

**VINGT ANS APRES LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME,
LA COUR SUPREME AMERICAINE CONDAMNE
LA REPRESSION PENALE DES RELATIONS HOMOSEXUELLES**

Marina EUDES

Doctorante à l'Université de Paris X Nanterre
A.T.E.R. à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Par une retentissante décision *Lawrence et Al. v. Texas* du 26 juin 2003, la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique vient d'aligner sa jurisprudence sur celle de la Cour de Strasbourg dans le domaine des droits des homosexuels. Plus de vingt ans ont donc été nécessaires pour que le juge constitutionnel américain reprenne à son compte certains des principes posés par son lointain cousin européen dans le célèbre arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981¹. Le raisonnement tenu par les deux juridictions pour sanctionner la répression pénale de la sodomie n'est cependant pas identique : alors que la Cour européenne pouvait, assez facilement, se fonder sur l'article 8 de la C.E.D.H. garantissant expressément le droit au respect de la vie privée, la Cour Suprême devait, par une interprétation renouvelée du texte constitutionnel américain, trouver une base suffisamment solide pour justifier un important revirement de sa propre jurisprudence.

En effet, la solution adoptée en l'espèce, à la majorité de six voix contre trois, contredit un précédent jugement de 1986, qui faisait l'objet de vives critiques énoncées par une partie du corps judiciaire et de la doctrine², sans compter celles des activistes de la communauté homosexuelle américaine. La Cour Suprême justifie son changement de position par une interprétation audacieuse du Quatorzième Amendement à la Constitution des Etats-Unis, en vertu duquel « *[a]ucun Etat ne pourra priver une personne [...] de sa liberté [...] sans procédure légale régulière, ni refuser à quiconque relève de sa juridiction la protection égale des lois [...]* ». L'un des enjeux principaux de sa décision réside dans le choix de la disposition pertinente de ce texte permettant d'affirmer l'existence d'un droit à la vie privée en matière sexuelle, et ce, au bénéfice des homosexuels : rejetant l'argumentaire tiré de la violation de la « clause de la protection égale » (*Equal Protection Clause*), la Cour préfère baser son raisonnement sur celle de la « procédure légale régulière » (*Due Process Clause*). C'est donc sur cette dernière notion que porteront nos premiers développements (I). La référence du juge américain à la jurisprudence européenne constitue également un élément intéressant à étudier (II).

¹ La décision *Lawrence et Al. v. Texas* (539 U.S.,(2003)) peut être consultée à l'adresse suivante : <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/26jun20031200/www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf>. L'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* de la Cour de Strasbourg est reproduit au Recueil de la Série A n° 45 et sur la base de données accessible sur le site Internet de la juridiction européenne (<http://www.hudoc.echr.coe.int>).

² Voir les références doctrinales et jurisprudentielles citées en l'espèce dans l'opinion majoritaire, pp. 15-16.

I. - L’AFFIRMATION D’UN DROIT CONSTITUTIONNEL AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DES HOMOSEXUELS

Il convient de rappeler ici les éléments factuels et la procédure juridictionnelle à l’origine de la présente décision de la Cour Suprême américaine. Appelés pour des faits allégués de tapage nocturne, des policiers de Houston pénètrent dans le domicile de M. Lawrence, et découvrent ce dernier en train de se livrer à des activités sexuelles avec un autre homme. Les deux individus sont alors arrêtés, placés en garde à vue et ultérieurement condamnés en vertu de la loi du Texas réprimant la pratique de la sodomie entre deux personnes du même sexe. Après le rejet de leur recours en appel, les deux intéressés se tournent vers la Cour Suprême. Contrairement à sa décision *Bowers v. Hardwick* de 1986³, celle-ci admet que la condamnation litigieuse constitue en l’espèce une violation du Quatorzième Amendement à la Constitution. L’opinion du juge Kennedy, exprimant la position de la majorité de la haute juridiction, critique donc la jurisprudence *Bowers* (A) avant de redéfinir, en faveur des homosexuels, les contours de la *Due Process Clause* (B).

