



HAL
open science

Le lien familial peut-il être désinstitué ?

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Le lien familial peut-il être désinstitué ?. Lien familial, Lien obligationnel, Lien social, Oct 2013, Aix-en-Provence, France. hal-04015430

HAL Id: hal-04015430

<https://hal.science/hal-04015430>

Submitted on 5 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le lien familial peut-il être désinstitutionné ?

*Mélina Douchy-Oudot
Professeur à l'Université de Toulon
Membre du CDPC (UMR DICE 73-18)*

Selon le Professeur Jean-Louis Bergel, « En droit aussi, l'innovation vaut mieux que la routine. Le droit ne cesse d'évoluer dans un monde qui change. Les juristes travaillent, en général, sur le droit établi qu'ils étudient, qu'ils analysent, qu'ils interprètent, qu'ils expliquent et qu'ils appliquent. Ce sont là, déjà, des tâches ardues et souvent exaltantes, indispensables pour traiter des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer. On ne peut alors se contenter de ce que l'on connaît fort bien en droit positif et qui risque de ne pas suffire pour répondre à de nouvelles situations et à de nouveaux besoins. Il faut donc tenter d'inventer d'autres instruments et d'autres méthodes, d'imaginer des solutions nouvelles, d'anticiper sur un droit en perpétuel devenir... »¹.

Cette remarque était faite à propos des concepts émergents. En droit de la famille, il est deux nouveaux concepts, celui de la conjugalité et celui de la parentalité. Dans cette brève prise de parole, je vais essayer de reprendre l'ordre des fondements et de répondre à la question qui m'a été posée : le lien familial peut-il être désinstitutionné ? Il n'y aura aucun suspense, disons-le tout net le lien familial est « désinstitutionné » au sens où cette expression renvoie à « l'institution », ici l'institution familiale. Plus encore, le lien familial a été « déconstruit » en coupant la famille de la faculté d'engendrement et en la rattachant à la volonté des individus. Nous verrons que ce n'est pas la famille qui est cible, mais, selon la philosophie post-moderne, une forme de déconstruction de la société telle que connue jusqu'à présent. Dans cette déconstruction, le fer de lance sera l'éducation au service de la chasse aux stéréotypes en matière familiale. La prochaine étape sera, sans doute, l'hégémonie de la volonté mortifère avec les questions d'euthanasie.

La « désinstitution » est un barbarisme qui a vocation à dénoncer les atteintes portées à l'institution matrimoniale, autrement dit au mariage fondateur de la famille. Elle va de pair avec la contractualisation et la privatisation du lien familial. Un basculement de la famille s'est opéré de la sphère publique, fondement de la société, à la sphère privée, droit subjectif de l'individu n'ayant d'autre fin que le bonheur individuel. Le pas est franchi vers le second temps de l'évolution, la déconstruction. La déconstruction est propre à la philosophie post-moderne. Elle consiste à traquer ce qu'elle présente comme stéréotype, ainsi de la famille dite traditionnelle, refusant de lui substituer tout concept rationnel, au profit d'une instabilité permanente, par nature non théorique, en perpétuel mouvement, supposée laisser la famille au gré de la volonté changeante de chacun.

Le double mouvement est perceptible du lien désinstitutionné (I) au lien déconstruit (II).

¹ J.-L. Bergel, « A la recherche des concepts émergents en droit », D. 2012, p. 1567.

I – Un lien désinstitué

Pour ôter à l'institution familiale sa force fondatrice, il fallait en attaquer l'un de ses piliers, le mariage. Le mariage, en son sens traditionnel, a été anéanti (A) au service d'une conjugalité paradoxalement uniforme (B).

