

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

541 *Laura Jessica Zürcher*: Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?

570 *Gaëlle Droz-Sauthier et al.*: Mesures de protection de l'enfant en cas de violence dans le couple parental: de la Convention d'Istanbul au droit suisse. Analyse et propositions

599 *Véronique Boillet/Marta Roca i Escoda*: Établissement de la filiation en Suisse en cas de gestation pour autrui à caractère international: considérations sociojuridiques des apports corporels et des statuts genrés

616 *Manuel Duss*: Anmerkungen zur Behandlung von Kryptowährungen im Güterrecht

647 *Andreas Bucher*: Nur Männlein und Weiblein?

665 *Valerio Priuli*: Die Rechtsprechung des Jahres 2023 im familienbezogenen Migrationsrecht

690 *Nina Dethloff/Felix Leven*: «Unterstützen vor Vertreten» in der rechtlichen Betreuung – Kernpunkte und Grundprinzipien des deutschen Erwachsenenschutzrechts nach der grossen Reform 2023

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

711 Gesetzgebung – Législation – Legislazione

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

726

## HERAUSGEGEBEN VON

MICHELLE COTTIER  
ROLAND FANKHAUSER

## BEGRÜNDET VON

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER

## Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

## Redaktionsmitglieder

Christine Arndt  
Margareta Baddeley  
Sabrina Burgat  
Linus Cantieni  
Jeanne DuBois  
Christiana Fountoulakis  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Alexandra Jungo  
Karin Meyer  
Margot Michel  
Daniel Rosch  
David Rüetschi  
Joachim Schreiner  
Jonas Schweighauser  
Heidi Simoni



## IMPRESSUM

25. Jahrgang – Année – August – Août – Agosto  
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale  
Zitervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch  
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

Herausgegeben von	Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch Prof. Dr. Roland Fankhauser, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, CH-Schweiz, E-Mail: roland.fankhauser@unibas.ch
Begründet von	Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: ingeborg.schwenzer@unibas.ch Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: Ist.buechler@rwi.uzh.ch
Schriftleitung	Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@svwam.ch, fampra-ius@unibas.ch
Redaktion	lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Prof. Dr. iur. Sabrina Burgat; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; lic. iur. Karin Meyer, Rechtsanwältin; Prof. Dr. Margot Michel; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. phil. Heidi Simoni, Fachpsychologin für Psychotherapie FSP.
Verlag	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 25 E-Mail: verlag@staempfli.com Internet: <a href="http://www.staempfliverlag.ch">www.staempfliverlag.ch</a>
	Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.
Inserate	Stämpfli Kommunikation, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 82 E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnemente	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 25 E-Mail: zeitschriften@staempfli.com



**Der Schreiber** steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

**Le scribe** symbolise notre volonté de produire, en collaboration avec nos auteurs, du contenu d'exception.

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 497.– (Print und Online), Online Sfr. 428.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 139.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus € 519.–, Online € 428.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 2 mois avant la fin de l'abonnement.

# Établissement de la filiation en Suisse en cas de gestation pour autrui à caractère international : considérations sociojuridiques des apports corporels et des statuts genrés

Véronique Boillet, professeure ordinaire, Université de Lausanne

Marta Roca i Escoda, professeure associée, Université de Lausanne

---

**Mots-clés :** GPA, maternité et paternité, filiation, genre, discrimination.

**Stichwörter :** Leihmutterchaft, Mutterschaft und Vaterschaft, Kindesverhältnis, Gender, Diskriminierung.

---

## I. Introduction

Le système juridique suisse d'attribution de la filiation a été construit sur une vision genrée et hétéronormative selon laquelle la maternité est un fait biologique – le fait de porter l'enfant légitime la femme à obtenir le titre juridique de mère (art. 252 al. 1 CC) – alors que la paternité est avant tout un fait sociojuridique<sup>1</sup>. En droit suisse, un homme a trois manières de devenir père juridique : 1) être marié à la mère biologique de l'enfant (art. 255 al. 1 CC), 2) le reconnaître devant l'officier d'état civil (art. 260 CC), ou 3) être jugé comme géniteur de l'enfant (art. 261 CC). À noter toutefois que le géniteur ne peut pas être reconnu contre la volonté du mari en raison de l'importance donnée aux liens du mariage et à la présomption de paternité (art. 256 al. 1 *a contrario* CC).

Malgré les progrès techniques et l'évolution récente de la législation suisse qui a ouvert le mariage aux couples de même sexe et donné l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes mariées (art. 3 al. 2 LPMA<sup>2</sup> et art. 255a CC), le Code civil maintient une définition différenciée des liens juridiques de filiation. Alors que le droit se fonde sur le critère biologique pour présupposer que l'enfant est naturellement lié à sa mère à la naissance, il se fonde sur le critère social du mariage pour identifier le père : la présomption de paternité, ou présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, continue à être la règle en droit actuel<sup>3</sup>. La preuve de la filiation par le mariage présume de surcroît l'existence d'une filiation par apport génétique. La présomption est une technique probatoire qui consiste à déduire

---

1 STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontalière et filiation de l'enfant, thèse, Fribourg 2020, 52 ss.

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

3 SPRUMONT ET AL., Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre juridique, PJA 2003, p. 1282 ; STEGMÜLLER (n. 1), 57.

d'un fait connu un fait inconnu. Le fait inconnu – qui aujourd'hui peut être prouvé, et donc connu – est la preuve biogénétique de la filiation<sup>4</sup>. En d'autres termes, bien qu'il soit aujourd'hui possible de définir le lien biogénétique du père, le droit maintient le système de présomption, au risque que le lien paternel ne reflète pas la réalité de l'apport génétique<sup>5</sup>. Cette présomption impliquant une dissociation entre le droit et la réalité continue par ailleurs à être la règle lorsque les couples hétérosexuels recourent à un don de sperme<sup>6</sup> mais est refusée à certains couples de femmes. En effet, s'il faut saluer le fait que le droit civil s'est récemment modernisé, il n'en demeure pas moins que certaines différences de traitements subsistent<sup>7</sup>. Lorsque des couples de femmes entreprennent un parcours de PMA, la conjointe de la mère biologique obtient automatiquement le statut de seconde mère uniquement lorsque le recours au don de sperme s'est déroulé dans le cadre d'une clinique de fertilité suisse reconnue<sup>8</sup>. À défaut, la mère sociale mariée à la mère biologique doit, contrairement au père dans un tel cas de figure (art. 255 al. 1 CC), procéder par la voie de l'adoption.

