

## L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille

Sylvaine POILLOT PERUZZETTO

Professeur Agrégé des Universités

Université de Toulouse 1

Journées CEDECE Poitiers, Octobre 2000

S'interroger sur l'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille relève a priori de la gageure parce que les deux domaines sont difficiles à définir, et qu'ils s'opposent plutôt qu'ils ne convergent ou de la polémique qui conduit à constater l'invasion du droit communautaire y compris dans ce domaine.

Il n'est pas nécessaire de revenir sur l'impossible définition, au sens de délimitation, du droit communautaire puisque la méthode téléologique lui permet d'avancer dans tous les domaines, tout au moins peut-on adopter une définition formelle qui permet de distinguer les normes communautaires comme celles issues de l'Union Européenne. Pour le droit de la famille, la délimitation, cette fois à partir du critère matériel de l'objet, conduit à retenir le droit du « noyau, du réseau de relations interindividuelles privilégiées entre des êtres proches, ce qui lui donne la dimension d'un « nous » différente de celle du « je », de la « privacy » et confère à ses membres des droits et des devoirs réciproques aussi bien que des intérêts convergents »<sup>1</sup>. Elle est cependant tout aussi difficile, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer les limites entre droit de la famille et droit des personnes<sup>2</sup>. Mais c'est surtout l'opposition entre ces espaces qui rend a priori la question de l'incidence étrange.

Les perspectives d'abord sont différentes puisque le droit communautaire, droit économique, s'inscrit dans l'Avoir et le droit de la famille dans l'Etre, le premier travaille sur l'espace découvert de l'homme, tandis que le second sur son identité et son intimité ; la différence d'objet induit une différence de perspective puisque le droit communautaire, avec la création du grand marché et ses principes de libre circulation et concurrence construit une dynamique tandis que le droit de la famille construit plutôt une statique, une permanence, une fixité et si le droit de la famille organise des structures, le droit communautaire les dépasse pour se construire à partir d'objectifs.

---

<sup>1</sup> M.T. MEULDERS-KLEIN Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ? RMC 2000, 328

<sup>2</sup> J. HAUSER L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille dans L'internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, colloque de Lille, LGDJ 1996, 121

Pour ces raisons, les concepts clés sont différents, l'entreprise intrinsèquement porteuse de mobilité certes, en droit communautaire, mais également la personne<sup>3</sup>, et désormais le citoyen avec un droit de séjour généralisé au delà de l'activité économique<sup>4</sup>. Dans le domaine du droit de la famille, la famille, même difficile à définir, est sans doute le concept clé. Ces différences d'objet et de perspectives expliquent en partie les différences de fonctionnement de la règle de droit. Dans l'ordre communautaire, et c'est toute la magie de la construction, la règle a créé le fait, ce sont les principes de libre circulation et de libre concurrence qui ont créé le grand marché. En droit de la famille, la règle intervient de plus en plus a posteriori pour entériner des situations de fait, des évolutions sociales. D'ailleurs, la symbolique de la règle est différente puisque le non droit en droit de la famille cohabite avec le droit tandis que l'ordre communautaire laisse pour l'instant peu de place non seulement à l'autonomie de la volonté mais aux zones de non droit : les domaines non régies par le droit communautaire relèvent de la compétence nationale. Enfin, du point de vue du développement des normes communautaires et du droit de la famille l'opposition réside encore dans le mode d'évolution : une évolution linéaire en droit communautaire fondée précisément sur la méthode téléologique, le droit communautaire avance comme une pieuvre, à moins qu'il ne rayonne comme une étoile, une évolution par rupture pour le droit de la famille qui opposerait le crabe et sa mue à la pieuvre ou le papillon à l'étoile.

Mais évidemment a priori en tout cas, l'essentiel de l'opposition résulte surtout de l'identité des législateurs : par définition communautaire pour le droit communautaire, national pour le droit de la famille, et même si les Etats accordent de plus en plus de place à l'autonomie de la volonté, dès lors qu'elle reste encadrée par le droit, elle n'est pas source de droit de la famille<sup>5</sup>. La famille constitue un domaine symbolique, le noyau dur des cultures de sorte que les Etats s'y accrochent comme un élément de leur identité. Mais plus encore, la famille, jusqu'à présent se présente également comme un élément de l'ordre social, elle est la cellule fondamentale pour le maintien de l'ordre social<sup>6</sup>, ce qui explique sa nature hybride entre les intérêts privés et les intérêts publics<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> voir H. GAUDEMET –TALLON Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions RMC 2000, 228, Droit communautaire et personne in Vers une culture juridique européenne ? colloque de Toulouse Montchrestien 1998, 15

<sup>4</sup> P. VAN NUFFEL L'Europe des citoyens : vers un droit de séjour généralisé, Revue du Marché unique Européen 1992 n°1 p. 93

<sup>5</sup> Et lorsque par choix un individu ou des individus se situent dans le non droit, on se trouve en dehors du droit de la famille

<sup>6</sup> A.J. ARNAUD Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille, in Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille LGDJ 1996, 4

<sup>7</sup> M.T. MEULDERS-KLEIN Quelle unité pour le droit de la famille en Europe, article précité

L'organisation et le fonctionnement de la famille comme éléments de l'identité des Etats sont d'ailleurs avérés par la diversité des droits de la famille dans l'Union Européenne à partir d'un même donné naturel de « triangulation procréatrice »<sup>8</sup>. En effet, malgré l'existence proclamée d'une culture commune, le droit de la famille montre une grande diversité des structures familiales d'un Etat à l'autre, et une grande diversité de leur fonctionnement, différences qui dépassent largement celles des structures sociétaires de l'Union européenne, qui ont, il est vrai, été harmonisées. Cela résulte de ce que la famille ne se présente pas, dans ses structures, comme un modèle universel, elle est liée aux cultures « sa fonction dans l'organisation sociale, sa structure, les rôles impartis aux membres de la cellule familiale : tout varie avec les cultures »<sup>9</sup>. Il suffit de citer à cet égard, les différences d'approche relativement aux formes de vie commune (mariage ou concubinage, relation hétérosexuelle ou homosexuelle, possibilité ou impossibilité de séparation de corps, sans parler des différences de conditions, de procédures et des effets du divorce) relativement à la filiation (effets de adoption, possibilité d'adoption par un couple homosexuel<sup>10</sup>, droits de l'enfant naturel, établissement de la filiation<sup>11</sup>, droit de garde dans les couples hors mariage), relativement aux régimes matrimoniaux, (choix du régime légal) relativement aux successions (existence d'une réserve, droits du conjoint survivant). Ces différences et l'attachement des Etats à les maintenir expliquent le faible nombre de conventions de droit substantiel en droit de la famille, par comparaison au domaine commercial, et explique l'importance du mécanisme de l'ordre public en droit international privé de la famille.

Qu'il existe des oppositions n'écarte pas ipso facto la potentialité d'une incidence, et plus précisément, d'une incidence du droit communautaire sur le droit de la famille.

