

## BIOETHIQUE ET (R) EVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE

**Christian Byk, magistrat , secrétaire général, association internationale, droit , éthique et science<sup>o</sup>**

L'évolution considérable qui traverse depuis moins d'un demi-siècle la famille et le droit des rapports familiaux rend-elle pour autant moins conflictuelles les ruptures, plus aisées les recompositions ?

Rien n'est moins certain. Ces changements dans l'ordre juridique, parce qu'ils recouvrent des situations humaines, où se mêlent sentiment et ressentiment, parce qu'ils bouleversent la tranquillité des habitudes sociales ne se font ni sans douleur ni sans réticence. Le droit et la psychologie, ces deux traits de la dramaturgie familiale, s'avancent alors comme des intermédiaires obligés pour ramener les conflits du pathologique au tolérable, de la confusion des sentiments au respect des intérêts et des droits de chacun.

Que vient donc faire dans ce théâtre familial, où les jeux de rôle ont toute leur importance, l'idée de bioéthique ? Elle se rattache, à mon sens, à un double phénomène. Il s'agit, d'une part, de l'essor des nouvelles techniques de la reproduction, qui ont notamment consacré la césure entre procréation et sexualité. Il s'agit, d'autre part, de cette quête infinie du bonheur qui renforce, dans les sociétés occidentales, le désir d'épanouissement individuel jusque et y compris dans la sphère familiale.

La bioéthique est alors perçue, dans les sociétés « pluralistes », comme la clé qui, à défaut de référence acceptée à d'autres valeurs sociales rejetées pour leur dogmatisme, offre la possibilité de conjuguer les intérêts contraires, de les guider par des normes consensuelles et évolutives. Mais tout va-t-il vraiment pour le mieux dans le meilleur des mondes protégé par l'usage de la bioéthique ? La bioéthique n'est-elle pas plutôt un nouvel instrument, adapté à nos sociétés contemporaines, d'élaboration des politiques sociales ? Ce que ni la référence à l'autorité ni à la foi ne permettent plus de faire, la bioéthique le permettrait-elle ?

Les nouvelles techniques de reproduction illustreront notre propos.

A leur rencontre, la bioéthique ne conduit pas forcément à un nouveau droit de la famille fondé sur la toute puissance de la biologie et du savoir-faire de l'homme mais elle en légitime ce qui semble socialement accepté en l'insérant, au plan juridique, au plus proche d'un modèle familial tranquille et respectable.

A La vérité biologique libératrice de l'hypocrisie sociale ?

1) Vivons heureux, vivons cachés

Contrairement aux idées reçues, l'organisation sociale de la famille a toujours laissé aux acteurs individuels une part non négligeable pour rendre humainement tolérable ce que la règle sociale pouvait avoir de rigide. Quand la pratique libertine admettait, sous l'Ancien régime, que l'on puisse ouvertement, parmi la classe dirigeante, d'un côté, perpétuer la famille et, de l'autre, s'adonner à la recherche du plaisir, la société bourgeoise, triomphante au XIX<sup>ème</sup> siècle, préféra l'hypocrisie, pour assurer la pérennité de l'institution familiale et contrôler socialement le désordre amoureux.

Les amateurs de Labiche et de Feydeau ne peuvent que s'en réjouir : l'hypocrisie et la bêtise malmenées par le théâtre font rire tout en permettant à la société de survivre sans remise en cause.

2) vérité biologique et transparence sociale

Notre époque est, à l'inverse, affectée d'un phénomène qui, de la famille à la société, s'entend aujourd'hui comme le leitmotiv du comportement de l'honnête homme version contemporaine : « la transparence ».

Nos cœurs et nos affections sentimentales et pathologiques, tout comme l'état de nos comptes et de nos pensées, ne doivent plus avoir de secret pour les uns et les autres. Comment dans ces conditions refuser au cercle familial la pratique de ce qui est considéré comme une vertu sociale ? Dès lors, il n'y a plus de maladie honteuse mais seulement des pathologies non avouées. L'outil biologique et génétique rend plus difficile encore la possibilité d'échapper à la révélation d'une information qui, susceptible de bénéficier ou plutôt de contrarier un proche, ne peut manquer de lui être transmise sauf à laisser soupçonner chez celui qui s'y refuse une volonté malveillante, voire criminelle.

Si on ne veut pas être forcée à faire son « outing », situation honteuse et infamante dont beaucoup ne se remettent pas, mieux vaut, sinon « parler vrai », du moins organiser les révélations nécessaires à notre vie sociale et familiale.

Certes, en introduisant un peu plus de vérité biologique dans notre droit de la filiation, le législateur était mu par un sentiment vertueux et nécessaire : la volonté d'effacer une injustice sociale à l'égard de l'enfant illégitime, de

permettre à des familles de se recomposer suivant des élans amoureux conformes aux réalités biologiques, de sortir pour ainsi dire la famille du carcan d'une institution familiale patriarcale et napoléonienne. Mais comment ne pas percevoir que la recherche de la vérité, comme leitmotiv social permanent, est aussi le plus sûr moyen, grâce à l'outil technologique, d'asseoir un nouveau contrôle social : celui de la famille sur l'individu, celui des institutions sociales, notamment sanitaires, sur l'ensemble de la société ?

