

Trimestriel ■ 30^e année ■ N° 117 ■ 1^{er} janvier 2019

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS

ANTHEMIS

Vers un ordre public européen des droits fondamentaux

L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman*

(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Coman*, 5 juin 2018)

PAR

Jean-Yves CARLIER

*Professeur aux Universités de Louvain et de Liège
Avocat*

Résumé

L'arrêt *Coman* impose à un État qui refuse le mariage homosexuel (Roumanie) de reconnaître un droit de séjour au conjoint étranger (américain) de son ressortissant (roumain) qui a contracté ce mariage dans un autre État membre de l'Union européenne où il avait sa résidence habituelle. Fondée sur la liberté de circulation des citoyens européens, la motivation de l'arrêt *Coman* offre des potentialités larges. La construction progressive d'un ordre public européen des droits fondamentaux en fait partie.

Abstract

In the *Coman* judgment, a State that do not recognise same-sex marriage (Romania) is required to grant a residence permit to the foreign spouse (American) of a national (Romanian) who got married in another EU Member State where he was a resident. This judgement, based on the free movement of EU citizens, opens the way for the progressive construction of a European public policy on the grounds of Human Rights.

Introduction

«No social transformation without representation.» Tels sont les derniers mots de l'opinion dissidente des juges Pejchal et Wojtyczek sous l'arrêt *Orlandi* de la Cour européenne des droits de l'homme¹. Comme dans l'arrêt *Coman* de la Cour de justice de l'Union européenne, prononcé six mois plus tard et qui fait l'objet du présent commentaire, il y allait de mariages de personnes de même sexe, célébrés dans des États permettant de tels mariages (Canada, Californie-USA et Pays-Bas dans l'affaire *Orlandi*, Belgique dans l'affaire *Coman*), dont la reconnaissance est refusée dans l'État de nationalité d'un des conjoints (Italie dans *Orlandi*, Roumanie dans *Coman*). Par la phrase citée ci-dessus, les deux juges dissidents entendaient souligner que les décisions relatives à des changements de société, comme le mariage de personnes de même sexe, doivent relever de la compétence exclusive du législateur, en dehors de toute intervention du juge. Aussi, en l'espèce, la Cour ne devrait pas procéder à une interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme qui modifie les engagements des États : «In our view, even identical societal developments in all States Parties to the Convention cannot alter the scope of their engagements under the Convention. This applies *a fortiori* to societal changes which occur in only some European States. Changes which occur in some States can never affect the scope of the other State's engagements.»² Ce faisant, les juges dissidents réactivent l'ancien débat qui existe depuis la création de la Cour européenne des droits de l'homme entre l'interprétation historique et statique du texte (portée en son temps par le juge britannique Fitzmaurice) et l'interprétation évolutive du texte (portée en son temps par le président Cassin). L'interprétation évolutive fait de la Convention un instrument vivant interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui. La chose n'est pas facile et nécessite de subtils équilibres, dans le temps et dans l'espace, entre consensus, tendances et marges d'appréciation des États, balances des intérêts en présence, souvent marqués par les espoirs des uns et les peurs des autres. L'erreur fondamentale dans la phrase des juges dissidents, reproduite en début du présent article, est de ne pas admettre que la démocratie n'est plus, aujourd'hui, simple exercice du pouvoir de la majorité – si tant est qu'elle l'ait jamais été. La démocratie est construction lente d'équilibres délicats. Le pouvoir judiciaire participe à cette construction, en dialogue avec les autres pouvoirs. Telle est la seule manière de prendre les droits au sérieux³. Et c'est

¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Orlandi e. a. c. Italie*, 14 décembre 2017.

² *Ibid.*, opinion dissidente, § 2.

³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

bien ce que fait aussi la Cour de justice de l'Union européenne⁴. L'arrêt *Coman* en est un exemple⁵.

Voici les faits. Monsieur Coman, citoyen roumain et américain, a épousé en Belgique monsieur Hamilton, citoyen américain, après une cohabitation de plus de quatre ans aux États-Unis. Après deux ans de vie comme conjoints mariés, mais résidant séparément entre New York et Bruxelles, le couple décide de s'installer en Roumanie, pays de nationalité de monsieur Coman. La Roumanie refuse de reconnaître le mariage et d'accorder un droit de séjour de plus de trois mois à monsieur Hamilton. L'article 277 du Code civil roumain prévoit en effet que «1. Le mariage entre personnes de même sexe est interdit» et que «2. Les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie». Saisie d'une exception d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle de Roumanie pose à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle en interprétation de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁶, lue à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour répondra en substance que le droit de l'Union européenne s'oppose à ce que la Roumanie refuse le droit de séjour «au ressortissant d'un État tiers, de même sexe que le citoyen de l'Union, dont le mariage avec ce dernier a été conclu dans un État membre conformément au droit de celui-ci» (dispositif). Certains reprocheront à la Cour de justice de ne pas avoir affirmé l'obligation pure et simple de reconnaître le mariage de personnes de même sexe et de s'être limitée à la reconnaissance d'un droit de séjour. D'autres lui reprocheront d'avoir nié l'identité nationale qui impose de respecter le choix de certaines valeurs fondamentales par un État. L'opposition frontale de ces reproches montre précisément que la Cour trace le meilleur chemin, celui d'une voie étroite d'équilibre. Elle n'y pose qu'un premier pas indiquant le sens de ceux qui devraient suivre et, ce faisant, construit progressivement un ordre public européen des droits fondamentaux.

⁴ K. LENAERTS, «L'apport de la Cour de justice à la construction européenne», *J.D.E.*, 2017, p. 134.

⁵ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Coman*, 5 juin 2018, aff. C-673/16.

⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil, du 29 avril 2004, *J.O.U.E.*, L 158 du 30 avril 2004, p. 77 et rectificatifs *J.O.U.E.*, L 229 du 29 juin 2004, p. 35 et L 197 du 28 juillet 2005, p. 34. Pour des présentations d'ensemble, C. BARNARD, *The substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 5^e éd., OUP, Oxford, 2016; J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2007; J.-Y. CARLIER et E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne. The Future of Free Movement of Persons in the European Union*, Bruylant, Bruxelles, 2006; D. MARTIN, «Libre circulation des citoyens de l'Union», *JCL. eur.*, fasc. 86, 03/2014.

Cette brève synthèse montre que l'affaire *Coman* intéresse différentes disciplines du droit : le droit constitutionnel, le droit de la famille, le droit international privé, le droit européen et les droits de l'homme. Toute la richesse de l'affaire réside dans les intersections de rencontre entre ces différentes disciplines. La clarté de l'exposé invite toutefois à diviser l'analyse plus approfondie selon trois disciplines principales. La première est le droit international privé (I). Elle apparaît dans le titre de cette note avec la notion d'ordre public. La deuxième est le droit européen (II). Celui-ci est à l'évidence concerné puisqu'aussi bien il s'agit d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne. Sa présence dans le titre est plus substantielle, en qualifiant l'ordre public envisagé d'«européen». La troisième est celle des droits de l'homme (III). C'est sur leur fondement que le droit au mariage des personnes de même sexe fut revendiqué et obtenu dans de nombreux États⁷. Les droits fondamentaux, plus largement, irriguent une forme d'ordre public européen en construction et participent, de cette façon, à la construction permanente des démocraties européennes comme le suggère le titre. Leur fragilité met en lumière l'importance du rôle qu'y tiennent les juridictions tant nationales qu'européennes.

I. Droit international privé

Le droit international privé est l'«épicecentre d'un conflit de systèmes juridiques»⁸. L'affaire *Coman* le montre bien. Un acte authentique dressé dans un État (Belgique) doit être reconnu dans un autre État (Roumanie). Un troisième système juridique, l'Union européenne, intervient en qualité de système d'intégration régionale qui favorise la libre circulation des personnes et, par tant, la pérennité de leur identité et de leur statut civil dans cet espace intégré. Sans être un ordre juridique propre, un quatrième système, celui du Conseil de l'Europe, avec une interprétation commune et supranationale de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, interfère dans l'interprétation des sources normatives des trois autres systèmes. L'ensemble rend complexe une situation que les règles classiques du droit international privé permettraient de présenter simplement : le principe serait

⁷ Fr. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir*, Kluwer, Anvers, 2000. L'ouvrage réunit des leçons faites en 1996-1997 et offre, comme l'indique son sous-titre, de féconds rapprochements par «une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race». Il donne également une brève synthèse des premières doctrines et jurisprudences relatives au mariage de personnes de même sexe (pp. 116 et s.).

