

## Fédéralisme et droits des LGBT aux États-Unis et au Canada : analyse comparatives des politiques

Miriam Smith

**Miriam Smith** : Professeur. Department of Social Science, York University, [mcsmith@yorku.ca](mailto:mcsmith@yorku.ca)

### Résumé :

L'article<sup>1</sup> examine le militantisme LGBT et les résultats des politiques en matière de droit pénal et du mariage entre personnes de même sexe de 1969 à aujourd'hui, dans le cadre d'une analyse comparée du fédéralisme aux États-Unis et au Canada. Nous soutiendrons que le fédéralisme a grandement façonné les politiques publiques relatives aux droits des LGBT. Dans le régime américain, le potentiel d'expansion du fédéralisme a favorisé les changements graduels de politiques dans les États et, parallèlement, les multiples points de veto créés par le système de séparation des pouvoirs conjugués aux compétences conférés aux États dans d'importants domaines de politiques ont entravé ces changements de politiques. Dans le régime canadien, la centralisation des mécanismes de protection des droits de la personne dans la Charte de même que la dynamique descendante de l'exercice du pouvoir dans le régime parlementaire de type Westminster ont facilité les changements de politiques.

Le fédéralisme est souvent perçu comme un obstacle à l'adoption de politiques progressistes. La répartition des pouvoirs entrave l'élaboration de politiques cohérentes et prête le flanc à la prolifération de vetos dont peuvent se prévaloir des groupes influents pour freiner le changement. Les critiques de cette perspective arguent depuis longtemps que, même si le fédéralisme multiplie les points de veto, il présente aussi de nombreuses possibilités d'innovation. Ils font valoir que les groupes ont plus de poids dans les régimes fédéraux puisqu'ils peuvent exercer leur influence à deux paliers de gouvernement plutôt qu'à un. Ainsi, un groupe qui ne réussit pas à se faire entendre à l'un des paliers pourra tenter sa chance au second et pourra même dresser un palier contre l'autre pour atteindre ses objectifs stratégiques.

Les études du développement de l'État-providence qui ont cherché à évaluer cette hypothèse ont obtenu des résultats contrastés<sup>2</sup>. Cependant, très peu d'études ont examiné le fédéralisme sous l'angle de la reconnaissance des droits des lesbiennes, gais, bisexuels et transgenres (LGBT)<sup>3</sup>. Les régimes fédéraux sont-ils plus ou moins enclins à reconnaître les droits des LGBT dans divers domaines comme la décriminalisation de l'homosexualité, la discrimination en matière d'emploi, les responsabilités parentales, la reconnaissance des relations et le mariage entre personnes de même sexe ?

L'article s'intéresse aux différences entre les institutions politiques et examine comment celles-ci façonnent le militantisme LGBT et les résultats des politiques, dans le cadre d'une analyse comparée des mouvements LGBT et du fédéralisme aux États-Unis et au Canada. Nous analyserons les changements de politiques, entre 1969, l'année des émeutes de Stonewall<sup>4</sup>, et 2013, année marquée par deux décisions clés des tribunaux américains sur la reconnaissance des droits des conjoints de même sexe (« US c. Windsor »<sup>5</sup> et « Hollingsworth c. Perry »<sup>6</sup>). Nous soutiendrons que le fédéralisme a grandement façonné les politiques publiques relatives aux droits des LGBT et que, dans les deux régimes fédéraux nord-américains, le partage des compétences a permis au

mouvement LGBT d'obtenir des changements de politiques beaucoup plus facilement au Canada qu'aux États-Unis. Nous commencerons par une discussion du sens et de la nature du fédéralisme ainsi que des enjeux de politiques LGBT aux États-Unis et au Canada, pour passer ensuite à une analyse détaillée des politiques dans deux domaines précis se rapportant aux LGBT, à savoir le droit pénal et le mariage entre personnes de même sexe.

## 1. Genre et structures fédérales

Marian Sawer et Jill Vickers ont observé qu'il existe peu de travaux théoriques dont on peut s'inspirer pour analyser l'incidence sexospécifique des structures étatiques. La plupart des écrits sur le fédéralisme passent la sexospécificité sous silence, alors que la science politique féministe s'intéresse assez peu aux structures politiques<sup>7</sup>. Selon elles, le fait de tenir pour acquis ou de «naturaliser» notre propre système de gouvernement nous empêche de discerner les possibilités institutionnelles qui s'offrent aux militants<sup>8</sup>. De fait, nous arguons ici qu'en négligeant le contexte politique institutionnel dans lequel s'exerce le militantisme, nous omettons une dimension fondamentale du cadre qui conditionne les acteurs, le discours, l'élaboration des politiques et les résultats des politiques dans des domaines stratégiques importants pour le militantisme féministe et pour l'égalité des genres. Les travaux substantiels traitant de l'élaboration des politiques sociales et de l'État-providence ont mis en lumière l'incidence des institutions politiques sur l'organisation de la contestation politique dans différents domaines<sup>9</sup>. Les féministes ont entrepris la construction d'un institutionnalisme qui tient compte du genre et qui expose la relation entre les institutions politiques et les questions de causalité et de stratégies efficaces de changement<sup>10</sup>. Dans la même mouvance, les travaux récents sur les droits des LGBT aux États-Unis et dans l'Union européenne ainsi que les analyses comparatives transnationales ont commencé à étudier les rapports entre le fédéralisme et les conceptions plus larges du genre qui englobent notamment l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle<sup>11</sup>.

La première étape d'une analyse du fédéralisme et de certains enjeux de politiques, comme les droits des LGBT, est d'établir que le genre n'est pas une question stratégique relevant d'un palier particulier de gouvernement. À l'instar d'autres dimensions des inégalités sociales, politiques et économiques, comme la race, l'identité nationale, l'ethnicité, la religion, l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, le genre doit être conçu par les chercheurs comme une arène dans laquelle se déploient les politiques publiques. Dans la plupart des régimes fédéraux, le genre, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, la race et d'autres caractéristiques et intérêts stratégiques de groupes désavantagés ou subordonnés ne sont pas définis en lien avec le fonctionnement des institutions politiques. Font exception à cet égard la protection des droits de la personne par les constitutions régissant les régimes fédéraux et les relations coloniales entre les sociétés colonisatrices et les populations autochtones qui sont souvent explicitées dans des arrangements fédéraux officiels.

