

## La vérité et le droit des personnes : aspects nouveaux

Jean-Louis Baudouin

Volume 18, Number 4, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058579ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058579ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Baudouin, J.-L. (1987). La vérité et le droit des personnes : aspects nouveaux. *Revue générale de droit*, 18(4), 801–817. <https://doi.org/10.7202/1058579ar>

Article abstract

The discovery of truth and the law of persons is the occasion of numerous conflicts. First in so far as the determination of the status of persons is concerned (transsexualism, new reproductive technologies) law sometimes prefers to set its rules on an artificial truth rather than on biological reality. Second at the level of the determination of personality rights, there appear to be conflictual situations with respect to the search for biological origins where law sometimes brides the truth and with respect to the divulgence of the truth between physician and patient.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1988

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>



This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

# CONGRÈS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT

---

## LA VÉRITÉ ET LE DROIT

---

### La vérité et le droit des personnes : aspects nouveaux

**JEAN-LOUIS BAUDOIN**  
Professeur à la Faculté de droit  
de l'Université de Montréal

#### RÉSUMÉ

*La découverte de la vérité et le droit des personnes font naître de nombreux conflits. D'abord, au niveau de la détermination de l'état des personnes (transsexualisme, procréations assistées) : le droit, à certains égards, refuse la vérité biologique au profit d'une vérité artificielle pour fonder certaines de ses règles sur celle-ci. Ensuite, au niveau de la détermination des droits de la personnalité : apparaissent principalement le problème de la recherche des origines — où parfois le droit occulte certaines vérités — et celui de la divulgation de la vérité au patient par le médecin.*

#### ABSTRACT

*The discovery of truth and the law of persons is the occasion of numerous conflicts. First in so far as the determination of the status of persons is concerned (transsexualism, new reproductive technologies) law sometimes prefers to set its rules on an artificial truth rather than on biological reality. Second at the level of the determination of personality rights, there appear to be conflictual situations with respect to the search for biological origins where law sometimes brides the truth and with respect to the divulgation of the truth between physician and patient.*

---

**SOMMAIRE**

I. La détermination de l'état des personnes, ou la vérité de la désinformation ....	804
A. Le transsexualisme : la vérité travestie .....	805
B. Les procréations assistées : la vérité camouflée .....	807
II. La détermination des droits de la personnalité, ou la vérité de l'information	810
A. La recherche des origines : la vérité retrouvée .....	811
B. Les relations médicales : la vérité partagée .....	814
Conclusion .....	816

---

L'accélération des découvertes scientifiques et des technologies biomédicales fait que les discours, jusqu'alors relativement homogènes de la science, de la morale et du droit se font désormais contradictoires et dissonants. Le juriste, l'éthicien et le savant n'ont longtemps connu qu'une vérité confortante et rassurante, parce qu'à prétention d'universalisme et dont le droit n'avait pas à définir l'ontologie. Ils doivent désormais vivre plusieurs vérités, apprendre à les confronter, à les choisir et à les accommoder. Le discours devient alors souvent monologue, monologue conflictuel et revendicateur, l'enjeu étant de faire primer sa vérité sur celle des autres. Le droit des personnes, par ce qu'il puise à la sociologie et à l'anthropologie, offre un champ d'observation privilégié.

Le droit a toujours su qui était qui. Un homme était un homme et une femme, une femme. Il disait donc la vérité de la nature, nettement et sans compromis. Le transsexualisme le force à modifier la vérité et à affirmer que parfois un homme peut-être aussi ou surtout une femme ou inversement. Le droit travestit la vérité de la nature.

Le droit savait ensuite qui était à qui. Si, pour la détermination de la paternité il faisait parfois certaines concessions à la vérité de la nature, une certitude lui restait : celle de la maternité (*mater semper certa est*). Les nouvelles techniques de reproduction assistée ont remis cette vérité en question. Celle qui accouche de l'enfant, celle qui le porte pendant neuf mois n'en est plus, lorsqu'il y a eu don d'ovocyte ou transplantation d'embryon, la mère biologique, la chair de la chair. Mais ceci est encore peu de choses puisque maintenant, on demande en outre au droit de dire plus. Au nom d'une vérité dite affective et sociale, on exige de lui qu'il camoufle la vérité de la nature et proclame que la femme de celui qui a donné le sperme nécessaire à la conception chez une mère porteuse est la vraie mère, ravalant ainsi la conception, la gestation et l'accouchement au rang de pures et simples prestations de services sans véritables finalités procréatrices. Le discours est dissociateur et réductionniste des valeurs traditionnelles. Le droit camoufle la vérité de la nature.

Le droit savait enfin qui était de qui, du moins le proclamait-il de façon nette. Dans la nécessité anthropologique d'assurer la structuration de la cellule familiale, le droit choisissait *sa* vérité, celle qui lui paraissait la plus conforme à la paix morale et sociale, et l'imposait à tous. L'enfant pleinement adopté était à l'égard de tous celui de ses parents adoptifs et le droit allait jusqu'à se commettre d'un faux état civil. De nos jours, les enfants adoptés, l'enfant né de l'insémination artificielle, et demain celui né d'un don d'ovocyte et d'une transplantation d'embryon, contestent cette vérité directrice du droit. Ils exigent, au nom de la vérité-affective, la reconnaissance d'un droit à la recherche des origines. Le droit va-t-il permettre la vérité de la genèse?