⁸ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 25.

la reconnaissance de plein droit de l'acte authentique étranger (A) sous réserve d'une exception d'ordre public (B).

A. Principe : reconnaissance de plein droit

Le principe, en droit international privé, est devenu la reconnaissance de plein droit, c'est-à-dire sans nécessiter une procédure d'*exequatur*, des jugements et actes authentiques étrangers. Le principe est formulé comme suit à l'article 27 du Code belge de droit international privé : «un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure»⁹. L'objectif est de favoriser l'efficacité des actes et décisions venant de l'étranger. L'accroissement de la mobilité internationale des personnes impose de faciliter la reconnaissance des actes et jugements qui déterminent les qualités et les droits des personnes. Dans la doctrine contemporaine, la technique de la reconnaissance des situations est considérée comme «une méthode d'avenir» qui prend une place prédominante, tendant à supplanter les règles de conflits de juridictions et de lois, et comporte, comme corollaire, la «portabilité du statut personnel»¹⁰. Ce n'est pas dire que la reconnaissance de plein droit est absolue. Elle connaît quelques limites dont l'exception d'ordre

⁹ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé (ci-après, Code D.I.P.), M.B., 27 juillet 2004. Le même principe est inscrit à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 2, du Code, pour la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères.

¹⁰ M. FALLON, St. FRANÇOY et J. MARY, «La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation», R.C.J.B., 2017, pp. 247-295, à propos principalement des mariages polygamiques. Parmi la doctrine y citée, voy. en particulier P. LAGARDE, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?», R.C.A.D.I., t. 371, 2014, pp. 9-42; «La reconnaissance: mode d'emploi», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 481; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2017; E. GALLANT, «Refus de transcription de l'union bigamique protégée par la prescription trentenaire», *Rev. crit. D.I.P.*, 2017, p. 535, pour un commentaire critique de l'application stricte de l'exception d'ordre public par la Cour de cassation de France conduisant au refus de transcription, quarante ans plus tard, du mariage célébré en Algérie d'un Français qui fut bigame pendant deux ans. Une application *in concreto* de l'ordre public eût permis la reconnaissance. La technique de la reconnaissance des situations juridiques et de la portabilité du statut personnel sera encore favorisée au sein de l'Union européenne après le 16 février 2019, date de la mise en application du règlement (UE) 2016/1191 du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne (*J.O.U.E.*, L 200 du 26 juillet 2016), même si, sur le fond, ce «règlement ne devrait pas avoir d'incidence sur la reconnaissance dans un État membre d'effets juridiques attachés au contenu d'un document public délivré dans un autre État membre» (cons. 18 et art. 2, § 4).

public est la principale. Sans comporter de disposition expresse relative à la reconnaissance des actes ou des jugements étrangers, le livre VII du Code civil roumain fait de même en visant, en son article 2.567, la «reconnaissance des droits acquis» en ces termes: «Les droits acquis dans un pays étranger sont respectés en Roumanie, à l'exception des cas où ils seraient contraires à l'ordre public de droit international privé roumain.»¹¹

B. *Exception: ordre public*

À dire vrai, l'ordre public n'est pas le seul critère permettant de refuser la reconnaissance. En particulier, pour un acte authentique, plusieurs États imposent aussi le détour par la règle de conflit de lois. Ainsi, l'article 27 précité du Code belge du droit international privé précise que la reconnaissance de plein droit d'un acte authentique se fait «si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi». En d'autres termes, si un acte de mariage étranger doit être reconnu en Belgique, il faudra, au préalable, vérifier sa validité conformément à la règle belge de conflit de lois. En conséquence, selon une règle de conflit disjonctive résultant des articles 46 et 47 du Code de droit international privé, il conviendra de vérifier, d'une part pour les conditions de forme, que la loi du lieu de célébration du mariage a été respectée, ce qui sera généralement le cas, d'autre part, pour les conditions de fond, que la loi nationale de chaque conjoint a été respectée. Sur ce point, il pourrait y avoir un problème en cas de mariage de personnes de même sexe, si la loi nationale d'une des deux ne permet pas le mariage de personnes de même sexe. Tel problème ne se poserait pas en Belgique. Dans le prolongement de l'introduction du mariage de personnes de même sexe dans le droit interne belge, une clause d'ordre public positif garantit la validité de tel mariage en stipulant que «l'application d'une disposition du droit désigné [c'est-à-dire le droit national d'un époux] est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet tel mariage» (art. 46, al. 2, Code D.I.P.). L'évolution est frappante. En quelques années, la Belgique, comme d'autres pays, est passée d'un ordre public négatif de rejet

¹¹ Texte traduit in *Rev. crit. D.I.P.*, 2012, p. 459. Voy. aussi C. AVASILENCEI, «La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux», *Rev. crit. D.I.P.*, 2012, pp. 247-275 et M. FALLON, «Le livre VII du Code civil roumain au regard du mouvement européen de codification du droit international privé de la famille», in F. Baias et R. Dinca, *Le nouveau Code civil roumain: Vu de l'intérieur – Vu de l'extérieur*, Ed. univ. Bucuresti, Bucarest, 2014, pp. 301-320.

à un ordre public positif d'affirmation du droit au mariage de personnes de même sexe¹². Tel n'est pas le cas dans d'autres pays où le mariage de personnes de même sexe n'est pas autorisé. Ce peut être le cas par omission, parce que seul le mariage entre un homme et une femme est prévu. Ce peut être aussi le cas par interdiction, parce qu'une disposition expresse prohibe le mariage de personnes de même sexe. Il en va ainsi en droit roumain. D'une part, la règle de conflit de lois pour les conditions de fond du mariage est la même, en désignant la loi nationale¹³. D'autre part, toutefois, l'article 277 du Code civil roumain, reproduit ci-dessus, prohibe le mariage de personnes de même sexe. Dans cette hypothèse, sans même devoir se prévaloir expressément d'une exception d'ordre public, il suffit de constater que la loi nationale roumaine d'un époux, en l'occurrence monsieur Coman, n'est pas respectée.

Un raisonnement proche, se situant également en amont de l'exception d'ordre public peut être tenu à partir de la théorie des qualifications. Pour déterminer la loi applicable, il convient de qualifier l'institution afin de la classer dans une catégorie de rattachement. Il suffit alors de considérer qu'un mariage entre personnes de même sexe n'est pas un mariage selon la qualification par le droit du for pour décider que ce «mariage» contracté à l'étranger ne peut être reconnu comme tel. C'était la position adoptée par la Cour de cassation d'Italie dans l'affaire *Orlandi* précitée. La Cour de cassation d'Italie considérait que le refus d'enregistrement des mariages de personnes de même sexe contractés à l'étranger «could not be based on the ground that such a marriage ran counter to public order [...] but that the refusal was simply a consequence of the fact that it could not be recognised as a marriage in the Italian legal order»¹⁴. À dire vrai, ces problèmes de qualification sont souvent, comme l'avait souligné François Rigaux, de faux problèmes que l'on règle de façon «illusoire» par la qualification par le droit du for. Il est préférable de recourir à la théorie de l'adaptation et de l'équivalence des institutions pour voir, sous quelle institution la plus proche, l'acte étranger pourrait être classé et

¹² Pour la loi allemande du 20 juillet 2017 qui prévoit que la validité du mariage de personnes de même sexe sera soumise à la seule loi du lieu de célébration ou d'enregistrement du mariage, à la différence du mariage hétérosexuel soumis, pour les conditions de fond, aux lois nationales des conjoints, voy. Chr. KOHLER, «La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé», *Rev. crit. D.I.P.*, 2018, p. 51.

¹³ Art. 2 586, § 1, C. civ. roumain : «Les conditions de fond requises pour la célébration du mariage sont déterminées par la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage.»

¹⁴ Cour eur. dr. h., *Orlandi e.a. c. Italie*, préc., § 63. Dans le même sens, l'opinion concordante du juge Koskelo, §§ 5 à 9, se référant à la théorie de la qualification *lege fori*.

reconnu¹⁵. Telle est du reste la conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Orlandi*. La Cour accepte le refus de l'Italie d'enregistrer le mariage comme tel, mais refuse l'absence de toute autre forme de reconnaissance, comme une union civile, permettant de faire droit à la vie privée et familiale des intéressés car «the decisions refusing to register their marriage under any form, thus leaving the applicants in a legal vacuum (prior to the new laws), failed to take account of the social reality of the situation [...] and their relationship was not afforded any legal protection»¹⁶. Si, en Italie, une législation permettant l'union civile de personnes de même sexe a été introduite en 2016¹⁷, tel n'est pas le cas en Roumanie¹⁸.

