a victory, every time a corporation did something affirming for LGBT people that was a victory, every time we had a new sponsor on the bill, the act of debating the legislation on the floor was a victory. So, in 2009, we may not have won that vote but that vote allowed us to know who wasn't in favor of it and it gave us a political roadmap of who to take out of office in the next election so that we could replace them with pro-marriage people. Had we not had that vote in 2009, we would've got into the elections never knowing who was for us, who was against us. There wasn't a particular tactic. One of the things we did really well was we polled for

several years where the state was on the issue. We also voted where people were, what issues they went to the ballot box voting on. You could live in a district where 60% of the people were against the issue but only 12% of the people actually thought about that issue when they went to vote. That was the most important number because if you could tell a legislator that I knew most people in your district oppose this, what do the 12% of them actually vote on this issue? They're fine, they have nothing to worry about and then what we did with those legislators, we said: "We're not even asking you to do marriage right now but can you do a smaller bill, can you do a medical decision-making bill that actually processes next of kin to be able to make decisions for you? Could we have the right to bury partners if they die? Can you repeal the sodomy laws? Can you take sodomy as a crime off the books? Can you do an anti-bullying bill? Every time they did one of those pieces of legislation and they didn't get voted out in the ballot box, it gave them more courage to do the next thing the following year. So by the time the marriage vote took place, these legislators have been voting consistently for pro-LGBT issues and they had been suffering no consequences at the ballot box. You can essentially prove to them that this is not going to be a big issue. So all of the minor pieces of legislation that we passed, leading up to that, built a muscle with these legislators that they didn't have before.

Q7: What would you say to those who still believe that using popular initiatives across the United States to ban same-sex marriage was the most Democratic approach?

I don't think we should ever put civil rights up for popular vote. Americans are all very different, but the one thing that binds us all together is our belief in the Constitution as the framework for a country. It is not a language that could put us all together, it's not in celebrating Thanksgiving, it's no ball games in the summertime, it's the Constitution. The Constitution is very clear about people's rights. I don't think it's ever appropriate to put those rights up for popular vote. It's insulting and demeaning to do it. Everything sounds more democratic when you say, "well let the people decide", "let the people go and decide to make a better thing". That's not the government we have. We're a government of courts and legislatures; we're not a government that lets the people decide. We don't even have the people decide on presidential elections. It's just not who we are.

Q7: In your experience, have you ever come up against hostility as a leader of the LGBT community? How do you engage in conversation with those who disagree with you?

Most of the most hateful things came in the form of anonymous letters to my office, often with copies of Leviticus, and I could wallpaper a small bathroom with copies of Leviticus. Most of the people I went out to dinner with mom when I was in Albany, were people who opposed marriage

and didn't oppose most of the things I agreed with or I supported. When I watched the marriage vote, I sat next to someone from Catholic charities with lots of money in opposition to the legislation. I spent more time talking to people who were opposed to it, and who still are opposed to it than most people understand. The reason I did that was because they may never be with us but when they get to know us, it's harder for them to be that vitriolic against us, that vocal against us, and so I just spent a lot of time with them.

Q8: The Equality Act, designed to forbid discrimination based on sexual orientation, was introduced in July 2015 by the Democrats. Will it ever get to be debated or reintroduced in the next Congress next year? What do you think of this piece of legislation?

It's an important piece of legislation, and I think it will have its day and it will get heard but it won't get heard with the Congress that we currently have. We'll see what the Congress looks like next. But most Americans don't think it's right to be able to fire someone or take them out of their home or deny them credit simply because of who they are. It's very difficult to say that this form of discrimination should be tolerated in this country. In a few years when people have lived with marriage equality, people will be able to hear that debate.

Q9: Is there a similar law in your State? What do you think equality means to conservatives and Republicans?

It's already the law. I think they have so misinterpreted that word. They think about it in the narrow way, about their ability to be free and carry their guns, and anything that is even remotely pro-LGBT, they view it as an infringement on their religious liberty. I'm not quite sure what they think about that word.

Q10: What does religious liberty mean to you or progressives in general?

Religious liberty means that everybody should be able to worship as they want provided that it doesn't infringe on any other individual's personal rights. I'm very clear we live in a secular country and there are places you can live if you want to live in a theocracy but we are not that. We are a tolerant place; we are a place that has allowed more religious freedom than almost any other country on earth. It's part of what makes us truly special. I believe in the wall of separation between Church and State.

Q11: According to the Clintons, DOMA was the result of a compromise. Hillary said it was a "defensive action". Do you think it's possible to claim that some congressmen were actually considering a federal marriage amendment in 1996?

I don't. It's revision of history. Anybody who was there understands that's not what happened. The Clintons are using that argument because it serves their narrative.

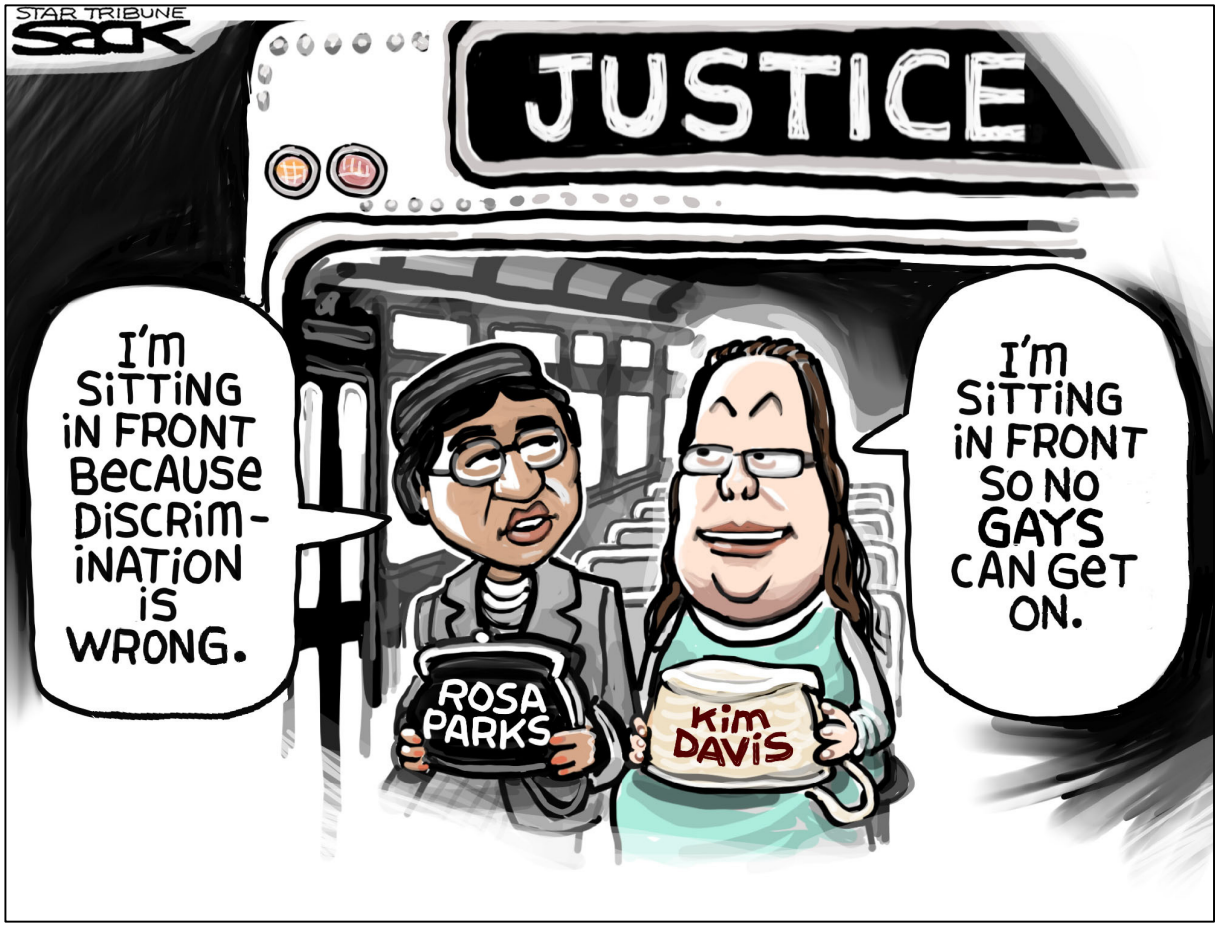
Q11: What is your biggest achievement, regret or priority?