Enfin, l'éclatement de la vérité dite par le Droit est présent aussi dans les rapports médecin-patient. L'obligation d'information du médecin a toujours existée et la vérité, aussi pénible soit-elle, est due au patient parce qu'elle est la sienne propre. Toutefois, on constate une insistance particulière à exiger désormais une vérité totale et non plus partielle par l'accès direct au dossier médical. En outre, l'État exige de plus en plus que la vérité du patient soit partagée avec ses proches, (sa famille), ou des tiers carrément (les autorités administratives). Le droit va ainsi renoncer à la vérité dissimulée par le secret médical et obliger à la vérité partagée.

Le droit affirme-t-on souvent traduit le réel, dénonce le mensonge et ne tolère pas l'erreur. Rien n'est plus inexact. Le droit vit, en effet, de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur. Tantôt donc il travestit ou camoufle la vérité naturelle, tantôt il empêche de la retrouver ou au contraire oblige à la partager. Droit et vérité ne font donc pas nécessairement bon ménage, la réalité, la sincérité et l'authenticité n'étant pas nécessairement une priorité du discours juridique.

Nous avons reçu, sur l'ensemble des questions des rapports belge, brésilien, français, italien, louisianais, polonais, portoricain, suisse et québécois. Ils sont tous de très haute qualité et d'un grand intérêt. Étant donné les limites de temps imposées à ce rapport général, il ne sera cependant pas possible au rapporteur général de rendre justice à la richesse de l'analyse et de la réflexion qu'ils contiennent et je m'en excuse auprès des rapporteurs nationaux et auprès de vous tous. Je me console cependant, en me disant qu'au cours des débats, nous aurons tous l'occasion de la constater.

Au regard de la vérité, le droit paraît avoir deux rôles. Le premier, lorsqu'il s'adresse à la vérité en tant que conformité de l'être avec l'idée qu'on s'en fait, donc à la vérité-exactitude, à la vérité-évidence, à la vérité-certitude, c'est de la *constater*. Dans le droit des personnes, il doit donc énoncer qui est qui et qui est à qui. Or, il est désormais devant des vérités qui ne sont plus ni incontestables, ni

incontestées. Pour définir le statut ou l'état des personnes face au transsexualisme et aux procréations assistées, le droit est alors obligé d'aller contre la nature même des choses : c'est à une véritable opération de désinformation de la vérité qu'il se livre.

Son second rôle, lorsqu'il est confronté à la vérité en tant que connaissance conforme à l'apparence du réel, (c'est-à-dire à la vérité-croyance, à la vérité-conviction, ou à la vérité-vraisemblance) est, devant des réalités conflictuelles, *d'imposer une vérité*. Il s'autolégitime alors pour occulter parfois la vérité de la nature au profit de celle qu'il y a délibérément choisi de créer ou de reconnaître officiellement. Les conflits que ce processus engendre dans la définition des droits de la personnalité font que le Droit est parfois obligé à un retour en arrière et forcé de privilégier non plus la désinformation, caricature de la vérité, mais l'information qui en est son reflet plus fidèle.

### I. LA DÉTERMINATION DE L'ÉTAT DES PERSONNES, OU LA VÉRITÉ DE LA DÉSINFORMATION

Le transsexualisme et les procréations assistées posent, l'un le problème de la vérité de l'identité sexuelle, l'autre celui de la vérité d'appartenance à la famille. L'une relève de la biologie, l'autre de l'anthropologie. En filigrane cependant, transparaît une autre question qui, somme toute, est préjudicielle : celle de la vérité même de l'être. Définir l'apparition de la personne, dire si l'embryon ou le fœtus est une personne pour le droit est une opération philosophique extraordinairement complexe. Ce ne sont, en effet, ni les données de la science, ni les données du droit, ni les données sociales qui permettent de trancher ce débat. La notion même de personne, comme l'écrit le rapporteur français, n'est pas le résultat d'un jugement d'existence, mais celui d'un jugement de valeur, jugement éthique intimement lié à l'idée même que l'homme se fait de l'homme. La vérité ici, ne peut être qu'arbitraire, parce que fondée sur la croyance et non nécessairement sur la raison. Nous n'aborderons ni le problème de l'hominisation de l'embryon et du fœtus, ni celui de la dépersonnalisation du comateux dépassé qui, à eux seuls, pourraient nous occuper pendant de longues semaines, parce qu'ici la vérité est ontologique et philosophique et seulement accessoirement juridique.

On constate cependant dans tous les pays un grand malaise devant les trois problèmes posés par l'apparition de la personne, le changement d'état du transsexuel et l'attribution d'une filiation à l'enfant né des techniques de procréation assistée.

## A. LE TRANSEXUALISME : LA VÉRITÉ TRAVESTIE

S'agissant du transsexualisme, dire qui est qui n'est pas tâche facile. Le droit, lorsque l'apparence sexuelle ne correspond pas à la vérité biologique, chromosomique ou psychique de l'individu, doit faire ce que, traditionnellement selon l'adage, seul le Parlement anglais peut faire : dire qu'un homme est une femme. Le droit s'emploie alors à travestir l'être, à donner le change, à se rendre complice d'une dénaturation de la réalité.

En droit positif, le transsexualisme soulève trois interrogations : l'opération de changement de sexe est-elle licite? L'acte d'état civil peut-il accommoder cette nouvelle vérité? Enfin, celle-ci est-elle productrice d'effets juridiques sur les droits matrimoniaux?

Dans tous les pays considérés, la licéité de l'opération hormonale, chirurgicale et psychologique de changement de sexe paraît désormais acquise, à condition de rester dans les normes établies par chacun des droits nationaux. Les droits nord-américains (Louisiane, Porto Rico, Québec), habitués qu'ils sont au principe de l'auto-détermination de la personne en matière d'intervention médicale, n'y posent aucune restriction d'ordre public. Le droit belge, à la suite de la décision du tribunal correctionnel de Bruxelles du 27 septembre 1969, s'est rallié pour justifier la légalité de l'intervention, à la thèse de l'immunité par permission de la loi. La validité de l'opération semble aussi acceptée par les droits français, italien et suisse. Par contre, ce n'est pas sans difficulté qu'elle fut admise au Brésil, le médecin qui avait pratiqué la première opération en 1975 ayant d'abord été pénalement condamné. Cette condamnation fut cependant cassée en appel.