Si la question a trait à l'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille, il ne s'agit donc pas de la question inverse de l'incidence du droit de la famille sur le droit communautaire. Cette question serait plus délicate d'une part car elle va à l'encontre du principe de primauté, mais l'on sait que les droits nationaux influencent le droit communautaire si bien que la relation entre les deux ordres n'est jamais unilatérale, d'autre part car le droit de la famille n'est pas un concept du droit communautaire et enfin car le droit de la famille n'utilise pas la méthode téléologique.

---

<sup>8</sup> M.T. MEULDERS-KLEIN La place du père dans les législations européennes Revue française des Affaires Sociales 1988, p. 189

<sup>9</sup> A.J. ARNAUD article précité

<sup>10</sup> P. MURAT Vers la famille homosexuelle par adoption Droit de la famille Avril 2000 chronique p. 4

<sup>11</sup> R. FRANK Filiation en droit européen RIDC 1-1999 p. 29

La question n'est pas davantage l'incidence du droit communautaire sur la famille. En effet, si la famille constitue un groupe local, il est évident que le droit communautaire, dans son existence, qui participe à la recomposition des groupes, on le voit particulièrement avec le réveil du régionalisme, modifiera sans doute le groupe de la famille.

Une fois cernés le sens et les éléments de la relation, encore faut-il poser que l'incidence n'est pas forcément renforcée. A cet égard, l'on peut déjà avancer que la perte de souveraineté des Etats dans de nombreux domaines les conduit sans doute à se raccrocher avec d'autant plus de vigueur à ce qu'ils considèrent être le noyau dur de leur culture, en particulier le droit de la famille : l'incidence est alors, l'exacerbation des oppositions.

Néanmoins, d'un point de vue purement juridique, l'incidence qui va nous intéresser est celle de la rencontre entre les deux systèmes de droit, droit communautaire, droit de la famille, et pour reprendre plus précisément le sens de la relation, celle de l'intervention du droit communautaire dans le droit de la famille. Cette intervention, dans la mesure où elle introduit une mutation et produit des perturbations, où elle conjugue deux logiques, nécessite d'abord d'être constatée pour être reconnue (I). Et puisque la recherche du sens, l'essentiel du travail de la doctrine, s'impose, cette mutation doit être contrôlée par une proposition des grandes lignes d'un droit communautaire de la famille (II).

### I Reconnaissance de la mutation : l'intervention du droit communautaire sur le droit de la famille

L'intervention du droit communautaire dans le droit de la famille n'est pas un phénomène récent. Ce qui l'est davantage c'est sans doute l'importance prise par cette intervention (A). Mais pour reconnaître cette intervention, encore faut-il en comprendre les raisons (B)

#### A L'étendue de l'intervention du droit communautaire dans le droit de la famille

Si le droit communautaire intervient de plus en plus en droit de la famille, c'est d'une part parce que le droit communautaire irradie à partir de ses concepts propres et d'autre part parce qu'il a désormais la volonté d'intervenir directement dans ce domaine.

#### I L'intervention indirecte par le développement des concepts communautaires

Le cas du rayonnement du droit communautaire dans un domaine a priori exclu de ses préoccupations n'est pas nouveau. Avant la consécration d'une politique de la protection des consommateurs, le droit communautaire était déjà intervenu en matière de droit de la consommation sur le fondement de la libre circulation des marchandises et des services, avant

la consécration du principe de protection de l'environnement, le droit communautaire était également intervenu, à partir de ces mêmes fondements, en droit de l'environnement ; enfin, un droit communautaire de la propriété intellectuelle s'est également développé sur le fondement de la libre circulation des marchandises et des services et de la libre concurrence, et ce malgré l'article 295 du traité CE (ex-article 222) aux termes duquel «Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». Dans le même esprit, si l'on pouvait penser que, noyau des prérogatives nationales, le droit pénal pouvait échapper au rayonnement du droit communautaire, l'importance des cas dans lesquels la défense, en cas de citation, se fonde sur la violation, par la règle nationale dont l'incrimination est invoquée, d'une norme communautaire montre que le domaine n'est pas davantage immunisé.

Le droit de la famille n'échappe donc pas à ces interventions indirectes, qu'elles se fondent sur le principe de circulation ou sur celui d'égalité entre hommes et femmes.

C'est ainsi qu'à partir du concept communautaire de libre circulation, le droit communautaire s'est développé dans le domaine traditionnel du droit de la famille. Le principe de libre circulation des personnes a fondé les premières interventions du droit communautaire pour assurer aux travailleurs salariés<sup>12</sup> et aux opérateurs indépendants<sup>13</sup> un regroupement familial lequel s'entend comme un droit au regroupement et au maintien du regroupement<sup>14</sup>. Ce bénéfice de la libre circulation a d'ailleurs ensuite été accordé aux étudiants et à tous les ressortissants d'un Etat membre ne bénéficiant pas de la libre circulation en vertu d'autres dispositions communautaires<sup>15</sup>. Il résulte de cette évolution que tout ressortissant communautaire peut faire venir avec lui les membres de sa famille<sup>16</sup>. Sans revenir sur le détail de ces dispositions, il est clair que par ce biais, l'ordre communautaire, de fait et par nécessité, été conduit à déterminer les personnes de la famille pouvant accompagner le ressortissant au titre du regroupement familial. Le droit communautaire a ainsi adopté une « conception très étroite de la famille ... : famille ignorant l'union libre, famille réduite aux conjoints et aux

---

<sup>12</sup> règlement N°15 16.8.61 JOCE 26.8.61 , 1073

<sup>13</sup> directive 16.8.61 JOCE 13.12.61 , 1513

<sup>14</sup> P. KAYSER Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des Droits de l'Homme et le droit interne français JCP 1993 I 3679 ; voir également L. IDOT Le regroupement familial en droit français à la lumière du décret du 14 mars 1994 Europe 1994 N°5 chronique ; V.N. GUIMEZANES La loi du 11 mai 1998 JCP G 1998 I, 180 ; voir également la circulaire du Ministre de l'emploi et de la solidarité et du Ministre de l'intérieur du 1<sup>er</sup> mars 2000 qui fait suite à la loi du 11 mai 1998 JO 28.5.2000 p. 8058

<sup>15</sup> directives du 28.6.90 JOCE L 180 13.7.90 et directive 29.10.93 JOCE L 317 18.12.93

<sup>16</sup> travailleurs salariés règlement 1612/68 15.10.68 et directive du 15.10.68 ; travailleurs indépendants directive 73/148 21.5.73 ; pour les autres ressortissants, directive 28.6.90 et 29.10.93 précitées

parents en ligne directe, famille enfin qui risque de ne pas toujours survivre au décès de celui de qui découlait le droit au regroupement «<sup>17</sup>.

