



Master

2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La présomption de parentalité (art.255a CC) à l'aune du bien de l'enfant

Barroso Lourenço, Laura

How to cite

BARROSO LOURENÇO, Laura. La présomption de parentalité (art.255a CC) à l'aune du bien de l'enfant. Master, 2022.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:167299>

Université de Genève
Faculté de droit
Semestre d'automne 2022

Droits de l'enfant : aspects juridiques et interdisciplinaires

La présomption de parentalité (art. 255a CC) à l'aune du bien de l'enfant

Mémoire de maîtrise effectué sous la direction des professeurs COTTIER
Michelle et HANSON Karl

Présenté par

BARROSO LOURENÇO Laura

Maîtrise en droit civil et pénal

Table des matières

TABLE DES MATIÈRES	II
LISTE DES ABRÉVIATIONS	III
BIBLIOGRAPHIE.....	V
LISTE DES DÉCISIONS	VIII
INTRODUCTION.....	1
I. ART. 255A CC.....	1
1. GENÈSE DE LA NORME	1
2. CONDITIONS DE L'ARTICLE 255A AL. 1 CC	3
2.1. LIEN DE FILIATION AVEC LA MÈRE BIOLOGIQUE.....	3
2.2. MARIAGE VALABLEMENT CONCLU AVEC UNE FEMME.....	3
2.3. DON DE SPERME SELON LA LPMA.....	4
2.3.1. Ancrage constitutionnel	4
2.3.2. Bien de l'enfant au sein de la PMA	5
2.3.3. Consentement du couple.....	6
2.3.4. Don de sperme	7
2.3.5. Interprétations quant à la violation des normes de la LPMA.....	7
2.3.5.1. En général	7
2.3.5.2. Le cas spécial du consentement du couple	8
2.4. NAISSANCE PENDANT LE MARIAGE	8
2.5. CRÉATION DU LIEN DE FILIATION PAR LA PRÉSUMPTION	9
3. LA PRÉSUMPTION EN FAVEUR DE L'ÉPOUSE DÉCÉDÉE OU DÉCLARÉE DISPARUE.....	9
4. CONFLITS DE PRÉSUMPTIONS.....	10
II. ANALYSE PAR RAPPORT AU BIEN DE L'ENFANT	10
1. CADRE	10
1.1. BIEN DE L'ENFANT EN DROIT DE LA FILIATION.....	10
1.1.1. En général	10
1.1.2. Importance du lien de filiation	11
1.1.3. Parents biologique, juridique, d'intention.....	12
1.2. DROIT À LA CONNAISSANCE DE SES ORIGINES	13
1.2.1. En général	13
1.2.2. Dans le cadre de la LPMA et de l'art. 255a CC.....	14
2. INCIDENCES SUR LA PRÉSUMPTION DE PARENTALITÉ.....	15
2.1. ASPECT CRITIQUE DE LA CONDITION DU DON DE SPERME SELON LA LPMA	15
2.2. ABSENCE D'ACTION EN CONTESTATION DE LA PRÉSUMPTION	16
2.3. ABSENCE D'ACTION EN RECONNAISSANCE ET D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION ..	18
CONCLUSION.....	20
DÉCLARATION DE NON-PLAGIAT.....	22

Liste des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
c.	considérant
CAJ-E	Commission des affaires juridiques du Conseil des États
CAJ-N	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	confer
CF	Conseil fédéral
ch.	Chiffre
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
édit.	éditeur-trice(s)
ég.	également
Fampra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
FIV	Fécondation in vitro
GPA	Gestation pour autrui
let.	lettre
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231)

LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11)
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
PMA	procréation médicalement assistée
s.	et le (la) suivant(e)
ss.	et les suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral suisse

Bibliographie

Doctrine

BADDELEY Margareta, Le mariage pour tous : les effets pour les partenaires enregistrés, in Revue de l'avocat 2022, p. 341-344.

BOILLET Véronique, Ouverture de la PMA aux couples de femme : une (r)évolution qui s'impose, in : Jusletter du 8.6.2020.

BORD Mélanie, Existe-t-il un droit général d'accéder aux données relatives à ses origines ? in Le droit à la connaissance de ses origines [HANSJÖRG Peter, édit.], Zürich, (Schulthess) 2006, p. 39-66.

BÜCHLER Andrea/CLAUSEN Sandro, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl ! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin ?, in Fampra.ch 2014, p. 231-273 (cité : BÜCHLER/CLAUSEN)

BÜCHLER Andrea/COTTIER Michelle, Transgender, Intersex und Elternschaft in der schweiz und im Rechtsvergleich, in Fampra.ch 2020, p.1424-1811 (cité : BÜCHLER/COTTIER).

COTTIER Michelle, Le don de sperme et l'établissement de la filiation au sein des couples de femmes mariées. In: Evelyne Clerc, Jean-Philippe Dunand, Dominique Sprumont (Ed.). Alea jacta est : Santé ! Mélanges en l'honneur d'Olivier Guilloid, 2021. p. 379-390 (cité : COTTIER, in Guilloid)

COTTIER Michelle, Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse, in L'égalité revisitée, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité : COTTIER, Impulsions).

COPUR Eylem, L'homoparentalité in Droit LGBT, ZIEGLER Andreas R./MONTINI Michel/COPUR Eylem Ayse (édits.), 2^e édition, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2015, p.435-463.

CREVOISIER Cécile/COTTIER Michelle (édit), Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, in Fampra.ch 2021, p.286-339.

DONZALLAZ Yves, Traité de droit médical, Volume I, l'État, le médecin, les soignants et le patient : entre droit, éthique et règles de l'art, Berne (Stämpfli), 2021.

FOUNTOULAKIS Christiana, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, in Fampra.ch 2011, p. 247-269.

GAY Clémence, La nouvelle présomption de « parentalité » en faveur de l'épouse, in : Jusletter 4 avril 2022.

GNAEGI Phillipe/HOCH Nadine, La politique familiale en Suisse, Genève, Zürich, Bâle, (Schulthess), 2021.

GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, Droit des familles, 6^eéd., Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2022.

HAUSHEER Heinz/GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Auflage, Bern (Stämpfli), 2022.

JUNGO Alexandra, Ausschluss unverheirateter Paare und Alleinstehender vom Zugang zur Fortplantungsmedizin, in Fampra.ch 2022, p.573-589.

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

KÖRBER Sandro/STEINEGGER Heidi, Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht, in Fampra.ch 2020, p.59-85.

LOMBARD Alexandre, La filiation pour les couples de même sexe sous l'angle du bien de l'enfant, in Fampra.ch 2017, p. 725-751.

LÖTSCHER Cordula, Abstammung im Wandel : Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage « Ehe für alle », in Fampra.ch 2021, p. 656-674.

MARGOT Lisa, Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, in Fampra.ch 2017, p.696-724.

MARTENET Vincent, DUBEY Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2021 (cité : CR Cst.-AUTEUR).

MEIER Philippe/STETTLER Martin, Droit de la filiation, 6^e éd., Genève, Zürich, Bâle (Schulthess), 2019.

PERRIN Ellen C./SIEGEL Benjamin/ COMMITTEE ON PSYCHOSOCIAL ASPECTS OF CHILD AND FAMILY HEALTH, Promoting the Well-Being of Children Whose Parents are Gay or Lesbian, (Pediatrics), 2013.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (édit.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2010 (2^e édition à paraître) (cité : CR-CC-AUTEUR).

PREMAND Viviane, Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans les cas d'adoption et de don de sperme, in Le droit à la connaissance de ses origines, [HANSJÖRG Peter, édité.], Zürich, (Schulthess) 2006, p. 1-36.

STEGMÜLLER Tiffaine, Le consentement et la procréation / 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, BESSON Samatha, MAUSEN Yves, PICHONNAZ Pascal, KARAMEYAS Xenia (édit.), Genève (Schulthess), 2018, p. 155-181 (cité : STEGMÜLLER, consentement).

STEGMÜLLER Tiffaine, Le mariage pour tous et toutes en Suisse : cadre légal et principales conséquences juridiques, in iusNet, 27.09.2021 (cité : STEGMÜLLER, Mariage).

STEGMÜLLER Tiffaine, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, in AISUF – Travaux de la Faculté de Droit de l'université de Fribourg, 2020 (cité : STEGMÜLLER, PMA).

GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 2022 (cité : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER).

ZIEGLER Andreas R., « Ehe für alle » und Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz, in Jusletter 8 avril 2019.

Documents officiels

CHANCELLERIE FÉDÉRALE, Communiqué du 27 avril 2021 sur l'aboutissement du référendum contre « le mariage pour tous ».

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL DES ÉTATS, Communiqué de presse du 14 octobre 2022 (cité : CAJ-E, 14.10.22)

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Avant-projet et rapport explicatif du 14 février 2019 (cité : CAJ-N, 14.02.2019)

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, (Rapport du 30 août 2019 concernant l'initiative parlementaire « Mariage civil pour tous » (13.468), FF 2019 8127 (cité : FF 2019)

COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE (CNE), La procréation médicalement assistée, considérations éthiques et propositions pour l'avenir, prise de position n° 22/2013, Berne, décembre 2013 (cité : CNE, 22/2013)

CONSEIL FÉDÉRAL, Avis du 15 mai 2019 sur l'interpellation 19.3184 concernant le terme « bien de l'enfant » (cité : CF, 15.05.19).

CONSEIL FÉDÉRAL, Avis du 29 janvier 2020 sur le rapport du 30 août 2019 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national concernant l'initiative parlementaire 13.468 « Mariage civil pour tous », FF 2020 1223 (cité : FF 2020)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification du Code civil (droit de l'adoption) du 24 novembre 2014, FF 2015 835 (cité : FF 2015)

CONSEIL FÉDÉRAL, 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 197 (cité : MCF, FF 1996).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport donnant suite au postulat 18.3714 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 17 décembre 2021 (cité : CF, 17.12.21).