La rectification de l'état civil (mention du nouveau sexe et changement de prénom) donne lieu, par contre, à une nette divergence de solutions. Il convient d'écarter du débat les cas où le sexe de l'enfant a été erronément constaté à la naissance, puisqu'alors le problème se résume à réparer une erreur et à rectifier l'acte, et de ne s'attarder donc qu'à l'hypothèse où, à la suite d'une opération, seules les apparences ont été changées. Le droit ne doit plus simplement rétablir la vérité de la nature. On lui demande de tricher, de substituer l'apparence à la réalité, l'illusion à l'authenticité.

Le rapporteur français signale deux arrêts récents de la Cour de Cassation des 3 et 31 mars 1987, qui refusent toute modification de l'état civil de deux transsexuels, au motif que le sexe génétique n'est pas véritablement changé par les interventions médicales et qu'il ne saurait appartenir à l'individu, par son seul acte volontaire, de forcer la transformation de la vérité de la nature. Dans les pays qui, de façon plus ou moins large, admettent les changements aux registres de l'état civil, la procédure appropriée est judiciaire (donc le résultat d'un acte de jugement) d'une part et, d'autre part, une action d'état et non simplement l'action en rectification de registres. Ces principes ont été établis dans la célèbre

affaire belge, l'affaire *Van Oosterwijck* qui a défrayé la chronique, avec la décision de la Cour européenne. Cette modification est accordée soit facilement (Québec, Louisiane, Porto Rico), soit avec réticence (Brésil), soit exceptionnellement (Pologne). Certains pays exigent au préalable, la preuve d'une transformation physique; d'autres, plus simplement, la seule conviction d'appartenir à l'autre sexe. Dans la plupart des pays, lorsque la modification est accordée, le jugement corrige l'acte original au moyen d'une mention marginale, mais n'opère pas substitution. La loi italienne de 1982 quant à elle, prévoit un changement de prénom automatique et la délivrance d'un nouvel état civil au transsexuel, l'ancien étant cependant conservé.

Enfin, qu'en est-il des effets du transsexualisme sur les droits attachés à la personne et qui sont fonction de son identité sexuelle? En Italie, la reconnaissance officielle du changement emporte dissolution du mariage du transsexuel et la possibilité pour lui (ou elle) d'en contracter un nouveau, ce qui, comme le signalent certains rapporteurs semble être conforme à la Convention européenne. En France et en Suisse, le remariage paraît possible, mais l'annulation difficile, bien que concevable. De même en est-il en Belgique, où la modification de l'identité sexuelle n'a pas d'effets rétroactifs. Dans certains pays les intéressés passeront donc plus facilement par les lois plus libérales du divorce pour assurer la rupture du lien. Une question intéressante, sur laquelle nous pourrions revenir lors de la discussion, est de savoir si un tiers (par exemple, le conjoint du transsexuel) peut s'opposer à la transformation. Le rapporteur suisse citant l'affaire *Rees* note que, pour la Cour européenne du moins, le changement de sexe ne paraît pas un droit directement reconnu et protégé par la Convention.

L'examen des solutions nuancées des divers droits positifs révèle, dans l'ensemble, une attitude assez libérale du législateur et des tribunaux. Ne le serait-on pas, finalement, en présence d'un phénomène de haute marginalité? L'entorse à la vérité naturelle ne touche en effet qu'un très petit nombre de personnes. Le droit, au nom de l'épanouissement des libertés individuelles, est donc tout à fait à l'aise d'opérer une désinformation, une mystification officielle réduite et contrôlée, un tour de prestidigitation, en sanctionnant la vérité de l'apparence sur la vérité de la nature, en institutionnalisant le mensonge pour contredire la vérité sexuée au nom de la vérité du vécu. Il nous propose un être d'illusion, un chevalier d'Éon moderne qui a perdu une référence symbolique d'importance. Pour la première fois, apparaît un phénomène important que l'on retrouve aussi et partout à propos des procréations assistées : le droit admet que la vérité de la nature puisse être infléchie par l'initiative d'un acte de volonté individuel.

## B. LES PROCRÉATIONS ASSISTÉES : LA VÉRITÉ CAMOUFLÉE

Les nouvelles technologies de reproduction situent les rapports entre le droit et la vérité dans une perspective nouvelle et rendent l'exercice auquel ce dernier doit se livrer singulièrement complexe, en raison de deux phénomènes. Le premier est la *sélection préférentielle* de la vérité. Le droit est face à un problème de choix, qui n'est certes pas nouveau puisque la science juridique est elle-même à base de choix. La différence toutefois est que dans ce cas des vérités multiples lui sont présentées, mais chacune comme étant la *seule*, la vraie vérité. Le droit est appelé à trancher tantôt en faveur de la vérité biologique (l'enfant est celui de ceux dont il est génétiquement issu), tantôt de la vérité gestationnelle (l'enfant est celui de celle qui l'a porté), tantôt de la vérité sociale (l'enfant est celui de ceux qui l'ont traité comme le leur, même avant la naissance), tantôt enfin de la vérité affective (l'enfant appartient à ceux qui l'ont désiré, voulu et commandé). La nouveauté de l'arbitrage juridique est, d'une part, que le conflit porte sur le statut même de la personne et est donc créateur de droits subjectifs et, d'autre part, qu'il met en cause à la fois des valeurs individuelles (le bonheur de l'enfant, son intégration) et des valeurs collectives (la constitution d'une famille stable), souvent contradictoires. Le discours juridique ne peut alors se reposer entièrement ni sur la nature des choses, c'est-à-dire la conformité de la connaissance au réel, ni sur l'apparence, c'est-à-dire ce à quoi l'esprit peut donner son assentiment.