Toutefois, dans la plupart des études du fédéralisme, en tant qu'institution formelle et informelle, il faut déterminer quelles politiques doivent être prises en compte dans l'analyse sexospécifique, puis décrire comment ces politiques sont définies et catégorisées dans les régimes politiques multiniveaux. La conceptualisation de la relation entre le genre et les politiques publiques peut couvrir un large spectre : on peut considérer l'ensemble des politiques publiques comme étant intrinsèquement sexospécifiques ou encore placer des politiques particulières, celles relatives aux droits génésiques par exemple, au centre de l'analyse sexospécifique ou même au cœur des intérêts politiques des femmes. De même, en ce qui concerne les droits des LGBT, il est possible d'analyser

divers enjeux, notamment la décriminalisation, l'intimidation dans les écoles ou encore le mariage entre personnes de même sexe. Nous nous attacherons ici au droit pénal, aux mesures de lutte à la discrimination et à la reconnaissance des relations entre conjoints de même sexe, dans la mesure où il s'agit là de trois questions-clés dans les politiques LGBT en Amérique du Nord. Il existe, bien entendu, d'autres définitions possibles des droits ou des intérêts politiques des LGBT et d'autres façons de les comparer. Ainsi, Mucciaroni compare les retombées positives des politiques LGBT dans différents domaines stratégiques, notamment en matière de reconnaissance des relations, de droits parentaux et de décriminalisation, pour expliquer pourquoi certaines politiques ont changé plus rapidement que d'autres aux États-Unis<sup>12</sup>. Rayside, pour sa part, explore les différences infranationales au Canada et aux États-Unis et propose également des comparaisons transnationales<sup>13</sup>. Une fois que les enjeux ont été choisis, il convient de se demander comment ces domaines précis de politiques sont façonnés par le partage fédéral des compétences et par le fonctionnement des institutions fédérales. À cette étape de l'analyse, nous devons déterminer le palier de gouvernement responsable de chaque domaine de politiques ou, dans les cas de chevauchement des compétences, les modes de collaboration ou d'interaction entre les deux paliers de gouvernement ou secteurs de compétence. On doit ainsi traiter d'autres institutions politiques, comme les tribunaux qui tiennent lieu d'arbitres dans les régimes fédéraux canadien et américain, ainsi que des institutions exécutives et législatives.

Cette forme d'analyse permet de tirer des conclusions à la fois explicatives et stratégiques. D'une part, elle montre jusqu'à quel point l'évolution des mouvements LGBT et l'atteinte de leurs objectifs stratégiques sont conditionnées par le cadre institutionnel. D'autre part, cette analyse montre comment les militants peuvent tirer parti d'un cadre politique multiniveaux et quels mécanismes institutionnels facilitent l'atteinte des objectifs stratégiques et juridiques des mouvements LGBT ou, au contraire, favorisent la mobilisation des opposants conservateurs aux mouvements LGBT.

## **2. Fédéralisme, genre et droits des LGBT aux États-Unis et au Canada**

Les principales différences politiques et institutionnelles entre le Canada et les États-Unis sont les suivantes :

- le degré de centralisation des deux régimes ;
- les paliers de gouvernement desquels relèvent différentes politiques touchant les LGBT ;
- le rôle des constitutions indépendantes des États et l'incidence de la démocratie directe (p. ex., initiatives de scrutin et référendums) aux États-Unis ;
- les obstacles à l'amendement des constitutions fédérales dans les deux pays ;
- la séparation des pouvoirs aux États-Unis et le système parlementaire de type Westminster au Canada ;
- les tribunaux fédéralisés aux États-Unis et relativement unifiés au Canada.

Même si les pouvoirs résiduels sont attribués au niveau fédéral au Canada tandis qu'ils reviennent aux États ou au peuple dans le régime américain, la plupart des observateurs considèrent que le système politique est plus décentralisé au Canada qu'aux États-Unis. Les discours fondateurs du régime fédéral dans les deux sociétés sont bien distincts. En effet, l'expérience américaine se caractérise par la construction explicite de nouvelles institutions dans le sillage de la rupture révolutionnaire, alors que les institutions canadiennes ont connu une évolution graduelle marquée par un certain scepticisme à l'égard d'un fédéralisme qui représenterait une solution institutionnelle

---

à la diversité intérieure<sup>14</sup>. Et, surtout, le fédéralisme canadien a subi les assauts des nationalismes du Québec et des Premières nations<sup>15</sup>. Aux États-Unis en revanche, malgré l'importance des cultures politiques régionales, le nationalisme américain, du moins récemment, a su neutraliser la dynamique centrifuge du régionalisme scissionniste et des droits des États. Exception faite des Américains autochtones, les groupes minoritaires du territoire continental des États-Unis ne se sont pas constitués en nations défiant le pouvoir fédéral, comme l'ont fait les nationalistes québécois. L'évolution politique des États-Unis après la Seconde Guerre mondiale a largement été décrite comme l'histoire de la centralisation de l'application des droits, ce qui s'explique dans une grande mesure par l'intervention fédérale marquée dans le domaine des droits civils des Afro-américains. Au Canada, par ailleurs, le Québec a continué d'exercer une influence décentralisatrice sur l'organisation du fédéralisme canadien<sup>16</sup>.

Cependant, en ce qui a trait aux droits des lesbiennes et des gais, on observe la tendance inverse. Le gouvernement fédéral canadien détient plus de pouvoirs pour effectuer des changements dans certaines politiques relatives aux droits des lesbiennes et des gais que le gouvernement fédéral américain. Aux États-Unis, le partage des compétences est tel que plusieurs secteurs de politiques ayant une incidence considérable sur les lesbiennes et les gais, comme le droit pénal et le droit au mariage, relèvent des États. Le droit pénal est l'un des domaines les plus importants pour les droits des lesbiennes et des gais, notamment parce qu'il régit diverses questions touchant l'homosexualité, qu'il s'agisse de la légalité de la sodomie entre adultes consentants, de l'âge du consentement à l'activité sexuelle, de la réglementation de l'activité sexuelle dans les lieux publics. Si les lois régissant la sodomie sont parfois perçues comme un enjeu de politiques touchant surtout les gais, la sexualité lesbienne est, elle aussi, assujettie aux lois sur la sodomie souvent définies très largement et utilisées pour contrôler la sexualité traditionnelle hétérosexuelle et procréatrice. Ces pratiques sont régies par les codes pénaux des États aux États-Unis, mais par le Code criminel fédéral au Canada. La compétence fédérale dans ce domaine a permis au gouvernement fédéral du Canada de modifier la loi criminelle en 1969. Le gouvernement fédéral du Canada a également compétence en matière de droit au mariage, alors qu'aux États-Unis, la réglementation de ce droit relève des États<sup>17</sup>. De fait, aux États-Unis, le mouvement lesbien et gai doit mobiliser de vastes ressources d'organisation et de coordination pour changer, État par État, les lois qui le touchent<sup>18</sup>. Il a donc fallu aux organisations américaines lesbiennes et gaies, à l'instar du mouvement féministe, des ressources financières et organisationnelles colossales pour mener des campagnes de lobbying dans chaque État.

Malgré la centralisation des droits civils durant les années 1960 qui a permis l'adoption de mesures d'égalité raciale et, dans une certaine mesure, d'égalité hommes-femmes, la question des droits des lesbiennes et des gais reste étonnamment locale aux États-Unis. Il n'existe pas de dispositions équivalentes à celles du titre VII de la loi sur les droits civils de 1964 (« Civil Rights Act ») qui imposent l'égalité quant à la race et au sexe dans l'emploi, le logement, l'éducation et les infrastructures publiques. Il n'existe pas non plus de dispositions équivalentes à celles de la loi fédérale relative aux Américains handicapés (« Americans with Disabilities Act ») ou à celles de la loi sur la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi (« Age Discrimination in Employment Act »), ces deux réglementations relevant de la Commission fédérale de l'égalité des chances en matière d'emploi. On reconnaît généralement la nécessité d'une loi fédérale qui protégerait les droits des LGBT contre la discrimination en emploi dans les secteurs privé et public de tout le pays, compte tenu de la lenteur des progrès réalisés à l'échelle locale et des États<sup>19</sup>. Les dernières tentatives de faire adopter la loi contre la discrimination en matière d'emploi (« Employment Non-Discrimination