GROUPE D'EXPERT-E-S, Rapport « de la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation », 21 juin 2021 (cité : EXPERT-E-S, rapport).

GROUPE D'EXPERT-E-S, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, recommandations du 21 juin 2021 (cité : EXPERT-E-S, recommandations)

Liste des décisions

Arrêts du Tribunal fédéral

ATF 128 I 63 in RDAF 2003 I 399

ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411

ATF 142 III 612

Arrêts de la CourEDH

ACEDH, 13 juillet 2006, Jäggi c. Suisse, n°58757/00

Introduction

L'image traditionnelle du couple composé de deux personnes de sexes opposés ayant des enfants après s'être mariés est aujourd'hui remise en cause par la multitude de modèles familiaux existants. Il existe, en effet, des couples de personnes de même sexe, des constellations variées telles que la multiparentalité ou au contraire la monoparentalité, mais aussi des enfants naissant hors mariage et une évolution de la reconnaissance du spectre de l'identité de genre. Le droit se devant d'évoluer avec les changements sociétaux, toutes ces situations devraient trouver des fondements juridiques.

Le 1^{er} janvier 2018, le législateur a introduit la possibilité légale de former une famille homoparentale avec l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré. Dans la lignée de cette évolution, quatre ans plus tard, s'est décidé l'ouverture du mariage pour tous et l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées. La question de l'établissement de la filiation étant centrale dans ce contexte, c'est dans ce cadre que s'inscrit l'art. 255a CC, objet de ce travail.

Selon l'art. 255a CC, si la mère est mariée à une femme au moment de la naissance et que l'enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme conformément aux dispositions de la LPMA, alors l'épouse de la mère est l'autre parent¹ de l'enfant.

Il s'agira, le long de ce travail, de déterminer dans quelle mesure la présomption de parentalité², telle que l'art. 255a CC la consacre, se conforme au bien de l'enfant. Dans un premier temps, nous détaillerons les conditions de l'art. 255a CC et en déterminerons le contenu. Dans un second temps, nous nous pencherons sur une analyse de l'article dans le contexte du bien de l'enfant, en définissant ce que ce terme englobe, et en abordant le thème central du droit à la connaissance des origines. Finalement, nous déterminerons les incidences de ces notions sur la présomption de parentalité, notamment en précisant les points manquants du système adopté, susceptibles d'atteindre les intérêts de l'enfant.

I. Art. 255a CC

1. Genèse de la norme

L'art. 255a CC a été adopté dans le cadre de la réforme dite du « mariage pour tous », après avoir été acceptée par le peuple et les cantons le 26 septembre 2021. Au départ, il s'agissait d'une initiative parlementaire déposée le 5 décembre 2013 au Conseil national par le groupe vert-libéral³. Les deux Commissions des affaires juridiques ont adhéré en 2015 à l'initiative et la CAJ-N a assumé la tâche d'établir un projet de loi. Le 5 juillet 2018 marque l'acceptation, par la Commission, du principe d'ouverture du mariage pour

¹ Cette terminologie, choisie par le législateur, est critiquée en doctrine due à son caractère dévalorisant pour la deuxième mère ; cf. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N3 ; LÖTSCHER, p.659 ; STEGMÜLLER, mariage, ch. II.

² Regrettablement, le terme « parentalité » présent dans la loi n'est pas optimal, puisque la notion de parenté est plus adéquate dans ce contexte. Le long de ce travail, la « parentalité » ne sera utilisée que lorsqu'il s'agira de se référer à la présomption de l'art. 255a CC, mais il sera donné préférence au terme de « parenté ». Cf. STEGMÜLLER, mariage, ch. II

³ 13.468.

tous, sans modifier la Constitution⁴ ; elle soumet ensuite un projet de modification du Code civil le 30 août 2019⁵ à l'avis du CF. Ce projet incluait la possibilité pour les couples de femmes d'avoir recours au don de sperme, mais seule une minorité de la commission s'y montrait favorable⁶. Par un rapport du 30 août 2019, le CF se ralliait à la position majoritaire, à savoir celle d'estimer que la question du don de sperme ne devait être réglée que dans un second temps⁷. Après les débats parlementaires, les chambres du parlement finissent par accepter l'ouverture du mariage pour tous et prévoient également la norme concernant la présomption de parentalité. Un référendum ayant été déposé contre ces modifications⁸, elles ont été soumises à la votation populaire le 26 septembre 2021, et finalement acceptées. L'entrée en vigueur des dispositions concernées date du 1^{er} juillet 2022.

Notons que le Conseil des États a chargé le CF, par un postulat⁹, d'émettre des recommandations concernant une réforme du droit de la filiation. Celui-ci a, à son tour, institué un groupe d'expert-e-s interdisciplinaires afin qu'il se prononce sur la question. Les expert-e-s ont alors émis un rapport et des recommandations sur la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, datés du 21 juin 2021. Le CF a par la suite publié un rapport en prenant position par rapport aux conclusions des expert-e-s¹⁰. Il propose un modèle de révision possible en insistant sur la nécessité d'adaptations dans le cadre de la contestation et de la présomption de la paternité du mari, de la réglementation du don de sperme privé et du statut de toutes les parties à la conception d'un enfant mais aussi sur la réglementation du droit à connaître ses origines.

Depuis, la CAJ-N a, en avril 2022, déposé deux motions. La première¹¹ vise à supprimer le délai d'un an nécessaire à l'adoption de l'enfant du conjoint ou partenaire. Après l'avis favorable du CF, la CAJ-E a accepté la motion¹², afin qu'il soit plus aisé, notamment à l'égard des enfants issus de don de sperme privé ou à l'étranger, d'établir un lien de filiation. La deuxième motion¹³, refusée cette fois par la CAJ-E¹⁴, vise à étendre la présomption de parentalité à tous les enfants conçus par un don de sperme, que celui-ci soit réglementé, privé, ou ait lieu à l'étranger.

Finalement, une motion pour « dépolluer le droit de l'établissement de la filiation »¹⁵, adoptée par le Conseil des États, charge le CF d'élaborer de nouvelles normes juridiques adaptées aux besoins actuels, notamment en réglementant le don de sperme privé. De ce fait, une révision en ce sens est attendue.

⁴ CAJ-N, 14.02.19.

⁵ FF 2019 8127.

⁶ FF 2019, p.8141.

⁷ FF 2020, p.1226.

⁸ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, communiqué.

⁹ 18.3714.

¹⁰ CF, 17.12.2021.

¹¹ 22.3382.

¹² CAJ-E, 14.10.2022.

¹³ 22.3383.

¹⁴ CAJ-E, 14.10.2022.

¹⁵ 22. 3235.

2. Conditions de l'article 255a al. 1 CC

Pour que la présomption de parentalité trouve application, les conditions suivantes doivent être remplies. Celles-ci sont au nombre de quatre ou de cinq, selon la portée qu'est donnée à la présomption et au consentement des parents¹⁶.

2.1. Lien de filiation avec la mère biologique

La première condition implicite de la présomption de parentalité en faveur de l'épouse réside dans le fait que le lien maternel originaire doit être établi¹⁷. En l'état actuel de la législation suisse, ce lien résulte de la naissance et la mère gestatrice est dès lors la mère juridique de l'enfant, selon l'art. 252 al. 1 CC. L'adage « mater semper certa est » se place ainsi en principe directeur au sein du droit suisse¹⁸. De ce point de vue, peu importe alors que la femme qui donne naissance à l'enfant soit la mère génétique ou non, notamment lorsqu'il s'agit d'un cas de grossesse portée par autrui¹⁹. Il n'existe aucun moyen actuel pour contester cette filiation maternelle, et seule l'adoption de l'enfant par des tiers permettrait de rompre ce lien (art. 264ss CC).

2.2. Mariage valablement conclu avec une femme

Deuxièmement, la mère doit être valablement mariée à une femme au moment de la naissance. La modification du Code civil à la suite de l'adoption de l'initiative du « mariage pour tous »²⁰ a permis aux couples de même sexe de se marier (art. 94 CC). Il n'est plus possible, depuis le 1^{er} juillet 2022 de conclure un partenariat enregistré au sens de la LPart²¹ ; le mariage devient la seule possibilité pour les couples souhaitant s'unir devant la loi²². Toutefois, les partenariats enregistrés conclus avant le changement de législation peuvent être convertis en mariage, selon l'art. 35 LPart, par une déclaration à un officier de l'état civil. Une fois cette déclaration effectuée, les partenaires enregistrés sont alors mariés (35a LPart). Notons que, bien que le mariage n'ait pas d'effet rétroactif, les éventuels effets juridiques dépendants de la durée du mariage doivent prendre en considération la durée du partenariat enregistré (art. 35a LPart)²³. Ainsi, pour que la présomption s'applique, les deux femmes doivent être mariées, à la suite d'une conversion ou à la conclusion d'un mariage²⁴. Il n'y a pas non plus d'effet rétroactif de la présomption de parentalité dans le cas d'une naissance durant le partenariat enregistré. Dès lors, aucun lien de filiation ne peut rétroactivement être établi sur la base de l'art. 255a CC, même après la conversion en mariage²⁵.

¹⁶ Cf. 2.3.6.2

¹⁷ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N4.

¹⁸ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 252, N6.

¹⁹ MEIER, N57.

²⁰ FF 2019.

²¹ GNAEGI, p.290.

²² BADDELEY, p.341.

²³ FF 2019 ; pour de plus amples informations à ce sujet : BADDELEY, p. 341ss

²⁴ LÖTSCHER, p.659.