Le second phénomène perturbateur, est que le droit est confronté à la fabrication consensuelle d'une vérité dont on exige la reconnaissance, pour fixer le statut juridique des personnes. Toutes les nouvelles techniques de procréation assistée, y compris celle des mères d'emprunt, se fondent sur l'irrésistible désir d'enfant. Ce désir, évidemment légitime, ne peut se valoriser que dans la seule perspective de sa réalisation par le rattachement de l'enfant au couple qui l'a voulu. Le droit, argumente-t-on, doit donner créance et crédibilité à la réalité du désir (acte volontariste s'il en est), et donc consacrer la vérité désirée. Le droit doit traduire le rêve d'enfant en réalité d'être. Or, le rattachement de la personne à la structure anthropologique et sociale de la famille n'a jamais à sa base, un simple acte de volonté, hormis le cas d'adoption et alors seulement avec le fiat de l'ordre judiciaire.

Tous les rapporteurs nationaux considèrent comme conforme au droit positif actuel l'insémination artificielle (intra-conjugale ou avec don d'un tiers) et la fécondation *in vitro*, lorsque les gamètes utilisées proviennent des deux parents. Par contre, ils estiment tous que la maternité d'emprunt est condamnable moralement et juridiquement, parce qu'exploitatrice du corps de la femme et doublement illicite par son objet. Les opinions sont enfin partagées sur le transfert d'embryon, lorsque celle qui le reçoit n'en est pas la mère génétique. Est aussi rejetée,



malgré le précédent créé par l'affaire *Parpalaix*, l'insémination *post-mortem* parce qu'en vérité, il paraît difficilement acceptable de créer la vie à partir de la mort et d'un mort. Enfin, semble controversée et motive le souhait d'une intervention législative, l'accessibilité de ces techniques à la femme célibataire, au couple de lesbiennes, au couple non marié et plus généralement leur utilisation hors d'indication d'infertilité, pour des motifs de simple convenance de parentalité.

Mis devant le fait accompli, puisqu'aucun des pays représentés ici n'a encore de législation d'ensemble cohérente, le Droit à l'aide de règles classiques et centenaires s'efforce donc de régler les conflits de filiation paternelle et maternelle. Certains connaissent toutefois un début d'intervention législative en matière d'insémination artificielle par le sperme d'un tiers. Ainsi, la Louisiane, la Belgique, le Québec et la Suisse par législation empêchent le désaveu ou la contestation de l'état d'un enfant ainsi né, lorsque le mari y a consenti. Le projet de loi italien est au même effet, de même qu'une jurisprudence de la Cour suprême de Pologne. Au Brésil, le jeu classique des présomptions civiles codifiées permet un résultat similaire. Le rapporteur français, de son côté, fait une percutante critique des solutions de son droit national. La réforme française de 1972 avait, en effet, traduit un sain équilibre entre vérité sociale et affective et vérité biologique. Cet équilibre a été rompu par la jurisprudence qui, déformant l'intention législative, encourage de plus en plus la vérité biologique, va à contre-courant de l'écriture du droit et menace l'existence même de techniques comme l'insémination artificielle. Il faut, à son avis, rétablir d'urgence des forclusions légales aux actions en contestation de paternité, de façon à proclamer ce que tous perçoivent intuitivement, c'est-à-dire la différence entre être l'enfant d'un parentage ou simplement le produit d'un patrimoine génétique. C'est dans ce sens que le droit brésilien prêche d'ailleurs une séparation de la paternité des origines biologiques. C'est aussi le projet italien qui, contrairement à la réforme de 1975, s'oriente vers la primauté de la vérité sociale. En somme, on souhaite faire triompher le faux, alors qu'il est possible d'établir le vrai, on souhaite préférer la vérité sociale et affective à la vérité naturelle et génétique.

La détermination de la filiation maternelle est pour sa part un phénomène entièrement nouveau. La maternité est maintenant éclatée, parce que ses signes extériorisés et toujours suivis par le droit classique (la grossesse et l'accouchement) ne sont plus signifiants. Lorsque la femme qui porte l'enfant et en accouche a subi une transplantation d'embryon d'une autre, ou lorsqu'elle a bénéficié d'un don d'ovocyte, le droit peut-il encore la considérer comme la mère, puisqu'elle porte et délivre un être qui n'est pas biologiquement et génétiquement sien, tout en l'étant gestationnellement? Le droit doit-il ignorer la vérité de la science et fermer les yeux sur la vérité de la création? Doit-il se fier au rite

ou à la réalité? Certes, une analogie fictive est possible avec l'insémination artificielle où le don de sperme n'a pas pour effet d'attribuer la paternité légale. Toutefois le problème est plus complexe parce que, comme l'écrit le rapporteur français, il en va à la fois de la dignité de la femme et de la dignité de l'enfant : une chose est fournir le matériel génétique, autre chose est porter l'enfant et le mettre au monde. Le rapporteur suisse fait d'ailleurs à cet égard une suggestion fort judicieuse et se demande si, *de lege ferenda*, le droit ne devrait pas créer des actions en désaveu ou en recherche de maternité, actions qui, hormis le cas où comme en droit belge l'acte d'état civil et la possession d'état ne coïncident pas, n'existent dans aucun système de droit positif actuel.

