

ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2018

Alter
Âge
Age

LUDIVINE CALDERARI

**Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant
d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge
de procréer naturellement**

VALÉRIE SAVIOZ-VIACCOZ

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

ALEXANDER KISTLER / NATALIE LISIK

**Die Sammelklage erobert Europa –
zieht die Schweiz mit?**

MARTIN SEELMANN

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

PASCAL FAVROD-COUNE

**Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal
Aspects**

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

LUDIVINE CALDERARI 3

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

VALÉRIE SAVIOZ-VIACCOZ 18

Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?

Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

ALEXANDER KISTLER / NATALIE LISIK 29

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

Urteil des Bundesgerichts 6B_708/2017 vom 13. November 2017

i.S. X. (Beschwerdeführer) gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin)

MARTIN SEELMANN 46

Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal Aspects

PASCAL FAVROD-COUNE 51

Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

LUDIVINE CALDERARI*

MOTS CLÉS	Procréation médicalement assistée – Maternité de substitution – Droit pénal – Etablissement de la filiation
RÉSUMÉ	La procréation médicalement assistée donne l'espoir à un couple hétérosexuel de concevoir un enfant après avoir dépassé l'âge de procréer naturellement. Toutefois, le législateur est intervenu afin d'encadrer l'accès à la procréation artificielle en Suisse et d'ériger certains comportements en infractions pénales pour éviter des abus. Cette contribution analysera les problèmes posés en matière d'établissement de la filiation (selon le droit suisse) lorsqu'un couple viole les règles régissant l'accès à la procréation médicalement assistée en Suisse en se rendant dans un autre Etat.
ZUSAMMENFASSUNG	Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gibt einem heterosexuellen Paar die Möglichkeit, ein Kind zu empfangen, nachdem es das Alter zur Fortpflanzung auf natürliche Weise überschritten hat. Der Gesetzgeber hat jedoch eingegriffen, um den Zugang zur künstlichen Fortpflanzung in der Schweiz zu regeln, und bestraft bestimmte Verhaltensweisen, um Missbrauch zu verhindern. Dieser Beitrag analysiert die Probleme bei der Entstehung des Kindesverhältnisses (nach schweizerischem Recht), wenn ein Paar die Regeln für den Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung in der Schweiz verletzt, indem es ins Ausland ausweicht.
ABSTRACT	Medically assisted reproduction gives hope to a heterosexual couple to conceive a child after they have passed the natural reproductive age. However, the legislator intervened to regulate access to artificial procreation in Switzerland and to establish certain forms of behaviour as criminal offences in order to prevent abuse. This contribution will analyse the problems in formation of the parent-child relationship (under Swiss law) when a couple violates the rules governing access to medically assisted reproduction in Switzerland by going abroad.

I. Introduction

Le désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel qui a dépassé l'âge de procréer naturellement s'explique par l'évolution de la société suisse depuis les années 1970 puisque la naissance du premier enfant est repoussée tant pour les hommes que pour les femmes à un âge toujours plus avancé.¹ Ainsi, les femmes sont aujourd'hui de

plus en plus nombreuses à devenir mères à partir de 40 ans.² Or, il est plus difficile de concevoir un enfant à un âge avancé puisque la qualité des ovocytes diminue dès

des hommes et des femmes désirent avoir un enfant avec leur nouveau partenaire à un âge avancé. Sur l'évolution sociétale, *cf.*, entre autres, OFS, Les comportements démographiques des familles en Suisse, de 1970 à 2008, Neuchâtel 2009, 3 et 18 ; Message du 11 juillet 1979 concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1181 ss ; JACQUES GONZALÈS, Histoire de la procréation humaine, Paris 2012, 637 s. Pour des statistiques sur l'âge moyen à la maternité et à la paternité en Suisse, *cf.* <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces.html>, consulté le 22 avril 2018.

* MLaw, doctorante en droit à l'Université de Lausanne et avocate stagiaire.

¹ Le recul de l'âge de la maternité s'explique par le fait que la contraception artificielle et l'interruption de grossesse non punissable donnent la possibilité aux femmes de choisir le moment où elles souhaitent devenir mères. En outre, les femmes exercent désormais, à l'instar des hommes, une activité lucrative. Elles occupent également, après une longue formation, de plus en plus fréquemment un poste à responsabilité. Certaines souhaitent ainsi, en particulier si elles se sont consacrées à leur carrière professionnelle, fonder une famille lorsqu'elles voient approcher la période de la ménopause. Par ailleurs, la transformation des mentalités a eu pour conséquence d'augmenter le nombre de divorces et de permettre aux familles recomposées d'être socialement tolérées. Cela explique que

² En 2016, sur 87 883 naissances vivantes en Suisse, il y en a eu 5697 de femmes entre 40 et 49 ans, 33 de femmes entre 50 et 59 ans et aucune de femmes âgées de 60 ans et plus. Pour plus de détails, *cf.* Naissances vivantes selon l'âge de la mère et le canton, 1970–2016, *in* : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/naissances.html>, consulté le 22 avril 2018. Sur la parentalité de personnes de 40 ans ou plus, *cf.* FABIENNE RAUSA/SYLVIE BERRUT, OFS, Démon, Newsletter, Informations démographiques, Parents à 40 ans ou plus, Neuchâtel 2014, 5 ss.

