



---

CENTRE PERELMAN  
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

*L'arrêt Coman : quand la Cour de justice  
contribue à la reconnaissance du mariage  
homosexuel*

**Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE**



Working Paper no. 2-2018

## L'arrêt *Coman* : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel

Emmanuelle Bribosia (\*) et Isabelle Rorive (\*\*)

(\*) Emmanuelle Bribosia est professeure à l'Institut d'Études européennes et à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, ainsi que directrice du Centre de droit européen ([www.cde.ulb.be](http://www.cde.ulb.be)).

(\*\*) Isabelle Rorive est professeure à la Faculté de droit et à l'Institut d'Études européennes de l'Université libre de Bruxelles, ainsi que présidente du Centre Perelman de philosophie du droit ([www.philodroit.be](http://www.philodroit.be)).

- *Les États membres du Conseil de l'Europe doivent garantir une reconnaissance juridique aux couples de même sexe mais ne sont pas tenus de leur permettre de se marier.*
- *Au sein de l'Union européenne, un État doit désormais reconnaître les effets d'un mariage homosexuel conclu dans un autre État membre aux fins de l'octroi d'un droit de séjour pour regroupement familial.*
- *L'arrêt Coman innove en s'appuyant sur la logique de la « reconnaissance », mais sa portée reste limitée à l'octroi d'un droit de séjour au conjoint de même sexe épousé dans un autre État membre.*

L'arrêt *Coman* du 5 juin 2018<sup>1</sup> était très attendu et la presse internationale s'en est, du reste, largement fait l'écho. Pour la première fois, la question du mariage entre personnes de même sexe s'invitait à la Cour de justice de l'Union européenne, dans un contexte où le rythme des évolutions en la matière ne cesse de s'accroître depuis le tournant du millénaire. Si les Pays-Bas furent le premier pays au monde à ouvrir l'institution du mariage aux personnes de même sexe en 2001, les initiatives en ce sens se sont ensuite succédées. En janvier 2019, seize pays du Conseil de l'Europe autoriseront les personnes de même sexe à se marier dont quatorze sont membres de l'Union européenne<sup>2</sup>. Ils seront vingt-six dans le monde<sup>3</sup>. En outre, vingt-six pays européens (dont vingt-deux de l'Union européenne) organisent une reconnaissance juridique sous la forme d'un partenariat enregistré ou d'un partenariat civil au bénéfice des couples de même sexe. Seuls six pays de l'Union européenne, concentrés en Europe centrale et orientale, ne prévoient aucune forme de reconnaissance juridique pour ces couples<sup>4</sup>.

Dans la majeure partie des cas, c'est au parlement que la réforme s'est concrétisée<sup>5</sup>, parfois au prix de débats de société très clivants comme pour l'adoption de la loi dite « sur le mariage pour

---

<sup>1</sup> C.J. (G.C.), 5 juin 2018, arrêt *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Associatia Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrari, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, ECLI :EU:C:2018:385 (ci-après arrêt *Coman*).

<sup>2</sup> Toute l'Europe, « Le mariage homosexuel en Europe. Carte et comparatif », 12 décembre 2017, en ligne : <https://www.touteleurope.eu/actualite/le-mariage-homosexuel-en-europe.html>. Voy. aussi la carte « Droit à l'orientation sexuelle dans le monde – Reconnaissance », publiée en ligne chaque année par ILGA.

<sup>3</sup> Au sein du Conseil de l'Europe, dans l'ordre chronologique : Pays-Bas, Belgique, Espagne, Suède, Norvège, Portugal, Islande, Danemark, France, Grande-Bretagne, Luxembourg, Irlande, Malte, Allemagne, Finlande, Autriche. Au-delà du Conseil de l'Europe : Afrique du Sud, Argentine, Australie, Brésil, Canada, Colombie, États-Unis, Mexique, Nouvelle-Zélande, Uruguay. Voy. aussi, *infra*, la note 7 pour le Costa Rica et Taïwan.

<sup>4</sup> Il s'agit de la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie, la Bulgarie et la Pologne.