Que dire au surplus de la maternité d'emprunt, au nom de laquelle on réclame du Droit de fermer les yeux sur la vérité biologique et génétique, sur la vérité gestationnelle et celle de l'accouchement et de ne reconnaître que la vérité du désir et la vérité de convenance? Le rapport louisianais distingue fort habilement deux hypothèses. La première est celle où une femme accepte de porter un enfant conçu *in vitro* ou *in vivo*, à partir des gamètes des deux parents. C'est la location d'utérus pure et simple : la porteuse n'est que le vase sacré dépositaire temporaire d'un étranger génétique et biologique. En faire la mère de l'enfant signifie que la gestation et l'accouchement combinés constituent seuls la vérité maternelle. La seconde hypothèse, plus courante, est celle de la femme qui prête à la fois ses facultés gestationnelles, et ses facultés reproductrices en acceptant l'insémination par le sperme du mari de la future mère sociale. Il y a quelques années, on aurait tout simplement décrit la chose comme un adultère consensué dans un ménage à trois d'occasion. Dans ce cas, et si tant est que l'hypothèse préalable de la licéité de l'opération soit levée, l'enfant est au moins génétiquement à moitié celui du couple, puisqu'il est du mari. Pour l'être complètement, et établir un lien de filiation maternelle avec la femme de son père, seule l'adoption permet actuellement de créer la nouvelle vérité maternelle.

Que conclure de cette désarticulation des parentés? D'abord que le droit éprouve une gêne manifeste. Certes, il est depuis fort longtemps habitué aux fictions de la filiation paternelle et donc à certaines formes de désinformation. En déclarant, par exemple, l'enfant né le 299<sup>e</sup> jour après la mort du mari, enfant de celui-ci, il ne contredisait pas une évidence, mais élevait une simple probabilité au rang de certitude juridique. On lui demande maintenant pour la filiation maternelle d'ignorer la gestation et l'accouchement et de contredire directement ce qui a toujours été une double certitude de rattachement familial. C'est exiger de lui qu'il prenne le contrepied de la norme anthropologique classique et institutionnalise le réel biologique aux dépens des apparences à l'origine reconnues par le droit comme seules protectrices de la famille. C'est une fabrication d'une nouvelle réalité d'apparence qu'on espère,

fabrication fondée sur deux valeurs : le consensualisme (c'est-à-dire la volonté des parties de créer un être pour elles-mêmes et à elles-mêmes) et l'affectivité (c'est-à-dire le désir anticipé d'intégration de l'enfant dans une famille sociale). Le droit est ainsi pris entre son attrait pour la vérité de la nature, seule justifiée au plan philosophique, et l'attente qu'on a de lui d'autres vérités variables, changeantes et accommodantes. En s'en remettant à la seule vérité biologique le droit risque de perdre sa morale. En s'accommodant des vérités nouvelles, la morale risque de devancer le droit.

On peut remarquer ensuite que dans la détermination de l'état des personnes, le mensonge et même la tromperie délibérée fait partie intégrante de la créativité juridique. Le mensonge est officialisé pour le transsexuel, puisque non seulement le droit reconnaît la réalité d'une transformation qui n'existe pas, mais encore la proclame comme vérité universelle. Le mensonge est aussi présent, en matière de procréations artificielles, puisque le droit se ferme volontairement les yeux à la réalité scientifique et cherche un apaisement social dans des vérités de convenance.

Enfin, les hésitations actuelles du législateur et de la jurisprudence sont preuves que le discours législatif ou judiciaire doit être empreint de prudence. Le Droit n'a pas en effet en lui-même et de lui seul l'absolue légitimité pour travestir la vérité. Cette légitimité lui vient de la philosophie et de l'éthique. C'est l'éthique, à travers le Droit, qui doit s'exprimer. La légitimité du discours juridique ne saurait pas plus venir des consciences individuelles et revendicatrices. Il n'appartient pas à l'individu de fixer, au gré de ses fantaisies et de ses désirs, l'état de sa propre personne et celui de sa descendance. Ce serait ignorer que le discours du droit ne consiste pas seulement à dire la ou les vérités régulatrices de la vie sociale, mais encore à les organiser en ensembles structurels et à en faire un système de résolution des conflits cohérent, fiable et prévisible.

## II. LA DÉTERMINATION DES DROITS DE LA PERSONNALITÉ, OU LA VÉRITÉ DE L'INFORMATION

Le commerce entre le droit et la vérité ne touche pas seulement la définition du statut de la personne, mais aussi un domaine récemment exploré lors des Journées hollandaises de 1986 : celui des droits de la personnalité.

Le législateur et la jurisprudence donnent à l'individu certains droits à la fois comme attributs et comme symboles de sa personnalité. La sphère d'intimé, incarnation moderne du bonheur individuel, est l'objet de sollicitudes juridiques accrues devant l'envahissement des moyens modernes de communication. Le droit à l'intimité passe donc aussi par le droit à sa *propre vérité*, l'individu ne pouvant être pleinement

lui que s'il a à la fois conscience et connaissance de lui-même. Le droit à sa propre vérité est donc, au sens large du terme, partie intégrante des droits de la personnalité.

La vérité individuelle ne se résume pas toutefois en une simple perception d'un idéal ou de l'idée qu'on se fait de soi-même. Elle repose sur des faits et est donc également réalité objective. L'accès à sa propre vérité oblige le droit à deux démarches. La première en est une de *garantie* d'accessibilité, plus ou moins libéralisée ou restreinte, selon les variations temporelles et spatiales de l'ordre public de direction. La seconde en est une de *protection* : protection contre l'atteinte de ceux qui ne font pas directement partie du cercle intime. Le droit à sa propre vérité emporte donc celui d'en prohiber l'accessibilité à ceux pour lesquels, elle n'est au fond que de satisfaction d'un acte de curiosité.