On voit donc que le recours à la procréation médicalement assistée soulève des difficultés en ce sens que les constellations familiales et les apports corporels ne correspondent pas aux catégories pensées par le législateur. Cela est d'autant plus vrai en matière de GPAI. Dans la « production d'enfants »<sup>9</sup>, les techniques de PMA permettent en effet de dissocier la procréation, c'est-à-dire la maternité génétique, de la gestation, et de faire concourir plusieurs personnes et apports corporels à la procréation : du côté des femmes, celle qui désire devenir mère et élever l'enfant (la mère d'intention), celle qui fournit l'apport génétique (la donneuse d'ovocyte) et celle qui le porte (la gestatrice)<sup>10</sup>. Du côté des hommes, celui qui désire devenir père et élever l'enfant et celui qui fournit l'apport génétique (le donneur de sperme)<sup>11</sup>. Suivant les cas, ces différentes figures peuvent être incarnées par une ou plusieurs personnes. À

---

4 ROCA I ESCODA, Les passes et les impasses dans l'évolution juridique de la filiation monosexuée en Espagne, Belgique et France, in : NICOLE GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2012, 339 ss. Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral suisse (TF, 18.12.2017, 5A\_332/2017).

5 GAY, L'établissement de la filiation à l'égard du second parent de lege lata et de lege ferenda, thèse, Berne 2023, 93 ; MESNIL, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, thèse, Neuchâtel 2018, 63 ss.

6 GAY (n. 5), 93 et 298 ss ; STEGMÜLLER (n. 1), 61 ss.

7 En Suisse, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe a été approuvée par voie référendaire le 21 septembre 2021. La loi est entrée en vigueur en juillet 2022, FF 2021 2631.

8 Conformément aux dispositions de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (art. 255a al. 1 CC).

9 Terme pris du titre du numéro de la revue *Nouvelles Questions Féministes* « La production d'enfants », volume 30 N° 1/2011 coordonné par Françoise Messant, Marianne Modak, Anne-Françoise Praz.

10 Concernant « l'indivisibilité de la maternité » en droit suisse, cf. MESNIL (n 5), 231 ss.

11 BOILLET/DE LUZE, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ?, Jusletter du 5 octobre 2015, § 4.

cela s'ajoute la dimension de l'interdit propre à la GPAI, et les valeurs qui le sous-tendent. En effet, en droit suisse, la gestation pour autrui est prohibée au niveau constitutionnel et légal (art. 119 al. 2 let. d Cst. féd<sup>12</sup>. et 4 LPMA) au motif de protéger la dignité de la gestatrice<sup>13</sup>, la dignité de l'enfant<sup>14</sup> et l'intérêt supérieur de ce dernier<sup>15</sup>.

Fortes de ce constat, nous nous interrogeons sur le rôle que joue le droit aujourd'hui dans l'attribution de la filiation face à la multiplication et l'éclatement des modalités de procréation. Plus particulièrement dans le domaine de la GPAI, nous examinons comment le droit compose avec ces dissociations. Autrement dit, comment les apports corporels, les fonctions et les statuts sont mobilisés dans la procréation et quelle hiérarchie est établie en droit de la filiation entre les apports génétiques, biologiques et la dimension volitive (intention). Nous allons montrer que cette mobilisation du droit n'est pas neutre en termes de genre. L'analyse des arrêts rendus par le Tribunal fédéral et de la doctrine suisse et européenne nous permettra d'identifier comment l'attribution de la paternité et de la maternité dans les cas de GPAI est fondée sur des présupposés genrés que des notions juridiques telles que l'*ordre public* ou l'*intérêt supérieur* de l'enfant permettent de renforcer. Ces prémisses normatives sont indéterminées et la marge d'interprétation a des conséquences non négligeables en termes de discriminations.

## II. La jurisprudence du Tribunal fédéral sur les cas de GPAI

En matière de GPAI, le Tribunal fédéral (TF) a, à ce jour, rendu dix arrêts (cf. tableau en annexe). Il faut toutefois noter que deux affaires ont donné lieu à plusieurs arrêts. Cinq affaires ont trait à des GPAI effectuées aux USA, deux en Géorgie<sup>16</sup>. Cet élément géographique joue un rôle très important d'un point de vue procédural dans la mesure où la filiation est établie à la suite d'un jugement aux USA alors qu'en Géorgie (tout comme en Russie ou Ukraine), les parents d'intention y sont automa-

---

12 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

13 Il s'agit d'éviter toute instrumentalisation de son corps, toute éventuelle contrainte imposée par les parents d'intention relative à son mode de vie et d'éviter de la confronter au choix entre le respect de ses engagements et le lien qu'elle a développé avec l'enfant qu'elle porte, Conseil fédéral, Rapport du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution, 5 ss.

14 L'enfant ne doit pas être réduit au statut de marchandise, Conseil fédéral, op. cit., 6.

15 L'enfant ne doit pas subir les confits liés à la détermination des liens de filiation et ne doit pas voir son identité perturbée en raison de la multiplicité des parents biologiques, juridiques et sociaux, Conseil fédéral, op. cit., 6.

16 À noter que la Suisse a fait l'objet d'une condamnation par la CourEDH en raison de la durée de la procédure d'adoption (plus de 7 ans) due en partie au fait que le couple d'hommes a dû attendre l'entrée en vigueur de la révision du Code civil ouvrant l'adoption aux couples de même sexe pour lancer ladite procédure, cf. CourEDH, D. B. c. Suisse, 22 novembre 2022.

tiquement déclarés parents juridiques du fait de la loi<sup>17</sup>. Trois affaires visent des couples d'hommes et quatre des couples hétérosexuels. S'agissant des liens génétiques, les modalités de procréation suivantes sont traitées : trois cas concernent deux pères, dont l'un présente un lien génétique avec l'enfant, et quatre cas visent des couples hétérosexuels. Parmi ces derniers, l'un des cas est constitué d'un couple sans liens génétiques avec l'enfant, deux cas concernent un couple dont seul le père présente un lien génétique et un cas a trait à une mère et père génétiquement liés à l'enfant. À noter que la gestatrice n'a, dans aucun des cas, de liens génétiques avec les enfants, puisque les ovocytes proviennent d'une donneuse anonyme ou de la mère d'intention.

