

**LA FILIATION DE L'ENFANT NÉ PAR PROCRÉATION
MÉDICALEMENT ASSISTÉE**

MÉMOIRE

présenté

par

Margaux Spehler

sous la direction du Professeur

Philippe Meier

Lausanne, le 2 juillet 2020

Table des matières

1	Introduction.....	3
2	Le cadre légal restrictif de la procréation médicalement assistée	3
2.1	Les conditions d'accès.....	4
2.1.1	En général	4
2.1.2	L'accès limité aux couples hétérosexuels	5
2.1.2.1	L'exclusion des personnes seules et des couples homosexuels	5
2.1.2.2	Le bien de l'enfant comme justification.....	8
2.1.3	Le don de sperme et la condition du mariage	10
2.1.4	L'initiative « Mariage civil pour tous »	13
2.2	L'interdiction du don d'ovules	15
2.3	L'interdiction du don d'embryons	18
2.4	L'interdiction de la maternité de substitution.....	20
3	Les impacts sur la filiation	23
3.1	La discordance des filiations biologique, psycho-sociale et juridique.....	23
3.2	La filiation maternelle	25
3.3	La filiation paternelle	29
3.3.1	En général	29
3.3.2	En cas d'utilisation des gamètes du mari ou du partenaire de vie	30
3.3.3	En cas de don de sperme	31
3.3.3.1	La fiction de paternité du mari de la mère	31
3.3.3.2	La filiation à l'égard du donneur de sperme	33
3.4	La problématique du tourisme procréatif.....	35
3.4.1	En général	35
3.4.2	L'établissement du lien de filiation de l'enfant qui naît en Suisse	36
3.4.3	La reconnaissance et la transcription à l'état civil du lien de filiation établi à l'étranger	37
3.5	Le statut juridique du parent d'intention en l'absence de lien de filiation	40
3.5.1	En général	40
3.5.2	L'autorité parentale	40
3.5.3	Le devoir d'entretien.....	42
3.5.4	Les relations personnelles	42
3.5.5	La coparentalité.....	43
3.5.6	La réglementation souhaitable de la relation d'intention.....	44
4	Conclusion.....	45
5	Table des abréviations	47
6	Bibliographie	49

1 Introduction

La procréation médicalement assistée, en ayant pour finalité la naissance d'un enfant, est étroitement liée au droit de la filiation. Dans la mesure où l'utilisation de techniques médicales pour se reproduire rend possible l'intervention d'un ou de plusieurs tiers dans le processus de conception, le droit doit s'adapter pour tenir compte du fractionnement entre les données génétiques, biologiques et sociales qui peut en résulter vis-à-vis de l'enfant. Il s'agit alors d'examiner comment le droit suisse répond aux différentes questions qui se posent à ce sujet et de se demander si le système qui a été élaboré par le législateur est adéquat.

Dans un premier temps, nous analyserons le cadre légal de la procréation médicalement assistée. Nous constaterons, au travers de l'examen des conditions d'accès imposées aux individus et des pratiques formellement interdites, que l'approche du constituant et du législateur suisse est restrictive. Dans un second temps, nous examinerons les impacts de la procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant qui a pu naître grâce à l'une de ces techniques. À cet égard, nous nous pencherons sur les adaptations qui ont été mises en place par le législateur mais également sur la situation juridique lorsque la procréation médicalement assistée a lieu en dehors du cadre légal. Finalement, nous verrons quel est le statut juridique du parent social de l'enfant lorsqu'il ne possède pas de lien juridique avec lui.

Bien que fondamental dans ce domaine, le droit à la connaissance de ses origines ne sera toutefois pas traité dans le cadre du présent travail. Mentionnons simplement que ce droit, essentiel pour l'enfant dont la filiation juridique ne correspond pas à la filiation génétique, permet de justifier la limitation et l'interdiction de certaines pratiques de procréation médicalement assistée.

Au préalable, il convient encore de préciser ce que l'on entend par « procréation médicalement assistée ». Une définition de cette notion figure dans la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, la LPMA¹, laquelle concrétise les principes constitutionnels régissant la matière qui ressortent de l'art. 119 Cst. féd.². Au sens de l'art. 2 let. a LPMA, il s'agit de toutes les méthodes qui permettent d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation *in vitro* avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes.

2 Le cadre légal restrictif de la procréation médicalement assistée

En Suisse, la réglementation de la procréation médicalement assistée consacre une approche restrictive³, laquelle se traduit de deux manières. D'une part, des conditions personnelles strictes sont imposées aux individus souhaitant avoir accès à ces méthodes de reproduction⁴. D'autre part, le nombre et le type de pratiques qui sont autorisées sont très limités, malgré toutes les possibilités offertes par la médecine d'aujourd'hui⁵. Nous allons à présent examiner ces deux types de restrictions.

¹ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA), RS 810.11.

² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. féd.), RS 101.

³ En comparaison avec les réglementations de la plupart des pays occidentaux ; ZIEGLER, p. 3 ; BÜCHLER, p. 375.

⁴ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 126 ; BÜCHLER, p. 378.

⁵ FOUNTOLAKIS, p. 254.

2.1 Les conditions d'accès

2.1.1 En général

À l'heure actuelle, la procréation médicalement assistée est envisagée comme une *ultima ratio* en ce sens qu'elle n'est autorisée que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière⁶. Par ailleurs, toute procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant⁷, lequel constitue la ligne directrice générale de la législation en la matière⁸. En particulier, ces méthodes médicales ne peuvent être utilisées que si elles ne présentent pas, comparativement à la procréation naturelle, de risque accru pour le développement de l'enfant et que les conditions d'existence de ce dernier ne seront vraisemblablement pas rendues difficiles par des risques psycho-sociaux prépondérants⁹. Ainsi, les différentes conditions que nous allons à présent passer en revue se justifient et s'imposent, selon le législateur, pour garantir le bien de l'enfant¹⁰.

Premièrement, seul un couple hétérosexuel marié ou en concubinage stable est susceptible de bénéficier d'une procréation médicalement assistée¹¹. Cette première exigence résulte de la condition préalable mentionnée ci-dessus, à savoir la stérilité ou le risque de transmission d'une grave maladie à l'enfant, ainsi que de l'art. 3 al. 2 let. a LPMA. Nous analyserons cette restriction de manière plus détaillée dans la section suivante.

Deuxièmement, les deux partenaires hétérosexuels doivent paraître, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, capables d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité (art. 3 al. 2 let. b LPMA). Le législateur n'a délibérément pas fixé de limite d'âge déterminée¹² ni de critères pour apprécier la situation personnelle du couple, afin que les praticiens puissent tenir compte des particularités de chaque cas concret¹³. Ainsi, chaque médecin est libre d'apprécier si le couple en question a un âge et une situation personnelle qui permet de satisfaire le bien de l'enfant¹⁴. Mais de manière générale, on peut dire que ces deux critères visent à garantir que les futurs parents seront disponibles et en mesure d'assumer leurs responsabilités parentales¹⁵. Par ailleurs, il est intéressant de mentionner que cette condition est également prévue par le nouveau droit de l'adoption, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018. En effet, le nouvel art. 264 al. 2 CC¹⁶ est libellé de manière quasiment identique à l'art. 3 al. 2 let. b LPMA car le législateur a jugé utile d'inscrire expressément dans le Code civil, au regard du bien de l'enfant adopté, ce principe qui prévaut en matière de procréation médicalement assistée¹⁷. Le but premier de la révision du droit de l'adoption était de placer le bien-être de l'enfant au centre de la décision d'adoption¹⁸ et dans cette optique, le législateur a considéré qu'il était judicieux de rappeler que

⁶ MCF, FF 1996 III 197, p. 207, 248 et 249. Cette condition préalable ressort de la Constitution fédérale (art. 119 al. 2 let. c *ab initio* Cst. féd.) et a été concrétisée dans la loi fédérale d'exécution à l'art. 5 LPMA.

⁷ Art. 3 al. 1 LPMA.

⁸ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 238 ; BÜCHLER, p. 379.

⁹ MCF, FF 1996 III 197, p. 243.

¹⁰ BÜCHLER, p. 379.

¹¹ MCF, FF 1996 III 197, p. 244.

¹² MCF, FF 1996 III 197, p. 245.

¹³ SAVIOZ-VIACCOZ, p. 185 et 186.

¹⁴ MANAI, p. 326 ; MCF, FF 1996 III 197, p. 243.

¹⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 244.

¹⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

¹⁷ MCF, FF 2015 835, p. 861 et 878 ; MEIER/STETTLER, p. 198.

¹⁸ MCF, FF 2015 835, p. 856 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264 N 1.

même si la loi ne fixe pas de limite d'âge absolue, étant donné qu'il est toujours possible pour les autorités compétentes de déroger aux conditions formelles d'âge si l'adoption sert malgré tout le bien de l'enfant¹⁹, l'âge des futurs parents revêt néanmoins une importance notable dans la décision et l'appréciation de l'autorité²⁰. En particulier, les futurs parents sont considérés « aptes » à adopter s'ils ont un âge et une situation qui leur permet de prendre en charge, d'accompagner et d'offrir un cadre de vie stable et protecteur à l'enfant durant toute la période où il est mineur, mais idéalement également au delà²¹.

Troisièmement, la loi exige implicitement que les deux membres du couple soient en vie et capables de discernement²². Ces deux conditions découlent des articles 3 al. 4 et 5²³, respectivement 5b al. 1 *ab initio* LPMA²⁴. S'agissant de la capacité de discernement, elle sous-tend en effet l'exigence du consentement éclairé, lequel est consacré par cette dernière disposition²⁵. Le but de ces deux exigences très générales, qui peuvent paraître « logiques », est encore une fois de protéger l'enfant qui va naître²⁶, en essayant de lui garantir la disponibilité de ses deux parents jusqu'à sa majorité au moins²⁷.

2.1.2 L'accès limité aux couples hétérosexuels

2.1.2.1 L'exclusion des personnes seules et des couples homosexuels

La condition préalable alternative de la stérilité ou de la maladie grave exclut d'emblée certaines catégories de personnes de la procréation médicalement assistée. Bien qu'il ne soit pas clair si ces exclusions résultent déjà de l'art. 119 al. 2 let. c Cst. féd., l'interprétation de cette disposition étant controversée²⁸, elles ressortent en tout cas explicitement de la LPMA.

Au niveau constitutionnel, cela dépend en effet de la lecture que l'on fait du terme « stérilité ». Si l'on envisage la stérilité dans son acception médicale, en ce sens qu'elle suppose qu'aucune grossesse ne survienne malgré des relations sexuelles régulières et non protégées pendant une année au moins²⁹, seuls les couples hétérosexuels peuvent être concernés, les personnes seules

¹⁹ Les art. 264a al. 2, 264b al. 4 et 264d al. 2 CC prévoient notamment que des exceptions aux conditions de l'âge minimal de l'adoptant et de la différence d'âge minimale et maximale entre l'adoptant et l'adopté sont possibles si le bien de l'enfant le commande. En effet, les conditions d'âge prévues par la loi permettent de supposer que l'adoption sert le bien de l'enfant si elles sont remplies mais l'autorité peut toujours y déroger pour tenir compte des particularités du cas concret et permettre l'adoption, si celle-ci est dans l'intérêt de l'enfant. Dans la mesure où le « bien de l'enfant » est un concept juridique indéterminé, la flexibilité dans l'application des conditions semble effectivement appropriée et la bonne solution pour évaluer une personne dans sa capacité à garantir à l'enfant un environnement favorable, cf. MCF, FF 2015 835, p. 856 et 857 et BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264 N 18, N 19.

²⁰ MCF, FF 2015 835, p. 878.

²¹ MCF, FF 2015 835, p. 861 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264 N 18.

²² JUNOD/WUNDER/HURST, p. 126.

²³ Selon ces deux alinéas, il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne après sa mort, à l'exception de spermatozoïdes provenant d'un donneur de sperme (al. 4), ainsi que des ovules imprégnés et des embryons *in vitro* après la mort d'un des membres du couple concerné (al. 5).

²⁴ Cette disposition exige du couple qu'il donne son consentement écrit, après avoir été suffisamment informé et conseillé au sens des art. 6 et 6a LPMA.

²⁵ DEVAUD, p. 223 ; STEGMÜLLER, p. 160 et 161.

²⁶ MCF, FF 1996 III 197, p. 246.

²⁷ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 126.

²⁸ BELSER/MOLINARI, *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, art. 119 N 30 ; BELSER/JUNGO, p. 191 ; ZIEGLER, p. 2.

²⁹ Cette définition médicale est celle qui est donnée par l'Organisation mondiale de la santé dans son glossaire relatif à la classification des maladies (cf. ICD-11 – International Classification of Diseases for Mortality and

et les couples homosexuels ne pouvant de toute évidence pas être « stériles » au sens de cette définition³⁰. Mais l'on peut également soutenir que la stérilité au sens constitutionnel doit être comprise de manière plus globale, dans le sens d'une impossibilité de procréer et d'un désir inassouvi d'avoir des enfants, et qu'elle peut ainsi concerner les personnes seules et les couples de même sexe également³¹. Cette seconde compréhension de la notion de « stérilité » pourrait permettre aux personnes seules et aux couples homosexuels d'avoir accès à la procréation médicalement assistée, sans qu'une modification de la Constitution fédérale ne soit nécessaire³².

Toutefois, si ces deux interprétations peuvent être soutenues à l'échelon de la Constitution fédérale, tel n'est en revanche pas le cas au niveau de la LPMA. Lors de l'adoption de cette loi, le législateur a en effet clairement écarté les personnes seules et les couples de même sexe de la procréation médicalement assistée, de par sa conception de la stérilité et les exigences supplémentaires qu'il a décidé d'imposer. Par rapport à l'exigence de stérilité d'abord, le législateur a tout simplement affirmé que la volonté du constituant, lorsqu'il a édicté l'art. 119 al. 2 let. c Cst. féd., était de refuser l'accès à la procréation médicalement assistée à certains individus ou couples, cela dans l'intérêt de l'enfant. Si cette référence à l'enfant n'est absolument pas contestable, le fait que le législateur considère ces exclusions comme étant implicites (dès lors que le constituant ne les a pas formulées expressément) et surtout qu'il n'argumente pas sur les raisons de celles-ci est en revanche problématique³³. En ne précisant pas en quoi l'exclusion des personnes seules et des couples homosexuels permet de garantir le bien de l'enfant, il semble que le législateur se soit laissé guidé par une conception traditionnelle et dépassée de la famille, laquelle exclut ces personnes de la parentalité³⁴. Par ailleurs, la définition médicale précitée ne donne pas d'indications générales sur la terminologie du mot « stérilité » mais désigne une situation spécifique, à savoir le cas dans lequel un couple hétérosexuel peut être diagnostiqué « infertile »³⁵. Cette définition est donc relativement étroite car en déclarant qu'il y a stérilité dans la mesure où des rapports sexuels réguliers ne conduisent pas à une grossesse, elle prend pour point de départ un couple de sexe opposé, qui devrait en principe être fertile mais qui ne l'est en l'occurrence pas³⁶. Il apparaît donc douteux que la notion de « stérilité » qui figure dans la Constitution fédérale ait été envisagée dans un sens si étroit³⁷. Cela dit, il ne s'agit pas, pour l'heure, de la position du législateur suisse et la stérilité au sens de l'art. 5 let. a LPMA doit donc être considérée dans son acception médicale étroite³⁸.

Puis, s'agissant des exigences supplémentaires, l'art. 3 al. 2 let. a LPMA réserve la procréation médicalement assistée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi au sens des art. 252 à 263 CC. On relève d'abord que la loi utilise le terme de « couple », ce qui exclut nécessairement les personnes seules qui désireraient avoir un enfant sans partenaire.

Morbidity Statistics, Eleventh Revision, Reference Guide, World Health Organization, disponible sous : <https://icd.who.int/browse11/l-m/en> (version 04/2019)).

³⁰ REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 34 ; BELSER/MOLINARI, *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, art. 119 N 30 ; BELSER/JUNGO, p. 191.

³¹ BELSER/MOLINARI, *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, art. 119 N 30 ; BELSER/JUNGO, p. 191 ; ZIEGLER, p. 11 et 12.

³² ZIEGLER, p. 16.

³³ ZIEGLER, p. 5.

³⁴ ZIEGLER, p. 6 et 18.

³⁵ ZIEGLER, p. 10 et 14.

³⁶ ZIEGLER, p. 8.

³⁷ ZIEGLER, p. 7.

³⁸ MCF, FF 1996 III 197, p. 244 et 249 ; MANAI, p. 325.

Quant aux couples homosexuels, ils sont écartés par la mention des art. 252 à 263 CC. Ces dispositions réglementent l'établissement de la filiation par le mariage avec la mère³⁹, par une reconnaissance⁴⁰ ou par une action en paternité⁴¹. Ainsi, bien que depuis le 1^{er} janvier 2018⁴² un enfant peut être affilié à deux parents de même sexe et avoir légalement deux pères ou deux mères⁴³, cela n'est possible que par le biais d'une adoption (art. 264c CC), or ce mode d'établissement de la filiation n'est pas mentionné par la LPMA. De surcroît, l'art. 28 LPart⁴⁴ interdit expressément aux personnes liées par un partenariat enregistré d'avoir recours à la procréation médicalement assistée. Que le couple de même sexe ait conclu un partenariat enregistré ou non ne change donc rien à sa situation sur ce plan-là⁴⁵.

Dès lors, il résulte très clairement de la législation suisse que les couples homosexuels de même que les personnes seules n'ont d'emblée, du fait de leur orientation sexuelle ou de leur célibat, pas accès à l'aide scientifique pour procréer. Il s'agit à présent d'examiner quelles sont les raisons qui, selon le législateur, justifient une telle atteinte à la liberté personnelle⁴⁶, à l'égalité de traitement et à l'interdiction de discrimination fondée sur le mode de vie et l'orientation sexuelle⁴⁷.

Comme cela a déjà été mentionné, l'objectif principal du législateur est de protéger le bien de l'enfant à naître et selon son point de vue, ce but ne peut être atteint que si les principes fondamentaux de la nature humaine sont respectés. Ainsi, comme dans la nature seul un homme et une femme peuvent concevoir un enfant, les techniques médicales de reproduction ne doivent être envisagées que pour des couples hétérosexuels⁴⁸. Il serait « contre-nature » d'ouvrir l'accès à la procréation médicalement assistée à des personnes seules ou à des couples homosexuels⁴⁹ car « la nature veut que chaque enfant ait un père et une mère »⁵⁰. Concernant les couples de même sexe, le législateur sous-entend que le développement psychologique et l'intégration sociale de l'enfant qui grandirait avec deux pères ou deux mères pourrait être menacé⁵¹. En effet, cette constellation familiale qui s'écarte du modèle traditionnel de la famille nucléaire⁵² serait susceptible d'engendrer des troubles du comportement et un stress psychologique chez l'enfant, ce dernier étant nécessairement exposé à une certaine stigmatisation⁵³. Pour le législateur, l'enfant doit être entouré de parents de sexe opposé pour se développer correctement et être pleinement épanoui⁵⁴. S'agissant des personnes seules, elles ne seraient pas à même

³⁹ Art. 255 à 259 CC.

⁴⁰ Art. 260 à 260c CC.

⁴¹ Art. 261 à 263 CC.

⁴² Cette date correspond à l'entrée en vigueur de l'art. 264c CC.

⁴³ LOMBARD, p. 745.

⁴⁴ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 (LPart), RS 211.231.

⁴⁵ FOUNTOULAKIS, p. 260.

⁴⁶ Dont fait partie le souhait d'avoir des enfants, cf. ATF 115 Ia 234, consid. 5a et ATF 119 Ia 460, consid. 5 ; BÜCHLER, p. 376 ; BELSER/JUNGO, p. 186 et 187.

⁴⁷ BELSER/JUNGO, p. 195 et 196 ; BÜCHLER/CLAUSEN, p. 249 ; ZIEGLER, p. 12 et 15 ; BELSER/MOLINARI, *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, art. 119 N 30.

⁴⁸ MCF, FF 1996 III 197, p. 244.

⁴⁹ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 127.

⁵⁰ MCF, FF 1996 III 197, p. 243.

⁵¹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 250 ; RUMO-JUNGO, p. 842.

⁵² BELSER/JUNGO, p. 196.

⁵³ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 250 et 251.

⁵⁴ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 127.

d'assurer à l'enfant un plein soutien, que ce soit sur le plan éducatif, social ou économique⁵⁵. La présence de deux parents permet généralement, toujours selon le législateur, de garantir à l'enfant une certaine stabilité et un meilleur environnement pour son développement⁵⁶. L'intérêt de l'enfant requiert que la responsabilité parentale incombe à deux personnes différentes⁵⁷.

2.1.2.2 Le bien de l'enfant comme justification

C'est donc au nom du bien de l'enfant, pour lui garantir un développement optimal, que le législateur a choisi de fermer l'accès à la procréation médicalement assistée aux personnes seules et aux couples homosexuels⁵⁸. Si cet objectif n'est absolument pas critiquable, il est cependant nécessaire de revoir la forme sous laquelle il est mis en œuvre, en ce sens que l'exclusion de principe de ces deux catégories de personnes n'est pas appropriée et constitue une discrimination injustifiée⁵⁹.

Si l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le principe directeur, il s'agit de se demander, dans un premier temps, ce qui permet de le réaliser. À cet égard, l'on peut sans trop d'hésitations affirmer que ce qui est décisif pour un enfant est le fait d'avoir au moins une personne qui l'aime, qui l'entoure et qui est en mesure de lui assurer un développement sain. Partant, ce sont ces éléments qui doivent constituer le point de départ de la réflexion, et non le fait d'avoir deux parents ou encore un père et une mère plutôt que deux parents de même sexe⁶⁰. Pour se rapprocher au plus près du bien de l'enfant, il conviendrait alors de subordonner l'accès à la procréation médicalement assistée aux capacités relationnelles et éducatives (présumées) du ou des futur(s) parent(s) ainsi qu'à la stabilité qui pourra être offerte à l'enfant. A cet égard, la volonté d'assumer la responsabilité de l'enfant et l'engagement concret et réel dans la vie de celui-ci doivent être déterminants⁶¹.