Là encore, le Droit doit compromettre et doit finalement accepter l'existence de deux vérités. La première est la vérité des faits, la vérité naturelle, bref la seule, et unique véritable vérité. Son libre accès, est restreint. C'est ainsi que l'on permettra parfois à l'adopté, mais à l'adopté seul, de retracer sa vérité biologique. La seconde est la vérité du droit, la vérité artificielle, la vérité dogme, bref le mensonge juridique. Elle est là pour les autres, pour les tiers, à l'égard desquels elle sert d'écran à la vérité des faits.

Il existe de nombreuses illustrations de ce dualisme et de ce conflit : le divorce par consentement mutuel dont nous parlent les rapporteurs portoricains et français, entre autres, qui cache les causes exactes du divorce aux tiers, en les recouvrant d'une autre vérité qui est le désir de séparation ou la séparation effective pendant un certain temps.

Deux domaines cependant retiendront notre attention. Le premier est celui de la vérité et de la recherche des origines ; le second est celui de la vérité et de la relation entre le médecin et son patient.

#### A. LA RECHERCHE DES ORIGINES : LA VÉRITÉ RETROUVÉE

Rechercher ses origines ce n'est plus vérifier qui est qui, ou encore qui est à qui, mais plutôt dire qui est *de* qui. C'est l'enfant adopté cherchant sa mère ou son père biologique. C'est aussi l'enfant né par insémination artificielle, fécondation *in vitro*, transplantation d'embryon ou mère porteuse qui procède à la même démarche.

La tentation des droits nationaux jusqu'à récemment a été de simplifier le problème et d'interdire purement et simplement à tous la recherche des origines, en imposant la vérité juridiquement constatée comme fin de non-recevoir pour plusieurs raisons. La première en est une de logistique : le juriste craint les complications que l'accès à la vérité est susceptible de créer pour tous les acteurs. La seconde est le désir

d'assurer la paix des familles, la pérennité de la cellule familiale apparente classique et, au-delà, la quiétude psychologique de tous les intéressés.

Dans tous les droits cependant et plus particulièrement en droit québécois et en droit belge, de fortes tensions et des résistances à ce système d'interdit apparaissent. Certains, qualifient le droit à la recherche des origines, de droit fondamental et l'élèvent donc au rang d'une authentique liberté publique.

S'agissant en premier lieu de l'adoption, il convient, pour l'intelligence du problème, d'écartier de la discussion toutes les formes d'adoption autres que l'adoption plénière. L'adoption parfaite ou imparfaite du droit polonais et l'adoption simple de beaucoup d'autres pays européens maintiennent, en effet, la permanence d'un lien juridique ou cognitif entre l'adopté et sa famille biologique. Rechercher ce que l'on connaît déjà n'a aucun sens.

C'est donc uniquement à l'adoption plénière, qui existe en Suisse, en France, en Louisiane, au Brésil, à Porto Rico, en Pologne, en Belgique et au Québec qu'il faut se référer. Dans la très grande majorité de ces pays, ce type d'adoption rompt les liens entre l'adopté et son ancienne famille et lui confère donc, à tous égards et à l'égard de tous, le statut d'enfant de la famille adoptive. Le législateur met tout en œuvre pour favoriser l'intégration rapide et définitive à la famille d'accueil. Par contrecoup, il coupe les liens avec la famille naturelle. L'opération si elle n'est pas entourée d'un secret absolu reste très discrète. Le droit en plus n'hésite pas à se rendre coupable d'un faux, en conférant à l'adopté un nouvel acte d'état civil le décrivant comme issu de ses parents adoptifs : vérité ou plutôt mensonge de protection ! Ayant ainsi créé de toute pièce une nouvelle vérité juridique, le droit peut-il tolérer qu'on la remette en cause et ce, d'autant plus que la redécouverte de la vérité des faits n'est pas nécessairement génératrice de droits, mais plutôt satisfaction d'une curiosité légitime.

La plupart des rapporteurs signalent que leurs droits respectifs sont sinon favorables au maintien d'un secret absolu, du moins très restrictifs dans l'accessibilité à la vérité des faits. Le droit suisse, par exemple, pose une série de conditions rigoureuses, protectrices de l'intimité des parents qui ont donné l'enfant pour adoption. Au Brésil, la levée du secret ne peut se faire que pour éviter une consanguinité interdite dans un projet de mariage. Porto Rico est, par contre, plus libéral probablement comme l'observe le rapporteur, parce que la question y est débattue comme un problème de liberté publique et est de ce fait soumise aux règles du droit constitutionnel américain.

La Belgique, connaît une situation très particulière qui peut paraître même étrange et sur laquelle de plus amples informations nous seront fournies par l'auteur du rapport national. La Louisiane, mais surtout le Québec, offrent enfin des solutions inédites. Peut-être faut-il y

voir l'influence de la common law qui pense et agit davantage en termes de procédure que de droits théoriques (*remedies precede rights*). Ces deux états ont, en effet, mis sur pied une procédure de retrouvailles permettant la réunion de l'adopté et de ses parents biologiques par consentement mutuel. Les contacts doivent cependant, au Québec du moins, rester purement volontaires et toute sollicitation de participer à ce programme est interdite.