<sup>5</sup> K. Kollman, « Same-sex Partnership and Marriage : the Success and Cost of Transnational Activism », in D. Paternotte and M. Tremblay (eds), *The Ashgate Research Companion to Lesbian and Gay Activism*, Surrey/Burlington, Ashgate, 2015, pp. 307-322.

tous » en France<sup>6</sup>. La voie référendaire a été également utilisée, avec des objectifs différents. Après un travail exemplaire d'une Convention constitutionnelle établie sur une base de participation citoyenne, c'est l'Irlande qui y a recours pour la première fois avec succès en 2015 pour permettre aux couples de même sexe de se marier. La même année, en Slovénie, un référendum est, au contraire, mis sur pied pour contrer un texte de loi adopté par le parlement et bloquer la réforme. En Roumanie, une coalition de la société civile pour le soutien de la famille traditionnelle a recueilli trois millions de signatures, l'appui de l'Église orthodoxe ainsi que de la plupart des partis représentés au parlement, en vue d'organiser un référendum visant à inscrire dans la Constitution que le mariage célèbre uniquement l'union entre un homme et une femme. Il s'est tenu en octobre 2018 mais n'a pas atteint le quorum de participation requis pour permettre une réforme constitutionnelle.

Dans certains pays, comme au Canada, en Afrique du Sud et, plus récemment, aux États-Unis et en Colombie, les juges ont joué un rôle déterminant pour permettre aux couples de même sexe de se marier<sup>7</sup>. Il n'en avait pas été ainsi en Europe jusqu'à une décision de la Cour constitutionnelle autrichienne rendue en décembre 2017. Dans un jugement unanime, cette juridiction considère que régler le statut juridique des relations hétérosexuelles et homosexuelles par deux institutions différentes – le mariage et le partenariat enregistré – viole le principe d'égalité et de non-discrimination, peu importe que ces deux régimes soient quasiment identiques. Et de conclure que, pour le 1<sup>er</sup> janvier 2019, le mariage doit être ouvert aux personnes de même sexe et le partenariat enregistré accessible aux personnes de sexe différent<sup>8</sup>.

Au niveau régional, la Cour interaméricaine des droits de l'homme est la première juridiction à consacrer, par une décision historique rendue en novembre 2017, l'obligation pour l'ensemble des États parties à la Convention américaine des droits de l'homme de permettre aux couples de même sexe de se marier<sup>9</sup>. Outre le Costa Rica qui avait introduit la demande d'avis consultatif devant la Cour interaméricaine, ce ne sont pas moins de quinze pays d'Amérique centrale et du Sud qui devraient légaliser le mariage homosexuel pour se conformer à cette décision.

Comme nous le verrons, la Cour européenne des droits de l'homme a, jusqu'ici, été plus timorée que son homologue interaméricaine, tout en resserrant progressivement la marge d'appréciation des États membres au nom du respect du droit à la vie privée et familiale (I.) À défaut de compétence de l'Union européenne dans le domaine de l'état civil, la Cour de justice de l'Union européenne n'était pas *a priori* appelée à jouer un rôle majeur sur ce thème. C'était sans compter la mise en œuvre de la liberté de circulation sur laquelle la Grande Chambre de la Cour de justice fut appelée à se prononcer à l'occasion de l'affaire *Coman* (II.).

---

<sup>6</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

<sup>7</sup> Notez que la Cour suprême du Costa Rica (arrêt du 8 août 2018) et la Cour Constitutionnelle de Taïwan (arrêt du 24 mai 2017) ont respectivement laissé dix-huit mois et deux ans au parlement de leur pays pour réformer la législation.

<sup>8</sup> Voy. Communiqué de presse G258/2017 du Verfassungsgerichtshof Österreich, 5 décembre 2017, « Distinction between marriage and registered partnership violates ban on discrimination », en ligne: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_G\\_258-2017\\_Press\\_release\\_same-sex\\_marriage.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_G_258-2017_Press_release_same-sex_marriage.pdf)

<sup>9</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-24/17 du 24 novembre 2017, sollicité par la République du Costa Rica, « Identité de genre, égalité et non-discrimination pour les couples de même sexe », notifié le 9 janvier 2018, en ligne (en espagnol) : [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf).

## I. LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA TECHNIQUE DES PETITS PAS <sup>10</sup>

L'on se souviendra que dans l'arrêt *Schalk et Kopf*<sup>11</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu que l'article 12 de la Convention européenne (qui consacre le droit au mariage) n'impose pas l'ouverture du mariage à un couple de même sexe<sup>12</sup>. Si elle y reconnaît les bouleversements profonds qu'a connus l'institution du mariage en raison de l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle se retranche derrière l'absence de consensus européen et l'importante marge d'appréciation dont doivent bénéficier les États sur cette question qui « possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre ». Malgré une évolution graduelle du droit de certains États, la Cour a réaffirmé cette position dans sa jurisprudence ultérieure, notamment à l'occasion des arrêts *Hämäläinen c. Finlande*<sup>13</sup>, *Oliari et autres c. Italie*<sup>14</sup> ainsi que *Chapin et Charpentier c. France*<sup>15</sup>. Il en résulte que les États demeurent libres, tant au regard de l'article 12 pris isolément que combiné à l'article 14 (interdiction de la discrimination) ou de la combinaison des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 de la Convention, « de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels et qu'ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique »<sup>16</sup>.