A. - Les défauts de la jurisprudence *Bowers*

Dans sa décision *Bowers* de 1986, la Cour Suprême refuse, à la courte majorité de cinq voix contre quatre, de condamner la loi de l’Etat de Géorgie pénalisant la sodomie. Sa décision, plutôt que d’interroger en général la constitutionnalité de cette loi en ce qu’elle restreint la liberté de choix des individus en matière sexuelle, se concentre sur la seule question de savoir si la Constitution fédérale confère un quelconque droit à la sodomie homosexuelle. La réponse négative de la majorité se fonde alors sur la référence à plusieurs éléments historiques censés démontrer que la prohibition de la sodomie entre deux hommes a des racines anciennes aux Etats-Unis (en effet, face à l’absence de consécration explicite d’un droit, le juge constitutionnel américain recherche traditionnellement si ce droit ne peut être déduit de l’histoire et de la tradition nationales). Dans sa décision de 2003, la Cour Suprême rejette l’analyse tenue en 1986 en relevant qu’il n’y a justement pas une telle tradition directement dirigée contre les homosexuels en tant que tels, notamment du fait de l’absence de « catégorisation » expresse de cette partie de la population jusqu’à la fin du 19^{ème} siècle⁴. A cette époque, les lois de pénalisation de la sodomie adoptées par les Etats américains ne l’ont été que pour empêcher la conduite de relations sexuelles n’ayant pas un but de procréation, ou pour sanctionner des comportements abusifs menés à l’égard de mineurs ou de toute personne placée en situation d’infériorité.

³ Décision *Bowers c. Hardwick* : 478 U.S. 186 (1986).

⁴ Opinion de la majorité dans la décision *Lawrence*, pp. 6 à 8.

Il est vrai qu'actuellement, plusieurs Etats américains ont conservé une législation pénalisant la pratique de la sodomie. Plus précisément, treize Etats sur cinquante disposent effectivement de ce type de loi et, parmi eux, quatre prohibent spécifiquement les relations masculines⁵. Mais le juge Kennedy relève que ce constat ne suffit pas en soi à justifier la répression pénale d'activités finalement menées en privé entre deux adultes consentants. Aussi, la majorité de la Cour conclut-elle que « *Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent* »⁶. Même si la règle du *stare decisis* est essentielle à l'autorité des jugements de la Cour et à la stabilité du droit, elle n'est pas inexorable⁷. En l'espèce, elle doit justement être écartée pour permettre une nouvelle interprétation de la Constitution favorable aux homosexuels.

B. - La nouvelle lecture de la *Due Process Clause* en faveur des homosexuels

Avant d'expliquer comment la clause de la « procédure légale régulière » a été utilisée en l'espèce, il convient de rappeler que l'interprétation de cette disposition du Quatorzième Amendement à la Constitution a connu une évolution très marquée. En effet, si cette notion correspondait initialement à l'idée de « procès juste pour les accusés », norme à portée purement procédurale, « *la clause se vit progressivement attribuer une signification matérielle qui mettait l'accent moins sur 'process' que sur 'law' et qui aboutissait à juger le fond même des mesures prises* »⁸. Cette règle a alors permis à la Cour Suprême de défendre les individus contre les agissements des pouvoirs publics, puisqu'elle a été interprétée comme permettant d'imposer aux Etats fédérés le respect du *Bill of Rights*⁹.

L'affaire *Lawrence* pose alors la question de l'existence, au sein de cette *Due Process Clause*, d'un droit à la vie privée (« *Privacy* »), au sens d'intimité de la vie sexuelle, qui pourrait notamment être revendiquée par les homosexuels. A l'exception de la décision *Bowers* de 1986, la jurisprudence semblait déjà tendre vers une réponse positive, au moins en ce qui concernait les personnes hétérosexuelles : des jugements avaient en effet évoqué la notion de « *Privacy* » et/ou affirmé l'existence d'un principe constitutionnel de respect de l'autonomie de choix des personnes s'agissant du mariage, de la vie familiale,

⁵ *Idem*, p. 13.

⁶ *Idem*, p. 17.

⁷ Nous ne revenons pas ici en détail sur l'argumentation du juge Scalia s'opposant à cette lecture des motifs autorisant un revirement de jurisprudence. Il suffit de relever que ce juge considère que les causes traditionnellement retenues pour justifier un revirement (la mise en cause des fondements du précédent par plusieurs décisions ultérieures, la critique substantielle et continue de ce précédent et le fait qu'il n'ait pas engendré une confiance ou dépendance (« *reliance* ») s'opposant à tout changement) ne sont pas réunies en l'espèce (voir les pp. 2-7 de son opinion dissidente).

