

Syllabus

NOTE : Lorsque cela est possible, un syllabus (note d'en-tête) sera publié, comme c'est le cas dans cette affaire, au moment où l'opinion est émise. Le syllabus ne constitue pas une partie de l'opinion de la Cour mais a été préparé par le rapporteur des décisions pour la commodité du lecteur. Voir *United States v. Detroit Timber & Lumber Co.* 200 U.S. 321, 337.

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

Syllabus

LAWRENCE ET AL. C. TEXAS**CERTIORARI À LA COUR D'APPEL DU TEXAS, QUATORZIÈME
DISTRICT**

N° 02-102. Argumenté le 26 mars 2003-Décidé le 26 juin 2003

Répondant à une perturbation des armes signalée dans une résidence
privée,

La police de Houston est entrée dans l'appartement du requérant Lawrence et l'a vu, ainsi qu'un autre homme adulte, le requérant Garner, en train de se livrer à un acte sexuel privé et consensuel. Les requérants ont été arrêtés et condamnés pour avoir eu des relations sexuelles hors mariage en violation d'une loi texane interdisant à deux personnes du même sexe d'avoir certains comportements sexuels intimes. En confirmant cette décision, la cour d'appel de l'État a estimé, *entre autres*, que la loi n'était pas inconstitutionnelle en vertu de la clause de respect des droits de la défense du quatorzième amendement. La cour a considéré que l'arrêt *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186, était déterminant sur ce point.

Arrêtée : La loi texane qui considère comme un crime le fait pour deux personnes du même sexe de se livrer à certains comportements sexuels intimes viole la clause de respect des droits de la défense. Pp. 3-18.

(a) La résolution de cette affaire dépend de la question de savoir si les pétitionnaires étaient libres, en tant qu'adultes, de s'engager dans une conduite privée dans l'exercice de leur liberté en vertu de la clause de respect de la légalité. Pour cette enquête, la Cour estime nécessaire de réexaminer sa décision dans l'affaire *Bowers*. La déclaration initiale de fond de la Cour *Bowers* - "La question présentée est de savoir si la Constitution fédérale confère un droit fondamental aux homosexuels de se livrer à la sodomie 478 U. S., à 190 - révèle l'incapacité de la Cour à apprécier l'étendue de la liberté en jeu. Dire que la question dans l'affaire *Bowers* était simplement le droit de se livrer à certains comportements sexuels rabaisse la revendication de l'individu, tout comme cela rabaisserait un couple marié si l'on disait que le mariage se résume au droit d'avoir des rapports sexuels. Bien que les lois en cause dans l'affaire *Bowers* et en l'espèce ne prétendent pas faire plus que d'interdire un acte sexuel particulier, leurs sanctions et leurs objectifs ont des conséquences plus profondes, touchant aux conditions humaines les plus privées.

Syllabus

Ils cherchent à contrôler une relation personnelle qui, même si elle ne fait pas l'objet d'une reconnaissance formelle par la loi, relève de la liberté des personnes de choisir sans être punies comme des criminels. Ils cherchent à contrôler une relation personnelle qui, qu'elle fasse ou non l'objet d'une reconnaissance formelle par la loi, relève de la liberté des personnes de choisir sans être punies comme des criminels. La liberté protégée par la Constitution permet aux personnes homosexuelles de choisir d'entretenir des relations dans le cadre de leur foyer et de leur vie privée, tout en conservant leur dignité de personnes libres. Pp. 3-6.

(b) Ayant mal compris la revendication de liberté qui lui était présentée, la Cour *Bowers* a déclaré que les proscriptions contre la sodomie ont des racines anciennes. 478 U. S., à la page 192. Il convient toutefois de noter qu'il n'existe pas, dans ce pays, d'antécédents historiques de lois visant le comportement homosexuel en tant que question distincte. Les premières lois américaines sur la sodomie ne visaient pas les homosexuels en tant que tels, mais cherchaient plutôt à interdire l'activité sexuelle non procréative de manière plus générale, que ce soit entre hommes et femmes ou entre hommes et hommes. En outre, les premières lois sur la sodomie ne semblent pas avoir été appliquées à des adultes consentants agissant en privé. Au lieu de cela, les poursuites pour sodomie concernaient souvent des actes prédateurs à l'encontre de ceux qui ne pouvaient pas ou ne voulaient pas consentir : relations entre hommes et filles ou garçons mineurs, entre adultes impliquant la force, entre adultes impliquant une disparité de statut, ou entre hommes et animaux. L'interdiction pénale de longue date de la sodomie homosexuelle sur laquelle *Bowers* s'est appuyé est aussi cohérente avec une condamnation générale des relations sexuelles non productives qu'avec une tradition établie de poursuite d'actes en raison de leur caractère homosexuel. Loin de posséder des "racines anciennes", les lois américaines visant les couples de même sexe ne se sont pas développées avant le dernier tiers du 20^{ème} siècle. Aujourd'hui encore, seuls neuf États ont distingué les relations entre personnes de même sexe pour des poursuites pénales. Ainsi, les motifs historiques invoqués dans l'affaire *Bowers* sont plus complexes que ne l'indiquent l'opinion majoritaire et l'opinion concordante du Chief Justice Burger. Ils ne sont pas exempts de doutes et, à tout le moins, sont surévalués. La Cour *Bowers* a, bien entendu, fait valoir plus largement que pendant des siècles des voix puissantes se sont élevées pour condamner la conduite homosexuelle comme immorale, mais que l'obligation de cette Cour est de définir la liberté de tous, et non d'imposer son propre code moral, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, 850. Les lois et les traditions de la nation au cours du dernier demi-siècle sont les plus pertinentes ici. Elles montrent une prise de conscience émergente du fait que la liberté accorde une protection substantielle aux personnes adultes qui décident de la manière de mener leur vie privée en matière de sexualité. Voir *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833, 857. Pp. 6-12.

(c) Les lacunes de l'arrêt *Bowers* sont devenues encore plus évidentes dans les années qui ont suivi son annonce. Les 25 États disposant de lois interdisant le comportement mentionné dans *Bowers* ne sont plus que 13, dont 4 n'appliquent leurs lois qu'au comportement homosexuel. Dans ces États,

Syllabus

Dans les pays, y compris le Texas, qui proscrivent encore la sodomie (qu'il s'agisse d'un comportement homosexuel ou hétérosexuel), il y a une tendance à la non-application de la loi en ce qui concerne les adultes consentants agissant en privé. *Casey, supra*, à la page 851 - qui a confirmé que la Due Process Clause protège les décisions personnelles relatives au mariage, à la procréation, à la contraception, aux relations familiales, à l'éducation des enfants et à l'enseignement - et *Romer v. Evans*, 517

U. S. 620, 624 - qui a invalidé la législation fondée sur la classe sociale et visant les homosexuels - jette un doute encore plus grand sur l'interprétation de *Bowers*. La stigmatisation imposée par la loi pénale du Texas n'est d'ailleurs pas insignifiante. Bien que l'infraction ne soit qu'un délit mineur, elle reste une infraction pénale avec tout ce que cela implique pour la dignité des personnes accusées, y compris l'inscription des condamnations sur leur casier judiciaire et sur les formulaires de demande d'emploi, ainsi que l'enregistrement en tant que délinquant sexuel en vertu de la loi de l'État. Lorsque les fondements d'une affaire ont subi une grave érosion, les critiques émanant d'autres sources sont plus importantes. Aux États-Unis, la critique de l'arrêt *Bowers* a été importante et continue, désapprouvant son raisonnement à tous égards, et pas seulement en ce qui concerne ses hypothèses historiques. En outre, dans la mesure où *Bowers* s'appuyait sur des valeurs partagées par une civilisation plus large, le raisonnement et la conclusion de l'affaire ont été repris par la Cour européenne des droits de l'homme et d'autres nations ont pris des mesures conformes à l'affirmation du droit protégé des adultes homosexuels de se livrer à des comportements intimes et consensuels. Il n'a pas été démontré que, dans ce pays, l'intérêt du gouvernement à circonscrire le choix personnel est d'une manière ou d'une autre plus légitime ou plus urgent. La *stare decisis* n'est pas une obligation inexorable. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828. L'arrêt *Bowers* n'a pas induit une confiance préjudiciable du type de celle qui pourrait déconseiller de l'annuler une fois qu'il y aura des raisons impérieuses de le faire. *Casey, supra*, p. 855-856. *Bowers* est source d'incertitude, car les décisions prises avant et après lui contredisent son principe central. Pp. 12-17.

(d) Le raisonnement de *Bowers* ne résiste pas à une analyse approfondie. Dans son opinion dissidente dans *Bowers*, JUSTICE STEVENS a conclu que (1) le fait que la majorité gouvernementale d'un État ait traditionnellement considéré une pratique particulière comme immorale n'est pas une raison suffisante pour confirmer une loi interdisant cette pratique, et (2) les décisions individuelles concernant l'intimité des relations physiques, même lorsqu'elles n'ont pas pour but de produire une progéniture, sont une forme de "liberté" protégée par l'application régulière de la loi. Cette analyse aurait dû contrôler l'arrêt *Bowers*, et c'est ce qu'elle fait en l'espèce. *Bowers* n'était pas correct lorsqu'il a été décidé, n'est pas correct aujourd'hui, et est par la présente annulé. Cette affaire ne concerne pas des mineurs, des personnes qui pourraient être blessées ou forcées, des personnes qui ne pourraient pas facilement refuser le consentement, ou la conduite publique ou la prostitution. Il s'agit de deux adultes qui, avec un consentement total et mutuel, se sont livrés à des pratiques sexuelles correspondant à un mode de vie homosexuel. Le droit à la liberté des requérants en vertu de la

Syllabus

La clause de respect des droits de l'homme leur donne le plein droit de s'engager dans une conduite privée sans intervention du gouvernement. *Casey, supra*, p. 847. La loi texane ne sert aucun intérêt légitime de l'État qui puisse justifier son intrusion dans la vie personnelle et privée de l'individu. Pp. 17- 18.

41 S. W. 3d 349, annulée et renvoyée.

KENNEDY, J., a rendu l'avis de la Cour, auquel se sont joints STEVENS, SOUTER, GINSBURG et BREYER, JJ. O'CONNOR, J., a déposé un opinion concourant au jugement. SCALIA, J., a déposé une opinion dissidente, à laquelle se sont joints REHNQUIST, C. J., et THOMAS, J.. THOMAS, J., a déposé une opinion dissidente.

Avis de la Cour

AVIS : Cette opinion est sujette à une révision formelle avant sa publication dans l'impression préliminaire des United States Reports. Les lecteurs sont priés de notifier au Reporter of Decisions, Supreme Court of the United States, Washington, D. C. 20543, toute erreur typographique ou autre erreur formelle, afin que des corrections puissent être apportées avant la mise sous presse de l'impression préliminaire.

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

N° 02-102

JOHN GEDDES LAWRENCE ET TYRON GARNER,
DEMANDEURS c. TEXAS

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF
TEXAS, FOURTEENTH DISTRICT

[26 juin 2003]

Le JUSTICE KENNEDY a rendu l'avis de la Cour. La liberté protège la personne d'un gouvernement injustifié...

Les intrusions de l'État dans un logement ou dans d'autres lieux privés. Dans notre tradition, l'État n'est pas omniprésent dans le foyer. Et il y a d'autres sphères de notre vie et de notre existence, en dehors du foyer, où l'État ne devrait pas être une présence dominante. La liberté s'étend au-delà des limites spatiales. La liberté suppose une autonomie de soi qui comprend la liberté de pensée, de croyance, d'expression et de certains comportements intimes. La présente affaire concerne la liberté de la personne, tant dans ses dimensions spatiales que dans ses dimensions plus transcendantes.

I

La question soumise à la Cour est celle de la validité d'une loi texane qui considère comme un crime le fait pour deux personnes du même sexe de se livrer à certains comportements sexuels intimes.

À Houston, au Texas, des agents du service de police du comté de Harris ont été dépêchés dans une résidence privée pour un problème d'armes. Ils sont entrés dans un appartement où résidait l'un des requérants, John Geddes Lawrence. Le droit de la police d'entrer ne semble pas avoir été remis en question. Les agents ont observé

Avis de la Cour

Lawrence et un autre homme, Tyron Garner, se livrant à un acte sexuel. Les deux requérants ont été arrêtés, placés en garde à vue pendant une nuit, puis inculpés et condamnés devant un juge de paix.

Les plaintes décrivent leur crime comme "des relations sexuelles déviantes, à savoir des relations sexuelles anales, avec un membre du même sexe (homme)". App. to Pet. for Cert. 127a, 139a. La loi d'État applicable est Tex. Penal Code Ann. §21.06(a) (2003). Il prévoit ce qui suit : "Une personne commet une infraction si elle a des rapports sexuels déviés avec un autre individu du même sexe". La loi définit les "rapports sexuels déviés" comme suit :

"(A) tout contact entre une partie des organes génitaux d'une personne et la bouche ou l'anus d'une autre personne ; ou

"(B) la pénétration des organes génitaux ou de l'anus d'une autre personne à l'aide d'un objet". §21.01(1).

Les requérants ont exercé leur droit à un procès *de novo* devant le tribunal pénal du comté de Harris. Ils ont contesté la loi en tant que violation de la clause de protection égale du quatorzième amendement et d'une disposition similaire de la Constitution du Texas. Tex. Const. 1, §3a. Ces contentions ont été rejetées. Les requérants, ayant plaidé *nolo contendere*, ont été condamnés chacun à une amende de 200 dollars et à des frais de justice de 141,25 dollars. App. to Pet. for Cert. 107a-110a.

La Cour d'appel du quatorzième district du Texas a examiné les arguments constitutionnels fédéraux des pétitionnaires en vertu des clauses de protection égale et de procédure régulière du quatorzième amendement. Après avoir entendu l'affaire en banc, la cour, dans une opinion divisée, a rejeté les arguments constitutionnels et confirmé les condamnations. 41

S. W. 3d 349 (Tex. App. 2001). L'opinion de la majorité indique que la Cour d'appel a considéré notre décision dans *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), comme étant déterminante pour l'aspect fédéral de l'affaire relatif à l'application régulière de la loi. *Bowers a* ensuite

Avis de la Cour

étant autoritaire, c'était approprié.