Tous les pays cependant sont d'accord pour restreindre l'accès à la vérité des origines lorsque la demande émane d'un tiers. Seules sont alors permises, et sous condition de strict anonymat, les recherches à caractère scientifique ou statistique, le droit entendant protéger la sphère d'intimité des parties de la curiosité des étrangers. Parfois, on perçoit en filigrane certains conflits potentiels. Tel est le cas du Québec, avec la *Loi d'accès à l'information*.

Aux États-Unis, et dans certains autres pays, ce sont les enfants nés grâce aux nouvelles technologies de reproduction qui revendiquent maintenant le droit de rechercher leurs origines génétiques. L'enjeu n'est cependant pas la seule satisfaction d'une curiosité freudienne. Les progrès de la science font que le traitement et surtout la prévention de certaines maladies ne seront possibles que par une connaissance précise du portrait génétique de chacun. Que l'on songe à l'exemple actuel de l'enfant qui attend une greffe et pour lequel le médecin doit savoir si, quelque part au monde, il lui existe un frère, une sœur ou un demi-frère ou une demi-sœur pouvant servir de donneur valable. La majorité des rapporteurs se prononce cependant résolument contre l'idée de permettre à l'enfant né par insémination artificielle ou autre méthode, de rechercher son géniteur. Ils estiment que, dans leurs droits actuels, la chose serait de toute façon impossible. Le rapporteur suisse fait toutefois état, dans son pays, d'une initiative populaire pour changer la loi. Au Québec, le Conseil du statut de la femme a récemment préconisé, ni plus ni moins, que l'adoption de la solution suédoise de complète et libre divulgation, solution qui, en droit comparé, demeure pour l'instant marginale et isolée. Deux motifs sont généralement invoqués au soutien de l'interdit. Le premier est la volonté d'éviter de créer des liens juridiques entre celui ou celle qui n'est qu'un simple donneur de gamètes et l'enfant. Le second est la crainte des répercussions psychologiques d'une telle divulgation sur l'enfant et l'impact sur son intégration à la famille sociale. À vrai dire, ni l'un ni l'autre de ses arguments ne sont bien convaincants, puisque, d'une part, il reste possible de satisfaire une curiosité sans créer de liens de droit et que, d'autre part, les données de l'expérience manquent pour démontrer scientifiquement la négativité de l'impact psychologique de la divulgation. Le débat, à notre avis, doit être situé à un autre niveau : celui de la nécessaire protection de l'intimité et de la vie privée du donneur de gamètes lui-même.

Les rapports nationaux indiquent que la question est encore loin d'être réglée, malgré les apparences favorisant pour l'instant un interdit inconditionnel. Le sort du débat, à notre avis, dépend de l'arène dans lequel il se déroulera. S'il est analysé comme un problème d'exercice de droits fondamentaux, il y a fort à parier que le législateur de demain penchera plutôt vers une solution respectueuse des droits individuels et admettra, probablement plus volontiers, avec certaines restrictions, la recherche des origines à la fois pour l'adopté et pour l'enfant de la science. Si, au contraire, le débat s'engage sur le terrain du droit privé c'est plus certainement le secret de la confiance qui devrait primer, sous réserve de l'établissement d'un système de retrouvailles volontaires selon le modèle louisianais ou québécois. Il est en outre possible que les percées de la génétique nous imposent un système informatisé à accessibilité restreinte, des cartes génétiques individuelles pour le traitement et la prévention de certaines maladies.

En la matière donc, le droit, un peu à la manière d'un grand prêtre de l'ordre, reconnaît des initiés auxquels il permet de contempler la vraie vérité et, au contraire, ordonne aux simples cathécumènes de se contenter du mensonge qu'il a créé comme vérité universelle.

## **B. LES RELATIONS MÉDICALES : LA VÉRITÉ PARTAGÉE**

Qu'en est-il brièvement, et pour terminer, des rapports entre le droit et la vérité dans les relations médicales?

La relation médicale est avant tout personnalisée et intimiste. Toutefois, même si elle est créée dans le but premier de chercher et d'établir une vérité (celle de la personne dans son corps), elle affecte aussi les tiers, proches du patient (la famille, par exemple) et ceux qui n'ont aucun lien véritable avec lui (l'État).

Le patient, en premier lieu, a droit à la vérité sur lui-même, c'est le but premier de la relation professionnelle. Le médecin, dans tous les pays est le débiteur d'une obligation d'information indispensable à l'obtention d'un consentement valable, libre et éclairé à toute intervention médicale. L'intensité de cette obligation est cependant variable et dépend de la structure sociale et culturelle de la relation patient-médecin. En Amérique du Nord où, de plus en plus, le médecin est perçu comme un dispensateur de services, la relation avec le patient participe davantage d'un modèle égalitaire. En Europe, au contraire, la relation reste beaucoup plus une relation pyramidale, une relation d'autorité. Il est donc normal que les droits européens en général fassent preuve d'exigences réduites sur la quantité et la qualité de l'information qui doit être fournie au patient.

L'obligation d'informer est-elle, pour autant, obligation de dire la vérité? Là encore, Amérique et Europe paraissent s'opposer. Il est

de tradition, presque de déontologie en Europe, par pudeur, de ne pas dévoiler la vérité ou du moins toute la vérité au patient atteint d'une maladie incurable, au nom de l'espoir. En Amérique, la pratique, au nom du réalisme, est exactement contraire et le médecin révèle donc en principe, avec les précautions qui s'imposent, un diagnostic négatif à son patient. Les différents droits convergent cependant sur le fait qu'à l'égard du patient, le problème n'en est finalement pas tellement un de droit strict, mais plutôt d'éthique. La vérité, en effet, dans ces cas peut être une vérité qui fait mal. C'est donc par un méticuleux dosage qui tient compte de la personnalité du patient, de son état, de la nature de la maladie, du pronostic, que le choix de dire ou de ne pas dire, de dire tout ou de dire peu, doit être fait. Les mots « toujours » et « jamais » en médecine n'ont pas de sens.

