Prof. Dr. Alice Margaria

Familles et identités: Le droit comme régulateur du pensable et du faisable

Thèses

1. Plutôt que de se demander si le droit suit le rythme des transformations sociales ou s'il en est le moteur, il convient d'envisager le droit et la société comme mutuellement constitutifs. L'analyse porte ainsi sur la manière dont le droit façonne la société et, en retour, dont les dynamiques et les besoins sociaux façonnent le droit. Dans cette perspective, la fonction incitative du droit ne se réduit pas à une simple fonction normative de réglementation, mais s'appréhende comme un dispositif de reconnaissance ou de méconnaissance, ainsi que de (dé)légitimation.

2. La réglementation sur la procréation médicalement assistée (PMA) et la révision du Code civil (art. 30b) relative au changement de sexe à l'état civil offrent deux illustrations concrètes de la manière dont le droit suisse définit ce qui est pensable et faisable. Elles déterminent notamment quelles formes de familles sont considérées comme « méritant d'être créées » via PMA et reconnues juridiquement, ainsi que quelles identités de genre méritent une reconnaissance légale et les effets qui en découlent.

3. La réglementation actuelle de la PMA – en particulier les pratiques interdites, les critères d'accès et les mécanismes d'attribution de la filiation – est révélatrice de la fonction normative du droit en tant qu'instrument d'affirmation d'un modèle de maternité centré sur la biologie. Elle met également en évidence une hiérarchisation des formes familiales, selon laquelle l'accès à la PMA est réservé à celles qui sont en mesure de reproduire la norme de la «famille traditionnelle». Dans le contexte de la gestation pour autrui en particulier, ce cadre normatif engendre une disjonction profonde entre la réalité sociale de ces familles et leur reconnaissance juridique.

4. L'article 30b du Code civil a introduit un modèle fondé sur l'autodétermination, facilitant sur le plan administrative le changement de sexe à l'état civil pour les personnes trans. Toutefois, le cadre juridique demeure structuré autour d'une conception binaire du genre, de sorte que les identités non binaires ne sont pas reconnues. Par ailleurs, le changement de sexe à l'état civil n'a aucun effet sur les relations parents-enfants (art. 30b al. 3). En vertu de cette logique, un homme trans qui accouche est juridiquement qualifié de «mère», tandis qu'une femme trans qui fournit du sperme est qualifiée de «père», indépendamment de leur genre juridique. La parenté trans biogénétique est dès lors soit délégitimée, soit requalifiée de manière erronée, illustrant une forme de «cisgenrisme» institutionnel.

5. En conclusion, le droit façonne ce qui est pensable — nos imaginaires de ce qui est possible — et, par conséquent, dans une large mesure, ce qui est faisable, c'est-à-dire les choix de vie que nous poursuivons et concrétisons. Dans les deux contextes analysés, le droit renforce et consolide des conceptions conventionnelles de la famille, de la parentalité et surtout de la

maternité, et réaffirme le principe de la binarité de genre. Ce faisant, le droit engage des processus de (dé)légitimation, de hiérarchisation, d'exclusion et d'invisibilisation. Il serait souhaitable que le droit de la famille et le droit des personnes s'ancrent davantage dans les expériences concrètes des individus, afin de promouvoir une approche plus inclusive et soutenable.