I think my biggest achievement was doing the legwork that enabled the marriage bill to become law in New York State, developing the concept that people of faith, corporations, and labor unions needed to be organized in order to win marriage equality in New York. That support of our straight allies was critical in building not just momentum to get this done in the State but also on a federal level. My biggest regret is that I didn't push hard enough to try to bring all of the different LGBT organizations together who wanted to work on marriage equality in a more collaborative way. In New York what happened was that nobody was thinking about marriage equality until we passed a bill on the state assembly, and as soon as we passed it in the assembly, then all of these organizations wanted to come to New York and then began to want to be able to claim that they had won marriage for gay people, and the trouble with that is that legislators and people in Albany had no idea who to listen to. They didn't know whether or not to listen to the statewide organization, to listen to the Log Cabin Republicans, to listen to the Human Rights Campaign, to listen to Marriage Equality in New York. There were so many different organizations they did not know who was actually leading the effort, they did not know who they could cut a deal with on some of these issues. I think that just became difficult. I wish it had been more organized.

Q12: Ending hate speech seems complicated to achieve in the US because it's related to the freedom of speech and the First Amendment. Do you think religious groups and the Congress have a moral/political obligation to protect minority groups against racism, sexual prejudice, and sexism?

I think it's not the government's job to think about hate speech, and to monitor hate speech. We have the First Amendment. It's about freedom of speech. It entitles people to say things even those things that I think are ugly and hateful. My hope is that decent people see that for what it is. I think you win hearts and minds, convince the other side, some people you'll never be able to convince.

ANNEXE 6 : Kim Davis: a culture war heroine?

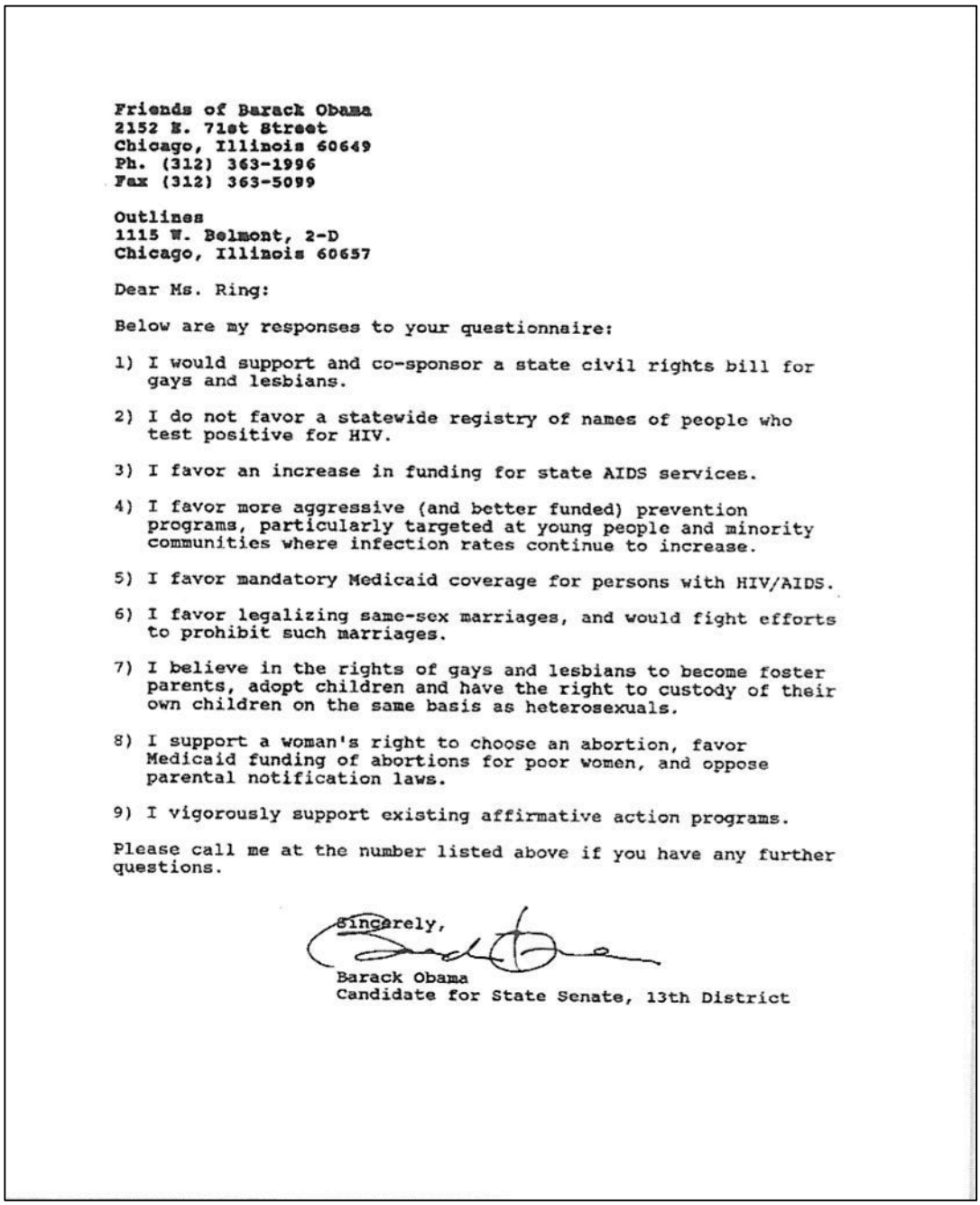


Steve Sack, *Star Tribune*, 9 septembre 2015.

ANNEXE 7 : Sarah Palin : « It's time to take a stand »

« It's time to take a stand », SarahPac, 2010.

ANNEXE 8 : Le soutien d'Obama pour le mariage homosexuel en 1996



Friends of Barack Obama
2152 E. 71st Street
Chicago, Illinois 60649
Ph. (312) 363-1996
Fax (312) 363-5099

Outlines
1115 W. Belmont, 2-D
Chicago, Illinois 60657

Dear Ms. Ring:

Below are my responses to your questionnaire:

1) I would support and co-sponsor a state civil rights bill for gays and lesbians.

2) I do not favor a statewide registry of names of people who test positive for HIV.

3) I favor an increase in funding for state AIDS services.

4) I favor more aggressive (and better funded) prevention programs, particularly targeted at young people and minority communities where infection rates continue to increase.

5) I favor mandatory Medicaid coverage for persons with HIV/AIDS.

