

PROTECTION DE ET PAR LA CONSTITUTION.  
 VARIATIONS SUR L'IDÉE D'UNE « ADAPTABILITÉ »  
 DE LA CONSTITUTION DES ÉTATS-UNIS

Wanda MASTOR  
*Professeur de droit public*  
*Centre d'Excellence Jean Monnet*  
*Université Toulouse Capitole*

L'expression « protéger la Constitution » est à la limite du paradoxe. Comment protéger la norme qui est censée protéger toutes les autres ? S'auto-protège-t-elle à travers une sorte de procédure endogamique qu'elle aurait elle-même créée et dont elle pourrait vérifier la validité ? Si « la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution » selon les termes de la Constitution française du 3 septembre 1791, elle doit le faire « par les moyens pris dans la Constitution même ». Mais de l'oracle, la disposition n'en aura que les accents et la Constitution échouera en-dehors desdits moyens. La norme suprême suivante réagira en affirmant, dans l'article 28 de sa déclaration des droits, qu'« un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». La question des limites au pouvoir constituant, et des limites aux limites, est un problème passionnant, universel, où sont parfois imbriquées des problématiques différentes. Les limites matérielles qui seraient par exemple fixées par le texte constitutionnel lui-même ne doivent pas être confondues avec l'idée de principes qui seraient tout à la fois antérieurs et supérieurs audit texte<sup>1</sup>.

En France, le débat est aussi riche qu'aporétique et l'idée d'une supra-constitutionnalité, ce « mythe » qui, selon Georges Vedel, « introduirait un dérèglement total »<sup>2</sup>, effraie toujours certains normativistes. Pas celle que nous pourrions dégager de l'article 89 de la Constitution. Même si certains arguments plaident contre le caractère « supra-constitutionnel » de l'obligation de respecter la forme républicaine du gouvernement, celle-ci s'impose néanmoins comme une contrainte. Contrainte dans un sens « mou », quasi moral, en l'absence d'une sanction. Ni sanctionnés ni même seulement contrôlés, les éventuels coups de griffe portés à notre ultime article iconique n'appartiennent qu'au domaine d'une hypothétique indignation. Le caractère supraconstitutionnel d'une éventuelle norme constitutionnelle n'est donc que « platonique » pour reprendre le mot du

1 Voir la typologie des arguments tendant à limiter le pouvoir de révision constitutionnelle opérée par A. LE PILLOUER in « De la révision à l'abrogation de la constitution : les termes du débat », *Jus Politicum*, n° 3 [<http://juspoliticum.com/article/De-la-revision-a-l-abrogation-de-la-constitution-les-termes-du-debat-155.html>].

2 G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 94.

Doyen Vedel<sup>3</sup>. L'idée de principes « supérieurs » s'imposant au pouvoir constituant, cristallisée dans certaines normes fondamentales, séduit les tenants des théories inclusives. Dignité humaine en Allemagne et principes suprêmes en Italie s'imposent juridiquement au pouvoir constituant susceptible d'être sanctionné. La *Corte costituzionale* a en effet estimé que la Constitution contenait « certains principes suprêmes qui ne peuvent être modifiés ou renversés dans le fond par aucune loi, pas même constitutionnelle ». Principes qui sont « autant [ceux] que la Constitution prévoit explicitement comme limitations absolues au pouvoir de révision constitutionnelle, telle la forme républicaine du gouvernement (article 139 de la Constitution), que des principes qui appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquels la Constitution italienne se fonde »<sup>4</sup>.

Les dénonciateurs des révisions trop fréquentes des Constitutions et les craintifs des révisions-abrogations pourraient être tentés de porter leur regard outre-Atlantique. Vers cet au-delà où la norme fondamentale, vieille de plus de deux siècles, n'a été amendée qu'à vingt-sept reprises. On peut être admiratif de l'attachement du peuple américain à sa Constitution, du caractère quasi sacré de cette dernière, mais la longévité est-elle porteuse d'un argument ? En d'autres termes, un juriste doit-il tirer des conséquences de cette sorte d'immutabilité de fait de la Constitution américaine ? Ceci supposerait en premier lieu d'attacher des effets positifs à la longévité d'une Constitution. D'aucuns n'oseraient plaider pour des normes fondamentales de courte durée et s'empresseraient d'agiter l'épouvantail de la sécurité juridique et autres principes en vogue. Les exemples de très anciennes constitutions incapables de protéger les libertés fondamentales ne manquent pas, et l'argument selon lequel le politique les aurait travesties n'est pas recevable. La transformation d'une démocratie en une dictature est une perversion également imputable à la Constitution elle-même. Cette dernière n'est pas que victime d'une manipulation politique ; elle a aussi failli dans sa mission de protéger le pouvoir contre lui-même. Mais les remparts semblent bien faibles face à l'hypothèse d'un coup d'État ou d'une révolution. La longévité n'est donc qu'un argument accessoire qui nous permet surtout de nous extasier sur le contenu même d'une norme fondamentale multiséculaire.