Ceci étant, la position de la Cour ne peut se résumer au tout ou rien. Elle s'est, en réalité, engagée dans une stratégie des petits pas, de nature à ménager la susceptibilité de certains États tout en resserrant son contrôle. Cela lui a permis notamment, à l'occasion de l'arrêt *Oliari et autres c. Italie* rendu en 2015, de consacrer, au titre du droit à la vie privée et familiale, une obligation positive de reconnaissance juridique des unions entre personnes de même sexe<sup>17</sup>. Un an plus tard, dans l'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie*<sup>18</sup>, elle a condamné l'Italie pour avoir refusé un permis de séjour pour raison familiale à un couple de même sexe qui n'était pas en mesure de se marier puisque le mariage est toujours réservé aux couples hétérosexuels dans ce pays. Sur la base d'une tendance significative au niveau mondial et d'un consensus émergent au sein du Conseil de l'Europe à considérer le partenaire de même sexe engagé dans une relation stable et durable comme un membre de la famille<sup>19</sup>, la Cour a jugé que traiter un couple homosexuel (qui ne peut pas se marier) de la même manière que des partenaires hétérosexuels non mariés était discriminatoire. Enfin, dans l'arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre

---

<sup>10</sup> Les développements relatifs à la Cour européenne des droits de l'homme sont partiellement tirés de notre chronique « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2018, n° 2, pp. 126-145.

<sup>11</sup> Cour eur. D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 (req. n° 30141/04). Voy. notre chronique « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 216-217 et *J.E.D.H.*, 2016, n° 2, pp. 260-263.

<sup>12</sup> Arrêt *Schalk et Kopf*, point 63.

<sup>13</sup> Cour eur.D.H. (G.C.), arrêt *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014 (req. n° 37359/09), point 96.

<sup>14</sup> Cour eur.D.H. (4<sup>e</sup> sect.), arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015 (req. n° 18766/11 et 36030/11), points 192-194. Voy. notre chronique « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2016, n° 2, pp. 260-263.

<sup>15</sup> Cour eur.D.H. (5<sup>e</sup> sect.), arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016 (req. n° 40183/07), points 37-40 et 48-52.

<sup>16</sup> Arrêt *Chapin et Charpentier*, point 48.

<sup>17</sup> Arrêt *Oliari*, points 172-185.

<sup>18</sup> Cour eur. D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016 (req. n° 51362/09). Voy. notre chronique « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2017, n° 2, pp. 198-200.

<sup>19</sup> Arrêt *Taddeucci and McCall*, points 74-80 et 97.

2017<sup>20</sup>, c'est l'impossibilité pour les couples mariés à l'étranger d'obtenir la reconnaissance juridique de leur union en Italie qui est condamnée par la Cour au nom du respect du droit à la vie privée et familiale<sup>21</sup>. La Cour n'a guère jugé utile d'examiner les griefs d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui avaient pourtant été soulevés de manière très convaincante par les requérants ainsi que par plusieurs parties intervenantes<sup>22</sup>. En cantonnant son contrôle au respect du droit à la vie privée et familiale, la Cour évite de heurter de front les limites de sa jurisprudence *Schalk et Kopf*. Dès le moment où la Cour juge l'article 12 de la Convention applicable à un couple de même sexe qui souhaite se marier, et qu'elle l'étend à un couple homosexuel déjà marié qui souhaite la reconnaissance de son mariage<sup>23</sup>, ne pas constater de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle quant à l'accès au mariage pour ce seul motif, considéré comme suspect par la Cour elle-même, est intenable<sup>24</sup>. L'on peine, en effet, à voir quelle justification particulièrement impérieuse pourrait être avancée par un gouvernement à l'appui de cette différence de traitement. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe n'a-t-il pas lui-même affirmé que « si les États ont la réelle volonté de garantir la pleine égalité, ils devraient au moins envisager sérieusement d'ouvrir le droit au mariage civil aux couples de même sexe »<sup>25</sup> ?