6) I favor legalizing same-sex marriages, and would fight efforts to prohibit such marriages.

7) I believe in the rights of gays and lesbians to become foster parents, adopt children and have the right to custody of their own children on the same basis as heterosexuals.

8) I support a woman's right to choose an abortion, favor Medicaid funding of abortions for poor women, and oppose parental notification laws.

9) I vigorously support existing affirmative action programs.

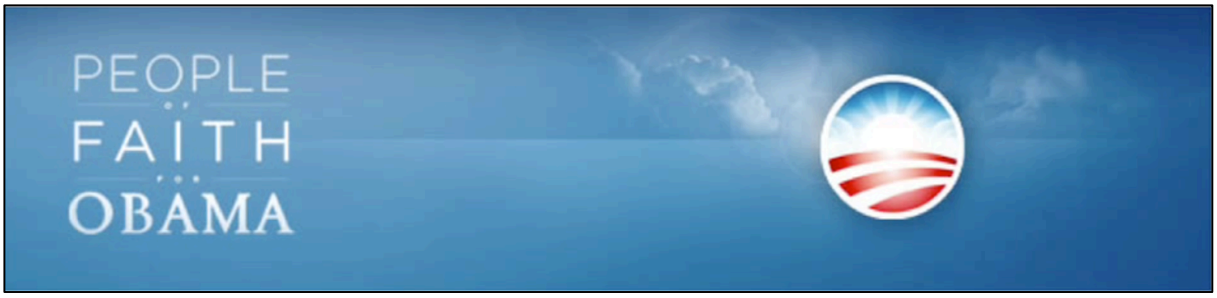
Please call me at the number listed above if you have any further questions.

Sincerely,

Barack Obama
Candidate for State Senate, 13th District

15 février 1996. BAIM, Tracy. *Obama and the Gays: a Political Marriage*, p.190.

ANNEXE 9 : Logos de la campagne Obama en 2008



ANNEXE 10 : Couverture du journal *The Advocate*

The Advocate, Septembre 2009

ANNEXE 11 : *Syllabus* du jugement rendu dans l'affaire *Obergefell*

Syllabus

NOTE: Where it is feasible, a syllabus (headnote) will be released, as is being done in connection with this case, at the time the opinion is issued. The syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader. See *United States* v. *Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 U. S. 321, 337.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Syllabus

OBERGEFELL ET AL. *v.* HODGES, DIRECTOR, OHIO DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL.

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT

No. 14–556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015*

Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee define marriage as a union between one man and one woman. The petitioners, 14 same-sex couples and two men whose same-sex partners are deceased, filed suits in Federal District Courts in their home States, claiming that respondent state officials violate the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or to have marriages lawfully performed in another State given full recognition. Each District Court ruled in petitioners' favor, but the Sixth Circuit consolidated the cases and reversed.

Held: The Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex and to recognize a marriage between two people of the same sex when their marriage was lawfully licensed and performed out-of-State. Pp. 3–28.

(a) Before turning to the governing principles and precedents, it is appropriate to note the history of the subject now before the Court. Pp. 3–10.

(1) The history of marriage as a union between two persons of the opposite sex marks the beginning of these cases. To the respondents, it would demean a timeless institution if marriage were extended to same-sex couples. But the petitioners, far from seeking to devalue marriage, seek it for themselves because of their respect—and need—for its privileges and responsibilities, as illustrated by the pe-

---

*Together with No. 14–562, *Tanco et al.* v. *Haslam, Governor of Tennessee, et al.*, No. 14–571, *DeBoer et al.* v. *Snyder, Governor of Michigan, et al.*, and No. 14–574, *Bourke et al.* v. *Beshear, Governor of Kentucky*, also on certiorari to the same court.

Syllabus

titioners' own experiences. Pp. 3–6.

(2) The history of marriage is one of both continuity and change. Changes, such as the decline of arranged marriages and the abandonment of the law of coverture, have worked deep transformations in the structure of marriage, affecting aspects of marriage once viewed as essential. These new insights have strengthened, not weakened, the institution. Changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations.

This dynamic can be seen in the Nation's experience with gay and lesbian rights. Well into the 20th century, many States condemned same-sex intimacy as immoral, and homosexuality was treated as an illness. Later in the century, cultural and political developments allowed same-sex couples to lead more open and public lives. Extensive public and private dialogue followed, along with shifts in public attitudes. Questions about the legal treatment of gays and lesbians soon reached the courts, where they could be discussed in the formal discourse of the law. In 2003, this Court overruled its 1986 decision in *Bowers* v. *Hardwick*, 478 U. S. 186, which upheld a Georgia law that criminalized certain homosexual acts, concluding laws making same-sex intimacy a crime "demea[n] the lives of homosexual persons." *Lawrence* v. *Texas*, 539 U. S. 558, 575. In 2012, the federal Defense of Marriage Act was also struck down. *United States* v. *Windsor*, 570 U. S. ___. Numerous same-sex marriage cases reaching the federal courts and state supreme courts have added to the dialogue. Pp. 6–10.

(b) The Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex. Pp. 10–27.

(1) The fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs. See, *e.g., Eisenstadt* v. *Baird*, 405 U. S. 438, 453; *Griswold* v. *Connecticut*, 381 U. S. 479, 484–486. Courts must exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. History and tradition guide and discipline the inquiry but do not set its outer boundaries. When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.

Applying these tenets, the Court has long held the right to marry is protected by the Constitution. For example, *Loving* v. *Virginia*, 388 U. S. 1, 12, invalidated bans on interracial unions, and *Turner* v. *Safley*, 482 U. S. 78, 95, held that prisoners could not be denied the right to marry. To be sure, these cases presumed a relationship in-

volving opposite-sex partners, as did *Baker* v. *Nelson*, 409 U. S. 810, a one-line summary decision issued in 1972, holding that the exclusion of same-sex couples from marriage did not present a substantial federal question. But other, more instructive precedents have expressed broader principles. See, *e.g.*, *Lawrence*, *supra*, at 574. In assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right to marry has been long protected. See, *e.g.*, *Eisenstadt*, *supra*, at 453–454. This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. Pp. 10–12.

(2) Four principles and traditions demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples. The first premise of this Court's relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why *Loving* invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause. See 388 U. S., at 12. Decisions about marriage are among the most intimate that an individual can make. See *Lawrence*, *supra*, at 574. This is true for all persons, whatever their sexual orientation.

A second principle in this Court's jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. The intimate association protected by this right was central to *Griswold* v. *Connecticut*, which held the Constitution protects the right of married couples to use contraception, 381 U. S., at 485, and was acknowledged in *Turner*, *supra*, at 95. Same-sex couples have the same right as opposite-sex couples to enjoy intimate association, a right extending beyond mere freedom from laws making same-sex intimacy a criminal offense. See *Lawrence*, *supra*, at 567.

A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education. See, *e.g.*, *Pierce* v. *Society of Sisters*, 268 U. S. 510. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue thus harm and humiliate the children of same-sex couples. See *Windsor*, *supra*, at ___. This does not mean that the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. Precedent protects the right of a married couple not to procreate, so the right to marry cannot be conditioned on the capacity or commitment to procreate.