Le paradoxe –mais il n'est que superficiel—de cette nouvelle symbolique sociale est que le culte de la recherche de la vérité se conjugue avec l'apparition de nouvelles fictions juridiques. Mais après avoir déconstruit ne faut-il pas reconstruire ? Et la force du droit et de son verbe est précisément de légitimer et d'organiser ce nouveau bâti social, quitte à ce que le droit précède un peu et force le passage de ce qui n'a pas toujours eu le temps de devenir un état de mœurs .

## B Le retour des fictions juridiques

### 1) Force du désir ...

Avec les techniques de procréation assistée, c'est toujours la force du désir qui prévaut mais il s'agit ici non de recomposer les familles en fonction de la biologie mais de construire le lien biologique, fut-il physiologiquement impossible, pour permettre à la famille de se perpétuer, voire même de se créer, autour de l'enfant. C'est l'enfant qui donne sa légitimité à la famille et non la famille qui légitime l'enfant.

Quand on inventait hier la légitimation post-mariage des enfants adultérins, on permet aujourd'hui l'accès à la parenté à ceux qui, affectés de stérilité ou d'une grave maladie transmissible, ne peuvent avoir d'enfant .Le recours à la technique médicale n'est pas seulement thérapeutique, il est culturel et social.

Après tout ce rappel du sens profond de la parenté et de la filiation, après une période où le droit et les acteurs sociaux ont mis en avant la notion de vérité biologique, est-il si déroutant que cela ?

Il est d'ailleurs intéressant de noter le paradoxe qui veut qu'en ces temps où l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne permet de tout savoir, on institue de nouvelles fictions juridiques pour assurer la vraisemblance sociale de la paternité. La plupart des législations nationales, en posant le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes, relèguent ainsi ceux-ci à une vision très caricaturalement féministe et utilitariste de l'homme, celle d'une banque de sperme ambulante.

### 2) Et modèle parental :

Le modèle parental choisit pour l'enfant dans bien des pays se veut lui aussi exemplaire d'une vision idyllique mais à jamais disparue de la famille .Ainsi la loi française exige –t-elle des futurs parents ce qu'elle ne saurait plus exiger de la « filiation de droit commun ».Ils doivent former un couple hétérosexuel, marié ou vivant en concubinage notoire depuis au moins deux ans. Et même, dans les pays qui ouvrent plus largement l'accès à la procréation assistée, notamment aux couples homosexuels et aux personnes seules, la recherche de l'intérêt de l'enfant reste la clé de voûte du système. A défaut de se voir refuser l'accès à la procréation artificielle, les personnes en attente de parenté sont incitées à conformer leur comportement vis-à-vis de l'enfant à un modèle psycho-sociologique sur lequel veillent les experts de la parenté. Interlocuteurs obligés des pouvoirs publics comme des familles, ces « gourous » des temps modernes se voient assigner la tâche de définir la normalité familiale et, par leur médiation thérapeutique, de ramener à la norme les égarés ou de les exclure du droit à la procréation assistée au nom d'un principe de précaution de nature comportementale.

On pourrait ainsi résumer les rapports entre nouvelles techniques de procréation et droit de la famille : le libre choix des futurs parents ne saurait être fondateur d'une famille. Celle-ci ne peut se faire que dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation(AMP).Et, pour être légitimée, l'AMP doit conduire ses bénéficiaires potentiels à s'engager dans une voie comportementale conforme aux attentes sociales.

Le nouveau droit de la famille couvre ainsi, non plus un état issu d'une longue histoire anthropologique et humaine, mais la légitimation du brusque essor des nouvelles pratiques bio-médicales grâce à un contrôle social construit autour de l'intervention du médecin et du psychologue.

o o  
o

Le « modèle français »de régulation juridique de la procréation médicalement assistée constitue-t-il, pour autant, une aberration au regard du droit de la famille ?

Nous ne le pensons pas même s'il peut paraître, en comparaison des droits anglo-saxons (Etats-Unis, Royaume-Uni), quelque peu paternaliste ou, plus exactement, infiniment protecteur de l'intérêt de l'enfant.

En effet, alors que la philosophie de certains droits étrangers met l'accent sur la liberté nouvelle offerte aux parents, y compris dans l'exercice singulier de cette liberté, et n'intervient dans l'exercice de l'autonomie reproductive qu'au bénéfice de l'embryon à naître, lui octroyant, sinon un statut, du moins une protection contre certaines interventions, le droit français insère le projet parental et le souci de l'enfant dans une continuité de protection qui ne s'arrête pas à la naissance.

L'enfant, être social autant que biologique, y est au cœur des préoccupations du droit de la famille et de la politique familiale. Il s'agit d'une constante historique qui, débarrassée aujourd'hui des connotations moralisatrices permet d'assurer par le droit et ses évolutions, comme l'application des règles de la responsabilité civile au bénéfice de l'enfant né handicapé, une place politique à l'enfant dans notre société.

° L'association constitue un réseau international et pluridisciplinaire consacré aux rapports science, éthique et société ; elle publie un trimestriel bilingue, le Journal international de bioéthique (Ed. Eska, 12 rue du 4 septembre, 75002 Paris).