Nous avons accordé le certiorari, 537 U. S. 1044 (2002), pour examiner trois questions :

"Les condamnations pénales des requérants en vertu de la loi texane sur le "comportement homosexuel" - qui criminalise l'intimité sexuelle des couples de même sexe, mais pas le comportement identique des couples de sexe différent - violent-elles la garantie du quatorzième amendement relative à l'égalité de protection des lois ?

"Les condamnations pénales des requérants pour une intimité sexuelle consensuelle entre adultes à la maison violent-elles leurs intérêts vitaux en matière de liberté et de vie privée protégés par la clause du procès équitable du quatorzième amendement ?

"3. *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), doit-il être annulé ?". Pet. for Cert. i.

Les requérants étaient des adultes au moment de l'infraction présumée. Leur comportement était privé et consensuel.

II

Nous concluons que l'affaire doit être résolue en déterminant si les pétitionnaires étaient libres, en tant qu'adultes, de s'engager dans un comportement privé dans l'exercice de leur liberté en vertu de la clause de procédure régulière du quatorzième amendement de la Constitution. Pour ce faire, nous estimons nécessaire de réexaminer l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Bowers*.

Il existe des déclarations générales sur la portée substantielle de la liberté en vertu de la clause de procédure régulière dans des affaires antérieures, notamment *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925), et *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923) ; mais le point de départ le plus pertinent est notre décision dans l'affaire *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

Dans l'affaire *Griswold*, la Cour a invalidé une loi de l'État interdisant l'utilisation de médicaments ou de moyens de contraception et le fait de conseiller ou d'aider et d'encourager l'utilisation de contraceptifs. La Cour a décrit l'intérêt protégé comme un droit à la santé.

Avis de la Cour

La loi sur la protection de la vie privée a mis l'accent sur la relation conjugale et sur l'espace protégé de la chambre à coucher conjugale. *Idem*, p. 485.

Après *Griswold*, il a été établi que le droit de prendre certaines décisions concernant la conduite sexuelle s'étendait au-delà de la relation maritale. Dans l'affaire *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S.

438 (1972), la Cour a invalidé une loi interdisant la distribution de contraceptifs aux personnes non mariées. L'affaire a été jugée sur la base de la clause de protection égale, *idem*, p. 454 ; mais en ce qui concerne les personnes non mariées, la Cour a poursuivi en énonçant la proposition fondamentale selon laquelle la loi portait atteinte à l'exercice de leurs droits personnels, *ibid*. Elle a cité la déclaration de la Cour d'appel estimant que la loi était en conflit avec les droits de l'homme fondamentaux, et elle a suivi avec cette déclaration de sa propre initiative :

"Il est vrai que dans l'affaire *Griswold*, le droit à la vie privée en question était inhérent à la relation maritale.

Si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est le droit de l'*individu*, marié ou célibataire, d'être à l'abri d'une intrusion gouvernementale injustifiée dans des questions qui affectent si fondamentalement une personne que la décision de porter ou d'engendrer un enfant". *Idem*, p. 453.

Les opinions dans *Griswold* et *Eisenstadt* ont fait partie du contexte de la décision dans *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Comme on le sait, l'affaire concernait une contestation de la loi texane interdisant les avortements, mais les lois d'autres États étaient également concernées. Bien que la Cour ait estimé que les droits de la femme n'étaient pas absolus, son droit de choisir un avortement bénéficiait d'une protection réelle et substantielle en tant qu'exercice de sa liberté en vertu de la clause de respect des droits de la défense. La Cour a cité des cas qui protègent la liberté spatiale et d'autres qui vont bien au-delà. *Roe* reconnaît le droit d'une femme à prendre certaines décisions fondamentales affectant son destin et confirme une fois de plus que la protection de la liberté en vertu de la clause de respect des droits de l'homme a une dimension substantielle d'une importance fondamentale dans la définition du droit à l'avortement et de la liberté d'expression.

Avis de la Cour

les droits de la personne.

Dans l'affaire *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678 (1977), la Cour a été confrontée à une loi de l'État de New York interdisant la vente ou la distribution de dispositifs contraceptifs aux personnes âgées de moins de 16 ans. Bien que la Cour n'ait pas émis d'opinion unique, la loi a été invalidée. Les arrêts *Eisenstadt* et *Carey*, ainsi que l'arrêt *Roe*, ont confirmé que le raisonnement de *Griswold* ne pouvait être appliqué à la protection des droits des adultes mariés. Tel était l'état du droit en ce qui concerne certaines des affaires les plus pertinentes lorsque la Cour a examiné l'affaire *Bowers v. Hardwick*.

Les faits de l'affaire *Bowers* présentaient certaines similitudes avec la présente affaire. Un officier de police, dont le droit d'entrer ne semble pas avoir été remis en question, a observé Hardwick, dans sa propre chambre à coucher, en train d'avoir un comportement sexuel intime avec un autre homme adulte. Ce comportement constituait une violation d'une loi de Georgie qui érige en infraction pénale le fait de se livrer à la sodomie. L'une des différences entre les deux affaires est que la loi de Géorgie interdisait le comportement, que les participants soient ou non du même sexe, alors que la loi du Texas, comme nous l'avons vu, ne s'applique qu'aux participants du même sexe. Hardwick n'a pas été poursuivi, mais il a intenté une action devant un tribunal fédéral pour déclarer la loi de l'État invalide. Il alléguait qu'il était un homosexuel pratiquant et que l'interdiction pénale violait les droits qui lui étaient garantis par la Constitution. La Cour, dans un avis rendu par le juge White, a maintenu la loi de Géorgie. Le Chief Justice Burger et le Justice Powell se sont joints à l'opinion de la Cour et ont déposé des opinions concordantes séparées. Quatre juges se sont désistés. 478 U. S., à 199 (opinion du juge Blackmun, rejointe par les juges Brennan, Marshall et STEVENS) ; *idem*, à 214 (opinion du juge STEVENS, rejointe par les juges Brennan et Marshall).

La Cour a commencé sa discussion de fond dans l'affaire *Bowers* comme suit : "La question qui se pose est celle de savoir si la loi fédérale sur les droits de l'homme est compatible avec les droits de l'homme.

Avis de la Cour

La Constitution confère un droit fondamental aux homosexuels de pratiquer la sodomie et invalide donc les lois des nombreux États qui rendent encore ce comportement illégal, et ce depuis très longtemps". *Idem*, p. 190. Nous concluons maintenant que cette déclaration révèle l'incapacité de la Cour à apprécier l'étendue de la liberté en jeu. Dire que la question dans l'affaire *Bowers* était simplement le droit d'avoir un certain comportement sexuel rabaisse la revendication de l'individu, tout comme cela rabaisserait un couple marié si l'on disait que le mariage est simplement le droit d'avoir des rapports sexuels. Les lois en cause dans l'affaire *Bowers* et dans la présente affaire sont, certes, des lois qui ne prétendent pas faire plus que d'interdire un acte sexuel particulier. Leurs sanctions et leurs objectifs ont cependant des conséquences plus importantes, touchant au comportement humain le plus privé, le comportement sexuel, et dans le lieu le plus privé qui soit, le foyer. Les lois cherchent à contrôler une relation personnelle qui, qu'elle ait ou non droit à une reconnaissance formelle dans la loi, relève de la liberté des personnes de choisir sans être punies comme des criminels.

En règle générale, cela devrait décourager les tentatives de l'Etat ou d'un tribunal de définir le sens de la relation ou d'en fixer les limites en l'absence d'atteinte à une personne ou d'abus d'une institution que la loi protège. Il nous suffit de reconnaître que les adultes peuvent choisir de nouer cette relation dans le cadre de leur foyer et de leur vie privée, tout en conservant leur dignité de personnes libres. Lorsque la sexualité s'exprime ouvertement dans un comportement initiatique avec une autre personne, ce comportement peut n'être qu'un élément d'un lien personnel plus durable. La liberté protégée par la Constitution permet aux personnes homosexuelles de faire ce choix.

Ayant mal compris la revendication de liberté qui lui était adressée, et ayant ainsi déclaré que la revendication était de savoir s'il existe un droit fondamental à pratiquer la sodomie consensuelle, la Cour *Bowers* a déclaré : "Les proscriptions de la sodomie consensuelle ne sont pas des droits fondamentaux : "Les interdictions contre

Avis de la Cour

Cette conduite a des racines anciennes". *Idem*, p. 192. Dans les écrits universitaires et dans de nombreux mémoires d'*amicus curiae* déposés pour aider la Cour dans cette affaire, il existe des critiques fondamentales des prémisses historiques sur lesquelles s'appuient les opinions majoritaires et concordantes dans l'affaire *Bowers*. Brief for Cato Institute as *Amicus Curiae* 16-17 ; Brief for American Civil Liberties Union et al. as *Amici Curiae* 15-21 ; Brief for Professors of History et al. as *Amici Curiae* 3-10. Nous n'avons pas besoin d'entrer dans ce débat pour tenter de parvenir à un jugement historique définitif, mais les considérations suivantes nous déconseillent d'adopter les conclusions définitives sur lesquelles *Bowers* s'est appuyé.

Il convient tout d'abord de noter qu'il n'existe pas, dans ce pays, de lois visant les homosexuels de longue date. le comportement sexuel comme une question distincte. Dès l'époque coloniale, des interdictions de la sodomie ont été édictées sur la base des lois pénales anglaises adoptées en premier lieu par le Parlement réformé en 1533. L'interdiction anglaise s'appliquait aux relations entre hommes et femmes ainsi qu'aux relations entre hommes et hommes. Voir, par exemple, *King v. Wiseman*, 92 Eng. Rep. 774, 775 (K. B. 1718) (interprétant "l'humanité" dans l'Acte de 1533 comme incluant les femmes et les filles). Les commentateurs du dix-neuvième siècle ont également interprété les lois américaines sur la sodomie, la sodomie et les crimes contre la nature comme criminalisant certaines relations entre hommes et femmes et entre hommes et hommes. Voir, par exemple, 2 J. Bishop, *Criminal Law* §1028 (1858) ; 2 J. Chitty, *Criminal Law* 47-50 (5th Am. ed. 1847) ; R. Desty, *A Compendium of American Criminal Law* 143 (1882) ; J. May, *The Law of Crimes* §203 (2d ed. 1893). L'absence d'interdictions légales axées sur le comportement homosexuel peut s'expliquer en partie par le fait que, selon certains universitaires, le concept d'homosexuel en tant que catégorie distincte de personne n'est apparu qu'à la fin du 19e siècle. Voir, par exemple, J. Katz, *The Invention of Heterosexuality* 10 (1995) ; J. D'Emilio & E. Freedman, *Intimate Matters : A History of*

Avis de la Cour

Sexuality in America 121 (2d ed. 1997) ("Les termes modernes d'*homosexualité* et d'*hétérosexualité* ne s'appliquent pas à une époque qui n'avait pas encore articulé ces distinctions"). Ainsi, les premières lois américaines sur la sodomie ne visaient pas les homosexuels en tant que tels, mais cherchaient plutôt à interdire l'activité sexuelle non procréative de manière plus générale. Cela ne signifie pas que l'on approuve le comportement homosexuel. Cela tend à montrer que cette forme particulière de comportement n'était pas considérée comme une catégorie distincte d'un comportement similaire entre personnes hétérosexuelles.

Les lois interdisant la sodomie ne semblent pas avoir été Les poursuites et les condamnations pour sodomie, dont les dossiers ont été conservés, concernaient des actes préjudiciables à des personnes qui ne pouvaient pas ou ne voulaient pas consentir, comme un mineur ou une victime. Un nombre important de poursuites et de condamnations pour sodomie pour lesquelles il existe des archives subsistantes concernaient des actes prédateurs contre des personnes qui ne pouvaient pas ou ne voulaient pas consentir, comme dans le cas d'un mineur ou de la victime d'une agression. En ce qui concerne ces actes, l'un des objectifs des interdictions était de garantir qu'il n'y aurait pas d'absence de couverture si un prédateur commettait une agression sexuelle qui ne constituait pas un viol tel que défini par le droit pénal. Ainsi, les modèles d'actes d'accusation de sodomie présentés dans un traité du 19e siècle, voir 2 Chitty, *supra*, p. 49, visaient les actes prédateurs d'un homme adulte à l'encontre d'une fille mineure ou d'un garçon mineur. Au lieu de viser les relations entre adultes consentants en privé, les poursuites pour sodomie du 19e siècle concernaient généralement les relations entre hommes et filles ou garçons mineurs, les relations entre adultes impliquant la force, les relations entre adultes impliquant une disparité de statut, ou les relations entre hommes et animaux.

Dans la mesure où des poursuites ont été engagées pour les actes en question, les règles de preuve du XIXe siècle imposaient une charge qui rendait une condamnation plus difficile à obtenir, même en tenant compte des problèmes toujours inhérents à la poursuite d'actes consensuels commis en privé. Selon les normes en vigueur à l'époque, un homme ne pouvait pas être condamné pour sodomie sur la base du témoignage d'une femme.

Avis de la Cour

Le témoignage d'un partenaire n'est pas recevable s'il n'a pas consenti à l'acte ou s'il est mineur et donc incapable de consentir. Le témoignage d'un partenaire était toutefois inadmissible s'il n'avait pas consenti à l'acte ou s'il était mineur et donc incapable de consentir. Voir, par *exemple*, F. Wharton, *Criminal Law* 443 (2d ed. 1852) ; 1 F. Wharton, *Criminal Law* 512 (8th ed. 1880). Cette règle peut expliquer en partie la rareté de ces poursuites. En tout état de cause, cette rareté ne permet pas d'affirmer que la société approuvait une répression rigoureuse et systématique des actes consensuels commis en privé et par des adultes. L'interdiction pénale de longue date de la sodomie homosexuelle sur laquelle la décision *Bowers* s'est appuyée est aussi cohérente avec une condamnation générale des relations sexuelles non productives qu'avec une tradition établie de poursuite d'actes en raison de leur caractère homosexuel.