Certes, d'autres raisonnements pourraient être tenus en vue de permettre la reconnaissance d'un mariage de personnes de même sexe dans un État le refusant. Ces raisonnements ne sont pas abordés par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Coman*. On le comprend aisément. D'une part, ils sont complexes. D'autre part, ils ne seraient d'aucune utilité dans l'affaire *Coman*. Ils sont ici proposés pour montrer, non tant la riche complexité du droit international privé, que son objectif d'ouverture et de tolérance. Le premier raisonnement a été tenu en matière de mariage posthume. Alors que cette institution est inconnue en Belgique, la Cour de cassation de Belgique a permis la reconnaissance en Belgique d'un mariage posthume célébré en France, conformément à l'article 171 du Code civil français, entre une Belge, vivante, et un Français, mort, en vue de permettre la réparation du dommage causé à la «veuve» par le décès accidentel du Français en Belgique, avant la célébration de leur mariage. Scindant de façon hermétique la règle de conflit de loi distributive, la Cour applique à chaque conjoint sa seule loi nationale : la femme pouvait se marier, conformément à la loi belge puisqu'elle était vivante ;

¹⁵ Fr. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 281, point 7 ; Fr. RIGAUX, *La théorie des qualifications*, Larcier, Bruxelles, 1956.

¹⁶ Cour eur. dr. h., *Orlandi e.a. c. Italie*, préc., § 209.

¹⁷ Loi n° 76/2016 du 20 mai 2016, entrée en vigueur le 5 juin 2016.

¹⁸ Le Code civil roumain, au paragraphe 3 de l'article 227 précité, prévoit que, comme les mariages, les partenariats homosexuels enregistrés à l'étranger ne sont pas reconnus. Par ailleurs, une consultation populaire avait pour but de hisser l'interdiction du mariage de personnes de même sexe au niveau de la Constitution, en modifiant l'article 48 disposant que la «famille est fondée sur le mariage librement consenti entre conjoints» pour substituer aux mots «entre conjoints» les mots «entre époux de sexes différents». Ne réunissant, le 7 octobre 2018, que 20% des électeurs potentiels, la proposition n'a pu atteindre le seuil requis de 30% d'électeurs. Dans d'autres pays, cette interdiction de mariage de personnes de même sexe est inscrite dans la Constitution : Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Pologne.

l'homme, bien que mort, pouvait se marier conformément à la loi française¹⁹. On feint d'oublier que le mariage est une relation conjointe et que la femme épouse un mort. L'objectif est bien la reconnaissance des effets, en l'occurrence pécuniaires, de ce mariage. Aux fins du droit au séjour revendiqué par le couple Coman-Hamilton en Roumanie, il eût été possible de considérer, dans la même forme d'application distributive hermétique des lois nationales, qu'un homme, monsieur Coman, s'était marié, conformément à sa loi, sans s'interroger sur le sexe du conjoint plus que sur sa vie ou sa mort et que, l'autre conjoint, monsieur Hamilton, se mariait, lui, avec un homme, conformément à sa «loi» nationale américaine, au terme de l'évolution jurisprudentielle aux États-Unis. Cette référence à la loi nationale américaine ouvre au deuxième raisonnement possible. Monsieur Coman a la double nationalité, américaine et roumaine. S'il est habituel de retenir la nationalité du for, ce n'est pas une obligation. La Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité précise qu'un «individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des États dont il a la nationalité comme son ressortissant»²⁰. La nationalité américaine étant la nationalité commune aux deux conjoints, ayant tous deux vécu longuement ensemble aux États-Unis, celle-ci pourrait être considérée comme une nationalité plus effective. Cette préférence de la nationalité effective sur la nationalité du for a été utilisée, en particulier à propos du nom, notamment si cette effectivité est renforcée par un objectif fonctionnel, comme celui de bénéficier des effets de la libre circulation en droit de l'Union européenne²¹. Dans cette optique, il eût été préférable pour monsieur Coman de disposer d'une deuxième nationalité d'un État membre de l'Union européenne permettant le mariage de personnes de même sexe, comme la Belgique²².

¹⁹ Cass. (b.), 2 avril 1981, *Josi I, Pas.*, 1981, I, p. 835. François Rigaux avait relevé que ce faisant la reconnaissance était liée au hasard en ce que si les faits étaient inversés et que le mort fut de nationalité belge, la reconnaissance du mariage n'était pas possible. En conséquence, il était plus judicieux de voir la célébration posthume du mariage comme une simple question de forme soumise à la loi française du lieu de célébration (Fr. RIGAUX, note sous l'arrêt *Josi*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 499). Il paraîtrait difficile de considérer que la célébration d'un mariage de personnes de même sexe est une question de forme, non de fond.

²⁰ Art. 3 de la Convention du 12 avril 1930, *M.B.*, 13 août 1939 (nous soulignons).

²¹ C.J.C.E., ass. plén., arrêt *Garcia Avello*, 2 octobre 2003, aff. C-148/02 et Civ. Bruxelles, 29 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 781, note M. FALLON, retenant le choix de la nationalité étrangère fait par un Belgo-Brésilien aux fins de détermination du nom. Voy. aussi, pour valider le mariage consulaire d'une Belgo-Tunisienne au consulat de Tunisie à Bruxelles: Civ. Liège, 28 juin 1991, cité in Fr. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 203.

²² Voy., à propos du nom, C.J.U.E., arrêt *Freitag*, 8 juin 2017, aff. C-541/15. Sur cet «avantage à la double nationalité» qui permet «à l'individu de jouer sur les deux tableaux», voy. le

Quoi qu'il en soit, indépendamment des nationalités retenues dans l'affaire *Coman*, si l'on évite le détour par la règle du conflit de lois, ce qui est la tendance dominante en droit international privé contemporain, on procédera à une reconnaissance de plein droit simplifiée de l'acte authentique, sous la seule réserve de l'exception d'ordre public. Sur ce point, dans l'affaire *Coman*, la reconnaissance du mariage de personnes de même sexe se heurte de plein fouet à l'ordre public roumain. En effet, l'interdiction expressément formulée à l'article 277 précité du Code civil roumain vise non seulement la célébration du mariage de personnes de même sexe en Roumanie, mais aussi la reconnaissance, en Roumanie, de «mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers» (nous soulignons). Telle disposition s'apparente à une loi de police qui entend s'appliquer à toute situation relevant de son champ d'application²³. Plus encore que l'exception d'ordre public, la loi de police impose, dans son champ, le respect des valeurs qu'elle entend sauvegarder. Il n'y a guère de place alors pour une théorie des effets atténués de l'ordre public permettant de reconnaître certains effets à cet acte étranger. L'exemple type de cet effet atténué de l'ordre public est la reconnaissance de certains effets au mariage polygamique célébré à l'étranger dans le respect du statut personnel des conjoints. De même, dès 1996, François Rigaux avait envisagé, avec un exemple imaginaire, l'application de l'effet atténué de l'exception d'ordre public à la reconnaissance des unions de couples de même sexe. Y adjoignant le critère de proximité, il notait que «la vigueur de l'exception d'ordre public dépendra de l'intensité du rattachement aux ordres juridiques respectifs des différents États». Au-delà des hypothèses simples de proximité forte à un ordre juridique ou à l'autre, il concevait des situations plus complexes «notamment celle d'un couple dont les partenaires ont le même sexe, mais non la même nationalité ni le même domicile et qui se sont unis dans le pays de la nationalité ou du domicile de l'un d'eux. Si un(e) fonctionnaire danois(e) vit à Bruxelles avec un(e) partenaire de même sexe après l'enregistrement de leur union dans leur pays d'origine, le principe de *libre circulation des personnes* dans la Communauté européenne impose de reconnaître effet à ce contrat de vie commune dans les autres États

←

commentaire de l'arrêt *Freitag* par P. HAMMJE, «Reconnaissance par un État membre du nom patronymique acquis par l'un de ses nationaux auprès d'un autre État membre dont il a aussi la nationalité», *Rev. crit. D.I.P.*, 2017, p. 559.