Le principe de libre circulation des services et des marchandises a pareillement conduit le droit communautaire à intervenir dans le domaine du droit de la famille touchant également au droit de la personne. C'est ainsi qu'en se prononçant sur la PMA et l'IVG en qualité de services, l'ordre communautaire toujours indirectement, a pris une position de principe sur ces questions. Ainsi, par exemple, dans l'affaire Blood, le juge anglais faisant application du droit communautaire a considéré à l'égard d'une épouse dont le mari était décédé de manière foudroyante alors que le couple avait décidé d'avoir des enfants, que l'interdiction du droit anglais de l'exportation du sperme dans un pays acceptant l'insémination post mortem même sans l'accord de l'époux, était contraire au principe de libre circulation des services et des accessoires nécessaires à la prestation de service<sup>18</sup>. Qu'une juridiction nationale ait statué ne change rien à la consécration de l'intervention du droit communautaire dans ce domaine du droit de la personne et de la famille, dès lors que les juges nationaux sont juges communautaires. Sur ce même fondement, la cour de justice a eu à se prononcer sur la nature juridique de l'IVG, mais également sur la compatibilité de la législation irlandaise interdisant sur son territoire la diffusion d'informations relatives à l'IVG légalement effectuée dans un autre Etat membre, au principe communautaire de libre prestation de service<sup>19</sup>.

La création d'un espace judiciaire européen fondé sur le principe de libre circulation des jugements conduit également le droit communautaire à intervenir en droit de la famille<sup>20</sup>. Tout d'abord en effet, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la fois à la compétence internationale directe et à la reconnaissance et l'exécution des décisions a fondé une intervention en droit de la famille par l'inclusion, dans son champ d'application, des actions relatives aux obligations alimentaires, alors même que la convention limite son champ d'application à la matière civile et commerciale et que son article 1<sup>er</sup> exclut explicitement le droit de la famille, y compris patrimonial. Dès lors, faisant application de la convention, la Cour a été conduite à définir l'obligation alimentaire et à déterminer si les

---

<sup>17</sup> H. GAUDEMET-TALLON « La famille face au droit communautaire » in Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, colloque Lille LGDJ 1996, P. 85 et qui détaille pour le conjoint, les descendants et les ascendants les définitions retenues par l'ordre communautaire

<sup>18</sup> J.S BERGE Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood, Semaine Juridique 2000 I 206 p. 289

<sup>19</sup> CJE 4.10.91 Society for the protection of unborn children aff 159/90 R I 4685

<sup>20</sup> que l'instrument utilisé soit une convention n'empêche pas que l'on puisse parler de droit communautaire dès lors qu'il a été pris sur le fondement de l'article 293 (ex 220)

différentes institutions nationales entraînent dans la qualification communautaire<sup>21</sup>. Pour répondre aux difficultés dans l'hypothèse de l'existence à la fois d'un jugement sur les aliments et d'un jugement de divorce<sup>22</sup>, la construction européenne est allée plus loin avec la convention de Bruxelles II, elle même doublée par le règlement 1347/2000 du 29.5.2000 relatif à la compétence, la reconnaissance, l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs<sup>23</sup> : ces deux textes n'ont pour objet, dans une perspective de droit international privé, que le droit de la famille ou plus précisément, une partie du droit de la famille.

Le principe de non discrimination sur le sexe du droit social communautaire a également conduit la cour à prendre position sur le transsexualisme, alors qu'il lui fallait indiquer si le licenciement d'un transsexuel, en raison de cette condition et à cette occasion, peut être considéré comme une violation de la directive du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail<sup>24 25</sup>. En considérant que le licenciement était contraire à cette discrimination, la Cour de Justice a pris position en faveur de la souplesse. En revanche elle a été beaucoup plus stricte à l'égard des droits des homosexuels, lorsqu'elle a été interrogée sur la limitation par un employeur des avantages accordés aux cohabitants de sexe opposé à celui de ses employés, pour le transport : elle a en effet refusé la qualification de discrimination fondée sur le sexe<sup>26</sup>.

Le rayonnement du principe de l'égalité entre l'homme et la femme posée en droit social a indirectement également touché le droit de la famille avec la directive du 11 décembre 1986 sur l'égalité de traitement lors de l'exercice d'une activité indépendante y compris une activité agricole et sur la protection de la maternité, dans la mesure où elle traite de la question des conjoints qui exploitent ensemble une entreprise et invite à cet égard les Etats à assurer l'égalité entre les époux<sup>27</sup>.

Ces interventions indirectes, fondées sur la nécessaire application des principes communautaires, passent par la cour de Justice et sont prudentes et posées, trop prudentes

---

<sup>21</sup> CJE 6.3.80 De Cavell II aff 120/79 R 731

<sup>22</sup> CJE 4.2.98 Hoffmann c. Krieg aff 145/86 R 645

<sup>23</sup> JOCE L 160 30.6.2000

<sup>24</sup> Directive 76/207 JOCE L 39 p. 40

<sup>25</sup> CJE 30.4.96 P. contre S. et Cornwall County council aff C-13/94 R I 2159

<sup>26</sup> CJE 17.2.98 L. Grant c. South west Trains, pour un commentaire de ces deux affaires, A. WEYEMBERGH  
Le droit des homosexuels devant le juge communautaire Journal des tribunaux de droit européen 1998, 110

<sup>27</sup> JOCE L 359 19.12.86

pour certains <sup>28</sup>. Elles sont en tout cas justifiées par la mise en œuvre des concepts communautaires, à la différence des interventions volontaristes et directes.

## 2 L'intervention directe

D'autres interventions du droit communautaire ne sont plus fondées sur la mise en œuvre d'un principe communautaire. C'est ainsi que des positions qui s'affichent comme positions communautaires ont pu être prises sur des questions brûlantes dans les Etats<sup>29</sup>. Ainsi la commission a-t-elle entrepris ou fait entreprendre des études sur des questions de bioéthique qui relèvent non seulement du droit de la personne mais sans doute aussi du droit de la famille, du fait qu'elles conduisent à une réflexion sur la filiation (recherche médicale sur les être humains, manipulations génétiques, transplantation d'organes et banques d'organes, utilisation du plasma humain et des dérivés, procréation médicalement assistée, brevetabilité des organismes vivants, euthanasie...). Les résolutions du Parlement participent à ce même mouvement d'intervention indirecte de l'ordre communautaire dans le droit de la famille<sup>30</sup>.

Certes toutes ces réflexions, qui relèvent de débats au sein de groupes d'experts, n'ont pas donné lieu encore à des directives, ou des règlements <sup>31</sup>, et s'inscrivent davantage dans le cadre d'une « soft law » mais il n'empêche que cette effervescence sans fondement juridique clair, si elle conduit à des interrogations relativement à leur incidence en droit national de la famille, fait également perdre à l'ordre communautaire et à sa construction progressive et prudente, en particulier par la Cour de justice, sa cohérence. Que la fille de l'Europe des Lumières donne la parole à ses philosophes et savants est une chose que le label de l'Union soit apposé en est une autre qui ne peut se passer d'une réflexion, d'un débat, nécessaires tant à la cohérence qu'à la légitimité, surtout si ces interventions cherchent à accélérer les changements en matière de droit de la famille en réponse peut-être aux lenteurs nationales.