Plus délicat est le problème de l'accès du patient à son dossier médical. Alors qu'au Québec ce droit est législativement reconnu et observé, en France, il a fallu trois lois pour y parvenir et encore ne peut-il être consulté qu'en passant par l'intermédiaire d'un autre médecin. En Suisse, le patient n'a aucun droit de propriété sur son dossier et sa consultation est extrêmement contestée.

La majorité des droits représentés ici paraissent donc être d'avis que la révélation de la vérité par le médecin à son patient doit être davantage abandonnée aux consciences que soumis à un contrôle strict du droit. C'est là plus proprement le domaine de l'éthique même si, comme le signale le rapporteur polonais, ce devoir éthique est producteur d'obligation civile et donc de responsabilité soit pour insuffisance, soit pour excès d'information.

La vérité dans la relation médicale ne touche cependant pas que le patient lui-même, mais aussi ses proches, sa famille et même les étrangers. Dans quelle mesure ceux-ci peuvent-ils ou doivent-ils avoir aussi accès à la vérité du patient ? Trois brèves observations peuvent être faites à cet égard.

En premier lieu, la famille est dans tous les pays, intimement liée à la vérité du patient. Si en principe la vérité n'est due qu'au seul patient, d'importants tempéraments sont apportés à la règle en faveur des proches. Ainsi, on admet partout que le médecin puisse avertir la famille pour la préparer à un pronostic fatal. On permet aussi la transmission à la famille d'informations destinées à protéger ses membres contre les dangers d'une contagion, dont le patient est porteur. Le bien-être de l'ensemble de la cellule familiale paraît alors au moins aussi important que la protection de la vérité du malade.

En second lieu, tous les systèmes connaissent aussi l'obligation pour le médecin de dévoiler la vérité du patient aux autorités en cas de maladies contagieuses ou de certaines autres affections transmissibles, notamment les maladies vénériennes. L'anonymat est toutefois respecté,



une identification du malade n'ayant lieu que dans le cas où celui-ci, au mépris du droit des autres, refuse de se laisser soigner.

Enfin, surtout dans les pays européens où le secret professionnel a, par tradition, été un secret absolu et pénalement sanctionné, on constate qu'il est maintenant devenu relatif et que les nouveaux registres électroniques, l'étatisation de la médecine et le développement de la sécurité sociale en provoquent l'effritement quotidien.

### CONCLUSION

Ce tour d'horizon rapide des relations entre le droit des personnes et la vérité nous permet, en conclusion, de dégager certaines constatations.

Le Droit entretient par rapport à la Vérité trois discours principaux. Le premier est celui de la *découverte*. Il recherche la vérité, mais celle-ci n'est pas forcément unique, ni obligatoirement la vérité de la nature.

Le second est celui de la *création*. Face à diverses possibilités, le droit s'appuyant tantôt sur l'anthropologie, tantôt sur la sociologie, tantôt sur la politique, choisit et construit la vérité qu'il veut, *SA* vérité et l'impose.

Le troisième est celui de la *gestion*. Le droit, après avoir créé sa vérité doit enfin la gérer face à des revendications discordantes et contradictoires. Il doit alors pour en assurer le triomphe, refuser l'accès à certaines autres vérités, parfois même interdire qu'on la puisse contester.

Découverte, création et gestion de la vérité par le droit ne sont pas pour autant des garanties formelles d'authenticité, de convergence et d'harmonie. Bien souvent, nous l'avons amplement constaté, le droit, au contraire, désinforme, organise le mensonge, favorise l'erreur, truque la réalité, endosse l'inexactitude et masque l'authenticité. Pourquoi? Pour trois raisons fondamentales.

La première est que le concept même de vérité est ambigu, la vérité étant simultanément constatation et jugement. Elle est constatation lorsqu'elle est exactitude ou évidence. Elle est jugement lorsqu'elle est croyance ou vraisemblance.

La vérité est aussi une adhésion intellectuelle au réel. Or, pour le droit, il n'y a pas qu'une seule réalité des choses, mais plusieurs. En outre, au-delà de la seule réalité des choses que la science constate et de la vérité de laquelle elle s'accommode fort bien, il y a la réalité des êtres et des personnes, principal objet de sollicitude du droit.

La vérité est enfin conformité de l'être à l'idée qu'on s'en fait. Or, là encore, le droit ne peut survivre qu'avec des frictions, parce qu'étant science de l'organisation sociale, la fonctionnalité doit souvent

l'emporter sur la pureté des concepts. La vérité juridique n'est pas seulement ce qui est, mais aussi ce qui est *fonctionnel*.

La deuxième raison touche le rôle social du droit. Le droit n'a pas, en effet, pour mission de dire uniquement ce qui est, mais aussi et surtout de dire ce qui est juste. Au nom de la justice sociale ou de l'éthique, le droit doit souvent entraver, contrecarrer ou même supprimer la vérité naturelle parce que, aussi nette qu'elle puisse être, elle n'est pas nécessairement justice. La vérité juridique n'est pas seulement ce qui est, mais aussi ce qui est *juste*.

Enfin, dans son rôle processuel d'arbitrage des conflits, le droit n'est pas seulement une instance de vérité, mais aussi instance de jugement. Juger, c'est trancher entre les vérités des parties. Là encore, le droit ne recherche pas finalement la vérité en tant qu'idéologie abstraite, mais plus la certitude de la décision. La vérité juridique n'est pas seulement ce qui est, c'est aussi et enfin ce qui est *sûr*.