⁸ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, pp. 584-585 (Collection Droit Fondamental).

⁹ Ce « *Bill of Rights* », ou Déclaration des droits, correspond aux 10 premiers Amendements à la Constitution fédérale américaine. Il contient notamment le droit à la liberté d'expression, la liberté religieuse, les garanties en matière de procédure pénale, etc.

des méthodes de contraception ou de l'avortement notamment¹⁰. Dans la décision *Lawrence*, cette protection, accordée initialement aux individus engagés dans des relations « traditionnelles », est finalement étendue aux homosexuels : « [t]he case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives [...]. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the Government [...]. The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual »¹¹. Autrement dit, le droit constitutionnel au respect de la vie privée, incluant notamment l'intimité sexuelle, est enfin accordé aux homosexuels adultes engagés dans une relation librement consentie.

La Cour souligne enfin que les rédacteurs de la clause de la « procédure légale régulière » n'avaient justement pas défini avec précision cette notion afin de permettre son adaptation aux nécessités de chaque époque¹². Le cas des couples homosexuels revendiquant la protection de leur mode de vie, situation sans doute non envisagée à la fin du 18^{ème} siècle, illustre parfaitement cette idée. A cet argument, relevant d'une technique fréquente d'interprétation dynamique de la Constitution, doit s'ajouter un autre facteur important.

II. - LE DROIT COMPARE, NOUVEL ELEMENT PRIS EN CONSIDERATION POUR INTERPRETER LA CONSTITUTION AMERICAINE ?

En l'espèce, la majorité de la Cour Suprême a expressément fait référence dans son opinion à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (A). On peut se demander s'il s'agit là d'un argument secondaire de son raisonnement ou au contraire d'une nouvelle méthode importante d'interprétation du texte constitutionnel américain (B).

¹⁰ Voir notamment les décisions rendues dans les affaires *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 486 (1965), reconnaissance de la liberté et de l'intimité de la vie sexuelle au sein du mariage), *Eisenstadt v. Baird* (405 U.S. 438, 453-54 (1972), protection étendue en dehors du mariage), *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973), reconnaissance d'un droit à l'avortement) ou encore *Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey* (505 U.S. 833 (1992), reconnaissance de « l'autonomie de choix » des individus concernant ces différents domaines).

¹¹ Opinion majoritaire, p. 18. Il faut cependant signaler que plusieurs membres de la Cour Suprême se sont opposés, ou continuent de s'opposer, à la reconnaissance d'un droit constitutionnel et général au respect de la vie privée (opinion du juge Thomas en l'espèce ou du juge Stewart dans l'affaire *Griswold* précitée).

¹² *Ibidem*.

A. - De l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* à la décision *Lawrence et Al. c. Texas*

Pour la première fois dans son histoire, la Cour Suprême américaine cite expressément dans son raisonnement un arrêt de la Cour de Strasbourg. En l'espèce, l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* offre en effet au juge constitutionnel américain un argument intéressant pour justifier son revirement de jurisprudence en matière de droits des homosexuels. Rappelons que dans cet arrêt de 1981, la juridiction européenne condamne fermement la législation nord-irlandaise pénalisant les relations sexuelles masculines en se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit au respect de la vie privée, laquelle inclut la vie sexuelle. Le juge de Strasbourg relève d'abord que, dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques homosexuelles appelaient par elles-mêmes une répression pénale ; les législations internes ont d'ailleurs évolué sur ce point¹³. Il souligne ensuite que si « [l]'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale [...] cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants »¹⁴. Aussi considère-t-il, selon sa terminologie classique, que la législation litigieuse constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés qui s'avère non « nécessaire dans une société démocratique ».