Elles montrent quoi qu'il en soit la potentialité de l'ordre communautaire à instaurer le débat et sans doute sa volonté d'intervenir si bien que pour reconnaître pleinement ce double

---

<sup>28</sup> A. WEYEMBERGH, article précité

<sup>29</sup> Pour l'ensemble des questions couvertes voir H. GAUDEMET-TALLON *Droit communautaire et personne in Vers une culture juridique européenne ? colloque de Toulouse Montchrestien 1998*, P. 15, également du même auteur *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions RMC 2000*, 228

<sup>30</sup> par exemple une résolution sur « la politique familiale dans la Communauté » Résolution 9.6.83 JOCE C 184 11.7.83, résolution sur la « Charte européenne des droits de l'enfant » Résolution 8.7.92 JOCE C 241 21.9.92

<sup>31</sup> même s'il faut citer la directive du 14.6.89 n° 389/81 JOCE L 181 28.6.89 et la proposition de directive excluant la brevetabilité du corps humain et de ses éléments JOCE C 44 16.2.93

mouvement d'intervention indirecte et directe, il est nécessaire de s'interroger sur les raisons de cette mutation.

## B Les raisons de l'intervention du droit communautaire dans le droit de la famille

Si le droit communautaire a pu facilement envahir le droit de la famille c'est évidemment parce que les oppositions entre les domaines, caricaturées pour les besoins de l'identification de chacun d'eux, ne sont pas si marquées et la frontière n'est pas si étanche. Pour reprendre l'expression de Madame Gaudemet-Tallon, « il s'est révélé absolument impossible de séparer de façon étanche « l'homo economicus » (travailleur indépendant ou salarié) et la personne humaine en tant que telle et dans ses relations familiales »<sup>32</sup>. De surcroît, certains auteurs ont déjà montré que l'on ne pouvait opposer, sur le fondement des différences de culture nationale, le droit des contrats et le droit de la famille car même le droit des contrats est imprégné de culture nationale<sup>33</sup>. Par ailleurs, le rayonnement du droit communautaire dans le droit de la famille s'explique également par le fait que le droit communautaire porte en lui les germes de la démarche, tout comme le droit de la famille porte les germes d'un rapprochement à l'ordre communautaire.

### 1 Les germes dans le droit communautaire

En fait trois raisons militent dans l'ordre communautaire, en faveur de cette intervention. La première a trait à la méthode même, les autres à l'évolution de la construction.

Il n'est pas nécessaire de revenir longuement sur la spécificité de la méthode communautaire qui inscrit son action dans un objectif suffisamment vaste pour couvrir des domaines variés et qui du coup, constitue un fondement juridique facile aux différentes interventions. Que le droit de la famille n'ait pas échappé à cette avancée n'est donc pas étonnant et les concepts de base qui ont fondé toute la construction communautaire, à savoir les quatre libertés et le principe de libre concurrence n'avaient pas de raison de n'être pas opérants en droit de la famille également. A ces principes, il faut sans doute ajouter le principe de non discrimination entre hommes et femmes du droit social communautaire et anticiper avec Madame Gaudemet-Tallon sur l'expansion dans le droit de la famille de ce principe<sup>34</sup>.

Mais au delà de la méthode, la construction communautaire est incontestablement entrée dans une autre phase. Après avoir essentiellement travaillé à la création du grand marché puis à

---

<sup>32</sup> H. GAUDEMET –TALLON Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions article précité

<sup>33</sup> C. JAMIN Un droit européen des contrats in Le droit privé européen colloque Reims 1997 sous la direction P. Vareilles-Sommières Economica 1998, p. 40

<sup>34</sup> H. GAUDEMET-TALLON Droit privé communautaire : quelques réflexions, article précité

l'établissement de l'Europe dans le monde, elle revient sur elle et sur ses fondements premiers, et travaille à définir l'essentiel de la construction en dépassant l'Europe des marchands et la Communauté Economique Européenne, ne serait-ce que pour trouver une légitimité<sup>35</sup>. Le nouveau concept de citoyenneté européenne introduit par le Traité de Maastricht, tout comme la volonté de créer un espace de liberté de sécurité et de justice et passant par l'amélioration de la coopération judiciaire par la communautarisation du 3<sup>ème</sup> pilier, introduit par le Traité d'Amsterdam, inscrivent la construction communautaire dans l'Etre et nécessitent la recherche d'une identité culturelle au delà de la pensée unique libérale.

Ce changement de préoccupation s'accompagne d'ailleurs d'un changement de discours, en tous cas dans les « vieux » domaines du droit communautaire, comme par exemple le droit de la concurrence ; la Commission adopte en effet des positions beaucoup plus souples et moins catégoriques. Son autorité étant reconnue, les règles étant intégrées dans les ordres nationaux, elle n'a plus de problème de reconnaissance et recherche la coopération des Etats.

Une troisième raison, proche de la précédente résulte du développement en marge de la construction communautaire, et sans doute influencée par elle, d'un rapprochement de fait des ordres nationaux par concurrence et par coopération<sup>36</sup>, mais également entre les individus, si bien que l'on peut parler d'une culture européenne d'harmonisation spontanée, de mimétisme de fait, d'un droit communautaire comme « puissant facteur de circulation des concepts juridiques »<sup>37</sup>. Et puisque la doctrine a, selon les époques, joué un rôle plus ou moins important dans l'avancée du droit, il faut reconnaître à la doctrine contemporaine, le mérite de réfléchir en parallèle, dans des laboratoires nombreux et variés, sur les rapprochements possibles, sur les mérites du droit comparé ce qui, indirectement, raffermi l'avancée européenne formelle. Il y a dix ans seulement, l'expression « droit privé européen » sur laquelle conclut Madame Gaudemet-Tallon<sup>38</sup> aurait-elle pu être entendue ? On osait à peine la poser en matière de contrat, c'est dire comme elle était totalement déplacée en droit de la famille.

Par ailleurs, le droit de la famille, en particulier par son objet, porte en lui les germes du rapprochement.

## 2 Les germes dans le droit de la famille

---

<sup>35</sup> H. GAUDEMET-TALLON Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions article précité

<sup>36</sup> Sur les différents transferts entre les Etats voir C. JAMIN article précité

<sup>37</sup> C. JAMIN article précité

<sup>38</sup> H. GAUDEMET-TALLON article précité

Malgré les présentations caricaturales, le droit de la famille ne relève pas que de l'Être puisqu'il intègre tout le droit patrimonial. D'ailleurs, si la cellule familiale reste considérée par les Etats comme la cellule de base c'est tant pour des raisons d'ordre social, que pour des raisons économiques, même si cette dernière affirmation perd aujourd'hui de sa vigueur dès lors que « le lien affectif l'a emporté progressivement sur la conception de la famille comme espace économique »<sup>39</sup> et que la protection sociale a basculé de la famille à l'Etat.