La politique consistant à punir des adultes consentants pour des actes privés n'a pas été beaucoup discutée dans les premiers ouvrages juridiques. On peut en déduire que l'une des raisons en est la nature très privée du comportement. Malgré l'absence de poursuites, il a pu y avoir des périodes où les homosexuels étaient publiquement critiqués en tant que tels et où l'on insistait pour que les lois pénales soient appliquées afin de décourager leurs pratiques. Mais loin de posséder des "racines anciennes", *Bowers*, 478 U. S., à 192, les lois américaines visant les couples de même sexe ne se sont pas développées avant le dernier tiers du 20ème siècle. Les décisions rapportées concernant la poursuite de la sodomie homosexuelle consensuelle entre adultes pour les années 1880-1995 ne sont pas toujours claires dans les détails, mais un nombre important d'entre elles impliquaient un comportement dans un lieu public. Voir Brief for American Civil Liberties Union et al. as *Amici Curiae* 14-15, et n. 18.

Ce n'est qu'au cours des années 1970 qu'un État a distingué les La loi sur les droits de l'homme prévoit que les relations entre personnes de même sexe peuvent faire l'objet de poursuites pénales, et seuls neuf États l'ont fait. Voir 1977 Ark. Gen. Acts no. 828 ; 1983 Kan. Sess. Laws p. 652 ; 1974 Ky. Acts p. 847 ; 1977 Mo. Laws p. 687 ; 1973 Mont. Laws p. 1339 ; 1977 Nev.

Avis de la Cour

Stats. p. 1632 ; 1989 Tenn. Pub. Acts ch. 591 ; 1973 Tex. Gen. Laws ch. 399 ; voir également *Post v. State*, 715 P. 2d 1105 (Okla. Crim. App. 1986) (loi sur la sodomie invalidée car appliquée aux couples de sexe différent). Après *Bowers*, même certains de ces États n'ont pas adhéré à la politique de répression du comportement homosexuel. Au cours des dernières décennies, les États ayant des interdictions concernant les personnes de même sexe ont progressé vers leur abolition. Voir, par exemple, *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002) ; *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997) ; *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996) ; *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992) ; voir aussi 1993 Nev. Stats. p. 518 (abrogeant Nev. Rev. Stat. §201.193).

En résumé, les motifs historiques invoqués dans l'affaire *Bowers* sont plus complexes que ne l'indiquent l'opinion majoritaire et l'opinion concordante du juge en chef Burger. Leurs prémisses historiques ne sont pas incontestables et, à tout le moins, sont surévaluées.

Il faut bien sûr reconnaître que la Cour, dans l'affaire *Bowers*, faisait valoir plus largement que, depuis des siècles, des voix puissantes se sont élevées pour condamner le comportement homosexuel comme immoral. Cette condamnation a été façonnée par les croyances religieuses, les conceptions d'un comportement juste et acceptable et le respect de la famille traditionnelle. Pour de nombreuses personnes, il ne s'agit pas de préoccupations insignifiantes, mais de convictions profondes, acceptées comme des principes éthiques et moraux auxquels elles aspirent et qui déterminent donc le cours de leur vie. Ces considérations ne répondent cependant pas à la question qui nous est posée. La question est de savoir si la majorité peut utiliser le pouvoir de l'Etat pour imposer ces vues à l'ensemble de la société par l'application de la loi pénale. "Notre obligation est de définir la liberté de tous, et non d'imposer notre propre code moral. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, 850 (1992).

Le juge en chef Burger s'est joint à l'opinion de la Cour dans l'affaire *Bowers* et a expliqué son point de vue comme suit : "Deci-

Avis de la Cour

Les opinions des individus concernant le comportement homosexuel ont fait l'objet d'une intervention de l'État tout au long de l'histoire de la civilisation occidentale. La condamnation de ces pratiques est fermement ancrée dans les normes morales et éthiques judéo-chrétiennes". 478 U. S., p. 196. Comme pour les hypothèses du juge White sur l'histoire, la doctrine jette un doute sur la nature générale de la déclaration du juge en chef Burger en ce qui concerne la conduite homosexuelle privée entre adultes consentants. Voir, *par exemple*, Eskridge, Hardwick and Historiography, 1999 U. Ill. L. Rev. 631, 656. En tout état de cause, nous pensons que nos lois et traditions du dernier demi-siècle sont les plus pertinentes ici. Ces références témoignent d'une prise de conscience émergente du fait que la liberté accorde une protection substantielle aux personnes adultes lorsqu'elles décident de la manière de mener leur vie privée en matière de sexualité. "L'histoire et la tradition sont le point de départ, mais pas toujours le point d'arrivée, de l'enquête sur la régularité de la procédure. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833, 857 (1998) (KENNEDY, J., concourant).

Cette reconnaissance émergente aurait dû être évidente à l'époque de la décision *Bowers*. En 1955, l'American Law Institute a promulgué le Model Penal Code et a précisé qu'il ne recommandait ni ne prévoyait de "sanctions pénales pour les relations sexuelles consensuelles menées en privé". ALI, Model Penal Code §213.2, Comment 2,

p. 372 (1980). Elle a justifié sa décision par trois motifs :

(1) Les interdictions ont sapé le respect de la loi en pénalisant un comportement que de nombreuses personnes adoptent ; (2) les lois ont réglementé un comportement privé qui ne nuit pas à autrui ; et (3) les lois ont été adoptées par le Parlement.

(3) les lois ont été appliquées de façon arbitraire et ont donc favorisé le danger de chantage. ALI, Model Penal Code, Commentary 277-280 (Tent. Draft No. 4, 1955). En 1961, l'Illinois a modifié ses lois pour se conformer au code pénal modèle. D'autres États ont rapidement suivi. Mémoire de l'Institut Cato en tant qu'*Amicus Curiae* 15-16.

Dans l'affaire *Bowers*, la Cour a fait référence au fait qu'avant 1961

Avis de la Cour

les 50 États avaient interdit la sodomie et qu'au moment de la décision de la Cour, 24 États et le district de Columbia avaient des lois sur la sodomie. 478 U. S., à 192-193. Le juge Powell a souligné que ces interdictions étaient souvent ignorées. La Géorgie, par exemple, n'avait pas cherché à appliquer sa loi depuis des décennies. *Idem*, p. 197-198, n. 2 ("L'histoire de la non-application suggère le caractère moribond, aujourd'hui, des lois criminalisant ce type de conduite privée et sensuelle").

Les références générales du Chief Justice Burger à l'histoire de la civilisation occidentale et aux normes morales et éthiques judéo-chrétiennes n'ont pas pris en compte d'autres autorités allant dans une direction opposée. Une commission chargée de conseiller le Parlement britannique a recommandé en 1957 l'abrogation des lois punissant les comportements homosexuels. Le rapport Wolfenden : Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (1963). Le Parlement a adopté la substance de ces recommandations dix ans plus tard. Sexual Offences Act 1967, §1.

Plus important encore, près de cinq ans avant que *Bowers*, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné une affaire présentant des similitudes avec *Bowers* et l'affaire d'aujourd'hui. Un homme adulte résidant en Irlande du Nord alléguait qu'il était un homosexuel pratiquant qui souhaitait avoir un comportement homosexuel consensuel. Les lois d'Irlande du Nord lui interdisaient ce droit. Il a affirmé qu'il avait été interrogé, que son domicile avait été fouillé et qu'il craignait des poursuites pénales. La Cour a estimé que les lois interdisant ce comportement étaient invalides en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) ¶152. Faisant autorité dans tous les pays membres du Conseil de l'Europe (21 nations à l'époque, 45 nations aujourd'hui), la décision est en contradiction avec la prémisse de l'arrêt *Bowers* selon laquelle la demande présentée n'était pas substantielle dans notre civilisation occidentale.

Dans notre propre système constitutionnel, les lacunes en matière de

Avis de la Cour

L'arrêt Bowers est devenu encore plus évident dans les années qui ont suivi son annonce. Les 25 Etats dotés de lois interdisant les comportements visés par l'arrêt *Bowers* ne sont plus que 13, dont 4 n'appliquent leurs lois qu'à l'égard des comportements homosexuels. Dans les Etats où la sodomie est toujours interdite, que ce soit pour un comportement homosexuel ou hétérosexuel, on observe une tendance à ne pas appliquer la loi à des adultes consentants agissant en privé. L'État du Texas a admis en 1994 qu'à cette date il n'avait poursuivi personne dans ces circonstances. *State v. Morales*, 869 S. W. 2d 941, 943.

Deux affaires principales décidées après l'arrêt *Bowers*... La Cour européenne des droits de l'homme (CEDEF), dans l'affaire *Planned Parenthood of Southeast Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992), la Cour a réaffirmé la force substantielle de la liberté protégée par la Due Process Clause. L'arrêt *Casey* a de nouveau confirmé que nos lois et notre tradition accordent une protection constitutionnelle aux décisions personnelles relatives au mariage, à la procréation, à la contraception, aux relations familiales, à l'éducation des enfants et à l'enseignement. *Idem*, p. 851. En expliquant le respect que la Constitution exige pour l'autonomie de la personne dans ces choix, nous avons déclaré ce qui suit :

"Ces questions, qui impliquent les choix les plus intimes et les plus personnels qu'une personne puisse faire au cours de sa vie, des choix essentiels à la dignité et à l'autonomie personnelles, sont au coeur de la liberté protégée par le quatorzième amendement. Au coeur de la liberté se trouve le droit de définir sa propre conception de l'existence, du sens, de l'unité et du mystère de la vie humaine. Les croyances sur ces sujets ne pourraient pas définir les attributs de la personnalité si elles étaient formées sous la contrainte de l'Etat". *Ibid.*

Les personnes engagées dans une relation homosexuelle peuvent rechercher l'autonomie à ces fins, tout comme les personnes hétérosexuelles. L'arrêt *Bowers* leur refuserait ce droit.

Avis de la Cour

La deuxième affaire *post-Bowers* la plus importante est *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Dans cette affaire, la Cour a invalidé une législation fondée sur la classe sociale et visant les homosexuels, car elle constituait une violation de la clause de protection égale. *Romer* a invalidé un amendement à la constitution du Colorado qui désignait comme une classe solitaire les personnes homosexuelles, lesbiennes ou bisexuelles soit par "orientation, conduit, pratiques ou relations", *idem*, à 624 (guillemets internes omis), et les privait de la protection des lois antidiscriminatoires de l'État. Nous avons conclu que la disposition était "née de l'animosité envers la catégorie de personnes concernées" et qu'elle n'avait aucune relation rationnelle avec un objectif gouvernemental légitime. *Idem*, p. 634.

Comme argument alternatif dans cette affaire, l'avocat de la Les pétitionnaires et certains *amici* soutiennent que *Romer* fournit la base pour déclarer la loi du Texas invalide en vertu de la clause d'égalité de protection. Cet argument est défendable, mais nous concluons que le cas présent nous oblige à nous demander si l'arrêt *Bowers* lui-même est toujours valable. Si nous déclarons la loi invalide en vertu de la clause d'égalité de protection, certains pourraient se demander si une interdiction serait valable si elle était formulée différemment, par exemple pour interdire le comportement entre participants de même sexe et de sexe différent.

L'égalité de traitement et le droit d'exiger le respect d'un comportement protégé par la garantie substantielle de liberté sont liés à des égards importants, et une décision sur ce dernier point fait progresser les deux intérêts. Si un comportement protégé est rendu criminel et que la loi qui le fait n'est pas examinée quant à sa validité matérielle, sa stigmatisation pourrait subsister même si elle n'était pas applicable telle qu'elle a été rédigée pour des raisons d'égalité de protection. Lorsque le comportement homosexuel est rendu criminel par la loi de l'Etat, cette déclaration est en soi une invitation à soumettre les personnes homosexuelles à la discrimination tant dans la sphère publique que dans la sphère privée. Le principe central de *Bowers* a été remis en question par cette affaire, et il devrait l'être.

Avis de la Cour

abordée. Son maintien en tant que précédent rabaisse la vie des personnes homosexuelles.

L'opprobre que cette loi pénale impose n'est d'ailleurs pas anodin. Certes, il ne s'agit que d'un délit de classe C, un délit mineur dans le système juridique texan. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une infraction pénale avec tout ce que cela implique pour la dignité des personnes incriminées. Les requérants porteront sur leur dossier l'historique de leurs condamnations pénales. Au cours de la présente législature, nous avons rejeté plusieurs contestations de lois étatiques exigeant l'enregistrement des délinquants sexuels.

Smith v. Doe, 538 U. S. (2003) ; *Connecticut Dept. of Public Safety v. Doe*, 538 U. S. 1 (2003). Nous sommes informés que si le Texas condamnait un adulte pour un comportement homosexuel privé et consensuel en vertu de la loi en question, la personne condamnée tomberait sous le coup des lois d'enregistrement d'au moins quatre États si elle était soumise à leur juridiction. Pet. for Cert. 13, et n. 12 (citant Idaho Code §§18-8301 à 18-8326 (Cum. Supp. 2002) ; La. Code Crim. Proc. Ann. §§15:540-15:549 (West 2003) ; Miss. Code Ann. §§45-33-21 à 45-33-57 (Lexis 2003) ; S. C.

Code Ann. §§23-3-400 à 23-3-490 (West 2002)). Cela souligne la nature conséquente de la sanction et la condamnation par l'État qui accompagne l'interdiction pénale. En outre, la condamnation pénale au Texas entraîne les autres conséquences collatérales qui suivent toujours une condamnation, telles que les mentions sur les formulaires de demande d'emploi, pour ne citer qu'un exemple.

Les fondements de l'arrêt *Bowers* ont été sérieusement érodés par nos récentes décisions dans les affaires *Casey* et *Romer*. Lorsque notre jurisprudence est ainsi affaiblie, les critiques émanant d'autres sources sont plus importantes. Aux États-Unis, la critique de *Bowers* a été substantielle et continue, désapprouvant son raisonnement à tous égards, et pas seulement en ce qui concerne ses hypothèses historiques. Voir, par exemple, C. Fried, *Order and Law : Arguing the Reagan Revolution- A First- hand Account* 81-84 (1991) ; R. Posner, *Sex and Reason*

Avis de la Cour

341-350 (1992). Les tribunaux de cinq États différents ont refusé de la suivre dans l'interprétation des dispositions de leurs propres constitutions d'État parallèles à la clause de procédure régulière du quatorzième amendement, voir *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002) ; *Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (1998) ; *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997) ; *Campbell c. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996) ; *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992).