Act » - ENDA), qui aurait interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, n'ont pas porté fruit. Les versions récentes de la législation comportaient des lacunes et n'auraient pas bien protégé certains membres de la communauté LGBT. Par exemple, deux versions du projet de loi étaient à l'étude lors des débats de 2007, l'une d'elles comprenait des dispositions sur la discrimination fondée sur l'identité sexuelle (HR 1515) et l'autre excluait cette question (HR 3685). Les tenants de l'exclusion de l'identité sexuelle estimaient qu'il aurait été plus facile de faire adopter le projet de loi sans ces dispositions, alors que bon nombre de critiques au sein de la communauté LGBT militaient en faveur de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle, perçue comme partie intégrante de la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle - «une communauté, une ENDA». Bien que la version de l'ENDA excluant ces dispositions ait été adoptée par la Chambre des représentants en 2007, elle a été bloquée au Sénat. Le projet de loi a été déposé de nouveau en 2011 et en 2013 et jouit maintenant de l'appui du président Obama. Après son adoption par le Sénat en 2013, le projet de loi devait être soumis à un vote à la Chambre lorsque, à l'été 2014, d'importants groupes LGBT lui ont retiré leur appui à la suite de l'arrêt « Burwell c. Hobby Lobby » (2014) 20 de la Cour suprême. Cette décision confirme la constitutionnalité d'exemptions pour des motifs religieux à la loi sur les soins abordables (« Affordable Care Act ») dans des domaines tels que l'accès à la contraception. Dans la foulée de l'arrêt « Burwell c. Hobby Lobby », des groupes LGBT ont refusé de soutenir les exemptions d'ordre religieux prévues dans la version de l'ENDA de 2013 craignant qu'elles ne servent d'échappatoire pour les entreprises qui voudraient adopter des pratiques discriminatoires à l'égard des LGBT au travail<sup>21</sup>. Au moment d'écrire ces lignes, l'ENDA n'était toujours pas adoptée.

Une autre caractéristique du fédéralisme qui conditionne le traitement des droits des lesbiennes et des gais est que les États américains, contrairement aux provinces canadiennes, se sont dotés de constitutions indépendantes. À partir des années 1970, les tribunaux d'État américains ont commencé à jouer un rôle plus important à cet égard en interprétant les droits garantis par leurs propres constitutions plus librement que ceux garantis par la Constitution américaine. Selon certains analystes, ce «nouveau fédéralisme judiciaire» est né de la volonté des tribunaux d'État progressistes d'échapper à l'ère conservatrice post-Warren de la Cour suprême<sup>22</sup>. Les plaignants lesbiens et gais, et tout particulièrement les couples de même sexe, ont profité de ce nouveau fédéralisme judiciaire. En effet, dans certains États comme Hawaï, l'Alaska, le Vermont et le Massachusetts, les constitutions d'État ont permis aux tribunaux de tirer parti des variations dans les dispositions constitutionnelles pour rendre des jugements favorables aux droits des lesbiennes et des gais<sup>23</sup>. Dans une des décisions les plus importantes sur le mariage entre personnes de même sexe, la Cour suprême de Californie a tranché en faveur du mariage entre personnes de même sexe en invoquant le principe de l'égalité de protection<sup>24</sup>. Dans ces États, les tribunaux ont invoqué le principe de l'égalité de protection et d'autres dispositions des constitutions d'État pour légitimer les revendications des droits des lesbiennes et des gais.

Les constitutions des États peuvent aussi être amendées, et plusieurs d'entre elles l'ont été de manière à empêcher constitutionnellement la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les lois et les politiques. Les amendements constitutionnels au niveau des États doivent être ratifiés par la population, de sorte que les droits des minorités peuvent être assujettis à la volonté de la majorité. De nombreuses constitutions d'État prévoient également des mécanismes pour tenir des initiatives de scrutin ou des référendums, mécanismes inexistantes au Canada, sauf en Colombie-Britannique. Ces mesures de démocratie directe servent notamment à proposer des réglementations ordinaires et, dans 18 États, les citoyens peuvent proposer des amendements à la

constitution de l'État qui seront soumis soit directement aux électeurs soit au pouvoir législatif<sup>25</sup> ; Le Colorado et la Californie font partie de ces États. Au Colorado, les conservateurs et la droite chrétienne ont utilisé ce mécanisme pour faire adopter un amendement constitutionnel interdisant les protections contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Bien que cette disposition ait été ultérieurement déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt « Romer c. Evans » (1996)<sup>26</sup>, cette lutte de la communauté LGBT s'est étalée sur plusieurs années et a accaparé des ressources juridiques, financières et politiques considérables<sup>27</sup>. De même, dans le sillage de la décision de la Californie sur le mariage entre personnes de même sexe rendue en 2008, les opposants au mariage homosexuel se sont mobilisés pour l'adoption de la Proposition 8, laquelle devait amender la constitution de l'État pour interdire les mariages entre personnes de même sexe en Californie. Après une campagne concertée qui contestait la constitutionnalité de la proposition et après de longs recours juridiques, la Cour suprême a déclaré cette mesure inconstitutionnelle dans la cause « Hollingsworth c. Perry »<sup>28</sup>. En règle générale, il est plus facile d'amender la constitution d'un État que celle des États-Unis, et les constitutions d'État sont revues et amendées fréquemment. Les mécanismes d'amendements constitutionnels (proposés par les citoyens ou les pouvoirs législatifs) et d'initiatives citoyennes de scrutin pour l'adoption de législations provinciales n'existent pas sous cette forme au Canada. Par conséquent, les conservateurs et les évangéliques canadiens ne peuvent se prévaloir de ces moyens pour s'opposer aux revendications des droits des LGBT<sup>29</sup>.

En outre, au Canada, des amendements à la Constitution du pays, particulièrement ceux qu'il faudrait pour enchâsser une «défense du mariage», sont actuellement inimaginables pour des raisons qui n'ont rien à voir avec les droits des lesbiennes et des gais. Même ceux qui s'opposent au mariage entre personnes de même sexe ne demandent pas - du moins d'une voix crédible - que la Constitution soit amendée de manière à interdire le mariage homosexuel, surtout parce que les élites politiques ne veulent pas ouvrir la boîte de Pandore constitutionnelle et ainsi risquer de raviver les demandes du mouvement souverainiste québécois ou des courants régionalistes<sup>30</sup>. Aux États-Unis, par ailleurs, toujours en réaction aux premières causes sur le mariage durant les années 1990 et 2000, un amendement de la Constitution américaine visant à interdire le mariage entre personnes de même sexe (« Federal Marriage Amendment ») a été évoqué, et se serait ajouté aux mesures prises dans cette mouvance par les États. Même s'il était peu probable que cet amendement soit adopté, la proposition a permis de mobiliser les opposants aux droits des lesbiennes et des gais pour légitimer la promotion de la famille hétérosexuelle.