## II. LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE ET LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

Dans l'affaire *Coman*, la Cour de justice de l'Union européenne était, pour la première fois, appelée à statuer sur l'interprétation du terme « conjoint » dans le cadre d'une demande de regroupement familial (demande de séjour d'une durée de plus de trois mois), introduite en Roumanie, par un citoyen roumain (Monsieur Coman), au bénéfice de son mari américain (Monsieur Hamilton), à la suite d'un mariage conclu en Belgique, alors que Monsieur Coman était assistant parlementaire dans ce pays.

Saisie par la Cour constitutionnelle roumaine, la Cour de justice a d'abord reformulé les questions préjudicielles dont elle était saisie. Elle a précisé qu'elle ne se prononçait pas sur l'interprétation de la directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres<sup>26</sup>. En effet, celle-ci ne permet nullement de fonder un droit de séjour dérivé en faveur d'un ressortissant d'un État tiers (ici Monsieur Hamilton), membre de la famille d'un citoyen de l'Union (ici Monsieur Coman), dans l'État membre dont celui-ci possède la nationalité (ici la Roumanie)<sup>27</sup>. La Cour de justice se fonde en réalité sur l'effet utile de l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'UE. Ainsi, lorsqu'à l'occasion d'un séjour effectif d'un citoyen de l'Union dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, une vie de famille s'est développée ou s'est consolidée, celle-ci doit pouvoir être poursuivie lors du retour dans l'État membre dont il a la nationalité. Pour ce faire, un droit de séjour dérivé doit être octroyé au « membre de la famille » ressortissant d'un État tiers, et ce

---

<sup>20</sup> Cour eur. D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017 (req. nos. 26431/12, 26742/12 ; 44057/12 et 60088/12).

<sup>21</sup> Arrêt *Orlandi et autres c. Italie*, point 209.

<sup>22</sup> *Ibidem*, point 212.

<sup>23</sup> Arrêt *Orlandi*, point 145.

<sup>24</sup> E. Bribosia, I. Rorive et L. Van den Eynde, « Same-sex Marriage : Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *B.J.I.L.*, vol. 32, n° 1, 2014.

<sup>25</sup> N. Muznieks, « Accès à la reconnaissance juridique pour les couples de même sexe : c'est une question d'égalité », *Carnets des droits de l'homme*, 21 février 2017.

<sup>26</sup> *J.O.* 2004, L 158, p. 77.

<sup>27</sup> Arrêt *Coman*, point 20.

suivant des conditions équivalentes à celles prévues par la directive 2004/38/CE qui doit être appliquée par analogie<sup>28</sup>. C'est donc dans le statut de citoyen de l'Union, en tant que statut fondamental des ressortissants des États membres, que la Cour de justice ancre le droit « de mener une vie familiale normale » tant dans l'État membre d'accueil que dans celui dont il est un national lors du retour dans cet État<sup>29</sup>.

Restait à savoir si, par une application par analogie de la directive 2004/38/CE, un ressortissant de pays tiers marié à un citoyen européen doit être inclus dans la notion de membre de la famille en qualité de « conjoint ». Pour donner une définition autonome du terme « conjoint », l'avocat général Wathelet se fonde à la fois sur l'objectif poursuivi par la libre circulation des citoyens de l'Union ainsi que sur les interprétations textuelle, contextuelle et téléologique de cette notion, afin de tenir compte de l'évolution de la société européenne « dont le nombre de législations autorisant le mariage entre personnes de même sexe et la définition actuelle de la vie familiale au sens de l'article 7 de la Charte sont le reflet »<sup>30</sup>. De manière plus lapidaire, la Cour de justice arrive à la même conclusion et considère que le conjoint vise une personne unie à une autre par les liens du mariage et « est neutre du point de vue du genre »<sup>31</sup>. Ce faisant, la Cour de justice souligne qu'à la différence de la disposition sur le partenariat enregistré contenue dans la directive 2004/38/CE<sup>32</sup>, celle dont le conjoint tire un droit de séjour dérivé<sup>33</sup> ne renvoie pas aux législations des États membres pour déterminer la qualité de conjoint. Et d'en déduire qu'un État membre ne peut dès lors pas invoquer son droit national pour s'opposer à la reconnaissance d'un droit de séjour au conjoint de même sexe d'un de ses citoyens alors que le mariage a été conclu dans un autre État membre conformément au droit de ce dernier<sup>34</sup>. La Cour rappelle que si l'état des personnes, qui comprend les règles relatives au mariage, relève bien de la compétence des États membres, ces derniers doivent respecter le droit de l'Union dans l'exercice de cette compétence, et notamment le dispositif de la liberté de circulation et de séjour<sup>35</sup>.