Syllabus

Finally, this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of the Nation's social order. See *Maynard* v. *Hill*, 125 U. S. 190, 211. States have contributed to the fundamental character of marriage by placing it at the center of many facets of the legal and social order. There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle, yet same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage and are consigned to an instability many opposite-sex couples would find intolerable. It is demeaning to lock same-sex couples out of a central institution of the Nation's society, for they too may aspire to the transcendent purposes of marriage.

The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. Pp. 12–18.

(3) The right of same-sex couples to marry is also derived from the Fourteenth Amendment's guarantee of equal protection. The Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always coextensive, yet each may be instructive as to the meaning and reach of the other. This dynamic is reflected in *Loving*, where the Court invoked both the Equal Protection Clause and the Due Process Clause; and in *Zablocki* v. *Redhail*, 434 U. S. 374, where the Court invalidated a law barring fathers delinquent on child-support payments from marrying. Indeed, recognizing that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged, this Court has invoked equal protection principles to invalidate laws imposing sex-based inequality on marriage, see, *e.g.*, *Kirchberg* v. *Feenstra*, 450 U. S. 455, 460–461, and confirmed the relation between liberty and equality, see, *e.g.*, *M. L. B.* v. *S. L. J.*, 519 U. S. 102, 120–121.

The Court has acknowledged the interlocking nature of these constitutional safeguards in the context of the legal treatment of gays and lesbians. See *Lawrence*, 539 U. S., at 575. This dynamic also applies to same-sex marriage. The challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and they abridge central precepts of equality. The marriage laws at issue are in essence unequal: Same-sex couples are denied benefits afforded opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial works a grave and continuing harm, serving to disrespect and subordinate gays and lesbians. Pp. 18–22.

(4) The right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protec-

Syllabus

tion Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. Same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. *Baker* v. *Nelson* is overruled. The State laws challenged by the petitioners in these cases are held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples. Pp. 22–23.

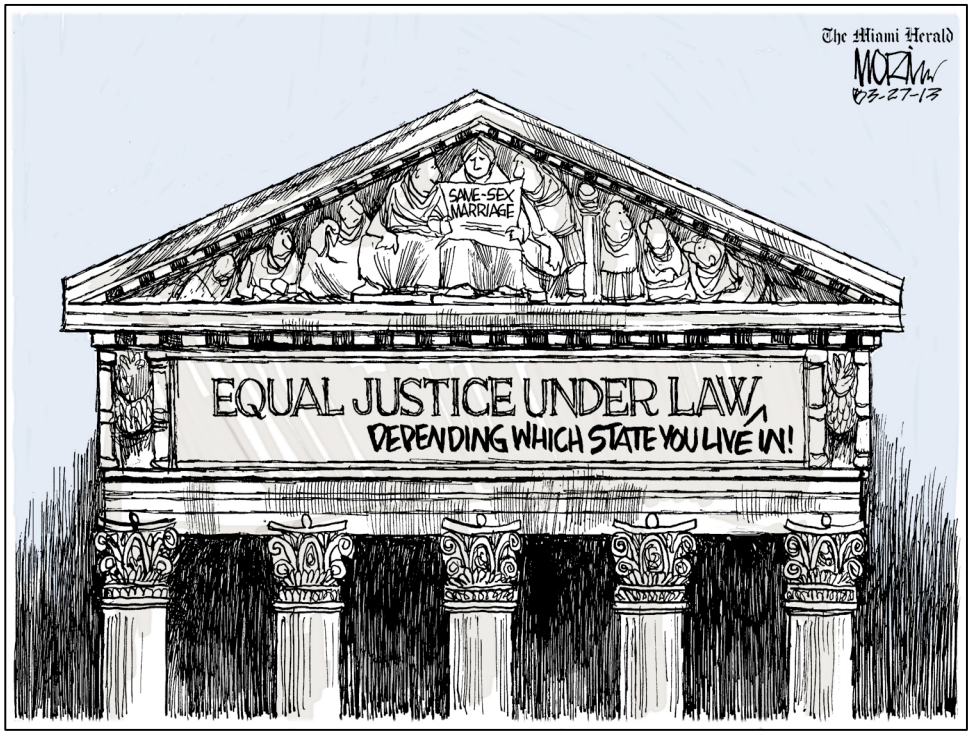
(5) There may be an initial inclination to await further legislation, litigation, and debate, but referenda, legislative debates, and grassroots campaigns; studies and other writings; and extensive litigation in state and federal courts have led to an enhanced understanding of the issue. While the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, individuals who are harmed need not await legislative action before asserting a fundamental right. *Bowers*, in effect, upheld state action that denied gays and lesbians a fundamental right. Though it was eventually repudiated, men and women suffered pain and humiliation in the interim, and the effects of these injuries no doubt lingered long after *Bowers* was overruled. A ruling against same-sex couples would have the same effect and would be unjustified under the Fourteenth Amendment. The petitioners' stories show the urgency of the issue they present to the Court, which has a duty to address these claims and answer these questions. Respondents' argument that allowing same-sex couples to wed will harm marriage as an institution rests on a counterintuitive view of opposite-sex couples' decisions about marriage and parenthood. Finally, the First Amendment ensures that religions, those who adhere to religious doctrines, and others have protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths. Pp. 23–27.

(c) The Fourteenth Amendment requires States to recognize same-sex marriages validly performed out of State. Since same-sex couples may now exercise the fundamental right to marry in all States, there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character. Pp. 27–28.

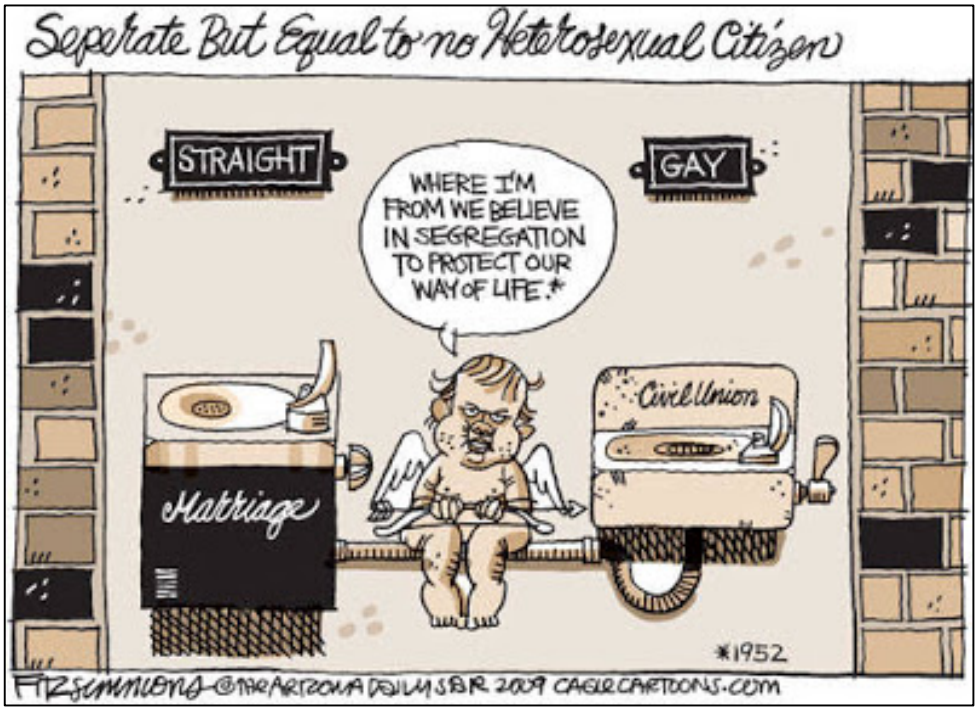
772 F. 3d 388, reversed.