Il est possible d'affirmer ce qui pourrait paraître comme un paradoxe. La Constitution des États-Unis, par la sacralisation dont elle jouit et la difficulté de la procédure de révision, jouit d'une protection absolue. Enfermée dans le musée de la vénération historique, elle reste, plus de deux siècles après, la norme fondamentale que l'on ne touche que d'une main tremblante – et quasi jamais (I). Malgré des termes très « situés », c'est pourtant cette vieille Constitution qui, à son tour, protège les plus modernes des droits et libertés des individus. Parce que le droit n'est qu'une histoire d'interprétation, la norme d'hier, adoptée au temps des pirateries et des esclaves, peut aujourd'hui s'appliquer à des situations autrefois inimaginables (II). Le récit de la création puis de l'extension de la liberté de mariage est une illustration fascinante de cette problématique (III).

## I. LA CONSTITUTION PROTÉGÉE DE TROP « FRÉQUENTS APPELS »

Oublions l'argument de la longévité. Plus pertinente est la question de savoir si cette Constitution américaine, fort ancienne *par ailleurs*, est un texte renfermant des moyens d'autoprotection et de protection. Cet ouvrage s'interrogeant sur la protection *de* mais aussi *par* la Constitution, il renvoie nécessairement à deux problématiques finalement

3 *Ibid.*, p. 80.

4 *Corte costituzionale*, décision n° 1146 du 15 décembre 1988.

différentes. La protection de la Constitution permet de s'interroger sur la fameuse question du détenteur du pouvoir souverain et d'une éventuelle supraconstitutionnalité. La protection par la Constitution met en scène, quant à elle, les thèmes de la séparation des pouvoirs et du *judicial review*. Essayons de regrouper les deux facettes du même objet pour nous interroger sur sa substance même. Ou, plus exactement, sur son rayonnement. Comment expliquer que les Américains n'auraient peut-être jamais organisé un colloque sur la protection de/par la Constitution ? Comment expliquer que le texte de 1787, malgré les vicissitudes qui n'ont pas épargné – loin s'en faut – l'histoire des États-Unis, est toujours considéré comme une norme suprême et définitive ? Ce sont un peu tous les aspects traités dans le présent ouvrage qui permettent de répondre à cette question. La Constitution des États-Unis permet sa propre protection comme elle permet celle de tous les sujets. Les dispositions de 1787 n'empêchent pas la constitutionnalité du mariage entre personnes du même sexe. Mais qu'est-ce qui, finalement, permet cette « adaptabilité » ? Le pouvoir constituant dérivé qui veillerait sur cet objet mythique, même gravé sur des objets du quotidien ? La Cour suprême, qui, dans ses périodes les plus « activistes », permet d'adapter une vieille norme aux évolutions sociétales, suscitant le courroux des originalistes ? Des principes « supérieurs » qui lieraient un interprète champion de l'intégrité ?

Le protecteur suprême de la Constitution qui permet à cette dernière de protéger à son tour ses destinataires est finalement le souverain absolu aux États-Unis. « We, the People », n'est pas que l'*alpha* de l'histoire constitutionnelle américaine. Il en est aussi l'*oméga*. Nos regards moqueurs sur une présidence aux accents il est vrai aussi grotesques que dramatiques ne doivent pas nous faire oublier que le droit constitutionnel américain nous enseigne, comme Tocqueville l'avait déjà souligné, qu'il est celui de la plus grande démocratie du monde. C'est bien le peuple qui détient tous les pouvoirs. Nous sommes choqués par la tuerie de Las Vegas, qui s'est produite au moment où nous écrivons. Choqués par la réaction de Donald Trump qui estime qu'une réflexion sur le droit – constitutionnel – de porter des armes n'est malgré tout pas à l'ordre du jour. Mais c'est bien la règle de la majorité populaire qui décidera du sort à donner aux tueries de masse. Quoique nous en pensions, quel que soit l'avenir du droit de porter des armes – comme celui de la peine de mort –, c'est au peuple américain qu'il appartiendra de trancher le débat. Méfions-nous de notre regard de juriste français porté sur la notion de « protection de la Constitution ». De nos propres idéologies teintant notre épistémologie, notre interprétation de la notion, qui n'enferme pas nécessairement une posture libérale. Pour un Américain désireux d'être armé, c'est précisément la Constitution qui « protège » ce droit.

Comme souvent, les subtilités de la Constitution américaine sont à rechercher dans les écrits des Pères fondateurs. La lecture du *Fédéraliste* renseigne beaucoup sur la « philosophie » de la procédure de révision de la Constitution. Comme pour d'autres thèmes, Madison fait le choix du compromis, de la juste mesure. Le peuple est certes souverain, mais il ne s'agit pas de faire appel trop souvent à lui pour toucher le texte suprême. Car de trop régulières révisions pourraient altérer la force juridique et morale dudit texte, mettraient trop en évidence les faiblesses du gouvernement. Dans la Lettre n° 49, Madison écrit ainsi que « comme tout appel au peuple impliquerait un défaut dans le gouvernement, de fréquents appels priveraient, dans une large mesure, le gouvernement de cette vénération que le temps confère à toute chose ». Même si le peuple est « l'unique source légitime du pouvoir », selon les mots de la même lettre, il ne peut participer directement