A – Le mariage anéanti

Le mariage a été anéanti « en creux » par les lois sur le divorce. Il faut insister sur cette évidence, ce n'est pas la dernière loi du 17 mai 2013 qui a anéanti le mariage, le mariage était mort avant elle s'agissant « d'institution familiale ». C'est de mémoire, le doyen Jean Carbonnier à l'origine de la loi de 1970 instituant un divorce « à la carte » qui avait, avec sagacité, rappelé qu'en légiférant sur le divorce, la répercussion était directement sur la notion de mariage, institution de la famille. Symbole de désengagement du droit, conforme à l'expression demeurée célèbre « à chacun sa morale, à chacun son droit », la loi institue alors le principe du pluralisme juridique en matière familiale. Le processus s'est poursuivi dans tout le domaine familial, il a abouti en matière de divorce avec la loi du 26 mai 2004 instituant cette fois un véritable droit subjectif au divorce, ainsi du divorce pour altération définitive du lien conjugal. L'institution familiale fondée sur le mariage est désormais réduite à la volonté d'un seul.

Ce mariage a été concomitamment anéanti par les lois relatives aux enfants des familles hors mariage. Le maître mot n'est plus, comme précédemment, neutralité, mais égalité. Le poncif est connu de l'injustice qu'il y aurait à traiter différemment des enfants issus de l'union matrimoniale ou non, d'un adultère ou non. Ceci a donné lieu à une liberté d'établissement des liens de filiation, loi du 3 janvier 1972, et à la suppression de toute distinction s'agissant de l'octroi de droits successoraux à partir de la condamnation de la France par la CEDH dans l'affaire Mazurek notamment, ayant conduit à la suppression de l'ancien article 760 CC par la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant. C'était oublier dans la réflexion l'aspect vertical des familles, de la société et de l'Etat, pour ne conserver de la famille que la vision horizontale et privée d'un simple rapport de personnes. Il s'en est suivi la disparition pure et simple de la distinction du caractère légitime ou naturel des filiations par l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009.

Mais n'y aurait-il pas là une simple transformation innovante du lien familial ? La notion de conjugalité substituée au mariage pourrait le faire croire, il n'en est pourtant rien.

B – La conjugalité substituée

Après un mariage parmi d'autres formes de couple, tels que le concubinage, le pacte civil de solidarité, le mariage est devenu « comme » les autres formes de couple avec le mariage entre personnes de même sexe consacré par la loi du 17 mai 2013.

L'évolution rapide a été très simple. La conjugalité, au sens premier, est ce qui a trait à la vie des époux, des personnes mariées. Le mot connaît une mutation significative, il rend compte aujourd'hui de toute vie à deux quelle que soit la nature du lien des personnes. La conjugalité devient le réceptacle de toutes les formes d'union. La seule question qu'il reste vraiment à résoudre est la question du chiffre deux qui a été conservé, aucune logique n'y préside dès lors que le lien générationnel lié à la capacité d'engendrement de l'homme et de la femme disparaît.

Le cheval de Troie qui a permis aux ennemis de l'institution familiale fondée sur le mariage de gagner la bataille a été la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité et au concubinage. Le maître mot n'est plus celui de neutralité, d'égalité, mais de non-discrimination. Il faut que la société reconnaisse à chacun le droit de vivre comme il l'entend et lui donne les moyens de le faire. Le PACS au départ était présenté comme une solution pour les couples de même sexe de bénéficier d'un statut juridique et de ne pas souffrir de discrimination. Un doute s'insinue à lire les statistiques ultérieures puisque, selon les sources INSEE, en 2000 seulement 5412 PACS sont souscrits par des couples de même sexe contre 16859 entre des personnes de sexe différent, et en 2010, 9143 contre 196415. Etait-ce bien la non-discrimination entre les personnes de même sexe que l'on poursuivait ou une attaque indirecte et bien ciblée du mariage lui-même pour les personnes de sexe différent ? En ce sens, la loi du 15 novembre 1999 constitue un véritable cheval de Troie ayant fragilisé l'institution familiale.