Lorsqu'il est question de deux pères, seul le père génétique est reconnu, le second devant mener une procédure d'adoption. Ces cas de GPAI se sont tous passés aux USA. Dans ces affaires, la gestatrice ne s'est pas vu imposer un statut juridique à l'égard des enfants nés<sup>18</sup>. S'agissant des couples hétérosexuels, l'approche du TF est plus empruntée. Pour la GPAI pratiquées aux États-Unis, le TF se fonde sur les liens génétiques : il reconnaît la filiation à l'égard du père génétique et renvoie la mère ou le père d'intention sans lien génétique à la procédure d'adoption<sup>19</sup>. Dans les situations où le lien génétique est reconnu à l'égard de l'homme, la mère d'intention (non génétique) est renvoyée à l'adoption. En cas de GPAI pratiquées en Géorgie, le TF adopte une autre approche. Considérant que la situation est différente de celles des États-Unis en raison de l'absence de jugement constatant le lien de parenté, la Haute Cour suisse adopte un raisonnement juridique différent : elle ne procède pas par la reconnaissance, mais applique le Code civil suisse aux diverses modalités de procréation. Ainsi, alors même que dans un cas, tant la mère que le père présentent un lien génétique avec l'enfant, c'est la femme gestatrice qui est qualifiée de mère juridique de l'enfant né par GPAI conformément au principe *mater semper est*. S'agissant du père génétique, l'instance précédente ayant considéré que le contrat de GPAI constituait une reconnaissance valable au regard du droit suisse et ce point n'ayant pas été contesté dans le cadre du recours, le TF ne le remet pas en question. La mère génétique est quant à elle renvoyée à la procédure d'adoption de l'enfant de son conjoint (art. 264c ss CC), aucune procédure de reconnaissance de filiation n'étant ouverte aux femmes selon le droit suisse. Dans le second cas, un lien juridique de parenté a uniquement été établi à l'égard de la gestatrice en application du droit suisse. Si la gestatrice n'est pas mariée – c'est-à-dire qu'aucune présomption de paternité ne s'applique à son époux –, le père génétique d'intention peut être inscrit comme père ju-

17 Il ne s'agit donc pas de « décisions » étrangères au sens de la loi fédérale sur le droit international privé, dont la reconnaissance en Suisse supposerait qu'elles soient compatibles avec l'« ordre public » suisse (valeurs juridiques et éthiques fondamentales). Dans les affaires géorgiennes, se pose la question du droit applicable, le droit suisse en l'espèce selon le TF.

18 ATF 141 III 312 ; TF, 21.12.2017, 5A\_912/2017.

19 Dans l'ATF 141 III 328, l'enfant n'a pas de parents, faute de liens génétiques.

ridique. Si tel n'a pas d'emblée été le cas, le TF souligne que le père d'intention peut immédiatement procéder à l'établissement de sa paternité juridique en reconnaissant l'enfant devant les autorités suisses. La mère d'intention est quant à elle invitée à passer par la procédure d'adoption.

### III. Le processus d'interprétation par le Tribunal fédéral

Est-il bien nécessaire de le rappeler, la grande majorité des lois sont sujettes à une grande marge d'interprétation lors de leur application<sup>20</sup>. Elles contiennent en effet des notions juridiques indéterminées dont le sens doit être défini par les autorités d'application du droit<sup>21</sup>.

Lorsque le texte d'une loi n'est pas clair d'emblée, il y a alors lieu de trouver son sens en recourant aux méthodes classiques d'interprétation, que sont l'interprétation historique – qui se fonde notamment sur les travaux préparatoires pour identifier la volonté du législateur –, l'interprétation systématique – qui consiste à examiner le contexte juridique dans lequel s'inscrit la norme dans un objectif de cohérence –, et l'interprétation téléologique – qui se fonde sur le but de la loi et permet de faire évoluer son sens au regard des changements sociétaux<sup>22</sup>. Dans sa jurisprudence, le TF applique le « pluralisme des méthodes » en rappelant qu'aucune des méthodes ne prime les autres<sup>23</sup>; et complète le processus interprétatif par le recours au principe de l'interprétation conforme à la Constitution fédérale ainsi qu'au droit international<sup>24</sup>. Il s'agit alors de trouver le sens qui permet à la loi de rang inférieur de respecter le droit de rang supérieur<sup>25</sup>. En d'autres termes, lorsque plusieurs sens se déduisent de la loi, il y a lieu de préférer celui qui permet de se conformer à la Constitution fédérale et au droit international<sup>26</sup>, par exemple en ce qui nous concerne, la Convention européenne des droits de l'homme<sup>27</sup>.

Si l'on se penche sur le corpus d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral en matière de GPAI, l'on constate immédiatement la présence de nombreuses notions juridiques

---

20 CHEVALLIER, *Les interprètes du droit, La doctrine juridique*, Paris 1993, 270 ss.

21 MOOR, *Le droit et ses limites : le juridique et le non-juridique*, *International Journal for the Semiotics of Law* 2022 (35), 71 ss; PERRIN, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? : quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse*, Genève 1982, 17 ss; ROLLAND, *Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers*, *Revue générale de droit* 2005, 538.

22 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif – Les fondements*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, 129. ATF 149 II 43 c. 3.2 et les références citées.

24 ATF 146 V 224 c. 4.5.1 et les références citées; ATF 139 I 16 c. 4.3.3.

25 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, (n 22), 130.

26 TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2018, 436.

27 MARGARIA, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is <New> ? The ECtHR's First Advisory Opinion*, *Medical Law Review* 2020, 413 ss.

indéterminées devant donner lieu à une interprétation. Ainsi, dans les arrêts rendus en lien avec des GPAI effectuées aux USA, le TF a dû examiner la conformité des jugements états-uniens avec « l'ordre public suisse »<sup>28</sup>. Dans les arrêts concernant des cas géorgiens, la marge d'appréciation visait plus particulièrement l'interprétation des critères de rattachement<sup>29</sup> consacrés par la loi sur le droit international privé<sup>30</sup>. Dans l'ensemble des cas, le TF bénéficiait d'une marge d'interprétation relative à la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>31</sup>. Cette latitude donnée aux juges n'est pas sans conséquences dans les cas des jugements de GPAI que nous avons analysés. En effet, la Cour suprême aurait pu faire usage de son pouvoir d'appréciation<sup>32</sup> pour proposer un résultat plus protecteur de l'ensemble des liens familiaux constitués à l'étranger et des droits fondamentaux y relatifs. En effet, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, ces arrêts ont fait l'objet de nombreuses critiques de la doctrine<sup>33</sup>, notamment au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>34</sup>, de la protection de la vie privée et familiale<sup>35</sup>, de l'interdiction de discrimination<sup>36</sup> et de l'interdiction de l'apatridie<sup>37</sup>. Si les jugements du TF rendus en lien avec les GPAI américaines semblent conformes à la jurisprudence de la CourEDH<sup>38</sup>, il n'en demeure pas moins qu'ils auraient pu proposer une interprétation différente des notions d'ordre public et d'inté-