KENNEDY, J., delivered the opinion of the Court, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined. ROBERTS, C. J., filed a dissenting opinion, in which SCALIA and THOMAS, JJ., joined. SCALIA, J., filed a dissenting opinion, in which THOMAS, J., joined. THOMAS, J., filed a dissenting opinion, in which SCALIA, J., joined. ALITO, J., filed a dissenting opinion, in which SCALIA and THOMAS, JJ., joined.

ANNEXE 12 : Caricatures

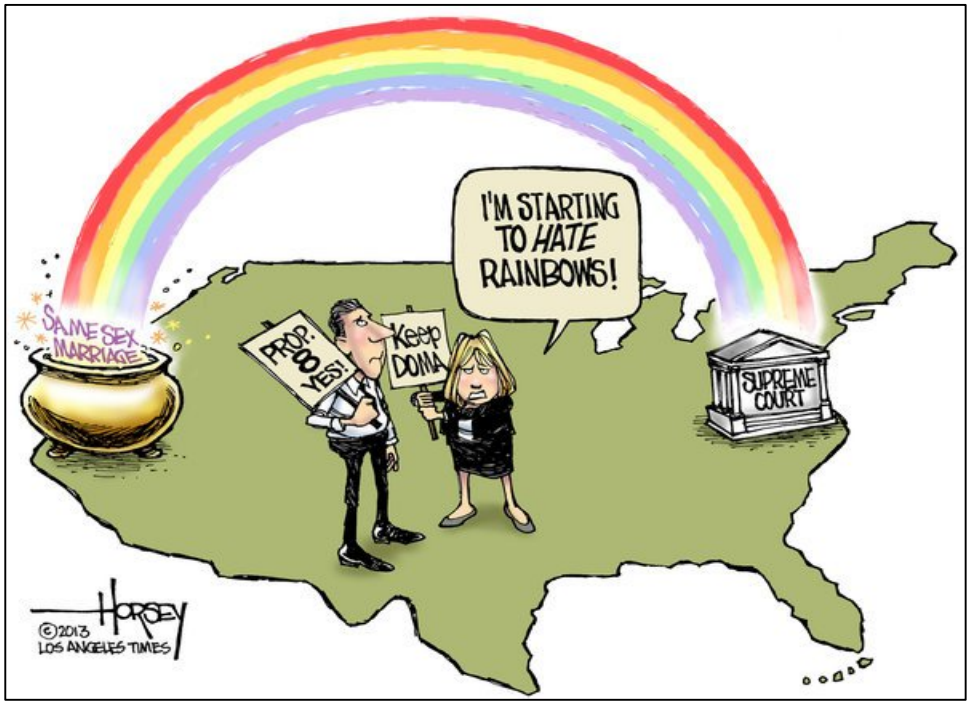


Jim Morin, *the Miami Herald*, 27 mars 2013



David Fitzsimmons, Separate But Equal to no Heterosexual Citizen, 29 mai 2009.

ANNEXE 12 : Caricatures



David Horsey, *Los Angeles Times*, 2013

Nick Anderson, *Houston Chronicle*, 27 juin 2013

ANNEXE 13 : *Obergefell* : Rassemblements

Des manifestants quelques heures avant le jugement, HRC, 26 juin 2015

Une manifestante devant la Cour suprême américaine, *Christian Today*, 27 juin 2015

ANNEXE 14 : Le mariage homosexuel à la une des journaux

A GANNETT COMPANY ★★★ SATURDAY, JUNE 27, 2015

THE TENNESSEAN

SUPREME COURT OVERTURNS BANS ON GAY MARRIAGE

'Today is the first day I feel like an American'

SHELLEY MAYS / THE TENNESSEAN

Christopher Shappley waves a gay pride flag during a celebration Friday at Legislative Plaza after the Supreme Court officially recognized the legal authority for same-sex couples to be married.

Lauren Mesnard and Nikki von Haeger make history, say they're thankful for support

Jordan Buie

Lauren Mesnard and Nikki von Haeger walked into the Davidson County Clerk's office on Friday and made history.

At 12:55 p.m., after both said "I do," they became the first same-sex couple married in Davidson County after a landmark U.S. Supreme Court ruling legalized the unions just hours before.

They were at home when they saw the news report of the high court's decision and decided that Friday would be their day.

Less than an hour later, they walked through the doors at the Howard Office Building in downtown Nashville and ran past the lines to the Davidson County Clerk's desk — only to encounter more delays.

Davidson County Clerk Brenda Wynn needed a final clearance from the state attorney general's office, and her staff needed a computer update for the new marriage licenses.

But Mesnard, 25, and von Haeger, 26, who have been engaged for a year and half, said they saw themselves as runners in a long-distance race. These were just the final hurdles.

» COUPLE, 15A

LARRY MCCORMACK / THE TENNESSEAN

Lauren Mesnard and Nikki von Haeger pose Friday before they became the first same-sex couple married in Davidson County.

USA TODAY

MARRIAGE FOR ALL

Supreme Court gives same-sex couples equal rights nationwide. On 1B

INSIDE, 9A

- Bill proposed to 'protect' clergy from performing gay marriages
- Tennessee AG on implementing gay marriage: 'Be patient'

Gay marriage: Tennessee plaintiffs proud of decision

Stacey Barchenger

One-year-old Emilia will never know any different, her mom said.

She will grow up knowing her moms — the two women whose names are on her birth certificate — are legal equals to the parents of her classmates and friends.

The thought brought tears to Valeria Tanco's eyes Friday morning as she watched her daughter playing with a purple crape myrtle flower, unaware of the history taking place around her.

For 20 months, Tanco and her wife, Sophy Jesty, have been in a battle asking Tennessee and the U.S. Supreme Court to recognize their New York marriage.

In one minute on Friday they learned through 22 words on a live blog that the nation's highest court had changed their lives, those of their family members and gay people across the state.

The U.S. Supreme Court ruled 5-4 that states could not ban same-sex marriage or refuse to recognize marriages legal in other states. The

» GAY, 15A

The Tennessean, 27 juin 2015

INDEX

A

Alan Van Capelle, 11, 246, 342, 468, 504

Andrew Sullivan

Sullivan, 16, 33, 100, 236, 269

Anita Bryant

Bryant, 5, 70, 72, 75, 143, 431

Autorité morale, 6, 14, 15, 19, 29, 32, 39, 103, 109, 111, 139, 161, 174, 183, 371, 390, 395, 404, 430, 525

B

Baldwin, 101, 102, 103, 105, 111, 183, 185, 431

Bathroom bills, 246

Bible, 18, 30, 32, 33, 34, 35, 47, 69, 102, 103, 105, 112, 134, 137, 139, 147, 195, 210, 245, 263, 301, 313, 324, 329, 335, 353, 421, 449, 450, 459, 466, 500

Bill Smith, 11, 154, 155, 468

Bowers v. Hardwick

Bowers, 9, 51, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 127, 256, 264, 267, 268, 269, 272, 280, 283, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 293, 296, 297, 405, 444

Buchanan

Pat, 6, 8, 17, 18, 19, 77, 92, 126, 525, 526

Bush

George W., 6, 8, 10, 17, 18, 19, 25, 79, 110, 127, 152, 153, 154, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 187, 188, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 216, 226, 228, 280, 304, 309, 436, 439, 440, 453, 457, 458, 459, 462, 463, 483, 486, 493, 525, 526