²⁵ LÖTSCHER, p.660, BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N5 ; le don de sperme réglementé n'est de toute façon pas ouvert aux partenariats enregistrés.

2.3. Don de sperme selon la LPMA

Troisièmement, il faut que l'enfant soit issu d'un don de sperme selon la LPMA. Cette condition est celle qui pose le plus de difficultés, tant par son interprétation que par la conséquence de sa violation. La LPMA est une loi contenant de nombreuses dispositions, fragilisant ainsi l'application de l'art. 255a CC qui en dépend. En effet, la présomption est alors subordonnée au nombre considérable d'articles de la LPMA, étant alors des conditions. Toutefois, après avoir traité brièvement des articles principaux de la LPMA, nous discuterons des possibilités offertes afin d'éviter un résultat disproportionné dû à une application trop restrictive de la loi²⁶.

2.3.1. Ancrage constitutionnel

Afin que l'art. 255a CC trouve application, le couple de femmes mariées en question doit avoir recours à un don de sperme conformément aux dispositions de la LPMA afin de concevoir l'enfant. Cette loi trouve ancrage dans la Cst., qui, à son article 119, pose les principes fondamentaux en la matière, ainsi qu'un cadre d'utilisation des techniques de PMA²⁷. En ce sens, une attention particulière est portée sur l'interdiction des abus possibles dans le domaine de la PMA et de génie génétique²⁸. De plus, il est mis l'accent sur la volonté et nécessité d'assurer que la dignité humaine autant que la personnalité et la famille, soient protégées (art. 119 al. 2 Cst.). L'alinéa 2 propose une liste de plusieurs principes allant en ce sens. De nombreux articles se trouvant dans la LPMA sont alors des concrétisations de ces fondements²⁹.

Au vu de l'ouverture de la PMA pour les couples de femmes mariées, il s'est posé la question de la constitutionnalité de cette possibilité en rapport à l'article 119 al. 2 let. c Cst. En effet, il y est précisé que seuls les cas de stérilités ou de danger de transmission d'une grave maladie permettent le recours aux méthodes de PMA³⁰, condition³¹ qui doit empêcher de développer des qualités chez l'enfant, ou de faire uniquement de la recherche³². Il s'agit aussi d'assurer que la PMA ne soit autorisée qu'en *ultima ratio*³³. Le CF avait considéré que la stérilité correspondait à la situation dans laquelle « aucune grossesse n'intervient, malgré des rapports réguliers et non protégés, durant une ou deux années »³⁴, et un diagnostic médical devait être posé³⁵. Cette définition était insatisfaisante pour les couples de personnes de même sexe, puisqu'il s'agissait de se référer à l'« aspect biologique de la stérilité »³⁶. En d'autres termes, bien qu'un couple de deux femmes ne puisse, sans gamète masculin, donner naissance à un enfant, cela ne signifie pas pour autant que celles-ci souffrent d'infertilité. Ainsi, seule une nouvelle interprétation de la Constitution permet de pallier cette difficulté. La stérilité peut être interprétée « plus largement, en se référant, par exemple, aux types de liens affectifs »³⁷,

²⁶ Cf. 2.3.5.

²⁷ FOUNTOLAKIS, p.251.

²⁸ STEGMÜLLER, PMA, N36 ; art. 119 al. 1 Cst.

²⁹ FOUNTOLAKIS, p.252.

³⁰ Cf. l'art. 5 LPMA.

³¹ ZIEGLER, N8.

³² Art. 119 al. 2 let. c Cst.

³³ MEIER, N256.

³⁴ MCF, FF 1996, p.249 ; ZIEGLER, N20.

³⁵ STEGMÜLLER, PMA, N52.

³⁶ CR Cst.-BOILLET, art. 119 N 39 ; CNE, 22/2013, p.39.

³⁷ BOILLET, N5.

et est maintenant considérée comme « le désir non réalisé »³⁸ ou « inassouvi »³⁹ d'enfant. Il est également possible de considérer scientifiquement l'infertilité comme l'absence d'une combinaison d'ovules et de spermatozoïdes menant à la grossesse d'une femme sans assistance médicale⁴⁰. Cette nouvelle interprétation permet donc à l'art. 119 al. 2 let. c Cst. d'être lu sans aucune discrimination envers les couples de même sexe⁴¹. Ainsi, la constitutionnalité est respectée⁴², et l'art. 119 Cst. ne pose aucun obstacle à l'ouverture de la PMA pour les couples de femmes. Relevons que l'art. 5 let. a LPMA doit suivre la même interprétation, soit celle de la « stérilité sociale »⁴³.

2.3.2. Bien de l'enfant au sein de la PMA

L'art. 3 al. 1 LPMA subordonne la PMA au bien de l'enfant, que celui-ci soit déjà conçu ou non⁴⁴, en émettant à cet égard des conditions pour y parvenir. Cette exigence concrétise certainement la volonté constitutionnelle de l'art. 119 al.1 Cst. de protéger la famille⁴⁵ et se comprend comme une « règle de conduite destinée aux médecins »⁴⁶, qui doit suivre les principes généraux applicables à l'adoption des mineurs (art. 264 CC)⁴⁷. Dans cette mesure, le bien de l'enfant doit être pris en compte concernant une éventuelle mise en danger de l'enfant, tant dans ses conditions de vie ultérieures, que dans le processus de procréation⁴⁸. Les méthodes de PMA ne doivent être utilisées s'il existe un risque accru pour le développement de l'enfant⁴⁹. L'intérêt supérieur de l'enfant doit, au surplus, être privilégié par rapport aux intérêts et aux souhaits des parents⁵⁰.

L'al. 2 précise premièrement qu'un lien de filiation doit pouvoir être établi à l'égard du couple prétendant recourir aux méthodes de PMA (let.a). Puisque l'art. 255a CC pose une nouvelle présomption, cette condition est maintenant remplie pour les couples de femmes mariées. Nous reviendrons ultérieurement sur l'importance de la création du lien de filiation pour l'enfant et donc de la pertinence de cette condition (infra.II.1.1.2). Deuxièmement, l'art. 3 al. 2 let.b exige que les futurs parents soient capables d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité, notamment du point de vue de leur âge et de leur situation personnelle. Bien qu'aucune limite stricte d'âge ne soit fixée, auquel cas les risques d'élusions seraient élevés⁵¹, il est possible de déduire de la loi, au vu de l'interdiction du don d'ovules (art. 4 LPMA), que la ménopause se présente comme limite naturelle⁵². De plus, la PMA ne devrait être accessible dès lors qu'il y a des risques pour l'enfant dus à l'âge de la mère génitrice⁵³. Toutefois, il semblerait qu'un âge d'environ 43 ans soit retenu pour la mère qui porte l'enfant (âge au-dessus duquel les risques d'échec de la PMA

³⁸ JUNGO, p.57 ; BOILLET, N6 et réf.

³⁹ CREVOISIER/COTTIER, p.332.

⁴⁰ ZIEGLER, N48.

⁴¹ ZIEGLER, N58.

⁴² JUNGO, p.577.

⁴³ COTTIER, *in* Guillo, p.382.

⁴⁴ STEGMÜLLER, PMA, N58 et réf.

⁴⁵ FOUNTOLAKIS, p.252.

⁴⁶ MCF, FF 1996, p.243.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 241s.

⁴⁹ FOUNTOLAKIS, p.253.

⁵⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, p.239.

⁵¹ MCF, FF 1996, p.245.

⁵² BÜCHLER/CLAUSEN, p.244.

⁵³ JUNOD/WUNDER/HURST, p.17.

augmentent), et 62 ans pour le père, chiffre basé sur l'espérance de vie moyenne⁵⁴. A notre sens, une application analogique devrait exister pour la deuxième mère.

Concernant la capacité d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité, la question est controversée. En effet, l'âge n'est qu'un indicateur et n'est en soi pas suffisant pour définir si une personne sera capable, sur plusieurs années, d'assumer la tâche de l'éducation. Il faudrait, en ce sens, prendre en compte de nombreux facteurs, comme la santé, la solidité du couple, la disponibilité des parents par exemple⁵⁵. L'appréciation de ces caractères et de la situation personnelle est laissée aux médecins⁵⁶.

Dans le cadre de la conception d'un enfant par un couple de femme, seule l'insémination « hétérologue » entre en ligne de compte, soit celle qui inclut le matériel génétique d'un tiers⁵⁷. Le don de sperme d'un homme étant biologiquement nécessaire, le législateur a limité l'accès de celui-ci aux couples mariés (art. 3 al. 3 LPMA). Cet impératif, critiqué en doctrine⁵⁸, permet à l'établissement de la filiation de se coordonner avec les règles des art. 255ss CC. Au moment de l'adoption de la LPMA, les arguments principaux étaient de définir le mariage comme une institution juridique clairement définie, symbole de stabilité et de durabilité⁵⁹ et forçant les époux à endosser des devoirs, notamment ceux d'entretien ou d'assistance⁶⁰. Alors qu'il pourrait s'agir ici d'assurer une certaine permanence et une continuité dans les conditions de prise en charge de l'enfant⁶¹, cette condition paraît dépassée alors même l'institution du mariage n'est pas nécessairement une garantie de stabilité⁶². Des critères tels que la durée du couple⁶³, l'implication dans la vie familiale, l'entraide et le soutien entre les deux personnes composant l'union pourraient, à notre avis, suffire à l'accès au don de sperme. Notons d'ailleurs que le nouveau droit de l'adoption prend en compte la durée du ménage commun et non la durée du mariage en tant que tel⁶⁴. Ainsi, la stabilité d'un couple ne se réfère plus uniquement au statut matrimonial mais plutôt à un critère de temps.