à la procédure de révision. L'initiative appartient au Congrès ou aux États, exposée dans l'article V de la Constitution : « Le Congrès, quand les deux tiers des deux Chambres l'estimeront nécessaire, proposera des amendements à la présente Constitution ou, sur la demande des législatures des deux tiers des États, convoquera une convention pour en proposer ; dans l'un et l'autre cas, ces amendements seront valides à tous égards comme faisant partie intégrante de la présente Constitution, lorsqu'ils auront été ratifiés par les législatures des trois quarts des États, ou par des conventions dans les trois quarts d'entre eux, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès (...) ».

En vue d'« assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité » selon les termes du Préambule, le peuple s'est donc doté d'une Constitution difficile à réviser. Difficulté qui reflète, aussi et peut-être surtout, la logique du fédéralisme. Les limites à la révision appartiennent à l'histoire et étaient tout à la fois temporelles et substantielles. Aux termes de l'ancienne section 9, § 1 de l'article premier, « L'immigration ou l'importation de telles personnes que l'un quelconque des États actuellement existants jugera convenable d'admettre ne pourra être prohibée par le Congrès avant l'année mil huit cent huit, mais un impôt ou un droit n'excédant pas 10 dollars par tête pourra être levé sur cette importation ». Ces « Telles personnes » dont le statut sera abrogé, en même temps que ce paragraphe, par le XIII<sup>e</sup> amendement de la Constitution.

## II. ADAPTABILITÉ, ADAPTATION... INTERPRÉTATION

Outre le fait qu'il n'est pas spécialement esthétique, le terme « d'adaptabilité » n'est pas porteur d'un sens précis. Evoquer l'adaptabilité d'un texte est une sorte de renvoi implicite à la notion de performance, de maîtrise de l'action, de rejet du doute et de l'incertitude. D'un certain point de vue, ce qui est adaptable est préférable, puisque l'adaptation est une sorte d'économie : l'instrument adaptable permet d'être recyclé. Il évite les bouleversements, les ruptures et césures : quel que soit le contexte, le même objet peut traverser les âges grâce à son adaptabilité. C'est dans cette acception qu'est trop souvent présentée la Constitution des États-Unis de 1787 : les Américains jouissent de la protection d'un texte vieux de plus de deux siècles qui a su *s'adapter*.

Rejetons d'emblée l'idée qu'une norme suprême puisse contenir une qualité réflexive. Penser qu'un texte, peu importe son statut, sa texture, sa valeur, puisse contenir une qualité qui se voudrait intrinsèque est d'une faiblesse insigne. Une réponse positive à la question « Une constitution peut-elle être « adaptable » ? » pourrait entraîner une typologie visant notamment à distinguer les Constitutions adaptables de celles qui ne le seraient pas. Concrètement, il pourrait être avancé qu'une Constitution adaptable contient des dispositions plus génériques, moins contextualisées, des termes trop précis enfermant plus qu'ils ne libèrent. Certains observateurs rendent souvent hommage à la Constitution américaine précisément pour son « adaptabilité » qui trouverait sa preuve dans son âge : Si elle a 229 années, c'est qu'elle est forcément adaptable. Or il n'en est rien.

Pas plus qu'un autre texte, la Constitution américaine « n'est » ou « n'est pas » : elle est ce qu'en disent ses interprètes. Tout, en droit, n'est qu'une histoire d'interprétation. Le texte n'existe même pas avant que le juge ne lui donne de la chair. La rassurante idée selon laquelle le juge ne ferait qu'appliquer à la lettre une disposition tel un automate n'est qu'un leurre qui continue, des siècles après, à berner les craintifs de l'arbitraire. Partant de ce postulat, nous considérons logiquement qu'aucun texte n'est clair ou obscur,

facile ou difficile à interpréter. Qu'il ne saurait exister des textes plus adaptables que d'autres : tous les textes le sont puisqu'ils ne sont que ce que l'interprète veut qu'ils soient. Puisqu'ils ne disent que ce que l'interprète veut leur faire dire. Le terme d'adaptabilité de la Constitution ne veut donc pas dire grand-chose mais il est néanmoins intéressant d'y réfléchir : « (...) La science du droit est pour l'essentiel une analyse du langage » nous rappelait Norberto Bobbio<sup>5</sup> et les constitutionnalistes français adorent abuser de ce terme. Il existe forcément une explication à l'attrait pour le terme d'adaptabilité de la Constitution, même si elle ne doit être que du ressort du psychologique. La croyance en ladite adaptabilité est rassurante. Par ce prisme, on peut estimer que la norme suprême traversera les âges, qu'elle s'adaptera au gré des personnes, des circonstances, des évolutions technologiques. Mais l'argument est fallacieux. Prenons l'exemple actuel de l'état d'urgence. Nos gouvernants ne cessent d'adapter des mesures exceptionnelles en principe prévues pour une durée de douze jours et initialement créés en 1955 pour faire face à un ennemi « intérieur ». Appliqué à la menace djihadiste, l'outil est inefficace et illégitime. L'état d'urgence est en effet conçu « pour une certaine durée », en l'occurrence celle de l'imminence du péril. Or la menace djihadiste ne se comptera pas en semaines ou en mois mais en années, voire en décennies. Même « rénové » par la loi du 20 novembre 2015 et les normes qui ont suivi, l'état d'urgence n'est pas le régime *adapté* à la lutte contre le terrorisme. Il a été conçu pour faire face à des situations particulières telles que des insurrections, révoltes, rebellions et autres séditions armées circonscrites à un ou des « foyers » donnés. Mais face à une forme nouvelle d'hostilité d'envergure internationale, le droit doit se réinventer. A force de tenter d'adapter artificiellement une norme à des faits radicalement différents de ceux qui ont justifié son adoption, on aboutit à perdre de vue l'une des artères principales du droit : l'adéquation des fins et des moyens<sup>6</sup>.