C

Camille Froidevaux-Metterie, 23, 31, 34, 45

Classification suspecte, 256, 260, 266, 277, 278, 289, 301, 409

Clause de protection égale, 21, 25, 190, 251, 255, 257, 266, 281, 283, 290, 292, 293, 296, 301, 303, 307, 366, 369, 388, 392, 396, 408, 410, 419

Clinton

Hillary/ Bill, 10, 18, 25, 32, 102, 111, 116, 123, 128, 130, 131, 133, 135, 145, 146, 148, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 163, 174, 175, 193, 212, 223, 224, 228, 235, 238, 240, 254, 258, 263, 270, 332, 431, 432, 440, 459, 460, 461, 463, 486, 487, 495

Constitution, 8, 16, 18, 22, 30, 31, 32, 33, 38, 44, 46, 62, 86, 87, 88, 103, 111, 118, 121, 126, 127, 130, 154, 157, 161, 173, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 187, 188, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 201, 208, 217, 224, 225, 230, 240, 242, 250, 251, 252, 255, 256, 259, 260, 261, 263, 264, 267, 268, 275, 277, 283, 285, 286, 292, 295, 296, 297, 301, 306, 307, 308, 311, 325, 328, 329, 332, 335, 357, 359, 360, 366, 370, 372, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 392, 397, 398, 399, 400, 403, 405, 406, 407, 411, 414, 416, 418, 421, 422, 423, 425, 427, 434, 436, 449, 450, 452, 453, 456, 462, 466, 481, 482, 484, 490, 507, 515, 526

Cour suprême, 6, 20, 21, 22, 24, 32, 34, 37, 38, 41, 42, 43, 46, 50, 51, 62, 66, 69, 84, 89, 108, 122, 126, 154, 156, 158, 164, 172, 174, 175, 176, 179, 181, 183, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 197, 200, 202, 203, 205, 224, 226, 230, 234, 237, 240, 241, 243, 250, 251, 252, 254, 256, 257, 260, 263, 264, 269, 270, 272, 276, 280, 281, 284, 288, 290, 295, 298, 299, 300, 303, 305, 308, 309, 311, 324, 329, 334, 336, 353, 354, 357, 369, 370, 371, 372, 373, 375, 378, 379, 391, 392, 393, 400, 402, 405, 406, 407, 408, 411, 416, 417, 418, 422, 433, 434, 435, 453, 518, 525

D

D'Emilio

John, 23,24, 25, 212, 242, 318, 343, 351, 357

David Boies, 267, 310, 501

Defense of Marriage Act

DOMA, 25, 128, 130, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 197, 217, 229, 230, 242, 250, 254, 258, 310, 323, 363, 372, 373, 376, 441, 442, 443, 457, 463, 464, 466, 486, 487, 501

Démocratie directe, 14, 303, 319, 355, 356, 357, 360, 364, 383, 407

Deysine Anne, 251, 267, 281, 292, 308, 372, 377

Discrimination, 6, 7, 8, 10, 16, 18, 20, 21, 23, 25, 29, 30, 33, 35, 43, 46, 47, 50, 51, 56, 68, 70, 71, 80, 89, 95, 100, 105, 107, 108, 113, 114, 118, 121, 126, 128, 130, 134, 139, 141, 142, 144, 146, 152, 155, 158, 161, 163, 166, 167, 173, 177, 183, 184, 186, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 210, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 233, 237, 240, 242, 244, 251, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 266, 267, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 279, 290, 292, 294, 300, 302, 303, 312, 314, 325, 333, 334, 336, 340, 342, 348, 349, 352, 353, 360, 363, 364, 366, 369, 375, 380, 384, 385, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 402, 403, 405, 407, 412, 418, 420, 421, 425, 427, 430, 432, 433, 434, 436, 437, 438, 474, 477, 483, 487, 489, 490, 497, 498, 499, 500, 503, 508, 525, 526

Don't Ask, Don't Tell, 10, 131, 133, 145, 148, 149, 150, 151, 153, 223, 238, 258, 442, 459, 497

DADT, 130

Droite religieuse, 69

E

Égalité des droits, 4, 6, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 30, 43, 47, 64, 68, 71, 75, 96, 103, 105, 108, 114, 117, 118, 120, 121, 122, 126, 127, 128, 129, 139, 153, 158, 162, 163, 164, 166, 168, 171, 172, 173, 177, 178, 180, 189, 195, 196, 206, 211, 215, 217, 219, 220, 222, 225, 227, 229, 235, 237, 239, 241, 242, 244, 246, 252, 254, 256, 259, 265, 270, 282, 289, 292, 298, 300, 304, 305, 313, 317, 319, 324, 333, 336, 337, 340, 342, 348, 349, 359, 369, 370, 382, 393, 394, 395, 397, 405, 407, 411, 417, 424, 427, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 525

Employment Non-Discrimination Act

ENDA, 156, 205, 280

Equality Act, 156, 369, 435

Evan Wolfson, 11, 21, 22, 121, 157, 194, 221, 281, 404, 409, 438, 468, 477, 479, 493, 494

Examen rationnel

Contrôle du fondement rationnel, 254, 255, 257, 258, 267, 296, 301, 409

F

Famille nucléaire, 70, 127, 171, 191, 207, 213, 214

Familles, 6, 49, 51, 72, 91, 118, 134, 147, 154, 159, 161, 162, 172, 184, 187, 188, 191, 205, 206, 207, 210, 212, 213, 223, 224, 226, 233, 236, 241, 243, 291, 311, 316, 321, 324, 326, 330, 331, 338, 344, 346, 366, 368, 372, 376, 377, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 389, 390, 396, 399, 403, 404, 406, 408, 410, 413, 415, 419, 525

Federal Marriage Amendment

FMA, 10, 178, 195, 197, 443, 493, 502

Full Faith and Credit Clause, 155, 179, 186, 190, 386, 400

G

George Chauncey, 24, 48, 357

Gerstmann

Evan, 251, 255, 267, 296, 301, 303, 316, 334, 336, 369, 379, 397, 407, 416

Guerres culturelles, 5, 6, 7, 14, 23, 29, 32, 47, 101, 103, 115, 128, 149, 164, 181, 183, 186, 217, 218, 221, 242, 250, 251, 254, 255, 262, 263, 264, 267, 276, 277, 289, 291, 292, 297, 299, 300, 304, 319, 325, 350, 354, 358, 362, 404, 419, 432, 436, 437, 438, 525

H

Harvey Milk

Milk, 72, 74, 98, 304, 431

Homophobie

violence, 24, 68, 70, 74, 133, 144, 145, 152, 194, 196, 210, 227, 258, 263, 265, 266, 272, 296, 302, 314, 321, 336, 343, 344, 385, 390, 433

Homosexualité, 6, 9, 19, 23, 24, 25, 28, 29, 33, 34, 36, 40, 48, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 85, 86, 87, 89, 90, 98, 99, 100, 103, 109, 121, 126, 127, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 153, 155, 157, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 167, 169, 172, 173, 176, 179, 182, 187, 188, 195, 196, 209, 211, 224, 237, 241, 243, 250, 254, 256, 257, 260, 261, 262, 263, 264, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 296, 298, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 309, 313, 315, 316, 321, 322, 324, 327, 341, 343, 344, 347, 348, 349, 353, 355, 362, 367, 368, 376, 380, 385, 390, 392, 396, 397, 403, 404, 412, 415, 423, 425, 430, 433, 436, 525