2.3.3. Consentement du couple

Pour accéder à la PMA, le couple qui y prétend doit donner son consentement. En effet, l'art. 5b al. 1 LPMA précise qu'une méthode de PMA ne peut être effectuée que lorsque le couple a donné son consentement écrit. Ce consentement doit être libre et éclairé⁶⁵, ce qui signifie que le couple doit être suffisamment informé, au sens de l'art. 6 LPMA, et s'autodéterminer. Relevons que le consentement est une notion relevant de la liberté personnelle, et qu'il peut ainsi être révoqué « en tout temps, et sans justification »⁶⁶. Si l'impasse est faite sur le consentement, qu'il est vicié ou nul, il s'agit d'un cas possible

⁵⁴ STEGMÜLLER, PMA, N59.

⁵⁵ JUNOD/WUNDER/HURST, p. 17.

⁵⁶ STEGMÜLLER, PMA, N59.

⁵⁷ FOUNTOLAKIS, p.255.

⁵⁸ Cf. JUNOD/WUNDER/HURST, p.20 ; BOILLET, N24 ; JUNGO, p.582.

⁵⁹ MCF, FF 1996, p.246.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ BÜCHLER/CLAUSEN, p.243.

⁶² BOILLET, N25.

⁶³ En ce sens, BOILLET, N25 ; JUNGO, p. 582 considère que 3 ans de couple pourraient suffire.

⁶⁴ FF 2015, p. 857ss.

⁶⁵ JUNOD/WUNDER/HURST, p.14.

⁶⁶ STEGMÜLLER, consentement, p.171.

de violation des droits de la personnalité, tant de la personne concernée que de l'enfant⁶⁷. Une disposition pénale (art. 34 LPMA) appréhende cette situation, en la qualifiant de délit.

2.3.4. Don de sperme

Contrairement au don d'ovules, d'embryon et à la GPA⁶⁸, le don de sperme est permis par la LPMA et nécessaire dans le cas d'un couple de femmes. Il est réglementé par les art. 18ss LPMA, qui posent certains principes, notamment en imposant le consentement du donneur et l'obligation de celui-ci de connaître le droit de l'enfant à prendre connaissance du dossier. Le don de sperme ne peut pas donner lieu à rémunération (art. 21 LPMA). L'art. 19 LPMA réglemente le choix du donneur, et l'art. 20 précise que seul un médecin titulaire d'une autorisation de pratiquer la PMA peut recueillir le sperme.

Notons que certaines données concernant le donneur sont consignées (art. 24 LPMA), pour permettre à l'enfant de les consulter (27 LPMA) en temps voulu. Le chapitre II;1;1.2. de ce travail est consacré à la transmission des informations dans le cadre du droit à la connaissance aux origines.

2.3.5. Interprétations quant à la violation des normes de la LPMA

2.3.5.1. En général

S'il est clair que les conditions de la LPMA doivent être respectées pour l'application de la présomption, la situation n'est pas si claire lorsqu'une condition apparaît *a posteriori* non-respectée. Alors que la présomption a été adoptée dans le but de protection du bien de l'enfant et de la famille, il semblerait excessif de ne pas établir un lien de filiation lorsqu'une condition non fondamentale⁶⁹ de la LPMA manque ; la volonté du législateur était principalement d'exclure les cas non-réglés que représentent notamment les dons privés ou à l'étranger.

Les dispositions telles que l'obligation d'informer (art. 6 LPMA) ou la nécessité de respecter la forme écrite pour le consentement des parents (art. 5b al. 1 LPMA) ne doivent pas entraver la création du lien de filiation lorsqu'elles ne sont pas respectées⁷⁰. Concernant les autorisations permettant de pratiquer des méthodes de PMA (art. 8ss LPMA), il n'est pas encore établi clairement si la violation de cet impératif mène à la négation du lien de filiation. En effet, il est possible de considérer que la condition du don de sperme conforme à la LPMA « l'est s'il est administré en suisse par une personne titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée (art. 8 al. 1 let. a LPMA) »⁷¹ ou alors que ces autorisations n'ont pas le caractère suffisant pour remettre en question le lien de filiation⁷².

A notre sens, le lien de filiation devrait primer un manquement dans les autorisations des médecins, pour autant que le couple n'en n'ait pas connaissance (dans le cas contraire, il

⁶⁷ MCF, FF 1996, p.275.

⁶⁸ Art. 4 LPMA.

⁶⁹ LÖTSCHER, p.661.

⁷⁰ COTTIER, *in* Guillod, p.384 ; LÖTSCHER, p. 661, BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC225a, N10.

⁷¹ COTTIER, *in* Guillod, p.384 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N8.

⁷² LÖTSCHER, p.661.

s'agirait d'une méthode privée, manifestement non-couverte par la volonté du législateur). Il semblerait en effet qu'il s'agisse principalement des cas de dons privés ou administrés à l'étranger qui soient exclus de la présomption ; ainsi, en suivant le principe de proportionnalité et du bien de l'enfant, l'absence d'autorisation du médecin ne devrait pas empiéter sur les avantages apportés par un lien de filiation à l'enfant tant qu'il ne s'agit pas d'une situation sciemment choisie par les parents afin de contourner la loi.

2.3.5.2. Le cas spécial du consentement du couple

L'art. 5b LPMA subordonne l'accès à la PMA au consentement du couple. Le caractère fondamental de cette condition est discutable. Toutefois, selon la position adoptée, la portée du consentement change diamétralement. La question se pose surtout lorsqu'il y a un remariage avant la naissance mais après l'insémination. Dans ce cas, l'épouse de la mère n'est plus celle à l'origine du projet parental, ni celle qui a donné son consentement.

Certains auteurs pensent qu'il importe peu que l'insémination ait lieu avant le mariage ou non, et donc que l'épouse n'ait pas été actrice du processus de PMA⁷³. Au contraire, on trouve également l'avis que la femme devenant mère par la présomption doit être celle qui a consenti à la PMA au sens de l'art. 5b LPMA⁷⁴. En ce sens, il n'y a pas d'application automatique de la présomption⁷⁵. En adoptant cette opinion, une condition supplémentaire imposant le consentement obligatoire⁷⁶ doit être ajoutée afin que la présomption s'applique, et seule l'épouse de la mère ayant consenti à la LPMA sera le deuxième parent juridique de l'enfant lors de la naissance. Cette position permet de résoudre certaines problématiques en rapport avec l'absence d'action en contestation de la présomption de parentalité.

Nous sommes d'avis que la présomption doit s'appliquer même lorsque l'épouse de la mère n'est pas celle qui a donné son consentement lors du processus de PMA. En effet, il semblerait disproportionné de priver l'enfant d'un deuxième parent juridique alors même qu'il est possible de créer un lien de filiation. De plus, lorsque le deuxième parent est un homme, aucune autre condition, en dehors de l'existence du mariage, ne doit être remplie. Un homme qui n'a pas participé au projet parental de base peut ainsi facilement se retrouver père de l'enfant et ceci automatiquement. Rien ne justifie à ce stade que la situation similaire créée au sein d'un couple de femmes ne trouve pas la même issue.

Cependant, le caractère inattaquable de la présomption étant problématique, nous reviendrons ultérieurement (II;2;2.2) sur les solutions proposées à cet égard.

2.4. Naissance pendant le mariage

Dernièrement, la naissance doit avoir lieu pendant le mariage. Il s'agit ici d'appliquer par analogie les interprétations connues de l'article 255 CC qui consacre la présomption de paternité⁷⁷. De ce fait, seule l'existence formelle du mariage est pertinente dans l'établissement automatique de la filiation⁷⁸. Ainsi, même si la relation de couple est

⁷³ GUILLOD, N100 ; LÖTSCHER, p.659.

⁷⁴ COTTIER, *in* Guillo, p. 383 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N9 ; HAUSHEER, N1213.

⁷⁵ HAUSHEER, N1212.

⁷⁶ JUNGO, 581.

⁷⁷ LÖTSCHER, p.660.

⁷⁸ GUILLOD, N100.

rompue ou que les époux(-ses) sont en instance de divorce, la présomption a vocation à s'appliquer⁷⁹. La suspension de vie commune (art. 175 CC) ou la séparation de corps (art. 117 CC) ne suppriment pas non plus la présomption⁸⁰.

2.5. Création du lien de filiation par la présomption

Toutes les conditions énumérées sont cumulatives. Une fois remplies, la présomption s'applique, et l'épouse de la mère devient le deuxième parent juridique de l'enfant. Lorsque l'art. 255a CC trouve application, il se met en place une filiation originaire envers l'épouse de la mère biologique. Relevons que, contrairement à ce que pourrait laisser croire le terme « insémination » dans l'énoncé de l'al.2, la FIV ainsi que le transfert de gamètes sont aussi concernés par la présomption⁸¹.

Alors que dans le cas d'une famille hétéroparentale la présomption de paternité prime la reconnaissance (art. 260CC)⁸², ce cas pourrait également être envisagé lors de l'application de l'article 255a CC. Il s'agirait notamment de la situation dans laquelle un homme contredirait le fait que l'enfant ait été créé par PMA, veuille reconnaître l'enfant alors que la mère revendique le contraire, et qu'elle est mariée à une femme. Cette hypothèse, bien que probablement rare en pratique, mènerait de fait à faire primer la présomption de parentalité⁸³. Concernant la possibilité ouverte pour l'homme qui se déclare père, il s'agira d'introduire une action en constatation négative, contre la condition de la PMA⁸⁴.

Nous reviendrons ultérieurement sur les moyens de contestations limités contre cette présomption.