Sur cette base, la Cour déroule ensuite les étapes classiques de son contrôle en la matière. Premièrement, elle aborde la question de l'entrave pour nous dire que refuser de reconnaître un mariage de même sexe pour rejeter le droit de séjour du conjoint d'un citoyen européen est susceptible d'entraver l'exercice, par ce dernier, de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Ensuite, la Cour vérifie si cette entrave potentielle peut être justifiée par des considérations objectives d'intérêt général qui sont proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi en droit national<sup>36</sup>. Les gouvernements roumain, hongrois, polonais et letton avaient souligné le « caractère fondamental de l'institution du mariage » qui est consacrée dans certains États membres comme une union entre un homme et une femme par des normes constitutionnelles. Des impératifs tirés de l'identité nationale ou de l'ordre public avaient même été avancés. La Cour balaye ces considérations et rappelle que lorsque l'ordre public est invoqué pour déroger à une liberté fondamentale, il doit s'entendre de manière stricte et uniquement en présence d'une « menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »<sup>37</sup>. Aucun État membre n'est contraint de prévoir dans son droit

---

<sup>28</sup> Conclusions de l'avocat général Wathelet, points 22-29 ; arrêt *Coman*, points 18-25.

<sup>29</sup> Arrêt *Coman*, points 31-32.

<sup>30</sup> Conclusions de l'avocat général Wathelet, points 77 à 80.

<sup>31</sup> Arrêt *Coman*, points 34-35.

<sup>32</sup> Article 2, point 2, sous b) de la directive 2004/38 précitée.

<sup>33</sup> Article 2, point 2 sous a) de la directive 2004/38 précitée.

<sup>34</sup> Arrêt *Coman*, point 36.

<sup>35</sup> Arrêt *Coman*, points 37-38.

<sup>36</sup> Arrêt *Coman*, points 40-41.

<sup>37</sup> Arrêt *Coman*, point 42.

national l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Il s'agit uniquement de reconnaître les effets d'un tel mariage, régulièrement conclu dans un État membre, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un pays tiers, époux d'un citoyen européen qui a effectivement exercé son droit à la liberté de circulation<sup>38</sup>.

La Cour tape encore sur le clou en invoquant l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale : les droits qui y sont garantis doivent recevoir « le même sens et la même portée » que ceux qui relèvent de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>39</sup>. Une mesure nationale de nature à entraver la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que si elle est conforme à la Charte des droits fondamentaux ainsi comprise. Or, depuis l'arrêt *Schalk et Kopf*<sup>40</sup>, une jurisprudence constante de la Cour européenne reconnaît que la relation entretenue par un couple de même sexe est susceptible de relever de la notion de vie privée et familiale au même titre que celle d'un couple de sexe opposé<sup>41</sup>.

Avec l'arrêt *Coman*, la Cour de justice entre dans la conversation juridictionnelle sur la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe et met sa pierre à l'édifice d'un régime juridique européen où les barrières fondées sur l'orientation sexuelle tombent peu à peu. Cette décision est audacieuse<sup>42</sup> dans la mesure où la Cour de justice opère un revirement salutaire par rapport à son arrêt *D c. Conseil*, rendu en 2001, dans lequel elle affirmait « que le terme de 'mariage', selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent »<sup>43</sup>. Il est vrai qu'avec l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe intervenue dans quasiment la moitié des États membres de l'Union au moment où la Cour statue, cette solution était dépassée. L'avocat général Wathelet avait, du reste, souligné qu'il s'agissait pour la Cour d'interpréter le droit de l'Union européenne à la lumière de l'évolution générale des sociétés, tant en Europe que dans le monde : « tous les continents connaissent désormais ce type de mariage. Il ne s'agit donc pas d'un fait lié à une culture ou à une histoire spécifique mais correspond, au contraire, à une reconnaissance universelle de la pluralité des familles »<sup>44</sup>.

L'audace de la Cour est toutefois strictement encadrée. Il ne s'agit en rien d'un arrêt aux effets comparables à ceux de l'arrêt *Obergefell* rendu en 2015 par la Cour suprême des États-Unis<sup>45</sup>. Saisie d'un refus de l'État d'Ohio de reconnaître un mariage conclu dans le Maryland, la Cour suprême avait jugé que le respect de la Constitution supposait que les personnes de même sexe puissent se marier dans l'ensemble des cinquante États américains. Il n'est pas anodin de relever que l'affaire *Coman* a été un sujet de discussion entre les juges des deux juridictions lors de l'une de leurs rencontres en 2017. Sur le fond, pour le président de la Cour de justice, M. Koen Lenaerts, le débat en Europe est « exactement le même » que celui qui a eu lieu aux États-Unis.