Revenons au terme d'adaptabilité. Il est en réalité inopportun car renvoyant à une idée de réflexibilité. A l'idée d'un texte pourvu d'une qualité intrinsèque qui s'adapterait de manière quasi naturelle. Le terme d'adaptation, qui implique l'intervention d'un tiers, en l'occurrence de l'interprète authentique, est déjà plus satisfaisant. Les juges de la Cour suprême adaptent la Constitution comme un scénariste transpose une œuvre pour qu'elle convienne à un autre temps, un autre public, une autre technique.

Évoquer l'adaptation de la Constitution revient à ouvrir le sempiternel débat opposant les textualistes et les originalistes aux pragmatiques et autres adeptes de la « *Living Constitution* ». C'est rappeler que toute l'histoire de la Cour suprême, en fonction de la couleur idéologique de sa composition, a oscillé entre le *self-restraint* et un activisme particulièrement créatif. Histoire qui a été et continue d'être celle d'un combat intellectuel entre les juges libéraux n'hésitant pas à survaloriser les faits et les juges conservateurs dénonçant régulièrement le retour du « lochnérisme ». C'est l'un des aspects les plus admirables de la jurisprudence de la Cour suprême, faite de ruptures, de rebondissements, de va-et-vient et de retours inattendus. A partir d'un texte dont les dispositions ne sont pas si larges et génériques que cela, elle a à peu près tout réussi à dire et imposer, et parfois même des contraires dans des laps de temps plutôt réduits.

Tout, en droit constitutionnel américain, renvoie à l'activisme de la Cour suprême et les illustrations concrètes ne manquent pas. Les adaptations de la Constitution ont

5 N. BOBBIO, « Scienza del diritto e analisi del linguaggio », *Riv. trim. proc. civ.*, n° 2, 1950, pp. 342-367.

6 W. MASTOR et F. SAINT-BONNET, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs* n° 158, 2016, pp. 51-65.

toujours été le fruit d'hommes et de femmes se réclamant de telle idéologie, mais surtout de juges adoptant de vraies positions doctrinales. Bien évidemment, être originaliste ou constructiviste rejoint en réalité des postures idéologiques, les libéraux étant rarement originalistes et inversement. Les auteurs contemporains de l'adaptation de la Constitution américaine sont les juges pragmatistes, dans le sens donné par Richard Posner : « Un juge pragmatiste s'efforce toujours de faire du mieux qu'il peut pour le présent et l'avenir, sans être restreint par le sentiment de devoir garantir une cohérence de principe avec ce que d'autres autorités ont fait dans le passé »<sup>7</sup>. Un tel juge s'évertue donc à adapter la Constitution et ne s'en tient certainement pas à la lettre du texte, encore moins au contexte de son écriture. Les juges Holmes, Brandeis, Frankfurter, Jackson, Douglas, Brennan, Powell, Stevens, White étaient des juges pragmatistes comme le sont aujourd'hui les juges Ginsburg et Breyer. Ces derniers accordent une importance prioritaire non aux sources (qui ne sont que des sources d'information), mais aux faits, aux conséquences sociales des décisions. Et dénoncent régulièrement les errements des théories des juges conservateurs (Scalia, jusqu'à son décès, et aujourd'hui Gorsuch, Thomas, Alito et Roberts) qui utilisent le textualisme pour justifier en réalité des positions extrêmement conservatrices. Ainsi, dans l'arrêt *Burwell v. Hobby lobby stores*<sup>8</sup>, « censurant l'obligation pour les entreprises de souscrire des contrats d'assurance collective remboursant la «pilule du lendemain» », la majorité, sous la plume du juge Alito, dit appliquer la loi à la lettre. Dans une opinion dissidente à laquelle se joignent les juges Breyer, Sotomayor et Kagan, la juge Ginsburg dénonce le fait que la majorité n'ait pas pris en compte les objectifs de la loi et les conséquences sociales néfastes de sa décision. Toute une série de décisions de la Cour suprême pourraient être ici citées pour illustrer l'opposition entre les juges voulant appliquer le droit tel qu'il est écrit et ceux qui souhaitent en faire une interprétation plus « vivante ».