²³ Le droit international privé roumain, tel que modifié en 2011, donne une part importante aux lois de police en consacrant l'article 2.566 du Code civil aux «normes d'application immédiate» et en stipulant que «les dispositions impératives prévues par la loi roumaine pour la réglementation d'un rapport juridique comportant un élément d'extranéité s'appliquent par priorité».

membres»²⁴. Cette référence, dans un cas imaginé, à la libre circulation des personnes comme moteur de la reconnaissance d'une union de personnes de même sexe est frappante. Elle est centrale au raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Coman* et nous invite à examiner ces aspects de droit européen (II) avant d'approfondir le rôle des droits fondamentaux (III).

II. Droit européen

Deux questions retiennent l'attention : d'une part, le principe de la liberté de circulation du citoyen européen (A) ; d'autre part, l'exception que constitue l'entrave à cette liberté de circulation, entrave à laquelle la Cour paraît limiter la portée de sa décision (B).

A. Principe : liberté de circulation du citoyen

De nationalité roumaine, monsieur Coman doit être considéré comme citoyen européen par l'ensemble des États membres de l'Union, fût-il par ailleurs ressortissant américain²⁵. De ce fait, il bénéficie de la libre circulation. Celle-ci est, du reste, consacrée au même article 277 du Code civil roumain en son paragraphe 4 : « Les dispositions légales relatives à la libre circulation sur le territoire de la Roumanie des citoyens des États membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen s'appliquent. » Le risque d'incompatibilité entre ce paragraphe 4 et les paragraphes 2 et 3, interdisant la reconnaissance des mariages et des partenariats civils homosexuels, avait été souligné par la doctrine et avait fait l'objet d'une question au Parlement européen²⁶. Pour autant, en l'espèce, monsieur Coman entre-t-il dans le champ d'application de la directive 2004/38 précitée, dite directive « citoyen », « relative au droit des citoyens de l'Union [...] de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres » ? Le titre de cette directive inviterait à une réponse positive : monsieur Coman, « citoyen de l'Union » a le « droit [...] de séjourner librement sur le territoire des États membres ». La Roumanie est un État membre. Mais l'article 3 de ladite directive définit ses bénéficiaires comme

²⁴ Fr. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir*, op. cit., p. 129 (nous soulignons).

²⁵ C.J.C.E., arrêt *Micheletti*, 7 juillet 1992, aff. C-369/90.

²⁶ V. WENG, « Une vue de l'extérieur sur l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe dans le nouveau Code civil », in F. Baïas et R. Dinca, *Le nouveau Code civil roumain*, op. cit., p. 162 et Question parlementaire du 30 novembre 2011, de M. Cashman e.a., n° O-000316/2011 sur « Nouveau Code civil roumain et libre circulation des personnes LGBT ».

étant «tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité» (nous soulignons). Selon une jurisprudence constante, la Cour en déduit que la directive ne s'applique pas au citoyen «dans l'État membre dont celui-ci possède la nationalité», ni, *a fortiori*, par droit dérivé au membre de sa famille. Comme l'indique la Cour, il y va d'une interprétation «littérale» de la directive. Il est moins évident, comme l'affirme la Cour, qu'elle puisse également prendre appui sur une interprétation «systématique et téléologique des dispositions de la directive». Une interprétation systématique permet en effet de constater que certaines dispositions de la directive concernent le national dans ses rapports avec son propre État. Il en va ainsi du droit de sortie, inscrit à l'article 4, qui donne à «tout citoyen de l'Union muni d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité le droit de quitter le territoire d'un État membre» en ce compris, bien entendu, le sien. Ensuite, une interprétation téléologique qui tiendrait compte de l'objectif, consistant à favoriser la libre circulation des ressortissants d'un État membre sur le territoire de l'Union, permettrait de scinder le droit de circuler et le droit de séjourner, puisque la directive vise tout citoyen «qui se rend *ou* séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité» et non tout citoyen qui se rend *et* séjourne. En conséquence un citoyen, comme monsieur Coman qui s'est rendu dans un autre État membre, entrerait dans le champ de la directive quand bien même ensuite, poursuivant sa liberté de circulation, il retournerait et séjournerait dans son propre État²⁷. Tel était le sens de la jurisprudence *Singh*, antérieure à la directive 2004/38 lorsque la Cour appliquait à la fois le droit primaire et le droit dérivé de la liberté de circulation et d'établissement à une Anglaise revenant au Royaume-Uni avec son conjoint ressortissant d'un État tiers après avoir travaillé en Allemagne²⁸. Aujourd'hui, la Cour préfère faire le détour par le droit primaire, dont l'article 21, paragraphe 1 du T.F.U.E. qui prévoit le droit à la libre circulation du citoyen européen pour considérer ensuite, très indirectement, que ce droit de circuler, abstraitement formulé dans le droit primaire, doit être concrètement interprété, «par analogie» au sens de la directive 2004/38²⁹. Le résultat est acceptable. Le détour était évitable. Une

²⁷ En ce sens, d'une scission entre le droit de circuler et le droit de séjourner, les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon c. gouvernement flamand* (dite affaire *Assurance soins de santé*) aux §§ 143 et 144 (C.J.C.E., Gde Ch., 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06).

²⁸ L'arrêt *Singh* (C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-370/90) est cité une seule fois par la Cour (au § 32) qui préfère citer à sept reprises l'arrêt *Lounes* plus récent (C.J.U.E., Gde Ch., 14 novembre 2017, aff. C-165/16) qui fait le même détour par le droit primaire pour revenir à la directive 2004/38 (§§ 18, 20, 22, 23, 25, 31 et 32).

²⁹ C.J.U.E., *Coman*, préc., §§ 25, 33 et 39 et C.J.U.E., *Lounes*, préc. La Cour tiendra, un mois après l'arrêt *Coman*, le même raisonnement dans l'arrêt *Banger*. Sur pied de l'article 21 du

«interprétation extensive du domaine de la directive» permettrait d'y «inclure toute situation dont les éléments de rattachement ne se cantonnent pas dans un seul État membre, dès lors que l'entrave en cause constitue un effet collatéral de l'exercice par le citoyen de sa liberté de se déplacer dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité»³⁰. Peut-être la Cour eût-elle évité ce détour si elle s'était souvenue que «le travailleur [devrait être] l'indétrônable catégorie reine du droit de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne»³¹. Avant de se centrer sur la qualité de citoyen européen de monsieur Coman et de dérouler son classique mantra de la citoyenneté européenne comme «statut fondamental», la Cour eût pu s'interroger sur sa qualité, plus que probable, de travailleur. Il reste que, si elles sont détournées, les voies de la Cour ne sont pas impénétrables. Une fois affirmée, l'application de la directive 2004/38 «par analogie», permettra une interprétation autonome, large, de la notion de «conjoint» y visée, considérant qu'elle «est neutre du point de vue du genre et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe»³². Cette option interprétative³³ n'est guère étayée et on le comprend. L'analyse systématique et historique des textes, faite dans ses observations par Marc Fallon, montre que le législateur n'a guère assumé cette neutralité. Sans doute serait-il préférable d'évoquer ouvertement, comme le faisait l'avocat général Wathelet dans ses conclusions, une «interprétation évolutive de la notion de conjoint à la lumière du contexte actuel, [...] en tenant compte de la réalité contemporaine»³⁴. C'est alors au regard des droits fondamentaux qu'il conviendra d'examiner cette interprétation évolutive de la notion de conjoint et des limites qui pourraient être opposées à sa reconnaissance au nom de l'ordre public (*infra*, III). Il convient d'abord d'identifier, en droit européen, l'entrave à la liberté de circulation.

←

T.F.U.E., à la lumière de la directive 2004/38/CE, la Cour y interprète le droit de séjour, non plus d'un «conjoint» homosexuel, mais d'un «partenaire» hétérosexuel d'un Anglais retournant en Angleterre après avoir circulé dans l'Union (C.J.U.E., arrêt *Banger*, 12 juillet 2018, aff. C-89/17).

³⁰ M. FALLON, «Observations sous *Coman*», *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018, p. 7 (consultable en ligne).

³¹ M. BENLOLO-CARABOT, «Le 'travailleur', indétrônable catégorie reine du droit de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne», *Rev. trim. dr. eur.*, 2018, p. 59.

³² C.J.U.E., *Coman*, préc., § 35.