---

<sup>38</sup> Arrêt *Coman*, points 42-46.

<sup>39</sup> Arrêt *Coman*, point 47.

<sup>40</sup> Voy. supra, note 11 et les développements au point I de cette contribution.

<sup>41</sup> Arrêt *Coman*, points 47-51.

<sup>42</sup> A. Tryfonidou, "Free movement of same-sex spouses within the EU: the ECJ's *Coman* judgment"

European Law Blog, 19 juin 2018, en ligne : <https://europeanlawblog.eu/2018/06/19/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/>.

<sup>43</sup> C.J., 31 mai 2001, arrêt *D c. Conseil*, affaires jointes C-122/99 P et C-125/99 P, ECLI:EU:C:2001:304, point 34.

<sup>44</sup> Conclusions de l'avocat général Wathelet, points 56-58.

<sup>45</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 (2015).

Et d'ajouter, « en quelque sorte, le Maryland, c'est la Belgique et l'Ohio, la Roumanie »<sup>46</sup>. Ceci étant, M. Lenaerts s'était empressé de préciser que la saisine de la Cour de justice dans l'affaire *Coman* était beaucoup plus limitée que celle de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Obergefell*. Il avait insisté sur la nécessité de trouver un équilibre adapté à la situation européenne<sup>47</sup>.

La Cour de justice est effectivement soucieuse de ménager les États quand elle insiste, à l'instar d'ailleurs de la Cour européenne des droits de l'homme, sur leur liberté de prévoir ou non le mariage pour des personnes de même sexe<sup>48</sup>. Les mots sont pesés avec précaution : il s'agit uniquement d'imposer à un État membre qui ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe, d'octroyer le droit de séjour de plus de trois mois, dans les conditions énoncées à l'article 7 de la directive 2004/38/CE, à un ressortissant de pays tiers légalement marié, dans un autre État membre, avec un citoyen de l'État d'accueil avec lequel il a consolidé ou développé une vie de famille. Pas question dès lors pour des couples de contourner une législation nationale qui les exclurait de l'institution du mariage en se déplaçant dans un autre État membre aux seules fins de se marier pour mieux revenir dans l'État de départ. Par ailleurs, si la Cour semble exiger que le mariage ait été conclu dans un État membre, l'on peut supposer que c'est parce que cela correspond à la situation qui lui était soumise. Reste, par conséquent, ouverte la question de l'effet d'un mariage entre personnes de même sexe valablement conclu hors de l'Union européenne et dont l'un des conjoints est un citoyen européen qui exerce son droit à la liberté de circulation dans l'Union<sup>49</sup>.

Enfin, l'on peut se demander si la portée limitée de l'arrêt *Coman* sera tenable en pratique. N'y aura-t-il pas inmanquablement un effet « boule de neige » ? Qui plus est, la Cour de justice elle-même élargit imperceptiblement l'obligation de reconnaissance aux fins de l'exercice des droits que les personnes mariées tirent du droit de l'Union<sup>50</sup>. Ceci va déjà au-delà du droit de séjour, pour englober, par exemple, la question du nom des personnes<sup>51</sup>. En droit national, sera-t-il justifiable encore longtemps de maintenir la définition du mariage comme une union entre une femme et un homme, dès lors que cette conception engendre une différence de traitement relative à un élément essentiel de l'identité et de la vie privée et familiale selon qu'une personne peut ou non exercer sa liberté de circulation et se marier dans un autre État membre de l'Union européenne ?

---

<sup>46</sup> Notre traduction : « By way of speaking, Maryland is Belgium; Ohio is Romania ». Propos rapportés par V. Pop, « Gay Marriage Case Becomes Lightning Rod for EU Court », *The Wall Street Journal*, 4 juin 2018, en ligne : <https://www.wsj.com/articles/gay-marriage-case-becomes-lightning-rod-for-eu-court-1528112258>.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Arrêt *Coman*, point 37.

<sup>49</sup> S. Peers, « Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law », *EU Law Analysis*, 5 juin 2018, en ligne : <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>.

<sup>50</sup> Arrêt *Coman*, point 45.

<sup>51</sup> M. Fallon, « Observations sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385 », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018.