- 
- 28 BOILLET/DE LUZE, Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse : analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in : BOILLET/ROCA I ESCODA/DE LUZE (dir.), *Gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Bâle 2018, 148 ss.
- 29 STEGMÜLLER (n. 1), 266.
- 30 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291.
- 31 BOILLET/DE LUZE (n. 28), 148.
- 32 SPIRE, L'application du droit des étrangers en préfecture, *Politix* 2005, p. 12-13.
- 33 Voir notamment BÜCHLER/MARANTA, Nr. 2 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 21. Mai 2015 i. S. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, handelnd durch das Bundesamt für Justiz gegen A. B., C. B. – E., D. B. – 5A\_748/2014, *FamPra.ch* 2016, 236-253 ; HOTZ, Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmatterschaftsurteil des Bundesgerichts, II. zivilrechtliche Abteilung, vom 21. Mai 2015 (BGer 5A\_748/2014), publiziert am 29. Juli 2015, zur Publikation vorgesehen. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, handelnd durch das Bundesamt für Justiz c. 1. A. B., 2. C. B.-E., 3. D. B., *PJA* 2015, 1325-1336 ; BOILLET/DE LUZE (n. 28) ; STEGMÜLLER (n. 1), 231 ss.
- 34 Art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), RS 0.107.
- 35 Art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.
- 36 Art. 14 CEDH.
- 37 Art. 24 al. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), RS 0.103.2, et 7 CDE. BOILLET/DE LUZE (n. 28), 148 ss.
- 38 NUSSBERGER/VAN DE GRAAF, Pluralisation of Family Forms in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, DETHLOFF/KAESLING (dir.), *Between Sexuality, Gender and Reproduction*, Intersentia Online 2023, 111-132. Rappelons tout de même que la Suisse a fait l'objet d'une condamnation par la CourEDH en raison de la durée de la procédure d'adoption (plus de 7 ans) due en partie au fait que le couple d'hommes a dû attendre l'entrée en vigueur de la révision du Code civil ouvrant l'adoption aux couples de même sexe pour lancer ladite procédure, cf. CourEDH, D. B. c. Suisse, 22 novembre 2022.

rêt supérieur de l'enfant au regard de la large marge d'interprétation accordée aux États dans ce domaine<sup>39</sup>, comme nous avons pu le montrer dans d'autres travaux pour le cas des jugements en contexte espagnol<sup>40</sup>.

Nos analyses montrent que les choix d'interprétation faits par les tribunaux suisses ne sont pas neutres. Ces choix amènent à des situations problématiques en termes de protection des enfants et de discriminations. Le critère d'intérêt supérieur des enfants tel que mobilisé dans ces jugements a un effet contraire au but visé, dès lors qu'il laisse sans protection les enfants. Comme nous l'avons déjà écrit, le renvoi à une procédure d'adoption peut être particulièrement problématique si l'enfant ne « correspond » pas aux attentes des parents qui peuvent alors renoncer à l'adopter. Il paraît de surcroît contradictoire de renvoyer les parents à une procédure dont le but est de s'assurer que l'établissement des liens de filiation est bien dans l'intérêt de l'enfant tout en permettant aux parents de continuer à s'occuper de l'enfant au quotidien<sup>41</sup>. À cela s'ajoute finalement le fait que les enfants nés d'une GPAI dont l'un des liens de filiation doit être établi par le biais d'une adoption risquent de ne jamais pouvoir voir établi leur lien de filiation à l'égard du second parent. En effet, alors même que le Tribunal fédéral rappelle que pour être en conformité à la jurisprudence de la CourEDH, l'ordre juridique suisse doit permettre à la mère génétique de devenir mère légale, il n'est en effet pas exclu que les conditions de l'art. 265c CC ne soient jamais remplies si le couple se sépare. En l'occurrence, tel a été le cas dans l'affaire européenne *A. M. c. Norvège*<sup>42</sup> dans le cadre de laquelle la mère d'intention, sans lien génétique, s'est vu refuser l'adoption de son enfant par son ex-conjoint. La CourEDH n'a pas jugé qu'un tel résultat était contraire à l'art. 8 CEDH en raison de la marge d'appréciation laissée aux États (Margaria 2020).

Tant les jugements concernant les GPAI américaines que géorgiennes soulèvent par ailleurs la problématique des discriminations des enfants fondées sur la naissance. On constate en effet des différences de traitement entre les différents enfants nés d'une GPAI en fonction non seulement de la modalité de procréation choisie par leurs parents – la GPAI –, mais également en fonction du pays dans lequel la GPAI a eu lieu. Nos travaux ont montré que la distinction fondée sur le mode de naissance, à savoir la GPAI, ne se justifie par aucun motif objectif. Le fait pour les différents parents d'intention impliqués dans les cas analysés de s'être rendus à l'étranger pour bénéficier d'une réglementation plus favorable en matière de GPA ne constitue pas

---

39 CourEDH, avis consultatif du 10.1.2019 (GC) relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande no P16-2018-001).

40 ROCA I ESCODA, Incidences de la composante biogénétique dans la reconnaissance de la filiation monosexuée en Espagne, *Enfances, Familles, Générations* 2015, 98 ss.

41 BOILLET/DE LUZE (n. 28), 150 s.

42 CourEDH, *Aff. A. M. c. Norvège*, 24 juin 2022.

un motif objectif suffisant pour justifier une différence de traitement des enfants<sup>43</sup>. L'argument du TF selon lequel les enfants nés d'une GPAI en Géorgie ou dans des États similaires ne sont pas discriminés (art. 8 al. 2 Cst., 8 et 14 CEDH) car la filiation de ces enfants ne s'établit tout simplement pas de la même manière que celle des enfants nés dans un État qui rend une décision (art. 68 LDIP versus art. 70 LDIP)<sup>44</sup> n'est pas non plus convaincant<sup>45</sup>. La seule application de la loi ne constitue pas en soi un motif pouvant justifier une différence de traitement. Il faut encore s'assurer qu'elle vise un objectif admissible, ce que n'analyse pas le TF.

La notion d'ordre public est également mobilisée dans les arrêts concernant les cas états-uniens que nous avons analysés. Selon le constituant<sup>46</sup>, l'interdiction de la gestation pour autrui en Suisse vise à protéger la gestatrice de l'instrumentalisation et l'enfant de la marchandisation<sup>47</sup>. Le recours à la notion juridique d'ordre public, comprise comme un intérêt public protégeant l'enfant contre la commercialisation<sup>48</sup> écarte sans procéder à une mise en balance la volonté d'être parent et le rôle effectivement joué par les parents d'intention au quotidien et prive ainsi les enfants de leur(s) lien(s) de filiation. Une telle approche ne prend en compte que l'objectif général et abstrait de lutte contre la marchandisation des enfants – en sanctionnant « l'abus de droit »<sup>49</sup> –, sans examen de la relation de parentalité<sup>50</sup>.

En définitive, on comprend donc que les autorités judiciaires bénéficiaient d'un pouvoir d'interprétation important qui aurait pu être utilisé dans un sens qui soit plus protecteur des droits fondamentaux des différentes personnes impliquées dans le processus. Il s'agit maintenant de proposer une analyse de la manière selon laquelle ce pouvoir a été utilisé dans la construction d'un rapport genré de filiation, notamment par la hiérarchisation des critères justifiant l'attribution légale de la maternité et de la paternité.

---

43 BOILLET/DE LUZE (n 28), 154 ss.

44 Consid. 8.3 non publié de l'ATF 148 III 245.

45 On peut d'ailleurs souligner que l'argument de la CourEDH dans l'affaire D c. France va dans le même sens et est tout autant inadéquat : dans son arrêt D c. France, la CourEDH justifie la différence par la nécessité de vérifier que c'est dans l'intérêt de l'enfant d'établir un lien juridique avec la mère d'intention génétique (§ 85 ss).