Dans sa décision *Lawrence* de 2003, la Cour Suprême critique la jurisprudence *Bowers* en évoquant des « autorités » ayant une autre approche que celle retenue dans ce dernier arrêt : elle signale d'abord l'existence d'un rapport parlementaire ayant abouti à une réforme de la législation britannique dans les années 60, puis elle considère « *of even more importance* » la solution dégagée dans l'arrêt *Dudgeon* de 1981¹⁵. La majorité des membres de la Cour Suprême estime aujourd'hui que, dès l'occasion qui s'était présentée à lui en 1986, le juge constitutionnel américain aurait du prendre en compte ce précédent européen comme révélateur des principes retenus par la civilisation occidentale. Cette affirmation étonne dès lors que l'on se rappelle qu'à l'époque, 21 Etats seulement étaient membres du Conseil de l'Europe et soumis à la juridiction des organes de Strasbourg. Mais dans la décision *Lawrence*, cet élément n'empêche pas la majorité de considérer implicitement qu'un consensus favorable à la protection de la vie privée des homosexuels est né à cette date dans le monde occidental¹⁶, consensus d'ailleurs largement confirmé par la suite. A cet égard, sont expressément cités les jugements européens rendus dans les affaires *Norris c. Irlande* en 1988, *Modinos c. Chypre* en 1993 et *P.G. et J.H.*

¹³ On remarque ici une similitude avec la démonstration de la majorité dans l'affaire *Lawrence* (telle qu'elle a été décrite précédemment) pour justifier le revirement par rapport au précédent *Bowers*. La théorie classique dite de « l'interprétation évolutive » de la C.E.D.H. trouve donc un équivalent dans la méthodologie du juge constitutionnel américain.

¹⁴ § 60 de l'arrêt *Dudgeon c. Irlande* précité.

¹⁵ Opinion de la majorité dans l'affaire *Lawrence*, p. 12.

¹⁶ Sur l'idée du rayonnement international de la C.E.D.H., voir J.F. FLAUSS (Dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, Bruylant, 2003 (Collection Droit et Justice, n° 35).

c. *Royaume-Uni* en 2001, qui ont tous repris la solution de l'arrêt *Dudgeon*¹⁷. Il est enfin souligné que d'autres Nations ont également agi dans le sens de l'affirmation d'un « *protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct* »¹⁸. La Cour Suprême conforte ainsi sa nouvelle interprétation de la notion de « *Privacy* » en matière sexuelle par un judicieux appel au droit comparé.

B. - Vers une interaction entre les jurisprudences européenne et américaine ?

Le raisonnement tenu par la majorité dans l'affaire *Lawrence*, en ce qu'il s'appuie en partie sur les principes posés par la Cour européenne des droits de l'homme, ne fait pas l'unanimité parmi les membres de la Cour Suprême. Le juge Scalia, approuvé par deux collègues, considère que « *the Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since 'this Court...should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans'* »¹⁹. Pourtant, il nous semble que la Cour Suprême ne pouvait pas continuer à ignorer les évolutions acquises depuis longtemps par d'autres instances, notamment judiciaires, en matière de droit au respect de la vie privée. En effet, même si elle ne fait état ici que de la jurisprudence européenne ou de certaines évolutions nationales²⁰, la majorité aurait également pu se référer à la solution identique retenue par le Comité des droits de l'homme de l'O.N.U.²¹.

Si la décision *Lawrence* est importante en ce que, pour la première fois, une référence expresse est faite au droit européen des droits de l'homme, il est probable qu'elle n'inaugure pas pour autant un changement radical dans les méthodes de travail de la Cour Suprême. En plus de la réticence évidente de certains de ses membres, et notamment de son Président²², il faut en effet évoquer la frilosité habituelle des juges constitutionnels pour se fonder expressément sur des arguments extérieurs au texte interne suprême²³.

¹⁷ Les arrêts *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988 (Série A n° 142) ; *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993 (Série A n°259) et *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001 (non publié) sont expressément cités à la p. 16 de l'opinion de la majorité.

¹⁸ La Cour Suprême renvoie ici aux références faites dans le mémoire présenté par des « *Amis de la Cour* » (*Amici Curiae*), parmi lesquels on trouve Mary Robinson, qui, faut-il le rappeler, occupa le poste important de Haut Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme (opinion de la majorité, p. 16).

¹⁹ Opinion dissidente du juge Scalia, p. 14. La citation est une formule du juge Thomas exprimée dans son opinion dissidente lors de l'examen de l'affaire *Foster c. Florida* (537 U.S. 990 (2002)).

²⁰ En plus des évolutions législatives constatées au sein de certains Etats fédérés américains (voir notamment pp. 13 et 16 de l'opinion de la majorité), la Cour Suprême renvoie explicitement à l'expérience britannique (p. 12).