### III. ILLUSTRATION : LA PROTECTION DU MARIAGE

La liberté du mariage est un exemple éclairant permettant d'illustrer la façon dont la Cour suprême peut « adapter » la Constitution à certaines évolutions, époques ou institutions. De nombreux autres exemples auraient pu être choisis, mais ce récit-là nous paraît singulier à plus d'un titre. D'une absence dans le texte constitutionnel au « dégage-ment » d'un nouveau droit, la Cour va progressivement ensuite étendre la protection de la Constitution à d'autres titulaires que le couple initial – blanc et hétérosexuel.

La Constitution du 17 septembre 1787 ne fait aucune allusion à la liberté du mariage, ni même à l'institution elle-même. Le texte fondateur ne s'ouvre d'ailleurs pas par une déclaration de droits ou devoirs, mais par trois articles relatifs aux pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires. L'objectif premier des Pères fondateurs était de réaliser une « Union plus parfaite » (*a more perfect Union*), « Union indestructible d'États indestructibles » selon l'expression célèbre de la Cour suprême. D'ailleurs, la Constitution de 1787 ne crée pas un État mais un « gouvernement » fédéral (*federal government*), dont les pouvoirs sont énumérés, composé de plusieurs États. Aussi les règles juridiques qui s'appliquent au citoyen dans sa vie quotidienne ne sont-elles pas fédérales mais ressortissent

7 R. POSNER, « Une conception pragmatique de la décision judiciaire », in C. BEAL (textes réunis par), *Philosophie du droit*, Paris, Vrin, collection Textes clés de philosophie du droit, 2015, p. 318.

8 *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014).

à la compétence des États. C'est le cas, notamment, du droit de la famille. Comme chacun sait, les droits et libertés n'ont intégré la Constitution suprême par le biais des amendements qu'à partir de 1789. Le *Bill of Rights* ne proclame pas à proprement parler la liberté individuelle, mais seulement l'équivalent d'un droit à la sûreté, de l'inviolabilité du domicile et de la correspondance. En vertu du IV<sup>e</sup> amendement, « le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration, ni sans que le mandat décrive particulièrement le lieu à perquisitionner et les personnes ou les choses à saisir ».

La jurisprudence en a fait une interprétation plus large, étendant ledit amendement au droit de chaque individu d'être protégé dans sa vie intime des intrusions des autres et de l'État. Dans l'affaire *Mapp v. Ohio*<sup>9</sup>, la Cour suprême a ainsi indiqué que le IV<sup>e</sup> amendement créait « un droit à l'intimité, non moins important que tout autre droit soigneusement et particulièrement protégé des personnes ». Bien évidemment, cette extension, cette adaptation à l'évolution des mœurs était le fruit d'une cour majoritairement libérale.

C'est à l'occasion de l'examen d'une loi interdisant la contraception que la Cour suprême va, non énoncer une protection de la vie privée, qui avait déjà été reconnue, mais lui donner valeur de droit constitutionnellement protégé. Et elle va le faire à partir cette fois du XIV<sup>e</sup> amendement, adossé à la Constitution en 1868. La démarche est subtile : par le recours à ce que l'on a appelé la doctrine de l'incorporation (*incorporation doctrine*), la majorité des juges a estimé que ledit amendement avait eu pour effet d'incorporer dans le droit fédéral les huit premiers amendements. En vertu de cette clause, « 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 (*Due Process of Law*) ; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction ». La Cour va puiser dans le terme « liberté » des potentialités quasi infinies. Sans jamais en donner une définition précise, elle va en préciser les composantes au fur et à mesure de sa jurisprudence. Dans un arrêt *Meyer v. Nebraska*<sup>10</sup>, elle a ainsi affirmé, à propos de la liberté énoncée dans ledit amendement, qu'« il ne fait aucun doute que cette liberté ne signifie pas seulement une protection contre les contraintes physiques, mais aussi par exemple *le droit de se marier*, de créer un foyer et d'élever des enfants (...) »<sup>11</sup>.

La Cour dite Warren, du nom de celui qui l'a présidée de 1954 à 1969, est la Cour de la promotion des libertés fondamentales. Son libéralisme, servi par un activisme judiciaire singulier, lui a donc permis de proclamer le droit à la vie privée (*Right of Privacy*) en le rattachant notamment au XIV<sup>e</sup> amendement précité. Dans la célèbre affaire *Griswold v. Connecticut* de 1965<sup>12</sup>, la cour commence par rappeler que « l'union des personnes n'est inscrite ni dans la Constitution, ni dans le *Bill of Rights* ». Puis elle justifie en quelque sorte son activisme en rappelant l'importance du droit à l'intimité qui peut se rattacher à plusieurs dispositions du *Bill of Rights*. Elle pose alors la question suivante :