Mais surtout, le droit de la famille qui s'épanouissait sous le signe de la permanence et de la stabilité, est aujourd'hui ébranlé sous différentes contestations lesquelles utilisent sans doute l'opportunité de la construction européenne pour revendiquer dans cet ordre nouveau ce qui n'est pas reconnu par les Etats. Dans ces remises en cause, il faut d'abord mentionner celle du rôle de l'Etat et la revendication de plus d'autonomie. Le modèle de la famille se veut en effet de plus en plus en dehors de toute ligne étatique : « le contrat familial contemporain qui oscille entre parenté et amitié, ne fait pas partie d'un « projet de société » cohérent auquel puissent adhérer-ou que puisse contester- les membres de la famille »<sup>40</sup>. Sont également remises en cause les structures classiques au profit d'un nouvel équilibre : un équilibre autour du couple protégé contre l'éventuelle tyrannie de leurs propres parents et réciproquement détaché des devoirs à l'égard des parents vieillissants<sup>41</sup>, mais également sans doute, un équilibre entre liberté individuelle, confortée par la C.E.D.H. qui met en avant l'individu, et la famille, génératrice de devoirs et pouvoirs dans le groupe. Egalement, la tradition de permanence de la famille dans un lieu donné, village, région, voire même Etat est-elle également remise en cause, pour des raisons économiques et la mobilité est évidemment facilitée par le principe communautaire de libre circulation. De surcroît, même dans l'ordre interne, le droit de la famille a éclaté en concepts différents selon que l'on raisonne en droit civil ou en droit de la protection sociale<sup>42</sup>

L'importance constatée de l'intervention du droit communautaire dans le droit de la famille et les raisons mises en évidence laissent à penser que potentiellement cette expansion n'a pas de limites. Dès lors, après sa reconnaissance, le juriste qui se définit en partie comme gardien du sens, doit-il tenter de contrôler cette mutation, en recherchant et posant une logique. Refuser de reconnaître l'emprise du droit communautaire en droit de la famille est un combat

---

<sup>39</sup> A.J. ARNAUD Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille in Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille LGDJ 1996, 4

<sup>40</sup> A.J. ARNAUD article précité

<sup>41</sup> A.J. ARNAUD article précité

<sup>42</sup> X. PRETOT Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale ? Revue Droit sanitaire et sociale 27 (3) 1991, p. 482

d'arrière garde qui n'apporte rien à l'avenir<sup>43</sup>. Mais se contenter de reconnaître la présence du droit communautaire, voire d'en faire un rapide développement dans une présentation du droit de la famille n'est pas davantage satisfaisant même si cette présentation aurait le mérite de « faire exister » dans le monde universitaire les règles, qui au demeurant, existent même sans ce label<sup>44</sup> !

L'enjeu est donc aujourd'hui de réagir et de contrôler cette mutation, de s'interroger sur le comment de l'intervention du droit communautaire, dans un domaine traditionnellement national qui ne se laissera pas « envahir » comme le droit commercial ou le droit de la concurrence<sup>45</sup>.

Le principe même d'une réflexion sur une approche et une méthode différentes du droit communautaire justifie de distinguer, dans l'ordre communautaire, un droit communautaire de la famille. Cette appellation, qui risque aujourd'hui de choquer, ne signifie ni que le contenu du droit communautaire de la famille sera communautaire, ni que le droit communautaire de la famille se développera avec le même objet, la même méthode que le droit national de la famille auquel donc, il ne va pas se substituer, ni que le droit communautaire de la famille se développera avec les méthodes traditionnelles du droit communautaire lorsqu'il s'inscrit dans d'autres domaines, comme le domaine économique.

Ce devrait être toute la spécificité de cette branche du droit communautaire que de laisser une large place aux droits nationaux, tout en tenant compte des mouvements d'internalisation. Dit autrement, le droit communautaire de la famille ou le droit de la famille dans l'ordre communautaire ne pourra se construire que dans des relations avec les ordres internes et avec l'ordre international tout en observant l'évolution des réalités de la famille dans l'Union Européenne.

---

<sup>43</sup> Sur les différentes réactions des juristes privatistes face au droit communautaire voir H. GAUDEMET-TALLON Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions RMC 2000 p. 228 ;

Pour un constat similaire en matière d'immigration, voir C. WITHOL de WENDEN La dimension européenne des nouvelles lois françaises sur l'immigration et la citoyenneté RAE 2000 p. 88

<sup>44</sup> Cette opinion n'est cependant pas partagée par tous, ainsi C. JAMIN constate à la lecture « de n'importe quel manuel » que le droit européen des contrats n'existe pas C. JAMIN Un droit européen des contrats ? in Le droit privé européen colloque Reims ...

<sup>45</sup> Sur la nécessité d'une réaction, voir la conclusion de Madame GAUDEMET-TALLON Droit privé et droit communautaire, article précité

## **II Le contrôle de la mutation : vers la construction d'un droit communautaire de la famille**

Que l'incidence se cristallise en une intervention du droit communautaire dans le droit de la famille, de tradition nationale et construit sur des coutumes locales, conduit, comme tout phénomène d'incidence à une mutation.

Or, l'intervention de fait du droit communautaire dans le droit de la famille engendre au moins trois difficultés : le principe même d'une intervention, l'exclusion implicite de l'ordre international, le mode de l'intervention.

Tout d'abord le principe même d'une intervention du droit communautaire dans un domaine de tradition nationale ou locale, ne doit pas laisser indifférent, et que l'argument soit politique plutôt que juridique ne change rien<sup>46</sup>. De surcroît, le principe même d'une intervention communautaire peut faire craindre une unification des droits de la famille, et partant un appauvrissement, puisqu'il faut bien le reconnaître, qu'il s'agisse des règlements ou des directives, la construction européenne aboutit bien souvent à une unification. Le risque est d'autant plus important qu'à l'égard de la communauté internationale, le droit communautaire a pu montrer sa valeur d'exemple, en tout cas dans le domaine économique : la pensée unique viendrait-elle, écraser les diversités des structures familiales ?

La deuxième difficulté vient de ce que l'intervention résulte de l'ordre communautaire dans un environnement de plus en plus international. Le fait que l'ordre communautaire intervienne ne choque en effet pas seulement chacun des Etats mais choque également l'ordre international qui n'a pas attendu la construction européenne pour construire des solutions. Or les solutions de l'ordre international ne procèdent pas de la même logique puisqu'il s'agit, par le biais de la C.E.D.H., de dégager le caractère universel à certains principes, en retrouvant ainsi une certaine uniformité dans les solutions. Par ailleurs, l'ordre international travaille également depuis un siècle à la coordination des droits nationaux, et en particulier des droits de la famille, par le biais en particulier des conventions de droit international privé de La Haye qui ont fait leur preuve et il serait désastreux que le mouvement communautaire détruise cet acquis ou empêche d'une manière ou d'une autre le développement d'autres actions du même type.

La troisième difficulté résulte du mode d'intervention : il a été montré que le droit communautaire intervenait soit volontairement, soit indirectement par le biais de la mise en

---

<sup>46</sup> La question du conflit de normes étant en fait résolue par le principe de primauté, il ne reste que le conflit de compétences

œuvre des concepts communautaires. Dans le premier cas, le foisonnement des études et le manque de base textuelle, ternit la construction ainsi qu'il a été dit. Dans le second, le caractère spontané des interventions du droit communautaire, cette incidence de fait, nécessite qu'à un moment donné, et c'est sans doute le rôle de la doctrine que de sonner l'alarme, un temps d'arrêt soit marqué pour établir le bilan et définir les lignes d'évolution.