²¹ Dans ses constatations du 31 mars 1994 relatives à l'affaire *Nicholas Toonen c. Australie*, le C.D.H. a en effet adopté une position similaire à celle du juge de Strasbourg (CCPR/C/50/D/488/1992 ; A/49/40, vol. II).

²² Le *Chief Justice Rehnquist* et le juge Thomas se sont en effet ralliés à l'opinion dissidente du juge Scalia dont l'extrait précité révèle le refus de prendre en considération le droit comparé.

²³ Ainsi, même sur le continent européen où la C.E.D.H. et la Cour de Strasbourg bénéficient d'une autorité indiscutable, les juges constitutionnels (notamment en France) n'utilisent ces normes « externes » qu'avec réserve, et souvent de façon seulement implicite. Voir D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien (Collection Clefs Politique), 1998, pp. 97-101 et C. GREWE, « Le

Aussi, il est possible qu'en l'espèce, le droit comparé n'ait été utilisé par la majorité que pour conforter, accessoirement, sa nouvelle interprétation de la *Due Process Clause*, et non pour fonder principalement son revirement de jurisprudence.

A l'inverse, on peut se demander si la jurisprudence de la Cour Suprême américaine pourrait influencer d'une manière ou d'une autre le juge européen des droits de l'homme. Les organes de contrôle de la C.E.D.H., en plus des références régulières aux décisions des juridictions « ordinaires » des Etats européens et à la jurisprudence internationale²⁴, ont déjà eu l'occasion de citer des jugements rendus par des juridictions constitutionnelles. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme a-t-elle pu se référer à une décision de la Cour constitutionnelle autrichienne et à un arrêt de la Cour Suprême américaine dans une affaire d'avortement²⁵. Quant à elle, la Cour de Strasbourg a déjà eu l'occasion d'examiner la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada au sujet de la difficile question du suicide assisté²⁶. Mais l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle, qu'elle soit européenne ou non, demeure peu fréquente à Strasbourg. Cela s'explique sans doute par le fait que la Cour européenne bénéficie déjà des enseignements de sa propre jurisprudence, qui est abondante et diversifiée. Le recours à des ressources extérieures ne sera donc fait qu'à l'égard de problèmes nouveaux et/ou complexes, comme les exemples précités le démontrent²⁷. Par contre, il est intéressant de noter que certains membres de la Cour européenne des droits de l'homme n'hésitent pas, dans leurs opinions séparées, à utiliser la jurisprudence constitutionnelle américaine pour confirmer ou au contraire critiquer une solution adoptée à Strasbourg²⁸.

juge constitutionnel et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (Dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 199-229.

²⁴ Pour un exemple récent, voir l'arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic v. Turquie* (6 février 2003, req. n°46827/99 et 46951/99) dans lequel la Cour européenne se réfère à l'arrêt *LaGrand* de la Cour internationale de Justice (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*, 27 juin 2001) ou à la « jurisprudence » de certains Comités de l'O.N.U. (Comité des droits de l'homme et Comité contre la Torture) au sujet de la valeur des mesures provisoires ordonnées par ces instances.

²⁵ La décision *X. c. Royaume-Uni* du 13 mai 1980 (D.R. 19, p. 244) cite en effet un arrêt de la Cour constitutionnelle d'Autriche du 11 octobre 1974 et la décision *Roe v. Wade* de la Cour Suprême américaine (précitée) au sujet de l'avortement.

²⁶ Dans son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 (voir notamment les §§ 66 et 74, req. n° 2346/02, arrêt accessible sur la base de données précitée), la Cour de Strasbourg cite en effet expressément l'arrêt rendu par la haute juridiction canadienne dans l'affaire *Rodriguez c. Procureur général du Canada* ([1994] 2 LCR 136) pour conforter son analyse de la notion d'autonomie personnelle en matière de suicide assisté.