Au Canada, en revanche, l'échec de la réforme constitutionnelle des années 1990 a créé une phobie des divisions politiques que toute proposition de modification constitutionnelle pourrait susciter. Par conséquent, en dépit des obstacles aux amendements constitutionnels fédéraux aux États-Unis, il reste possible de proposer des amendements dans le but de provoquer des débats politiques (même si leur adoption est peu probable), tandis qu'au Canada, la classe politique voit les amendements constitutionnels comme une patate chaude qu'il vaut mieux ne pas toucher. Le processus d'amendement constitutionnel (plus facilement réalisable sur le plan politique dans le régime américain) et le processus d'amendement des constitutions d'État (plus facile institutionnellement aux États-Unis et non existant sous cette forme au Canada) créent des mécanismes qui permettent de bloquer directement les décisions des tribunaux. Le mouvement conservateur aux États-Unis peut utiliser ces mécanismes pour se mobiliser contre le mariage homosexuel ou contre d'autres droits des lesbiennes et des gais. Par ailleurs, comme le montre l'analyse de Mucciaroni, les compétences des États dans certains domaines relatifs aux droits des

LGBT aux États-Unis, comme l'adoption, ouvrent la voie à l'innovation et aux changements de politiques à l'échelle des États, mais ces innovations peuvent également susciter des réactions négatives dans les États conservateurs<sup>31</sup>.

Contrairement à leurs homologues américains, les conservateurs et les évangéliques canadiens ont peu de moyens ou de mécanismes institutionnels pour contrecarrer les décisions des tribunaux. Au Canada, les décisions des tribunaux sur les droits des LGBT s'appuient sur les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés, enchâssée dans la Constitution en 1982. Pour invalider ces décisions, le gouvernement en place devrait se résoudre à recourir à la clause « nonobstant » (la clause dérogatoire) de la Charte des droits, compte tenu de l'orientation jurisprudentielle des tribunaux. La clause dérogatoire, article 33 de la Charte, permet au gouvernement fédéral et aux provinces d'adopter des lois nonobstant les dispositions de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la Charte, lesquels traitent des libertés fondamentales et des droits à l'égalité. La clause expire après un délai de cinq ans, après quoi elle peut être renouvelée. Très rarement utilisée, cette clause est devenue presque taboue, surtout en politique fédérale. Techniquement, la clause dérogatoire pourrait servir à lutter contre les droits des lesbiennes et des gais. Cependant, pour des raisons d'ordre constitutionnel et politique, le recours à cette clause par le gouvernement fédéral serait fort coûteux, voire impossible. Comme l'observe Immergut, la structure des institutions politiques crée le « contexte stratégique » ou le « cadre élargi » d'intervention des acteurs politiques<sup>32</sup>.

D'autres dimensions des institutions politiques sont importantes. En général, les régimes de gouvernance multiniveaux recourent d'autres institutions politiques qui tempèrent les effets des arrangements multiniveaux. La comparaison entre les États-Unis et le Canada met en lumière ce jeu de contrepoids. Bien qu'il s'agisse de deux systèmes fédéraux, ces régimes présentent des différences appréciables, non seulement en ce qui a trait au partage des compétences quant aux droits des LGBT, mais aussi relativement à deux autres aspects fondamentaux des institutions politiques : la séparation des pouvoirs par rapport au système parlementaire de type Westminster, et l'organisation et le rôle des tribunaux dans le régime fédéral. En ce qui concerne la séparation des pouvoirs, ce système favorise sciemment la fragmentation de l'autorité aux États-Unis, alors qu'au Canada, le pouvoir exécutif est exceptionnellement centralisé entre les mains du premier ministre<sup>33</sup>. Le pouvoir exécutif a connu un mouvement important de centralisation aux États-Unis après la Seconde Guerre, tout particulièrement sous l'administration Bush, et le président peut recourir à des décrets pour contourner les décisions du Congrès. Par exemple, le président Obama a été vertement critiqué pour ne pas avoir utilisé le pouvoir présidentiel afin d'abolir la politique « don't ask, don't tell » de l'armée américaine au cours des deux premières années de son mandat. En outre, les décrets ont permis d'interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, parfois, sur l'identité sexuelle, dans la fonction publique de certains États<sup>34</sup>. Malgré tout, le pouvoir législatif peut plus facilement entraver le déploiement du programme du pouvoir exécutif dans un régime axé sur la séparation des pouvoirs que dans un régime parlementaire. Même lorsque le pouvoir exécutif est déterminé à agir aux États-Unis, son action peut être contrecarrée par le Congrès. C'est ce qui s'est produit quand Bill Clinton a voulu adopter l'ENDA au milieu des années 1990. De plus, dans le système américain, le pouvoir élargi du législatif permet parfois au Congrès de définir le programme des politiques du président. C'est ce qu'a fait le Congrès après 1994 quand il a demandé au président Clinton de promulguer la loi de défense du mariage de 1996<sup>35</sup>.

Dans le régime parlementaire canadien, l'exécutif a généralement les coudées franches face au pouvoir législatif. En raison de la discipline rigoureuse de parti dans le système canadien et du rôle central des leaders au sein des caucus des partis politiques, il est difficile pour les groupes pro ou

anti-LGBT d'exercer une influence sur les politiques. Les gouvernements libéraux, auxquels on doit largement la décriminalisation et le mariage entre personnes de même sexe, ont pu adopter ces mesures grâce à la majorité dont ils jouissaient à la Chambre. Les opposants aux droits des LGBT ne disposaient pas de moyens d'ordre législatif pour compromettre ces mesures d'un gouvernement majoritaire<sup>36</sup>.

Pour ce qui est du rôle des tribunaux, les États-Unis représentent un fédéralisme judiciaire, dans lequel l'organisation des tribunaux des États est indépendante et distincte de celle des tribunaux fédéraux. Cette structure est extrêmement importante pour les droits des LGBT, dans la mesure où les questions comme le mariage entre personnes de même sexe qui relèvent des États ont été traitées en vertu des lois des États et aucune cause n'a encore été portée devant les tribunaux pour contester la non-reconnaissance des conjoints de même sexe dans les lois fédérales. Parce que dans les États comme le Massachusetts et la Californie, le mariage entre personnes de même sexe a été reconnu en vertu de la constitution de l'État, ces causes ne peuvent être portées en appel devant les tribunaux fédéraux. Parallèlement, l'affaire « US c. Windsor »<sup>37</sup>, qui vise directement la législation fédérale (loi fédérale de défense du mariage de 1996), ou l'affaire « Hollingsworth c. Perry »<sup>38</sup>, qui conteste l'interdiction constitutionnelle du mariage homosexuel dans la Constitution de la Californie en invoquant la Déclaration des droits des États-Unis, ont été des démarches risquées pour les défenseurs des droits des LGBT. En règle générale, les tribunaux fédéraux se sont montrés moins enclins à protéger les droits des LGBT que ne l'ont été les tribunaux d'État<sup>39</sup>. Jusqu'au règlement des affaires « US c. Windsor et Hollingsworth c. Perry », on ne savait pas trop quelle direction prendrait la Cour suprême fort divisée des États-Unis. Craignant de créer d'éventuels précédents défavorables, les défenseurs des droits des LGBT hésitaient à engager des poursuites sur des questions de compétence fédérale. Toutefois, les décisions favorables aux LGBT dans ces affaires, conjuguées à la décision de la Commission fédérale de l'égalité des chances en matière d'emploi de 2012 (« Macy c. Holder »<sup>40</sup>) de reconnaître aux transgenres une protection en vertu des dispositions contre la discrimination sexuelle de la loi sur les droits civils (« Civil Rights Act »), ont montré les possibilités qu'offre le recours aux tribunaux fédéraux pour promouvoir les droits des LGBT aux États-Unis.