Les nombreuses difficultés posées par cette mutation nécessitent ainsi une réaction sous forme de proposition de ce que pourrait être un droit communautaire de la famille .

Puisqu'il s'agit d'une question de méthode, les interrogations tournent autour des questions traditionnelles : réception au anticipation par création ? unification ou coordination ?

La réponse n'est d'ailleurs pas forcément unique et peut dépendre d'abord des domaines. Ainsi, par nécessité mais de manière limitée et sans que les concepts retenus aient une incidence hors de leur domaine, l'unification et la création de normes s'impose plutôt dans le domaine où le droit communautaire s'introduit dans le droit de la famille en appliquant ses propres concepts, l'exemple typique étant le regroupement familial. En revanche, la réception et la coordination peuvent ordonner les domaines qui ne ressortent pas des objectifs fondamentaux de la construction.

La réponse à la question de la méthode doit également tenir compte du stade de l'évolution de la construction communautaire. Ce critère devrait conduire à opter d'abord pour une coordination/réception et se poursuivre ensuite, à l'instar du développement du droit communautaire de la consommation par une unification/création. Il nous semble en effet que pour l'instant, dans ce domaine aussi sensible que celui du droit de la famille, le rôle du droit communautaire, loin d'anticiper en créant des normes nouvelles et unifiées, doit se limiter à être catalyseur des différentes normes existantes, ordonnateur par coordination, , d'autant qu'il dispose d'outils pour assumer ce rôle.

L'unification à outrance et de surcroît l'unification rapide et volontariste ne peuvent être une fin en soi. Se fixer l'objectif d'unifier rapidement le droit de la famille serait une erreur capitale dans un domaine où les faits précèdent le droit. D'ailleurs, tous les domaines économiques ne sont pas unifiés en Europe et le droit de la famille n'a pas à jouer le rôle de moteur comme a pu le faire le droit des sociétés pour le droit fiscal. En l'état actuel de l'absence d'unification du droit fiscal, même si le droit des successions était unifié, les droits à payer continueraient à être différents d'un Etat à l'autre!

Ainsi, puisque présence de l'ordre communautaire dans ce domaine, il y a déjà, autant ordonner cette présence en tenant compte des difficultés mentionnées, soit en ménageant et

assurant une place aux droits nationaux, tout en tenant compte des expériences de l'ordre international. Le droit communautaire de la famille pourrait dès lors être ébauché à partir des droits nationaux dont il assurerait par les moyens les plus efficaces, la coordination, en tenant compte de l'ordre international, avec un socle de principes communautarisés et unifiés résultant des ordres nationaux et de l'ordre international. Cela revient à dessiner un droit communautaire de la famille autour de deux rôles, un rôle de coordination (A), un rôle de gardien (B).

#### A Un rôle de coordination

Si par un discours réducteur et un peu caricatural, on évoque plutôt l'effet d'unification de l'ordre communautaire par les règlements, essentiellement, mais également, dans une moindre mesure, par les directives, (ce qui le conduit d'une part à occuper tout le territoire juridique et à évincer, par le principe de primauté, la norme nationale, et d'autre part à écarter la compétence nationale pour légiférer), et si cet ordre est davantage associé à une relation verticale et hiérarchique entre droit national et communautaire, il n'est pas déplacé de soutenir que cet ordre peut également se présenter comme un coordinateur, comme une interface entre des normes d'origine différente qu'il intègre sans écarter. Cette perspective est d'autant moins déplacée que le droit communautaire dispose déjà de principes et d'outils juridiques qui lui permettent de participer à l'ordonnement<sup>47</sup> du droit de la famille en coordonnant tant les normes applicables que les autorités compétentes.

#### 1 La coordination des normes

Que l'ordre communautaire puisse construire un droit de la famille, lieu de réception de normes extérieures est d'autant plus facile à imaginer qu'il dispose déjà des outils pour réceptionner des normes nationales et internationales.

L'ordre communautaire, dans la construction de ses règles, sait d'ailleurs aussi, dans le domaine commercial, réceptionner des éléments de la coutume commerciale et des pratiques professionnelles, ainsi qu'on le voit en droit de la concurrence avec la construction des règlements d'exemption, au moins de la première génération<sup>48</sup>. Pour autant, il n'est pas sûr, qu'en l'état de la diversité des coutumes en matière de droit de la famille, cette réception soit souhaitable. Si réception des pratiques il peut y avoir, les ordres nationaux pour l'instant, sont

---

<sup>47</sup> pour l' «ordonnement» du droit des contrats autour des droits de l'homme voir C. JAMIN article précité

<sup>48</sup> le règlement d'exemption 2790 du 21.12.99 qui se veut relever d'une analyse davantage économique, abandonne, en tout cas sur le principe, cette méthode et sans doute les prochains règlements suivront-ils cette évolution

plus à même de jouer ce rôle si bien que dans l'ordre communautaire, la réception ne sera qu'indirecte.

#### a) Les normes nationales

La réception des normes nationales de droit de la famille nécessite de préciser leur rapport aux normes communautaires et le rapport des normes nationales entre elles.

Dans la relation norme nationale/norme communautaire, le droit communautaire de la famille devrait se construire à partir du principe de subsidiarité, défini à l'article 5 du traité instituant la communauté européenne, qui laisse aux normes nationales une place, ou plus précisément, qui fonde une place aux normes nationales dans l'ordre communautaire, et l'on pourrait ajouter sans doute l'article 6 par 3 du Traité sur l'Union européenne aux termes duquel l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres.

Pour autant, cela ne signifie pas forcément l'absence de l'ordre communautaire mais une présence sous forme de coordination. A cet égard, le droit communautaire, s'il a cherché d'abord à s'affirmer, pour se faire reconnaître, a également développé des outils propres à conserver l'existant national dans son enveloppe nationale, simplement intégrée dans l'ordre communautaire. Ainsi en est-il du système de renvoi au droit national, largement utilisé par la cour de Justice et que l'on trouve également dans des directives et règlements créant un statut européen<sup>49</sup>. En droit de la famille, comme d'ailleurs pour la détermination de la nationalité, ce renvoi est connu et participe à l'équilibre des relations<sup>50</sup>. Ainsi, ce sont les règles nationales, substantielles ou de droit international privé, si la situation présente un élément d'extranéité, que la cour utilise pour déterminer l'existence d'un lien de mariage<sup>51</sup> ou d'un lien de filiation<sup>52</sup>.