46 Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, FF 1996 III 247.

47 Commromand/BOILLET, 119 Cst. féd., Bâle 2021, 2403.

48 GAILLE-NIKODIMOV, Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé, Les Cahiers de la Justice 2016, 291 ss.

49 ATF 141 III 312 c. 5.3.3.

50 GROSS, Les familles homoparentales : entre conformité et innovations, Informations sociales 2009, 113-114; ROCA I ESCODA, La procréation partagée des couples lesbiens en Catalogne, Journal des anthropologues, Parentés contemporaines 2016, 167-168.

#### IV. La hiérarchie des apports corporels selon les sexes et les sexualités

Dans les cas où les père et mère d'intention sont les parents génétiques, le TF arrive à deux solutions distinctes selon le sexe. S'agissant du père, dans les cas états-uniens, il accepte la reconnaissance automatique du lien de filiation paternel. Dans les cas géorgiens, il considère que le père peut reconnaître l'enfant. La situation est toute autre lors qu'il s'agit des mères d'intention. Selon le TF, que la mère d'intention présente un lien génétique ou non, elle doit recourir à la procédure d'adoption. En atteste l'une des affaires géorgiennes dans laquelle la mère d'intention a un lien génétique avec l'enfant, mais se voit néanmoins refuser le lien de parenté et se voit contrainte de procéder par la voie de l'adoption. Or, au-delà de la longueur d'une telle procédure et du fait qu'elle implique un contrôle des capacités éducatives, un tel droit peut tout simplement s'éteindre. Comme nous l'avons déjà souligné, la mère d'intention – génétique ou non – risque de ne pouvoir adopter son enfant en cas de séparation d'avec son conjoint<sup>51</sup>.

On constate donc que lorsqu'il est question de l'attribution de la paternité, le lien génétique est renforcé en permettant la reconnaissance automatique – sans contrôle des capacités éducatives – du lien de filiation à l'égard du géniteur présumé. Ce n'est qu'en l'absence patente de lien génétique que le père intentionnel est renvoyé à la procédure d'adoption. En pratique, tel est le cas lorsque les GPAI ont été pratiquées par des couples gays uniquement.

Lorsqu'il est question de couples hétérosexuels, le père d'intention est présumé être le père génétique. En effet, l'analyse des arrêts ne laisse jamais supposer que le juge a requis une preuve ADN pour prouver l'effectivité du lien génétique du père d'intention avec l'enfant. Bien au contraire, si la preuve est parfois fournie par les parties<sup>52</sup>, le TF insiste sur le fait que le lien génétique paternel ne doit pas être prouvé. Ce lien est donc présumé et l'on assiste en quelque sorte à la construction d'une fiction génétique de la paternité. Dans les jugements, il sera souligné à plusieurs reprises que : « le Conseil fédéral a expliqué dans le message relatif à la LPMA que la procréation médicalement assistée ne doit pas conduire à des relations familiales qui s'écartent de ce qui est possible par la voie naturelle, raison pour laquelle la femme qui accouche doit être considérée juridiquement comme la mère, alors que le dédoublement de la paternité peut tout à fait se produire en cas de procréation naturelle, dans la mesure où le mari de la femme qui accouche, qui est juridiquement considéré comme le père de l'enfant, ne doit pas nécessairement être le père génétique »<sup>53</sup>.

---

51 BOILLET/DE LUZE (n. 28), 171 ss.

52 Notons que dans certains cas, l'expertise est produite par les parties : dans un cas par un couple gay (TF, 1.12.2016, 5A\_324/2016 et TF, 1.12.2016, 5A\_317/2016), dans d'autres par un couple hétérosexuel (TF, 29.3.2017, 5A\_589/2016 et ATF 148 III 384).

53 ATF 141 III 328 c. 5.2.

À l'inverse, la mère d'intention ne réussit à être reconnue juridiquement dans aucun des arrêts, y compris lorsqu'elle présente un lien génétique avec l'enfant. Elle est renvoyée dans la totalité des cas à une procédure d'adoption pour faire reconnaître son lien de filiation. Comme le soulignent deux auteur·e·s dans une contribution récente, « La grande < perdante > reste la mère d'intention qui, peu importe qu'une décision ou un jugement étranger existe, peu importe qu'un contrat de GPAI soit authentifié ou non, peu importe qu'elle soit la mère génétique ou non, ne pourra pas se voir reconnaître une parentalité juridique en Suisse, sans passer par une adoption »<sup>54</sup>. Ces cas nous permettent de constater un renforcement de la reconnaissance de la filiation à travers des liens génétiques présumés s'agissant du côté paternel. La doctrine suisse insiste bien sur cette différence genrée : « De cette façon, le Tribunal fédéral réaffirme le principe *mater semper certa est*, confirmant son ancrage solide au sein de l'ordre juridique suisse et sa résistance face à d'éventuels liens génétiques entre une mère d'intention et l'enfant né par GPAI. En d'autres termes : la biologie (soit le fait d'avoir porté l'enfant et accouché) prend encore le pas sur la génétique (soit le fait que l'enfant ait été conçu avec ses ovules) et sur l'intention pour déterminer la mère légale suite à une GPAI. Or, dans la mesure où un père d'intention lié génétiquement à un enfant né par GPAI peut, à tout le moins dans certains cas, voir son lien de filiation inscrit à l'état civil sans délai et sans contrôle de ses capacités éducatives, mais qu'un tel droit est exclu pour une mère d'intention génétique, il en résulte une situation d'inégalité entre les parents d'intention »<sup>55</sup>.

Le jugement suivant souligne sans ambiguïté cette vision genrée attribuant à la mère d'intention un statut inférieur : « Sur la base d'une reconnaissance d'enfant, le père (d'intention) peut exercer l'autorité parentale, la mère d'intention (épouse) pouvant l'assister et le représenter (art. 278, art. 299 CC) »<sup>56</sup>.

À ce traitement inégalitaire basé sur une vision genrée de la paternité et de la maternité s'ajoute une approche paternaliste à l'égard de la gestatrice, la dépossédant de toute possible autonomie, liberté de choix et décision, comme l'atteste cet extrait du Tribunal fédéral : « La mère biologique (qui porte l'enfant) ne doit pas être exposée au conflit entre l'attachement psychique à son enfant et l'engagement pris envers les parents d'intention, et l'enfant doit être protégé contre ce conflit »<sup>57</sup>.

---

54 SAINT-PHOR/HOTZ, Reconnaissance de la paternité découlant d'un contrat de GPA à l'étranger : hétérogénéité de la jurisprudence du TF ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_32/2021, droit-matrimonial.ch novembre 2022, 9.