³³ A. RIGAUX, «Importantes avancées de la jurisprudence de l'Union sur le regroupement familial des couples de même sexe», *Europe*, n° 8-9, août-septembre 2018, p. 7, ici, p. 9.

³⁴ Conclusions de l'avocat général Wathelet sur l'affaire *Coman*, présentées le 11 janvier 2018, §§ 56 à 58.

B. *Exception: entrave à la liberté de circulation*

La Cour énonce que «le refus [...] de reconnaître aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, le mariage de ce dernier avec un citoyen de l'Union de même sexe [...] est susceptible d'entraver l'exercice du droit de ce citoyen [...] de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En effet, un tel refus aura pour conséquence que ledit citoyen de l'Union pourra se voir privé de la possibilité de retourner dans l'État membre dont il est ressortissant, accompagné de son conjoint»³⁵. Une fois l'entrave constatée, la Cour va souligner qu'elle n'est pas discriminatoire au regard de la nationalité des personnes et va la soumettre au test classique de proportionnalité: l'entrave poursuit-elle un objectif légitime d'intérêt général par un moyen efficace et nécessaire³⁶? Sans grands développements, la Cour accepte l'objectif légitime d'intérêt général justifié par «la volonté de plusieurs États membres de préserver une conception de cette institution [du mariage] comme une union entre un homme et une femme [notamment pour] des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale»³⁷. En revanche, la Cour va refuser la proportionnalité de la mesure. Elle rappelle de façon générale que «la notion d'ordre public en tant que justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement», c'est-à-dire, selon la formule consacrée, comme protection à l'encontre d'une «menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société»³⁸. Pour estimer que tel n'est pas le cas, la Cour développe principalement deux arguments relatifs au test de nécessité. Le premier argument vise la portée de la mesure, le deuxième sa non-conformité aux droits fondamentaux. Sur la portée de la mesure, la Cour insiste à plusieurs reprises sur le fait que la reconnaissance de ce mariage est demandée «aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour»³⁹. De même, les deux points du dispositif de l'arrêt portent sur le seul droit au séjour du conjoint étranger. Certains y verront une regrettable faiblesse dans la décision de la Cour dont la portée se limiterait à imposer un droit de séjour, non à imposer la reconnaissance pleine et entière du mariage de personnes de même sexe. Telle lecture est erronée en ce qu'elle méconnaît deux éléments, l'un de forme, l'autre de fond. En la forme, le mécanisme de la question préju-

³⁵ C.J.U.E., *Coman*, préc., § 40.

³⁶ *Ibid.*, § 41.

³⁷ *Ibid.*, § 42. On notera que, parmi les trois gouvernements intervenant au soutien de la Roumanie (Lettonie, Hongrie, Pologne), seul le gouvernement letton invoquait l'identité nationale.

³⁸ *Ibid.*, § 44.

³⁹ *Ibid.*, §§ 40, 45, 46.

dicielle impose à la Cour de répondre à la question posée dans la seule mesure nécessaire à la solution du litige pendant devant la juridiction nationale. Or, la Cour constitutionnelle a expressément limité ses questions au droit de séjour, seul droit débattu devant les juridictions nationales. S'il advient que la Cour réponde *ultra petita*, il ne peut lui être reproché de ne pas le faire ici, dans un domaine sensible où la réception de sa réponse sera controversée. Du reste, et c'est le deuxième argument sur le fond, la motivation de l'arrêt ouvre à la reconnaissance de droits bien plus larges que le seul droit de séjour. Au-delà du droit de séjour, dans le même souffle, l'air de ne pas y toucher, en veillant à utiliser la même formule restrictive qu'est la reconnaissance «aux seules fins», la Cour vise «l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union»⁴⁰. Il y a là, selon le titre d'un commentaire de l'arrêt *Coman*, très certainement «un petit pas pour de grandes enjambées»⁴¹. La Cour vise bien l'exercice «des» droits que les personnes tirent du droit de l'Union et non de «certains» droits. Or, chacun sait que les citoyens et les membres de leur famille tirent du droit de l'Union bien plus de droits que le seul droit de séjour. Il y va notamment de divers droits en matière civile qui reposent sur la même notion de «conjoint» et de «mariage». Pourraient être concernés les effets relatifs aux aliments, aux régimes matrimoniaux, aux successions, toutes matières qui sont couvertes par

⁴⁰ *Ibid.*, § 45, dernière phrase.

⁴¹ H. FULCHIRON et A. PANET, «Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées?», *Dall.*, 6 septembre 2018, p. 1674. Voy., dans le même sens, M. FALLON, «Observations sous l'arrêt *Coman*», *op. cit.*, pp. 8 et 14. Étienne Pataut, dans sa chronique annuelle sur la citoyenneté européenne, tout en envisageant les deux interprétations possibles, stricte ou extensive, note également qu'il «est difficile de ne pas voir une possible extension de la solution *Coman*» (*Rev. trim. dr. eur.*, 2018, p. 678); de même, A. TRYFONIDOU, «Free movement of same-sex spouses within the EU: The ECJ's *Coman* Judgment», consultable en ligne, 19 juin 2018 : «although the scope of the judgment appears rather limited, its potential implications are huge». *Contra* : B. RUDEVSKA, «The 'Coman' case: Some reflections from the point of view of private international law», consultable en ligne : «It only means that Romania must grant entry and residence permits to same-sex spouses too». Cette auteure considère qu'il y va d'une interprétation autonome du concept de conjoint, non de la méthode de la reconnaissance qui serait applicable au droit primaire et non au droit dérivé. À dire vrai, d'une part, comme indiqué ci-dessus, la Cour utilise expressément le verbe «reconnaître» (§ 45) et le droit dérivé de la directive 2004/38/CE n'est appliqué que par analogie alors que la libre circulation de *Coman* trouve directement sa source dans le droit primaire de l'article 21 T.F.U.E. ; d'autre part, l'interprétation autonome de la notion de conjoint liée à la libre circulation n'empêche nullement qu'elle produise des effets sur d'autres droits résultant de cette même liberté de circulation.

différents règlements de droit international privé européen⁴². Il y va aussi, et surtout, de divers droits sociaux liés à la libre circulation. À titre d'exemple, corrélativement au droit de séjour, en qualité de membre de la famille d'un citoyen, monsieur Hamilton devra bénéficier du droit d'accéder à un emploi. D'autres droits et avantages sociaux pourraient être revendiqués. À cet égard, à défaut de l'avoir fait elle-même comme suggéré ci-dessus, la Cour eût pu inviter la juridiction nationale à s'interroger sur la qualité de travailleur de monsieur Coman avant de placer tout le raisonnement sous le sceau de la citoyenneté européenne. Les droits des travailleurs et des membres de leur famille sont en effet plus larges que ceux reconnus au «simple citoyen», en particulier à la suite des dernières jurisprudences attentives aux craintes des États en matière de «tourisme social»⁴³. Cela dit, il est peu probable que ce soit cette forme de tourisme qui ait conduit le couple Coman-Hamilton à s'installer en Roumanie. Mais c'est aussi en lien avec ce statut de travailleur, et avec le principe de non-discrimination générale y attaché, que la Cour eût pu renforcer son deuxième argument, celui des droits fondamentaux. La Cour précise en effet qu'il

⁴² Règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 pour les obligations alimentaires (dit Bruxelles III, *J.O.U.E.*, L 7 du 10 janvier 2009); règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 pour les successions (dit Rome IV, *J.O.U.E.*, L 201 du 27 juillet 2012); règlement (UE) 2016/1103 du 24 juin 2016 pour les régimes matrimoniaux (dit Rome V, *J.O.U.E.*, L 183 du 8 juillet 2016). Seul le règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce (dit Rome III, *J.O.U.E.*, L 343 du 29 décembre 2010) prévoit une forme d'abstention en cas de «différences dans le droit national». L'article 13 de Rome III stipule qu'«aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable [...] à prononcer un divorce [...]». En d'autres termes, les juges de Roumanie (État membre participant au règlement Rome III) ne seraient pas obligés de faire droit à la demande en divorce d'un des conjoints du couple Coman-Hamilton. Le conjoint souhaitant solliciter le divorce devrait justifier de la compétence des juridictions d'un autre État membre. Sur la base du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur la compétence en matière matrimoniale (dit Bruxelles IIbis, *J.O.U.E.*, L 338 du 23 décembre 2003) ces chefs de compétence sont assez larges. Ils pourraient, dans le cas d'espèce, nécessiter toutefois que le demandeur dispose d'une durée de résidence d'un an avant l'introduction de la demande (art. 3, § 1, lettre a, 5° tiret). La justification de la compétence d'une juridiction d'un État membre serait plus difficile si monsieur Coman était le demandeur en divorce et que monsieur Hamilton fut retourné aux États-Unis, ce qui en ferait un défendeur n'ayant ni résidence habituelle sur le territoire d'un État membre ni la nationalité d'un État membre. Monsieur Coman pourrait invoquer les compétences résiduelles (art. 7 du règlement Bruxelles IIbis) et soutenir que les juridictions belges sont compétentes au titre de for de nécessité dans la mesure où il y a «des liens étroits avec la Belgique», lieu de célébration du mariage, et «qu'une procédure à l'étranger (en l'occurrence la Roumanie) se révèle impossible» (art. 11 du Code belge de D.I.P.).