37 ans environ³ et les femmes deviennent ensuite naturellement stériles au moment de la ménopause, entre 40 et 55 ans, soit lorsque leurs ovaires cessent de fonctionner.⁴ Les progrès rapides depuis les années 1970 des techniques de procréation médicalement assistée⁵ (ci-après : PMA), soit l'ensemble des méthodes médicales et biologiques permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme,⁶ offrent techniquement la possibilité à des couples hétérosexuels de concevoir un enfant au-delà des limites imposées par les contraintes biologiques.

Bien qu'il existe différentes méthodes de PMA, nous traiterons des conditions d'accès communes à l'ensemble desdites méthodes et nous nous limiterons, au surplus, à une seule technique de procréation artificielle, à savoir la fécondation *in vitro* (ci-après : FIV). Ce choix se justifie par le fait qu'il s'agit de la technique privilégiée par les personnes faisant l'objet de cette contribution. La FIV consiste à recueillir des ovules et des spermatozoïdes pour effectuer une procréation à l'extérieur du corps de la femme (*cf.* art. 2 let. c LPMA⁷), puis à transférer les embryons ainsi obtenus dans l'utérus. Grâce à une technique de préservation de la fertilité appelée cryoconservation, ces embryons peuvent, à l'instar notamment des gamètes (ovules et spermatozoïdes), être conservés à une tempéra-

ture de moins 196°C dans l'azote liquide, pour une longue durée, afin de procéder ultérieurement, après décongélation, à une FIV.⁸ La cryoconservation présente l'avantage d'éviter que la qualité des ovules et des embryons (issus d'une précédente FIV) ne soit péjorée par l'avancement de l'âge et donc de prolonger la période de fertilité. Partant, une femme qui congèle ses ovules ou ses embryons à environ 25 ans peut procéder des années plus tard à une FIV et ainsi espérer⁹ obtenir une grossesse avec un *nasciturus* issu de ses propres ovules au-delà de la limite où il est possible de procréer naturellement (*social freezing*).¹⁰ La FIV, qui peut être pratiquée avec un don de sperme et/ou d'ovule ou encore d'embryon(s), est également utilisée lors d'une maternité de substitution. Cette dernière consiste, pour une mère de substitution, à accepter par contrat de porter un enfant, soit sur une base altruiste, soit contre rémunération, à la demande de parents sociaux qui pourvoiront à son éducation et de leur abandonner – dans les pays autorisant une telle pratique – ses droits sur l'enfant afin qu'ils en soient les parents juridiques.¹¹

Etant donné que l'absence d'ovaire fonctionnel et, partant, d'ovule prive définitivement la mère sociale de sa faculté de procréer aussi bien naturellement qu'artificiellement, un couple dont la femme ménopausée n'a pas cryoconservé ses ovules doit nécessairement recourir à une FIV ainsi qu'à un ou des tiers pour assouvir leur désir de parentalité.¹² Il s'agit d'une FIV hétérologue – par

³ Sur ce point, *cf.* JEAN-PHILIPPE WOLF (Pr.), *Espoirs et limites de l'assistance médicale à la procréation, Prendre soin de l'enfant à naître*, Paris 2015, 11 ss et 26. Les grossesses tardives comportent aussi davantage de risques pour la santé tant de la mère que de l'enfant et l'âge augmente également les probabilités de fausse couche – liées à une anomalie chromosomique – ainsi que de naissances multiples. *Cf.* WOLF (n. 3), 13, COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE (ci-après : CNE), *La procréation médicalement assistée, Considérations éthiques et propositions pour l'avenir*, Prise de position n° 22/2013, Berne 2013, 16 ; RAUSA/BERRUT (n. 2), 6 s. ; OFS (n. 1), 13 et référence citée.

⁴ L'âge de la ménopause varie d'une femme à l'autre pour des raisons naturelles, de sorte qu'il existe une relativement grande différence entre les âges qui fixent une limite naturelle à la capacité d'une femme de procréer. Sur ce point, *cf.* CNE (n. 3), 38 ; Message du 26 juin 1996 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), FF 1996 III 245.

⁵ Pour un aperçu de l'évolution médicale, *cf.* entre autres, GONZALÈS, (n. 1), 17 ss et 557 ss ; OLIVIER GUILLOD, *Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects du droit de la personnalité*, SJ 1986, 113 s.

⁶ Sur ce point, *cf.* art. 2 let. a LPMA et Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 200, 238 et 240.

⁷ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA), RS 810.11.

⁸ Pour plus de détails sur cette méthode, *cf.*, entre autres, CNE (n. 3), 13 ss ; Message du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5267 et les références citées.