3. La présomption en faveur de l'épouse décédée ou déclarée disparue

A l'instar de l'art. 255 al. 2 CC⁸⁵, le législateur a souhaité introduire dans la loi la possibilité pour l'épouse de la mère d'être considérée comme deuxième mère juridique alors même qu'elle n'est plus présente au moment de la naissance. En effet, l'art. 255a al. 2 CC appréhende les situations dans lesquelles la co-mère décède ou est déclarée disparue. Si le décès ou le moment où elle était en danger de mort interviennent après l'insémination, la présomption reste applicable. Au même titre, il y a également application si les dernières nouvelles concernant la disparue sont connues après l'insémination.

Le législateur a donc choisi le moment de l'insémination comme repère pour l'application ou non de la présomption. Toutefois, il se pose la question de savoir si ce terme se rapporte uniquement à l'insémination au sens de l'art. 2 let.b LPMA (insémination artificielle), ou englobe les autres méthodes de PMA, soit la FIV et le transfert de gamètes (art. 2 let. c et d). Une limite en ce sens ne semble pas justifiable⁸⁶. Puisque la présomption de l'al. 1

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N4 ; MEIER, N78.

⁸¹ STEGMÜLLER, Mariage, ch. II.

⁸² GUILLOD, N98.

⁸³ GUILLOD, N100.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N14.

⁸⁶ LÖTSCHER, p.662.

appréhende toutes ces situations, l'al. 2 doit se calquer sur cette interprétation. Ainsi, le terme d'insémination devrait être compris comme « l'implantation de l'embryon dans l'utérus »⁸⁷, ou encore le moment de l'« introduction instrumentale du spermatozoïde ou de l'ovule imprégné »⁸⁸ dans le corps de la femme.

4. Conflits de présomptions

L'article 257 CC appréhende la situation spéciale du conflit de présomptions lorsque, dans la situation d'une famille hétéroparentale, la mère a contracté un nouveau mariage et que l'enfant est né dans les trois cents jours suivants la dissolution du mariage précédent. Dans ce cas, le second mari est présumé être le père. L'al. 2 du même article permet de renverser la présomption, lorsqu'il est apporté la preuve du contraire, et place alors le premier mari comme père réputé. Toutefois, alors que cette situation est délibérément réglée par la loi pour les cas dans lesquels les parents sont un homme et une femme, il n'existe aucune équivalence dans le cas d'une double filiation maternelle. Il s'agit d'une lacune du législateur⁸⁹.

Sont ici visées les situations de décès de la deuxième mère après l'insémination mais avant la naissance avec un remariage entre temps de la mère génitrice avec une autre femme ou un homme. Dans ces cas, l'art. 255a al. 2 CC entre en conflit avec la présomption des articles 255a al. 1 et 255 CC.

Une application analogique de l'art. 257 CC semble ici envisageable, en rendant la présomption lors du mariage prédominante⁹⁰. Cependant, contrairement à l'art. 257 al. 2 CC, il n'est pas possible d'écarter la présomption de parentalité ; l'absence de moyen de contestation⁹¹ est ici problématique, car éviter qu'aucun moyen d'établir la filiation avec l'épouse décédée n'existe devrait être possible⁹².

II. Analyse par rapport au bien de l'enfant

1. Cadre

1.1. Bien de l'enfant en droit de la filiation

1.1.1. En général

Le bien de l'enfant (ou intérêt supérieur de l'enfant⁹³) est une notion fondamentale dans l'ordre juridique suisse, bien qu'aucune norme légale ne la détaille⁹⁴. L'art. 3 CDE place, au niveau international, l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale lorsqu'il s'agit d'une décision le concernant. Au niveau national, la Cst.

⁸⁷ COTTIER, *in* Guillo, p.386.

⁸⁸ LÖTSCHER, p.662, BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER N14.

⁸⁹ LÖTSCHER, p.669.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Cf. chapitre I;2;2.2.

⁹² LÖTSCHER, p.669.

⁹³ CF, 15.05.2019.

⁹⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, p.237.

consacre, à son art. 11, une protection particulière de l'intégrité et du développement des enfants.

Selon le TF, « Le bien de l'enfant constitue la maxime suprême du droit de l'enfant [...]; il est donc toujours le facteur décisif dans la réglementation des relations parents-enfant, tandis que les intérêts et les souhaits des parents passent au second plan »⁹⁵. Le bien de l'enfant comprend la promotion du développement intellectuel, physique et psychique⁹⁶ de celui-ci, mais aussi un environnement stable, avec des liens affectifs, des relations positives et un droit à l'autodétermination⁹⁷.

Les enfants ont besoin d'être « soutenus de manière attentionnée, aimante, responsables et constante par leurs personnes de référence »⁹⁸, ainsi que de se situer dans la lignée généalogique, soit pour étoffer son identité, mais parfois également pour connaître les antécédents médicaux dans son ascendance. Un des aspects du bien de l'enfant est celui d'avoir deux parents juridiques, et ceci dès la naissance⁹⁹ ce qui explique le fait que l'art. 3 LPMA force à pouvoir créer un lien de filiation. Le renforcement et la stabilité des liens constituent, en effet, la base d'un épanouissement sain de l'enfant¹⁰⁰. En ce sens, la présence de deux parents tissant des liens avec l'enfant et formant une structure familiale stable est essentielle à son développement¹⁰¹. De plus, il ne doit pas être fait égard à l'orientation sexuelle ou au sexe des parents ; il est en effet dans l'intérêt supérieur de l'enfant que celui-ci bénéficie d'une prise en charge permanente ainsi que de liens juridiques avec ses parents¹⁰².

La question de la discrimination envers les couples homosexuels est aussi considérée comme composante du bien de l'enfant. L'enfant ne doit pas subir de discrimination parce que sa mère vit avec une femme ou son père avec un homme, selon l'art. 2 CDE.¹⁰³ Ainsi, le fait même que les parents soient victimes de discrimination influe directement sur l'intérêt supérieur de l'enfant en y contrevenant.

1.1.2. Importance du lien de filiation

La filiation est une notion juridique qui n'existe que si le droit la consacre¹⁰⁴. Celle-ci est fondamentale du point de vue de l'enfant, puisqu'au-delà des aspects psychologiques qu'un lien de filiation apporte, elle permet à l'enfant de jouir d'avantages légaux. C'est notamment par la filiation juridique que se créent les rapports de descendance et de parenté (art. 20CC)¹⁰⁵, mais aussi que les notions de parentèle (art. 457ss CC) et d'héritiers légaux existent¹⁰⁶. De plus, l'obtention par l'enfant d'un nom et un prénom¹⁰⁷

⁹⁵ ATF 142 III 612, c.4.2.

⁹⁶ COPUR, N41.

⁹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, p.237 et réf.

⁹⁸ EXPERT-E-S, rapport, N95.

⁹⁹ FOUNTOLAKIS, p.259 et réf.; LOMBARD, p.748.

¹⁰⁰ COPUR, N41.

¹⁰¹ LOMBARD, p.748.

¹⁰² PERRIN/SIEGEL/COMMITTEE, p.1375ss.

¹⁰³ CREVOISIER, p.299.

¹⁰⁴ ATF 108 II 344, c.1; STEGMÜLLER, PMA, N139.

¹⁰⁵ GUILLOD, N83.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ MEIER, N823ss.

ainsi que d'un droit de cité¹⁰⁸ et d'un domicile¹⁰⁹ sont des effets de la filiation. Ensuite, « les relations personnelles dépendent dans la règle de l'existence d'un lien de filiation juridique »¹¹⁰. La filiation permet également l'obtention de prestations sociales telles que les rentes d'orphelins ou les allocations familiales¹¹¹, tout autant que les créances alimentaires (art. 276ss CC)¹¹². Toutes ces conséquences légales favorisent les intérêts de l'enfant et lui permettent de bénéficier d'avantages juridiques non-négligeables.

1.1.3. Parents biologique, juridique, d'intention

Le concept de filiation se compose d'une dimension génétique ou biologique, mais également d'une vérité socio-affective couplée d'une parenté d'intention. En effet, il existe différents types de parentés qui peuvent co-exister¹¹³. Le parent génétique est celui dont proviennent les gamètes, alors que le parent biologique est celui qui donne naissance à l'enfant. Ainsi, il est possible que la mère génétique ne coïncide pas avec la mère biologique, en cas de mère porteuse par exemple, ou de dons d'ovules¹¹⁴. La parenté d'intention découle, quant à elle, du choix d'un parent qui décide d'assumer certaines responsabilités envers l'enfant, et qui s'efforce d'entretenir un lien particulier avec celui-ci¹¹⁵. Dans ce cas, le parent peut n'avoir aucun lien génétique ou biologique avec l'enfant, mais s'investit dans la relation, avec objectif, tant que possible, de créer également un lien juridique¹¹⁶. Ainsi, si les parentés génétiques, biologiques et sociales ne sont pas réunies dans la même personne, un choix devra être fait afin de définir la parenté juridique¹¹⁷.

La pondération de l'aspect biologique ou génétique face à celui de la relation affective varie au cours du temps et de la société¹¹⁸. Les différentes parentés se dissocient de plus en plus, notamment en conséquence des changements sociaux, de la pluralité de formes de vie mais aussi grâce à la hausse de recours à la PMA¹¹⁹. Le rapport socio-affectif connaît ainsi un « regain d'importance »¹²⁰ au vu de la pratique et des multitudes de modèles familiaux qui existent. Partant de ce constat, il semble essentiel que le droit de la filiation suive cette tendance, et donne « plus d'importance à la volonté d'assumer une parenté »¹²¹, même si les liens biologiques « restent déterminants lors de l'attribution de la parenté »¹²².

Dans la législation actuelle, il est possible de faire reposer sciemment le lien de filiation sur « un fait social en ignorant la vérité génétique »¹²³ ; notamment en cas de PMA,

¹⁰⁸ MEIER, N930ss.

¹⁰⁹ MEIER, N1086ss.

¹¹⁰ MEIER, N964.