Contrairement à la structure fédéralisée des tribunaux aux États-Unis, le système judiciaire canadien est relativement unifié. L'innovation des tribunaux au chapitre de la reconnaissance des droits des lesbiennes et des gais en vertu de l'article 15 de la Charte et la protection vigoureuse des droits des personnes et des couples s'est manifestée dans des affaires initialement portées devant des tribunaux provinciaux de première instance. En raison de la nature de la Charte et de l'organisation judiciaire, les décisions rendues dans ces affaires ont créé des précédents pour l'ensemble des provinces et des secteurs de compétence. Au Canada, de nombreuses causes marquantes pour les droits des LGBT ont été tranchées par la Cour suprême et la reconnaissance des droits à ce niveau en assure un traitement uniforme dans l'ensemble du pays. Par contre, aux États-Unis, la non-reconnaissance de l'orientation sexuelle dans le principe de l'égalité de protection s'est traduite par une fragmentation persistante de la protection des droits des lesbiennes et des gais.

Par conséquent, l'analyse sexospécifique du fédéralisme pour tenir compte des droits des LGBT doit s'appuyer sur une vision du pouvoir fédéral dans les deux régimes sous un angle différent. En ce qui concerne le mouvement LGBT et les compétences particulières qui ont une incidence sur ce mouvement et ses revendications en matière de politiques, le fédéralisme américain semble être relativement décentralisé. D'autre part, en ce qui concerne la criminalisation des comportements sexuels dans les lois sur la sodomie, l'adoption ou non de lois exécutoires interdisant les formes

courantes de discrimination par les acteurs publics ou privés, et la reconnaissance des relations, des droits parentaux et du mariage de conjoints de même sexe, le fédéralisme canadien semble très centralisé. Ces caractéristiques institutionnelles seront examinées plus loin à la lumière de deux enjeux de politiques qui touchent particulièrement les LGBT – les lois sur la sodomie et les lois sur le mariage.

### **3. Fédéralisme et criminalisation du comportement sexuel**

La criminalisation du comportement sexuel des personnes de même sexe aux États-Unis et au Canada s'exprime notamment dans les lois sur la sodomie et dans d'autres lois criminelles. L'abrogation de ces lois constitue une étape marquante de l'évolution des droits des lesbiennes et des gais. Dès la publication du Rapport Wolfenden en 1957 au Royaume-Uni<sup>41</sup>, les élites juridiques et politiques des démocraties anglo-américaines commencent à envisager un assouplissement des lois criminelles régissant la moralité<sup>42</sup>. Au Canada, le gouvernement libéral de Trudeau, inspiré par le modèle britannique, modernise la loi en 1969 en même temps qu'il modifie et assouplit les lois sur le divorce. À cette époque, les Libéraux dirigent un gouvernement majoritaire et l'opposition est assez faible. Les opposants aux droits des lesbiennes et des gais ne disposent d'aucun mécanisme juridique pour se faire entendre et, dans la mesure où la loi criminelle relève indiscutablement de la compétence fédérale, les gouvernements provinciaux ne peuvent s'opposer à la réforme du droit. Ces modifications suscitent peu de débats dans la communauté LGBT de l'époque parce que, en 1969, il n'existe qu'un petit organisme politique gai au Canada (l'« Association for Social Knowledge » – ASK), qui se définit comme « homophile », un terme employé par les organisations lesbiennes et gais avant la période de la libération gaie et du féminisme lesbien des années 1940 à 1960. Les analystes conviennent que l'ASK ne joue pas un rôle important dans les débats entourant la réforme du Code criminel de 1969<sup>43</sup>.

Aux États-Unis, en revanche, les lois criminelles qui concernent l'homosexualité relèvent largement des États. Au cours des années 1960, les élites juridiques américaines envisagent une réforme du droit, estimant que la loi ne devrait pas régir aussi strictement la moralité dans des secteurs comme la sodomie. L'« American Law Institute » élabore un Code pénal type à l'intention des États<sup>44</sup>. Mais la voie menant à une telle réforme est parsemée d'obstacles. Chaque État doit amender son Code pénal, sans compter que le système de séparation des pouvoirs et l'influence des législatures ouvrent bien des portes à ceux qui s'opposent à l'adoption des modifications. Parallèlement, l'affaire « Bowers c. Hardwick » (1986)<sup>45</sup> offre la possibilité d'obtenir une reconnaissance constitutionnelle des droits des lesbiennes et des gais. Bien que la cause ne soulève pas la possibilité de recourir au principe de l'égalité de protection ou d'élargir la notion de classe suspecte pour inclure les citoyens LGBT, les plaignants dans l'affaire « Bowers c. Hardwick » et leurs sympathisants espèrent une décision de la Cour suprême qui annulerait les dispositions des codes pénaux des États criminalisant les rapports homosexuels. La cause est plaidée sur la base du droit à la vie privée plutôt que sur celle de l'égalité de protection. Au final, dans une décision tristement célèbre rendue au plus fort de la crise du SIDA aux États-Unis, la Cour suprême confirme la constitutionnalité des lois sur la sodomie dans « Bowers c. Hardwick ». Il faudra attendre plusieurs années avant que cette décision ne soit cassée.

L'arrêt « Lawrence c. Texas »<sup>46</sup> rendu par la Cour suprême en 2003, qui infirme la décision rendue dans l'affaire « Bowers c. Hardwick » et invalide les lois sur la sodomie jugées inconstitutionnelles, porte le coup de grâce aux lois criminalisant les rapports homosexuels. Au moment de cette

décision, la plupart des États ont déjà modifié leurs lois, de leur propre initiative ou à la suite de poursuites judiciaires. En fait, dans leur décision majoritaire dans l'affaire « Lawrence c. Texas », les juges observent que les législatures et les tribunaux des États ont déjà rejeté le précédent créé par « Bower c. Hardwick », montrant que le temps est venu de modifier les lois. Les lois sur la sodomie ont donc changé graduellement, au gré de la transformation des politiques et de la mobilisation politique des tenants et des opposants aux LGBT dans chacun des États. Au Canada, le débat sur les lois relatives à la sodomie s'est échelonné sur quelques mois à la fin des années 1960 et a abouti à une réforme profonde et rapide des politiques. Aux États-Unis, par contre, ce débat s'est étalé sur une période de 34 ans, allant des émeutes de Stonewall en 1969 à l'arrêt « Lawrence c. Texas »<sup>47</sup> en 2003.

Si la question du fédéralisme a été peu discutée dans les cercles de militants aux États-Unis, celle de l'incidence de cette longue campagne sur l'organisation à l'échelle nationale l'a été un peu plus. D'une part, les organisations LGBT aux États-Unis ont dû apprendre à coordonner des campagnes État par État, et certains analystes ont argué que, au lieu de fragmenter le mouvement ou renforcer les organisations locales ou d'État, ces efforts ont permis de créer des groupes intégrés à l'échelle nationale. Ces groupes, comme « Lambda Legal », s'inscrivent dans le prolongement de la « National Association for the Advancement of Colored People » (NAACP) et d'autres organismes de défense des droits qui coordonnent les procédures judiciaires dans les États<sup>48</sup>. Les conséquences directes des structures fédérales sur l'organisation sont complexes, compte tenu de la diversité des autres facteurs qui conditionnent les jeux politiques des mouvements sociaux. Par exemple, les groupes LGBT sont beaucoup mieux organisés et financés aux États-Unis qu'au Canada. Selon Fetner, l'opposition vigoureuse de la droite chrétienne américaine aux LGBT a eu pour effet de renforcer ces organisations<sup>49</sup>. Au Canada, en revanche, les militants LGBT ont obtenu des changements de politiques beaucoup plus facilement, ce qui, ironiquement, pourrait avoir affaibli le mouvement LGBT à l'échelle nationale et pancanadienne.