²⁷ *A contrario*, voir l'arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* (Cour plénière, 21 février 1986, Série A n° 98, au § 40) dans lequel le juge européen se réfère à l'arrêt *Hawaii Housing Authority v. Midkiff* de la Cour Suprême (Recueil 1984, vol. 104, pp. 2321 et s.) dans le seul but de confirmer, à titre accessoire, son interprétation de la notion de « cause d'utilité publique » justifiant une privation de propriété. Par ailleurs, ce n'est que pour comprendre toutes les implications de l'extradition d'un individu vers l'Etat de Virginie où il encourt la peine de mort, et non pour s'inspirer d'une solution au fond rendue par une juridiction constitutionnelle, que le juge européen se réfère à la jurisprudence de la Cour Suprême de cet Etat américain dans son arrêt *Soering c. Royaume-Uni* (Cour plénière, 7 juillet 1989, Série A n° 161, aux §§ 43-57 et, implicitement aux §§ 95 et ss. : jurisprudence relative à la procédure de prononcé de la peine de mort, aux moyens de défense possibles et aux recours envisageables à la disposition des condamnés à mort).

²⁸ Cette attitude est particulièrement présente chez les juges européens soucieux de défendre une conception large de la liberté d'expression, la jurisprudence libérale de la Cour Suprême relative au 1^{er} Amendement à la Constitution américaine leur étant alors d'une grande utilité. Voir par exemple l'opinion concordante du juge Pettiti à la suite de l'arrêt *Bathold c. Allemagne* du 25 mars 1985, Série A n° 90 ; l'opinion dissidente du juge De Meyer à la suite de l'arrêt *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* du 28 mars 1990, Série A n° 173 ; l'opinion partiellement dissidente du juge Morenilla à la suite de l'arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-*

Il serait finalement abusif de parler aujourd'hui d'une véritable interaction entre les jurisprudences de la Cour Suprême américaine et de la Cour de Strasbourg, même s'il nous semble qu'une telle évolution est souhaitable. De même que les juridictions internationales se servent de plus en plus de leurs jurisprudences respectives, il paraîtrait logique que les institutions de protection des droits de l'homme et les Cours constitutionnelles, chargées elles aussi de défendre les droits fondamentaux, s'inspirent réciproquement pour assurer la mise en place d'un droit uniforme et cohérent en la matière, et ce, indépendamment de l'Etat ou de la région dans lequel se situent les individus concernés. Que ces derniers bénéficient de la protection assurée par la Cour Suprême américaine ou du système de contrôle de la C.E.D.H., ils devraient pouvoir profiter des mêmes garanties matérielles...

*
* *

En guise de conclusion, la question de la discrimination subie par les homosexuels du fait de l'existence d'une législation pénalisant la sodomie doit être rapidement évoquée pour saisir toute la portée de la décision *Lawrence*. Alors que la Cour Suprême ne se prononce pas sur l'argument tiré de la violation de la « clause de la protection équivalente » du Quatorzième Amendement, la juge O'Connor, dans son opinion concordante, y voit justement le réel motif de l'inconstitutionnalité de la loi texane litigieuse. Plus précisément, la majorité considère qu'il s'agit d'un argument « défendable » mais elle préfère se concentrer, nous l'avons vu, sur l'interprétation de la seule *Due Process Clause*²⁹. Nous estimons pourtant, avec la juge O'Connor que « [a] law branding one class of persons as criminal solely based on the State's moral disapproval of that class and the conduct associated with that class runs contrary to the values of the Constitution and the Equal Protection Clause, under any standard of review »³⁰. En l'espèce, il est clair que, pour des considérations de moralité, la prohibition de la sodomie par la loi texane pénalise les seuls homosexuels puisqu'elle ne vise que les actes commis entre personnes du même sexe. Or, la jurisprudence constitutionnelle refuse de voir dans la désapprobation morale dirigée envers un groupe d'individus un intérêt légitime de l'Etat pouvant légitimer à lui seul une discrimination ; ce type de « mise à l'index », non justifié par des raisons objectives, est contraire à l'*Equal Protection Clause*³¹.

Uni du 26 novembre 1991, Série A n° 216 ou encore l'opinion concordante du juge Jambrek à la suite de l'arrêt *Grigoriades c. Grèce* du 25 novembre 1997, Rec. 1997-VII. Par ailleurs, il faut relever que dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, le juge Walsh cite justement la jurisprudence constitutionnelle américaine défavorable à une protection de l'intimité des homosexuels pour critiquer la solution retenue par la majorité de ses collègues en l'espèce...

²⁹ Opinion de la majorité, p. 14.