Dans la mesure où l'arrêt *Bowers* s'appuie sur des valeurs que nous partageons avec une civilisation plus large, il convient de noter que le raisonnement et les conclusions de l'arrêt *Bowers* ont été rejetés ailleurs. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi non pas l'arrêt *Bowers*, mais sa propre décision dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*. Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *P. G. & J. H. c. Royaume-Uni*, App. N° 00044787/98, ¶156 (Cour eur. H. R., 25 sept. 2001) ; *Modinos c. Chypre*, 259 Eur. Ct. H. R. (1993) ; *Norris c. Irlande*, 142 Eur. Ct. H. R. (1988). D'autres nations ont également pris des mesures qui vont dans le sens d'une affirmation du droit protégé des adultes homo- sexuels de se livrer à un comportement intime et consensuel. Voir le mémoire de Mary Robinson et al. en tant qu'*amici curiae* 11-12. Le droit que les pétitionnaires recherchent dans cette affaire a été reconnu comme faisant partie intégrante de la liberté humaine dans de nombreux autres pays. Il n'a pas été démontré que dans ce pays, l'intérêt gouvernemental à circonscrire le choix personnel est d'une manière ou d'une autre plus légitime ou plus urgent.

La doctrine du *stare decisis* est essentielle au respect des arrêts de la Cour et à la stabilité du droit. Il ne s'agit cependant pas d'un commandement inexorable. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991) ("*Stare decisis* n'est pas un commandement inexorable ; il s'agit plutôt d'un principe de politique et non d'une formule mécanique d'adhésion à la dernière décision") (citant *Helvering v. Hallock*, 309

U. S. 106, 119 (1940)). Dans l'affaire *Casey*, nous avons noté que lorsqu'il est demandé à une Cour d'annuler un précédent reconnaissant un intérêt constitutionnel en matière de liberté, la dépendance individuelle ou sociétale est un facteur important.

Avis de la Cour

L'existence d'un doute sur l'existence de cette liberté met en garde avec une force particulière contre un retour en arrière. 505 U. S., p. 855-856 ; voir aussi *id.* p. 844 ("La liberté ne trouve pas de refuge dans une jurisprudence de doute"). L'arrêt *Bowers*, cependant, n'a pas induit une confiance préjudiciable comparable à certaines situations où des droits individuels reconnus sont en jeu. En effet, il n'y a pas eu de dépendance individuelle ou sociétale à l'égard de l'arrêt *Bowers* du type de celle qui pourrait déconseiller de passer outre à cet arrêt lorsqu'il y a des raisons impérieuses de le faire. *Bowers* lui-même est source d'incertitude, car les précédents antérieurs et postérieurs à sa publication contredisent son principe central. Le raisonnement de *Bowers* ne résiste pas à une analyse minutieuse. Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Bowers*,
le JUSTICE

STEVENS est parvenu à ces conclusions :

"Nos précédents arrêts font ressortir deux propositions très claires. Premièrement, le fait que la majorité au pouvoir dans un Etat ait traditionnellement considéré une pratique particulière comme immorale n'est pas une raison suffisante pour confirmer une loi interdisant cette pratique ; ni l'histoire ni la tradition ne peuvent sauver une loi interdisant le métissage d'une attaque constitutionnelle. Deuxièmement, les décisions individuelles prises par des personnes mariées concernant l'intimité de leur relation physique, même si elles n'ont pas pour but de produire une descendance, constituent une forme de "liberté" protégée par la clause de respect des droits de la défense du quatorzième amendement. En outre, cette protection s'étend aux choix intimes des personnes non mariées comme des personnes mariées". 478 U. S., à 216 (notes de bas de page et citations omises).

L'analyse de JUSTICE STEVENS, à notre avis, aurait dû être déterminante dans l'affaire *Bowers* et devrait l'être ici.

Bowers n'était pas correct à l'époque où il a été décidé, et il n'est pas correct aujourd'hui. Il ne devrait pas rester contraignant avant l'heure. L'arrêt *Bowers v. Hardwick* devrait être renversé et l'est maintenant. La présente affaire ne concerne pas des mineurs. Il ne s'agit pas de personnes qui pourraient être blessées ou contraintes ou qui

Avis de la Cour

se trouvent dans des relations où le consentement peut difficilement être refusé. Il ne s'agit pas de comportement public ou de prostitution. Il ne s'agit pas non plus de savoir si le gouvernement doit reconnaître officiellement toute relation dans laquelle des personnes homosexuelles cherchent à s'engager. L'affaire concerne deux adultes qui, avec le consentement mutuel et total de l'autre, se sont livrés à des pratiques sexuelles communes à un mode de vie homosexuel. Les pétitionnaires ont droit au respect de leur vie privée. L'État ne peut pas rabaisser leur existence ou contrôler leur destin en faisant de leur comportement sexuel privé un crime. Leur droit à la liberté en vertu de la clause de respect de la légalité leur donne le plein droit de s'engager dans leur conduite sans intervention du gouvernement. "La Constitution promet qu'il existe un domaine de liberté personnelle dans lequel le gouvernement ne peut pas pénétrer. *Casey, supra*, à la page 847. La loi du Texas ne sert aucun intérêt légitime de l'Etat qui puisse justifier son intrusion dans la vie personnelle et privée de l'individu.

Si ceux qui ont rédigé et ratifié les clauses de procédure régulière du cinquième amendement ou du quatorzième amendement avaient connu les composantes de la liberté dans ses multiples possibilités, ils auraient peut-être été plus précis. Ils n'ont pas présumé de cette connaissance. Ils savaient que les temps peuvent nous rendre aveugles à certaines vérités et que les générations suivantes peuvent voir que des lois que l'on croyait nécessaires et appropriées ne servent en fait qu'à opprimer. Comme la Constitution perdure, les personnes de chaque génération peuvent invoquer ses principes dans leur propre quête d'une plus grande liberté.

L'arrêt de la Cour d'appel du quatorzième district du Texas est annulé et l'affaire est renvoyée pour une nouvelle procédure qui ne soit pas incompatible avec le présent avis.

Il est ainsi ordonné.

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

N° 02-102

**JOHN GEDDES LAWRENCE ET TYRON GARNER,
DEMANDEURS c. TEXAS**

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF
TEXAS, FOURTEENTH DISTRICT

[26 juin 2003]

JUSTICE O'CONNOR, concourant à l'arrêt.

La Cour annule aujourd'hui l'arrêt *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). J'ai adhéré à l'arrêt *Bowers* et je ne me joins pas à la Cour pour l'annuler. Néanmoins, je suis d'accord avec la Cour pour dire que la loi du Texas interdisant la sodomie entre personnes du même sexe est inconstitutionnelle. Voir Tex. Penal Code Ann. §21.06 (2003). Plutôt que de m'appuyer sur la composante substantielle de la clause de procédure régulière du quatorzième amendement, comme le fait la Cour, je fonde ma conclusion sur la clause de protection égale du quatorzième amendement.

La clause de protection égale du quatorzième amendement "est essentiellement une directive selon laquelle toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire doivent être traitées de la même manière". *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* 473 U.S. 432, 439 (1985) ; voir aussi

Plyler v. Doe, 457 U. S. 202, 216 (1982). En vertu de notre critère d'examen fondé sur des critères rationnels, "la législation est présumée valide et sera maintenue si la classification établie par la loi est rationnellement liée à un intérêt légitime de l'Etat". *Cleburne v. Cleburne Living Center, supra*, à la page 440 ; voir également *Department of Agriculture v. Moreno*, 413

U. S. 528, 534 (1973) ; *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620, 632-633 (1996) ; *Nordlinger v. Hahn*, 505 U. S. 1, 11-12 (1992).

Les lois telles que la législation économique ou fiscale qui sont examinées dans le cadre d'un contrôle de la base rationnelle passent normalement le cap de la constitution, puisque "la Constitution présume que les lois qui ne sont pas conformes à la base rationnelle ne peuvent pas être appliquées".

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

même les décisions improvisées seront finalement rectifiées par les processus démocratiques". *Cleburne v. Cleburne Living Center, supra*, p. 440 ; voir aussi *Fitzgerald v. Racing Assn. of Central Iowa, ante*, p. ; *Williamson v. Lee Optical of Okla, Inc*, 348 U. S. 483 (1955). Nous avons cependant toujours considéré que certains objectifs, tels que "le simple désir de nuire à un groupe politiquement impopulaire", ne sont pas des intérêts légitimes de l'Etat. *Department of Agriculture v. Moreno, supra*, p. 534. Voir également *Cleburne v. Cleburne Living Center, supra*, 446-447 ; *Romer v. Evans, supra*, 632. Lorsqu'une loi manifeste un tel désir de nuire à un groupe politiquement impopulaire, nous avons appliqué une forme plus poussée d'examen de la base rationnelle pour invalider ces lois en vertu de la clause de protection de l'égalité.

Nous avons été les plus enclins à appliquer le contrôle sur base rationnelle

pour juger une loi inconstitutionnelle en vertu de la clause d'égalité de protection lorsque, comme c'est le cas ici, la législation contestée entrave les relations personnelles. Dans l'affaire *Department of Agriculture v. Moreno*, par exemple, nous avons jugé qu'une loi empêchant les ménages contenant un individu sans lien de parenté avec un autre membre du ménage de recevoir des bons d'alimentation violait l'égalité de protection parce que le but de la loi était de "discriminer les hippies". 413 U. S., à 534. L'intérêt gouvernemental invoqué pour prévenir la fraude aux bons d'alimentation n'a pas été jugé suffisant pour satisfaire à l'examen de la base rationnelle. *Idem*, p. 535-538. Dans l'affaire *Eisenstadt v. Baird*, 405

U. S. 438, 447-455 (1972), nous avons refusé de sanctionner une loi qui établissait une discrimination entre les personnes mariées et non mariées en interdisant la distribution de contraceptifs aux célibataires. De même, dans l'affaire *Cleburne v. Cleburne Living Center, supra*, nous avons estimé qu'il était irrationnel pour un Etat d'exiger qu'un foyer pour handicapés mentaux obtienne un permis d'utilisation spéciale alors que d'autres résidences - comme les maisons de fraternité et les immeubles d'habitation - n'avaient pas besoin d'obtenir un tel permis. Et dans l'affaire *Romer v. Evans*, nous avons rejeté une loi de l'État qui "imposait une loi large et indifférenciée".

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

Le droit à l'égalité est un droit de l'homme, un droit de l'homme, un droit de l'homme, un droit de l'homme, un droit de l'homme. 517 U. S., à 632. La dissidence est apparemment d'accord pour dire que si ces affaires ont un effet de *stare decisis*, la loi sur la sodomie du Texas ne passerait pas l'examen en vertu de la clause de protection égale, quel que soit le type d'examen de la base rationnelle que nous appliquons. Voir *post*, à 17-18 (opinion de SCALIA, J.).

La loi en question ici fait de la sodomie un crime uniquement si une personne "s'engage dans des rapports sexuels déviants avec un autre individu du même sexe". Tex. Penal Code Ann.

§21.06(a) (2003). La sodomie entre partenaires de sexe opposé n'est cependant pas un crime au Texas. En d'autres termes, le Texas traite le même comportement différemment, uniquement en fonction des participants. Les personnes lésées par cette loi sont celles qui ont une orientation sexuelle homosexuelle et qui sont donc plus susceptibles d'adopter un comportement interdit par l'article 21.06.

La loi texane rend les homosexuels inégaux aux yeux de la loi en soumettant un comportement particulier - et seulement ce comportement - à une sanction pénale. Il semble que les poursuites en vertu de la loi texane sur la sodomie soient rares. Voir *State v. Morales*, 869 S. W. 2d 941, 943 (Tex. 1994) (notant en 1994 que §21.06 "n'a pas été, et selon toute probabilité ne sera pas, appliqué contre un comportement consensuel privé entre adultes"). Cette affaire montre cependant que des poursuites au titre de l'article 21.06 ont lieu. Et si la peine imposée aux pétitionnaires dans cette affaire était relativement mineure, les conséquences d'une condamnation ne le sont pas. Comme le note la Cour, voir *ante*, à la page 15, les condamnations des requérants, si elles étaient confirmées, les disqualifieraient ou limiteraient leur capacité à exercer une variété de professions, y compris la médecine, l'entraînement sportif et l'architecture d'intérieur. Voir, par *exemple*, Tex. Occ. Code Ann.

§164.051(a)(2)(B) (brochure de 2003) (médecin) ; §451.251(a)(1) (entraîneur sportif) ; §1053.252(2) (architecte d'intérieur). En effet, si les requérants s'installaient dans l'un des quatre États, leurs condamnations les obligeraient à s'enregistrer en tant que délinquants sexuels auprès des autorités locales. Voir, *par exemple*, Idaho Code §18-8304 (Cum. Supp. 2002) ; La. Stat. Ann. §15:542 (West

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

Cum. Supp. 2003) ; Miss. Code Ann. §45-33-25 (West 2003) ; S. C. Code Ann. §23-3-430 (West Cum. Supp. 2002) ; cf. *ante*, p. 15.

L'effet de la loi texane sur la sodomie ne se limite pas à la menace de poursuites ou aux conséquences d'une condamnation. La loi texane sur la sodomie assimile tous les homosexuels à des criminels, ce qui rend plus difficile pour les homosexuels d'être traités de la même manière que les autres. En effet, le Texas lui-même a déjà reconnu les effets collatéraux de la loi, stipulant dans une contestation antérieure à cette action que la loi "sanctionne légalement la discrimination contre [les homosexuels] de diverses manières non liées au droit pénal", y compris dans les domaines de "l'emploi, des questions familiales et du logement". *State v. Morales*, 826 S. W. 2d 201, 203 (Tex. App. 1992).