#### **4. Fédéralisme et mariage entre personnes de même sexe**

À l'instar du droit pénal, le droit au mariage relève des États dans le système américain et du gouvernement fédéral dans le système canadien. Si, au Canada, les provinces appliquent les lois sur le mariage, la responsabilité constitutionnelle de légiférer dans ce domaine appartient au fédéral. En revanche, aux États-Unis, chaque État a le droit d'adopter ses propres lois en matière de mariage. En vertu de la clause de « la pleine confiance et du crédit » de la Constitution américaine, les États doivent respecter les lois des autres États, un principe qui pose des défis bien particuliers dans le domaine du mariage<sup>50</sup>. Le mariage entre personnes de même sexe n'est pas le premier exemple d'une politique d'État qui n'a pas été reconnue par d'autres États. Le mouvement d'invalidation des lois interdisant le métissage aux États-Unis durant les années 1940 a suscité des questions sur la reconnaissance des mariages interracialisés dans les autres États et sur le droit des couples interracialisés de se marier hors de l'État. Les conflits de compétence au chapitre des mariages interracialisés aux États-Unis ont été réglés par une intervention fédérale. Bien que la Constitution américaine n'accorde pas au gouvernement fédéral de compétence directe en matière de droit au mariage dans les États, la Déclaration des droits américaine s'applique aux lois des États et, en 1967, la Cour suprême des États-Unis a invalidé, dans l'affaire « Loving c. Virginia »<sup>51</sup>, l'interdiction des mariages interracialisés par les États en invoquant les dispositions de l'égalité de protection et des procédures équitables du 14<sup>ème</sup> amendement.

Par conséquent, aux États-Unis, la mobilisation politique pour la défense des droits des couples de même sexe a nécessité une lutte État par État menée de concert par les organisations locales et des organisations LGBT nationales comme « Lambda Legal », la « Human Rights Campaign » et la « National Gay and Lesbian Task Force ». L'expérience tirée de l'abrogation des lois sur la sodomie a amené les groupes LGBT aux États-Unis à créer une structure organisationnelle pour coordonner les efforts déployés dans chacun des États, et la tradition bien établie de mobilisation juridique des mouvements sociaux américains a fourni un modèle de poursuites judiciaires stratégiques pour tester les principes juridiques clés.

Dans le cas du mariage entre personnes de même sexe, les causes portées devant les tribunaux d'État, à commencer par l'affaire « Baehr c. Lewin »<sup>52</sup> tranchée en 1993 à Hawaï, ont soulevé un certain nombre de questions juridiques, et en premier lieu celle de l'égalité. Les couples de même sexe ont-ils les mêmes droits que les couples de sexe opposé ? Dans le droit constitutionnel américain, cette égalité pourrait être juridiquement reconnue sur la base du droit à la vie privée, par les précédents créés dans une série d'affaires, de « Griswold c. Connecticut » (1965)<sup>53</sup> à « Roe c. Wade » (1973)<sup>54</sup>, confirmant que le mariage et la vie privée constituent des droits bien établis. L'égalité pourrait aussi être reconnue sur la base des principes de l'égale protection et des procédures équitables énoncés dans le 14<sup>e</sup> amendement, qui interdisent la discrimination par les États, même si, en droit fédéral, l'orientation sexuelle n'est pas constitutionnellement reconnue comme une classe suspecte ou quasi suspecte en vertu du 14<sup>ème</sup> amendement.

Une deuxième question importante est celle des compétences des États et du gouvernement fédéral dans le règlement des différends juridiques relatifs au mariage entre personnes de même sexe. Les constitutions des États, y compris les déclarations des droits de ces constitutions, sont parfois plus larges que la loi fédérale et permettent donc aux couples de même sexe de revendiquer des droits. Dans le cas d'Hawaï, par exemple, le droit à la vie privée et le principe de l'égalité des droits relativement au sexe (l'amendement sur l'égalité des droits) sont inscrits dans la Constitution de l'État et ont été invoqués pour reconnaître les droits des couples de même sexe dans « Baehr c. Lewin »<sup>55</sup> et dans des décisions subséquentes.

Malgré les possibilités offertes par les constitutions des États, la reconnaissance des couples de même sexe dans l'ensemble des États-Unis nécessitera vraisemblablement une intervention fédérale. Comme dans le cas des lois sur la sodomie, il est peu probable que les changements graduels, qui pourraient se produire sur une trentaine d'années dans les différents États, aboutissent à un traitement uniforme des couples de même sexe dans tout le pays sans une intervention fédérale. En réaction aux premières décisions sur le mariage entre personnes de même sexe rendues à Hawaï, les opposants au mariage homosexuel se sont mobilisés à l'échelle nationale pour faire adopter la loi de défense du mariage, promulguée par le président Bill Clinton en 1996. Cette loi interdisait la reconnaissance du mariage ou des relations entre personnes de même sexe dans le droit fédéral et permettait aux États de ne pas reconnaître les mariages entre personnes de même sexe contractés ou reconnus dans d'autres États. Même si la constitutionnalité de la loi fédérale de défense du mariage de 1996 était largement mise en doute, la législation est restée en vigueur pendant plusieurs années, de sorte que les mariages entre personnes de même sexe obtenus dans certains États, en premier lieu au Massachusetts après l'arrêt « Goodridge » de 2003, pouvaient être jugés invalides hors de l'État dans lequel ils avaient été contractés. Et surtout, ces mariages n'étaient pas comparables aux mariages entre personnes de même sexe dans d'autres pays. En raison de la nature du fédéralisme américain, ces mariages étaient valides dans l'État d'origine,

mais pas forcément dans les autres États et, surtout, ils n'étaient pas valides en droit fédéral. Par conséquent, pour toutes les questions relevant du gouvernement fédéral américain, ces mariages contractés dans des États comme le Massachusetts n'étaient ni reconnus ni jugés valides, de sorte que dans des domaines clés comme l'immigration et la fiscalité, les époux de même sexe faisaient face à des obstacles insurmontables dans le droit fédéral<sup>56</sup>. Dans les pays où le mariage est de compétence fédérale, il n'existe qu'un seul point de veto pour faire obstruction au mariage et cette situation de reconnaissance partielle du mariage homosexuel ou de courtpointe raboutée de droits des conjoints ne se présente pas.