55 PETER-SPIESS, ATF 148 III 245 | Gestation pour autrui à l'étranger et filiation (2/2) : l'établissement de la filiation face au principe « *mater semper certa est* », LawInside, 7 juillet 2022. Dans le même sens, cf. ANTHONIOZ, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, Jusletter, 7 février 2022, 13.

56 ATF 148 III 384 c. 7.4.4.

57 ATF 141 III 312 c. 4.2.1 et ATF 141 III 328 c. 5.2.

L'analyse des jugements nous permet de voir comment les juges promeuvent le « paradigme biologique » de la maternité<sup>58</sup> en désignant en qualité de mère juridique, la femme qui accouche, indépendamment du fait que les ovocytes ne soient pas les siens et donc qu'il n'y ait pas d'apport génétique. La doctrine est très claire sur ce point : « Selon l'art. 252 al. 1 CC, la filiation à l'égard de la mère résulte de la naissance. Le droit civil suisse suit ainsi l'adage *mater semper certa est* selon lequel l'identité de la mère et, partant, l'établissement de la filiation maternelle découlent de plein droit, impérativement et automatiquement du fait biologique de l'accouchement [...] »<sup>59</sup>. Par conséquent, la mère biologique et sociale qui a bénéficié d'un don d'ovule ou d'embryon est la mère juridique, même si cela ne correspond pas à la « vérité génétique »<sup>60</sup>.

Se pose ici la question de savoir quels apports et liens corporels doivent prévaloir dans l'attribution de la filiation. S'il s'agit des données génétiques transmises (et héritées), on pourrait se demander pourquoi ne pas faire prévaloir le lien génétique sur le lien biologique également à l'égard des femmes. Toutefois, les techniques de procréation médicalement assistées devraient pouvoir permettre de sortir du paradigme biogénétique dans l'attribution de la filiation. Comme le souligne le sociologue Kevin Lavoie, le droit continue à (re)produire la norme bioconjugale en matière de reproduction en effaçant les donneurs de gamètes – nous ajoutons les gamètes issus de l'apport féminin dans les cas de GPAI –, et en refusant toute possible pluri-parenté<sup>61</sup>.

## V. La maternité forcée

On l'a constaté, dans ses jugements concernant l'attribution de la filiation, le TF se fonde sur un argument naturalisant basé sur le principe d'une vérité biogénétique dont l'interprétation varie selon le sexe. Génétique pour les hommes et gestationnelle pour les femmes, au détriment de l'apport génétique par le don d'ovocyte.

Alors que pour les hommes, l'apport génétique (même s'il est parfois présumé) est déterminant – le sperme, comme vérité génétique, s'érigeant en prémisses éthiques du droit aux origines –, l'apport féminin est, quant à lui, évalué comme vérité biologique gestationnelle à l'aune des représentations traditionnelles de la maternité en

---

58 BRAKMAN/SCHOLZ, Adoption, ART, and a re-conception of the maternal body: Toward embodied maternity, *Hypatia* 2006, 54 ss.

59 Concernant « l'accouchement, fait biologique de la maternité », cf. MESNIL (n. 5), 237 ss.

60 CALDERARI, Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement, 2018, 10.

61 LAVOIE, Les maternités assistées par gestation pour autrui ou par don d'ovules: un modèle compréhensif, *Recherches familiales* 2023, 44.

termes de nourrisse<sup>62</sup> et de care<sup>63</sup>. Cette vision de la maternité a pourtant été relativisée par plusieurs chercheuses qui ont montré qu'elle n'a rien de naturel<sup>64</sup> et qu'elle est imprégnée de normes culturelles genrées des rôles maternels<sup>65</sup>.

L'imaginaire de la maternité est ici renforcé par les « vecteurs corporels de la parenté » qui, dans le cas maternel, implique que le « lien du ventre »<sup>66</sup> est perçu comme un lien original.

Comme l'affirme cet extrait de l'ATF 141 III 312 « La femme qui porte l'enfant ne doit pas entrer en conflit entre le lien psychique avec son enfant et un engagement envers les parents d'intention », cette vision se justifierait, selon quelques civilistes, en raison de l'importance de la composante psychologique et physiologique de la relation mère-enfant durant la période de gestation, vue comme une période cruciale dans le processus de formation et de développement de l'enfant à naître<sup>67</sup>. « Il s'agit en réalité d'une représentation du lien mère/fœtus pendant la grossesse assez habituelle dans notre culture, même si dans notre société nourrie de culture scientifique, tout le monde sait aujourd'hui que ce que l'on appelait » liens du sang « se transmet par les gamètes »<sup>68</sup>.

Le fait que les juges accordent autant de poids à la gestation pourrait être le résultat d'une approche féministe considérant la grossesse et l'accouchement comme un travail reproductif qu'il faudrait valoriser. Mais dans cette vision, la reconnaissance d'un travail ne conduit pas à l'imposition d'une condition, qui plus est essentialisante<sup>69</sup>. Cette interprétation se concrétise en effet soit au détriment de l'enfant – dont le lien de filiation maternel n'est pas établi – soit au détriment de la volonté des femmes qui gèrent et qui ont exprimé leur refus de maternité. De ce fait, le travail gestationnel et l'acte d'accoucher seront mobilisés sur le plan juridique comme une imposition de la maternité alors même que le TF souligne sa volonté de protéger la gestatrice<sup>70</sup>. Or dans aucun de ses arrêts, le TF ne prend la peine d'évaluer sa situation personnelle ou de s'assurer de son consentement. Bien au contraire, le TF tente de justifier son argumentation en soulignant que « le principe *mater semper*

62 KNIBIEHLER, Histoire des mères et de la maternité en Occident, Paris 2012.

63 PASCALE MOLINIER, Au-delà de la féminité et du maternel, le travail du care, Champ psy 2010, 161-174.

64 ORNA DONATH, Regretting Motherhood: A Sociopolitical Analysis. Signs Journal of Women in Culture and Society 2015, 343-367.

65 BADINTER, Le conflit : la femme et la mère, Paris 2010.

66 EDWARDS, Introduction: The Matter in Kinship, in: EDWARDS/SALAZAR (dir.), European Kinship in the Age of Biotechnology, New York 2008, 6 ss.

67 ALMELING, Sex Cells: The Medical Market for Eggs and Sperm, Berkeley and Los Angeles 2011; ROCA I ESCODA (n. 40).

68 DELAISI DE PARSEVAL, Famille à tout prix, Paris 2008.

69 COLLIN, Essentialisme et dissymétrie des sexes, Les cahiers du GRIF 1989, 91 ss; SAYER, Essentialism, Social Constructionism, and beyond, The Sociological Review 1997, 480 ss.

70 BUCHER, Mater semper certa est en Géorgie, Jusletter du 16 mai 2022.

*certa est* n'est pas en soi contraire à la CEDH (arrêt de la CEDH du 18 mai 2021, Fjölnisdóttir c. Islande, no 71552/17, § 64/65, avec références)<sup>71</sup> sans examiner si le résultat concret de l'application de ce principe est véritablement conforme à la CEDH.