Le mariage conservait cependant sa particularité par son lien avec l'établissement du lien de filiation pour les enfants réputés issus des œuvres du mari. L'institution est bien familiale qui établit dès l'échange des consentements, sans autre manifestation de volonté, le lien horizontal et vertical attaché à cette institution. Le mariage, c'est la famille, d'où la jurisprudence particulière relative aux pensions de réversion non octroyées aux personnes pacsées ou vivant en concubinage. En dépit de la fragilisation de la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* par la loi du 16 janvier 2009, le mariage demeurait seul lien de famille.

Aujourd'hui, en octobre 2013, date de notre colloque, il n'est plus possible de prétendre à une telle spécificité du mariage par rapport aux autres unions, car au sein du mariage a été glissée la possibilité du mariage entre personnes de même sexe. Avec la loi du 17 mai 2013, le mariage devient « comme » les autres formes de couple. Il y a négation du lien inhérent avec la faculté d'engendrement et négation de la maternité et de la paternité dans le lien générationnel. Le lien familial, lien entre les générations, est désinstitué, mais il a été également déconstruit.

II – Un lien déconstruit

A la neutralité, l'égalité, la non-discrimination, s'ajoute l'autodétermination de la volonté individuelle. La déconstruction suppose nécessairement le rejet de tout donné naturel perçu comme source d'asservissement et réduction de liberté (A). Cette déconstruction de la famille s'inscrit dans un mouvement plus large de déconstruction de la société (B).

A – Le rejet du donné naturel au cœur de l'institution familiale

La famille, le lien familial a, en son centre, la volonté individuelle. La vie familiale est un droit subjectif de l'individu, un « droit à la famille » conçu comme « un droit au bonheur individuel ». L'enfant est l'expression de la volonté du couple, il est projet parental.

Il est inexact de prétendre qu'il y a « un droit à » la famille. Chacun a la possibilité de fonder une famille, de s'unir et par ce fait, potentiellement et seulement potentiellement, que le fruit de l'union soit l'enfant. Fonder une famille suppose ensuite de s'engager dans la durée pour, répondant aux obligations du mariage, offrir aux enfants, mais aussi à la société un cadre stable de solidarités familiales nées des liens générationnels. Fonder une famille suppose nécessairement la perte de la liberté entendue du libre-choix. Fonder une famille ce n'est pas refuser l'engendrement ab initio par

un refus de l'altérité sexuelle, ce n'est pas plus vouloir à tout prix l'engendrement au prix de n'importe quelle démarche médicale.

Pourtant, la plupart des personnes refuse d'entendre ces évidences et promeut un nouveau concept en droit, celui de parentalité. Les étapes en sont connues. Le lien conjugal a d'abord été détaché du lien parental entendu de la parenté. Cette dissociation apparaît au moment d'établir le lien avec l'enfant, ou encore, lorsque le lien ayant été établi, le couple qui disparaît n'altère pas le lien indépendant de chacun de ses membres avec l'enfant. Par la suite, ont été distingués dans le lien parental, le lien de filiation de l'exercice de l'autorité parentale, ceux qui donnent la vie de ceux qui élèvent. Ce sont les situations bien connues de délégation de l'autorité parentale. Enfin la dernière étape est le lien de filiation détaché de la parenté elle-même. Est parent non plus celui qui donne la vie mais celui qui « veut » l'enfant, ainsi de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, ainsi de l'adoption, autorisées par deux personnes de même sexe, et, pour demain, la gestation pour autrui.

Le lien familial n'est pas seulement désinstitué, il est déconstruit, s'inscrivant dans un schéma plus large de déconstruction poursuivie de la société.

B – Une déconstruction poursuivie de la société

Toute cette évolution pourrait ne pas être l'effet spontané des mœurs, mais constituer des mesures réfléchies, pensées au plan mondial dans les institutions internationales.