Mais parfois la communautarisation de la réception va plus loin puisque l'ordre communautaire construit un concept de facture molle propre à intégrer un contenu national, ainsi en est-il des réserves de compétence nationale relativement aux quatre libertés, comme

---

<sup>49</sup> par exemple le règlement sur le GEIE s'il donne un moule communautaire à la structure n'en laisse pas moins une place à l'application de la loi du lieu d'immatriculation, règlement 25.7.85 JOCE L 199 31.7.85

<sup>50</sup> H. GAUDEMET-TALLON La famille face au droit communautaire, article précité

<sup>51</sup> CJE 12.2.85 A. Diatta c. Land de Berlin aff 267/83 R. 567 ; CJE 7.7.72 Surrinder Singh aff C 370/90 R I 4265

<sup>52</sup> pour déterminer les enfants des fonctionnaires ouvrant droit à versement des allocations familiales dans la mesure où le texte vise « l'enfant légitime, naturel ou adoptif du fonctionnaire ou de son conjoint, lorsqu'il est effectivement entretenu par le fonctionnaire » : la nature de la filiation est déterminée par les droits nationaux. Il est étonnant en revanche que le renvoi au droit national ait été étendu au delà de cette détermination en refusant en particulier que l'engagement d'un fonctionnaire à l'égard des enfants de sa concubine ou d'un neveu puisse répondre à la condition supplémentaire prévue par le texte qui permet l'octroi de l'allocation à toute personne à l'égard de laquelle le fonctionnaire a des obligations alimentaires légales et dont l'entretien lui impose une lourde charge, au motif que cette obligation n'était pas prévue par la loi nationale compétente TPI 18.12.92 Diaz Garcia c. Parlement aff T 43/90 R II 2619

les exceptions de santé public, de sécurité publique mais surtout d'ordre public. Cette communautarisation de l'enveloppe permet au droit communautaire de contrôler le contenu, comme elle l'a fait en particulier avec l'exception d'ordre public. Il est cependant remarquable de constater que l'expansion de la construction communautaire peut aussi, par souci de réalisme et d'efficacité, passer par davantage de place à la loi nationale, c'est en tout cas ce qui résulte des différentes versions successives de la société européenne, initialement soumise au seul droit communautaire et désormais largement soumise à la loi du lieu d'immatriculation. Il pourrait en être de même pour les personnes, relativement à leur statut personnel et familial.

Un autre outil de coordination permettant de réceptionner les droits nationaux dans leur diversité, consiste pour le droit communautaire, à adopter des concepts larges, transcendant les distinctions nationales, et l'on pourrait ainsi évoquer le conjoint communautaire sans distinguer entre les différentes formes d'union<sup>53</sup> qui résulteraient des droits nationaux.

Relativement à la place de l'ordre communautaire dans la coordination des normes nationales entre elles, à observer les quelques règles de conflit de lois d'origine communautaire, il faut reconnaître qu'elle est pour l'instant minime en droit de la famille, alors que dans d'autres domaines, en particulier en matière contractuelle, la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles constitue un instrument particulièrement utile (et il faut également citer le tout récent règlement 1346/2000 du 29.5.2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>54</sup> qui détermine la loi applicable à la procédure principale (art 4) et à la procédure secondaire (art 28)). Si donc la possibilité pour l'ordre communautaire de créer des règles de conflit existe, nous verrons cependant que la présence d'un ordre international dans ce domaine ne rend pas nécessaire une intervention directe de l'ordre communautaire.

#### b) Les normes internationales

L'ordre communautaire sait en effet aussi réceptionner également des normes de l'ordre international, et à l'article 6 par 2 du Traité sur l'Union Européenne, selon lequel l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il faut sans doute ajouter non seulement des éléments matériels de l'ordre international comme la convention de New York en matière de reconnaissance et exécution des sentences arbitrales<sup>55</sup>, mais également les

---

<sup>53</sup> pour cette méthode, à propos du concept de responsabilité, voir H. GAUDEMET-TALLON Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, article précité

<sup>54</sup> JOCE L 160 30.6.2000

<sup>55</sup> CJE Eco Swiss China Time Ltd 1.6.99 aff C-126/97 commentaire S.POILLOT-PERUZZETTO JDI 2000, 2,p.299

conventions, de droit international privé préparées en particulier par la Conférence de La Haye : dans la mesure où depuis longtemps ces conventions de droit international privé sont élaborées dans un ordre mondial, il serait réducteur que le droit communautaire s'arrogue une exclusivité de conception quelconque dans ce domaine ou même ne permette pas la concentration des moyens dans cette recherche. En ce sens, puisque les travaux de la conférence de La Haye ont fait leur preuve dans un domaine particulièrement difficile, il serait dommage de les écarter ou de les freiner.

Ainsi donc, le droit communautaire de la famille pourrait-il utiliser ces différentes techniques pour rester un droit d'origine nationale intégré dans la mécanique communautaire et coordonné grâce aux règles de droit international privé reconnues et soutenues par l'ordre communautaire.

Mais si la coordination des normes est souhaitable parce qu'elle suppose le maintien des normes nationales, les voix s'élèvent aujourd'hui de plus en plus en faveur du développement parallèle de la coordination entre juges nationaux<sup>56</sup>.

## 2 La coordination entre juges nationaux

En matière de coordination entre juges nationaux, l'ordre communautaire a également fait ses preuves d'abord dans son domaine de prédilection, soit en matière civile et commerciale avec la convention de Bruxelles, d'ailleurs aujourd'hui en révision, et sans compter les éléments sur la compétence internationale prévus par le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>57</sup>. Mais dans le domaine du droit de la famille, le droit communautaire a également largement avancé sur le terrain des règles de compétence internationale, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, d'abord avec la convention de Bruxelles 2 du 28 mai 1998, puis avec le règlement 1347/2000 du 29.5.2000<sup>58</sup>, qui se présente ainsi comme un instrument différent sur le même objet. Des travaux portent d'ailleurs aujourd'hui sur une convention relative à la compétence et à la reconnaissance dans les autres domaines du droit de la famille, finalement écartés dans la négociation de Bruxelles 2.

Par ailleurs, s'il fallait des preuves en faveur de la possibilité et volonté de l'ordre communautaire d'accorder une place de plus en plus grande aux juges nationaux, il suffit de

---

<sup>56</sup> H. GAUDEMET-TALLON Compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXIème siècle in Clés pour le XXIème siècle Dalloz 2000, p. 123

<sup>57</sup> règlement du 29.5.2000 JOCE L 160 30.6.2000

<sup>58</sup> JOCE L 160 30.6.2000

considérer l'évolution d'un domaine de vieille tradition communautaire, soit le droit de la concurrence, dans lequel si les règles nationales sont conservées parallèlement aux règles communautaires, elles doivent, il est vrai respecter le principe hiérarchique de primauté. Pourtant, dans ce domaine largement communautarisé, l'heure n'est plus aux compétences communautaires exclusives, mais à la décentralisation et à la coordination entre juges nationaux et organes communautaires, entre organes nationaux et communautaires.

Ainsi donc, que l'ordre communautaire avance parfois comme un rouleau compresseur ne doit pas faire oublier ses potentialités de coordinateur, lesquelles seraient particulièrement bienvenues dans la création d'un droit communautaire de la famille dans lequel le droit communautaire dessinerait la méthode, le réseau tandis que les droits nationaux viendraient nourrir les espaces.