¹¹¹ GUILLOD, N83 ; COPUR, N45.

¹¹² COTTIER, *Impulsions*, p. 183.

¹¹³ EXPERTS, rapport, N100.

¹¹⁴ La GPA et les dons d'ovules étant interdits par la LPMA, le droit suisse ne différencie pas ces deux situations.

¹¹⁵ MEIER, N5.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, p.232.

¹¹⁸ MEIER, N5.

¹¹⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, p.233.

¹²⁰ MEIER, N5.

¹²¹ EXPERTS, rapport, N100.

¹²² EXPERTS, rapport, N99.

¹²³ FOUNTOLAKIS, p.262.

d'adoption ou en cas d'application des présomptions. Le lien intentionnel comme fondement de la filiation ne pose dès lors aucun tort au bien de l'enfant. Un fort courant doctrinal préconise même que la maternité soit elle aussi, comme la paternité, fondée avant tout sur un lien voulu, intentionnel avec l'enfant¹²⁴.

1.2. Droit à la connaissance de ses origines

1.2.1. En général

Le droit à la connaissance de ses origines a une importance particulière pour l'enfant, notamment pour « la construction de sa personnalité et pour le développement de son identité »¹²⁵, mais aussi pour « améliorer sa connaissance de soi »¹²⁶. Il permet une certaine cohérence dans la compréhension de soi et contribue à la santé mentale¹²⁷. Il s'agit ainsi d'une composante du bien de l'enfant.

La PMA n'est pas le seul cas d'application du droit à l'accès à ses origines ; il s'étend notamment aux adoptions¹²⁸, mais aussi aux enfants qui n'ont, dans d'autres contextes, pas connaissance de leur ascendance génétique.

D'une manière générale, le droit à la connaissance de son ascendance est ancré à l'art. 7 al. 1 CDE, disposition directement applicable¹²⁹, qui consacre, pour l'enfant, un droit de connaître, si possible, ses parents ainsi que d'être élevé par eux. Il doit être interprété strictement ; dès lors qu'il y a effectivement des informations, alors ce droit existe¹³⁰. Le TF¹³¹, a confirmé, à l'instar de la CourEDH¹³², que le droit de connaître ses origines relève du droit à la vie privée selon l'art. 8 CEDH et peut être déduit de la liberté personnelle (art. 10 Cst.). De plus, le droit à la connaissance des origines fait partie de la protection de l'identité garantie par les articles 28ss CC, permettant à l'enfant d'invoquer les droits de la personnalité afin d'accéder aux informations pertinentes sur son ascendance¹³³. Il est, en ce sens, reconnu une action *sui generis*¹³⁴, à laquelle on applique par analogie les règles relatives aux actions d'état du droit de la filiation¹³⁵. Cette protection ouvre également la possibilité de prétendre à l'action en réparation de tort moral en cas d'atteinte illicite¹³⁶. Notons également que c'est un droit strictement personnel suivant les principes généraux de l'art. 28CC et son exercice n'est donc pas soumis à la majorité mais à la capacité de discernement (art. 16 CC)¹³⁷.

Ce droit, fondamental, peut entrer en conflit avec d'autres droits, souvent ceux des parents biologiques. En effet, il existe, par la quête des origines, certains risques d'atteintes à la

¹²⁴ MEIER et réf., N58.

¹²⁵ PREMAND, p.10.

¹²⁶ MCF, FF 1996, p.264.

¹²⁷ KÖRBER/STEINEGGER, p.83.

¹²⁸ cf. art. 268c CC ; MEIER, N461.

¹²⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, p. 261.

¹³⁰ KÖRBER/STEINEGGER, p.65.

¹³¹ ATF 134 III 241.

¹³² Arrêt Jäggi c. Suisse, par. 44.

¹³³ ATF 134 III 241, c. 5.3.1.

¹³⁴ ATF 124 III 241 ; GUILLOD, N216.

¹³⁵ MEIER, N468.

¹³⁶ BORD, in Le droit, p.60.

¹³⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, p.264.

sphère privée ou émotionnelle de ces derniers, qu'il convient d'éviter par une réglementation aussi complète et adaptée que possible¹³⁸. Ainsi, dans un arrêt de principe datant de 2002¹³⁹, le TF a apporté certaines précisions concernant l'accès aux données sur les origines. On y apprend qu'il s'agit d'un droit inaliénable et imprescriptible¹⁴⁰, faisant partie du droit de la personnalité, mais aussi absolu. En ce sens, les différents conflits d'intérêts qui pourraient découler de l'application de ce droit doivent être tranchés en faveur de l'enfant. Toutefois, le caractère absolu du droit n'apparaît qu'une fois la majorité atteinte¹⁴¹. Selon MEIER, toute pesée d'intérêts est exclue lorsque la demande d'accès aux informations sur l'ascendance se fonde sur l'art. 27 LPMA¹⁴².

1.2.2. Dans le cadre de la LPMA et de l'art. 255a CC

Le droit à la connaissance des origines est concrétisé, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, autant constitutionnellement que législativement. L'art. 119 al. 2 let.g Cst. introduit un véritable droit fondamental en garantissant l'accès aux données relatives à son ascendance¹⁴³, et est considéré comme un prolongement des articles 10 al. 2 et 13 al. 2 Cst.¹⁴⁴. L'art. 27 LPMA explicite, dans la même idée, les informations qui pourront être fournies à l'enfant s'il use de son droit à la connaissance de ses origines lorsqu'il est issu d'un don de sperme.

Bien que ce droit soit absolu, le caractère inconditionnel¹⁴⁵ ne porte que sur certaines données alors que d'autres exigent un intérêt légitime¹⁴⁶. A la lecture de la loi, l'art. 27 al. 1 LPMA permet à l'enfant d'obtenir, à sa majorité, les données concernant l'identité et l'aspect physique du donneur. Il s'agit ici d'une référence à l'art. 24 al. 2 let. a et d LPMA, obligeant la personne qui conserve les données concernant le donneur de sperme à consigner le nom, prénom, date et lieu de naissance du donneur, son domicile, son lieu d'origine ou sa nationalité, sa profession et formation ainsi que des renseignements sur son aspect physique. Ces données pourront donc, à la seule condition de la majorité de l'enfant, lui être communiquées conformément au droit à la connaissance de son ascendance.

L'art. 27 al. 2 LPMA quant à lui, subordonne à un intérêt légitime l'accès aux autres données relatives au donneur, que sont, au sens de l'art. 24 al. 2 let. b et c, la date du don de sperme et les résultats des examens médicaux de celui-ci. Ainsi, que l'enfant soit majeur ou non, seul un intérêt légitime permet d'accéder à ces données ; il s'agit d'un droit conditionnel¹⁴⁷. Il faudrait, dans le sens de cet intérêt légitime, également tenir compte de la protection de la famille de l'enfant qui demande l'information¹⁴⁸.

¹³⁸ MEIER, N462.

¹³⁹ ATF 128 I 63.

¹⁴⁰ ATF 128 I 63, c.5.

¹⁴¹ BÜCHLER/CLAUSEN, p.262.

¹⁴² MEIER, N469.

¹⁴³ MEIER, N460.

¹⁴⁴ DONZALLAZ, N2144.

¹⁴⁵ MEIER, N482 ; GUILLOD, N210.

¹⁴⁶ PREMAND, p.26.

¹⁴⁷ PREMAND, p.26.

¹⁴⁸ BÜCHLER/CLAUSEN, p.262.

Lorsqu'une demande d'accès à ces informations aboutit, l'Office fédéral de l'état civil, à laquelle les renseignements auront été préalablement fournis par le médecin traitant¹⁴⁹, doit rechercher le donneur¹⁵⁰ puis l'informer que les données le concernant seront communiquées à l'enfant¹⁵¹. Si le donneur ne souhaite pas rencontrer l'enfant, ce dernier est informé des droits de la personnalité et de la famille du donneur ; ce n'est qu'une fois la demande maintenue que les informations lui sont alors communiquées.¹⁵² Puisque le droit à la connaissance de ses origines n'a qu'une portée informative, l'enfant ne peut dès lors pas prétendre à un droit à des contacts¹⁵³.

2. Incidences sur la présomption de parentalité

2.1. Aspect critique de la condition du don de sperme selon la LPMA

Lors des discussions concernant la norme 255a CC, l'exigence du don de sperme conforme à la LPMA est apparue comme condition *sine qua none* à son adoption¹⁵⁴. Le législateur a sciemment exclu certaines situations de la présomption, afin de garantir à l'enfant le droit à la connaissance de ses origines. En effet, les dons de sperme privés, ou administrés à l'étranger ne sont pas couverts par la présomption, au même titre que les enfants nés hors mariage¹⁵⁵.

Cette condition est discutable. Il est, en effet, donné préférence au droit à l'accès aux informations concernant son ascendance plutôt qu'à celui d'avoir un lien de filiation, et donc les avantages qui y sont attachés (II;1;1.1.2). Il existe pourtant une protection plus étendue du droit à la connaissance des origines appartenant à l'enfant issu de don de sperme lorsqu'il est dans une famille homoparentale car l'accès aux informations sur le donneur est « directement réalisé dans la relation entre parents de même sexe et enfant »¹⁵⁶.

En effet, afin d'exercer le droit à l'accès aux données sur les parents biologiques, il est nécessaire qu'il y ait une levée du secret sur ses origines¹⁵⁷. Un enfant issu de don de sperme ne peut prétendre qu'à effectuer des recherches sur ses origines dès lors qu'il a connaissance de la manière dont il a été conçu. Il n'existe pas de devoir concret d'information pour les parents¹⁵⁸, et il ne serait pas concevable, du point de vue de l'ingérence à la sphère privée, que l'enfant soit informé par exemple par les cliniques traitantes¹⁵⁹. La situation de l'enfant s'en trouve précaire, et il dépend de la bonne volonté de ses proches¹⁶⁰. Lorsque l'enfant est issu d'une famille homoparentale, la condition biologique permet à l'enfant de se questionner plus aisément sur son mode de

¹⁴⁹ Art. 25 al. 1 LPMA.