Le Texas tente de justifier sa loi, et ses effets, en faisant valoir que la loi satisfait à l'examen de la base rationnelle parce qu'elle favorise l'intérêt légitime du gouvernement de promouvoir la moralité. Dans l'affaire *Bowers*, nous avons estimé qu'une loi d'État criminalisant la sodomie appliquée aux couples homosexuels ne violait pas les règles de droit substantiel. Nous avons rejeté l'argument selon lequel il n'existait aucune base rationnelle pour justifier la loi, en soulignant l'intérêt du gouvernement à promouvoir la moralité. 478 U. S., p. 196. La seule question qui se posait à la Cour dans l'affaire *Bowers* était de savoir si la composante substantielle de la clause de due process protégeait le droit de se livrer à la sodomie homosexuelle. *Bowers* n'a pas statué que la désapprobation morale d'un groupe est une base rationnelle en vertu de la clause de protection égale pour criminaliser la sodomie homosexuelle alors que la sodomie hétérosexuelle n'est pas punie.

La présente affaire soulève une question différente de celle de *Bowers*, à savoir si, en vertu de la clause d'égalité de protection, la désapprobation morale est un intérêt légitime de l'État qui justifie à lui seul une loi interdisant la sodomie homosexuelle, mais pas la sodomie hétérosexuelle. Ce n'est pas le cas. La désapprobation morale de ce groupe, comme un simple désir

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

de nuire au groupe, est un intérêt qui n'est pas suffisant pour satisfaire à l'examen de la base rationnelle en vertu de la clause de protection de l'égalité. Voir, par exemple, *Department of Agriculture v. Moreno*, *supra*, p. 534 ; *Romer v. Evans*, 517 U. S., p. 634-635. En effet, nous n'avons jamais considéré que la désapprobation morale, en l'absence de tout autre intérêt d'Etat invoqué, constituait un motif suffisant au regard de la clause d'égalité de protection pour justifier une loi discriminatoire à l'égard de certains groupes de personnes.

La désapprobation morale d'un groupe ne peut constituer un intérêt gouvernemental légitime au titre de la clause d'égalité de protection, car les classifications juridiques ne doivent pas être "établies dans le but de désavantager le groupe concerné par la loi". *Idem*, p. 633. L'invocation par le Texas de la désapprobation morale comme intérêt légitime de l'État ne prouve rien d'autre que le désir du Texas de criminaliser la sodomie homosexuelle. Mais la clause d'égalité de protection empêche un État de créer "une classification de personnes entreprise pour son propre intérêt". *Idem*, p. 635. Et parce que le Texas applique rarement sa loi sur la sodomie à des actes privés et consensuels, la loi sert plus à exprimer l'aversion et la désapprobation à l'égard des homosexuels qu'à mettre un terme à un comportement criminel. La loi texane sur la sodomie "soulève l'inévitable déduction que le désavantage imposé est né de l'animosité envers la catégorie de personnes concernées". *Idem*, p. 634.

Le Texas affirme cependant que la loi sur la sodomie n'est pas discriminatoire à l'égard des personnes homosexuelles. Au contraire, l'État soutient que la loi ne discrimine que le comportement homosexuel. S'il est vrai que la loi ne s'applique qu'au comportement, le comportement visé par cette loi est un comportement étroitement lié à l'homosexualité. Dans ces conditions, la loi texane sur la sodomie vise plus qu'un comportement. Elle vise plutôt les personnes homosexuelles en tant que classe. "Après tout, il ne peut guère y avoir de discrimination plus palpable à l'encontre d'une classe que de rendre criminel le comportement qui définit cette classe. *Id.* à 641 (SCALIA, J., dissident) (les guillemets internes sont omis).

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

ted). Lorsqu'un État criminalise le comportement homosexuel, et non les "rapports sexuels déviants" commis par des personnes de sexe différent, "cette déclaration constitue en soi une invitation à soumettre les personnes homosexuelles à la discrimination tant dans la sphère publique que dans la sphère privée". *Ante*, p. 14. En effet, la loi du Texas confirme que la loi sur la sodomie vise les homosexuels en tant que catégorie. Au Texas, qualifier une personne d'homosexuelle est une calomnie *en soi* parce que le mot "homosexuel" "impute la commission d'un crime". *Plumley v. Landmark Chevrolet, Inc*, 122 F. 3d 308, 310 (CA5 1997) (appliquant la loi du Texas) ; voir également *Head v. Newton*, 596 S. W. 2d 209, 210 (Tex. App. 1980).

L'État a admis qu'en raison de la loi sur la sodomie, le *fait d'être* homosexuel entraîne la présomption d'être un criminel.

Voir *l'Etat v. Morales*, 826 S. W. 2d, 202-203 ("[L]a loi La loi sur la sodomie du Texas considère les lesbiennes et les homosexuels comme des criminels et sanctionne ainsi légalement la discrimination à leur encontre de diverses manières non liées au droit pénal"). La loi texane sur la sodomie entraîne donc une discrimination à l'encontre des homosexuels en tant que classe dans toute une série de domaines sans rapport avec le droit pénal. Voir *ibid.* Dans l'affaire *Romer v. Evans*, nous avons refusé de sanctionner une loi qui désignait les homosexuels "pour un statut juridique défavorable".

517 U. S., à 633. Il en va de même ici. La clause d'égalité de protection "ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens". *Id.* à 623 (citant *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, 559 (1896) (Harlan, J. dissenting)).

Un État peut bien sûr attribuer certaines conséquences à une violation de son droit pénal. Mais il ne peut pas réserver à une catégorie identifiable de citoyens une sanction qui ne s'applique pas à tous les autres, en faisant de la désapprobation morale le seul intérêt d'État invoqué pour justifier la loi. La loi texane sur la sodomie soumet les homosexuels à "une peine et un stigmate à vie". Une classification législative qui menace de créer une sous-classe ... ne peut être conciliée avec" la clause de protection égale. *Plyler v. Doe*, 457 U. S., 239 (Powell, J., concourant).

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

La question de savoir si une loi sur la sodomie qui est neutre à la fois dans son effet et dans son application, voir *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356 (1886), violerait la composante substantive de la Due Process Clause est une question qui n'a pas besoin d'être décidée aujourd'hui. Je suis cependant convaincu que tant que la clause d'égalité de protection exigera qu'une loi sur la sodomie s'applique de la même manière au comportement privé consensuel des homosexuels et des hétérosexuels, une telle loi ne pourra pas être maintenue longtemps dans notre société démocratique. Pour reprendre les termes du juge Jackson :

"Les auteurs de la Constitution savaient, et nous ne devrions pas l'oublier aujourd'hui, qu'il n'y a pas de garantie pratique plus efficace contre un gouvernement arbitraire et déraisonnable que d'exiger que les principes de droit que les fonctionnaires imposeraient à une minorité soient appliqués de manière générale. Inversement, rien n'ouvre la porte à l'arbitraire aussi efficacement que de permettre à ces fonctionnaires de ne choisir que quelques personnes auxquelles ils appliqueront la législation et d'échapper ainsi à la rétribution politique qui pourrait s'abattre sur eux si un plus grand nombre de personnes étaient affectées". *Railway Express Agency, Inc. v. New York*, 336 U. S. 106, 112-113 (1949) (opinion concordante).

Le fait que cette loi, appliquée à un comportement privé et consensuel, soit inconstitutionnelle en vertu de la clause d'égalité de protection ne signifie pas que d'autres lois établissant une distinction entre les hétérosexuels et les homosexuels échoueraient de la même manière dans le cadre d'un examen sur une base rationnelle. Le Texas ne peut faire valoir aucun intérêt légitime de l'État, tel que la sécurité nationale ou la préservation de l'institution traditionnelle du mariage. Contrairement à la désapprobation morale des relations entre personnes de même sexe - l'intérêt d'État invoqué dans ce cas - il existe d'autres raisons de promouvoir l'institution du mariage que la simple désapprobation morale d'un groupe exclu.

Une loi qualifiant une catégorie de personnes de criminelle uniquement sur la base de la désapprobation morale de l'État à l'égard de cette catégorie, et

O'CONNOR, J., concourant à l'arrêt

la conduite associée à cette catégorie est contraire aux valeurs de la Constitution et à la clause d'égalité de protection, quel que soit le critère d'examen. Je souscris donc à l'arrêt de la Cour selon lequel la loi sur la sodomie du Texas interdisant les "rapports sexuels déviés" entre adultes consentants du même sexe, mais pas entre adultes consentants de sexes différents, est inconstitutionnelle.

SCALIA, J., dissident

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

N° 02-102

JOHN GEDDES LAWRENCE ET TYRON GARNER,
DEMANDEURS c. TEXAS

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF
TEXAS, FOURTEENTH DISTRICT

[26 juin 2003]

JUSTICE SCALIA, avec lequel THE CHIEF JUSTICE et
Le juge THOMAS s'y associe et
exprime son désaccord.

"La liberté ne trouve pas de refuge dans une
jurisprudence du doute.

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 844 (1992). Telle était la réponse sentencieuse de la Cour, il y a à peine plus de dix ans, à ceux qui cherchaient à renverser *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973). La réponse de la Cour aujourd'hui, à ceux qui se sont engagés dans une croisade de 17 ans pour annuler *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), est très différente. Le besoin de stabilité et de certitude ne présente aucun obstacle.

La plus grande partie du reste de l'opinion d'aujourd'hui n'a aucun rapport avec sa conclusion actuelle, à savoir que la loi du Texas "ne sert aucun intérêt légitime de l'État qui puisse justifier" son application aux pétitionnaires dans le cadre de l'examen de la base rationnelle. *Ante*, à 18 (rejetant *Bowers* dans la mesure où il a soutenu la loi anti-sodomie de la Géorgie dans le cadre du test de la base rationnelle). Bien qu'il y ait une discussion sur les "proposition[s] fondamentale[s]", *ante*, à 4, et les "décisions fondamentales", *ibid.* nulle part l'opinion de la Cour ne déclare que la sodomie homosexuelle est un "droit fondamental" en vertu de la clause de procédure régulière ; elle ne soumet pas non plus la loi du Texas à la norme d'examen

SCALIA, J., dissident

qui serait approprié (strict scrutiny) si la sodomie homosexuelle *était* un "droit fondamental". Ainsi, tout en annulant le *résultat* de *Bowers*, la Cour laisse étrangement intacte sa principale conclusion juridique : "Le défendeur voudrait que nous annonçons un droit fondamental à s'engager dans la sodomie homosexuelle. Nous ne sommes pas disposés à le faire". 478 U. S., à 191. Au lieu de cela, la Cour décrit simplement la conduite des requérants comme "un exercice de leur liberté" - ce qui est indubitablement le cas - et procède à l'application d'une forme inouïe de contrôle de la base rationnelle qui aura des implications de grande portée au-delà de cette affaire. *Ante*, p. 3.

I

Je commence par l'empressement surprenant de la Cour à reconsidérer une décision rendue il y a seulement 17 ans dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*. Je ne crois pas moi-même à une adhésion rigide au principe du *stare decisis* dans les affaires constitutionnelles, mais je pense que nous devrions être cohérents plutôt que manipulateurs lorsque nous invoquons cette doctrine. Les opinions d'aujourd'hui en faveur du renversement ne prennent pas la peine de distinguer - ni même de mentionner - l'hymne à la *stare decisis* coécrit par trois membres de la majorité d'aujourd'hui dans l'affaire *Planned Parenthood v. Casey*. Dans cette affaire, lorsque le *stare decisis* signifiait la préservation des droits à l'avortement inventés par les juges, la critique généralisée de *Roe* constituait une bonne raison de la *réaffirmer* :

"Lorsque, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, la Cour tranche une affaire de manière à résoudre le type de controverse qui divise intensément, comme le montre l'arrêt *Roe* [...], [...] sa décision a une dimension que la résolution d'une affaire normale n'a pas. ... sa décision a une dimension que la résolution d'une affaire normale n'a pas. [Le fait de statuer sous le feu des critiques en l'absence de la raison la plus impérieuse ... porterait atteinte à la légitimité de la Cour sans qu'il y ait lieu de s'interroger sérieusement sur ce point". 505 U. S., p. 866-867.

Aujourd'hui, cependant, l'opposition généralisée à *Bowers*, une décision résolvant une question aussi "intensément conflictuelle" que celle de l'homosexualité, n'a pas été prise en compte dans la décision de la Commission.

SCALIA, J., dissident

La question du droit à l'avortement dans l'affaire *Roe* est présentée comme une raison en faveur de l'*annulation de* cette décision. Voir *ante*, p. 15-16. Il n'y a plus non plus d'"enquête" (du type de celle menée dans l'affaire *Casey*) pour savoir si la décision que l'on cherche à annuler s'est avérée "inapplicable", *Casey, supra*, à la page 855. L'approche actuelle du *stare decisis* nous invite à annuler un précédent décidé de manière erronée (y compris une décision "qui divise intensément") *si* : (1) ses fondements ont été "érodés" par des décisions ultérieures, *ante*, p. 15 ; (2) il a fait l'objet d'une critique "substantielle et continue", *ibid.* et (3) il n'a pas induit une "confiance individuelle ou sociétale" qui conseille de ne pas l'annuler, *ante*, p. 16. Le problème est que l'arrêt *Roe* lui-même - que la majorité d'aujourd'hui n'a certainement pas l'intention d'annuler - remplit ces conditions à un point tel qu'il n'y a pas de raison de l'annuler.

au moins au même degré que *Bowers*.

(1) Une observation préliminaire digressive concernant le premier facteur : L'affirmation de la Cour selon laquelle *Planned Parenthood v. Casey, supra*, "jette un doute" sur l'arrêt *Bowers* (ou toute autre affaire, d'ailleurs) ne résiste pas à l'analyse. *Ante*, p. 10. En ce qui concerne son interprétation, *Casey* a fourni un droit à l'avortement *moins* étendu que *Roe*, qui était déjà en vigueur lorsque *Bowers* a été décidé. Et si la Cour se réfère non pas à l'arrêt *Casey*, mais au dicton de son célèbre passage sur le mystère de la vie, *ante*, p. 13 ("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"), cela "jette un doute" sur le droit à l'avortement : Cela "jette un doute" sur la totalité de notre jurisprudence ou bien (ce qui serait probablement la bonne réponse) sur rien du tout. Je n'ai jamais entendu parler d'une loi qui aurait tenté de restreindre le "droit de définir" certains concepts ; et si le passage remet en question le pouvoir du gouvernement de réglementer les *actions basées sur le* "concept d'existence, etc." défini par une personne, c'est le passage qui a mangé l'État de droit.