⁴³ Pour une synthèse récente, voy. «Quel avenir pour l'Europe sociale?», dossier dirigé par Étienne Pataut, *Rev. trim. dr. eur.*, 2018, pp. 9-114 et S. BARBOU DES PLACES, É. PATAUT, P. RODIÈRE (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Pédone, Paris, 2018.

«importe d'ajouter qu'une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte dont la Cour assure le respect»⁴⁴. C'est expressément mesurer la proportionnalité de l'entrave au regard des droits de l'homme. Il n'est pas inutile à cet égard de se souvenir que le mot «entrave» désignait à l'origine la barre ou les chaînes qui devaient empêcher la fuite et entraver la marche de l'esclave. La lutte contre l'esclavage fut à l'origine des premiers textes internationaux de protection des droits de l'homme.

III. Les droits de l'homme

En invoquant la Charte des droits fondamentaux, mais aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Coman* situe l'examen des conditions et des effets de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe dans un cadre européen de référence aux droits de l'homme (A). Cela n'est que l'expression normale d'un acquis. Ce faisant, en particulier en inscrivant son raisonnement dans le cadre du droit européen de la libre circulation des personnes, elle construit aussi une réelle avancée: un ordre public européen plus que national (B).

A. Acquis: un cadre de référence européen

Il est vrai que, sur cinquante-huit paragraphes, l'arrêt *Coman* n'en consacre que quatre aux droits fondamentaux⁴⁵. Cela suffit toutefois pour fixer le cadre habituel de référence: la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son interprétation conforme à celle de la Convention européenne des droits de l'homme pour les droits garantis par les deux textes. En l'espèce, la Cour rappelle que «s'agissant de la notion de "conjoint" [...] le droit au respect de la vie privée et familiale [...] est fondamental»⁴⁶. Se référant aux articles 7 de la Charte et 8 de la Convention, elle se contente, pour tout développement, d'ajouter qu'il «ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de "vie privée" ainsi que de celle de "vie familiale" au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même

⁴⁴ C.J.U.E., *Coman*, préc., § 47.

⁴⁵ *Ibid.*, §§ 47 à 50.

⁴⁶ *Ibid.*, § 48.

situation». Elle adosse son affirmation aux jurisprudences *Vallianatos e.a. c. Grèce* et *Orlandi e.a. c. Italie* de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷. Cela n'est pas faux, mais ne rend pas compte de la complexité de l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme qui a conduit la doctrine, notamment à propos de l'arrêt *Orlandi*, à «dénoncer» la «confusion du message»⁴⁸. En effet, comme rappelé ci-dessus, si, dans *Orlandi*, la Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Italie pour violation de l'article 8 de la Convention européenne, c'est en raison de l'absence de toute forme de reconnaissance et de protection des droits des couples homosexuels durant la période concernée, avant 2016, en Italie. Pour le reste, la Cour de Strasbourg n'impose pas la reconnaissance en tant que telle du mariage de personnes de même sexe et admet, comme le fait la Cour de Luxembourg, la légitimité de l'objectif poursuivi par certains États considérant, au regard de la Convention, «that States are still free [...] to restrict access to marriage to different-sex couples»⁴⁹. On notera toutefois, dans la phrase citée, l'adverbe «still» qui laisse entendre de possibles évolutions. C'est que la Cour procède alors à l'examen, quelque peu comptable, des tendances au sein des États du Conseil de l'Europe. Elle considère que, pour mesurer la marge d'appréciation des États, «one of the relevant factors may be the existence of common ground between the laws of the Contracting States»⁵⁰. Cet examen des tendances «permet d'alerter les États

⁴⁷ *Ibid.*, §§ 50. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vallianatos e.a. c. Grèce*, 7 novembre 2013, et *Orlandi e.a. c. Italie*, préc. On pourrait y ajouter notamment les arrêts *Pajic c. Croatie*, 23 février 2016 et *Taddeucci et Mc Gall c. Italie*, 30 juin 2016, tous deux relatifs au droit de séjour de couples homosexuels non mariés. Voy. J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, Bruxelles, 2016, pp. 109 et 365. Un rapprochement pourrait également se faire avec les affaires dans lesquelles la Cour était saisie sur la base de discriminations en raison de la religion ou de l'ethnie dans la reconnaissance de mariages religieux. Voy. Fr. RIGAUX, «Les effets d'une union conjugale n'ayant pas satisfait aux conditions de forme de la loi étatique», obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Muñoz Díaz c. Espagne*, 8 décembre 2009 et Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010, *cette Revue*, 2011, p. 317.

⁴⁸ S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE, «Panorama de droit international privé 2017-2018», *Dall.*, n° 18, p. 981; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Chronique. Droit de l'égalité et de la non-discrimination», *Journ. eur. dr. h.*, 2018/2, p. 132, parlant d'un «raisonnement passablement complexe» au sein de la «technique des petits pas». Pour un aperçu, durant la même année 2017, des «approches juridictionnelles avérées dans le droit à l'égalité» de la Cour constitutionnelle d'Autriche et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voy. la même chronique, pp. 135-137.

⁴⁹ Cour eur. dr. h., *Orlandi e.a. c. Italie*, préc., § 192.

⁵⁰ *Ibid.*, § 203, la Cour citant ici les arrêts *Wagner c. Luxembourg*, 28 juin 2007 et *Negreponitis-Giannisis c. Grèce*, 3 mai 2011 (deux arrêts également sur la question de droit international privé de la reconnaissance d'une institution étrangère, en l'occurrence une adoption). La Cour interaméricaine des droits de l'homme est plus tranchée dans son avis consultatif rendu, à la demande du Costa Rica, sur «Identité de genre, égalité et non-discrimination pour les couples de même

sur l'évolution progressive des sociétés [...] et d'ainsi les avertir de l'existence prochaine d'un consensus»⁵¹. De même, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Coman*, l'avocat général Wathelet ancre très largement l'«interprétation évolutive» de la notion de conjoint «en lien» avec les droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, dans une analyse «statistique» qui permet de conclure à ce que «cette reconnaissance juridique du mariage homosexuel ne fait que traduire une évolution générale de la société à l'égard de la question», dans le cadre d'une «reconnaissance universelle de la pluralité des familles»⁵². Ces considérations trouvent également écho dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière de politique européenne d'asile et d'immigration. Appliquant la directive «qualification» et interprétant la définition du réfugié au sens de la Convention de Genève lorsqu'il y a des craintes de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social particulier, la Cour a dit pour droit que «l'orientation sexuelle d'une personne constitue une caractéristique à ce point essentielle pour son identité qu'il ne devrait pas être exigé qu'elle y renonce»⁵³. Ce référentiel européen et même universel aux droits fondamentaux paraît acquis. Les droits nationaux eux-mêmes reconnaissent cette conception commune d'un ordre public ancré dans les droits fondamentaux. Ainsi, le droit roumain prévoit, non sans paradoxe, que «l'application de la loi étrangère viole l'ordre public de droit international privé roumain dans la

←

sexe». Pour y reconnaître le droit au mariage de personnes de même sexe, elle écarte l'argument du défaut de consensus. Elle estime qu'il est de nature à perpétuer une discrimination historique et structurelle. Elle laisse toutefois aux États le soin de déterminer le temps nécessaire à l'adaptation de leurs législations (OC-24/17 du 24 novembre 2017). Pour des arguments en ce sens dans le cadre européen, voy. E. BRIBOSIA, I. RORIVE et L. VAN DEN EYNDE, «Same-sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights of the US Experience», *B.J.I.L.*, vol. 32/1, 2014.