¹⁵⁰ DONZALLAZ, N2147.

¹⁵¹ Art. 27 al. 3 LPMA.

¹⁵² Art. 27 al. 3 LPMA.

¹⁵³ EXPERTS, rapport, N234.

¹⁵⁴ BO 2020, 2144s ; BO 2020 1110s ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N7.

¹⁵⁵ Dans le cas notamment d'un divorce ou d'une dissolution du mariage avant la naissance.

¹⁵⁶ COTTIER, *in* Guillod, p.385.

¹⁵⁷ BORD, p.53.

¹⁵⁸ Cf. EXPERTS, recommandations, R29. Un tel devoir peut être déduit de l'art. 272 CC, mais il n'existe pas de droit exprès, contrairement à l'adoption (art. 268c CC).

¹⁵⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, p.264.

¹⁶⁰ BORD, p. 53 ; Notons toutefois que priver l'enfant de ces informations revient à porter atteinte à ses droits de la personnalité (art. 28 CC) ; cf. EXPERTS, recommandations, R29.

conception¹⁶¹. Ainsi, ces enfants ont *de facto* plus de chance de pouvoir effectivement user de leur droit à la connaissance des origines.

Un enfant issu d'un don de sperme, qu'il soit le fruit d'un projet homoparental ou non, est confronté aux mêmes problématiques. Cela signifie que, la condition du don de sperme suisse, applicable pour les couples de femmes mariées mais non pour les époux de sexes opposés, n'empêche en rien les situations que le législateur a justement voulu éviter, telles que les dons privés ou à l'étranger. Il est concevable qu'un couple de personnes de sexes opposés ait recours également à ces méthodes, sans conséquence pour l'application de la présomption de paternité, puisque la vérité biologique ne joue pas de rôle lors de l'application de l'art. 255 CC, tant qu'elle n'est pas contestée¹⁶².

Il se pose ainsi la question de la discrimination des couples de personnes de même sexe face à ceux composés de parents de sexes différents ou encore des couples mariés en opposition à ceux qui ne le sont pas. Si l'on suit le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme fondement directeur du droit de la famille, la situation de couple des parents ne doivent pas être déterminant pour le statut juridique inégal ou désavantageux des enfants¹⁶³. De plus, selon l'art. 2 par. 2 CDE, les inégalités de traitement de l'enfant en raison du statut matrimonial de ses parents non justifiées sont interdites¹⁶⁴.

Avec l'adoption de l'art. 255a CC, la situation de l'enfant né dans une famille composée de deux adultes de même sexe, non-mariés, est problématique, au même titre que les enfants issus de dons privés ou à l'étranger, car il n'est pas possible de créer un lien de filiation dès la naissance¹⁶⁵. Cette condition engendre des conséquences négatives pour ces enfants car l'exclusion de la parentalité d'origine ne permet pas une protection quelconque du droit à la connaissance des origines¹⁶⁶. Il persiste ainsi des désavantages pour l'enfant dus à l'orientation sexuelle, au statut et aux sexes de ses parents¹⁶⁷, alors même qu'il n'existe pas de justification « au vu des circonstances objectives » ainsi que des « connaissances des sciences psychosociales »¹⁶⁸.

La condition du don de sperme suisse selon la LPMA ne permet donc, en l'état actuel, ni de protéger efficacement le droit à la connaissance des origines, ni de respecter toutes les composantes du bien de l'enfant. Les enfants exclus de la présomption, notamment lorsqu'il manque cette condition, ne bénéficient pas de lien de filiation originaire et se trouvent dans une situation juridique précaire.

2.2. Absence d'action en contestation de la présomption

Contrairement à la présomption de paternité (art. 255 CC), l'art. 255a CC est une fiction, soit une présomption irréfragable de la parenté intentionnelle¹⁶⁹. De ce fait, il est, dans

¹⁶¹ COTTIER, *in* Guillood, p.385.

¹⁶² LOMBARD, p.744.

¹⁶³ CREVOISIER/COTTIER, p.333s.

¹⁶⁴ COTTIER, *Impulsions*, p.185.

¹⁶⁵ COTTIER, *Impulsions*, p.182.

¹⁶⁶ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC225a, N7.

¹⁶⁷ COTTIER, *Impulsions*, p.183.

¹⁶⁸ COTTIER, *Impulsions*, p.186.

¹⁶⁹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N1 ; LÖTSCHER, p.659 ; GAY, N28.

l'état actuel du droit¹⁷⁰, impossible de contester le lien de filiation créé lorsque la présomption s'applique¹⁷¹. La parenté de l'épouse ne peut donc être contredite par la preuve du contraire¹⁷² alors que cela est possible avec l'action en désaveu de paternité (art. 256ss CC). Cette possibilité ouverte pour la présomption de paternité existe pour faire coïncider la paternité juridique à celle biologique¹⁷³. Notons toutefois que le mari de la mère ne peut intenter l'action en désaveu s'il a consenti à la conception par un tiers (art. 256 al. 3 CC), mais l'action lui reste ouverte si l'insémination ne répond pas aux exigences de la LPMA¹⁷⁴.

C'est à ce stade qu'intervient la différence fondamentale de la portée du consentement donnée lors du recours à la PMA (art. 5b LPMA). En considérant que seule la femme ayant consenti au don de sperme peut se voir appliquer la présomption, une action en contestation ne serait pas nécessaire¹⁷⁵, puisqu'à l'instar d'un couple de personnes de sexes opposés¹⁷⁶, aucune autre personne ne pourrait établir un lien de filiation avec l'enfant (en dehors de l'adoption). L'absence d'action en contestation pourrait plaider en faveur d'une telle condition¹⁷⁷.

L'action en rectification de l'art. 42 CC resterait ouverte tout de même¹⁷⁸. Cette possibilité permet à toute personne qui justifie d'un intérêt personnel de demander à l'autorité judiciaire à ce qu'elle constate l'inexistence d'une condition préalable à la présomption ou d'un non-respect de celle-ci. Il ne s'agit pas ici de contester la présomption en tant que telle¹⁷⁹, mais d'atteindre la radiation ou la rectification d'une information inscrite qui serait erronée. Ainsi, il est inenvisageable d'invoquer la non-maternité de la deuxième mère, mais plutôt de démontrer qu'une condition d'application de la présomption est manquante¹⁸⁰. Cette action aurait son utilité dans le cas où l'épouse de la mère, malgré l'absence de son consentement, serait inscrite au registre de l'état civil en tant que co-mère¹⁸¹. L'action générale en constatation de l'art. 88 CPC trouverait également application¹⁸². Toutefois, celle-ci est subsidiaire aux actions formatrices et donc à l'action en rectification¹⁸³.

Inversement, si l'on considère que la présomption s'applique de manière automatique, il se peut que l'épouse de la mère n'ait pas consenti à la PMA, notamment dans le cas d'un remariage avant la naissance. L'absence d'action devient ici problématique, car la mère, au même titre que l'enfant, n'ont pas de moyen pour contester le lien de filiation créé et

¹⁷⁰ Une proposition concernant une action en contestation a été proposée lors des débats parlementaires par une minorité, mais elle n'a pas été suivie (BO 2020 N 2411).

¹⁷¹ Le titre marginal de l'art. 256 CC a été changé, mais ne permet toutefois pas de contester l'art. 255a CC.

¹⁷² LÖTSCHER, p. 663 ; GUILLOD, N100.

¹⁷³ MEIER, N77.

¹⁷⁴ MEIER, N270.

¹⁷⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N9 ; HAUSHEER, N1213.

¹⁷⁶ Cf. art. 256 al. 3 CC et art. 23 al. 1 LPMA ; GUILLOD, N205.

¹⁷⁷ LÖTSCHER, p.666.

¹⁷⁸ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N9 ; COTTIER in Guillod, p.386.

¹⁷⁹ GUILLOD, N212.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N9.

¹⁸² LÖTSCHER, p.664.

¹⁸³ GAY, N44.

en établir un nouveau. L'épouse de la mère serait alors obligée, par la loi, d'assumer un rôle légal de mère¹⁸⁴, sans pouvoir le renier¹⁸⁵.

Cette position est défendue par l'argument consistant à considérer qu'exclure la présomption lorsque l'épouse de la mère n'a pas consenti à la PMA serait contraire à l'esprit et au but du législateur, qui a voulu protéger les intérêts de l'enfant à avoir deux parents, mais aussi qui visait l'égalité de traitement entre les mariages de personnes de même sexe et ceux de personnes de sexes opposés¹⁸⁶. Il est vrai qu'en suivant l'opinion inverse, l'enfant se trouverait, dans un premier temps du moins, dans une famille juridique monoparentale mais également dans une situation discriminatoire par rapport aux enfants issus de don de sperme au sein d'un couple composés de personnes de sexes différents. De plus, il ne s'explique pas de refuser l'application de la présomption à la femme qui n'a pas fait partie du processus de PMA, et donc de ne pas lui donner la possibilité d'accepter le lien de filiation, alors même qu'un homme dans la même situation peut le faire¹⁸⁷.

Une action *sui generis* ou une action en « désaveu de maternité » pourraient être envisagées, avec un fondement juridique nouveau, comme le consentement donné lors du processus de PMA¹⁸⁸. En effet, si la contestation de la filiation sert généralement à faire une « correction au profit de l'origine génétique »¹⁸⁹, les cas de PMA ne se fondent justement pas sur celle-ci, puisqu'une action contre le donneur est exclue (art. 256 al. 3 CC et 23 LPMA). Relevons que l'art. 23 LPMA devrait être changé en conséquence, car il exclut toute action contre le lien de filiation créé par les règles des art. 252 à 263 CC.