Je ne conteste pas l'affirmation de la Cour selon laquelle *Romer v.*

Evans, 517 U. S. 620 (1996), a "érodé" les "fondements" de la loi.

Bowers sur la base rationnelle. Voir *Romer, supra*, à 640-

SCALIA, J., dissident

643 (SCALIA, J., dissident). Mais *Roe* et *Casey* ont été également "érodés" par *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997), qui a soutenu que *seuls* les droits fondamentaux qui sont "'profondément enracinés dans l'histoire et la tradition de cette nation'" peuvent faire l'objet d'un examen autre que rationnel en vertu de la doctrine du "substantive due process". *Roe* et *Casey*, bien sûr, ont soumis la restriction de l'avortement à un examen approfondi sans même tenter d'établir que la liberté d'avorter *était enracinée* dans la tradition de cette nation.

(2) *Bowers*, dit la Cour, a fait l'objet de "critiques substantielles et continues, désapprouvant son raisonnement à tous égards, et pas seulement en ce qui concerne ses hypothèses historiques". *Ante*, p. 15. La nature exacte de ces critiques non historiques, et la question de savoir si la Cour est d'accord avec elles, ne sont pas précisées, bien que la Cour cite deux ouvrages. Voir *ibid.* (citant C. Fried, *Order and Law : Arguing the Reagan Revolution-A Firsthand Account* 81-84 (1991) ; R. Posner, *Sex and Reason* 341-350 (1992)).¹ Bien entendu, *Roe* aussi (et par extension *Casey*) avait fait (et fait toujours) l'objet de critiques incessantes, y compris de la part des deux commentateurs cités par la Cour aujourd'hui. Voir Fried, *supra*, p. 75 ("Roe était un exemple parfait de jugement tordu") ; Posner, *supra*, p. 337 ("L'opinion [de la Cour] dans *Roe* ... n'est pas à la hauteur des attentes professionnelles concernant les opinions judiciaires") ; Posner, *Judicial Opinion Writing*, 62 U. Chi. L. Rev. 1421, 1434 (1995) (décrivant l'opinion dans *Roe* comme une "performance embarrassante").

(3) Il ne reste donc plus que le troisième facteur pour distinguer la disposition de *Roe*, solide comme le roc et irréfutable, de celle de *Bowers*, qui peut être facilement remise en cause. Il y a eu", a déclaré la Cour, "un certain nombre d'événements...".

¹ Le dernier critique de *Bowers* cité écrit en fait : "[*Bowers*] a néanmoins raison de dire que le droit de se livrer à des actes homosexuels n'est pas profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de l'Amérique". Posner, *Sex and Reason*, p. 343.

SCALIA, J., dissident

Il n'y a pas de dépendance individuelle ou sociétale à l'égard de *Bowers* qui pourrait inciter à ne pas renverser sa décision.

. . . ." *Ante*, p. 16. Il me semble que la "confiance de la société" dans les principes confirmés dans *Bowers* et rejetés aujourd'hui a été écrasante. D'innombrables décisions judiciaires et textes législatifs se sont appuyés sur la proposition ancienne selon laquelle la conviction d'une majorité gouvernante que certains comportements sexuels sont "immoraux et inacceptables" constitue une base rationnelle pour la réglementation. Voir, *par exemple*, *Williams v. Pryor*, 240 F. 3d 944, 949 (CA11 2001) (citant *Bowers* pour confirmer l'interdiction de l'Alabama sur la vente de jouets sexuels au motif que "[l]a création et la sauvegarde de la moralité publique ... est incontestablement un intérêt légitime du gouvernement dans le cadre d'un examen de la base rationnelle") ; *Milner v. Apfel*, 148 F. 3d 812, 814 (CA7 1998) (citant *Bowers* pour la proposition que "les législateurs sont autorisés à légiférer en matière de moralité ... plutôt que de se limiter à prévenir des préjudices démontrables") ; *Holmes v. California Army National Guard* 124 F. 3d. *California Army National Guard* 124 F. 3d 1126, 1136 (CA9 1997) (s'appuyant sur *Bowers* pour confirmer la loi et les règlements fédéraux interdisant le service militaire à ceux qui s'engagent dans un comportement homosexuel) ; *Owens v. State*, 352 Md. 663, 683, 724 A. 2d 43, 53 (1999) (s'appuyant sur *Bowers* pour affirmer qu'"une personne n'a pas le droit constitutionnel d'avoir des rapports sexuels, du moins en dehors du mariage") ; *Sherman v. Henry*, 928 S. W. 2d 464, 469-473 (Tex. 1996) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter un droit constitutionnel revendiqué de commettre l'adultère). Nous nous sommes nous-mêmes largement appuyés sur *Bowers* lorsque nous avons conclu, dans *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* 501 U.S. 560, 569 (1991), que la loi de l'Indiana sur l'indécence publique favorisait "un intérêt gouvernemental substantiel de protection de l'ordre et de la moralité", *ibid.* (opinion de la pluralité) ; voir également *id.* à 575 (SCALIA, J., concourant au jugement). Les lois étatiques contre la bigamie, le mariage homosexuel, l'inceste entre adultes, la prostitution, la masturbation, l'adultère, la fornication, la bestialité et l'obscénité ne sont également soutenables que dans les cas suivants

SCALIA, J., dissident

à la lumière de la validation par *Bowers* des lois fondées sur des choix moraux. Chacune de ces lois est remise en question par la décision d'aujourd'hui ; la Cour ne fait aucun effort pour encadrer la portée de sa décision afin de les exclure de son jugement. Voir *ante*, p. 11 (notant "une prise de conscience émergente que la liberté accorde une protection substantielle aux personnes adultes qui décident de la manière de mener leur vie privée *en matière de sexualité*" (accentuation ajoutée)). L'impossibilité de distinguer l'homosexualité des autres délits traditionnels de "morale" est précisément la raison pour laquelle *Bowers* a rejeté le défi de la base rationnelle. "La loi est constamment basée sur des notions de moralité, et si toutes les lois représentant des choix essentiellement moraux doivent être invalidées en vertu de la clause de procédure régulière, les tribunaux seront vraiment très occupés. 478 U. S., p. 196.²

² Bien que la Cour n'infirmes pas la décision *Bowers* selon laquelle la sodomie homosexuelle n'est pas un "droit fondamental", il convient de noter que la "confiance de la société" dans cet aspect de la décision a également été substantielle. Voir 10 U. S. C. §654(b)(1) ("Un membre des forces armées sera séparé des forces armées . . . si . . . le membre s'est engagé dans

. . . un ou des actes homosexuels") ; *Marcum v. McWhorter*, 308 F. 3d 635, 640-642 (CA6 2002) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter un droit fondamental revendiqué de commettre l'adultère) ; *Mullins v. Oregon*, 57 F. 3d 789, 793-794 (CA9 1995) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter un "intérêt fondamental de liberté" revendiqué par un grand-parent dans l'adoption de ses petits-enfants) ; *Doe v. Wigginton*, 21 F. 3d 733, 739-740 (CA6 1994) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter le "droit fondamental" revendiqué par un prisonnier au dépistage du VIH sur demande) ; *Schowengerdt v. United States*, 944 F. 2d 483, 490 (CA9 1991) (s'appuyant sur *Bowers* pour confirmer la libération d'un bisexuel des services armés) ; *Charles v. Baesler*, 910 F. 2d 1349, 1353 (CA6 1990) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter l'intérêt "fondamental" revendiqué par un capitaine de pompier pour une promotion) ; *Henne v. Wright*, 904 F. 2d 1208, 1214-1215 (CA8 1990) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter une revendication selon laquelle la loi de l'État restreignant les noms de famille pouvant être donnés aux enfants à la naissance implique un "droit fondamental") ; *Walls v. Petersburg*, 895 F. 2d 188, 193 (CA4 1990) (s'appuyant sur *Bowers* pour rejeter la contestation d'un questionnaire du département de la police qui interrogeait les employés potentiels sur leur activité homosexuelle) ; *High Tech Gays v. Defense Industrial*

SCALIA, J., dissident

L'annulation de l'arrêt *Bowers* entraîne donc une perturbation massive de l'ordre social actuel. Il n'en va pas de même de l'annulation de *Roe*, qui aurait simplement rétabli le régime qui a existé pendant des siècles avant 1973, dans lequel l'autorisation et les restrictions de l'avortement étaient déterminées par le législateur, État par État. L'arrêt *Casey*, cependant, a choisi de fonder sa détermination de *stare decisis* sur une "sorte" de confiance différente. "Les gens ont organisé des relations intimes et fait des choix qui définissent leur vision d'eux-mêmes et leur place dans la société en se fiant à la possibilité d'avorter en cas d'échec de la contraception". 505 U. S., p. 856. Cela suppose à tort que l'annulation de *Roe* aurait eu pour conséquence de rendre l'avortement illégal. Ce n'est pas le cas ; cela aurait simplement *permis* aux États de le faire. De nombreux États auraient incontestablement refusé d'interdire l'avortement, et d'autres ne l'auraient pas interdit dans les six mois (après quoi les intérêts les plus importants auraient expiré). Même pour les personnes vivant dans des États autres que ceux-là, le choix n'aurait pas été entre l'avortement et l'accouchement, mais entre l'avortement à proximité et l'avortement dans un État voisin.

A vrai dire, je ne suis pas surpris, et personne ne devrait l'être, que la Cour ait choisi aujourd'hui de réviser les normes de *stare decisis* énoncées dans l'arrêt *Casey*. Elle a ainsi exposé l'extraordinaire déférence de *Casey* à l'égard des parents pour l'expédient axé sur les résultats qu'elle est.

Security Clearance Office, 895 F. 2d 563, 570-571 (CA9 1988) (s'appuyant sur l'arrêt *Bowers* selon lequel l'activité homosexuelle n'est pas un droit fondamental pour rejeter - sur la base du critère de la base rationnelle - une contestation de l'égalité de protection de la politique du ministère de la défense consistant à mener des enquêtes élargies sur les antécédents des candidats gays et lesbiennes à l'obtention d'une habilitation de sécurité secrète et top secrète).

II

Ayant décidé qu'elle n'avait pas besoin d'adhérer au *stare decisis*, la Cour doit encore établir que *Bowers* a été décidé à tort et que la loi texane, telle qu'elle est appliquée aux pétitionnaires, est inconstitutionnelle.

Le Texas Penal Code Ann. §21.06(a) (2003) impose indubitablement des contraintes à la liberté. Il en va de même pour les lois interdisant la prostitution, l'usage récréatif de l'héroïne et, pour cette raison, le fait de travailler plus de 60 heures par semaine dans une boulangerie. Mais il n'y a pas de droit à la "liberté" en vertu de la clause de procédure régulière, bien que l'opinion d'aujourd'hui le prétende à plusieurs reprises. *Ante*, p. 6 ("La liberté protégée par la Constitution donne aux personnes homosexuelles le droit de faire ce choix") ; *ante*, p. 13 ("Ces questions ... sont centrales à la liberté protégée par le Quatorzième Amendement") ; *ante*, p. 17 ("Leur droit à la liberté en vertu de la Clause de Due Process leur donne le plein droit de s'engager dans leur conduite sans l'intervention du gouvernement"). Le quatorzième amendement *autorise expressément les États à priver leurs citoyens de "liberté", pour autant qu'une "procédure légale régulière" soit prévue :*

"Aucun État ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété *sans procédure légale régulière*. Amdt. 14 (soulignement ajouté).

Nos opinions appliquant la doctrine connue sous le nom de "substantive due process" soutiennent que la clause de due process interdit aux États de porter atteinte aux intérêts *fondamentaux en matière de liberté*, à moins que cette atteinte ne soit étroitement adaptée pour servir un intérêt impérieux de l'État. *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S., 721. Nous avons soutenu à plusieurs reprises, dans des affaires que la Cour ne renverse pas aujourd'hui, que *seuls les droits fondamentaux* peuvent bénéficier de cette protection dite "d'examen approfondi", c'est-à-dire les droits qui sont "profondément enracinés dans l'histoire et la tradition de cette nation", *ibidem*, et que les droits fondamentaux ne peuvent être considérés comme des droits de l'homme que dans la mesure où ils sont protégés par la loi. Voir *Reno v. Flores*, 507 U. S. 292, 303 (1993) (les intérêts fondamentaux en matière de liberté doivent être "tellement enracinés dans les traditions et la tradition de cette nation", *ibid.*

SCALIA, J., dissident

La loi sur les droits de l'homme a été adoptée par l'*Assemblée générale des Nations Unies* en décembre 1987. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1987, à l'exception de la loi sur les droits de l'homme. Voir aussi

également *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U. S. 110, 122 (1989) (" [N]ous avons insisté non seulement pour que l'intérêt dénommé "liberté" soit "fondamental" ... mais aussi pour qu'il s'agisse d'un intérêt traditionnellement protégé par notre société "); *Moore*

v. East Cleveland, 431 U. S. 494, 503 (1977) (pluralité). opinion); *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923) (le Quatorzième Amendement protège "ces privilèges reconnus depuis longtemps en common law comme essentiels à la poursuite ordonnée du bonheur par des hommes libres" (c'est nous qui soulignons)).³ Toutes les autres libertés peuvent être restreintes ou abrogées en vertu d'une loi de l'Etat valablement promulguée si cette loi est liée de manière rationnelle à un intérêt légitime de l'Etat.