S'agissant de l'argument de la « nature » avancé par le législateur, il ne donne absolument aucune garantie par rapport au bien de l'enfant et apparaît d'autant plus contradictoire et paradoxal dans le contexte de la procréation médicalement assistée, qui a justement pour but de surmonter des difficultés et des « erreurs » de la nature⁶². Les techniques médicales de reproduction n'ont en effet rien de naturel, il paraît donc assez absurde de se référer à la nature pour justifier de réserver ces méthodes aux couples hétérosexuels. De plus, la monoparentalité et l'homosexualité font désormais partie de la société et de la réalité des faits, il ne s'agit donc pas de structures familiales « contre-nature »⁶³. La nature est en effet sujette aux changements et aux développements culturels et le droit doit s'y adapter⁶⁴.

Par ailleurs, le bien de l'enfant ne s'oppose pas, sur le principe, à la monoparentalité ou à la parentalité homosexuelle. Si l'on examine le droit de l'adoption, on constate en effet qu'une personne seule peut tout à fait adopter un enfant si elle remplit certains critères⁶⁵. De manière

⁵⁵ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 127.

⁵⁶ BELSER/JUNGO, p. 198.

⁵⁷ MCF, FF 1996 III 197, p. 244.

⁵⁸ BÜCHLER, p. 379.

⁵⁹ BELSER/MOLINARI, *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, art. 119 N 30 ; ZIEGLER, p. 12.

⁶⁰ RUMO-JUNGO, p. 843.

⁶¹ RUMO-JUNGO, p. 844 ; LOMBARD, p. 748 et 750.

⁶² BÜCHLER/CLAUSEN, p. 244.

⁶³ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 127.

⁶⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 250.

⁶⁵ Cf. art. 264b CC.

analogue, un enfant peut avoir deux parents de même sexe depuis le 1^{er} janvier 2018, par le biais de l'art. 264c CC. Ainsi, si le législateur a décidé d'autoriser ces deux types d'adoption, cela montre bien qu'il a considéré que le fait d'avoir un seul parent ou deux parents de même sexe n'était pas, en soi, contraire au bien de l'enfant⁶⁶. De surcroît, aucune étude n'est parvenue à démontrer, à ce jour, que la monoparentalité ou la parentalité homosexuelle entravait le développement de l'enfant⁶⁷.

Concrètement, la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait se traduire par les exigences suivantes. Pour les couples, hétérosexuels ou homosexuels, une certaine durée de vie commune pourrait être exigée. Cela permettrait de s'assurer, autant que possible, que le couple est en mesure d'offrir un cadre de vie stable à l'enfant. Pour les personnes seules, cette stabilité pourrait être garantie par l'exigence d'un soutien extérieur, qui permettrait de suppléer l'absence de deuxième parent. En effet, il est tout à fait envisageable de conditionner l'accès à la procréation médicalement assistée des personnes seules à l'engagement d'une autre personne, qui sera proche de l'enfant⁶⁸, d'apporter son soutien à ce dernier si nécessaire. Ce type de soutien « extra-familial » permettrait d'écarter, ou du moins de réduire, les risques pour l'enfant, notamment en cas de décès de son unique parent⁶⁹. Ainsi, s'il ne semble pas nécessaire d'interdire tout accès à la procréation médicalement assistée aux personnes seules, il paraît opportun d'accorder une attention particulière à leur situation et de s'assurer qu'elles seront aptes à s'occuper de l'enfant aussi bien que le feraient deux personnes, notamment en terme de disponibilité⁷⁰.

C'est d'ailleurs ce qui prévaut en matière d'adoption. L'adoption par une personne seule est tout à fait possible⁷¹ même si l'intérêt de l'enfant plaide, en principe, pour son intégration dans une famille « complète », c'est-à-dire biparentale⁷². Ce type d'adoption doit donc rester une exception par rapport à l'adoption conjointe et surtout, faire l'objet d'un examen qualifié par les autorités compétentes⁷³. En particulier, celles-ci doivent s'assurer que l'unique parent sera suffisamment disponible pour assurer l'encadrement socio-éducatif de l'enfant, ce qui est souvent compromis par le fait que le parent adoptif exerce, en général, une activité professionnelle à un taux élevé⁷⁴. Cependant, il faut toujours évaluer le bien de l'enfant de manière concrète, au vu des circonstances du cas d'espèce et cette disponibilité insuffisante de l'unique parent peut notamment être compensée par un soutien adéquat et effectif de l'entourage familial⁷⁵. L'environnement social de la personne seule et le soutien extérieur qui pourra être apporté à l'enfant sont des éléments essentiels à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier si l'enfant pourra être correctement pris en charge⁷⁶. Notamment, si l'adoptant vit en concubinage, l'autorité tiendra compte de la présence du concubin dans la vie de l'enfant et considérera, en principe, qu'il s'agit d'un facteur positif pour lui⁷⁷. Il convient encore de préciser que la disponibilité et le soutien éducatif de l'entourage sont des critères

⁶⁶ BELSER/JUNGO, p. 198.

⁶⁷ BÜCHLER, p. 379.

⁶⁸ Tel un parrain ou une marraine.

⁶⁹ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 127.

⁷⁰ BELSER/JUNGO, p. 198.

⁷¹ Cf. art. 264b CC.

⁷² MEIER/STETTLER, p. 184 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264b N 1.

⁷³ BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264b N 1, N 4.

⁷⁴ MEIER/STETTLER, p. 183.

⁷⁵ MEIER/STETTLER, p. 183 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264b N 4, N 5.

⁷⁶ MEIER/STETTLER, p. 185 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264b N 4, N 5.

⁷⁷ MEIER/STETTLER, p. 184 et 186.

parmi d'autres pour évaluer si le bien de l'enfant est garanti. L'autorité examinera également si la personnalité, la santé, les ressources financières et les aptitudes personnelles de l'adoptant présument qu'il sera en mesure de faire face à tout ce que peut impliquer une adoption⁷⁸. Au vu de ces précisions apportées en lien avec le droit de l'adoption, l'on peut assez aisément affirmer que dans le cadre de la procréation médicalement assistée également, l'aptitude d'un ou de deux parents à offrir à l'enfant une structure familiale stable, peu importe la forme de cette dernière, doit être appréciée au cas par cas par le médecin, afin de tenir compte au mieux des particularités de chaque situation.

Quoi qu'il en soit, le fait de réserver la procréation médicalement assistée aux couples hétérosexuels et d'exclure, d'emblée, les personnes seules et les couples homosexuels doit être revu et abandonné par le législateur car il ne s'agit pas d'un critère qui, en soi, permet de sauvegarder le bien de l'enfant⁷⁹. En outre, il convient de prendre en compte la réalité des faits car à l'heure actuelle, de nombreux enfants grandissent déjà dans de telles constellations familiales à la suite d'une procréation médicalement assistée effectuée à l'étranger⁸⁰ et il n'est nullement établi qu'ils se développent moins bien que les enfants élevés au sein de familles « traditionnelles », avec un père et une mère⁸¹.

2.1.3 Le don de sperme et la condition du mariage

À propos des cellules sexuelles⁸² utilisées lors des traitements de procréation médicalement assistée, il faut faire une distinction selon qu'elles sont féminines ou masculines. En effet, seul le don de sperme est admis en droit suisse, au contraire du don d'ovules. Sur le plan terminologique, dès lors que la procréation médicalement assistée est réalisée avec les spermatozoïdes d'un donneur, on parle de méthode « hétérologue », par opposition à la méthode « homologue » qui utilise les spermatozoïdes du partenaire de la femme inséminée⁸³.

Si le don de sperme est parfaitement légal en Suisse, il n'est pas pour autant ouvert à tout un chacun. La LPMA encadre strictement cette pratique et en restreint considérablement l'accès en imposant aux couples qui ont recours à une méthode hétérologue de procréation médicalement assistée d'être mariés⁸⁴. Le mariage est donc une condition supplémentaire, qui s'ajoute à toutes les autres, pour les couples qui souhaitent utiliser les gamètes d'un donneur. Si cette condition du mariage peut paraître dépassée à l'heure actuelle, le législateur a pour sa part estimé, à l'époque de l'adoption de la LPMA, qu'il fallait être plus strict à l'égard des couples qui ont recours à un don de sperme car cette pratique comporte des incidences au niveau de la filiation entre le père et l'enfant⁸⁵. L'établissement de la filiation paternelle sera traité dans un chapitre suivant mais à ce stade, il convient simplement de noter que l'exigence du mariage permet d'établir automatiquement un tel lien de filiation entre le mari de la mère et l'enfant né grâce à un don de sperme⁸⁶, sans devoir modifier le droit de la filiation en vigueur⁸⁷. Mais

⁷⁸ MEIER/STETTLER, p. 197.

⁷⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 253 ; BÜCHLER, p. 379.

⁸⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 249.

⁸¹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 251 et 252.

⁸² La LPMA utilise le terme de « gamètes » pour désigner les spermatozoïdes et les ovules, cf. art. 2 let. e LPMA.

⁸³ GUILLOD/BURGAT, p. 110.

⁸⁴ Cette condition résulte de l'art. 3 al. 3 LPMA, qui dispose que « seul un couple marié peut recourir à un don de sperme ».

⁸⁵ MCF, FF 1996 III 197, p. 245.

⁸⁶ FOUNTOULAKIS, p. 264.

⁸⁷ MCF, FF 1996 III 197, p. 246.

l'argument principal du législateur vis-à-vis de cette exigence du mariage est relié à toutes les garanties qu'offre cette institution. Selon lui, le mariage est plus apte à garantir le bien de l'enfant que le concubinage, en raison de sa (prétendue) plus grande stabilité. En effet, le mariage étant une institution juridique clairement définie par la loi, il entraîne de nombreuses conséquences au niveau des devoirs entre époux⁸⁸ et garantit alors une certaine pérennité⁸⁹. Ainsi, la LPMA repose sur le mariage comme garant de conditions stables pour garantir le bien de l'enfant⁹⁰.

Au vu de l'évolution de la société, le traitement privilégié des couples mariés en ce qui concerne l'accès au don de sperme ne fait plus sens aujourd'hui. Le mariage n'est ni nécessaire ni suffisant pour assurer le bien de l'enfant⁹¹. Ce critère s'avère même injustifié et inadapté car si l'on prend l'intérêt supérieur de l'enfant comme point de départ, il convient plutôt de se baser sur des facteurs tels que la stabilité de la relation parentale, les compétences relationnelles des parents, leur sens des responsabilités ou encore leur disponibilité⁹². Une personne ou un couple de parents est apte à assurer le bien de l'enfant s'il est capable d'en assumer la responsabilité, de l'accompagner et de lui permettre de devenir un individu indépendant⁹³. Ainsi, le statut juridique des parents n'étant pas pertinent pour la réalisation de ces différents éléments, il ne saurait l'être, *a fortiori*, pour l'accès à la procréation médicalement assistée car cette dernière est précisément basée sur ce critère du bien de l'enfant⁹⁴.

Par ailleurs, il ne fait plus aucun doute que le mariage n'est plus garant de la stabilité de la relation conjugale étant donné qu'il peut facilement être dissous, que ce soit par accord mutuel des époux (art. 111 et 112 CC) ou par une requête unilatérale de l'un des deux uniquement (art. 114 CC)⁹⁵. À l'heure actuelle, l'institution juridique du mariage ne garantit pas plus la pérennité du couple qu'une relation concubine stable⁹⁶. Il n'est donc pas opportun de se concentrer sur le statut des parents et il vaudrait mieux se diriger vers la stabilité (probable) qu'ils semblent être en mesure d'offrir à l'enfant, en se basant sur des critères tels que la durée du ménage commun ou la volonté de prendre soin de l'enfant⁹⁷. Le législateur reconnaît d'ailleurs lui-même que l'élément primordial qui permet d'assurer le développement harmonieux de l'enfant est la relation stable et durable des parents et que cette condition peut évidemment être remplie dans les cas de concubinage, alors que de nombreux mariages aboutissent à un échec⁹⁸. En outre, l'exigence du mariage au moment où la procréation médicalement assistée est effectuée ne garantit en aucun cas que la relation matrimoniale se poursuivra sur le long terme, un mariage pouvant tout à fait se solder par un échec peu après la naissance de l'enfant⁹⁹.

Parallèlement à cela, il est intéressant de remarquer qu'en matière d'adoption, la question de l'extension de l'adoption conjointe à des couples non mariés s'est posée dans le cadre de la

⁸⁸ Des devoirs d'assistance et d'entretien, notamment.

⁸⁹ MCF, FF 1996 III 197, p. 246.

⁹⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 245.

⁹¹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 245 ; BÜCHLER, p. 379.

⁹² BELSER/JUNGO, p. 200 ; RUMO-JUNGO, p. 840.

⁹³ RUMO-JUNGO, p. 839.

⁹⁴ RUMO-JUNGO, p. 839.

⁹⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 245 ; BÜCHLER, p. 379.

⁹⁶ BÜCHLER, p. 383.

⁹⁷ BELSER/JUNGO, p. 200 ; RUMO-JUNGO, p. 841.

⁹⁸ MCF, FF 1996 III 197, p. 245.

⁹⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 245.

récente réforme¹⁰⁰. Bien qu'il ait, en fin de compte, décidé de maintenir la condition du mariage pour ce type d'adoption¹⁰¹, le législateur a tout de même reconnu que l'idée traditionnelle selon laquelle « seul le mariage permet de garantir la stabilité d'une relation de couple » n'est plus vraiment d'actualité et qu'il pourrait être bien, au lieu de se baser sur ce critère formel du mariage, de se concentrer sur le bien de l'enfant au cas par cas¹⁰². Tout en admettant que les couples de concubins devraient pouvoir adopter conjointement, si tant est qu'ils présentent une certaine stabilité, le législateur a néanmoins considéré qu'une telle évolution du droit n'était pas possible pour le moment dans la mesure où celle-ci dépassait le cadre de son mandat et impliquait de traiter la question « hautement controversée » de l'accès des couples homosexuels à cette forme d'adoption¹⁰³. Ceci dit, la question de l'adoption conjointe par des couples homosexuels est actuellement examinée dans le cadre de l'initiative « Mariage civil pour tous »¹⁰⁴ et le Conseil national a tout récemment voté en faveur de l'introduction de celle-ci¹⁰⁵. Précisons toutefois que cette initiative ne va rien changer s'agissant de la condition du mariage en tant que telle, mais simplement permettre aux couples de même sexe de remplir cette exigence.

Ensuite, pour en revenir à la procréation médicalement assistée, l'argument du législateur selon lequel l'admission du don de sperme pour des couples non mariés impliquerait une modification du droit de la filiation ne convient pas pour justifier cette restriction¹⁰⁶. Le but du législateur, à savoir garantir à l'enfant conçu par don de sperme la présence de deux parents au moment de sa naissance, peut être atteint par des moyens juridiques moins radicaux que l'exclusion pure et simple des couples non mariés de cette pratique. Au regard du principe de proportionnalité, l'exigence du mariage ne se justifie pas dès lors que des mesures alternatives, qui impliquent certes une adaptation du droit de la filiation, permettent de satisfaire ce but tout aussi efficacement¹⁰⁷. En effet, il ne serait pas forcément nécessaire de modifier fondamentalement le droit de la filiation actuellement en vigueur¹⁰⁸ mais simplement d'aménager, lorsque les partenaires ne sont pas mariés, une sorte de reconnaissance de paternité anticipée, laquelle serait un préalable obligatoire pour accéder à un don de sperme¹⁰⁹. Une telle reconnaissance serait basée sur le consentement du concubin à l'utilisation du sperme d'un donneur et permettrait d'établir, de manière certaine et dès la conception, un lien de filiation juridique entre lui-même et l'enfant¹¹⁰. L'on peut également envisager la mise en place d'une présomption légale de paternité du concubin qui a accepté que sa partenaire soit inséminée avec le sperme d'un donneur, le partenaire consentant n'ayant pas la possibilité de renverser cette présomption¹¹¹. La solution de la reconnaissance anticipée obligatoire, tout comme celle de la présomption légale, permettrait de déclarer père juridique l'homme qui a consenti à la méthode hétérologue

¹⁰⁰ MEIER/STETTLER, p. 178.

¹⁰¹ Cf. art. 264a al. 1 CC ; MCF, FF 2015 835, p. 862 et 878.

¹⁰² MCF, FF 2015 835, p. 848.

¹⁰³ Pour des questions de non-discrimination, cf. MCF, FF 2015 835, p. 872.

¹⁰⁴ Initiative parlementaire 13.468 « Mariage civil pour tous », cf. chapitre 2.1.4 ci-dessous ; MEIER/STETTLER, p. 173.

¹⁰⁵ Cf. délibérations au Conseil national des 3 et 11 juin 2020.

¹⁰⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 248.

¹⁰⁷ BELSER/JUNGO, p. 200 ; JUNOD/WUNDER/HURST, p. 132.

¹⁰⁸ Une telle réforme du droit de la filiation est par ailleurs actuellement en cours d'élaboration, cf. postulat 18.3714 « Examen du droit de la filiation ».

¹⁰⁹ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 132.

¹¹⁰ BELSER/JUNGO, p. 200.

¹¹¹ BELSER/JUNGO, p. 200.

de procréation médicalement assistée et de le soumettre aux mêmes obligations que s'il avait été marié avec sa partenaire¹¹².

Ajoutons encore qu'en pratique, cette condition du mariage imposée par la LPMA a pour conséquence qu'un certain nombre de personnes, à qui l'accès au don de sperme est fermé, pratiquent des inséminations dites « artisanales ». En effet, parallèlement aux méthodes hétérologues qui sont pratiquées par des médecins en possession des autorisations exigées par la loi¹¹³, que ce soit dans des cliniques médicales publiques ou privées¹¹⁴, il faut être conscient que des dons de sperme ont lieu hors de ce cadre médical et en marge de l'encadrement légal¹¹⁵. Concrètement, une insémination artisanale consiste, pour la femme qui souhaite tomber enceinte, à s'inséminer elle-même, à l'aide d'une pipette-seringue par exemple, le sperme d'un donneur en dehors de tout traitement médical¹¹⁶. Ce type de procédé, non sans conséquences au niveau de la filiation paternelle (par rapport aux dons de sperme pratiqués conformément à la LPMA, on le verra¹¹⁷), est surtout utilisé par des couples de femmes lesbiennes¹¹⁸.

2.1.4 L'initiative « Mariage civil pour tous »

Cette initiative parlementaire, qui a été déposée le 5 décembre 2013, demande au législateur d'ouvrir les différentes formes d'union régies par la loi à tous les couples, quels que soient le sexe ou l'orientation sexuelle des partenaires¹¹⁹. Le législateur a donné suite à cette initiative et un projet de modification du droit est en cours d'élaboration auprès des Chambres fédérales. Une telle réforme comporte des conséquences dans de nombreux domaines du droit et impacte notamment le droit de la filiation et de la procréation médicalement assistée.

Par rapport à la procréation médicalement assistée, bien que cela eut été passablement discuté et que certains parlementaires¹²⁰, la Commission des affaires juridiques du Conseil national¹²¹ ainsi que le Conseil fédéral¹²² n'y eussent pas été favorables, le Conseil national a néanmoins décidé, le 11 juin 2020 dernier, d'inclure dans le projet de réforme la question de l'accès au don de sperme pour les couples lesbiens. La majorité du Conseil national a en effet considéré que l'égalité totale entre les couples homosexuels et hétérosexuels, qui est précisément ce à quoi tend l'initiative, ne pouvait être atteinte que si cette question faisait partie intégrante du projet et n'était pas repoussée à une étape ultérieure de la révision législative¹²³. Si cette décision du Conseil national est courageuse et qu'un pas important a été franchi grâce à celle-ci, il ne faut toutefois pas perdre de vue que le Conseil des États doit encore se prononcer à ce sujet et que certains partis politiques¹²⁴ ont d'ores et déjà annoncé qu'ils lanceraient un référendum afin que le peuple suisse puisse avoir le dernier mot. Quant aux impacts au niveau de la filiation, ils sont

¹¹² JUNOD/WUNDER/HURST, p. 132.

¹¹³ Cf. art. 8 ss LPMA.

¹¹⁴ DEVAUD, p. 223.

¹¹⁵ LOMBARD, p. 747 ; MCF, FF 1997 III 197, p. 263.

¹¹⁶ LOMBARD, p. 730 ; MCF, FF 1997 III 197, p. 263.

¹¹⁷ La situation juridique de l'enfant qui est né grâce à un don de sperme est différente selon que l'insémination a été pratiquée par un médecin autorisé ou de manière artisanale, cf. chapitre 3.3.3.2.

¹¹⁸ LOMBARD, p. 730.

¹¹⁹ Initiative parlementaire 13.468 « Mariage civil pour tous ».

¹²⁰ Cf. délibérations au Conseil national des 3 et 11 juin 2020.

¹²¹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, p. 8132 et 8141.

¹²² Avis du Conseil fédéral du 29 janvier 2020, p. 1226.

¹²³ Cf. délibérations au Conseil national des 3 et 11 juin 2020.

¹²⁴ L'Union démocratique fédérale, notamment.

actuellement examinés par une commission d'experts en parallèle de cette initiative, dans le cadre d'un projet de réforme du droit de la filiation¹²⁵.

En attendant de connaître les conséquences concrètes de cette initiative en matière d'accès à la procréation médicalement assistée pour les couples homosexuels féminins, il convient d'examiner, dans les grandes lignes, quelles sont les adaptations législatives nécessaires pour opérer ce changement. Si les couples homosexuels ont accès à l'institution du mariage, ils rempliront alors automatiquement la condition de l'art. 3 al. 3 LPMA selon laquelle le couple doit être marié pour avoir accès à un don de sperme. Néanmoins, il ne faut pas oublier que l'art. 3 al. 2 let. a LPMA exige qu'un rapport de filiation au sens du Code civil puisse être établi entre le couple et l'enfant et qu'en l'état actuel du droit, ces dispositions du CC ne s'appliquent qu'aux couples composés d'un homme et d'une femme¹²⁶. Il conviendrait donc de modifier toutes les références du Code civil relatives au genre et de les remplacer par des termes neutres.

Par ailleurs, la condition préalable à toute procréation médicalement assistée, à savoir l'exigence de la stérilité, devrait être interprétée dans le sens d'un désir inassouvi d'enfant et non dans son acception médicale, comme c'est le cas actuellement (à tout le moins au niveau de la LPMA¹²⁷). Dans ce sens, il faut mentionner qu'à l'heure actuelle, la doctrine majoritaire¹²⁸ considère que le terme « stérilité » utilisé dans la Constitution fédérale ne saurait, en soi, exclure les couples homosexuels de la procréation médicalement assistée. Dès lors, l'art. 119 al. 2 let. c Cst. féd. ne constitue pas, à lui seul, une base juridique suffisante pour refuser l'accès à ces couples¹²⁹. Il n'appartient donc plus qu'au législateur de modifier et d'élargir son interprétation du concept de stérilité de manière à ce que celle-ci soit adaptée à l'évolution de la société et surtout, non-discriminatoire.