Il n'est pas possible de considérer l'absence de possibilité de contestation en tant que lacune qu'il conviendrait de combler au sens de l'art. 1 al. 2 CC. En effet, le législateur a sciemment renoncé à une action en ce sens¹⁹⁰. Il n'est pas possible non plus d'envisager une application par analogie des règles des articles 256ss CC, car la question de savoir si le recours au don de sperme est équivalent juridiquement à la paternité biologique est une question politico-sociale, qui devra être réglée par le législateur¹⁹¹.

2.3. Absence d'action en reconnaissance et d'établissement de la filiation

Il est possible que les femmes ne soient pas mariées ou n'aient pas recours à la PMA mais plutôt à un don privé voire un don à l'étranger. Dans ces cas, la présomption est inapplicable, et ne reste par conséquent comme solution que l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire (art. 264c CC).

Cette forme de création de lien de filiation a, par rapport à une présomption, des désavantages, puisqu'elle suppose une procédure coûteuse¹⁹² et plus longue. En effet, l'adoption de l'enfant du partenaire nécessite une année au moins de soin et d'apport dans

¹⁸⁴ LÖTSCHER, p.667.

¹⁸⁵ GUILLOD, N100.

¹⁸⁶ LÖTSCHER, p.667.

¹⁸⁷ LÖTSCHER, p.667.

¹⁸⁸ JUNGO, p.581.

¹⁸⁹ EXPERT-E-S, rapport, N174.

¹⁹⁰ Ce sujet a été abordé lors des débats, cf. notamment BO 2020 N2411.

¹⁹¹ LÖTSCHER, p.672.

¹⁹² GAY, N26.

l'éducation de l'enfant (art. 264 CC)¹⁹³, mais également que le couple ait fait, pendant trois ans au moins, ménage commun (art. 264c CC). Rien ne garantit que le temps de la procédure de l'adoption, les parents vivent encore ensemble¹⁹⁴, ce qui crée le risque pour l'enfant que le lien de filiation ne soit pas créé. De plus, la procédure d'adoption est très intrusive¹⁹⁵.

Comme précisé lors du point sur le droit à la connaissance des origines (II;1;1.2), il est contraire au bien de l'enfant que de n'avoir aucune solution pour créer un lien de filiation lorsque l'on se trouve en dehors du champ de la présomption, tant du point de vue de la discrimination que de son intérêt supérieur. Les enfants concernés restent dans l'insécurité juridique de leur filiation et de leurs droits en découlant¹⁹⁶, alors même que de leur en faire bénéficier dès leur naissance est requis par le bien de l'enfant¹⁹⁷.

Lorsque le deuxième parent est un homme, il existe deux façons d'établir la filiation avec l'enfant si la présomption ne trouve pas application. Le père a la possibilité de reconnaître l'enfant (art. 260 CC). S'il ne le fait pas, la mère et l'enfant peuvent tenter une action en paternité, afin que la filiation soit établie (art. 261 CC). Aucune de ces possibilités n'est ouverte dans le cadre d'un couple de deux femmes.

Une lecture littérale de l'art. 252 al. 2 CC pourrait laisser croire que la reconnaissance est ouverte à la compagne de la mère, mais l'art. 260CC n'a pas été adapté en ce sens¹⁹⁸. Le fait qu'il n'y ait pas d'action en reconnaissance est discriminatoire, car une simple déclaration à l'état civil suffit pour créer un lien de filiation au sein d'un couple composé de personnes de sexes opposés alors que l'adoption est nécessaire pour les couples de même sexe¹⁹⁹. De plus, l'action en reconnaissance ne pose pas la condition du lien biologique²⁰⁰. Il devrait être possible pour la co-mère non-mariée de reconnaître l'enfant et même de manière anticipée, soit avant la conception²⁰¹. La volonté de celle-ci serait alors déterminante²⁰².

Si la présomption n'est pas applicable, l'enfant et la mère biologique n'ont aucun moyen de faire constater la maternité et de créer un lien de filiation. L'action en paternité de l'art. 261 CC se fonde sur la vérité biologique du père, inexistante dans le cas d'une PMA. Une action analogique s'avèrerait dès lors compliquée. Une solution possible à cet aspect serait d'introduire le consentement obligatoire du deuxième parent et de s'en servir comme fondement à la filiation juridique²⁰³ lors d'une action en « maternité », ou encore d'une action *sui generis* ayant également comme preuve le consentement au don de sperme²⁰⁴.

¹⁹³ Une motion a été acceptée pour supprimer ce délai de 1 an (22.3382).

¹⁹⁴ COTTIER, *Impulsions*, p.183.

¹⁹⁵ CREVOISIER/COTTIER, p.334.

¹⁹⁶ STEGMÜLLER, *Mariage*, ch.II.

¹⁹⁷ LOMBARD, p.748.

¹⁹⁸ GUILLOD, N106.

¹⁹⁹ CREVOISIER/COTTIER, p.334.

²⁰⁰ LOMBARD, p.744.

²⁰¹ CREVOISIER/COTTIER, p.337.

²⁰² LOMBARD, p.749.

²⁰³ JUNGO, p.581 ; EXPERT-E-S, recommandations, R11; COTTIER, in Guilloid, p.397 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N13.

²⁰⁴ COTTIER, in Guilloid, p.397.

La fiction tombe également immédiatement dès lors que le lien conjugal est dissous pour cause de divorce ou d'annulation du mariage avant la naissance²⁰⁵. A l'instar d'un enfant provenant d'un don de sperme envers lequel la présomption de paternité n'a plus d'effet²⁰⁶, lorsque l'art. 255a CC ne s'applique pas, l'enfant se retrouve sans deuxième parent juridique et sans possibilité d'établir un lien de filiation²⁰⁷. Le fait que cette situation ne soit pas réglée représente une lacune de la loi²⁰⁸, et non d'un silence qualifié car le législateur n'a pas abordé ce point lors des travaux préparatoires²⁰⁹.

Une perspective intéressante dans ce cas serait de « donner au consentement écrit du mari à la PMA la même portée qu'à une reconnaissance prénatale »²¹⁰ ; permettant la création du lien de filiation même sans application de la présomption. Une application analogique à l'enfant issu d'un don de sperme après un projet homoparental pourrait être possible.

La nécessité de la création de ses actions s'impose naturellement. Il semblerait préférable que le lien de filiation avec la deuxième mère soit automatiquement créé, sans égard au mode de conception, à l'instar du droit britannique par exemple²¹¹. Un droit de la filiation sans distinction du genre, selon le modèle californien²¹², pourrait également être envisagé. En effet, une solution permettant à tous les enfants de bénéficier de lien de filiation correspondrait à la teneur des articles 2 et 3 CDE²¹³ et serait conforme au bien de l'enfant.

Conclusion

Les changements législatifs du 1^{er} juillet 2022 permettent une avancée dans la quête de l'inclusivité et de réglementer les configurations sociales existantes. Toutefois, comme démontré dans le présent travail, il demeure des situations qui ne sont pas acceptables à l'égard du bien de l'enfant. En effet, des exclusions non-justifiées de certaines configurations subsistent, contrevenant ainsi au principe même de l'intérêt supérieur de l'enfant. Nous avons pu relever les incohérences et les lacunes existantes dans le système s'articulant autour de l'art. 255a CC. L'absence d'action en contestation et, à l'inverse, d'action en reconnaissance et en établissement de la filiation n'est pas en conformité avec le bien de l'enfant. De plus, la condition forçant les couples de deux femmes à avoir recours à un don de sperme selon la LPMA afin de se voir appliquer la présomption est discriminatoire et ne protège pas, de surcroît, particulièrement le droit à la connaissance des origines.

Afin de régler ces ingérences, une réforme du droit de la filiation s'avère nécessaire. Celle-ci est attendue, puisque le groupe d'expert-e-s mandaté par le CF a dû se prononcer sur un nouveau droit de la filiation. Les recommandations proposent de fonder le lien de filiation avec le deuxième parent uniquement par la reconnaissance²¹⁴ et d'abroger le

²⁰⁵ FOUNTOLAKIS, p.264.

²⁰⁶ FOUNTOLAKIS, p.265.

²⁰⁷ CR-CC I-GUILLOD, N3 ; en combinaison des art. 255 al. 2 CC et 23 al. 2 LPMA, une situation analogue se présente pour les enfants nés de PMA au sein d'un couple hétérosexuel qui divorce avant la naissance.

²⁰⁸ Cf. CR-CC I-GUILLOD, art. 255 N3.

²⁰⁹ COTTIER, in Guillod, p.387 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC 225a, N13.

²¹⁰ CR CC I-GUILLOD, art.255 N3.

²¹¹ CREVOISIER/COTTIER, p.336, BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, CC225a, N17 et réf.

²¹² LOMBARD, p.737ss.

²¹³ COTTIER, in Guillod, p.385.

²¹⁴ EXPERT-E-S, recommandations, R4.

système de présomptions²¹⁵. Cette solution permettrait d'éliminer les discriminations encore existantes aujourd'hui entre les couples de sexes opposés et ceux de personnes de même sexe, ainsi que celles qui touchent les enfants qui en sont issus. Un droit de la filiation non-genré, sans égard au statut matrimonial des parents et basé principalement sur l'intention permettrait de résoudre les principales ingérences au bien de l'enfant persistantes à ce jour.

²¹⁵ EXPERT-E-S, recommandations, R5.

Déclaration de non-plagiat

Je déclare que je suis bien l'autrice de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Laura BARROSO LOURENÇO