Des procédures judiciaires semblables à l'arrêt « Loving c. Virginia », qui a invalidé les lois des États interdisant les mariages interracialisés en 1967, pourraient permettre la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe partout aux États-Unis. Compte tenu de la tendance très conservatrice de la Cour suprême actuelle, les tenants de la reconnaissance des unions entre conjoints de même sexe se sont montrés réticents à intenter des poursuites par crainte de créer des précédents défavorables. Les défenseurs du mariage homosexuel aux États-Unis ont opté pour une stratégie État par État s'apparentant à celle adoptée pour abolir les lois sur la sodomie. Ils espéraient ainsi donner une impulsion politique et juridique en faveur du mariage entre personnes de même sexe dans les États et susciter une dynamique qui se traduirait ultérieurement par la reconnaissance fédérale de ces unions. De fait, des victoires à ce chapitre ont été remportées dans différents États tout au long des années 2000-2010. En 2013, la Cour suprême des États-Unis a rendu deux décisions marquantes favorables au mariage entre personnes de même sexe. Dans l'affaire « Hollingsworth c. Perry »<sup>57</sup>, la Cour a statué que la Proposition 8 de la Californie (interdisant les mariages homosexuels) était inconstitutionnelle. Dans l'affaire « US c. Windsor »<sup>58</sup>, la cour a jugé inconstitutionnelle l'interdiction, énoncée dans la loi de défense du mariage, de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe dans le droit fédéral. L'administration Obama avait déclaré dès 2011 qu'elle n'engagerait plus de poursuites en vertu de la loi de défense du mariage, puis, à la suite de l'arrêt « US c. Windsor », elle a commencé à prendre des mesures pour éliminer des lois fédérales les dispositions discriminatoires à l'égard des conjoints de même sexe<sup>59</sup>.

Au Canada, par contre, les couples de même sexe qui voulaient contester leur exclusion des lois sur le mariage pouvaient invoquer des précédents probants issus de poursuites antérieures sur la reconnaissance des unions de fait. Dans l'affaire « M. c. H. »<sup>60</sup>, par exemple, l'exclusion des couples de même sexe vivant en cohabitation des lois ontariennes sur la famille a été jugée inconstitutionnelle en vertu de la Charte. Et, dans la mesure où la Charte s'applique au droit provincial sur l'ensemble du territoire canadien, les autres provinces ont été forcées de modifier les dispositions de leurs lois sur la famille pour les rendre conformes à cette décision. Après avoir reconnu les droits des conjoints de même sexe en cohabitation, il n'y avait qu'un pas à franchir pour établir que les droits à l'égalité garantis par l'article 15 rendent intenable la définition hétérosexuelle du mariage. Plutôt que de procéder au cas par cas, les plaignants qui ont porté des affaires devant les tribunaux au Québec, en Colombie-Britannique et en Ontario ont entamé des poursuites contre le gouvernement fédéral en vertu de la Charte fédérale. Ces affaires auraient pu être portées en appel à la Cour suprême, mais le gouvernement fédéral y a renoncé et a plutôt adopté, en vertu de ses compétences, une loi sur le mariage civil légalisant le mariage entre personnes de même sexe. Le gouvernement fédéral a soumis la législation sur le mariage civil des personnes de même sexe à la Cour suprême du Canada qui l'a jugée constitutionnelle en 2004<sup>61</sup>. Comme dans le cas de la réforme du Code criminel du Canada de 1969, la loi légalisant le mariage

homosexuel a été adoptée par un gouvernement fédéral en vertu de ses compétences dans ce domaine de politiques. L'adoption de la loi a suscité très peu d'opposition. Les opposants au mariage homosexuel n'ont pu faire pression sur le gouvernement pour qu'il utilise la clause dérogatoire : ils ne disposaient pas d'une majorité à la Chambre des communes pour rejeter le projet de loi et ils ne pouvaient pas avoir recours à des initiatives de scrutin ou à des amendements constitutionnels pour empêcher l'adoption de la loi.

## 5. Conclusion

La question des droits des LGBT au Canada et aux États-Unis illustre bien les deux faces des positions traditionnelles sur la relation entre le fédéralisme et les politiques publiques. D'une part, dans le régime américain, le potentiel d'expansion du fédéralisme a favorisé les changements graduels de politiques dans les États et, parallèlement, les multiples points de veto créés par le système de séparation des pouvoirs conjugués aux compétences conférés aux États dans d'importants domaines de politiques ont entravé ces changements de politiques. D'autre part, dans le régime canadien, la centralisation des mécanismes de protection des droits de la personne dans la Charte de même que la dynamique descendante de l'exercice du pouvoir dans le régime parlementaire de type Westminster ont facilité les changements de politiques. Ces institutions ont mis des moyens incitatifs différents à la disposition des militants, des organisations des mouvements sociaux, des défenseurs des droits et des intervenants juridiques. Néanmoins, de nombreux facteurs conditionnent le paysage politique des mouvements sociaux des deux pays, si bien qu'il est difficile de faire des généralisations quant à l'incidence des structures institutionnelles sur la mobilisation des mouvements sociaux. Fondamentalement, le système américain crée à la fois plus d'obstacles et de possibilités, renforçant du coup la mobilisation des militants et l'engagement de la base.

Notre analyse montre comment il est possible d'utiliser les approches traditionnelles de l'étude des institutions politiques pour expliquer la dynamique des changements générés par les mouvements sociaux axés sur l'identité ou l'orientation sexuelle. Ces approches, toutefois, ne nous permettent pas de comprendre la sexospécificité des institutions elles-mêmes, c'est-à-dire comment elles encodent les rapports entre les sexes. Ces approches traitent plutôt les institutions comme des mécanismes et des outils avec lesquels les militants doivent composer. Elles mettent en lumière les structures sous-jacentes du pouvoir institutionnel de l'État et l'importance du partage des compétences et de la division des pouvoirs dans les débats sur les enjeux sexospécifiques. Parallèlement, les militants dans les deux pays semblent tenir pour acquises leurs propres institutions et ne semblent pas vouloir amorcer une discussion systématique des possibilités institutionnelles ou du fédéralisme en tant que structure institutionnelle. Une prochaine étape consisterait à analyser plus systématiquement la sexospécificité du fédéralisme et l'encodage de postulats hétéronormatifs dans le fonctionnement des institutions politiques et dans les mécanismes de gouvernance multiniveaux.

## Notes

<sup>1</sup> Une partie de cet article est reproduite avec l'autorisation des éditeurs de «Federalism and LGBT rights in th USA and Canada: A Comparative Policy Analysis», in HAUSSMAN (M.), SAWER (M.) et VICKERS (J.), *Federalism, Feminism and Multilevel Governance*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 97-110. Traduit de l'anglais par Maya Berbery. Ces travaux ont bénéficié d'une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

<sup>2</sup> GRAY (G.), «Federalism, Feminism and Multilevel Governance: The Elusive Search for Theory», in

HAUSSMAN (M.), SAWER (M.) et VICKERS (J.), *Federalism, Feminism and Multilevel Governance*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 19-35.

<sup>3</sup> Voir toutefois MUCCIARONI (G.), *Same Sex, Different Politics: Success and Failure in the Struggles Over Gay Rights*, Chicago and London, University of Chicago Press, 2008, pp. 154-161 ; RAYSIDE (D.), *Queer Inclusions, Continental Divisions: Public Recognition of Sexual Diversity in Canada and the United States*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, pp. 19-34 ; SMITH (M.), *Political Institutions and Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada*, New York and London, Routledge, 2008, pp. 14-27.