Le jugement relatif au cas géorgien impose à la gestatrice un lien juridique de filiation et constitue ainsi une maternité forcée contraire à la volonté de la ressortissante géorgienne. Dans cet arrêt, le TF applique le principe *mater semper est* de manière décontextualisée de la réalité des processus de GPAI et impose le statut de mère à la gestatrice – ce qui implique également qu'elle donne son nom et sa nationalité – alors même qu'elle y avait expressément renoncé conformément au droit géorgien et qu'elle s'était mobilisée en tant que recourante avec les parents d'intention, renonçant explicitement à ses droits de filiation. La gestatrice est alors qualifiée de mère alors qu'il existait la « possibilité pour le Tribunal fédéral de respecter la volonté et les droits des femmes en interprétant le contrat de gestation pour autrui (licite en Géorgie) comme une déclaration de volonté de la part de la femme qui se porte gestatrice de renoncer à ses propres droits parentaux ; comme il a accepté de le faire pour le père d'intention »<sup>72</sup>.

Dans un esprit paternaliste<sup>73</sup>, la volonté de la gestatrice est donc subordonnée à sa protection. En effet, la GPAI est interdite au nom de la protection des « mères porteuses » contre la commercialisation de leur corps. L'arrêt du 21 mai 2015 est très clair : « Il est en tout cas certain que la protection de l'enfant contre le fait d'être réduit à une marchandise que l'on peut commander à des tiers, mais aussi la protection de la mère porteuse contre la commercialisation de son corps, seraient dénuées de sens si la transgression des droits des parents d'intention était validée après coup »<sup>74</sup>.

Ces diverses mobilisations des notions juridiques indéterminées dans les jugements d'attribution de la filiation des enfants nés par une GPAI nous montrent la vision genrée et essentialiste de l'application du droit qui renforce, d'une part, la composante biologique comme définition juridique de la maternité et, d'autre part, la valeur inégale de l'apport masculin et féminin à la procréation. Comme le souligne l'anthropologue Melhuus<sup>75</sup>, « si le genre et la parenté partagent le même matériau génétique, le sperme et les ovules, la distinction qui s'en fait tient à la perception du lien entre ces substances et le corps, dont elles sont des parties détachables [...]. Alors que le don de sperme est considéré comme un prolongement naturel de l'acte reproducteur, le don d'ovocytes est tenu pour une effraction ». Cette vision de la « mater-

---

71 ATF 148 III 384, c. 7.3.

72 SAINT-PHOR/HOTZ (n. 54), 10.

73 OGIEN, *La vie, la mort, l'État : le débat bioéthique*, Paris 2009, 175.

74 ATF 141 III 312 c. 5.3.3.

75 MELHUUS, *De la différence de nature à l'égalité de valeur. La question du don d'ovules en Norvège*, *Ethnologie française* 2017, 483.

unité unifiée » considère l'utérus et les ovules comme formant une unité qui va de la conception à l'accouchement en passant par la grossesse<sup>76</sup>.

## VI. Conclusion

La filiation peut être définie comme l'ensemble des rapports juridiques que le droit établit entre des individus en leur octroyant la qualité de parents et d'enfants.<sup>77</sup> Traditionnellement, la filiation constituait la traduction juridique du processus biologique de production d'enfants. Cet automatisme de la procréation à l'attribution de la filiation est suspendu dans le cas de la GPAI. Dans ce cas, la reproduction par GPAI casse la prémisse linéaire du rapport charnel de la procréation, en introduisant une concurrence entre l'apport génétique, la composante biologique et la volonté d'être parent.

Face à cette concurrence, les jugements d'attribution de la filiation par GPAI mobilisent *l'idiome biologique de la parenté*<sup>78</sup> et désignent les parents comme étant les géniteurs de l'enfant<sup>79</sup>. En effet, l'ensemble des arrêts analysés jugent problématique l'absence de lien(s) biogénétique(s) avec l'enfant, et négligent le fait que la filiation dépend également des rôles, places et statuts des personnes engagées dans la procréation et la reproduction, en laissant de côté les critères de la volonté d'être parent, du temps passé avec l'enfant et, d'un point de vue plus juridique, du respect des droits fondamentaux et de l'interdiction de discriminations.

Alors que la procréation médicalement assistée permet la dissociation de la reproduction et de l'acte hétérosexuel charnel, et « [introduit] potentiellement le désordre dans la définition même des rôles procréatifs »<sup>80</sup>, et un « brouillage de la parentalité »<sup>81</sup>, les jugements permettent de réordonner la hiérarchisation des apports, statuts et rôles maternel et paternel.

En effet, dans ses jugements, le TF instaure une hiérarchie en faisant primer le lien biogénétique sur la dimension intentionnelle et sociale de la parentalité. La di-

76 MELHUUS (n. 5), 484.

77 ROCA I ESCODA/NICOLE GALLUS, Ouverture du mariage aux homosexuel-le-s en Espagne et en Belgique : une mise en question du caractère hétérosexué du droit ?, *Nouvelles Questions Féministes* 2012, 44-45.

78 MÉRYLIS/DÉCHAUX, Les familles homoparentales féminines dans la bio économie reproductive, *Ethnologie française* 2017, 425 ss.

79 DÉCHAUX, Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique, in : FEUILLET-LIGER/CESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté : Approche internationale*, Bruxelles 2014, 289 ss.

80 DHAVERNAS, *Reproduction médicalisée, temps et différence*, *Les Cahiers du Genre* 1999, 167.

81 SIMPSON, *Scrambling Parenthood : English Kinship and the Prohibited Degrees of Affinity*, *Anthropology Today* 2006, 3 ss.

mension volitive se voit substituée à la dimension biologique. Or, les différentes composantes des liens de filiation doivent tenir compte du fait que l'élément biologique est fractionné pour les femmes en biologie et génétique. La primauté de ce lien biogénétique n'est pas neutre en termes de genre : l'apport génétique des femmes est sous-estimé lors de l'attribution de la maternité alors qu'il est jugé déterminant s'agissant de l'attribution de la paternité, même lorsqu'il n'est que supposé. De manière plus générale, se pose également la question de la légitimité du poids accordé au lien génétique dans ces affaires, alors que la PMA permet précisément de s'écarter des liens génétiques pour créer une parenté sociale.