Human Rights Campaign

HRC, 4, 22, 24, 107, 113, 129, 212, 226, 230, 235, 236, 239, 244, 259, 279, 280, 311, 354, 436, 437, 438, 461, 462, 463, 497, 518

Hunter
James Davison, 14, 15, 17, 23, 25, 32, 36, 111, 264, 277, 278, 281, 296, 307, 430, 479

I

Identité de genre, 20, 211, 223, 224, 229, 237, 272, 279, 280, 393, 420, 437
Ier amendement, 30, 31, 32, 34, 37, 41, 42, 62, 64, 88, 89, 102, 108, 173, 186, 200, 264, 275, 287, 307, 329, 335, 394, 412, 421
IIe amendement, 29, 111, 112, 113, 116

J

James Madison, 32, 356
Juste application des lois 45, 121, 251, 260, 281, 283, 375

K

Kim Davis
Davis, 11, 37, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 105, 173, 245, 416, 457, 459, 464, 468, 476, 488, 510

L

Lawrence v. Texas
Lawrence, 10, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 444
Libéralisme
Libéral, 15, 16, 18, 29, 47, 69, 102, 109, 116, 119, 123, 193
Liberté
(réelle), 6, 9, 10, 14, 15, 17, 20, 21, 22, 25, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 55, 61, 62, 66, 73, 75, 76, 81, 82, 84, 86, 88, 89, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 126, 131, 162, 163, 164, 169, 170, 173, 183, 184, 185, 186, 195, 197, 198, 200, 201, 209, 210, 217, 218, 222, 233, 239, 241, 242, 244, 255, 257, 260, 261, 262, 269, 270, 273, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 292, 293, 296, 297, 299, 303, 304, 305, 306, 307, 311, 312, 315, 319, 324, 326, 328, 329, 332, 334, 335, 338, 340, 341, 342, 348, 354, 355, 359, 360, 366, 368, 369, 375, 378, 385, 386, 394, 395, 396, 398, 402, 405, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 417, 420, 421, 424, 425, 426, 432, 434, 436, 438, 525
Liberté d'expression, 14, 41, 42, 46, 55, 66, 73, 107, 111, 173, 186, 262, 270, 273, 297, 304, 307, 326, 341, 359, 408, 414, 421
Liberté fondamentale, 19, 20, 25, 29, 38, 41, 46, 51, 52, 57, 64, 88, 120, 121, 137, 151, 157, 161, 163, 182, 197, 218, 269, 270, 285, 291, 299, 303, 334, 360, 367, 378, 387, 394, 399, 403, 405, 406, 407, 408, 409, 411, 414, 417, 419
Loi HB2
HB2, 246, 247, 435, 436, 476, 503

M

Majorité, 6, 16, 17, 24, 32, 65, 66, 68, 74, 85, 86, 88, 90, 95, 98, 99, 103, 109, 111, 124, 127, 128, 136, 139, 140, 153, 155, 162, 163, 173, 174, 182, 187, 191, 193, 195, 196, 201, 205, 206, 208, 216, 220, 225, 230, 238, 239, 243, 247, 256, 257, 266, 274, 277, 292, 297, 299, 303, 306, 309, 316, 333, 341, 348, 351, 353, 356, 358, 365, 370, 373, 380, 383, 385, 391, 392, 394, 396, 399, 404, 408, 413, 414, 417, 418, 419, 421, 422, 424, 425, 431, 432, 434, 525
Mariage homosexuel, 1, 6, 10, 11, 20, 21, 22, 23, 25, 33, 34, 35, 37, 39, 42, 44, 45, 61, 92, 99, 107, 110, 120, 128, 134, 154, 155, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 166, 168, 169, 170, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 184, 186, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 200, 201, 204, 208, 210, 214, 217, 220, 225, 228, 230, 231, 233, 234, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 250, 251, 252, 263, 270, 272, 281, 291, 295, 298, 306, 308, 309, 315, 318, 320, 326, 328, 330, 332, 333, 336, 337, 339, 342, 346, 348, 349, 351, 354, 355, 357, 358, 360, 363, 365, 366, 368, 370, 372, 374, 375, 376, 377, 379, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 388, 389, 391, 393, 394, 395, 397, 398, 400, 401, 405, 406, 407, 412, 413, 414, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 426, 427, 430, 433, 435, 436, 437, 468, 512, 519, 525
Marianne Duddy Burke, 11, 15, 199, 430, 468, 469
Marriage Protection Act
MPA, 10, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 199, 442, 443

Matthew Shepard, 224, 236, 237, 274, 342, 352, 461
Minorité, 24, 25, 28, 32, 65, 66, 85, 90, 108, 113, 130, 134, 137, 144, 150, 156, 166, 168, 170, 173, 182, 191, 193, 212, 217, 228, 237, 250, 256, 263, 267, 273, 275, 280, 281, 283, 286, 295, 303, 314, 319, 327, 350, 360, 363, 365, 376, 380, 399, 403, 404, 405, 408, 422, 427, 430

N

Nancy Cott
Cott, 24, 68, 157, 328, 331, 337, 466

O

Obama
Michelle, Barack, 6, 8, 10, 11, 23, 25, 32, 104, 112, 115, 116, 128, 129, 143, 174, 175, 193, 195, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 317, 318, 345, 371, 373, 374, 427, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 441, 442, 449, 450, 452, 457, 459, 468, 470, 474, 485, 486, 498, 502, 512, 513, 525, 526
Obergefell v. Hodges
Obergefell, 10, 50, 55, 126, 151, 245, 379, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 445, 515
Orientation sexuelle, 20, 56, 66, 67, 74, 87, 110, 121, 130, 133, 134, 135, 140, 141, 143, 147, 149, 150, 155, 156, 160, 166, 167, 205, 211, 217, 222, 223, 224, 229, 232, 237, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 264, 266, 267, 270, 272, 277, 278, 279, 280, 286, 294, 301, 311, 336, 342, 346, 352, 353, 362, 366, 367, 369, 381, 382, 384, 385, 393, 395, 396, 405, 406, 409, 420, 427, 432, 433, 434, 435, 437

P

Partenariats enregistrés, 21, 160, 163, 194, 196, 197, 201, 323, 334, 338, 342, 348, 357, 364, 366, 368, 376, 381, 384, 425
Parti démocrate, 18, 68, 99, 114, 118, 119, 121, 130, 131, 133, 148, 156, 207, 216, 217, 218, 223, 229, 354, 431
Parti républicain, 21, 35, 36, 69, 74, 101, 103, 106, 108, 120, 126, 133, 179, 191, 205, 206, 212, 213, 214, 215, 239, 348, 349, 432, 436
Washington, George 31
Proposition 8
Prop 8, 6, 8, 22, 25, 48, 58, 118, 163, 238, 250, 267, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 320, 325, 326, 327, 340, 341, 342, 349, 351, 354, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 381, 388, 403, 418, 421, 422, 426, 436, 438, 446, 447, 448, 450, 467, 525, 526