<sup>4</sup> Dans ce contexte, «Stonewall» renvoie aux protestations *queer* contre un raid policier mené dans le bar Stonewall à New York. Ces protestations sont souvent considérées comme marquant le début du mouvement de libération gaie aux États-Unis.

<sup>5</sup> *US c. Windsor* 570 US\_ (2013).

<sup>6</sup> *Hollingsworth c. Perry* 2013 570 US\_ (2013).

<sup>7</sup> SAWER (M.) et VICKERS (J.), «Introduction: Political Architecture and Its Gender Impact», in HAUSSMAN (M.), SAWER (M.) et VICKERS (J.), *Federalism, Feminism and Multilevel Governance*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 3-31.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 3-4.

<sup>9</sup> PIERSON (P.), *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

<sup>10</sup> MACKAY (F.), KENNY (M.) et CHAPPELL (L.), «New Institutionalism Through a Gender Lens: Towards a Feminist Institutionalism?», *International Political Science Review*, vol. 31, n° 5, 2010, pp. 573-588.

<sup>11</sup> MUCCIARONI, *op.cit.* ; SMITH, *op.cit.*.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> RAYSIDE, *op.cit.*

<sup>14</sup> BURGESS (M.), *Comparative Federalism: Theory and Practice*, New York, Routledge, 2006, pp. 5-75.

<sup>15</sup> RUSSEL (H.P.), *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?* Toronto, University of Toronto Press, 2004, 3<sup>e</sup> édition.

<sup>16</sup> WATTS (R.), «The American Constitution in Comparative Perspective: A Comparison of Federalism in the United States and Canada», *Journal of American History*, vol. 74, n° 3, 1987, pp. 769-792 ; BURGESS, *op.cit.* ; ERK (J.), *Explaining Federalism: state, Society and Congruence in Austria, Belgium, Canada, Germany and Switzerland*, New York and London, Routledge, 2007.

<sup>17</sup> HOGG (W.P.), «Canada: The Constitution and Same-Sex Marriage», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n° 3, 2006, pp. 712-721 ; KOPPELMAN (A.), *Same-Sex, Different States: When Same-Sex Marriages Cross state Lines*, New Haven and London, Yale University Press,



2006.

18 KANE (M.), «Timing Matters: Shifts in the Causal Determinants of Sodomy Law Decriminalization, 1961-1998 », *Social Problems*, vol. 54, n° 2, 2007, pp. 211-239.

19 PIZER (C.J.), SEARS (B.), MALLORY (C.) et HUNTER (D.N.), «Evidence of Persistent and Pervasive Workplace Discrimination against LGBT People: The Need for Federal Legislation Prohibiting Discrimination and Providing for Equal Employment Benefits», *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 45, 2011-2012, pp. 715-779.

20 *Burwell c. Hobby Lobby* 573 US \_ (2014).

21 O'KEEFE (E.), «Gay Rights Groups Withdraw Support of ENDA after Hobby Lobby Decision», *The Washington Post*, 8 juillet 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/post-politics/wp/2014/07/08/gay-rights-group-withdrawing-support-of-enda-after-hobby-lobby-decision/> (site consulté le 2 Septembre 2014).

22 TARR (G.A.), *Understanding State Constitutions*, Princeton, Princeton University Press, 1998, p. 161.

23 ANDERSEN (E.A.), *Out of the Closets and Into the Courts: Legal Opportunity and Gay Rights Litigation*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005.

24 *In re Marriage Cases* (2008) 43 Cal.4th 757 [76 Cal.Rptr.3d 683, 183 P.3d 384].

25 TARR, *op.cit.*, p. 25.

26 *Romer c. Evans*, 517 US 620 (1996).

27 CAIN (A.P.), *Rainbow Rights: The Role of Lawyers and Courts in the Lesbian and Gay Civil Rights Movement*, Boulder, Westview, 2000.

28 *Hollingsworth c. Perry*, *op.cit.*

29 Pour un excellent aperçu de la démocratie directe et des droits des gais aux États-Unis, voir STONE (L.A.), *Gay Rights at the Ballot Box*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2012.

30 RUSSELL, *op.cit.*

31 MUCCIARONI, *op.cit.*, pp. 154-161.

32 IIMMERGUT (M.E.), «The Rules of the Game: The Logic of Health Policy-Making in France, Switzerland, and Sweden», in STEINMO (S.), THELEN (K.) et LONGSTRETH (S.), *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 57-89.

33 BAKVIS (H.) et WOLINETZ (S.), «Canada: Executive Dominance and Presidentialization», in POGUNTKE (T.) et WEBB (P.), *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 199-220.

34 McTHOMAS (M.) et BUCHANAN (R.J.), «President Obama and Gay Rights: The 2008 and 2012 Presidential Elections», *PS: Political Science & Politics*, vol. 45, n° 3, 2012, pp. 442-448.

35 MEZEY (S.G.), *Queers in Court: Gay Rights Law and Public Policy*, Lanham, MD, Rowman and Littlefield, 2007, pp. 215-221.

36 SMITH, *op.cit.*

37 *US c. Windsor, op.cit.*

38 *Hollingsworth c. Perry, op.cit.*

39 PINELLO (D.R.), *Gay Rights and American Law*, New York, Cambridge University Press, 2003 ; MUCCIARONI, *op.cit.*, pp. 253-254.

40 *Macy c. Holder*, EEOC Decision No. 0120120821 (2012).

41 Le Rapport Wolfenden de 1957 au Royaume-Uni recommandait la décriminalisation des rapports homosexuels entre adultes consentants, recommandation mise en œuvre au Royaume-Uni en 1967. Les mesures adoptées au Royaume-Uni à ce chapitre ont servi de modèle pour d'éventuelles réformes juridiques tant au Canada qu'aux États-Unis.

42 ANDERSEN, *op.cit.*, pp. 19-23.

43 WARNER (T.), *Never Going Back: A History of Queer Activism in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, pp. 57-59.

44 CAIN, *op.cit.*, pp. 134-142.

45 *Bowers c. Hardwick* 478 US 186 (1986).

46 *Lawrence c. Texas*, 539 US 558 (2003).

47 *Ibid.*

48 KANE, *op.cit.*

49 FETNER (T.), *How the Religious Right Shaped Lesbian & Gay Activism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2008.

50 KOPPELMAN, *op.cit.*

51 *Loving c. Virginia* 388 US 1 (1967).

52 *Baehr c. Lewin*, 74 Haw. 645, 852 P.2d 44 (1993).

53 *Griswold c. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

54 *Roe c. Wade*, 410 US 113 (1973).

55 *Baehr c. Lewin, op.cit.*

56 KOPPELMAN, *op.cit.*; SMITH, *op.cit.*

57 *Hollingsworth c. Perry, op.cit.*

58 *US c. Windsor, op.cit.*

---



59 HOLDER (E. JR.), «[Office of Attorney Memorandum to all department employees entitled \*Department Policy on Ensuring Equal Treatment for Same-Sex Married Couples\*](#)», US Department of Justice, 10 février 2014.

60 *M c. H* [1999] S. C. J. No. 23.

61 HURLEY (M.), *Sexual Orientation: Legal Background*, [document révisé], Ottawa, Library of Parliament, 2010.

PDF généré automatiquement le 2020-06-23 13:18:18

Url de l'article : <https://popups.uliege.be:443/1374-3864/index.php?id=1380>