⁵¹ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse de doctorat sous la direction de Frédéric Sudre, Montpellier, 2015, polycop., p. 266. Voy. aussi Fr. RIGAUX, «Interprétation consensuelle et interprétation évolutive», in Fr. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 41 à 62.

⁵² Conclusions sur l'arrêt *Coman*, préc., §§ 58 à 67. Voy. aussi les références aux garanties procédurales en matière de droits fondamentaux dans les conclusions de l'avocat général Bobek sur l'affaire *Banger*, préc. (§§ 105 et s.).

⁵³ C.J.U.E., arrêt *X.Y.Z.*, 7 novembre 2013, aff. jtes n° C-199/12 à n° C-201/12, § 43. Pour d'autres références en matière d'asile pour ce motif, voy. J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, *op. cit.*, p. 418. Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 concernant les normes et conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire et au contenu de cette protection (dite directive «qualification»), refonte de la directive 2004/83/CE, *J.O.U.E.*, L 337 du 20 décembre 2011, p. 9.

mesure où elle conduirait à un résultat incompatible avec les principes fondamentaux du droit roumain ou du droit de l'Union européenne et avec les droits fondamentaux de l'homme»⁵⁴. Se dégage ainsi, progressivement, l'impression de pouvoir «raisonnablement envisager que la Cour [...] soit influencée par une nécessité de conception commune, en Europe, de la protection des droits fondamentaux»⁵⁵. Aussi l'apport principal de l'arrêt *Coman* est-il sans doute d'inscrire cette évolution dans le cadre de la construction d'une jurisprudence européenne sur l'ordre public.

B. *Avancées : un ordre public européen*

En inscrivant sa décision dans le cadre du droit de séjour et de la libre circulation des personnes, la Cour répondait certes aux questions de la juridiction nationale. Mais, dans le même temps, cela lui a permis d'asseoir sa décision sur des jurisprudences antérieures et de franchir un pas supplémentaire. Deux principaux acquis des jurisprudences antérieures sont mobilisés. Le premier est celui des jurisprudences relatives au statut des personnes. « Certes [rappelle la Cour], l'état des personnes [...] est une matière relevant de la compétence des États membres [mais] dans l'exercice de cette compétence [ceux-ci] doivent respecter le droit de l'Union. »⁵⁶ Ce rappel est assorti de références aux jurisprudences classiques en matière de détermination et de changement de nom dans le cadre de la libre circulation des personnes⁵⁷. Avec prudence, la Cour et l'avocat général évitent de citer l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*⁵⁸. C'est que la Cour y admettait le refus par l'Autriche de reconnaître un titre de noblesse allemand, attaché au nom, à la suite d'une adoption en Allemagne. On pourrait s'étonner de ce que l'objectif légitime de l'ordre public républicain, inscrit dans la Constitution autrichienne, puisse avoir ainsi bien plus de poids que l'objectif légitime de l'ordre public de la famille traditionnelle que la législation roumaine entend sauvegarder. *Sayn-Wittgenstein*, arrêt plus circonstanciel de chambre, peut être lu comme un arrêt isolé et regretté. Plus fondamentalement, dans l'arrêt

⁵⁴ Art. 2.564, § 2, C. civ. roumain.

⁵⁵ V. MICHEL, « Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts : variation du contrôle selon les intérêts invoqués par l'État », in E. Neframi (dir.), *La marge d'appréciation du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel : dialogue des juges et balance des intérêts*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 214.

⁵⁶ C.J.U.E., *Coman*, préc., §§ 37 et 38.

⁵⁷ C.J.U.E., *Garcia Avello*, préc. ; Gde Ch., arrêt *Grunkin Paul*, 14 octobre 2008, aff. C-353/06 ; arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, 2 juin 2016, aff. C-438/14 ; et l'on pourrait ajouter l'arrêt *Freitag*, 8 juin 2017, aff. C-541/15.

⁵⁸ C.J.U.E., arrêt *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C-208/09.

Coman, l'entrave à la libre circulation repose sur un critère discriminatoire qui n'est point tant la nationalité, comme la Cour le souligne directement⁵⁹, que l'orientation sexuelle comme la Cour le souligne moins directement, en citant, en début d'arrêt, dans les sources, le considérant 31 de la directive 2004/38 qui rappelle, par référence à la Charte, que «les États membres devraient mettre en œuvre la présente directive sans faire [...] de discrimination fondée notamment sur [...] l'orientation sexuelle»⁶⁰. La Cour fait aussi référence à sa jurisprudence *Parris* qui, tout en reconnaissant également la compétence des États en matière d'état des personnes, avait imposé «de respecter le droit de l'Union, notamment les dispositions relatives au principe de non-discrimination»⁶¹. Elle y ajoute une référence à sa jurisprudence *Maruko* qui avait condamné une discrimination sur la base de l'orientation sexuelle en matière de pension de survie⁶². Ces références jurisprudentielles enchâssent les fondements de l'arrêt *Coman* dans une manière de principe général de non-discrimination. Il reste que la conciliation entre la libre circulation et les droits fondamentaux n'exclut pas des évaluations variées de la marge d'appréciation des États, comme le montre le rapprochement entre les arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Coman* opéré ci-dessus. C'est en mobilisant un deuxième acquis de jurisprudence et en inscrivant sa décision dans le cadre de la libre circulation que la Cour, sciemment ou innocemment, loin de limiter la portée de l'arrêt *Coman*, lui donne toute son ampleur. Elle permet en effet d'imposer une lecture commune et stricte de l'ordre public de droit international privé et de droit européen à la lumière des droits fondamentaux. Les deux ordres publics, de droit international privé et de droit européen, se présentent comme des exceptions à la libre circulation d'une institution ou d'une personne, permettant à un État de sauvegarder des intérêts qu'il juge fondamentaux pour sa société. De façon classique, l'exception d'ordre public en droit international privé tiendra compte de la proximité de la situation avec l'ordre juridique requis. Ainsi, dans l'arrêt *Coman*, si l'intéressé a bien la nationalité roumaine, la Cour souligne qu'il s'est rendu et a séjourné «de manière effective» dans un autre État membre où il «a développé et consolidé [...] une vie de famille [...] par un mariage légalement conclu»⁶³. L'exception d'ordre public de droit international privé mesurera également la gravité de l'effet produit par la reconnaissance de l'acte ou de la décision étran-

⁵⁹ C.J.U.E., *Coman*, préc., § 41.

⁶⁰ *Ibid.*, § 3.

⁶¹ *Ibid.*, § 37 et C.J.U.E., arrêt *Parris*, 24 novembre 2016, aff. C-443/15, ici § 58.

⁶² C.J.U.E., *Coman*, préc., § 37 et C.J.C.E., Gde Ch., arrêt *Maruko*, 1^{er} avril 2008, aff. C-267/06. La Cour aurait pu y ajouter une référence à l'arrêt *Hay*, 12 décembre 2013, aff. C-267/12, relatif au congé parental réservé aux conjoints mariés à une époque où le mariage de personnes de même sexe n'était pas possible en France.

⁶³ C.J.U.E., *Coman*, préc., §§ 40, 51 et dispositif.

gère. En centrant l'ordre public sur l'exception à la liberté de circulation, la Cour élève le niveau de gravité exigé. Pour justifier une exception d'ordre public à la libre circulation, il faut « une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société »⁶⁴. En d'autres termes, à la différence de la « simple » exception d'ordre public international du droit international privé, il ne suffit plus à l'État d'invoquer « un intérêt fondamental de la société », encore faut-il qu'il établisse que celui-ci est affecté par « une menace réelle et suffisamment grave ». Rapporté aux droits fondamentaux, l'exercice devient difficile. Ce n'est pas dire que cette notion « tentaculaire et insaisissable » de l'ordre public⁶⁵ que l'on gonfle et dégonfle comme une « baudruche »⁶⁶ acquiert comme par magie toute limpidité. Mais, progressivement, se crée comme en creux, une manière d'ordre public européen⁶⁷. Le sculpteur peut travailler directement la matière qui constituera son œuvre sculptée. Il peut aussi travailler un moule qui, en creux, donnera naissance à l'œuvre. De même, cet ordre public européen ne dit pas aux États ce qu'ils doivent faire, mais leur dit ce qu'ils ne peuvent pas, ou plus, faire. Il leur impose l'obligation négative de ne pas faire ou de ne plus poser certains actes discriminatoires à l'encontre de certaines catégories de personnes⁶⁸. Sur le fond, le contenu de l'ordre public qui s'élabore ainsi est un ordre public d'inclusion plus que d'exclusion. En l'espèce par exemple, dans l'arrêt *Coman*, il s'agit d'inclure le couple de même sexe dans la société roumaine. Ce n'est pas rien. De même, sur la forme, n'est pas négli-

⁶⁴ Définition rappelée dans l'arrêt *Coman*, préc., § 44, ainsi formulée depuis l'arrêt *Bouchereau*, 27 octobre 1977, aff. C-30/77.