Au plan politique, le glissement s'est fait de la représentation démocratique, au service de la société, à la « démocratie participative » qui dans la philosophie post-moderne facilite la prise de pouvoir par des minorités participatives². Le fondement philosophique est dans cette post-modernité où le concept de stéréotype est essentiel. Il faut, tel est le leitmotiv, les « déconstruire »³. En matière familiale, il s'agit de la croyance d'une culture donnée concernant le rôle de la famille composée d'un homme et d'une femme pour donner durablement un foyer à l'enfant. Pour mener la chasse à ces stéréotypes, le moyen est l'éducation ?

Il n'est rien d'étonnant à voir dans nos écoles la charte de la laïcité affichée, l'éducation sexuelle dès l'école primaire (C. éduc., art. L.312-16) pour nier toute différence ontologique entre l'homme et la femme qui permettrait de justifier une complémentarité, et donc à terme la négation de la paternité et de la maternité cœur de la famille.

A la morale familiale, enfin, est substituée une morale laïque, sachant que la laïcité ici s'entend de celle qui, issue de la philosophie des lumières, plonge ses racines dans l'athéisme. Dans le rapport « Pour un enseignement laïque de la morale » du 22 avril 2013 remis au ministre Vincent Peillon, la morale laïque du XXIème siècle est radicalement distinguée de la morale laïque du XIXème siècle : « la morale qu'elle soit enseignée dans un cadre laïque ou confessionnel se définissait de manière consensuelle comme morale du devoir ; elle imposait une conception du bien et du mal et un idéal d'humanité (l'honnête homme, le bon chrétien, le bon citoyen...) » (p. 8). Au contraire, poursuit le rapport, les sociétés démocratiques contemporaines sont marquées par le pluralisme d'opinions et des croyances. Plus personne ne veut se voir imposer ce qu'il doit penser ou croire (...) et un peu plus

² M. Peteers, *Le gender, une norme mondiale ?*, éd. Mame 2013, p. 75.

³ Eod. op., p. 65.

loin, « la morale commune ne peut plus à l'image de la morale laïque du passé, prescrire et imposer la conception d'une vie bonne, ce qui reviendrait à imposer une conception du bien parmi d'autres, en violation de la neutralité laïque, et pourrait mettre les élèves et leur famille dans une situation délicate. Le principe et le fait du pluralisme doivent être respectés » (p. 23).

L'opposition est exacte, en ce sens que la morale laïque du XIX^{ème} siècle s'entendait encore des principes de droit naturel pouvant et devant s'imposer à tous, alors que la morale contemporaine s'est détachée des principes premiers pour laisser son contenu au gré des volontés individuelles. Pourtant, elles ont la même origine et ont coupé la création de leur créateur, en décapitant Dieu, elles ont conduit la société au principe d'une laïcisation universelle. En ce sens, il n'y a pas de réelle différence entre le ministre Vincent Peillon qui soutient une religion laïque et un Montalembert, catholique libéral, qui participant au journal l'Avenir dirigé par l'abbé Lamennais défend les libertés de conscience. Soyons clair, si chacun peut penser et croire ce qu'il veut, si l'Etat « n'est que la somme des individus souverains, il s'ensuit que cet Etat ne pourra ni imposer une croyance, ni la favoriser aux dépens des autres, ni même en tenir compte...sauf dans la mesure nécessaire pour assurer l'ordre et la paix entre les individus, entre les religions, ce qui l'amènera à prendre parti contre les religions qui oseraient s'attaquer à la liberté des autres croyances ou religions : c'est ainsi que la négation radicale de toute religion d'Etat conduit à la persécution ».

C'est pourquoi Léon XIII n'hésitait pas à soutenir, dans l'encyclique *Libertas praestantissimum*, que « Respecter toutes les religions, c'est, de la part de l'Etat une insanité et un crime ; car c'est respecter également la vérité et l'erreur, le bien et le mal, la sainteté et la pourriture morale, le vrai progrès et la décadence mortelle. Respecter toutes les religions, c'est formellement l'athéisme lui-même ».

Cette instabilité permanente, condition de l'homme post-moderne vivant pour soi, aboutit à une négation de ce qu'est l'homme, et de la société toute entière.