Bowers a d'abord jugé que les interdictions pénales de la sodomie homo-sexuelle ne sont pas soumises à un examen approfondi parce qu'elles n'impliquent pas un "droit fondamental" en vertu de la clause de procédure régulière, 478 U. S., p. 191-194. Notant que "les prescriptions contre cette conduite ont des racines anciennes", *idem*, p. 192, que "la sodomie était une infraction pénale en common law et était interdite par les lois des 13 premiers États lorsqu'ils ont ratifié la Déclaration des droits", *idem*, et que de nombreux États avaient conservé leurs interdictions de la sodomie, *idem*, p. 192, la Cour a estimé que "la sodomie était une infraction pénale en common law et était interdite par les lois des 13 premiers États lorsqu'ils ont ratifié la Déclaration des droits", *idem*, p. 192,

³ La Cour a tout à fait raison de dire que "l'histoire et la tradition sont le point de départ, mais pas dans tous les cas le point d'arrivée de l'enquête sur le droit substantiel à une procédure régulière", *ante*, p. 11. Un "intérêt de liberté fondamentale" revendiqué doit non seulement être "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation", *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997), mais il doit aussi être "implicite dans le concept de liberté ordonnée", de sorte que "ni la liberté ni la justice n'existeraient si [il] était sacrifié", *ibid.* De plus, les intérêts de liberté non soutenus par l'histoire et la tradition, bien qu'ils ne méritent pas un "examen approfondi", sont *toujours* protégés contre les lois de l'État qui ne sont pas rationnellement liées à un intérêt légitime de l'État. *Idem*, p. 722. Comme je vais le voir, c'est ce dernier principe que la Cour applique en l'espèce.

SCALIA, J., dissident

à la page 193, *Bowers* a conclu que le droit de pratiquer la sodomie homo-sexuelle n'était pas "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation", *idem* à la page 192.

Aujourd'hui, la Cour n'infirme pas cette décision. Pas une seule fois elle ne décrit la sodomie homosexuelle comme un "droit fondamental" ou un "intérêt de liberté fondamentale", ni ne soumet la loi du Texas à un examen strict. Au lieu de cela, n'ayant pas réussi à établir que le droit à la sodomie homosexuelle est "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation", la Cour conclut que l'application de la loi du Texas à la conduite des pétitionnaires échoue au test de la base rationnelle, et annule la décision contraire de *Bowers*, voir *idem*, à la page 196. "La loi du Texas ne sert aucun intérêt légitime de l'État qui puisse justifier son intrusion dans la vie personnelle et privée de l'individu. *Ante*, p. 18.

J'aborderai cette base rationnelle plus tard. Cependant, j'aborderai d'abord certaines critiques que la Cour a formulées à l'égard de la conclusion de *Bowers* selon laquelle la sodomie homosexuelle n'est pas un "droit fondamental" - même si, comme je l'ai dit, la Cour n'a pas l'audace d'inverser cette conclusion.

III

La description par la Cour de "l'état du droit" à l'époque de *Bowers* ne fait que confirmer que *Bowers* avait raison. La Cour cite *Griswold v. Connecticut*, 381

U. S. 479, 481-482 (1965). Mais cette affaire a *expressément rejeté* tout recours à la doctrine du "substantive due process" et a fondé le soi-disant "droit à la vie privée" sur des pénombres de dispositions constitutionnelles *autres que* la clause de due process. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972), n'avait également rien à voir avec la "substantive due process" ; elle a invalidé une loi du Massachusetts interdisant la distribution de contraceptifs aux personnes non mariées uniquement sur la base de la clause d'égalité de protection. Bien entendu, l'arrêt *Eisenstadt* contient un dictum bien connu relatif au "droit à l'égalité".

SCALIA, J., dissident

privacy", mais il s'agissait du droit reconnu dans l'affaire *Gris-wold* - un droit correspondant aux garanties *spécifiques* de la Déclaration des droits, et non pas d'un droit à la "substantive due process".

Roe v. Wade a reconnu que le droit d'avorter un enfant à naître était un "droit fondamental" protégé par la Due Process Clause. 410 U. S., à 155. La Cour *Roe* n'a cependant pas tenté d'établir que ce droit était "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation" ; au lieu de cela, elle a fondé sa conclusion selon laquelle "le concept de liberté personnelle du quatorzième amendement est suffisamment large pour englober la décision d'une femme d'interrompre ou non sa grossesse" sur son propre jugement normatif selon lequel les lois contre l'avortement n'étaient pas souhaitables. Voir *idem*, p. 153. Depuis lors, nous avons rejeté le principe de *Roe* selon lequel les réglementations relatives à l'avortement doivent être étroitement adaptées pour servir un intérêt public impérieux, voir *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S., p. 876 (opinion commune de O'CONNOR, KENNEDY et SOUTER, JJ.) ; *idem*, p. 951-953 (REACH, J.), à 951-953 (REHNQUIST, C. J., concourant au jugement en partie et dissident en partie) - et donc, par implication logique, l'affirmation de *Roe* selon laquelle le droit d'avorter un enfant à naître est un "droit fondamental". Voir 505 U. S., 843-912 (opinion conjointe de O'CONNOR, KENNEDY et SOUTER, JJ.) (ne décrivant pas une seule fois l'avortement comme un "droit fondamental" ou un "intérêt de liberté fondamentale").

Après avoir discuté de l'histoire des lois contre la sodomie, *ante*, aux pages 7 à 10, la Cour proclame qu'"il convient de noter qu'il n'y a pas dans ce pays d'histoire longue de lois visant le comportement homosexuel en tant que matière distincte", *ante*, à la page 7. Cette observation ne remet nullement en question la "conclusion [historique] définitive", *idem*, sur laquelle *Bowers* s'est appuyé : notre nation a une histoire longue de lois interdisant la *sodomie en général* - *indépendamment* du fait qu'elle soit pratiquée par des couples de même sexe ou de sexe opposé :

"Il nous semble évident que ni l'une ni l'autre de ces formulations n'étendrait aux homosexuels un droit fondamental à la liberté d'expression.

SCALIA, J., dissident

se livrer à des actes de sodomie consensuelle. Les proscriptions contre ce comportement ont des racines anciennes. La *sodomie* était une infraction pénale en common law et était interdite par les lois des 13 premiers États lorsqu'ils ont ratifié la Déclaration des droits. En 1868, lorsque le quatorzième amendement a été ratifié, tous les États de l'Union, à l'exception de cinq d'entre eux, disposaient de *lois pénales sur la sodomie*. En fait, jusqu'en 1961, les 50 États interdisaient la *sodomie* et, aujourd'hui, 24 États et le district de Columbia continuent de prévoir des sanctions pénales pour la *sodomie* pratiquée en privé et entre adultes consentants. Dans ce contexte, prétendre que le droit d'adopter un tel comportement est 'profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation' ou 'implicite dans le concept de liberté ordonnée' est, au mieux, facétieux". 478 U. S., à 192-194 (citations et notes de bas de page omises ; accentuation ajoutée).

Il est (comme *Bowers* l'a reconnu) tout à fait indifférent que les lois de notre longue tradition nationale criminalisant la sodomie homosexuelle aient été "dirigées contre le comportement homosexuel en tant que matière distincte". Que la sodomie homosexuelle ait été interdite par une loi visant les relations sexuelles entre personnes du même sexe ou par une loi plus générale interdisant à la fois la sodomie homo- sexuelle et hétérosexuelle, le seul point pertinent est qu'elle *ait été* criminalisée - ce qui suffit à établir que la sodomie homosexuelle n'est pas un droit "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de notre nation". La Cour reconnaît aujourd'hui que la sodomie homosexuelle était criminalisée et ne conteste donc pas les faits sur lesquels *Bowers* s'est *effectivement* appuyé.

Ensuite, la Cour affirme, encore une fois sans aucun fondement La Cour admet que les lois interdisant la sodomie ne semblent pas avoir été appliquées contre des adultes consentants agissant en privé. Le qualificatif clé ici est "agissant en privé" - puisque la Cour admet que les lois sur la sodomie *ont été* appliquées contre des adultes consentants (bien que la Cour soutienne que les poursuites étaient "peu fréquentes", *ante*, à la page 9).

SCALIA, J., dissident

Je ne sais pas ce que signifie "agir en privé" ; il est certain que la sodomie consensuelle, comme les rapports hétérosexuels, est rarement pratiquée sur scène. Si tout ce que la Cour entend par "agir en privé" est "dans des locaux privés, avec les portes fermées et les fenêtres couvertes", il n'est pas surprenant que les preuves de l'application de la loi soient difficiles à trouver. (Imaginez les circonstances qui permettraient d'obtenir un mandat de perquisition dans une résidence au motif qu'il existe une cause probable de croire qu'une sodomie consensuelle est en train de se produire à ce moment-là). Il est certain que cette absence de preuve ne permettrait pas de soutenir la proposition selon laquelle la sodomie consensuelle dans des locaux privés avec les portes fermées et les fenêtres couvertes est considérée comme un "droit fondamental", même si toute autre sodomie consensuelle est érigée en infraction pénale. Il y a 203 poursuites pour sodomie homo-sexuelle consensuelle d'adultes rapportées dans le West Reporting system et les rapports officiels des États pour les années 1880-1995. Voir

W. Eskridge, *Gaylaw : Challenging the Apartheid of the Closet* 375 (1999) (ci-après *Gaylaw*). Il existe également des archives faisant état de 20 poursuites pour sodomie et de 4 exécutions au cours de la période coloniale. J. Katz, *Gay/Lesbian Almanac* 29, 58, 663 (1983). La conclusion de *Bowers* selon laquelle la sodomie homosexuelle n'est pas un droit fondamental "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation" est tout à fait inattaquable.

Consciente de ce fait, la Cour déclare : "[N]ous pensons que nos lois et traditions des cinquante dernières années sont les plus pertinentes ici. Ces références montrent *une prise de conscience émergente* du fait que la liberté accorde une protection substantielle aux personnes adultes lorsqu'elles décident de la manière de mener leur vie privée *en matière de sexualité*". *Ante*, p. 11 (soulignement ajouté). Outre le fait qu'une telle "prise de conscience" n'établit pas un "droit fondamental", cette déclaration est fautive dans les faits. Les États continuent de poursuivre toutes sortes de crimes commis par des adultes "en matière sexuelle" : prostitution, inceste entre adultes, adultère, obscénité et pornographie infantile. Les lois sur la sodomie, elles aussi, ont été appliquées "en matière de sexe".

SCALIA, J., dissident

le dernier demi-siècle", dans lequel il y a eu 134 cas de poursuites pour sodomie homosexuelle adulte et consensuelle. Gaylaw 375. En s'appuyant, comme preuve d'une "reconnaissance émergente", sur la recommandation de 1955 de l'American Law Institute de ne pas criminaliser "les relations sexuelles consensuelles menées en privé", *ante*, à 11, la Cour ignore le fait que cette recommandation était "un point de résistance dans la plupart des États qui ont envisagé d'adopter le Code pénal modèle". Gaylaw 159.

En tout état de cause, une "prise de conscience émergente" n'est pas, par définition, "profondément enracinée dans l'histoire et les traditions de cette nation", comme nous avons dit que le statut de "droit fondamental" l'exigeait. Les droits constitutionnels ne naissent pas parce que certains États choisissent de réduire ou d'éliminer les sanctions pénales pour certains comportements. Ils naissent encore moins, comme la Cour semble le croire, parce que des *nations étrangères* décriminalisent un comportement. L'opinion majoritaire de *Bowers* ne s'est *jamais* appuyée sur les "valeurs que nous partageons avec une civilisation plus large", *ante*, à 16, mais a plutôt rejeté le droit revendiqué à la sodomie au motif qu'un tel droit n'était pas "profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de cette nation", 478 U. S., à 193-194 (emphase ajoutée). La décision de *Bowers* sur la base rationnelle est également dépourvue de toute confiance dans les opinions d'une "civilisation plus large", voir *idem*, à la page 196. La discussion de la Cour sur ces opinions étrangères (en ignorant, bien sûr, les nombreux pays qui ont maintenu des interdictions pénales sur la sodomie) est donc un dicta dénué de sens. Dicta dangereux, cependant, puisque "cette Cour ... ne devrait pas imposer aux Américains des humeurs, des modes ou des courants étrangers". *Foster v. Florida*, 537 U. S. 990, n. (2002) (THOMAS, J., s'associant au refus de certiorari).

IV

J'en viens maintenant au motif sur lequel la Cour fonde carrément son arrêt : l'affirmation selon laquelle il n'y a pas de base rationnelle pour la loi ici attaquée. Cette proposition est si

SCALIA, J., dissident

Elle est tellement en accord avec notre jurisprudence - en fait, avec la jurisprudence de *toutes les sociétés* que nous connaissons - qu'elle n'a pas besoin d'être discutée.

La loi texane cherche indéniablement à renforcer la conviction de ses citoyens que certaines formes de comportement sexuel sont "immorales et inacceptables", *Bowers, supra*, à la page 196 - le même intérêt renforcé par les lois pénales contre la fornication, la bigamie, l'adultère, l'inceste entre adultes, la bestialité et l'obscénité. *Bowers* a jugé qu'il *s'agissait d'un intérêt légitime de l'Etat*. La Cour arrive aujourd'hui à la conclusion opposée. La loi du Texas, dit-elle, "*ne sert aucun intérêt légitime de l'Etat* qui puisse justifier son intrusion dans la vie personnelle et privée de l'individu", *ante*, à la page 18 (souligné par l'auteur). La Cour adopte plutôt la déclaration de JUSTICE STEVENS dans sa dissidence *Bowers*, selon laquelle "le fait que la majorité gouvernante d'un État ait traditionnellement considéré une pratique particulière comme immorale n'est pas une raison suffisante pour confirmer une loi interdisant la pratique", *ante*, à la page 17. Ceci décrète effectivement la fin de toute législation sur la moralité. Si, comme l'affirme la Cour, la promotion de la moralité sexuelle majoritaire n'est même pas un intérêt *légitime* de l'État, aucune des lois susmentionnées ne peut survivre à l'examen de la base rationnelle.

V

Enfin, j'aborde la question de l'égalité de protection soulevée par les pétitionnaires, qu'aucun membre de la Cour, à l'exception de JUSTICE O'CONNOR, *ante*, à la page 1 (opinion concourant au jugement), n'accepte : À première vue, l'article 21.06(a) s'applique de la même manière à toutes les personnes. Les hommes et les femmes, les hétérosexuels et les homosexuels, sont tous soumis à l'interdiction des rapports sexuels déviants avec une personne du même sexe. Certes, l'article 21.06 établit une distinction entre les sexes en ce qui concerne le partenaire avec lequel les actes sexuels sont accomplis : les hommes ne peuvent enfreindre la loi qu'avec d'autres hommes, et les femmes qu'avec d'autres femmes. Mais cela ne peut pas constituer en soi un déni d'égalité de protection.