S'agissant maintenant des couples homosexuels masculins, dans la mesure où ils ne peuvent envisager d'avoir un enfant ensemble que par le biais d'un don d'ovules couplé à une maternité de substitution, les articles 119 al. 2 let. d Cst. féd. et 4 LPMA les en empêchent indirectement et l'initiative dont il est question dans le présent chapitre n'entend pas réformer ces dispositions¹³⁰. Ainsi, si une réforme législative au niveau de la LPMA et du Code civil peut suffire pour ouvrir l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées, une modification de la Constitution fédérale est en revanche nécessaire pour ouvrir l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples d'hommes qui se seraient mariés.

En définitive, cette initiative pourrait bien aboutir à un changement fondamental en ce qui concerne l'accès à la procréation médicalement assistée pour les couples lesbiens. Pour les couples gais en revanche, une réforme encore plus profonde du système est nécessaire car il s'agirait de légaliser la maternité de substitution, laquelle est absolument prohibée à l'heure actuelle¹³¹, pour leur permettre de réaliser leur désir d'enfant par le biais de la procréation médicalement assistée.

¹²⁵ Postulat 18.3714 « Examen du droit de la filiation ».

¹²⁶ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, p. 8141 et 8142 ; GALLMETZER, p. 93.

¹²⁷ MCF, FF 1997 III 197, p. 249.

¹²⁸ Pour ne citer que quelques auteurs, notamment BÜCHLER, HOCHL, BELSER, MOLINARI, SCHWEIGHAUSER, HANGARTNER, AUBERT et ZIEGLER ; ZIEGLER, p. 11.

¹²⁹ ZIEGLER, p. 4 et 18.

¹³⁰ GALLMETZER, p. 93.

¹³¹ Cf. chapitre 2.4 ci-dessous.

2.2 L'interdiction du don d'ovules

L'interdiction du don d'ovules résulte de l'art. 4 LPMA et parmi toutes les pratiques prohibées par le droit suisse, il s'agit probablement de celle qui est la plus contestée et qui fait l'objet du plus de critiques¹³². Cette restriction, qui était déjà très controversée au moment de l'adoption de la LPMA¹³³, continue de susciter de nombreux débats à l'heure actuelle¹³⁴. En effet, plusieurs projets parlementaires ont, ces dernières années, proposé d'autoriser le don d'ovules en Suisse¹³⁵. Malgré leurs rejets, ces différentes interventions parlementaires démontrent l'actualité de la question ainsi que la possibilité de concevoir, à moyen terme, une légalisation de cette pratique¹³⁶.

Le don d'ovules entraîne nécessairement une dissociation entre la mère génétique, la donneuse d'ovules, et la mère biologique¹³⁷, sociale et juridique, à savoir la femme qui porte l'enfant, lui donne naissance et s'en occupe par la suite¹³⁸. C'est précisément cette caractéristique qui a motivé le législateur à interdire la pratique du don d'ovules. Pour le législateur, il n'est pas envisageable que la procréation médicalement assistée donne naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possible¹³⁹. Par conséquent, le principe de la certitude de la maternité à la naissance, exprimé par l'adage *mater semper certa est* et qui régit l'établissement de la filiation maternelle¹⁴⁰ doit absolument être appliqué en matière de procréation médicalement assistée¹⁴¹.

Le législateur a donc pour préoccupation principale le maintien d'une filiation maternelle sans ambigüité¹⁴², encore une fois dans l'optique de s'en tenir à ce qui est possible avec une procréation naturelle¹⁴³. À cet égard, il considère que l'interdiction du don d'ovules ne constitue pas une inégalité de traitement injustifiée par rapport à l'admission du don de sperme car la division de la paternité entraînée par ce dernier a un parallèle dans la reproduction naturelle¹⁴⁴. La paternité éclatée, au contraire de la maternité éclatée, peut en effet se produire dans le contexte d'une conception naturelle dès lors que le père génétique n'est pas le père social et juridique de l'enfant, ce rôle étant assumé par le mari de la mère¹⁴⁵. Pour le législateur, bien que le don de sperme et le don d'ovules reflètent une même réalité, à savoir la stérilité masculine d'une part, la stérilité féminine d'autre part, il n'y a pas de discrimination des femmes par rapport aux hommes du fait de cette référence à la « nature »¹⁴⁶.

¹³² BÜCHLER, p. 377.

¹³³ MCF, FF 1996 III 197, p. 231 et 248 ; MANAI, p. 331.

¹³⁴ BÜCHLER, p. 376.

¹³⁵ Voir l'initiative parlementaire 12.487 « Autoriser le don d'ovules » déposée en 2012, la pétition 16.2019 « Légalisation du don d'ovocytes » déposée en 2016, ainsi que la motion 17.3047 « Autorisation et réglementation du don d'ovules » déposée en 2017.

¹³⁶ Le don d'ovules est notamment autorisé en France, en Belgique, en Espagne, au Portugal, en Angleterre, en Finlande, en Suède et au Danemark, cf. COTTIER, p. 14.

¹³⁷ Certains auteurs parlent aussi de la mère « utérine » (MANAI, p. 330) ou « gestationnelle » (JUNOD/WUNDER/HURST, p. 131).

¹³⁸ MCF, FF 1996 III 197, p. 248.

¹³⁹ MCF, FF 1996 III 197, p. 248.

¹⁴⁰ Art. 252 al. 1 CC.

¹⁴¹ MCF, FF 1996 III 197, p. 248.

¹⁴² JUNOD/WUNDER/HURST, p. 131.

¹⁴³ SAVIOZ-VIACCOZ, p. 193.

¹⁴⁴ MCF, FF 1996 III 197, p. 248 ; BÜCHLER, p. 376.

¹⁴⁵ MCF, FF 1996 III 197, p. 248 ; voir le chapitre qui traite de la filiation paternelle, ci-dessous.

¹⁴⁶ MCF, FF 1996 III 197, p. 248.

Puis, la crainte que la division de la maternité engendrée par le don d'ovules n'entraîne des problèmes au niveau du développement de l'enfant ainsi que le risque d'instrumentalisation et d'exploitation de la donneuse d'ovules sont également des éléments qui, lors de la procédure législative, ont plaidé en faveur de l'interdiction de cette pratique¹⁴⁷.

Ces arguments du législateur ne sont pas convaincants. Vis-à-vis de l'enfant, les dons de sperme et d'ovules ont les mêmes conséquences, à savoir l'absence de lien génétique avec l'un des deux parents sociaux et juridiques¹⁴⁸. Au regard du principe du bien de l'enfant, l'on ne voit donc pas pourquoi la division entre la paternité génétique et la paternité sociale engendrée par le don de sperme serait moins préjudiciable pour l'enfant que cette même dissociation causée par le don d'ovules du côté maternel¹⁴⁹. Cela d'autant plus que dans le cas du don d'ovules, l'enfant possède tout de même un lien biologique avec sa mère sociale du fait de la grossesse et de l'accouchement par cette dernière, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse du don de sperme où le père social n'intervient pas du tout dans la « conception » proprement dite. Ce lien qui s'est créé entre l'enfant et la mère biologique et sociale, qui n'est certes pas la mère génétique, est ainsi naturellement plus étroit que celui qui peut exister entre l'enfant et le père non génétique dans le cas d'un don de sperme¹⁵⁰. Dès lors, si le législateur considère que la dissociation entre les données génétiques et sociales ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant en cas de don de sperme, il ne devrait pas en aller différemment dans l'hypothèse d'un don d'ovules car l'enfant peut se développer tout aussi bien, ou tout aussi mal, en sachant qu'il est né grâce à un don de gamètes, que ceux-ci soient féminins ou masculins¹⁵¹. Du point de vue du bien de l'enfant, il n'y a donc aucune raison plausible de ne pas autoriser le don d'ovules dans la mesure où le don de sperme est admis¹⁵².

Au niveau des futurs parents maintenant, l'interdiction du don d'ovules, en considération de l'admission du don de sperme, constitue une inégalité de traitement injustifiée dans la mesure où ces deux pratiques répondent à la même problématique. Le don d'ovules, tout comme le don de sperme, permet en effet de surmonter la stérilité ou la charge d'une maladie grave supportée par l'un des deux parents, en l'occurrence la mère¹⁵³. La référence aux règles de la nature avancée par le législateur ne permet pas de justifier, objectivement, l'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes dès lors qu'avec un don d'ovules comme de sperme, l'on cherche précisément à surmonter ce que la nature n'a pas fait « correctement »¹⁵⁴. Si le législateur considère qu'il est admissible d'avoir recours à la procréation médicalement assistée pour pallier la stérilité masculine, il doit en aller de même pour la stérilité féminine car il s'agit de résoudre, sur le plan juridique, la même incapacité biologique¹⁵⁵.

Ces différentes raisons, en particulier l'inégalité de traitement injustifiée par rapport au don de sperme, plaident en faveur de la levée de l'interdiction du don d'ovules. Néanmoins, compte tenu des différences biologiques qui existent entre les hommes et les femmes, il convient d'encadrer cette pratique de manière spécifique. Du point de vue de la personne qui fait don de

¹⁴⁷ BÜCHLER, p. 376.

¹⁴⁸ BELSER/JUNGO, p. 206.

¹⁴⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 258 ; JUNOD/WUNDER/HURST, p. 133.

¹⁵⁰ BELSER/JUNGO, p. 206.

¹⁵¹ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 133.

¹⁵² BÜCHLER/CLAUSEN, p. 258.

¹⁵³ BELSER/JUNGO, p. 207.

¹⁵⁴ RUMO-JUNGO, p. 848.

¹⁵⁵ RUMO-JUNGO, p. 848.

ses gamètes, le don d'ovules est effectivement plus contraignant que le don de sperme. Si ce dernier est un acte relativement simple, il n'en va pas de même pour le don d'ovules, qui suppose un traitement hormonal, des injections et une intervention chirurgicale auprès de la donneuse¹⁵⁶. De ce fait, le don d'ovules est plus susceptible d'engendrer un stress psychologique et physique chez la donneuse car il comporte un risque, certes assez faible¹⁵⁷, de complications¹⁵⁸. La légalisation du don d'ovules doit donc être accompagnée de mesures de protection vis-à-vis de la donneuse. Il est en effet nécessaire que cette dernière soit pleinement informée des risques médicaux auxquels elle s'expose¹⁵⁹, que sa propre santé ne soit pas mise en danger, qu'elle ait donné son accord de manière totalement libre et sans avoir fait l'objet de pressions et finalement, qu'elle puisse révoquer son consentement à tout moment¹⁶⁰. Ces conditions apparaissent suffisantes pour protéger la santé et la dignité de la donneuse ainsi que pour éviter les abus, notamment le risque d'exploitation et d'instrumentalisation de son corps. Ainsi, il ne semble pas proportionné de restreindre l'autodétermination de la donneuse outre mesure en exigeant, par exemple, qu'elle ait déjà eu elle-même un enfant¹⁶¹ ou que son don ne puisse être fait qu'en faveur d'une personne déterminée¹⁶², comme le prévoient certains pays qui réglementent la pratique du don d'ovules.

Par ailleurs, tout comme c'est le cas pour les dons de sperme, il conviendrait de clarifier la question de la filiation maternelle, à savoir qu'aucun lien juridique ne lie la donneuse d'ovules à l'enfant¹⁶³ et également de consigner les données relatives aux donneuses dans un registre pour s'assurer que l'enfant puisse, s'il le désire, obtenir des informations sur ses origines génétiques¹⁶⁴. Finalement, dans la mesure où le don de sperme ne peut donner lieu à rémunération (art. 21 LPMA)¹⁶⁵, il ne saurait en aller différemment pour le don d'ovules. Si sur le principe le don doit conserver un caractère gratuit¹⁶⁶, il convient toutefois de tenir compte du fait que la donneuse d'ovules, contrairement au donneur de sperme, prend des risques par rapport à sa santé et doit passer par une procédure relativement complexe et exigeante¹⁶⁷. Ainsi,

¹⁵⁶ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 134 ; BELSER/JUNGO, p. 208 ; BÜCHLER, p. 377.

¹⁵⁷ À ce jour, le don d'ovules est une méthode de procréation médicalement assistée bien établie, cf. BÜCHLER, p. 377.

¹⁵⁸ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 134 ; BELSER/JUNGO, p. 208 ; BÜCHLER, p. 377.

¹⁵⁹ BÜCHLER, p. 377.

¹⁶⁰ BELSER/JUNGO, p. 209.

¹⁶¹ Il s'agit d'une exigence qui était notamment prévue par le droit français jusqu'en 2011 et qui figure actuellement dans la législation ukrainienne (cf. « Instruction on Procedures for Assisted Reproductive Technologies », adopté par le Ministère de la Santé No. 787 du 09/09/2013).

¹⁶² À l'inverse, le don dirigé, c'est-à-dire au profit d'une femme spécifique, est interdit en Espagne, cf. BÜCHLER, *Die Eizellenspende*, p. 36. À mon sens, il n'y a pas de raison d'autoriser uniquement le don en faveur d'une personne déterminée ou à l'opposé, d'interdire totalement le don dirigé. En effet, en fonction de la situation, il peut être bien que la donneuse soit une personne proche ou connue de la femme receveuse ou au contraire, qu'elle lui soit totalement étrangère pour éviter de potentiels conflits ou ambiguïtés dans les relations. Dès lors, il n'y a pas lieu de restreindre les possibilités de ce point de vue-là, si ce n'est qu'il convient de s'assurer qu'il n'existe aucun lien de parenté (au sens de l'art. 95 CC) entre les personnes concernées, comme cela est prévu actuellement pour les dons de sperme (art. 22 al. 3 LPMA), cf. BÜCHLER, *Die Eizellenspende*, p. 37.

¹⁶³ Même si cela n'est pas nécessaire dans la mesure où l'art. 252 al. 1 CC dispose que la mère juridique est la femme qui donne naissance à l'enfant, quand bien même elle ne posséderait pas de lien génétique avec celui-ci ; RUMO-JUNGO, p. 848.

¹⁶⁴ Ce sont les art. 24 à 27 LPMA qui assurent cette traçabilité en matière de don de sperme. Ces dispositions traitent de la consignation, de la transmission et de la conservation des données relatives au donneur de sperme ainsi que du droit de l'enfant d'accéder à ces informations ; BELSER/JUNGO, p. 210.

¹⁶⁵ BÜCHLER, p. 379.

¹⁶⁶ BÜCHLER, *Die Eizellenspende*, p. 26 et 40.

¹⁶⁷ BELSER/JUNGO, p. 209 ; BÜCHLER, *Die Eizellenspende*, p. 25 et 33.

il semble juste de l'indemniser pour compenser les inconvénients liés à son don et notamment, de lui rembourser tous les frais liés à l'intervention et les éventuels dommages qu'elle aurait subis¹⁶⁸.

2.3 L'interdiction du don d'embryons

L'interdiction de cette pratique résulte de l'art. 119 al. 2 let. d Cst. féd. et a été rappelée par le législateur à l'art. 4 LPMA. Le don d'embryons combine un don de sperme avec un don d'ovules¹⁶⁹. À plus forte raison, aussi longtemps que ce dernier restera prohibé en Suisse, il en ira de même pour le don d'embryons¹⁷⁰. Ensuite, dans la mesure où les gamètes féminins comme masculins utilisés lors du traitement sont issus de dons, il en résulte pour l'enfant une absence totale de lien génétique avec ses parents sociaux et juridiques. L'enfant n'est lié, sur le plan génétique, ni avec la femme qui lui a donné naissance ni avec le partenaire de celle-ci¹⁷¹. Cette remarque nous amène aux raisons qui sous-tendent l'interdiction du don d'embryons car c'est précisément cette scission des données génétiques, biologiques et sociales qui a posé problème tant au constituant qu'au législateur. Au niveau constitutionnel d'abord, le constituant a jugé incompatible avec le principe du bien de l'enfant le fait de créer artificiellement un « enfant adopté », qui ne descend génétiquement d'aucun des deux parents qui l'élèvent¹⁷². L'enfant doit être génétiquement lié avec l'un de ses parents sociaux au moins¹⁷³. Quant au législateur, il a repris ces mêmes motifs en lien avec l'éclatement de la parenté et l'intérêt de l'enfant en ajoutant l'argument du risque d'une production abusive d'embryons surnuméraires, en cas d'autorisation du don d'embryons¹⁷⁴.

Dans ce contexte, il faut mentionner la révision législative qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017. Jusqu'au 31 août 2017, les couples qui avaient recours à la procréation médicalement assistée ne pouvaient pas créer, par cycle de traitement, plus de trois embryons *in vitro* et ces derniers devaient être implantés immédiatement car leur conservation n'était pas autorisée¹⁷⁵. L'objectif sous-jacent était d'éviter la création d'embryons surnuméraires¹⁷⁶. Par conséquent, le don d'embryons n'était pas envisageable dès lors que les règles prévues par le législateur devaient précisément empêcher les embryons en surnombre¹⁷⁷. Depuis le 1^{er} septembre 2017 en revanche, il est possible de créer jusqu'à douze embryons par cycle de traitement¹⁷⁸ et de les conserver, à certaines conditions¹⁷⁹. Ces nouvelles règles consacrent un changement de paradigme car elles permettent la création d'embryons excédentaires et rendent caduc, de ce fait, l'argument du législateur relatif au risque d'une production abusive d'embryons surnuméraires¹⁸⁰.

¹⁶⁸ BELSER/JUNGO, p. 209 ; COTTIER, p. 17 ; BÜCHLER, *Die Eizellenspende*, p. 26, 40 et 41.

¹⁶⁹ FOUNTOLAKIS, p. 256.

¹⁷⁰ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 135.

¹⁷¹ MCF, FF 1996 III 197, p. 247 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 7.

¹⁷² REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 43.

¹⁷³ REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 43 ; MANAÏ, p. 323.

¹⁷⁴ MCF, FF 1996 III 197, p. 247.

¹⁷⁵ SAVIOZ-VIACCOZ, p. 189 ; BELSER/JUNGO, p. 211.

¹⁷⁶ MANAÏ, p. 321.

¹⁷⁷ SAVIOZ-VIACCOZ, p. 189.

¹⁷⁸ L'art. 17 al. 1 LPMA dispose en effet que durant un cycle de traitement, seul le nombre d'ovules humains nécessaire à la procréation médicalement assistée, mais au maximum douze, peut être développé hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon.

¹⁷⁹ Cf. art. 16 LPMA ; BÜCHLER, p. 381.

¹⁸⁰ SAVIOZ-VIACCOZ, p. 190 et 194.

Dans la mesure où le système actuel rend possible la création d'embryons en surnombre, l'on peut légitimement se demander si le don d'embryons doit continuer de faire l'objet d'une interdiction absolue. Cela d'autant plus qu'à l'heure actuelle, les embryons surnuméraires qui ne sont pas implantés ou conservés sont soit détruits, c'est le cas la majorité du temps, soit donnés à la recherche¹⁸¹. Ainsi, étant donné que le Tribunal fédéral considère que l'embryon, en tant que futur être humain, est déjà protégé par le principe constitutionnel de la dignité humaine¹⁸², il est difficile de défendre l'idée selon laquelle la dignité de l'embryon est mieux protégée lorsqu'il est détruit que lorsqu'il est donné à un couple qui le désire¹⁸³. Ensuite, il est vrai que l'enfant né grâce à un don d'embryon risque d'être affecté psychologiquement par l'absence de lien génétique avec ses parents sociaux, comme cela peut être le cas pour un enfant adopté. Néanmoins, ce risque est plus faible dans le cas du don d'embryons que dans celui de l'adoption car si un enfant adopté a véritablement été « abandonné », après sa naissance, par ses parents génétiques, tel n'est pas vraiment le cas de l'embryon surnuméraire issu d'une procréation médicalement assistée. En effet, l'on ne peut pas parler d'un « abandon » dès lors que le couple qui a eu recours à la procréation médicalement assistée a simplement renoncé à lui donner naissance. Puis, le fait que cet embryon surnuméraire ait pu naître grâce à ses parents sociaux, sans lesquels il aurait vraisemblablement été détruit, atténue également le risque de souffrance psychique¹⁸⁴. Notons par ailleurs que l'enfant né grâce à un don d'embryon possède tout de même un lien biologique avec sa mère d'intention car c'est cette dernière qui va le porter et lui donner naissance.

Ainsi, le don d'un embryon surnuméraire devrait être autorisé en Suisse en ce sens que le principe de la dignité humaine plaide plutôt en faveur d'une implantation que d'une destruction, même si un risque au niveau du futur bien-être psychologique de l'enfant subsiste. Ce danger par rapport au principe du bien de l'enfant pourrait par ailleurs être réduit davantage en prévoyant la possibilité pour l'enfant d'avoir accès à ses données génétiques et en interdisant les dons anonymes, comme c'est le cas pour le don de sperme actuellement¹⁸⁵.

Dans ce cadre, si un assouplissement de l'interdiction pure et simple du don d'embryons est souhaitable vis-à-vis des embryons surnuméraires, en considération des règles prévues par le système actuel, la question est plus délicate vis-à-vis des embryons qui seraient créés spécialement en vue d'un don ultérieur. Cette pratique pourrait effectivement faire l'objet d'abus, vis-à-vis de la donneuse d'ovules notamment¹⁸⁶, et n'est pas forcément souhaitable du point de vue de l'enfant car l'on ne peut exclure, comme on l'a vu, que ce dernier souffre du fait de n'être lié génétiquement à aucun de ses parents sociaux. Par rapport au don de sperme et au don d'ovules, le risque est effectivement plus important car ces deux pratiques n'entraînent une absence de lien génétique qu'à l'égard de l'un des deux parents. Ainsi, il convient

¹⁸¹ Cela est prévu par l'art. 16 al. 4 LPMA, qui dispose que les embryons *in vitro* sont en principe immédiatement détruits à l'expiration du délai de conservation ou si, avant cette expiration, le couple concerné révoque son consentement à la conservation. Cette disposition de la LPMA réserve cependant la Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003 (LRCS), RS 810.31, laquelle fixe les conditions régissant la production de cellules souches embryonnaires humaines à partir d'embryons humains surnuméraires et l'utilisation de ces cellules à des fins de recherche (art. 1 al. 1 LRCS) ; JUNOD/WUNDER/HURST, p. 135 ; BELSER/MOLINARI, *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, art. 119 N 42.