Les analyses des arrêts suisses nous montrent que le TF donne plus d'importance à l'objectif de combattre ce qu'il qualifie de « tourisme procréatif » qu'à protéger les liens familiaux et combattre les discriminations des enfants en fonction de leur naissance et entre les sexes. Nous l'aurons compris, ce lien qu'institue la filiation juridique ne devrait pas seulement être constitué par la procréation ou la filiation biologique. Il devrait également se fonder sur un ensemble d'autres facteurs intentionnels ou volontaires des sujets de droit. Dans les cas des pratiques de GPAI, la filiation est avant tout œuvre de volonté, d'engagement parental, de responsabilité et d'affection. Comme cela a été déjà souligné par quelques juristes, les conditions de l'établissement de la filiation devraient être repensées : « Instituer la filiation non par le mariage (qui exclut les couples non mariés de la reconnaissance, qui hiérarchise les enfants), non par l'institutionnalisation du ventre (qui exclut les personnes ou couples dont aucun ne peut porter un enfant), mais par la volonté, condition de l'égalité quelles que soient ses capacités physiques »<sup>82</sup>.

En définitive, les affaires de GPAI mettent en lumière une problématique plus générale, celle de la modernisation nécessaire du droit de la filiation. Le Tribunal fédéral le souligne d'ailleurs lorsqu'il appelle le *législateur à régler les écarts entre parentalités génétique, biologique et sociale*<sup>83</sup>. En ce sens, la proposition de Marie Mesnil fondée sur un « projet parental » qui permet « de dénaturer le corpus juridique relatif à la reproduction et favoriser en son sein, l'autonomie reproductive des individus et l'égalité des sexes »<sup>84</sup> paraît particulièrement opportune.

---

82 CATTO, La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?, *Revue des Droits de L'homme* 2013, § 69.

83 Cf. ATF 144 III 1, c. 4.4.1 et 4.4.3 et le Rapport du Conseil fédéral du 17.12.21 donnant suite au postulat 18.3714 « De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation ».

84 MESNIL (n. 5), 478.

## VII. Annexe

### Tableau des arrêts

Arrêts	Objet	Lieu GPA	Lieu Procès	Recourant-e-s -liens bio-génétiques	Jugement
ATF 141 III 312	Reconnaissance lien de filiation	USA (Californie)	St-Gall, all.	Deux pères, l'un génétique, et enfant	Reconnaissance du père génétique et mention mère génétique, mère porteuse.
ATF 141 III 328	Reconnaissance lien de filiation	USA (Californie)	Argovie, all.	Mère et père d'intention non génétiques	Pas de reconnaissance, tuteur avant procédure d'adoption.
5A_591/2016 5A_589/2016 5A_597/2016	Reconnaissance lien de filiation	USA (Ohio)	Zoug, all.	Mère d'intention non génétique, père d'intention génétique et enfant	Irrecevabilité (jugement cantonal : reconnaissance du père d'intention génétique, non reconnaissance de la mère d'intention).
5A_324/2016 5A_317/2016	Reconnaissance lien de filiation	USA	Zoug, all.	Deux pères, l'un génétique	Reconnaissance du père génétique et mention mère génétique, mère porteuse.
5A_912-2017	Reconnaissance lien de filiation	USA (Californie)	Genève, fr.	Deux pères, l'un génétique, enfant et gestatrice	Renvoi le second père d'intention à procédure d'adoption.
ATF 148 III 245	Reconnaissance lien de filiation	Géorgie	Zurich, all.	Parents d'intention (génétiques), enfants et gestatrice	Gestatrice = mère juridique et père d'intention reconnu (car la gestatrice n'est pas mariée), mère d'intention renvoyée à l'adoption.
ATF 148 III 384	Reconnaissance lien de filiation	Géorgie	Argovie, all.	Mère d'intention non génétique, père d'intention génétique, enfant et gestatrice	Gestatrice = mère juridique. Père d'intention renvoyé à la procédure de reconnaissance et mère d'intention à la procédure d'adoption. Mention de la donneuse d'ovocytes.

**Résumé :** *Cet article analyse le décalage entre les avancées techniques et sociétales en matière de procréation et la manière dont le droit et la jurisprudence suisses continuent de définir la filiation – particulièrement la maternité et la paternité. Il examine les effets de ce décalage sur les droits fondamentaux des membres de la famille. L'étude se base sur un corpus de données comprenant tous les jugements rendus par le Tribunal fédéral suisse concernant la gestation pour autrui à caractère international<sup>85</sup> entre 2016 et 2022, ainsi que sur la doctrine qui commente ces jugements. Il ressort de leur analyse que la jurisprudence suisse tend à privilégier une vision de la filiation basée sur la biologie, souvent au détriment de la dimension sociale et volitive de la parentalité. Cette approche biologique comporte un biais genré, renforçant des stéréotypes traditionnels sur les rôles de la maternité et de la paternité. Ces normes de genre peuvent engendrer des inégalités dans la reconnaissance des droits parentaux, affectant particulièrement les parents d'intention dans les situations de gestation pour autrui. Une réévaluation des critères de filiation en droit suisse pourrait permettre une meilleure intégration des réalités sociales et volitives de la parentalité, réduisant ainsi les biais genrés et protégeant mieux les droits fondamentaux des familles modernes. En somme, l'article appelle à une modernisation du cadre juridique suisse pour mieux refléter les évolutions sociétales et technologiques en matière de procréation, tout en respectant les droits fondamentaux de tous les membres de la famille.*

**Zusammenfassung:** *Dieser Beitrag analysiert die Diskrepanz zwischen den technischen und gesellschaftlichen Fortschritten im Bereich der Fortpflanzung und der Art und Weise, wie das Schweizer Recht und die Schweizer Rechtsprechung das Kindesverhältnis – insbesondere die Mutterschaft und die Vaterschaft – nach wie vor definieren. Es wird untersucht, wie sich diese Diskrepanz auf die Grundrechte der Familienmitglieder auswirkt. Die Untersuchung stützt sich auf ein Datenkorpus, das alle Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts in Bezug auf grenzüberschreitende Leihmutterschaft zwischen 2016 und 2022 umfasst, sowie auf die Lehre, in der diese Urteile kommentiert werden. Aus der Analyse geht hervor, dass die Schweizer Rechtsprechung eher eine biologisch basierte Sichtweise des Kindesverhältnisses bevorzugt, die häufig auf Kosten der sozialen und willentlichen Dimension der Elternschaft geht. Dieser biologische Ansatz beinhaltet einen Gender-Bias, der traditionelle Stereotype über die Rollen von Mutterschaft und Vaterschaft verstärkt. Diese Gender-Normen können zu Ungleichheiten bei der Anerkennung von Elternrechten führen, die sich besonders auf die Wunscheltern in Situationen der Leihmutterschaft auswirken. Eine Neubewertung der Kriterien des Kindesverhältnisses im Schweizer Recht könnte eine bessere Einbeziehung der sozialen und willentlichen Realitäten der Elternschaft ermöglichen, wodurch Gender-Bias verringert und die Grundrechte moderner Familien besser geschützt werden. Dieser Beitrag fordert die Modernisierung des Schweizer Rechtsrahmens, um die gesellschaftlichen und technologischen Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzung besser zu widerspiegeln und gleichzeitig die Grundrechte aller Familienmitglieder zu respektieren.*

85 GPAI est l'acronyme de gestation pour autrui à caractère international.