9 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

10 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

11 Souligné par nous.

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

« Autoriserions-nous la police à pénétrer dans l'intimité des chambres à coucher des époux pour chercher des signes révélateurs de l'usage de contraceptifs ? ». Elle répond en ayant recours à une définition assez savoureuse du mariage : « Nous traitons d'un droit à l'intimité plus ancien que le *Bill of Rights* (...). Le mariage est une union pour le meilleur et pour le pire, que l'on peut espérer durable, et qui fonde une intimité de nature sacrée. C'est une union qui vise à promouvoir un certain mode de vie, non des convictions ; qui recherche une harmonie de vies, non d'idéologies politiques ; qui aspire à développer une entreprise à deux, non des projets commerciaux et sociaux ». Les juges concordants (qui ont rallié la majorité sur le dispositif mais s'en sont écartés à propos des motifs) ont néanmoins tous insisté sur la nécessité d'une interprétation évolutive du concept de liberté. La divergence survient au niveau du rattachement textuel : ainsi, pour le juge Golberg, le droit à l'intimité se rattache non au XIV<sup>e</sup> mais au IX<sup>e</sup> amendement, en vertu duquel « l'énumération de certains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniait ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple ». Il va en quelque sorte plus loin que la Cour en affirmant que la liberté protégée notamment par le XIV<sup>e</sup> amendement ne se limite pas aux droits expressément inscrits dans les huit premiers. Selon Golberg, le *Bill of Rights*, conformément à l'esprit de ses rédacteurs, est une « liste ouverte » de droits fondamentaux qu'il revient à l'interprète suprême de faire évoluer. Les juges dissidents ont pour leur part condamné la constitutionnalisation du *Right of Privacy*. Le juge dissident Stewart avance ainsi des arguments textualistes : « Avec tout le respect que je dois à la Cour, je ne trouve nulle part un droit à l'intimité aussi général, que ce soit dans le *Bill of Rights*, dans un autre passage de la Constitution, ou dans toute autre affaire jugée antérieurement par la Cour ».

Quelques années plus tard, la Cour suprême va explicitement consacrer un droit fondamental au mariage en se basant notamment sur le XIV<sup>e</sup> amendement, pour invalider une loi de Virginie interdisant les mariages interraciaux. Au lieu de s'en tenir à l'interdiction des discriminations comme fondement de l'annulation de la loi, la Cour, dans l'arrêt *Loving v. Virginia* de 1967<sup>13</sup>, a ajouté que la Constitution protégeait le droit au mariage : « La liberté du mariage (*freedom to marry*) a été reconnue depuis longtemps comme l'un des droits vitaux essentiels à la poursuite de l'objectif de bonheur des hommes libres (...). Le mariage est l'un des droits civils essentiels de l'homme, fondamental pour notre existence et notre survie ». La Cour a donc adapté la définition du mariage à sa jurisprudence sur la fin de la ségrégation raciale. Elle a adapté l'institution du mariage à l'évolution de la jurisprudence, elle-même adaptée à l'évolution de la société, laquelle devait être désormais celle de la mixité. Jusqu'à l'arrêt *Loving*, seize États du sud interdisaient l'union entre deux personnes de couleurs différentes. A l'occasion du 40<sup>ème</sup> anniversaire de cet arrêt, Madame Mildred Loving s'est exprimée en ces termes : « Je crois que tous les Américains, quelle que soit leur race, quel que soit leur sexe, quelle que soit leur orientation sexuelle, devraient jouir de la même liberté du mariage ». Les associations de défense du mariage homosexuel ont beaucoup utilisé les propos de cette figure emblématique à l'appui de leurs revendications.

L'histoire du mariage homosexuel est longue et douloureuse. Pour comprendre l'importance de l'arrêt *Obergefell v. Hodges*<sup>14</sup> légalisant le mariage entre personnes de même sexe, il faut remonter au début des années soixante-dix. Sous l'impulsion de la jurisprudence libérale de la Cour Warren, une vingtaine d'États vont abolir leurs lois antisodomie. Mais la physionomie de la Cour suprême a bien changé entre-temps, et l'arrêt

13 *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

14 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

*Bowers v. Hardwick* rendu en 1986<sup>15</sup> est une illustration d'un revirement ultra conservateur. En appel d'une cour fédérale de district, la cour d'appel du 11ème circuit avait jugé que la loi anti-sodomie de Géorgie violait les droits fondamentaux de Hardwick, notamment son droit à la vie privée opposable aux États fédérés en vertu du XIV<sup>e</sup> amendement. La Cour suprême des États-Unis, ayant accordé le *writ of certiorari*, renverse ce jugement à une majorité de cinq voix contre quatre. Aucun argument de droit ne motive le jugement : « Le défendeur prétend que la loi doit avoir une base rationnelle, et que dans ce cas elle n'en a pas, hormis l'opinion présumée d'une majorité de l'électorat de Géorgie qui tiendrait la sodomie homosexuelle pour immorale et inadmissible. On nous dit qu'un tel raisonnement ne peut pas servir de fondement à la loi. Le droit, pourtant, repose toujours sur la morale, et si toutes les lois fondées sur des choix moraux essentiels devaient être abrogées au regard de la clause de *Due Process*, les juridictions auraient beaucoup à faire ». Les quatre opinions dissidentes qui suivent celle de la majorité sont de formidables plaidoyers en faveur du *Right of Privacy* et de son adaptation à des couples moins « classiques ».