¹⁸² BELSER/JUNGO, p. 210 et 211 ; ATF 119 Ia 460, consid. 12 e).

¹⁸³ BELSER/JUNGO, p. 211 ; JUNOD/WUNDER/HURST, p. 135.

¹⁸⁴ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 136.

¹⁸⁵ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 136.

¹⁸⁶ Toutefois, comme on l'a vu dans le chapitre ci-dessus relatif au don d'ovules, certaines précautions pourraient être prises afin de protéger la donneuse d'ovules, lesquelles permettraient d'écarter le risque d'abus de ce point de vue-là ; BELSER/JUNGO, p. 212.

d'accorder un poids plus important à ce risque vis-à-vis du bien de l'enfant que dans le cas de l'embryon surnuméraire car dans l'hypothèse de la création de l'embryon en vue d'un don, l'on se trouve à un stade préalable, étant donné que l'embryon n'existe pas encore.

2.4 L'interdiction de la maternité de substitution

La maternité de substitution ou « gestation pour autrui » est absolument prohibée en droit suisse. Au niveau constitutionnel, l'art. 119 al. 2 let. d Cst. féd. en interdit « toutes les formes ». Le législateur a pour sa part rappelé l'interdiction à l'art. 4 LPMA et donne une définition de la mère de substitution à l'art. 2 let. k LPMA. Au sens de cette disposition, une mère de substitution accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement. Cette définition ne l'indique pas¹⁸⁷ mais la maternité de substitution peut prendre plusieurs formes selon l'origine du patrimoine génétique, ce qui fait de ce procédé l'un des plus complexes dans le milieu de la procréation médicalement assistée¹⁸⁸. Du côté des gamètes féminins, l'ovule peut provenir de la femme qui portera l'enfant (la mère de substitution), de celle qui compte l'élever (la mère d'intention) ou encore d'une donneuse. Quant aux gamètes masculins, ils peuvent être issus du père qui désire élever l'enfant (le père d'intention), du partenaire de la mère porteuse ou encore d'un donneur¹⁸⁹. Dès lors, l'enfant né d'une maternité de substitution peut posséder un lien génétique avec ses deux parents d'intention, avec l'un des deux uniquement ou encore avec aucun des deux. La maternité de substitution peut donc aboutir à des situations très complexes du point de vue de la filiation de l'enfant qui va naître grâce à ce type de procréation médicalement assistée¹⁹⁰. L'enjeu de cette pratique au niveau de la filiation sera abordé dans un chapitre suivant, en lien avec la problématique du tourisme procréatif.

S'agissant des raisons qui ont motivé le constituant et le législateur à interdire toutes les formes de maternité de substitution, deux motifs principaux peuvent être dégagés. Le premier se rapporte à la mère porteuse et le second à l'enfant¹⁹¹. De l'avis du constituant, la maternité de substitution peut conduire à une instrumentalisation de la femme qui porte l'enfant, de sorte que ce procédé serait contraire à la dignité humaine¹⁹². En effet, ce type de pratique peut faire l'objet d'abus et aboutir à une commercialisation du corps de la mère porteuse, lorsque celle-ci est rémunérée¹⁹³. Le législateur invoque le même motif en considérant que la maternité de substitution met la femme au rang d'instrument¹⁹⁴ et la ravale au rang de l'objet¹⁹⁵. Il ajoute aussi que cette pratique pourrait placer la mère porteuse dans une situation conflictuelle et la forcer à choisir entre le respect de ses engagements vis-à-vis des parents d'intention et le lien psychique qu'elle a développé avec l'enfant¹⁹⁶. Du point de vue de l'enfant, le constituant et le

¹⁸⁷ Etant donné que toutes les formes de maternité de substitution sont interdites par la Constitution fédérale.

¹⁸⁸ La complexité s'entend ici surtout du point de vue de la filiation de l'enfant qui va naître ; GAURON-CARLIN, p. 77.

¹⁸⁹ BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 9 ; BÜCHLER, p. 377.

¹⁹⁰ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 131.

¹⁹¹ REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 44 ; MCF, FF 1996 III 197, p. 247 et 273.

¹⁹² REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 44 ; MANAI, p. 323.

¹⁹³ REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 44 ; BÜCHLER, p. 377 ; Bericht zur Leihmutterchaft des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, p. 17.

¹⁹⁴ MCF, FF 1996 III 197, p. 247.

¹⁹⁵ MCF, FF 1996 III 197, p. 273.

¹⁹⁶ MCF, FF 1996 III 197, p. 273.

législateur sont d'avis que la maternité de substitution est susceptible de nuire à son bien-être et à son bon développement¹⁹⁷. L'enfant ne doit pas être assimilé à une marchandise pouvant être commandée à des tiers¹⁹⁸ et sa protection implique de ne pas le confronter à d'éventuelles difficultés qu'il pourrait rencontrer dans la constitution de son identité en raison de sa filiation particulière¹⁹⁹.

Bien qu'elle fasse l'objet de débats, l'interdiction de la maternité de substitution est moins controversée²⁰⁰ que l'interdiction des dons d'ovules et d'embryons et ne saurait, pour le moment, être remise en cause. Du point de vue du bien de l'enfant, cette pratique comporte en effet des risques plus importants qu'en matière de dons de sperme, d'ovules ou encore d'embryons. L'enfant peut manifestement être affecté par l'idée d'avoir été porté par une femme qui l'aurait ensuite « abandonné » pour le remettre à des tiers, comme c'est le cas des enfants adoptés sauf que dans la maternité de substitution, cela est voulu et planifié ainsi dès le départ²⁰¹. Par rapport au don d'embryon en particulier, la différence réside dans le lien spécial, biologique en l'occurrence, qui se développe entre la gestatrice et l'enfant. L'importance que peut avoir ce lien biologique pour l'enfant ne doit pas être sous-estimée. En effet, la grossesse et l'accouchement sont deux éléments forts qui font qu'un lien particulier existe entre la mère porteuse et l'enfant et c'est précisément cette caractéristique qui peut affecter l'enfant s'il a l'impression d'avoir été rejeté et abandonné par cette femme²⁰². Il faut cependant relativiser ces propos car ce sentiment que peut avoir l'enfant dépendra évidemment des circonstances et de la place éventuelle de cette mère biologique dans sa vie. Il se peut effectivement que cette femme reste en contact avec l'enfant et joue un rôle social vis-à-vis de ce dernier.

Ce risque de souffrance pour l'enfant doit donc être pris au sérieux, même s'il reste très subjectif et dépend de plusieurs facteurs. À cet égard, les modalités de la maternité de substitution ainsi que la manière dont elle s'est déroulée peuvent aussi jouer un rôle. En effet, si l'enfant a des doutes quant à l'éventuelle exploitation de sa mère biologique par ses parents d'intention, le risque qu'il souffre de cette situation est accru. À l'opposé, le danger est plus faible si l'enfant sait que la mère porteuse a agi avec l'intention d'aider ses parents à satisfaire leur désir d'enfant et qu'il s'agit d'un « service » qu'elle leur a rendu en toute dignité²⁰³. L'argument relatif au bien de l'enfant rejoint, de ce point de vue, celui qui a trait au statut de la mère porteuse et des risques qui peuvent exister à son égard. Dans ce cadre, il convient encore de préciser que le « bien de l'enfant » ne saurait être apprécié différemment selon que l'enfant est lié génétiquement à ses parents d'intention, à la mère porteuse ou encore à des tiers. Il s'agit en effet de considérer le processus de maternité de substitution de manière globale et de se demander si la complexité des relations entre les différentes personnes impliquées qui en découle et surtout si le fait que la mère de substitution « abandonne » l'enfant qu'elle a porté est susceptible de nuire à celui-ci.

¹⁹⁷ REUSSER/SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, art. 119 N 44 ; MANAI, p. 323.

¹⁹⁸ MCF, FF 1996 III 197, p. 273.

¹⁹⁹ BOILLET/DE LUZE, p. 144 et 145.

²⁰⁰ BÜCHLER, p. 377.

²⁰¹ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 138.

²⁰² Rappelons qu'en cas de don d'embryon, la mère sociale et juridique porte elle-même l'enfant, même si ce ne sont pas ses propres gamètes qui ont été utilisés pour la conception. Elle possède dès lors ce lien biologique particulier avec l'enfant.

²⁰³ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 138.

S'agissant du danger relatif à l'éventuelle instrumentalisation de la mère porteuse et la commercialisation de son corps, il pourrait être réduit par un strict encadrement légal de la pratique ainsi que la mise en place de toutes sortes de garanties²⁰⁴. L'autorisation d'une maternité de substitution purement « altruiste », par opposition à une maternité de substitution « commerciale »²⁰⁵, pourrait être compatible avec la protection de la dignité de la mère porteuse. Dans ce modèle de gestation pour autrui altruiste, la mère porteuse décide de porter un enfant pour une autre femme dans le seul but de l'aider²⁰⁶. Son acte est totalement désintéressé du point de vue financier car elle n'est pas rémunérée, seuls les frais médicaux dus à la grossesse et l'accouchement lui étant remboursés²⁰⁷. Par ailleurs, il faudrait s'assurer que la mère porteuse s'est engagée en toute connaissance de cause, de manière totalement libre et éclairée. Ces aspects pourraient être vérifiés par un organisme étatique mis en place spécialement à cet effet²⁰⁸. Finalement, pour que son droit à l'autodétermination soit respecté, la mère porteuse doit être en mesure de renoncer à son engagement vis-à-vis des parents d'intention à tout moment pendant la grossesse et même après l'accouchement, avant qu'elle ne remette l'enfant définitivement²⁰⁹. Sa décision finale de renoncer à l'enfant et de « l'abandonner » doit, dans tous les cas, intervenir après la naissance²¹⁰, même si l'enfant possède un lien génétique avec l'un ou les deux parents d'intention. Si ce modèle de maternité de substitution altruiste ne semble pas poser de problèmes vis-à-vis de la mère porteuse, il ne garantit pas pour autant l'absence de potentielles souffrances, liées au sentiment d'abandon, pour l'enfant. Pour réduire ce risque, l'on peut encore imaginer un système qui permettrait à l'enfant et à la mère porteuse de garder des contacts et de maintenir un certain lien, mais cela n'effacerait pas le risque de souffrances pour autant²¹¹.

Dès lors, ce type de maternité de substitution altruiste pourrait être envisageable en Suisse car il offre beaucoup de garanties et permet de protéger, dans une certaine mesure, les intérêts des parties concernées²¹². Néanmoins, un tel régime restrictif serait probablement peu attrayant pour les couples qui désirent avoir recours à la maternité de substitution car la mère porteuse pourrait reconsidérer son engagement initial jusqu'au dernier moment²¹³. Ces règles strictes n'empêcheraient alors pas le tourisme procréatif²¹⁴ et les effets indésirables de celui-ci au niveau de la filiation de l'enfant. Puis, les risques par rapport au bien de l'enfant, que l'on ne peut prévoir et qui sont potentiellement importants, doivent avoir un poids prépondérant dans la réflexion. En définitive, ces différents éléments plaident en faveur du maintien, à plus ou moins long terme, de l'interdiction de la maternité de substitution en Suisse. Mais si l'interdiction en tant que telle n'est pas critiquable, certaines adaptations du droit suisse, en lien avec cette pratique, sont néanmoins nécessaires pour garantir le bien de l'enfant. Nous en parlerons dans le chapitre relatif à la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger.

²⁰⁴ SAVIOZ-VIACCOZ, p. 198 ; BÜCHLER, p. 377 : une bonne réglementation de la maternité de substitution doit protéger l'intégrité physique de la mère porteuse, exiger le respect de cette dernière et tenir compte de la relation entre l'enfant et la mère porteuse.

²⁰⁵ GAURON-CARLIN, p. 99.

²⁰⁶ BELSER/JUNGO, p. 216 ; BÜCHLER, p. 377.

²⁰⁷ GAURON-CARLIN, p. 99.

²⁰⁸ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 139 ; SAVIOZ-VIACCOZ, p. 198.

²⁰⁹ BELSER/JUNGO, p. 216.

²¹⁰ RUMO-JUNGO, p. 849.

²¹¹ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 138 et 140 ; SAVIOZ-VIACCOZ, p. 198.

²¹² RUMO-JUNGO, p. 849.

²¹³ RUMO-JUNGO, p. 849.

²¹⁴ BELSER/JUNGO, p. 216.

3 Les impacts sur la filiation

3.1 La discordance des filiations biologique, psycho-sociale et juridique

De manière générale, lorsqu'un enfant est conçu « naturellement », c'est-à-dire sans aide médicale, les filiations biologique, sociale et juridique coïncident et sont conjointes dans la même personne²¹⁵. Dans le contexte de la procréation médicalement assistée, cette coïncidence naturelle peut être rompue car selon le type de pratique, ces trois perspectives de la filiation peuvent être dissociées et partagées entre plusieurs individus²¹⁶. Avant d'examiner comment le droit suisse envisage la filiation juridique dans ce cadre, il paraît utile de brièvement définir ces différentes notions de filiation et de voir dans quelle mesure la procréation médicalement assistée peut engendrer une telle dissociation.

La filiation biologique est liée à l'engendrement²¹⁷ et désigne avant tout la vérité génétique, à savoir l'origine des cellules sexuelles qui constituent la base de toute conception. Ainsi, la mère génétique est la femme dont provient l'ovule fécondé et le père génétique l'homme duquel est issu le spermatozoïde qui a fécondé cet ovule²¹⁸. Il faut cependant nuancer ces propos en ce qui concerne la filiation féminine car une dissociation supplémentaire peut être créée par le biais de la procréation médicalement assistée. Grâce à certaines techniques médicales, il se peut en effet que la femme dont l'ovule est fécondé ne soit pas celle qui porte l'enfant et lui donne naissance. Dans de telles hypothèses, il y a donc une dissociation entre la mère génétique et la mère gestatrice et dès lors qu'il s'agit de deux personnes différentes, il vaut mieux parler de filiation « génétique » à l'égard de la femme qui a fourni ses ovules et de réserver la filiation « biologique » à celle qui a accouché. Cette situation particulière, envisageable uniquement en cas de recours à la médecine de la procréation, peut se produire en cas de don d'ovules, de don d'embryons et de maternité de substitution²¹⁹. En Suisse en revanche, comme ces trois pratiques sont formellement interdites, la filiation biologique se recoupe toujours avec la filiation génétique²²⁰.

Quant à la filiation psycho-sociale ou « socio-affective », elle résulte de la relation entre l'enfant et un ou plusieurs adulte(s) qui assume(nt) le rôle de parent(s)²²¹. Ce lien social se constate dans les rapports effectivement entretenus²²² et peut donc exister indépendamment de tout lien biologique²²³. En effet, ce type de filiation résulte plutôt d'un choix²²⁴ car c'est le rôle éducatif et social que jouent les parents ainsi que les rapports affectifs qu'ils nouent avec l'enfant qui sont ici déterminants²²⁵. En lien avec cette filiation psycho-sociale, il faut introduire la notion de « filiation d'intention », qui en est une variante. Cette notion de la filiation est

²¹⁵ GUILLOD/BURGAT, p. 51 ; JUNOD/WUNDER/HURST, p. 131.

²¹⁶ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 131 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 7, N 8.

²¹⁷ MEIER/STETTLER, p. 2.

²¹⁸ GUILLOD, p. 145 ; GUILLOD/BURGAT, p. 51.

²¹⁹ Précisons que la maternité de substitution, au contraire des dons d'ovules et d'embryons, ne conduit pas nécessairement à une dissociation entre la mère génétique et la mère gestatrice étant donné que l'ovule fécondé peut provenir de la mère porteuse, cf. chapitre 2.4 relatif à l'interdiction de la maternité de substitution ; GUILLOD/BURGAT, p. 51 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 7.

²²⁰ GUILLOD/BURGAT, p. 51.

²²¹ GUILLOD, p. 145 ; GUILLOD/BURGAT, p. 52.

²²² MEIER/STETTLER, p. 3.

²²³ GUILLOD/BURGAT, p. 52.

²²⁴ MEIER/STETTLER, p. 3.

²²⁵ GUILLOD/BURGAT, p. 52.

particulièrement présente dans le contexte de la procréation médicalement assistée car elle désigne la relation qu'une ou deux personnes souhaite(nt) créer avec un enfant en incitant ou en participant à sa conception, sans pour autant n'avoir de lien génétique ou biologique avec lui²²⁶. La filiation d'intention se rapporte ainsi à la volonté de devenir parent et de créer une communauté familiale²²⁷ et ce projet parental se trouve justement au centre de la procréation médicalement assistée²²⁸.

Il s'agit à présent d'examiner le concept de filiation juridique, c'est-à-dire le rapport qui existe entre un enfant et ses parents tel que consacré par le droit²²⁹. Ce rapport juridique est basé sur les deux réalités que nous venons d'examiner, à savoir la réalité biologique au sens large et la réalité psycho-sociale²³⁰. Le poids attribué à chacun de ces deux aspects résulte de considérations culturelles de sorte qu'il varie en fonction des pays et des époques²³¹. Nous verrons dans les chapitres suivants, consacrés à l'établissement des filiations maternelle et paternelle, dans quelle mesure la notion juridique de filiation prend en compte ces deux réalités dans le contexte particulier de la procréation médicalement assistée.

Il faut encore préciser qu'au contraire des filiations biologique et psycho-sociale, qui résultent de constatations factuelles, la filiation juridique ne peut exister que si les conditions prévues par le droit pour son établissement sont réunies²³². En droit suisse, ces conditions figurent aux articles 252 à 269c CC. En matière de procréation médicalement assistée, il faut toutefois compléter ces règles générales sur l'établissement de la filiation, basées sur l'hypothèse d'une conception naturelle, par les dispositions spécifiques consacrées par la LPMA. En effet, la procréation médicalement assistée étant une modalité particulière de l'acte de procréation, différente de la procréation naturelle, il faut tenir compte des incidences qui peuvent être engendrées par ce type de reproduction²³³.

Ajoutons encore que ce lien juridique entre un enfant et ses parents est important car il comporte, de part sa simple existence, de nombreux effets dans divers domaines du droit²³⁴. L'autorité parentale, l'obligation d'entretien, le devoir réciproque d'assistance, le droit et le devoir d'entretenir des relations personnelles et la qualité d'héritier légal sont autant de conséquences, pour n'en citer que quelques-unes, qui découlent de ce rapport de filiation juridique²³⁵.

Dès lors que les différentes perspectives de la notion de filiation ont été présentées, il convient d'examiner comment le droit suisse envisage l'établissement du lien de filiation juridique lorsque l'enfant naît grâce à une technique de procréation médicalement assistée. De manière générale, en raison des conditions imposées pour pouvoir accéder à ces techniques et des pratiques qui sont formellement interdites, les conséquences de la procréation médicalement

²²⁶ MEIER/STETTLER, p. 3.

²²⁷ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 131 ; LOMBARD, p. 748.

²²⁸ SOSSON, p. 854.

²²⁹ MEIER/STETTLER, p. 1 ; COPMA, p. 266 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 2.

²³⁰ GUILLOD/BURGAT, p. 51.

²³¹ MEIER/STETTLER, p. 3.

²³² GUILLOD/BURGAT, p. 53 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 2.

²³³ FOUNTOLAKIS, p. 251 et 259.

²³⁴ GUILLOD/BURGAT, p. 54 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 3.

²³⁵ MEIER/STETTLER, p. 14.

assistée sur l'établissement de la filiation juridique sont relativement peu étendues²³⁶. En somme, les principes consacrés par les articles 252 à 269c CC qui fondent le droit suisse de la filiation ne sont pas fondamentalement reconsidérés dans le contexte de la procréation médicalement assistée²³⁷. Cela dit, il faut réserver les hypothèses de tourisme procréatif, c'est-à-dire les situations dans lesquelles l'enfant naît à l'étranger grâce à une pratique prohibée et non reconnue par le droit suisse. Dans ces situations, la question de la filiation de l'enfant est plus complexe²³⁸. Mais pour ce qui concerne le statut juridique de l'enfant qui naît en Suisse par le biais d'une procréation médicalement assistée pratiquée en toute légalité, il reposera sur les mêmes grands principes qui déterminent la filiation de l'enfant né par une reproduction naturelle²³⁹.

La filiation maternelle sera analysée en premier lieu car c'est ce lien entre la mère et l'enfant ainsi que l'état civil de la mère qui va permettre de déterminer, en deuxième lieu, le mode d'établissement de la filiation paternelle²⁴⁰.

3.2 La filiation maternelle

Hormis le cas de l'adoption, la filiation biologique est seule pertinente pour l'établissement de la filiation juridique maternelle. C'est en effet toujours un fait biologique, l'accouchement, qui est à l'origine de ce lien juridique car l'art. 252 al. 1 CC dispose que la filiation maternelle résulte de la naissance. La femme qui donne naissance à l'enfant est donc considérée comme sa mère juridique²⁴¹. L'adage latin *mater semper certa est*²⁴² est à la base du principe consacré par cet article 252 al. 1 CC²⁴³ car la filiation maternelle s'établit toujours de plein droit, automatiquement et de manière impérative entre l'enfant et la femme qui l'a mis au monde²⁴⁴. Dès lors, à l'exception des cas d'adoption, la filiation psycho-sociale ne joue absolument aucun rôle s'agissant de l'établissement du lien juridique maternel.

Dans le contexte particulier de la procréation médicalement assistée, le législateur a considéré que le principe de la certitude de la maternité à la naissance, qui régit l'établissement de la filiation maternelle dans l'hypothèse d'une procréation naturelle, ne saurait être remis en cause et devait également s'appliquer²⁴⁵. Comme on l'a déjà mentionné, la conformité aux règles de la nature, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée ne doit pas aboutir à des situations qui s'écartent de celles que la nature rend possible, a été jugée primordiale par le législateur, de sorte qu'il lui est apparu important de s'en tenir aux mêmes principes²⁴⁶. Ainsi, toutes les formes de procréation médicalement assistée qui contredisent cet ordre naturel sont proscrites par le droit suisse. Une dissociation entre la maternité génétique, gestatrice et psycho-sociale est empêchée par l'interdiction formelle du don d'ovules, du don d'embryons et de toutes les formes de maternité de substitution (art. 4 LPMA)²⁴⁷.