Il n'empêche qu'à côté de cette coordination et pour lui donner un sens, de la même manière que le droit international privé national par ses règles de conflit de lois et de compétence internationale, donne un sens sans se contenter de prévoir des règles mécaniques, il convient pour l'ordre communautaire de poser les principes essentiels sur lesquels les Etats dans leurs compétences coordonnées, ne sauraient revenir, une sorte d'ordre public communautaire au sens d'un droit fondamental et commun à chacun des Etats. Dans cette perspective, l'ordre communautaire jouerait, mais sans qu'il en ait l'exclusivité, le rôle de gardien des valeurs essentielles.

## B Un rôle de gardien

Qu'il s'agisse de l'intervention indirecte du droit communautaire dans le droit de la famille ou de son intervention directe, une coordination/réception des normes nationales ou internationales ne suffit pas .

Dans la mesure où l'ordre communautaire a déjà développé un certain nombre de principes et a défini un régime juridique à ces principes, l'instrument semble le plus approprié pour tracer , en droit de la famille, les lignes de conduite essentielles, tout en maintenant l'application de principe des droits nationaux.

Il s'agirait ainsi de créer, dans ce domaine sensible qu'est le droit de la famille, un ordre public communautaire, qui pourrait d'ailleurs servir de modèle à cet ordre public international si difficile à définir. Encore convient-il de préciser les fonctionnalités de ce ordre public communautaire et d'en ébaucher le contenu.

a) Fonctionnalité de l'ordre public communautaire

Il s'agirait non pas des principes généraux du droit communautaire aidant à l'interprétation et à l'application du droit communautaire puisque sa fonctionnalité serait de préciser les lignes directrices dans l'application du droit national.

Il ne s'agirait pas davantage de l'ordre public , réservoir de compétence national de l'article 30 CE, puisqu'au contraire, il poserait la limite communautaire à l'application du droit national.

Finalement, sa fonctionnalité se rapprocherait davantage de celle de l'ordre public du droit international privé qui a un effet d'éviction de la norme en principe applicable si ce n'est que l'on raisonne ici sur les liens entre ordre national et ordre communautaire qui ne sont pas juxtaposés et qu'on ne peut donc parler de l'application par substitution de la loi du for. En fait, l'ordre communautaire qui dessinerait à la fois le schéma de réception de la norme nationale, en écarterait la solution si elle n'est pas conforme à un principe communautaire et au final appliquerait la solution dictée par la mise en œuvre du principe.

Pour autant, par analogie cependant à la méthode conflictuelle, faudrait-il au sein de l'ordre communautaire coordinateur des droits nationaux, poser le principe d'un contrôle de la fraude serait souhaitable pour éviter des cas comme celui de la Princesse de Beaufremont , l'utilisation des normes nationales, même au sein de l'ordre communautaire n'étant pas exempte de ce risque, comme l'a montré l'affaire Centros<sup>59</sup> ? La logique de la construction communautaire conduirait davantage à faire jouer la concurrence entre les systèmes nationaux.

b)Le contenu de l'ordre public communautaire

La difficulté, comme toujours dans ce domaine, consiste à déterminer ces principes, qui doivent être suffisamment clairs pour définir la ligne communautaire mais en même temps limités à l'essentiel, pour maintenir les indépendances nationales<sup>60</sup>, quitte à ce que l'essentiel varie dans le temps. Une recherche sur cette question spécifique mériterait d'être menée, même si des éléments de réponse peuvent déjà être avancés.

Sans doute, l'article 6 du Traité sur l'Union européenne selon lequel l'Union respecte les droits fondamentaux de la CEDH<sup>61</sup> et ceux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, dont sans doute la Charte sociale européenne (révisée)<sup>62</sup>, en

---

<sup>59</sup> CJE 9.3.99 aff C-212/97 R I 1459

<sup>60</sup> Sur la nécessité de maintenir l'indépendance des Etats et le danger d'un ordre public communautaire , voir H. GAUDEMET-TALLON La famille face au droit communautaire article précité p. 93

<sup>61</sup> dont sans doute l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale

<sup>62</sup> dont sans doute l'article 16 relatif à la protection sociale, juridique et économique de la famille, qui est la « cellule fondamentale de la société » , voir décret 4.2.2000 portant publication de la charte JO 12.2.2000 p. 2230

tant que principes généraux du droit communautaire, donne une première ébauche de cet ordre public communautaire et fonde le développement de la jurisprudence communautaire relative à la protection des droits de la personnalité<sup>63</sup>.

Mais il convient sans doute d'ajouter l'article 13 du Traité CE qui vise à combattre « toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », ce qui permet d'étendre, au delà du droit social, le principe de non discrimination entre hommes et femmes. Par ailleurs, et même s'il n'a pas été clairement affirmé, poser le principe de la protection de la partie faible, qui a permis le développement du droit communautaire de la consommation, fonderait la prise en compte des intérêts de l'enfant et de certains adultes.

En utilisant la méthode de la réception/coordination et de l'établissement de principes généraux en droit de la famille, l'ordre communautaire, dont la présence dans ce domaine, qu'on le déplore ou que l'on s'en réjouisse, est inexorable, avec les moyens dont il dispose déjà, pourrait assumer un rôle de coordination dirigée.

Cette nouvelle approche contribuerait de surcroît à modifier l'image du droit communautaire : plutôt que de se présenter comme un ensemble de règles techniques souvent mal rédigées, évacuant sur le fondement de la primauté les règles nationales, le droit communautaire, dans un ordre qui avance inexorablement, se ferait en quelque sorte métalangage des langages juridiques nationaux dont l'existence resterait assurée et le développement ainsi favorisé. Il participerait à une évolution du droit et non à sa révolution. La solution ne serait donc plus la seule relation hiérarchique, qui fut sans doute nécessaire, dans les premiers temps de la construction européenne : en intégrant les solutions nationales et les travaux internationaux, l'ordre communautaire consacrerait l'existence d'un réseau de droit, sans centre, sans hiérarchie, quitte à modifier l'approche unitaire et en ce sens dogmatique des juristes amateurs des jardins à la française du Roi soleil.

D'ailleurs, dans le monde de l'information, comme dans le monde juridique, la question essentielle aujourd'hui est bien celle des méthodes de connexion, d'interface, plutôt que celles d'uniformisation des systèmes : la connexion permet d'utiliser et de valoriser l'existant. Le droit communautaire de la famille pourrait ainsi largement s'inspirer de la méthode d'Internet, dénuée de centre mais non de sens.

---

<sup>63</sup> H. GAUDEMET-TALLON Droit communautaire et personne, article précité

Ainsi, à l'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille qui participe certes à la perte de l'unité de cette branche du droit, mais après tout, dans l'ordre interne, le droit de la famille a déjà perdu de son unité<sup>64</sup>, répond une évolution du droit communautaire lui-même, par cette intervention dans le droit de la famille, évolution qui le conduit également à modifier son approche, quitte à perdre de son unité méthodologique.

Mais si la recherche de sens passe par celle de l'unité, il ne faut oublier ni que la polysémie est un phénomène irréductible et nécessaire, y compris en droit<sup>65</sup>, ni que peut-être à terme, la famille deviendra communautaire.

---

<sup>64</sup> X. PRETOT article précité

<sup>65</sup> G. CORNU Linguistique juridique Montchrestien 1990, p. 103 et suivantes