Ce jugement juridiquement honteux car non motivé ne sera renversé que très tardivement, en 1996, par l'arrêt *Romer v. Evans*<sup>16</sup>. La population de l'État du Colorado avait adopté par référendum un amendement à la Constitution qui avait pour but d'interdire toute mesure de protection pour les homosexuels. La Cour suprême va invalider ledit amendement, non sur le fondement du *Right of Privacy*, mais sur celui du principe d'égalité. En 2003, dans l'arrêt *Lawrence v. Texas*, la Cour va rattacher les droits des couples du même sexe au XIV<sup>e</sup> amendement. Les faits sont assez similaires à ceux de l'affaire *Bowers*. Deux hommes sont arrêtés par la police, au nom des lois anti-sodomie, alors qu'ils avaient des relations sexuelles consentantes à leur domicile privé. L'arrêt va avoir pour effet d'invalider non seulement les lois texanes, mais toutes les lois des États incriminant la sodomie. L'opinion de la Cour lue par le juge Kennedy rappelle que les mœurs ont évolué, et que depuis l'arrêt *Bowers*, douze États avaient abrogé leurs lois anti-sodomie contre seulement quatre qui continuaient à les renforcer. En même temps que la cour proclame le droit des homosexuels à avoir des relations intimes, elle précise que l'arrêt ne recommande pas au gouvernement d'étendre la liberté du mariage aux personnes du même sexe.

Le juge dissident Antonin Scalia condamne avec virulence le fait de rejeter des législations basées sur la morale et avertit la majorité qu'en statuant en ce sens, elle ouvrait la voie à la reconnaissance du mariage homosexuel. Il avait vu juste et ce qu'il craignait finira par arriver en 2015. L'affaire *Lawrence* va effectivement ouvrir la voie à des mouvements juridiques de grande ampleur : tandis que certains États permettaient des pactes d'union civile, d'autres introduisaient des amendements à leurs Constitutions interdisant explicitement le mariage entre personnes du même sexe. Au début des années 2000, plusieurs États fédérés avaient voté des mesures de protection envers les couples homosexuels, allant jusqu'à la reconnaissance d'Unions civiles, un seul État permettant le mariage homosexuel : le Massachusetts, suite à l'arrêt *Goodridge v. Department of Public Health* rendu en 2003<sup>17</sup>. L'arrêt *In Re Marriage cases* rendu le 15 mai 2008<sup>18</sup> avait fait de la Californie le second État à légaliser ces mariages. Mais le référendum du 4 novembre 2008 et la fameuse « proposition n° 8 » ont brisé cette jurisprudence, la Constitution

15 *Bowers v. Hardwick*.

16 *Romers v. Evans*, 517 US 620 (1996).

17 *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 NE 2d 941 (Mass, 2003).

18 *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).

interdisant alors explicitement les mariages mixtes. Dans l'affaire *Goodridge*, la Cour suprême a relevé que l'unique vraie raison pour le gouvernement d'exclure les couples du même sexe du bénéfice du mariage était un désaveu de leur mode de vie. Elle a notamment repoussé l'argument historique en vertu duquel le droit au mariage n'avait été inséré dans la Constitution de Californie qu'en réaction à l'interdiction du mariage interracial. La Cour répond que le droit au mariage « inclut le droit pour un individu d'obtenir – avec la personne avec laquelle il a choisi de partager sa vie – une reconnaissance et protection officielles de sa famille, lui donnant des droits, des responsabilités et le même respect et dignité qu'à une union traditionnelle ». La Cour poursuit en observant que « notre État reconnaît maintenant que la capacité d'une personne d'établir une relation amoureuse durable et sa responsabilité de prendre soin et d'élever des enfants ne dépend pas de son orientation sexuelle ; plus généralement, une orientation sexuelle – tout comme la race ou le genre – ne constitue pas un critère légitime au déni et à la privation des droits ». La Cour conclut que « eu égard à la substance et la signification de droit constitutionnel fondamental à fonder une famille, la Constitution de Californie doit être interprétée comme garantissant ce droit civil essentiel à tous les californiens, qu'ils soient gays ou hétérosexuels, et aux couples du même sexe comme aux couples de sexes opposés ».

Après une campagne particulièrement active tant du côté des défenseurs du mariage homosexuel que de celui de ses opposants, l'amendement à la Constitution « Seul un mariage entre un homme et une femme est valide » a finalement été adopté par 52,5% des votants contre 47,5%. A l'époque, la Floride, l'Arizona et le Kansas se sont prononcés dans le même sens. La décision de la Cour suprême de Californie du 15 mai 2008, qui avait pris effet environ un mois après, avait eu un immense écho médiatique. Après avoir utilisé son veto à deux reprises à l'encontre de lois légalisant le mariage homosexuel, le gouverneur Arnold Schwarzenegger avait fait savoir qu'il respecterait la décision de la Cour suprême, dont six des sept juges avaient été nommés par des conservateurs... Chacun pensait alors que la révolution opérée par l'État le plus peuplé et le plus riche du pays allait avoir des répercussions sur les autres États. Mais le « oui » à la proposition 8 a renversé la donne, et l'espoir ne pouvait venir que de la Cour suprême fédérale.