²³⁶ GUILLOD, p. 155 ; GUILLOD/BURGAT, p. 116.

²³⁷ MEIER/STETTLER, p. 153 ; GUILLOD/BURGAT, p. 116.

²³⁸ Cf. chapitre 3.4 ci-dessous qui traite de la problématique du tourisme procréatif.

²³⁹ MEIER/STETTLER, p. 153.

²⁴⁰ GUILLOD/BURGAT, p. 54 et 56 ; MEIER/STETTLER, p. 40 ; COPMA, p. 269.

²⁴¹ GUILLOD/BURGAT, p. 51 ; FOUNTOLAKIS, p. 250 ;

²⁴² Cet adage traduit la vérité biologique selon laquelle « la mère est toujours certaine ».

²⁴³ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 6.

²⁴⁴ MEIER/STETTLER, p. 39.

²⁴⁵ MCF, FF 1996 III 197, p. 248 ; COPMA, p. 267.

²⁴⁶ MCF, FF 1996 III 197, p. 244 et 248 ; MEIER/STETTLER, p. 42 ; SAVIOZ-VIACCOZ, p. 188.

²⁴⁷ GUILLOD/BURGAT, p. 116.

Dès lors, les méthodes de procréation médicalement assistée admises en Suisse ne créent jamais de hiatus entre les différentes filiations, la mère génétique étant toujours aussi la mère gestatrice et la mère juridique²⁴⁸. Cette coïncidence des filiations maternelles peut en revanche être rompue si la femme se rend à l'étranger pour avoir recours à une pratique interdite en Suisse²⁴⁹. Néanmoins, même en cas de tourisme procréatif, c'est en principe toujours la femme qui accouche, la mère gestatrice, qui sera la mère juridique de l'enfant, même si l'ovule provient d'une autre femme²⁵⁰. Dans les hypothèses de tourisme procréatif, lesquelles feront par ailleurs l'objet d'une analyse plus détaillée ci-dessous²⁵¹, il se peut donc que le lien de filiation juridique ne reflète pas la vérité du point de vue génétique²⁵².

Ensuite, le principe d'unicité de la maternité ainsi que les « règles de la nature » qui sous-tendent le droit suisse rendent inconcevable la situation selon laquelle un enfant pourrait avoir, dès sa naissance, deux mères juridiques²⁵³. Cela n'est pas envisageable en Suisse pour le moment car les couples homosexuels, féminins en l'occurrence, n'ont pas accès à la procréation médicalement assistée comme on l'a vu. Aussi longtemps que le droit suisse ne leur ouvrira pas l'accès à ces techniques médicales²⁵⁴, la double filiation maternelle dès la naissance n'est donc pas concevable²⁵⁵. Néanmoins, grâce au nouvel article 264c CC²⁵⁶, il est désormais possible que l'enfant soit affilié à deux mères ultérieurement, par la voie de l'adoption. Au sens de cet article²⁵⁷ une femme est habilitée à adopter l'enfant de sa partenaire enregistrée ou de la femme avec laquelle elle mène de fait une vie de couple depuis trois ans²⁵⁸. Cette réforme du droit de l'adoption rétablit un peu l'équilibre entre le poids accordé à la filiation biologique, respectivement à la filiation psycho-sociale, dans la notion juridique de filiation maternelle. Celle-ci intègre désormais, en partie, la réalité sociale actuelle en permettant à un enfant d'être légalement affilié à deux femmes²⁵⁹.

Bien qu'il s'agisse d'un progrès qui doit être salué, cette nouvelle forme d'adoption pour les couples homosexuels n'est toutefois pas suffisante du point de vue du bien de l'enfant et paraît un peu contradictoire. En effet, le droit suisse permet désormais à un enfant d'avoir deux mères mais continue d'empêcher expressément à ces dernières d'avoir accès à la procréation médicalement assistée, au don de sperme en l'occurrence²⁶⁰. Ainsi, dans la mesure où le législateur reconnaît que dans les faits, de nombreux enfants vivent avec des parents homosexuels et qu'il s'agit d'une réalité sociale²⁶¹, il paraît assez absurde de continuer de

²⁴⁸ GUILLOD/BURGAT, p. 116 ; FOUNTOLAKIS, p. 261.

²⁴⁹ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 8.

²⁵⁰ MEIER/STETTLER, p. 154 ; GUILLOD/BURGAT, p. 52 ; FOUNTOLAKIS, p. 261 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 9.

²⁵¹ Cf. chapitre 3.4 relatif à la problématique du tourisme procréatif.

²⁵² GUILLOD/BURGAT, p. 55.

²⁵³ GUILLOD/BURGAT, p. 56.

²⁵⁴ Au don de sperme en particulier.

²⁵⁵ LOMBARD, p. 744.

²⁵⁶ Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

²⁵⁷ Art. 264c al. 1 ch. 2 et 3 CC.

²⁵⁸ GUILLOD/BURGAT, p. 56.

²⁵⁹ LOMBARD, p. 745.

²⁶⁰ Cf. art. 28 LPart ; cela pourrait toutefois changer prochainement, cf. chapitre 2.1.4 qui traite de l'initiative « Mariage civil pour tous ».

²⁶¹ L'art. 264c CC a été adopté, entre autre, pour permettre une égalité de traitement entre tous les enfants, qu'ils grandissent avec des parents mariés, en partenariat enregistré ou encore en concubinage, cf. MCF, FF 2015 835, p. 865 et 866.

restreindre l'accès à la procréation médicalement assistée et à la parenté juridique dès la naissance pour ces personnes. Le droit est en effet censé être adapté à la société qu'il régit et répondre à ses besoins²⁶².

Du point de vue de l'enfant ensuite, l'adoption n'est pas aussi satisfaisante que la parenté juridique « originelle », dès la naissance. Si l'adoption permet la création d'un lien juridique entre l'enfant et l'adoptante et aboutit, *in fine*, à la même situation juridique que si la filiation avait été établie dès la naissance²⁶³, elle est tout de même moins avantageuse. En effet, le processus pour aboutir au lien de filiation juridique est bien plus long et incertain par la voie de l'adoption que par les autres modes d'établissement de la filiation. Les articles 264 ss CC prévoient un certain nombre de conditions et de délais qu'il convient de respecter pour pouvoir adopter un enfant. Notamment, l'art. 264 al. 1 CC dispose qu'il faut avoir fourni des soins et pourvu à l'éducation de l'enfant pendant un an au moins avant de pouvoir l'adopter. Si l'on ajoute à ce délai d'un an, qui doit être réalisé au moment de la demande d'adoption²⁶⁴, la durée de la procédure d'adoption qui dure environ un an également, il faut compter pas moins de deux ans pour pouvoir bénéficier des effets juridiques de l'adoption²⁶⁵. Ce n'est effectivement que dès l'entrée en force de la décision d'adoption qu'un véritable lien de filiation juridique entre la deuxième mère et l'enfant sera créé²⁶⁶. Puis, il y a toujours un risque que la procédure échoue si les autorités compétentes considèrent que l'adoption n'est pas compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶⁷ ainsi qu'un risque que la deuxième mère, pour une raison ou une autre, décide de ne finalement pas demander l'adoption ou retire sa demande²⁶⁸.

Si les conditions posées à l'adoption permettent de s'assurer que celle-ci est compatible avec le bien de l'enfant, ce qui n'est absolument pas blâmable, elles placent toutefois l'enfant qui naît au sein d'un couple de femmes grâce à un don de sperme effectué à l'étranger dans une situation défavorable par rapport à l'enfant qui naît au sein d'un couple hétérosexuel. Cet enfant, qui aura dans les faits deux mères, sera en effet désavantagé car il ne possèdera de lien juridique qu'avec l'une de ces deux femmes, à savoir celle qui lui aura donné naissance, pendant toute la période précédant son adoption par sa deuxième mère. Dans cet intervalle de temps, son lien de fait avec sa deuxième mère ne sera quasiment pas protégé par le droit et cela peut être problématique, notamment en cas de décès de l'une ou l'autre de ses mères ou de séparation²⁶⁹. En particulier, si la première mère (juridique) ne possède pas la nationalité suisse mais que c'est

²⁶² GALLMETZER, p. 94 et 95 ; BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 54.

²⁶³ Cf. art. 267 al. 1 CC.

²⁶⁴ Selon l'art. 268 al. 2 CC, les conditions de l'adoption doivent être réunies dès le dépôt de la requête.

²⁶⁵ ASSOCIATION FAÏTIÈRE FAMILLES ARC-EN-CIEL, p. 13.

²⁶⁶ MEIER/STETTLER, p. 277 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 267 N 1 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 267 N 3. Cependant, le moment de la demande d'adoption peut parfois être déterminant, en matière successorale notamment. En cas de décès du parent adoptif pendant la procédure, il suffit qu'une demande d'adoption ait été déposée et soit susceptible d'aboutir pour que l'enfant puisse avoir des droits de succession, cf. BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 267 N 4 ; MEIER/STETTLER, p. 284 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 267 N 21.

²⁶⁷ GALLMETZER, p. 95.

²⁶⁸ Dans une telle hypothèse, ni l'enfant ni la première mère (à savoir celle qui a porté l'enfant et qui est ainsi devenue sa mère juridique en vertu de l'art. 252 al. 1 CC) n'ont la possibilité d'établir de force la maternité de la deuxième mère dès lors que « l'action en maternité » n'existe pas en droit suisse, au contraire de l'action en paternité qui est elle régie par les art. 261 ss CC et qui permet d'établir de force une filiation paternelle, cf. MEIER/STETTLER, p. 39.

²⁶⁹ COPUR, p. 450.

le cas de la seconde (l'adoptante), l'enfant ne pourra acquérir ladite nationalité et devenir Suisse qu'à partir de l'entrée en force de la décision d'adoption²⁷⁰.

Il convient toutefois de relativiser ces désavantages car si la relation de fait entre la deuxième mère et l'enfant n'est presque pas protégée par le droit, elle l'est tout de même un peu, notamment si l'on considère l'art. 300 CC. En effet, durant la période probatoire (à savoir pendant l'année qui précède la demande d'adoption) et jusqu'à ce que la décision d'adoption entre en force²⁷¹, la relation familiale de fait est régie par les règles applicables au placement nourricier²⁷². Parmi ces règles, l'art. 300 CC délègue certaines prérogatives liées à l'autorité parentale au parent de fait²⁷³ en lui octroyant le droit de représenter le titulaire de l'autorité parentale et de prendre des décisions pour l'enfant. Dans le contexte d'une adoption en l'occurrence, l'étendue de ce pouvoir de représentation est particulièrement large étant donné que la phase probatoire sert précisément à construire un lien psycho-social intense entre l'adoptant et l'adopté et à vérifier si l'adoptant est en mesure de prendre en charge l'enfant²⁷⁴. Ensuite, l'absence de lien juridique pendant toute la période précédant l'adoption peut être comblée, sur le plan successoral en particulier. Dans ce domaine en effet, la deuxième mère a toujours la possibilité de faire un testament dans lequel elle institue héritier l'enfant qu'elle compte adopter si par malheur elle venait à décéder avant qu'elle n'ait eu le temps de déposer une requête d'adoption. Grâce à un tel testament, la deuxième mère permet à l'enfant d'avoir des droits sur sa succession et sous cet angle, de le protéger. En lien avec le droit des successions, il faut aussi préciser qu'en cas de décès de l'adoptant en cours de procédure, si la demande d'adoption avait déjà été déposée et que toutes les conditions étaient remplies au moment du décès, l'adoption pourra néanmoins être prononcée si elle est conforme au bien de l'enfant²⁷⁵. Dès lors, ces différents éléments permettent de nuancer un peu les inconvénients liés à l'adoption mais ils ne font pas pour autant de ce mode d'établissement de la filiation un moyen aussi satisfaisant que les modes qui permettent de créer un lien juridique dès la naissance de l'enfant.

En définitive, il serait souhaitable que le droit suisse ouvre l'accès au don de sperme aux couples de femmes homosexuelles, comme c'est déjà le cas dans la plupart des pays qui entourent la Suisse, et prévoit la possibilité pour la mère qui ne possède pas de lien biologique avec l'enfant d'établir un lien juridique avec celui-ci dès la naissance. Ce deuxième lien maternel pourrait être établi de manière originelle et automatique sur la base du consentement à la procréation médicalement assistée, comme c'est le cas actuellement pour la paternité du mari de la mère en cas de don de sperme à un couple hétérosexuel²⁷⁶. L'on peut également songer à une reconnaissance de maternité ou encore à une action en maternité, toutes deux basées sur le consentement au don de sperme effectué sur sa partenaire²⁷⁷. Notons que toutes ces possibilités et ces questions sont actuellement en train d'être examinées dans le cadre du projet de réforme

²⁷⁰ MEIER/STETTLER, p. 607.

²⁷¹ AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 300 N 12, N 16.

²⁷² VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 300 N 1 ; MEIER/STETTLER, p. 233. Ces règles prévoient des droits et des devoirs, lesquels découlent normalement de la filiation juridique, pour les parents nourriciers qui ne possèdent pas de lien juridique avec l'enfant mais qui, dans les faits, le prennent en charge, cf. MEIER/STETTLER, p. 21, 22 et 1193.

²⁷³ MEIER/STETTLER, p. 389.

²⁷⁴ VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 300 N 7 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 300 N 28, N 32.

²⁷⁵ Cela est prévu par l'art. 268 al. 3 CC ; MEIER/STETTLER, p. 200 et 255.

²⁷⁶ GALLMETZER, p. 96 et 97.

²⁷⁷ GALLMETZER, p. 97.

du droit suisse de la filiation²⁷⁸, en parallèle de la révision relative à l'ouverture du mariage aux partenaires de même sexe²⁷⁹.

3.3 La filiation paternelle

3.3.1 En général

La procréation médicalement assistée en Suisse a, contrairement aux principes qui prévalent en matière de filiation maternelle, un plus grand impact du côté de la filiation paternelle. En raison de l'admission du don de sperme pour les couples hétérosexuels mariés, la paternité biologique et la paternité psycho-sociale peuvent en effet être dissociées légalement²⁸⁰, contrairement à la filiation maternelle qui ne peut être scindée comme on vient de le voir.

Il convient de distinguer deux situations lorsque l'on analyse la filiation paternelle dans le contexte d'une procréation médicalement assistée. D'une part, lorsque le couple a recours à une méthode « homologue », où l'on utilise les gamètes du mari ou du partenaire de vie de la future mère, les règles générales du Code civil sont pleinement applicables²⁸¹. Ces règles générales, fondées sur l'hypothèse d'une conception naturelle de l'enfant²⁸², seront brièvement présentées car elles peuvent être transposées telles quelles aux méthodes « homologues » de reproduction artificielle. D'autre part, lorsque l'enfant est engendré grâce à une méthode « hétérologue », l'établissement de la filiation paternelle est plus complexe car il faut tenir compte du hiatus entre la filiation génétique et la filiation voulue qui en résulte nécessairement²⁸³. De ce fait, le législateur a introduit des dispositions spéciales dans la LPMA, qui complètent et s'écartent parfois des règles générales du Code civil²⁸⁴.

Par ailleurs, en lien avec les différentes perspectives de la filiation et la pondération des filiations biologique et psycho-sociale dans la filiation juridique paternelle, les règles générales du Code civil accordent une plus grande importance à la vérité sociale, par rapport à ce que l'on a vu s'agissant de la filiation juridique maternelle. En effet, le lien juridique entre un enfant et son père ne peut être établi directement et automatiquement sur la base d'un fait biologique²⁸⁵. Les règles générales du Code civil se fondent alors sur des éléments qui découlent de la réalité sociale et qui laissent penser qu'un certain homme devrait être le père biologique²⁸⁶. L'homme qui est considéré comme étant le père de l'enfant au sens de la loi n'a donc pas forcément de lien biologique avec celui-ci²⁸⁷. Mais dans le contexte de la procréation médicalement assistée, la situation est un peu différente car la filiation biologique paternelle peut être établie avec certitude, on connaît en effet ce lien biologique avant même que l'enfant ne naisse. Nous verrons alors dans quelle mesure cette caractéristique a un impact sur les règles générales du Code civil.

²⁷⁸ Cf. postulat 18.3714 « Examen du droit de la filiation ».

²⁷⁹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, p. 8135.

²⁸⁰ GUILLOD, p. 154.

²⁸¹ FOUNTOULAKIS, p. 261 ; MARGOT, p. 704.

²⁸² FOUNTOULAKIS, p. 248.

²⁸³ GUILLOD, p. 154 ; GUILLOD/BURGAT, p. 116 ; FOUNTOULAKIS, p. 264.

²⁸⁴ STAUFFER, p. 173.

²⁸⁵ GUILLOD/BURGAT, p. 52.

²⁸⁶ GUILLOD/BURGAT, p. 52 ; STAUFFER, p. 172.

²⁸⁷ GUILLOD/BURGAT, p. 53 ; STAUFFER, p. 172 ; FOUNTOULAKIS, p. 249.

Il faut encore ajouter que depuis le 1^{er} janvier 2018, comme cela a déjà été mentionné plus haut, un enfant peut légalement avoir deux parents de même sexe, en l'occurrence deux pères, par le biais de l'art. 264c CC. L'adoption de l'enfant du partenaire enregistré ou du compagnon qui est consacrée par cet article place au premier plan la filiation psycho-sociale car il est tout à fait envisageable que l'enfant ne possède de lien biologique avec aucun de ses deux pères juridiques. Rappelons cependant que ce double lien de filiation paternel ne peut être établi que lors d'une étape ultérieure à celle de la naissance de l'enfant, dans l'hypothèse où le lien de filiation maternel n'existerait pas ou aurait été rompu²⁸⁸.

3.3.2 En cas d'utilisation des gamètes du mari ou du partenaire de vie

Dans cette première hypothèse, les principes qui régissent l'établissement du lien de filiation juridique entre l'enfant né par procréation médicalement assistée et son père ne sont guère différents de ceux qui valent à l'égard de l'enfant engendré sans aide médicale²⁸⁹. En effet, mis à part le fait que l'on possède une donnée supplémentaire dans le cadre de la procréation médicalement assistée, à savoir que l'on peut être absolument certain de l'origine génétique des cellules sexuelles masculines, rien ne diffère fondamentalement par rapport à une conception naturelle. Dans ce contexte, il convient de rappeler que lorsque le couple a recours à une méthode dite « homologue », la LPMA n'exige pas des deux partenaires qu'ils soient mariés²⁹⁰. Ainsi, dans la mesure où le Code civil prévoit des modes d'établissement de la filiation paternelle différents selon que l'enfant naît au sein d'un couple marié ou non, il faut également distinguer ces deux cas de figure dans le cadre de la procréation médicalement assistée.

Lorsque les gamètes utilisés sont ceux du mari de la femme qui donne naissance à l'enfant, la filiation paternelle est établie selon l'art. 255 al. 1 CC²⁹¹. Cet article prévoit que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari et consacre ainsi une présomption de paternité en faveur du mari de la mère. L'adage latin *pater is est, quem nuptiae demonstrant*²⁹² est à la base de ce principe retenu par le droit suisse pour la filiation paternelle²⁹³, lequel envisage encore le mariage comme préalable à la procréation²⁹⁴. On constate que cette règle générale du Code civil fonde la filiation à l'égard du père sur une circonstance purement sociale, soit le mariage avec la mère, et qu'il n'est par conséquent pas nécessaire que le père juridique ait un lien biologique avec l'enfant²⁹⁵. Dans l'hypothèse d'une conception naturelle, la vérité biologique n'est en effet investiguée que si une action en désaveu de paternité est exercée dans le but de renverser la présomption légale²⁹⁶. Pour l'hypothèse qui nous concerne en revanche, l'on peut dire avec certitude que la filiation juridique paternelle coïncide toujours, dans un premier temps en tout cas, avec la filiation biologique.

²⁸⁸ GUILLOD/BURGAT, p. 58 ; BREITSCHMID, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 264c N 2.

²⁸⁹ FOUNTOLAKIS, p. 261.

²⁹⁰ Cf. art. 3 al. 3 LPMA *a contrario* ; FOUNTOLAKIS, p. 262. Rappelons que si le mariage ne constitue pas une condition, une certaine stabilité du couple est néanmoins implicitement exigée, l'aide médicale pour avoir un enfant devant toujours constituer une *ultima ratio* et prioriser l'intérêt de l'enfant, cf. MCF, FF 1996 III 197, p. 244.

²⁹¹ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 255 N 9.

²⁹² Que l'on peut traduire par « le père est celui que le mariage désigne ».

²⁹³ MEIER/STETTLER, p. 52 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 255 N 1.

²⁹⁴ RUMO-JUNGO, p. 839.

²⁹⁵ GUILLOD/BURGAT, p. 53 ; FOUNTOLAKIS, p. 249.

²⁹⁶ MEIER/STETTLER, p. 52, 57 et 58 ; STAUFFER, p. 173.

Lorsque les deux partenaires ne sont pas mariés, la filiation paternelle ne découle pas directement de la loi et doit être établie par le biais d'un acte déterminé²⁹⁷. Les deux modes d'établissement de la filiation envisageables sont la reconnaissance et le jugement de paternité²⁹⁸. Néanmoins, comme dans le contexte de la procréation médicalement assistée l'enfant conçu est souvent très désiré par le couple²⁹⁹, la filiation paternelle est généralement établie par reconnaissance et non par jugement de paternité. La reconnaissance, de manière identique à ce que l'on a dit à propos de la présomption de paternité du mari, ne repose pas sur la vérité biologique et se base uniquement sur la relation psycho-sociale entre le père juridique et l'enfant³⁰⁰. En cas de conception naturelle, la reconnaissance de paternité peut donc être contestée par tout intéressé³⁰¹ qui apporterait la preuve que l'homme qui a reconnu l'enfant n'est pas son père biologique³⁰². En cas de procréation médicalement assistée « homologue », cette preuve ne pourra cependant jamais être apportée si c'est bien l'homme dont les gamètes ont été utilisés qui a reconnu l'enfant³⁰³. Puis, dans l'hypothèse où le père biologique ne voudrait pas reconnaître l'enfant, la mère et l'enfant peuvent intenter action pour que la filiation soit constatée à son égard³⁰⁴. Cette action en paternité dirigée contre l'homme qui a fourni ses gamètes aboutira nécessairement car le lien biologique, décisif dans ce cadre, pourra très facilement être prouvé³⁰⁵. Mais encore une fois, cela reste très théorique car comme on l'a dit, l'enfant conçu par procréation médicalement assistée est en principe hautement désiré³⁰⁶ et si un homme consent à ce que ses cellules sexuelles soient utilisées dans ce cadre pour engendrer un enfant avec sa partenaire³⁰⁷, on voit mal comment il pourrait ensuite refuser de reconnaître l'enfant et que ce dernier, ou la mère, soit obligé d'ouvrir une action judiciaire contre lui³⁰⁸.