³⁰ Opinion concurrente de la juge O'Connor, pp. 7-8.

³¹ Voir la jurisprudence citée par la juge O'Connor dans son opinion, pp. 4-6.

Le refus de la Cour Suprême de statuer sur le thème de la discrimination, qui rappelle une attitude comparable de la Cour européenne des droits de l'homme³², s'explique probablement par l'avancée déjà considérable constituée par l'affirmation d'un droit au respect de la vie privée et sexuelle en faveur des homosexuels. A cet égard, la lecture de l'opinion du juge Scalia, rejoint par le président Rehnquist et le juge Thomas, est révélatrice. En effet, les trois membres dissidents de la Cour considèrent que la portée essentielle de cette affirmation est d'offrir aux activistes de la communauté homosexuelle américaine la possibilité de revendiquer davantage de droits, en particulier la reconnaissance de la possibilité pour deux personnes de même sexe de se marier. Contrairement à ce que semble suggérer la majorité³³, cette évolution paraîtrait en effet logique au regard de la nouvelle interprétation de la *Due Process Clause* réalisée en l'espèce³⁴. Le juge Scalia considère d'ailleurs que la majorité a ainsi illégitimement pris parti dans la « *culture war* » opposant les homosexuels et les nombreux américains qui refuseraient d'admettre ces derniers « *as partners in their business, as scoutmasters for their children, as teachers in their children's schools, or as boarders in their home* »³⁵... Le juge dissident refuse de reconnaître à la Cour Suprême le pouvoir d'intervenir, et surtout de prendre position, dans une question agitant la société américaine et pour laquelle les législateurs des Etats fédérés ne sont pas tous d'accord. Ce type d'arguments n'est pas nouveau : il relève du débat traditionnel, sur lequel nous ne reviendrons pas ici, autour de la théorie du « Gouvernement des juges ».

Enfin, le juge Scalia insiste sur le fait que la décision *Lawrence* annoncerait la fin de toute législation relative à la moralité. En réalité, la jurisprudence de la Cour Suprême relative à la *Privacy* n'empêche pas toute intervention du législateur dans le domaine des relations familiales, des choix relatifs à la vie sexuelle ou à la contraception, ou dans toute autre matière relevant de la vie privée entendue au sens large. Elle s'oppose simplement, et légitimement, aux interventions étatiques qui ne seraient pas, comme en l'espèce, objectivement justifiées par un intérêt légitime. Sur ce point, la solution adoptée dans l'affaire *Lawrence* est d'ailleurs conforme à la jurisprudence européenne relative à l'article 8 de la C.E.D.H.³⁶. Et c'est là une évolution positive, aucun intérêt public ne pouvant légitimement s'opposer à ce que deux individus, adultes et consentants, se livrent en privé, aux pratiques sexuelles de leur choix et ce, quel que soit leur sexe.

³² Quand la Cour de Strasbourg constate une violation séparée de l'article 8 (vie privée), elle refuse ensuite d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14, sauf si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un « *aspect fondamental du litige* » (voir par exemple les §§ 64 à 70 de l'arrêt *Dudgeon* précité). On peut cependant relever que, dans un domaine différent, la juridiction européenne a déjà eu l'occasion de statuer spécifiquement sur le thème de la discrimination à l'égard d'un homosexuel : dans l'affaire *Da Silva Mouta c. Portugal*, elle a en effet considéré que le refus d'attribuer l'autorité parentale à un père sur le seul fondement de son orientation sexuelle constituait une violation combinée des articles 8 et 14 (arrêt du 21 décembre 1999, req. n° 33290/96).

³³ « *[The present case] does not involve whether the Government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter* » (opinion de la majorité, p. 18).

³⁴ Cette évolution permettrait également d'aligner la jurisprudence américaine sur la solution retenue au Canada (en particulier avec la décision *Halpen v. Toronto*, 2003 WL 34950 (Ontario Ct. App.)).

³⁵ Opinion du juge Scalia, p. 18.

³⁶ A titre d'exemple, on peut citer la légitime répression pénale des activités sadomasochistes occasionnant des blessures à leurs auteurs : voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* (19 février 1997, Recueil 1997-I) et les arguments de la majorité de la Cour Suprême allant dans le même sens à la p. 8 de la décision *Lawrence*.