L'arrêt *Obergefelle v. Hodges*<sup>19</sup> est aussi intéressant que les échanges entre les avocats et les juges qui l'ont précédé. Plus de cent *amici Briefs* ont été déposés. Deux questions ont été débattues : la première pour savoir si le quatorzième amendement permettait la reconnaissance d'un mariage homosexuel, la seconde pour déterminer si ledit amendement permettait à un État de reconnaître ce mariage contracté dans un autre État. Une loi du Congrès du 21 septembre 1996, « pour définir et protéger l'institution du mariage », définit le mariage comme n'étant qu'une « union entre un homme et une femme ». Dès sa première phrase, l'avocate des requérants, Maître Mary Bonauto, insiste sur l'aspect sociologique des débats : « Les relations intimes et sérieuses de couples de même sexe, exactement comme celles des couples hétérosexuels, procurent un soutien mutuel et sont les fondations de la vie familiale dans notre société ». Inévitablement, les débats vont se concentrer sur la nouvelle définition du mariage comme institution. Pour le *chief Justice* Roberts, les requérants ne souhaitent pas « rejoindre » cette institution mais la « transformer » ; l'avocate insistant pour sa part sur le fait que l'interprétation du XIV<sup>e</sup> amendement devait s'adapter aux évolutions sociétales. Rejetant sans surprise l'argument tiré du droit comparé, les juges Scalia et Alito se replient sur une interprétation

19 Précité.

« isolée » de l'amendement, négligeant les évolutions avancées par l'avocate. Le juge Alito va même jusqu'à prendre l'exemple de la tolérance envers les homosexuels du temps de la Grèce antique. Cette tolérance, précise-t-il, n'a pas pour autant conduit à la reconnaissance du mariage homosexuel. Le juge Kennedy évoque son scepticisme vis-à-vis des études sociologiques sur un sujet « trop récent ».

Et après avoir ralenti pendant quelques temps l'explosion des potentialités de la clause de *Due Process*, la Cour suprême va l'utiliser comme fondement de la constitutionnalité de l'un des événements les plus marquants du XXI<sup>ème</sup> siècle en jugeant que « le droit au mariage est un droit fondamental inhérent à la liberté de la personne et, aux termes des clauses de *Due Process* et d'égalité protection du XIV<sup>e</sup> amendement, les couples de même sexe ne peuvent pas être privés de ce droit et de cette liberté ».

En mettant de côté les passages emphatiques significatifs du style du juge Kennedy, qui rédige l'opinion de la cour (« le mariage répond à la peur universelle qu'une personne seule lance un appel et que personne n'y réponde »), la décision est une illustration parfaite de ce que peut être une lecture vivante de la Constitution. La cour évoque un processus de découverte de la signification du droit au mariage face aux évolutions sociétales. Dans son opinion dissidente, le *chief Justice* Roberts fait seize fois référence à la décision *Lochner*, insinuant que la Cour ressuscite le gouvernement des juges fondé sur une conception matérielle de la clause de *Due Process*. Les mots sont particulièrement violents à l'encontre de la majorité, accusée d'avoir « volé la question au peuple ». Le juge Scalia souligne quant à lui que « 320 millions d'Américains sont gouvernés par une majorité de neuf juges » et que le régime américain ne mérite en conséquence pas d'être qualifié de « démocratique ».

Inutile de préciser que l'activisme judiciaire dénoncé ici par le bloc conservateur est à géométrie variable et des décisions telles que *Citizens United*, *Shelby* ou *Heller*, dans lesquelles la majorité était exactement inverse ne se caractérisent pas, loin s'en faut, par la *self-restraint*. Mais ce qu'un observateur extérieur peut comprendre et peut-être conclure de ce récit, c'est la puissance protectrice d'une norme du XVIII<sup>e</sup> siècle qui n'est pas une belle endormie. Vénérée pour ce qu'elle fut (le symbole de la victoire des colons, la Bible d'un nouveau monde), la Constitution des États-Unis l'est aussi pour ce qu'elle est et *peut* être. Aucune liberté ne semble pouvoir échapper à ses bras protecteurs. Mais ce récit présenté sous son plus bel aspect – nous en convenons – ne doit pas nous faire oublier que cette protection n'est pas que juridique. Elle est politique, dans le sens où elle n'est que le fruit de l'interprétation. Et que les bras protecteurs dont il est question dans cet exemple de la liberté du mariage étaient ceux des juges libéraux, que le juge Kennedy a transformés en voix majoritaires. Si l'actuel président des États-Unis venait à nommer un autre membre de la Cour suprême, nous savons que le récit de cette liberté, et de tant d'autres, pourrait connaître une toute autre issue.