3.3.3 En cas de don de sperme

Dans l'hypothèse d'une procréation médicalement assistée « hétérologue », où les spermatozoïdes d'un donneur sont utilisés pour engendrer l'enfant, des règles spécifiques sont consacrées par la LPMA³⁰⁹. Ces dispositions spéciales qui régissent la filiation paternelle permettent de compléter et d'ajuster le système prévu par le Code civil à cette situation particulière, où filiation biologique et filiation psycho-sociale ne coïncident pas³¹⁰.

3.3.3.1 La fiction de paternité du mari de la mère

Tout d'abord, il faut rappeler que l'art. 3 al. 3 LPMA limite considérablement l'accès à la pratique du don de sperme en la réservant aux couples mariés exclusivement³¹¹. Cette condition du mariage a été introduite, entre autres, pour ne pas avoir à modifier les règles sur l'établissement de la filiation paternelle prévues par le Code civil. En effet, si le mariage n'était

²⁹⁷ STAUFFER, p. 172.

²⁹⁸ MEIER/STETTLER, p. 47 ; FOUNTOLAKIS, p. 263.

²⁹⁹ MCF, FF 1996 III 197, p. 226 ; FOUNTOLAKIS, p. 264.

³⁰⁰ GUILLOD/BURGAT, p. 53.

³⁰¹ Art. 260a al. 1 CC.

³⁰² Art. 260b al. 1 CC.

³⁰³ FOUNTOLAKIS, p. 263.

³⁰⁴ Art. 261 al. 1 CC.

³⁰⁵ FOUNTOLAKIS, p. 250.

³⁰⁶ MCF, FF 1996 III 197, p. 226.

³⁰⁷ On rappelle que l'art. 5b LPMA exige un consentement écrit du couple.

³⁰⁸ MARGOT, p. 704.

³⁰⁹ STAUFFER, p. 173.

³¹⁰ GUILLOD/BURGAT, p. 116.

³¹¹ Cf. chapitre 2.1.3 qui traite du don de sperme et de la condition du mariage.

pas exigé, le législateur aurait été obligé d'introduire la possibilité de la reconnaissance ou de l'action en paternité sur la seule base du consentement à la méthode de procréation médicalement assistée utilisant les gamètes d'un donneur³¹². La condition du mariage prévue par la LPMA permet alors de s'en tenir au système prévu par le Code civil pour établir un lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention, la présomption de paternité du mari trouvant à s'appliquer dans tous les cas³¹³. Précisons toutefois que dans le cadre d'un don de sperme, il serait plus juste de parler de « fiction »³¹⁴ que de « présomption » de paternité du mari de la mère car l'on sait d'emblée que le père juridique n'a pas de lien génétique avec l'enfant³¹⁵. Ainsi, en application de l'art. 255 al. 1 CC, le père juridique de l'enfant engendré grâce à un don de sperme est toujours le mari de la mère³¹⁶. Il faut encore ajouter que dans le contexte du don de sperme, cette « fiction » est renforcée car les articles 256 al. 3 CC et 23 al. 1 LPMA prévoient une règle particulière, qui s'écarte de ce qui prévaut hors du cadre de la procréation médicalement assistée. Ces deux dispositions ont effectivement pour conséquence de rendre la « fiction » de l'art. 255 al. 1 CC inattaquable³¹⁷, à condition que la conception résulte d'un don de sperme conforme aux exigences de la LPMA³¹⁸.

Au préalable, rappelons que la présomption de paternité du mari ne peut pas être attaquée par tout un chacun. Au sens de l'art. 256 CC, seul le mari lui-même (al. 1 ch. 1) et l'enfant, pour autant que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité (al. 1 ch. 2), ont qualité pour agir en désaveu. Puis, selon l'art. 256 al. 3 *ab initio* CC, le mari ne peut tenter l'action en désaveu de paternité s'il a consenti à la conception par un tiers. Dès lors qu'il a donné son accord à ce que sa femme soit inséminée avec les gamètes d'un tiers, que la procréation soit médicalement ou amicalement assistée, le mari ne peut renverser la règle de l'art. 255 al. 1 CC qui fait de lui le père juridique de l'enfant³¹⁹. Or dans la situation qui nous intéresse, ce consentement est toujours donné puisque l'art. 5b LPMA exige un consentement écrit du couple qui souhaite recourir à une méthode de procréation médicalement assistée³²⁰.

Corrélativement, l'action en désaveu de l'enfant est également fermée par l'art. 256 al. 3 *in fine* CC, qui renvoie à l'art. 23 al. 1 LPMA³²¹, mais uniquement lorsque le don de sperme est pratiqué conformément à la LPMA³²². Pour l'enfant, il faut donc distinguer selon que sa conception avec les gamètes d'un tiers a été faite « naturellement »³²³ ou avec une aide médicale. Dans le premier cas, l'action en désaveu de l'enfant reste ouverte aux conditions ordinaires de l'art. 256 al. 1 ch. 2 CC car l'insémination a été pratiquée en dehors du cadre de la LPMA et de toutes les exigences et garanties qui en découlent³²⁴. Dans le second cas en

³¹² MCF, FF 1996 III 197, p. 246.

³¹³ GAURON-CARLIN, p. 78.

³¹⁴ FOUNTOULAKIS, p. 264.

³¹⁵ Contrairement à une conception naturelle, où l'on « présume » que le père juridique est aussi le père biologique.

³¹⁶ MARGOT, p. 704 ; FOUNTOULAKIS, p. 264.

³¹⁷ GUILLOD/BURGAT, p. 117.

³¹⁸ COPMA, p. 270.

³¹⁹ GUILLOD, p. 155 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 256 N 12.

³²⁰ MEIER/STETTLER, p. 154 ; GUILLOD/BURGAT, p. 117 ; FOUNTOULAKIS, p. 264.

³²¹ FOUNTOULAKIS, p. 264.

³²² En cas de procréation amicalement assistée, sans aide médicale, l'action en désaveu de l'enfant reste donc ouverte ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 256 N 14.

³²³ De manière « amicalement assistée », pour reprendre les termes utilisés ci-dessus.

³²⁴ MEIER/STETTLER, p. 155 ; COPMA, p. 270.

revanche, si toutes les conditions fixées par la LPMA ont été respectées par le couple, l'enfant ne pourra pas contester son lien de filiation avec le mari de sa mère³²⁵.

En définitive, la première spécificité liée au don de sperme consiste en une protection absolue de la paternité du mari de la mère, les actions en désaveu du mari, respectivement de l'enfant étant expressément exclues si toutes les exigences de la LPMA sont respectées. On remarque ainsi que seule la perspective de la filiation psycho-sociale est prise en compte dans la notion juridique de la filiation paternelle en cas de don de sperme, si l'art. 255 al. 1 CC s'applique³²⁶. Si toutefois la « fiction » de la paternité du mari ne trouvait à s'appliquer en raison du divorce du couple ou de l'annulation de leur mariage avant la naissance de l'enfant³²⁷, éventualité plutôt rare en pratique, aucun lien de filiation paternel ne pourra être établi automatiquement à la naissance. Toutefois, l'ex-mari de la mère pourrait tenter de reconnaître l'enfant, la condition de l'art. 260 al. 1 CC étant remplie vu qu'il n'existe de lien de filiation qu'à l'égard de la mère. Cependant, il s'exposerait à une action en contestation de la reconnaissance, laquelle peut être ouverte par « tout intéressé, en particulier par la mère » (art. 260a al. 1 CC), qui aboutirait nécessairement étant donné qu'il n'est pas le père génétique de l'enfant. L'intéressé en question n'aurait en effet aucune peine à prouver que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père génétique de l'enfant au sens de l'art. 260b al. 1 CC. Il faut alors s'interroger sur l'éventuelle possibilité d'établir un lien de filiation à l'égard du donneur³²⁸, pour que l'enfant ne se retrouve pas privé de tout père juridique³²⁹.

3.3.3.2 La filiation à l'égard du donneur de sperme

Dès lors qu'un lien de filiation biologique existe entre l'enfant et le donneur de sperme, un lien de filiation juridique pourrait normalement, au sens des règles générales du Code civil, être établi entre eux³³⁰. C'est précisément pour éviter ce scénario que le législateur a introduit une règle spéciale pour la filiation paternelle de l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme. Le principe figure à l'art. 23 al. 2 *ab initio* LPMA, qui dispose que l'action en paternité³³¹ contre le donneur est exclue. La loi réserve cependant l'hypothèse où le donneur aurait sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession (art. 23 al. 2 *in fine* LPMA).

Le législateur a souhaité protéger l'homme qui, par altruisme, a fait don de ses gamètes conformément à la loi en lui garantissant que son don n'aura pas d'effets relevant du droit de la famille³³². Celui qui se rend auprès d'un centre de procréation médicalement assistée titulaire des autorisations nécessaires n'a ainsi pas à craindre que les enfants nés grâce à son don puissent intenter contre lui une action en paternité en vue d'établir un lien de filiation juridique et lui

³²⁵ GUILLOD/BURGAT, p. 117 ; MEIER/STETTLER, p. 155 ; COPMA, p. 270.

³²⁶ GUILLOD/BURGAT, p. 53.

³²⁷ MEIER/STETTLER, p. 52.

³²⁸ FOUNTOLAKIS, p. 264.

³²⁹ Cf. MCF, FF 1996 III 197, p. 262, qui rappelle le droit de l'enfant d'avoir un père juridique : « l'art. 3 al. 3 LPMA autorise le recours au sperme d'un tiers uniquement pour des couples mariés afin de garantir le droit de l'enfant d'avoir un père et une mère ».

³³⁰ On rappelle que le lien biologique est déterminant pour établir la filiation juridique paternelle dans le cadre de l'action en paternité, de l'action en désaveu de paternité et de l'action en contestation de la reconnaissance, cf. GUILLOD/BURGAT, p. 52.

³³¹ Au sens des articles 261 ss CC.

³³² MCF, FF 1996 III 197, p. 263.

réclamer, notamment, des prestations d'entretien³³³. A l'opposé, la loi ne garantit pas à l'homme qui, en toute connaissance de cause, donne son sperme à une personne non autorisée par la loi que son don n'aura pas d'effets sur le plan juridique, en ce sens que l'enfant conserve le droit d'ouvrir une action en paternité³³⁴. Ce sera le cas lorsque les intéressés procèdent à une insémination artisanale, c'est-à-dire lorsque la mère s'insémine elle-même le sperme du donneur en dehors de tout traitement médical³³⁵. La *ratio legis* de cet article 23 al. 2 LPMA est d'encourager les donneurs de sperme à faire leur don auprès d'une personne dûment autorisée par la loi et d'éviter qu'ils ne passent par ces voies alternatives que sont les inséminations artisanales, lesquelles ne respectent pas les garanties de qualité exigées des titulaires d'autorisations³³⁶. En définitive, la situation juridique de l'enfant né au moyen d'un don de sperme peut donc s'avérer très différente selon que l'insémination a été pratiquée conformément à la LPMA ou en dehors du cadre de celle-ci, de manière « privée ».

Il faut encore préciser que si des irrégularités ont été commises en lien avec le don de sperme mais que le donneur, de bonne foi, n'y est pour rien, l'action en paternité contre lui reste exclue³³⁷. Si l'enfant se retrouve sans filiation juridique car la présomption de paternité du mari ne peut pas s'appliquer³³⁸, il n'est pas pour autant possible de désigner le donneur père juridique de cet enfant s'il a, de son côté, respecté toutes les exigences légales. Ce n'est en effet pas à lui de supporter les conséquences d'une violation commise par d'autres personnes³³⁹. De ce fait, l'enfant né grâce à un don de sperme et à l'encontre duquel la présomption de paternité du mari ne trouve à s'appliquer reste en principe sans père juridique³⁴⁰.

Ajoutons aussi que l'exclusion de l'action en paternité contre le donneur n'empêche pas une éventuelle reconnaissance de paternité de sa part, au sens des articles 260 ss CC³⁴¹. Il n'est effectivement pas impossible que le donneur, qui présente un lien biologique avec l'enfant, reconnaisse ce dernier et que s'établisse ainsi un lien juridique de filiation entre eux³⁴². La reconnaissance par le donneur n'est toutefois envisageable que si la présomption de paternité du mari de la mère n'est pas applicable³⁴³ car l'art. 260 al. 1 CC suppose l'absence de filiation paternelle existante³⁴⁴. D'un point de vue pratique, cette éventuelle reconnaissance présuppose naturellement que le donneur connaisse l'identité de l'enfant³⁴⁵. Cela sera le cas dans l'hypothèse d'une insémination artisanale, le donneur étant le plus souvent un ami ou une

³³³ GUILLOD/BURGAT, p. 117 ; MCF, FF 1996 III 197, p. 263 ; MANAÏ, p. 333.

³³⁴ MEIER/STETTLER, p. 156 ; MANAÏ, p. 333.

³³⁵ MCF, FF 1996 III 197, p. 263 ; MEIER/STETTLER, p. 156 ; STAUFFER, p. 173.

³³⁶ Cf. art. 8 ss LPMA : un certain nombre d'exigences doivent être respectées pour que l'autorisation officielle soit délivrée ; GUILLOD/BURGAT, p. 118.

³³⁷ COPMA, p. 277.

³³⁸ Soit parce que la procréation médicalement assistée avec le sperme d'un donneur a été pratiquée sur une femme seule ou non mariée, en violation de l'art. 3 al. 3 LPMA, soit parce que le mari n'a pas donné son consentement et qu'il peut par conséquent renverser la présomption de l'art. 255 al. 1 CC en exerçant l'action en désaveu, cette dernière n'étant plus exclue par l'art. 256 al. 3 CC ; cf. MCF, FF 1996 III 197, p. 263.

³³⁹ MCF, FF 1996 III 197, p. 263.

³⁴⁰ FOUNTOLAKIS, p. 265.

³⁴¹ GUILLOD, p. 156.

³⁴² MANAÏ, p. 333.

³⁴³ En raison du fait que le couple n'est pas marié, en violation de l'art. 3 al. 3 LPMA, ou qu'il a divorcé avant la naissance de l'enfant par exemple.

³⁴⁴ GUILLOD/BURGAT, p. 118 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 260 N 3.

³⁴⁵ GUILLOD, p. 156.

connaissance de la mère³⁴⁶. Lorsque le don de sperme est pratiqué conformément à la LPMA, il sera en revanche plus compliqué pour le donneur de connaître l'identité de l'enfant car il n'a pas de droit à l'obtention d'informations concernant les descendants conçus avec son sperme³⁴⁷. Néanmoins, l'enfant disposant pour sa part d'un droit à connaître son ascendance³⁴⁸, le donneur pourrait découvrir l'identité de l'enfant par ce biais, si ce dernier prend contact avec lui à l'occasion de l'exercice de son droit³⁴⁹.

3.4 La problématique du tourisme procréatif

3.4.1 En général

Nous venons de parcourir le dispositif mis en place par le droit suisse, en l'occurrence le Code civil et la LPMA, pour la filiation de l'enfant né par procréation médicalement assistée. Les incidences de ces techniques médicales de procréation sur la filiation sont ainsi clairement réglées par la législation suisse et ne semblent pas, à première vue, soulever passablement de problèmes juridiques. Mais cela est sans compter sur les approches divergentes des réglementations étrangères en matière de pratiques autorisées et de conditions d'accès à celles-ci car les régimes étrangers plus permissifs ont, dans une certaine mesure, des répercussions sur le système instauré par le droit suisse. En effet, la réglementation suisse est très restrictive mais ce n'est pas pour autant que les résidents suisses s'en contentent et n'essaient pas de la contourner³⁵⁰. En réalité, nombreux sont les Suisses qui se rendent à l'étranger pour avoir accès à des méthodes qui sont soit prohibées en Suisse soit qui y sont autorisées mais auxquelles ils n'ont pas accès car ils ne remplissent pas les conditions légales imposées. Parmi les restrictions qui incitent les résidents suisses à se déplacer à l'étranger on peut citer notamment les interdictions du don d'ovules, du don d'embryons et de toutes les formes de maternité de substitution³⁵¹, la réserve du don de sperme aux seuls couples mariés ou encore la mise à l'écart complète des personnes seules et des couples homosexuels de toute procréation médicalement assistée³⁵².

Les personnes qui profitent des réglementations étrangères plus souples et pratiquent ce « tourisme procréatif » bousculent les principes suisses qui régissent la filiation de l'enfant né grâce à la procréation médicalement assistée. La Suisse ne peut donc pas nier cette réalité et doit trouver des solutions, dans la mesure où ces personnes reviennent en Suisse après avoir eu recours à une pratique prohibée³⁵³. Dans ce cadre, il faut néanmoins être conscient que les autorités suisses ne sont souvent pas au courant de ces situations. En cas de contournement de l'interdiction du don d'ovules ou du don d'embryons, il est en effet très facile pour la femme qui donnera naissance à l'enfant de cacher, que ce soit à son médecin, à son entourage ou même à son enfant plus tard, le fait qu'elle a eu recours à une de ces pratiques et qu'elle ne possède pas de lien génétique avec l'enfant³⁵⁴. La femme en question peut en effet très bien choisir de garder pour elle et n'informer personne sur la manière dont elle est tombée enceinte. Il est en

³⁴⁶ LOMBARD, p. 732.

³⁴⁷ MCF, FF 1996 III 197, p. 268.

³⁴⁸ Ce droit résulte des art. 119 al. 2 let. g Cst. féd. et 27 LPMA.

³⁴⁹ GUILLOD, p. 156.

³⁵⁰ MEIER/STETTLER, p. 26.

³⁵¹ Cf. Bericht zur Leihmutterchaft des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, p. 10 ss.

³⁵² COTTIER, p. 9 et 10.

³⁵³ MEIER/STETTLER, p. 26.

³⁵⁴ COTTIER, p. 10.

revanche un peu plus compliqué d'occulter le recours à une maternité de substitution. Mais si l'on prend le cas d'un couple hétérosexuel, en âge de procréer, qui fait appel à une mère porteuse à l'étranger et qui, une fois l'enfant né, revient en Suisse avec le certificat de naissance étranger identifiant les deux membres de ce couple comme étant les parents légaux de l'enfant, il est tout à fait envisageable que l'officier de l'état civil suisse ne se doute de rien et les inscrive comme tels dans le registre³⁵⁵. En effet, la « modalité » de naissance de l'enfant n'apparaît pas forcément sur le certificat de naissance étranger et reste ainsi, la plupart du temps, dans l'obscurité. Ce n'est que si l'officier de l'état civil soupçonne les parents en question d'avoir eu recours à une maternité de substitution³⁵⁶ qu'il fera des investigations supplémentaires avant de procéder à l'inscription, ou non, dans le registre³⁵⁷. En définitive, il faut retenir que ces situations de tourisme procréatif ne sont pas forcément faciles à déceler par les autorités suisses et que beaucoup de personnes qui le pratiquent parviennent à contourner les interdictions suisses.

Dans ce contexte, deux états de fait doivent être distingués, en fonction du moment où le retour en Suisse intervient. Tout d'abord, il se peut que le ou les résident(s) suisse(s) en question se déplace(nt) à l'étranger pour avoir accès à une certaine pratique puis revienne(nt) en Suisse avant la naissance de l'enfant. Dans cette première hypothèse, l'enfant naîtra en Suisse et la question qui se pose est celle de l'établissement de sa filiation. La deuxième hypothèse, plus complexe, est celle où l'enfant naît à l'étranger grâce à une procréation médicalement assistée qui n'aurait pas pu être effectuée en Suisse. La filiation est alors établie au sens du droit étranger et la question qui se pose, une fois que cet enfant arrive en Suisse, est celle de la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger³⁵⁸. Il s'agit ici d'appliquer des règles de droit international privé pour résoudre cette difficulté liée au statut juridique des enfants nés dans un pays étranger, car il en résulte un élément d'extranéité³⁵⁹.

3.4.2 L'établissement du lien de filiation de l'enfant qui naît en Suisse

Ce premier état de fait ne pose pas de difficultés particulières étant donné que la filiation d'un enfant qui naît en Suisse est établie au regard du droit suisse. Dès lors que la mère accouche en Suisse, tous les principes qui ont été présentés plus haut sont applicables, peu importe qu'un don d'ovules, un don d'embryons ou encore un don de sperme à une femme non mariée ait été pratiqué à l'étranger³⁶⁰. Toutefois, selon la pratique qui a été exercée à l'étranger, il se peut qu'aucun lien de filiation paternel ne puisse être établi à la naissance, en Suisse. On pense notamment à la femme seule ou au couple de femmes homosexuelles qui aurait eu recours à un don de sperme anonyme, à l'étranger. En temps normal, lorsqu'une femme non mariée accouche en Suisse et qu'aucun homme ne reconnaît l'enfant³⁶¹, une action en paternité est intentée d'office par un curateur agissant au nom de l'enfant, pour tenter d'établir un lien de filiation paternel à son égard³⁶². Mais dans l'hypothèse d'un don de sperme anonyme pratiqué à l'étranger, cette action n'aura aucune chance d'aboutir, c'est pourquoi l'autorité de protection

³⁵⁵ COPMA, p. 291 ; Bericht zur Leihmutterchaft des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, p. 10.

³⁵⁶ Par exemple parce qu'ils sont homosexuels ou que la mère a déjà un certain âge, cf. BÜCHLER, p. 378.

³⁵⁷ BÜCHLER/BERTSCHI, p. 4 ; BÜCHLER, p. 378.

³⁵⁸ COPMA, p. 290 et 291.

³⁵⁹ STEGMÜLLER, *Tourisme procréatif*, p. 142.

³⁶⁰ COPMA, p. 292 ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 252 N 9.

³⁶¹ Et dans l'hypothèse où la mère ne souhaite pas ou ne peut pas ouvrir une action en paternité contre un homme.