SCALIA, J., dissident

En effet, c'est précisément la même distinction concernant le partenaire qui est faite dans les lois des États qui interdisent le mariage avec une personne du même sexe et autorisent le mariage avec une personne du sexe opposé.

On objecte cependant que les lois antimiscegéniques invalidées dans l'affaire *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 8 (1967), s'appliquaient de la même manière aux Blancs et aux Noirs, et ne faisaient de distinction entre les races que dans la mesure où le *partenaire* était concerné. Dans l'affaire *Loving*, cependant, nous avons correctement appliqué un examen approfondi, plutôt que l'examen habituel de la base rationnelle, parce que la loi de Virginie était "conçue pour maintenir la suprématie des Blancs". *Idem*, p. 6, 11. Un objectif de discrimination raciale est toujours suffisant pour soumettre une loi à un examen minutieux, même une loi facialement neutre qui ne fait aucune mention de la race. Voir *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229, 241-242 (1976). Aucun objectif de discrimination à l'encontre des hommes ou des femmes en tant que classe ne peut être déduit de la loi texane, de sorte que l'examen de la base rationnelle s'applique. Cet examen est facilement satisfait ici par la même base rationnelle qui l'a satisfait dans *Bowers - la croyance de la société que certaines formes de comportement sexuel sont "immorales et inacceptables"*, 478 U. S., à la page 196. C'est la même justification qui soutient de nombreuses autres lois réglementant le comportement sexuel qui établissent une distinction fondée sur l'identité du partenaire - par exemple, les lois contre l'adultère, la fornication et l'inceste entre adultes, ainsi que les lois refusant de reconnaître le mariage homosexuel.

Le juge O'CONNOR soutient que la discrimination dans cette loi qui doit être justifiée n'est pas la discrimination par rapport au sexe du partenaire mais la discrimination par rapport à l'inclination sexuelle de l'acteur principal.

"S'il est vrai que la loi ne s'applique qu'au comportement, le comportement visé par cette loi est un comportement étroitement lié à l'homosexualité. Dans ces conditions, la loi texane sur la sodomie vise plus que les comportements homosexuels.

SCALIA, J., dissident

que le comportement. Elle vise plutôt les personnes homosexuelles en tant que classe". *Ante*, p. 5.

Bien entendu, on pourrait dire la même chose de n'importe quelle loi. Une loi contre la nudité en public vise "le comportement qui est étroitement lié au fait d'être nudiste" et, par conséquent, "vise plus qu'un comportement" ; elle est "dirigée contre les nudistes en tant que classe". Mais quoi qu'il en soit. Même si la loi texane refuse l'égalité de protection aux "homosexuels en tant que catégorie", ce refus *n'a* pas besoin d'être justifié par autre chose qu'une base rationnelle, dont nos affaires montrent qu'elle est satisfaite par l'application des notions traditionnelles de moralité sexuelle.

Le juge O'CONNOR décrète simplement l'application d'une "forme plus poussée d'examen rationnel" à la loi du Texas. Les affaires qu'elle cite ne reconnaissent pas une telle norme et ne parviennent à leurs conclusions qu'après avoir constaté, comme l'exige l'analyse conventionnelle de la base rationnelle, qu'aucun intérêt légitime concevable de l'État ne justifie la classification en question. Voir *Romer v. Evans*, 517 U. S., 635 ; *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* 473 U. S. 432, 448-450 (1985) ; *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528, 534-538 (1973). De même, le JUSTICE O'CONNOR d'expliquer précisément en quoi consiste sa "forme plus poussée" d'examen de la base rationnelle. Cela doit au moins signifier, cependant, que les lois qui manifestent "un désir de nuire à un groupe politiquement impopulaire", *ante*, à la page 2, sont invalides *même s'il* peut y avoir une base rationnelle concevable pour les soutenir.

Ce raisonnement laisse les lois des États limitant le mariage aux couples hétérosexuels sur des bases assez fragiles. JUSTICE O'CONNOR cherche à les préserver en déclarant que "préserver l'institution traditionnelle du mariage" est un intérêt légitime de l'État. Mais "préserver l'institution traditionnelle du mariage" n'est qu'une façon plus aimable de décrire la *désapprobation morale* de l'État à l'égard des couples de même sexe. L'intérêt du Texas pour l'article 21.06 pourrait être

SCALIA, J., dissident

en des termes tout aussi euphémiques : "préserver les mœurs sexuelles traditionnelles de notre société". Dans la jurisprudence que JUSTICE O'CONNOR a apparemment créée, les juges peuvent valider les lois en les qualifiant de "préservant les traditions de la société" (bien) ; ou les invalider en les qualifiant d'"expression de désapprobation morale" (mal).

* * *

L'avis d'aujourd'hui est le produit d'une Cour, qui est le produit d'une culture de la profession juridique, qui a largement adhéré à ce que l'on appelle l'agenda homosexuel, c'est-à-dire l'agenda promu par certains activistes homosexuels visant à éliminer l'opprobre moral qui s'est traditionnellement attaché à la conduite homosexuelle. J'ai noté dans un avis précédent le fait que l'American Association of Law Schools (à laquelle toute école de droit digne de ce nom *doit* chercher à appartenir) exclut de ses membres toute école qui refuse d'exclure de ses entretiens d'embauche un cabinet d'avocats (aussi petit soit-il) qui ne souhaite pas engager comme partenaire potentiel une personne qui se livre ouvertement à un comportement homo-sexuel. Voir *Romer, supra*, à la page 653.

L'une des déclarations les plus révélatrices de l'opinion d'aujourd'hui est le sinistre avertissement de la Cour selon lequel la criminalisation du comportement homosexuel est "une invitation à soumettre les personnes homosexuelles à la discrimination tant dans la sphère publique que dans la sphère privée". *Ante*, 14. Il est clair que la Cour a pris parti dans la guerre culturelle, s'écartant de son rôle d'observateur neutre qui consiste à s'assurer que les règles d'engagement démocratiques sont respectées. De nombreux Américains ne veulent pas que des personnes qui ont ouvertement un comportement homosexuel soient partenaires dans leur entreprise, chefs scouts pour leurs enfants, enseignants dans les écoles de leurs enfants ou pensionnaires dans leur maison. Ils considèrent qu'ils se protègent et protègent leur famille d'un mode de vie qu'ils jugent immoral et destructeur. La Cour considère que

SCALIA, J., dissident

La Cour est tellement imprégnée de la culture anti-homosexuelle de la profession juridique qu'elle semble ignorer que les attitudes de cette culture ne sont pas manifestement "majoritaires". La Cour est tellement imprégnée de la culture anti-homosexuelle de la profession juridique qu'elle semble ignorer que les attitudes de cette culture ne sont pas manifestement "dominantes" ; que dans la plupart des Etats, ce que la Cour appelle la "discrimination" à l'encontre de ceux qui se livrent à des actes homosexuels est parfaitement légal ; que les propositions visant à interdire une telle "discrimination" en vertu du Titre VII ont été rejetées à plusieurs reprises par le Congrès, voir Employment Non-Discrimination Act of 1994 (Loi de 1994 sur la non-discrimination dans l'emploi), S. 2238, 103d Cong, 2d Sess. (1994) ; Civil Rights Amendments, H. R. 5452, 94th Cong, 1st Sess. (1975) ; que dans certains cas, cette "discrimination" est *imposée* par une loi fédérale, voir 10 U. S. C. §654(b)(1) (imposant le renvoi des forces armées de tout membre du service qui se livre ou a l'intention de se livrer à des actes homosexuels) ; et que dans certains cas, cette "discrimination" est un droit constitutionnel, voir *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640 (2000).

Je tiens à préciser que je n'ai rien contre le fait que les homosexuels, ou tout autre groupe, puissent promouvoir leur programme par des moyens démocratiques normaux. Les perceptions sociales de la moralité sexuelle et autre évoluent avec le temps, et chaque groupe a le droit de persuader ses concitoyens que son point de vue sur ces questions est le meilleur. Le fait que les homosexuels aient obtenu un certain succès dans cette entreprise est attesté par le fait que le Texas est l'un des rares Etats qui criminalisent encore les actes homosexuels privés et consensuels. Mais persuader ses concitoyens est une chose, et imposer ses vues en l'absence de la volonté de la majorité démocratique en est une autre. Je n'*exigerais* pas plus d'un Etat qu'il criminalise les actes homosexuels - ou, d'ailleurs, qu'il manifeste *une quelconque* désapprobation morale à leur égard - que je ne lui *interdirais* de le faire. Ce que le Texas a choisi de faire se situe bien dans le cadre de l'action démocratique traditionnelle, et sa main ne devrait pas être bloquée par l'invention d'un tout nouveau "droit constitutionnel" par une Cour qui est impatiente de voir la démocratie se développer.

SCALIA, J., dissident

changement. Il est vrai que "les générations ultérieures peuvent voir que les lois que l'on croyait nécessaires et appropriées ne servent en fait qu'à opprimer", *ante*, p. 18 ; et lorsque cela se produit, les générations ultérieures peuvent abroger ces lois. Mais c'est la prémisse de notre système que ces jugements doivent être faits par le peuple, et non imposés par une caste de gouvernants qui sait mieux que quiconque.

L'un des avantages de laisser la réglementation de cette question au peuple plutôt qu'aux tribunaux est que le peuple, contrairement aux juges, n'a pas besoin d'aller jusqu'au bout de sa logique. Le peuple peut estimer que sa désapprobation de la conduite homosexuelle est suffisamment forte pour interdire le mariage homosexuel, mais pas assez forte pour criminaliser les actes homosexuels privés - et il peut légiférer en conséquence. La Cour prétend aujourd'hui qu'elle possède une liberté d'action similaire, de sorte que nous n'avons pas à craindre l'imposition judiciaire du mariage homosexuel, comme cela s'est produit récemment au Canada (dans une décision que le gouvernement canadien a choisi de ne pas contester). Voir *Halpern v. Toronto*, 2003 WL 34950 (Ontario Ct. App.) ; Cohen, *Dozens in Canada Follow Gay Couple's Lead*, *Washington Post*, 12 juin 2003, p. A25. À la fin de son opinion - après avoir jeté les bases de notre jurisprudence sur la base rationnelle - la Cour déclare que la présente affaire " ne porte pas sur la question de savoir si le gouvernement doit accorder une reconnaissance formelle à toute relation que les personnes homosexuelles cherchent à nouer ". *Ante*, à la page 17. Ne le croyez pas. Plus éclairante que cette dénégation sans fondement et non raisonnée est la progression de la pensée révélée par un passage antérieur de l'opinion de la Cour, qui note les protections constitutionnelles accordées aux "décisions personnelles relatives au *mariage*, à la procréation, à la contraception, aux relations familiales, à l'éducation des enfants et à l'enseignement", puis déclare que "[l]es personnes engagées dans une relation homosexuelle peuvent rechercher l'autonomie à ces fins, tout comme les personnes hétérosexuelles". *Ante*, à la page 13 (accentuation ajoutée). L'opinion d'aujourd'hui démantèle la structure du droit constitutionnel qui

SCALIA, J., dissident

a permis de faire une distinction entre les unions hétérosexuelles et homosexuelles, dans la mesure où la reconnaissance formelle dans le mariage est concernée. Si la désapprobation morale de la conduite homosexuelle n'est "pas un intérêt légitime de l'Etat" aux fins de proscrire cette conduite, *ante*, à 18 ; et si, comme le dit la Cour (rejetant tout prétexte de neutralité), "[l]orsque la sexualité s'exprime ouvertement dans un contact intime avec une autre personne, la conduite peut n'être qu'un élément d'un lien personnel qui est plus durable", *ante*, à 6 ; quelle justification pourrait-il y avoir pour refuser les avantages du mariage aux couples homosexuels exerçant " [l]a liberté protégée par la Constitution ", *ibid.*? Sûrement pas l'encouragement à la procréation, puisque les personnes stériles et les personnes âgées sont autorisées à se marier. Cette affaire "n'implique pas" la question du mariage homosexuel seulement si l'on croit que les principes et la logique n'ont rien à voir avec les décisions de cette Cour. Nombreux sont ceux qui espèrent que, comme la Cour nous l'assure confortablement, il en est ainsi.

Les questions qu'il convient à la Cour de résoudre sont au nombre de trois seulement : L'interdiction de la sodomie au Texas ne porte pas atteinte à un "droit fondamental" (ce que la Cour ne conteste pas), ne s'appuie pas sur une relation rationnelle avec ce que la Constitution considère comme un intérêt légitime de l'État et ne nie pas l'égalité de protection des lois. Je ne suis pas d'accord.

THOMAS, J., dissident

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

N° 02-102

JOHN GEDDES LAWRENCE ET TYRON GARNER,
DEMANDEURS *c.* TEXAS

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF
TEXAS, FOURTEENTH DISTRICT

[26 juin 2003]

JUSTICE THOMAS, dissident.

Je me joins à l'opinion dissidente de JUSTICE SCALIA. J'écris séparément pour noter que la loi soumise à la Cour aujourd'hui "est

. . d'une stupidité peu commune". *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 527 (1965) (Stewart, J., dissident). Si j'étais membre de la législature du Texas, je voterais pour l'abroger. Punir quelqu'un pour avoir exprimé sa préférence sexuelle dans le cadre d'un comportement consensuel non commercial avec un autre adulte ne semble pas être un moyen valable de dépenser les précieuses ressources des forces de l'ordre.

Malgré cela, je reconnais qu'en tant que membre de cette Cour, je ne suis pas habilité à aider les pétitionnaires et les autres personnes se trouvant dans une situation similaire. Mon devoir est plutôt de "trancher les affaires "conformément à la Constitution et aux lois des États-Unis"". *Idem*, p. 530. Et, tout comme le juge Stewart, je "ne peux trouver [ni dans la Déclaration des droits ni dans aucune autre partie de la Constitution] un droit général à la vie privée", *ibid.* ou, comme la Cour le dit aujourd'hui, la "liberté de la personne dans ses dimensions spatiales et plus transcendantes", *ante*, p. 1.