⁶⁵ Fr. HUBEAU, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1981, p. 207.

⁶⁶ Fr. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, Larcier, Bruxelles, 1987, p. 348.

⁶⁷ Parmi différentes études sur la construction d'un ordre public européen, particulièrement d'un ordre public procédural, voy. H. MUIR WATT, note sous C.J.C.E., 28 mars 2000, *Krombach*, *Rev. crit. D.I.P.*, 2000, p. 481 ; J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 55 ; P. HAMMUE, « Ordre public et lois de police. Limites à l'autonomie de la volonté ? », in A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 111, spéc. pp. 135 à 138.

⁶⁸ Ainsi, dans les règlements européens relatifs au divorce (1259/2010, Rome III), aux successions (650/2012, Rome IV), aux régimes matrimoniaux (2016/1103, Rome V) et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (2016/1104, Rome VI), les droits fondamentaux, et en particulier l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, comportant le principe de non-discrimination, sont expressément mentionnés comme motif pour qu'un État renonce à invoquer son ordre public national à l'encontre de la reconnaissance d'un acte provenant d'un autre État membre : Rome III, cons. 25 ; Rome IV, cons. 58 ; Rome V, cons. 54 ; Rome VI, cons. 53. Voy. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE, « Public interest considerations – Changes in continuity. Comments on articles 30 and 31 of the regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships », in *Yearbook of Private International Law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 237.

geable le fait que cette construction s'opère dans un dialogue entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour constitutionnelle d'un État membre. C'est un exemple de la participation du pouvoir judiciaire à la construction de la démocratie par le droit⁶⁹. D'une part, les juridictions nationales et européennes sont amenées à interpréter les textes élaborés par les législateurs, notamment au regard de principes généraux, en instaurant un dialogue entre les juridictions et entre les pouvoirs législatifs et judiciaires. D'autre part, la participation de gouvernements et d'organisations non gouvernementales aux procédures élargit l'espace public de discussion. Ainsi, dans l'affaire *Coman*, les trois gouvernements intervenant au soutien de la Roumanie étaient confrontés au point de vue inverse du gouvernement hollandais, mais aussi de l'Asociația Accept, intervenant direct dans la procédure nationale aux côtés du couple Coman-Hamilton. L'Asociația Accept n'en était pas à son coup d'essai devant la Cour de justice. Elle avait déjà obtenu le constat d'une discrimination basée sur l'orientation sexuelle à propos de déclarations du dirigeant d'un club de football selon lesquelles son club n'embaucherait pas de joueurs homosexuels⁷⁰. L'ensemble est constitutif d'un débat démocratique qui suit souvent le même processus : une évolution dans les jurisprudences de diverses juridictions est suivie d'une prise en considération par le pouvoir législatif devenu sensible aux intérêts d'un groupe qui représente des voix électorales en croissance⁷¹. Les mêmes formes de débat ont évolué ou évoluent à propos des discriminations en raison de l'origine ethnique, de la religion, du handicap, de l'âge ou à propos des questions de début ou de fin de vie (avortement, gestation pour autrui, euthanasie). Bien qu'il n'en soit pas fait mention dans la décision, il n'est pas inutile de constater que le couple Coman-Hamilton risquait de faire l'objet d'une double discrimination, d'une part, en tant que couple homosexuel, d'autre part, en tant que couple interracial. De façon plus générale, il convient de garder à l'esprit que certains groupes discriminés, en particulier les migrants

⁶⁹ Ph. GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1995 ; Fr. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997 ; R. DWORKIN, *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, trad. fr., Labor et Fides, Genève, 2015, en particulier la deuxième partie sur l'interprétation en général ; L. DAMAY et Fl. DELMOTTE, « Les droits de l'homme entre ruptures et continuité : un éclairage historico-sociologique », *Journ. eur. dr. h.*, 2016, n° 2, dossier « Droits de l'homme, la dernière utopie ? », pp. 161 à 178.

⁷⁰ C.J.U.E., arrêt *Asociația Accept*, 25 avril 2013, aff. C-81/12.

⁷¹ Il suffit de mesurer le chemin parcouru en vingt ans par la Cour de justice en rapprochant cet arrêt *Coman* de 2018 de l'arrêt *Grant* de 1998 dans lequel la Cour constatait, à propos d'un avantage social refusé à la partenaire de l'employée d'une compagnie ferroviaire, qu'il n'existait pas, en l'état du droit en vigueur à l'époque, de principe d'assimilation des couples homosexuels et des couples hétérosexuels (C.J.C.E., arrêt *Grant*, 17 février 1998, aff. C-249/96, ici aux §§ 35 et 36).

et les étrangers, ne peuvent trouver la reconnaissance institutionnelle de leurs droits que par la voie du pouvoir judiciaire, dans la mesure où, à défaut d'être électeurs, ils ne représentent pas d'intérêt pour le pouvoir législatif. Dans ce cas, «social transformation» doit nécessairement se faire «without representation»⁷². Les juridictions européennes sont conscientes de leur participation au débat démocratique. À titre d'exemple, à la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cadre des affaires relatives aux droits des couples homosexuels, si d'un côté, la Cour rappelle, en guise de garantie du respect de la séparation des pouvoirs, qu'il y a «a State's legitimate interest in ensuring that its legislative prerogatives are respected and therefore that the choices of democratically elected governments do not go circumvented»⁷³, d'un autre côté, un communiqué de presse sera titré: «L'Italie devrait introduire la possibilité pour les couples homosexuels d'obtenir une reconnaissance juridique»⁷⁴. La participation du pouvoir judiciaire à la construction et à la consolidation des démocraties contemporaines n'est pas chose aisée, comme le montre, dans l'affaire *Orlandi*, la phrase des juges dissidents inscrite en début du présent article. Mais ce dialogue constructif, tel qu'il apparaît dans l'arrêt *Coman*, est précisément indispensable pour la prise en compte par le pouvoir représentatif de l'évolution, de la compréhension et de l'interprétation des transformations sociales qui traversent la société.

Conclusion

L'arrêt *Coman* n'impose pas à un État membre de l'Union européenne qui refuse le mariage de personnes de même sexe la reconnaissance de plein droit d'un mariage homosexuel contracté par un de ses ressortissants dans un autre État membre. Mais l'arrêt impose l'octroi d'un droit de séjour au conjoint étranger de ce mariage. Potentiellement, l'arrêt impose également de reconnaître tous les droits liés à la libre circulation des personnes aux conjoints de même sexe. Ce faisant, l'arrêt *Coman* participe à la définition progressive d'un véritable ordre public européen, construit sur un double dialogue de constitutionnalité. D'une part, un dialogue entre les États et l'Union. D'autre part, un

⁷² Sur ces questions, J.-Y. CARLIER et Fr. CRÉPEAU, «De la 'crise' migratoire européenne au pacte mondial sur les migrations: exemple d'un mouvement sans droit?», *A.F.D.I.*, CNRS, Paris, 2018, à paraître.

⁷³ Cour eur. dr. h., *Orlandi e.a. c. Italie*, préc., § 207.

⁷⁴ Communiqué C.E.D.H. 254 (2015) du 21 juillet 2015 sur l'arrêt *Oliari c. Italie* du même jour. Certes, comme de coutume, le communiqué de presse porte la mention «rédigé par le greffe, le présent communiqué ne lie pas la Cour». Mais il indique clairement l'inscription de l'arrêt dans l'espace public de discussion démocratique.

dialogue entre les pouvoirs législatifs et judiciaires. Cet ordre public européen ne dicte pas aux États leur conduite en tout domaine. Cet ordre public européen trace les limites que les États ne peuvent franchir sans porter atteinte aux valeurs communes inscrites dans les traités et dans la Charte des droits fondamentaux. Cette consolidation des droits fondamentaux, que l'arrêt *Coman* réalise avec subtilité à un moment où leur mise en cause se propage, mérite approbation.