³⁶² MEIER/STETTLER, p. 100, 101, 106 et 107.

de l'enfant³⁶³ peut renoncer à instituer une curatelle en vue de l'établissement de la filiation paternelle³⁶⁴. S'il est en revanche possible de remonter à l'homme qui a donné son sperme, l'autorité de protection doit s'interroger sur l'opportunité de l'action en paternité³⁶⁵. Le fait que la femme qui a accouché en Suisse soit liée par un partenariat enregistré ou en concubinage avec une autre femme n'est cependant pas un motif qui dissuadera l'autorité de nommer un curateur à l'enfant³⁶⁶. L'autorité de protection doit en effet toujours examiner l'opportunité de cette action au regard du bien de l'enfant exclusivement, c'est le principe³⁶⁷. Mais dans la pratique, on peut assez clairement dire qu'en cas de don de sperme anonyme pratiqué à l'étranger, l'autorité de protection renoncera à désigner un curateur à l'enfant ou à prendre d'autres mesures relatives à la filiation paternelle³⁶⁸.

3.4.3 La reconnaissance et la transcription à l'état civil du lien de filiation établi à l'étranger

Dans ce second état de fait, l'enfant est né à l'étranger et ses liens de filiation ont par conséquent été établis selon le droit de l'Etat étranger en question. La difficulté surgit lorsque cet enfant arrive en Suisse et qu'il s'agit d'inscrire sa filiation, laquelle n'aurait pas pu être établie au sens du Code civil et de la LPMA, dans le registre de l'état civil. Dès lors que l'on se demande s'il est admissible ou non de reconnaître la position d'un droit étranger vis-à-vis de cette filiation, il convient d'appliquer les règles consacrées par la LDIP³⁶⁹. En particulier, l'art. 32 LDIP est pertinent car la question qui se pose est celle de la transcription, dans le registre suisse, d'une décision ou d'un acte étranger concernant l'état civil. Le second alinéa de cette disposition renvoie aux articles 25 à 27 LDIP car une décision étrangère, avant de pouvoir être exécutée, doit bien entendu être reconnue. Nous n'allons pas examiner les conditions qui résultent de ces normes mais simplement mentionner l'art. 27 al. 1 LDIP, qui consacre la réserve de l'ordre public. Au sens de cette disposition, la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

Dans l'hypothèse qui nous occupe, l'enfant est certes né grâce à une méthode de procréation médicalement assistée interdite par le droit suisse mais cela ne signifie pas pour autant que les rapports juridiques qui en découlent ne seront pas reconnus en Suisse, ceux-ci ayant été valablement établis selon le droit étranger. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'ordre public suisse est violé uniquement si la reconnaissance et la transcription de la filiation étrangère sont perçues, dans le cas d'espèce, comme absolument incompatibles avec les valeurs juridiques et éthiques nationales³⁷⁰. Ainsi, seules les circonstances concrètes du cas peuvent plaider pour une violation de l'ordre public, la difficulté étant de déterminer où se trouve la limite.

Si tout cela peut paraître assez vague et indéterminé, le Tribunal fédéral a toutefois clarifié la situation dans deux arrêts de principe rendus à la suite d'une maternité de substitution pratiquée à l'étranger³⁷¹. Dans ces deux cas d'espèce, les juges fédéraux ont considéré que la

³⁶³ Qui est l'autorité compétente pour nommer un curateur à l'enfant, au sens de l'art. 308 al. 2 CC.

³⁶⁴ Il faut néanmoins que l'autorité soit au courant qu'un tel don anonyme a été pratiqué à l'étranger.

³⁶⁵ BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 35.

³⁶⁶ COPMA, p. 277.

³⁶⁷ COPMA, p. 292 ; BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 35.

³⁶⁸ BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 35 ; JUD/MITROVIC/ROSCH, p. 686 et 687.

³⁶⁹ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), RS 291.

³⁷⁰ ATF 141 III 312/JdT 2015 II 351, consid. 4.1 ; ATF 141 III 328/JdT 2016 II 179, consid. 5.1.

³⁷¹ ATF 141 III 312/JdT 2015 II 351 et ATF 141 III 328/JdT 2016 II 179.

reconnaissance et la transcription dans le registre suisse d'un lien de filiation créé par le moyen d'une maternité de substitution était manifestement contraire à l'ordre public suisse³⁷². Cependant, ils ont estimé que les droits de l'enfant, qui découlent notamment de l'art. 8 CEDH, permettent d'écarter la violation de l'ordre public et d'imposer la reconnaissance et la transcription dans le registre suisse du lien de filiation établi à l'étranger à l'égard du parent d'intention qui a procuré ses gamètes pour la conception³⁷³. Ceci dit, il faut quand même préciser que dans ses deux arrêts, le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher le cas où la mère d'intention possède un lien génétique avec l'enfant car ce sont ses ovules qui ont été utilisés pour la conception³⁷⁴. Le TF a en effet admis qu'un père d'intention génétique peut être inscrit dans le registre de l'état civil en Suisse³⁷⁵ mais il ne s'est pas véritablement penché sur la solution qui prévaudrait si une mère d'intention était génétiquement liée à l'enfant. L'on peut dès lors se demander si les juges reconnaîtraient la maternité de la mère d'intention quand c'est elle qui a fourni les ovules. À cet égard, on constate que le Tribunal fédéral utilise le terme « parent » d'intention lorsqu'il développe son raisonnement³⁷⁶ et l'on peut donc en déduire qu'il en irait de même si le parent en question était une femme. Dans la mesure où le TF se base sur le critère du lien génétique, il n'y a effectivement aucune raison de refuser l'inscription de la mère d'intention génétique, cela d'autant plus qu'aucun lien de filiation ne peut être établi à l'égard de la mère porteuse si celle-ci a valablement renoncé à sa maternité à l'étranger³⁷⁷. Il semble que ce soit la logique développée par la jurisprudence fédérale et surtout, la solution la plus cohérente, même si elle contredit le principe *mater semper certa est*³⁷⁸. Dès lors, le parent social qui possède un lien génétique avec l'enfant, qu'il soit un homme ou une femme, peut *a priori* bénéficier de la reconnaissance et de la transcription en Suisse de son lien juridique avec l'enfant³⁷⁹. Tel n'est en revanche pas le cas pour le parent d'intention non génétique, le seul moyen pour lui d'être lié sur le plan juridique avec l'enfant étant de recourir à l'adoption de ce dernier en Suisse³⁸⁰.

Ajoutons encore que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment confirmé³⁸¹ que le droit au respect de la vie privée de l'enfant garanti par l'art. 8 CEDH n'était pas violé dans la mesure où le droit interne permettait de reconnaître, que ce soit de manière initiale ou ultérieure, le lien de filiation établi à l'étranger à l'égard du parent d'intention non génétique.

³⁷² ATF 141 III 312/JdT 2015 II 351, consid. 5.3 ; ATF 141 III 328/JdT 2016 II 179, consid. 6.5.

³⁷³ ATF 141 III 312/JdT 2015 II 351, consid. 6.2 ; ATF 141 III 328/JdT 2016 II 179, consid. 7.1 et 7.2. Le TF se réfère ici à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Menesson* et *Labassé* (CourEDH, *Menesson c. France*, arrêt du 26 juin 2014, no 65192/11 et CourEDH, *Labassé c. France*, arrêt du 26 juin 2014, no 65941/11) ; BOILLET/DE LUZE, p. 152.

³⁷⁴ En effet, le premier arrêt (ATF 141 III 312) a pour état de fait deux pères d'intention, dont l'un a fourni son sperme pour la conception et dans le second arrêt (ATF 141 III 328), aucun des parents d'intention, qui sont ici un homme et une femme, ne possède de lien génétique avec l'enfant car les gamètes proviennent de donneurs.

³⁷⁵ Dans l'ATF 141 III 312.

³⁷⁶ ATF 141 III 312/JdT 2015 II 351, consid. 6.2 : « Aus der Rechtsprechung des EGMR ist zu schliessen, dass es unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK nicht zulässig ist, ein Kindesverhältnis mit genetischem Bezug zwischen Kind und **Elternteil** aus Ordre public Gründen nicht anzuerkennen » / « Il n'est pas admissible (...) de ne pas reconnaître, au nom de l'ordre public, un lien de filiation de nature génétique entre l'enfant et un de ses **parents** ».

³⁷⁷ STEGMÜLLER, *Tourisme procréatif*, p. 150 ; GAURON-CARLIN, p. 91 ; BOILLET/DE LUZE, p. 169 et 170.

³⁷⁸ Selon les règles d'établissement de la filiation maternelle du Code civil suisse, une femme qui ne possède pas de lien biologique avec l'enfant ne peut normalement pas être considérée comme sa mère juridique (art. 252 al. 1 CC) ; STEGMÜLLER, *Tourisme procréatif*, p. 150

³⁷⁹ BOILLET/DE LUZE, p. 175.

³⁸⁰ ATF 141 III 328/JdT 2016 II 179, consid. 7.2 et 7.6.

³⁸¹ Cf. avis consultatif de la CourEDH (Grande Chambre, demande no P16-2018-001) du 10 avril 2019 et CourEDH, *C et E c. France*, décision du 12 décembre 2019, no 1462/18 et 17348/18.

Dès lors que le droit interne offre à ce parent d'intention la possibilité de devenir le parent juridique, que ce soit par la transcription de l'acte étranger dans les registres de l'état civil suisses ou par la voie de l'adoption, l'art. 8 CEDH est respecté. La jurisprudence du Tribunal fédéral est par conséquent conforme à la CEDH étant donné que l'adoption de l'enfant par le parent d'intention est toujours possible en Suisse, si les conditions de ce mode d'établissement de la filiation sont remplies évidemment³⁸².

Cela dit, cette jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas pleinement satisfaisante au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁸³. Elle peut en effet aboutir à ce que l'enfant se retrouve sans parents juridiques pendant un certain temps, les parents d'intention non reconnus étant obligés de passer par la voie de l'adoption pour établir un lien juridique avec l'enfant³⁸⁴. Cela n'est pas satisfaisant dans la mesure où ces parents sociaux s'occupent de l'enfant depuis sa naissance et qu'ils forment, dans les faits, une communauté familiale avec lui³⁸⁵. Le fait de ne pas reconnaître les liens de filiation établis à l'étranger entre l'enfant et ses parents d'intention ne va en aucun cas les empêcher de vivre ensemble mais va simplement rendre la situation de l'enfant plus précaire pendant toute la période précédant l'adoption. Ainsi, bien que la reconnaissance de la filiation étrangère et l'adoption aboutissent, *in fine*, à la même situation sur le plan juridique, l'adoption nécessite plus de temps et est plus incertaine que la reconnaissance. De ce fait, l'adoption est nettement moins favorable pour l'enfant, qui va de toute façon continuer de vivre avec ses parents sociaux³⁸⁶. On rappelle toutefois que les inconvénients liés à l'adoption doivent être relativisés, notamment au regard de l'art. 300 CC et de la possibilité pour le parent d'intention de rédiger un testament³⁸⁷. Par ailleurs, s'agissant du droit de séjour et de la nationalité, lorsque comme dans les deux affaires tranchées par le TF la maternité de substitution a été effectuée aux Etats-Unis³⁸⁸, l'enfant acquiert la nationalité américaine par sa naissance sur le sol américain³⁸⁹. De ce fait, il ne risque pas d'être apatride si aucun de ses parents d'intention n'est reconnu en Suisse.

Ces considérations faites, il faut néanmoins être conscient que plus la jurisprudence reconnaît de situations découlant de pratiques interdites par le droit suisse, plus ces interdictions suisses seront fragilisées dans la mesure où il convient alors de se demander s'il ne serait pas opportun de les autoriser afin d'éviter le tourisme procréatif et ces situations délicates³⁹⁰. En définitive, seules la coopération internationale et la conclusion de conventions empêchant que des rapports qui ne peuvent être reconnus en Suisse soient établis à l'étranger permettraient de résoudre le problème et d'éviter de se retrouver face à ces situations non satisfaisantes du point de vue de l'enfant³⁹¹. Dans ce sens, la Suisse s'est engagée dans le cadre de la Conférence de La Haye de

³⁸² GAURON-CARLIN, p. 89 et 90.

³⁸³ Certains auteurs ont considéré que cette jurisprudence accordait plus d'importance au contournement de la loi par les parents qu'au bien-être de l'enfant, lequel plaidait, dans les deux cas d'espèce traités par le Tribunal fédéral, en faveur d'une reconnaissance de la filiation étrangère en Suisse, cf. BÜCHLER, p. 378.

³⁸⁴ Et comme on l'a vu auparavant, l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption dure environ deux ans, cf. ASSOCIATION FAÏTIÈRE FAMILLES ARC-EN-CIEL, p. 13.

³⁸⁵ BOILLET/DE LUZE, p. 150 et 151.

³⁸⁶ BOILLET/DE LUZE, p. 151 et 152.

³⁸⁷ Ces éléments sont développés dans le chapitre 3.2 ci-dessus.

³⁸⁸ Dans l'Etat de Californie en l'occurrence.

³⁸⁹ Cette règle figure à la section 1 du 14^e amendement de la Constitution des Etats-Unis.

³⁹⁰ STEGMÜLLER, *Tourisme procréatif*, p. 151.

³⁹¹ BELSER/JUNGO, p. 216 ; Bericht zur Leihmutterchaft des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, p. 6 et 34.

droit international privé et des travaux visant à adopter un nouvel instrument multilatéral sur la maternité de substitution sont en cours³⁹².

3.5 Le statut juridique du parent d'intention en l'absence de lien de filiation

3.5.1 En général

La problématique du tourisme procréatif et des pratiques qui ont lieu en Suisse mais hors du cadre médical de la procréation médicalement assistée³⁹³ soulève la question du statut juridique de la personne qui souhaite devenir parent de l'enfant ainsi né mais qui n'est pas reconnu comme tel par le droit. Cette relation personnelle privilégiée entre l'enfant et le parent d'intention à l'égard duquel aucun lien juridique de filiation n'a été reconnu ou ne peut être établi existe néanmoins dans la réalité sociale et le droit se doit d'en tenir compte, dans une certaine mesure³⁹⁴. Nous allons passer en revue les différentes implications, d'un point de vue juridique, que ce parent « social » ou « de fait »³⁹⁵ peut avoir dans la vie de l'enfant.

Au préalable, il convient cependant de mentionner les différents cas de figure qui peuvent se présenter. Premièrement, le parent d'intention peut être marié avec le parent juridique de l'enfant. Dans ce cas, le Code civil prévoit quelques règles à son égard, en matière d'autorité parentale et d'entretien notamment. Deuxièmement, si le parent d'intention et le parent légal forment un couple homosexuel, ils peuvent avoir conclu un partenariat enregistré. Lorsque tel est le cas, la LPart est applicable et nous verrons que celle-ci reprend plus ou moins les dispositions du Code civil. À supposer maintenant que les parents n'aient conclu ni mariage, ni partenariat enregistré, mais soient simplement en concubinage, le statut du parent hors lien de filiation devient plus instable car les dispositions du Code civil et de la LPart ne lui sont pas applicables directement. Finalement, il se peut que le parent d'intention ne vive tout simplement pas en couple avec le parent juridique mais soit impliqué, d'une manière ou d'une autre, dans la vie de l'enfant car il a contribué à sa conception. Comme pour l'hypothèse du concubinage, la situation juridique de ce parent d'intention est assez précaire car le droit suisse ne la régit pas, à l'heure actuelle. Cette dernière hypothèse, qu'on retrouve parfois sous la terminologie de « coparentalité », sera expliquée un peu plus en détail par la suite.

3.5.2 L'autorité parentale

Il faut d'emblée mentionner que l'autorité parentale ne peut jamais, en tant que telle, être attribuée au parent d'intention car elle suppose l'existence d'un lien de filiation juridique avec l'enfant³⁹⁶. Par contre, lorsqu'il est marié ou en partenariat enregistré avec le détenteur de l'autorité parentale, le parent d'intention a le droit et le devoir de participer à la responsabilité parentale³⁹⁷. Les art. 299 CC, respectivement 27 al. 1 LPart, disposent en ce sens qu'il est tenu d'assister son conjoint ou son partenaire enregistré dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. Concrètement, cela signifie qu'il peut, et doit même, participer aux décisions qui concernent l'enfant, notamment s'agissant de son éducation.

³⁹² Cf. Bericht zur Leihmutterchaft des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, p. 34.

³⁹³ On pense notamment à tous les dons de sperme privés, pratiqués par le biais d'inséminations artisanales.

³⁹⁴ SOSSON, p. 860.

³⁹⁵ Ce sont les termes utilisés par LOMBARD, p. 728, pour décrire cette réalité.

³⁹⁶ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 296 N 9 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 296 N 6 ; MEIER/STETTLER, p. 385.

³⁹⁷ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 299 N 1 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 4, N 40 ; MEIER/STETTLER, p. 386.

Il ne peut en revanche en aucun cas imposer son point de vue au parent juridique, la décision finale n'étant pas de son ressort³⁹⁸. Quant au droit et au devoir de représentation, il concerne uniquement les cas où le titulaire de l'autorité parentale n'est pas atteignable alors qu'une décision urgente doit être prise pour l'enfant³⁹⁹. Ainsi, ce n'est que s'il y a péril en la demeure et que le consentement du parent juridique ne saurait être recueilli à temps, en raison d'une maladie ou d'une absence par exemple, que le parent d'intention est légitimé à prendre une décision au sujet de l'enfant⁴⁰⁰. Dans ce cadre, le parent d'intention doit toujours respecter la volonté exprimée ou présumée du parent juridique⁴⁰¹.

Maintenant, lorsque le parent d'intention n'est ni marié ni en partenariat enregistré avec le parent juridique, il n'est pas, selon la lettre de la loi, tenu à ces droits et devoirs d'assistance et de représentation. Néanmoins, il semble que s'il existe une communauté familiale de fait, l'art. 299 CC (dans l'hypothèse d'un couple hétérosexuel) ou l'art. 27 al. 1 LPart (si le couple est homosexuel) lui soit également applicable, par analogie⁴⁰².

Il faut encore préciser que ce pouvoir de représentation, qui consiste en une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, peut être élargi et s'étendre au-delà de ce que prévoit la loi. En effet, le titulaire de l'autorité parentale peut tout à fait autoriser le parent d'intention non juridique, par le biais d'une procuration, à le représenter pour d'autres actes qui concernent l'enfant⁴⁰³. Une telle procuration permet, cas échéant, de justifier les décisions prises par le parent non détenteur de l'autorité parentale au sujet de l'enfant lorsqu'il n'y a pas péril en la demeure⁴⁰⁴.

Enfin, si l'enfant n'a aucune filiation juridique⁴⁰⁵ il se peut encore que le parent d'intention soit désigné tuteur de l'enfant par l'autorité de protection, au sens de l'art. 327a CC, et qu'il puisse alors exercer tous les droits qui découlent de l'autorité parentale⁴⁰⁶. Il faut toutefois préciser que le parent d'intention n'a aucun droit à être désigné comme tel, la nomination du tuteur relevant exclusivement de la compétence de l'autorité de protection de l'enfant selon l'art. 400 CC⁴⁰⁷. L'autorité prendra néanmoins en compte les circonstances particulières du cas d'espèce et devra, si possible, accéder au souhait des personnes concernées⁴⁰⁸.

³⁹⁸ BOILLET/DE LUZE, p. 163 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 11, N 43.

³⁹⁹ MEIER/STETTLER, p. 857 et 858.

⁴⁰⁰ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 299 N 4 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 16, N 43 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 299 N 6 ; COPUR, p. 441.

⁴⁰¹ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 299 N 5 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 17, N 43 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 299 N 6 ; COPUR, p. 441.

⁴⁰² SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 299 N 1 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 7 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 299 N 2 ; COPUR, p. 448.

⁴⁰³ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 296 N 4.

⁴⁰⁴ COPUR, p. 442.

⁴⁰⁵ Et uniquement dans cette hypothèse car une tutelle ne peut être instaurée que si l'enfant n'est pas soumis à l'autorité parentale, cf. SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 296 N 5 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 327a N 11.

⁴⁰⁶ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 296 N 9 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 19 ; VEZ, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 299 N 3 ; MEIER/STETTLER, p. 386 et 387 ; BOILLET/DE LUZE, p. 164.

⁴⁰⁷ Applicable par renvoi de l'art. 327c al. 2 CC ; MEIER/STETTLER, p. 536 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 327a N 11.

⁴⁰⁸ Art. 401 CC, applicable par le renvoi de l'art. 327c al. 2 CC ; MEIER/STETTLER, p. 536.

3.5.3 Le devoir d'entretien

La loi consacre, à l'égard du conjoint et du partenaire enregistré du parent juridique, des obligations indirectes en relation avec l'entretien de l'enfant⁴⁰⁹. Tout d'abord, les art. 163 CC et 13 LPart disposent que chaque conjoint/partenaire doit contribuer à l'entretien de la famille/communauté. Dans la mesure où les conjoints/partenaires font ménage commun avec l'enfant, les dépenses faites pour ce dernier sont comprises dans cet entretien de la famille/communauté. Partant, le parent d'intention qui vit avec l'enfant est tenu, par ce biais, de participer au financement de son entretien⁴¹⁰.

Parallèlement à cela, le parent d'intention est tenu à un devoir d'assistance de son conjoint/partenaire dans son obligation d'entretien. Cette assistance, consacrée par les art. 278 al. 2 CC et 27 al. 1 LPart est toutefois subsidiaire à l'entretien dû par le parent légal dans la mesure où il faut que ce dernier ait épuisé la totalité de ses ressources financières pour que le parent d'intention y soit astreint⁴¹¹. Il faut encore relever qu'il s'agit véritablement d'une « assistance » au conjoint/partenaire et non d'une obligation directe à l'encontre de l'enfant, ce dernier ne pouvant en aucun cas exercer un « droit » à l'entretien envers son parent d'intention non juridique⁴¹². Ainsi, quand bien même le parent d'intention serait marié ou en partenariat enregistré avec le parent juridique et qu'il exercerait, dans les faits, le rôle de parent, aucun rapport de droit n'existe entre lui-même et l'enfant⁴¹³.

Dans un tel contexte, on imagine bien qu'en cas de simple concubinage avec le parent juridique, aucun devoir d'assistance ou d'entretien ne peut incomber au parent d'intention qui ne possède pas de lien juridique avec l'enfant⁴¹⁴. Il en va *a fortiori* de même pour le parent d'intention qui n'entretient aucune relation de couple avec le parent légal de l'enfant et pour toutes les communautés de vie de fait, en somme⁴¹⁵.