R

Référendum, 20, 22, 44, 71, 73, 90, 107, 108, 176, 177, 180, 186, 194, 195, 198, 199, 201, 231, 260, 261, 265, 275, 309, 313, 319, 325, 355, 356, 363, 367, 370, 378, 380, 384, 386, 391, 394, 395, 399, 408, 414, 420, 424, 430, 434
Religion, 9, 10, 15, 17, 23, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 39, 42, 46, 52, 58, 67, 70, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 114, 127, 128, 130, 132, 135, 139, 173, 178, 199, 208, 211, 218, 222, 256, 258, 261, 263, 264, 270, 275, 287, 291, 292, 297, 329, 332, 336, 350,353, 364, 365, 378, 421, 435, 438, 453, 465, 471, 473, 476, 477, 494, 496, 500
Romer v. Evans
Romer, 10, 164, 172, 181, 254, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 283, 285, 293, 370, 444, 465
Ronald Reagan
Reagan, 19, 68, 74, 77, 79, 84, 139, 140, 254, 295, 331, 363, 440
Roosevelt, 16, 29, 47, 118, 120, 122, 123, 177, 359, 440, 441, 492
Franklin D., 14

S

Sharon Groves, 11, 45, 113, 468, 476
SIDA, 9, 20, 47, 76, 77, 79, 80, 81, 84, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 116, 126, 130, 143, 144, 146, 148, 154, 205, 219, 263, 291, 363
Sodomie, 22, 50, *51, 66, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 102, 136, 138, 139, 172, 176, 200, 204, 211, 256, 261, 264, 267,*

268, 271, 272, 276, 280, 281, 284, 285, 286, 287, 288, 290, 293, 296, 298, 299, 300, 301, 307, 336, 361, 384, 409

T

Theodore Olson
Olson, 187, 267, 436
Thomas Jefferson, 32, 108, 183, 268, 449, 476

U

Unions civiles, 21, 22, 128, 163, 196, 197, 201, 203, 205, 214, 220, 225, 226, 229, 231, 234, 236, 238, 239, 308, 318, 338, 348, 349, 357, 376, 381, 384, 425
United Church of Christ
UCC, 33, 45, 245, 351, 364, 446, 450, 477
United States v. Windsor
Windsor, 372, 373, 374, 375, 376, 398, 445

X

XIVe amendement, 21, 25, 45, 86, 87, 89, 107, 121, 182, 185, 191, 194, 251, 255, 259, 281, 283, 286, 289, 292, 293, 296, 299, 303, 307, 313, 316, 320, 330, 359, 366, 378, 379, 385, 388, 392, 393, 394, 395, 398, 408, 411, 419, 422, 425

ANTHONY CASTET

« GUERRES CULTURELLES », IDÉOLOGIES, ÉGALITÉ DES DROITS AUX ÉTATS-UNIS : LE CAS DU MARIAGE HOMOSEXUEL

Résumé :

L'expression « guerres culturelles » s'invite dans les discours publics lors de l'investiture du candidat républicain à l'élection présidentielle de 1992, par l'intermédiaire de Pat Buchanan, qui déclare alors que les États-Unis sont en guerre contre une société déclinante et moralement faible. Dans ce combat pour définir l'autorité morale de la nation, Buchanan vise notamment les droits des Américains LGBT et, en particulier, ceux des couples de même sexe qui exigent l'égalité d'accès à l'institution du mariage ainsi que la protection de leur orientation sexuelle contre la discrimination.

Les premières victoires de la communauté LGBT à la Cour suprême d'Hawaii (1993) et de Washington DC (1996) déclenchent une bataille politique entre conservateurs et progressistes ainsi que l'adoption de lois discriminatoires au niveau fédéral mais aussi dans les législatures d'État. Dès 2004, la légalisation du mariage homosexuel à San Francisco et dans le Massachusetts entraîne une nouvelle polémique relative à la constitutionnalisation du mariage traditionnel défendue par le président Bush, en guerre contre des juges « activistes ». Le droit fondamental du mariage pour les couples homosexuels et les familles homoparentales est alors soumis à l'approbation de la majorité hétérosexuelle par de nombreux référendums à travers le pays. La communauté LGBT subit de nombreux échecs, notamment avec l'adoption de la Proposition 8 en Californie, alors que les Américains élisent à la tête du pays Barack Obama, le premier président noir, favorable à l'égalité des droits des Américains LGBT.

L'objectif de cette thèse de Doctorat est de montrer comment la victoire de la liberté dans le domaine matrimonial a permis à la communauté LGBT de se mettre en ordre de bataille, État après État, pour mettre fin à une citoyenneté de seconde zone, sensibiliser et éduquer les Américains sur les réalités de la vie homosexuelle, marquée par une longue histoire de discrimination et de préjugés hostiles aux homosexuels, souvent véhiculés par des chrétiens fondamentalistes. Nous reviendrons sur les origines historiques de cette guerre culturelle contre l'homosexualité pour montrer comment celle-ci structure encore aujourd'hui le système de gouvernement et alimente la polarisation politique, en partant du postulat que la brèche dans le mur de séparation entre l'Église et l'État est en partie responsable de nombreux blocages institutionnels et d'un patchwork de lois inégalitaires à travers le pays. Le combat pour l'égalité des droits de la communauté LGBT se révèle être, en définitive, un formidable observatoire de la démocratie américaine qui continue d'affecter l'efficacité du système démocratique des contre-pouvoirs par différents processus dynamiques liés au changement et à l'affirmation de la liberté religieuse.

Mots-clés : Droit constitutionnel, discrimination structurelle, égalité des droits, égalité d'accès à l'institution du mariage, idéologies, guerres culturelles, justice, histoire de la communauté LGBT.

Abstract:

The expression "culture war" first appeared in the public sphere when, during the 1992 Republican National Convention, Pat Buchanan asserted that the United States was at war against a decadent and morally weak society. Central to this struggle was the notion of moral authority. Buchanan targeted the rights of LGBT Americans, and in particular the rights of same-sex couples who were demanding marriage equality and protection against sexual orientation discrimination.

The first victories of the LGBT community at the Supreme Court of Hawaii (1993) and Washington, DC (1996) brought about a political battle between conservatives and progressives as well as the passage of discriminatory laws at both federal and state levels. In 2004, the legalization of same-sex marriages in San Francisco and Massachusetts sparked off controversy over the process of amending the Constitution to define traditional marriage, which was defended by President Bush in his war against so-called "activist" judges. The fundamental right to marry for same-sex couples and homoparental families was accordingly submitted for approval by the heterosexual majority through numerous referendum campaigns across the country. The LGBT community suffered many crushing defeats, especially with the passage of Proposition 8 in California, but at the same time the Americans elected Barack Obama, with his stand on equal rights for LGBT Americans, as their first black President.

The objective of this PhD dissertation is to show how the victory for the freedom to marry enabled the LGBT community to gear up for a national State-by-State campaign to put an end to second-class citizenship, raise awareness, and educate the American people to a reality that is marked by a long history of discrimination and hostile prejudice against homosexuals, with such hostility often being expressed and disseminated by fundamentalist Christians. We will revisit the historical origins of the culture war against homosexuality to show how it still structures the system of government today, and fuels political polarization, starting from the premise that the breach in the separating wall between Church and State is partly responsible for the numerous institutional deadlocks as well as a patchwork system of unequal laws across the country. The LGBT community's fight for equal rights ultimately turns out to provide a particularly powerful insight into American democracy, and continues to affect the democratic system of checks and balances through various dynamic processes which are bound up with change and with the assertion of religious freedom.

Keywords: Constitutional law, culture wars, equal rights, ideologies, justice, LGBT history, marriage equality, structural discrimination.