3.5.4 Les relations personnelles

Contrairement à ce que l'on vient de voir pour l'autorité parentale et l'entretien, le droit aux relations personnelles avec l'enfant est indépendant du fait que le parent d'intention soit marié, en partenariat enregistré, en concubinage⁴¹⁶ ou simplement proche du parent juridique de l'enfant. En effet, seul le lien affectif qui existe entre le parent d'intention et l'enfant est pris en compte dans ce contexte⁴¹⁷.

Ce droit aux relations personnelles, qui se caractérise dans la pratique par un droit de visite⁴¹⁸, est consacré par l'art. 274a CC et appartient à toute personne⁴¹⁹ qui entretient une relation

⁴⁰⁹ AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 20.

⁴¹⁰ COPUR, p. 442.

⁴¹¹ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 299 N 2 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 21 ; MEIER/STETTLER, p. 881 ; BOILLET/DE LUZE, p. 165.

⁴¹² AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 20 ; BOILLET/DE LUZE, p. 165 ; COPUR, p. 442 et 443.

⁴¹³ COPUR, p. 443 ; MEIER/STETTLER, p. 880.

⁴¹⁴ BOILLET/DE LUZE, p. 167.

⁴¹⁵ COPUR, p. 447 et 448.

⁴¹⁶ BOILLET/DE LUZE, p. 167 ; COPUR, p. 448.

⁴¹⁷ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 274a N 3.

⁴¹⁸ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 274a N 1 ; MEIER/STETTLER, p. 615.

⁴¹⁹ Que celle-ci soit apparentée ou non à l'enfant ; SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 274a N 3, N 4 ; LEUBA, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 274a N 4 ; MEIER/STETTLER, p. 629 et 630.

sociale étroite, dans les faits, avec l'enfant⁴²⁰. Le but de cette disposition est de protéger le rapport social qui a été établi entre le parent d'intention et l'enfant car d'un point de vue juridique, aucun lien n'existe entre eux⁴²¹. Grâce à cet article 274a CC, le lien social qui a été tissé à l'égard du parent non juridique est assurée sur le plan légal⁴²². Précisons encore que dans l'hypothèse où le parent d'intention est nommé tuteur de l'enfant par l'autorité de protection, au sens de l'art. 327a CC, il n'a pas besoin de passer par ce mécanisme des relations personnelles dès lors qu'il s'occupe déjà de l'enfant au quotidien⁴²³.

3.5.5 La coparentalité

Les projets de « coparentalité », que l'on retrouve surtout dans le contexte des familles homoparentales, désignent les situations où un homme et une femme sont parents d'un enfant sans pour autant former un couple⁴²⁴. Un tel projet de coparentalité ne peut se développer qu'en marge du cadre légal de la procréation médicalement assistée car comme on l'a vu seul un couple, qui plus est hétérosexuel, peut accéder à ces techniques de reproduction en Suisse. Ainsi, ces situations de coparentalité font souvent suite à des dons de sperme privés, pratiqués par les intéressés en dehors de tout cadre médical par le biais d'inséminations artisanales⁴²⁵. En pratique, un projet de coparentalité peut impliquer deux à quatre personnes, à savoir l'homme et la femme qui ont un lien biologique avec l'enfant et leurs éventuels partenaires respectifs⁴²⁶. Dès lors que plus de deux personnes sont concernées, on peut également parler de « multi-parentalité » ou de « parentalité multiple »⁴²⁷.

Dans ce contexte, plusieurs configurations sont envisageables. Par exemple, on peut imaginer qu'un homme qui a fait don de son sperme de manière privée à un couple de femmes homosexuelles soit investi, d'une manière ou d'une autre, dans la vie de l'enfant né grâce à son don⁴²⁸. L'enfant, fruit de ce projet parental, aura ainsi trois parents sociaux qui s'occuperont de lui. Il se peut également que deux couples homosexuels, l'un d'hommes et l'autre de femmes, se réunissent pour créer, à eux quatre, une famille et avoir un enfant ensemble⁴²⁹. Quatre personnes différentes seront alors impliquées dans la conception et la vie de cet enfant et auront un statut de « parent » vis-à-vis de celui-ci⁴³⁰.

Avec ces deux exemples, on se rend compte que dès qu'un don de sperme privé est effectué, plus de deux personnes peuvent éventuellement désirer jouer un rôle dans la vie future de l'enfant, nonobstant le fait que le droit ne reconnaîtra que deux d'entre elles. Dans un premier temps en tout cas, la parenté juridique est en effet attribuée d'une part à la femme qui a bénéficié de l'insémination artisanale et mis au monde l'enfant⁴³¹ et d'autre part à l'homme qui reconnaît

⁴²⁰ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 274a N 3, N 4 ; AFFOLTER/VOGEL, *Berner Kommentar*, art. 299 N 37.

⁴²¹ SCHWENZER/COTTIER, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, art. 274a N 3, N 5.

⁴²² LEUBA, *Commentaire romand – Code civil I*, art. 274a N 8 ; COPUR, p. 448.

⁴²³ BOILLET/DE LUZE, p. 167.

⁴²⁴ ASSOCIATION FAÏTIÈRE FAMILLES ARC-EN-CIEL, p. 7 ; LOMBARD, p. 731.

⁴²⁵ KESSLER, p. 384.

⁴²⁶ ASSOCIATION FAÏTIÈRE FAMILLES ARC-EN-CIEL, p. 7.

⁴²⁷ BÜCHLER, *Sag mir*, p. 1183.

⁴²⁸ NAY, p. 378 ; ASSOCIATION FAÏTIÈRE FAMILLES ARC-EN-CIEL, p. 7 ; KESSLER, p. 384.

⁴²⁹ NAY, p. 369 et 387 ; LOMBARD, p. 731.

⁴³⁰ KESSLER, p. 384.

⁴³¹ Selon l'art. 252 al. 1 CC.

ce dernier⁴³². Si le donneur de sperme ne reconnaît pas l'enfant en revanche, il sera possible pour la partenaire de la mère d'adopter cet enfant⁴³³. De manière identique, si le père biologique reconnaît l'enfant et que la femme qui a accouché renonce à son lien de filiation juridique⁴³⁴, le partenaire du père pourra établir un lien de filiation à l'égard de cet enfant par adoption. Ainsi, selon la forme que prend le projet de coparentalité et l'accord des parents impliqués, la filiation juridique de l'enfant peut être établie de différentes manières, mais toujours à l'égard de deux personnes au maximum⁴³⁵.

Ces projets de coparentalité, qui consistent à planifier un enfant, le mettre au monde et l'accompagner dans sa vie, en somme à fonder une famille, doivent être réglementés par le biais d'une convention privée liant tous les intéressés, étant donné que le droit suisse ne prévoit rien à ce sujet. Le contrat permet en effet de régler tout ce réseau de relations et de responsabilités vis-à-vis de l'enfant. Il reflète les engagements et la substance des relations de fait qui lient l'enfant aux personnes qu'il considère comme ses parents. Concrètement, la convention peut contenir des règles qui concernent l'entretien de l'enfant, sa résidence ou encore les droits de visite⁴³⁶. Un tel accord permet donc de contrecarrer, provisoirement, un effet précaire du cadre juridique actuel mais il reste insuffisant⁴³⁷ car les parties doivent penser à chaque aspect et tout repose sur la confiance mutuelle des uns et des autres⁴³⁸. Finalement, les projets et les conventions de coparentalité illustrent comment une famille peut se fonder au-delà du cadre juridique et des institutions de procréation médicalement assistée⁴³⁹.

3.5.6 La réglementation souhaitable de la relation d'intention

Avec ces développements sur le statut juridique du parent qui ne possède pas de lien de filiation au sens de la loi on constate que le droit suisse, en particulier s'agissant de l'autorité parentale et de l'entretien de l'enfant, est loin de consacrer un modèle où les droits et les devoirs parentaux ont pour critère de rattachement la relation sociale, affective avec l'enfant⁴⁴⁰. Les dispositions légales ne tiennent absolument pas compte, mis à part ce que l'on a vu à propos des relations personnelles, de toutes les communautés familiales de fait, qu'il s'agisse de concubinages ou de configurations pluri-parentales. L'enfant qui grandit dans de telles constellations familiales n'est pas suffisamment protégé par le droit et peut se retrouver dans une situation délicate dans la mesure où il ne peut exercer aucune prétention juridique, notamment en entretien, à l'encontre de son parent d'intention non juridique. Pour combler ces lacunes et éviter un vide juridique total, le règlement conventionnel de la situation par les personnes concernées semble être la seule solution. En effet, ce n'est que par le biais de conventions privées que les parents sociaux de l'enfant pourront s'engager juridiquement à son égard et que ce dernier pourra faire valoir de véritables droits⁴⁴¹.

⁴³² Selon l'art. 260 al. 1 CC ; LOMBARD, p. 747.

⁴³³ Selon l'art. 264c CC.

⁴³⁴ En consentant à l'adoption au sens de l'art. 265a al. 1 CC.

⁴³⁵ NAY, p. 388.

⁴³⁶ KESSLER, p. 384.

⁴³⁷ Notamment pour tous les aspects liés à la nationalité, au droit de séjour et aux droits successoraux, bien que ces derniers puissent être réglementés par la voie du testament, cf. chapitre 3.2 ci-dessus.

⁴³⁸ NAY, p. 381 et 389.

⁴³⁹ NAY, p. 389.

⁴⁴⁰ COPUR, p. 441.

⁴⁴¹ BOILLET/DE LUZE, p. 165 et 167 ; COPUR, p. 448.

En définitive, il est grand temps que le droit suisse s'intéresse à toutes ces constellations familiales, qui existent dans la réalité, et protège correctement la relation de fait qui existe entre l'enfant et son parent d'intention. La reconnaissance d'un statut juridique duquel découlerait des droits et des obligations à l'égard de ce parent apparaît désormais nécessaire pour garantir à l'enfant une plus grande sécurité sociale, sur le plan juridique⁴⁴². De surcroît, il ne faut pas oublier le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui postule évidemment pour un tel renforcement légal de la relation effectivement vécue, la stabilité des liens étant l'une des bases pour un développement adéquat de l'enfant⁴⁴³. Ainsi, la réglementation de ces diverses réalités ne peut être évitée et il appartient au législateur suisse de déterminer à quel niveau et de quelle manière il convient de le faire.

S'agissant des cas de coparentalité par exemple, il y a en effet deux « modèles » que l'on peut imaginer pour refléter et tenir compte de l'implication de ces parents d'intention dans le développement de l'enfant. La première alternative consisterait à prévoir la possibilité d'assigner, dès la naissance, plusieurs parents légaux à un enfant (« multi-parenté ») et la seconde alternative, située sur un autre plan, de simplement définir les droits et les obligations des personnes qui ont l'intention de s'occuper de l'enfant et qui jouent un rôle important vis-à-vis de celui-ci (« multi-parentalité »)⁴⁴⁴. Cette deuxième option, qui consisterait à créer un statut juridique différent de celui des parents légaux semble plus « abordable » pour le droit suisse, étant donné qu'on en resterait au principe selon lequel un enfant a, en principe, deux parents juridiques au maximum et non plusieurs. L'introduction de la multi-parenté légale suppose en effet un changement dans les mentalités et une grande réforme du système actuel⁴⁴⁵. Mais justement, comme une telle réforme du droit de la filiation est en cours, la situation juridique pourrait bien évoluer sur ce plan-là, surtout que la question de savoir s'il faut prévoir une multi-parenté ou seulement une multi-parentalité constitue l'un des enjeux principaux de la révision.

4 Conclusion

Le droit suisse actuel régit la procréation médicalement assistée de manière très prudente et restrictive. L'on a pu constater, en examinant les conditions imposées aux individus pour y accéder ainsi que les pratiques interdites, que le législateur n'entend pas faire de ces techniques médicales d'aide à la procréation une « normalité » et a pour but premier d'assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille ainsi que d'éviter les abus qui pourraient être engendrés⁴⁴⁶. Si ce but n'est absolument pas contestable, il faut tout de même admettre que le droit suisse ne tient pas suffisamment compte des réalités sociales actuelles et qu'il est par conséquent nécessaire d'en réformer certains aspects pour l'adapter à celles-ci. Notamment, l'exclusion de principe des personnes seules et des couples homosexuels de la procréation médicalement assistée, la réserve de la pratique du don de sperme aux seuls couples mariés ainsi que l'interdiction des dons d'ovules et des dons d'embryons surnuméraires sont autant de restrictions à la liberté personnelle des individus qui ne sont plus soutenables à l'heure actuelle.

⁴⁴² SOSSON, p. 860.

⁴⁴³ COPUR, p. 449.

⁴⁴⁴ BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 6 et 57.

⁴⁴⁵ La consécration de la multi-parenté légale suppose en effet que d'autres étapes soient franchies au préalable, notamment celles de l'admission du mariage et de l'adoption conjointe pour les couples homosexuels ainsi que l'accès au don de sperme pour les couples lesbiens, cf. KESSLER, p. 395.

⁴⁴⁶ Cf. art. 1 al. 2 LPMA.

Quant aux enjeux en matière de filiation, ils sont évidemment étroitement liés à ces nombreuses restrictions. Par conséquent, une éventuelle réforme du droit suisse de la procréation médicalement assistée ne peut pas s'envisager sans une adaptation du droit de la filiation, laquelle est par ailleurs actuellement en cours d'élaboration. Dans ce cadre, il s'agira de tenir compte du fait que la procréation médicalement assistée, en permettant d'influer sur la filiation biologique et de dissocier cette dernière de la filiation socio-affective, appelle à reconsidérer la pondération de ces deux types de filiation dans la notion juridique de filiation. En effet, l'intention et la volonté des parents d'assumer la responsabilité de l'enfant s'avère être, dans ce contexte, l'aspect le plus important et le plus susceptible de garantir l'intérêt de l'enfant. Pour tenir compte au mieux du bien de l'enfant, il s'agirait alors de placer cette intention et cette volonté des parents au centre du concept juridique de filiation.

Enfin, la problématique du tourisme procréatif met en lumière l'inadéquation du droit suisse par rapport à la réalité sociétale. Il n'est pas question d'autoriser en Suisse tout ce qui est permis à l'étranger mais plutôt de reconsidérer certaines des interdictions consacrées par le droit actuel en se demandant si elles sont toujours justifiées. Par ailleurs, la réglementation de la procréation médicalement assistée se doit de tenir compte des réalités factuelles pour être efficace. Une législation décalée par rapport à la société aboutit en effet à des situations juridiques insatisfaisantes du point de vue du bien de l'enfant.

5 Table des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral publié au Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101
cf.	confer
ch.	chiffre
consid.	considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l’homme
Cst. féd.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd.), RS 101
éd.	édition(s)
édit.	éditeur(s)
FamPra.ch	La Pratique du Droit de la Famille
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), RS 291
let.	lettre
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004 (LPart), RS 211.231
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA), RS 810.11
LRCS	Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003 (LRCS), RS 810.31
MCF	Message du Conseil fédéral

N	Numéro(s)
no	numéro(s)
p.	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle (AJP)
RDS	Revue de droit suisse (ZSR)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (SJZ)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral

6 Bibliographie⁴⁴⁷

AFFOLTER Kurt/VOGEL Urs, *Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB - Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB - Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB*, Berner Kommentar, Stämpfli Berne 2016, art. 299 CC, art. 300 CC, art. 327a CC

ASSOCIATION FAÏTIÈRE FAMILLES ARC-EN-CIEL, *La brochure d'information Familles arc-en-ciel, version Canton de Vaud*, janvier 2018, disponible sous : <https://www.regenbogenfamilien.ch/fr/medien/publikationen/> (consulté le 23 avril 2020)

BELSER Eva Maria/JUNGO Alexandra, *Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit - Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken*, RDS, Band 135 (2016) I Heft 3, p. 175 ss

BELSER Eva Maria/MOLINARI Eva, in : WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édit.), *Basler Kommentar - Bundesverfassung*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2015, art. 119 Cst. féd.

BOILLET Véronique/DE LUZE Estelle, *Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse : analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in : BOILLET Véronique/ROCA I ESCODA Marta/DE LUZE Estelle, *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Helbing Lichtenhahn, Anthemis Bâle 2018, p. 143 ss

BREITSCHMID Peter, in : GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christina (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018, art. 264 CC, art. 264b CC, art. 264c CC, art. 267 CC

BÜCHLER Andrea, *Das Recht der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz*, RSJ 115/2019, p. 375 ss

BÜCHLER Andrea, *Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege feranda*, Avis de droit, Bundesamtes für Gesundheit Zürich 2014 (cité : BÜCHLER, *Die Eizellenspende*)

BÜCHLER Andrea, *Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit*, PJA (2004) no 10, p. 1175 ss (cité : BÜCHLER, *Sag mir*)

BÜCHLER Andrea/BERTSCHI Nora, *Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?*, FamPra.ch 2013, p. 33 ss

⁴⁴⁷ En raison des mesures sanitaires prises en lien avec la pandémie de COVID-19, en particulier de la fermeture des bibliothèques, certains écrits doctrinaux étaient inaccessibles au moment de la rédaction du présent travail et n'ont par conséquent pas pu y être intégrés. Il s'agit des ouvrages suivants : BEN-AM Moshe, *Gespaltene Mutterschaft*, Helbing Lichtenhahn Bâle 1998 (thèse) / BERTSCHI Nora, *Leihmutterschaft : Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, Schulthess Zürich 2014 (thèse) / BUCHLI-SCHNEIDER Franziska, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Stämpfli Berne 1987 (thèse) / COULON Aurélie, *La procréation médicalement assistée*, Planète Santé Chêne-Bourg 2017 / MANDOFIA BERNEY Marina, *Vérités de la filiation et procréation médicalement assistée : étude des droits suisse et français*, Helbing Lichtenhahn Bâle 1993 (thèse) / MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (thèse).

BÜCHLER Andrea/CLAUSEN Sandro, *Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?*, FamPra.ch 2014, p. 231 ss

BÜCHLER Andrea/SCHMUCKI Antonella, *Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht*, FamPra.ch 2020, p. 1 ss

COPMA (éd.), *Droit de la protection de l'enfant – Guide pratique avec modèles*, Zurich/St-Gall 2017, p. 266 ss

COPUR Eylem, *Homoparentalité*, in : ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/COPUR Eylem Ayse (édit.), *Droit LGBT*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2015, p. 435 ss

COTTIER Michelle, *Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie :Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich*, in : SCHWENZER Ingeborg/BÜCHLER Andrea/FRANKHAUSER Roland, *Siebte Schweizer Familienrecht§Tage*, Stämpfli Berne 2014, p. 3 ss

DEVAUD Coralie, *L'information en droit médical – Etude de droit suisse*, Thèse, Schulthess Genève 2009, p. 221 ss

FOUNTOULAKIS Christina, *L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation*, FamPra.ch 2011, p. 247 ss

GALLMETZER Evelyn, *Ausgewählte rechtliche Folgen der Öffnung der Ehe (und eingetragenen Partnerschaft) unter besonderer Berücksichtigung des Kindesrechts*, FamPra.ch 2019, p. 84 ss

GAURON-CARLIN Sabrina, *La gestation pour autrui : état des lieux en Suisse et réflexions prospectives*, SJ 2019 II p. 75 ss

GUILLOD Olivier, *Filiation, génétique et procréation médicalement assistée*, in : GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états*, Neuchâtel/Genève 2014, p. 145 ss

GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, *Droit des familles*, 5^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018

JUD Andreas/MITROVIC Tanja/ROSCH Daniel, *Praxis des KESB im Umgang mit Feststellungen des Kindesverhältnisses, Ergebnisse einer schweizweiten Onlinebefragung*, FamPra.ch 2017, p. 675 ss

JUNOD Valérie/WUNDER Dorothea/HURST Samia, *Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité*, Jusletter 27 août 2018

KESSLER Guillaume, *La multiparenté*, FamPra.ch 2020, p. 380 ss

LEUBA Audrey, in : PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (édit.), *Commentaire romand – Code civil I – Art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2010, art. 274a CC

LOMBARD Alexandre, *La filiation pour les couples de même sexe sous l'angle du bien de l'enfant*, FamPra.ch 2017, p. 725 ss

- MANAI Dominique, *Droits du patient face à la biomédecine*, 2^{ème} éd., Stämpfli Berne 2013
- MARGOT Lisa, *Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée*, FamPra.ch 2017, p. 696 ss
- MEIER Philippe/STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, 6^{ème} éd., Schulthess Genève/Zurich/Bâle 2019
- NAY Eveline Y., *Que(e)r zum Recht?*, FamPra.ch 2013, p. 366 ss
- REUSSER Ruth/SCHWEIZER Rainer J., in : EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A. (édit.), *St. Galler Kommentar – Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3. Auflage, Dike/Schulthess Zürich 2014, art. 119 Cst. féd.
- RUMO-JUNGO Alexandra, *Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, FamPra.ch 2014, p. 838 ss
- SAVIOZ-VIACCOZ Valérie, *Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée*, in : *Le consentement en droit*, Schulthess éd. romandes Genève, 2018, p. 183 ss
- SCHWENZER Ingeborg/COTTIER Michelle, in : GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christina (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018, art. 252 CC, art. 255 CC, art. 256 CC, art. 260 CC, art. 274a CC, art. 296 CC, art. 299 CC
- SOSSON Jehanne, *Les relations parents-enfants en Europe : tendances progressistes versus conservatisme?*, FamPra.ch 2014, p. 854 ss
- STAUFFER Vincent, *Les secrets et la détermination des liens biologiques entre individus par des tests génétiques*, in : ZEN-RUFFINEN Piermarco (édit.), *Les secrets et le droit*, Schulthess Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 167 ss
- STEGMÜLLER Tiffaine, *Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)*, in : *Le consentement en droit*, Schulthess éd. romandes Genève, 2018, p. 155 ss
- STEGMÜLLER Tiffaine, *Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF*, in : *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Schulthess éd. romandes Genève 2016, p. 133 ss (cité : STEGMÜLLER, *Tourisme procréatif*)
- VEZ Parisima, in : PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (édit.), *Commentaire romand – Code civil I – Art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2010, art. 267 CC, art. 296 CC, art. 299 CC, art. 300 CC
- ZIEGLER Andreas R., *« Ehe für alle » und Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz*, Jusletter 8 avril 2019