⁹ Les chances d'obtenir une naissance vivante après une PMA diminuent rapidement avec l'augmentation de l'âge de la femme. Cela explique que les grossesses de femmes devenues naturellement infertiles demeurent exceptionnelles. Sur ce point, *cf.* GONZALÈS (n. 1), 594 s. En Espagne, en 2006, une femme a donné naissance à des jumeaux à presque 67 ans. Elle est décédée moins de trois ans plus tard. <http://www.guinnessworldrecords.com/world-records/oldest-person-to-give-birth>, consulté le 22 avril 2018.

¹⁰ *Cf.* CNE (n. 3), 14 ss.

¹¹ La mère de substitution est définie en droit suisse comme étant « une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement » (art. 2 let. k LPMA).

¹² Nous avons choisi d'utiliser le terme de parentalité pour désigner le fait de concevoir un enfant lors d'un parcours de PMA. Cette notion permet de nous concentrer sur le désir d'exercer une parenté sociale, c'est-à-dire de vivre avec un enfant issu d'une procréation artificielle et de lui donner de l'affection, de

opposition à homologue – lorsque les gamètes ne proviennent pas exclusivement des membres du couple ou lorsque l'embryon conçu par FIV est transféré dans l'utérus d'une mère porteuse.

Deux situations permettent aujourd'hui, du point de vue médical, à une femme d'un certain âge d'assouvir un désir de parentalité. Premièrement, cette femme conserve techniquement la possibilité, en recourant à une FIV, de mener elle-même une grossesse à terme et de donner naissance à un enfant. Ce dernier est alors issu, soit d'un ovule ou d'un embryon cryoconservé de la femme devenue infertile en raison de l'âge, soit de l'ovocyte d'une donneuse fertile ou d'un don d'embryon. Dans le premier cas, la femme ménopausée sera la mère génétique, biologique et sociale de l'enfant issu de la PMA tandis que dans le second cas, la maternité biologique et sociale est dissociée de la maternité génétique. Deuxièmement, une femme qui a dépassé l'âge de procréer a la possibilité de solliciter une mère de substitution pour porter un embryon issu d'une FIV si une telle capacité lui fait défaut ou si elle ne peut ou ne veut pas prendre le risque d'être enceinte. La femme ménopausée sera la mère génétique de l'enfant issu de la maternité de substitution lorsqu'il a été conçu avec ses propres ovules – la mère porteuse étant la mère biologique – alors qu'en cas de recours à l'ovocyte d'une donneuse, elle n'aura aucun lien ni génétique, ni biologique avec « son » enfant.

Les techniques de PMA permettent également à l'homme de cryoconserver ses gamètes afin que leur qualité ne soit pas altérée avec l'âge ou de recourir à un tiers donneur. Ainsi, lorsqu'une FIV est réalisée avec les gamètes du partenaire masculin, il y a une identité entre les paternités génétique, biologique, sociale et, en principe, juridique alors qu'en présence d'un don de sperme, la paternité est dissociée puisque le donneur est le père génétique et biologique.

La FIV hétérologue a engendré une véritable révolution en permettant de dissocier les parentés biologique, génétique et sociale. L'éclatement de la notion de parenté est d'autant plus important s'agissant de la maternité puisque, contrairement à la paternité, il convient de distinguer la maternité génétique et biologique. Concrètement, cela si-

gnifie que l'homme dont proviennent les spermatozoïdes est obligatoirement le père génétique et biologique alors que la femme dont est issu l'ovule (mère génétique) n'est pas forcément celle chez qui l'embryon issu d'une PMA est transféré et qui donne ensuite naissance à l'enfant (mère biologique). Le recours à la PMA requiert ainsi de se demander qui sont le ou les parents sociaux, c'est-à-dire ceux qui ont désiré recourir à une procréation artificielle et qui pourvoiront à l'éducation de l'enfant qui en est issu, les parents génétiques, à savoir les personnes dont proviennent les gamètes et, s'agissant de la maternité, qui est la femme ayant porté l'enfant, soit la mère biologique. Il découle de ce qui précède qu'un enfant issu d'une PMA peut, aujourd'hui, techniquement avoir cinq « parents » s'il est issu d'un double don de gamètes ou d'un don d'embryon¹³ combiné à une maternité de substitution.¹⁴

La procréation artificielle a ainsi engendré de nouveaux problèmes en droit de la filiation étant donné que si plusieurs personnes sont susceptibles de participer à la conception d'un enfant, le droit suisse permet actuellement à ce dernier d'avoir deux parents juridiques au maximum. Par conséquent, il sied de bien circonscrire les cas dans lesquels le recours à une PMA est envisageable et plus encore les conséquences juridiques, notamment quant au statut des différentes personnes impliquées, que la technique utilisée va engendrer.

Le recours à une FIV, non pas pour pallier une infertilité médicale mais pour satisfaire un projet de vie, par des couples qui ont perdu la faculté de procréer en devenant naturellement infertiles avec l'âge demeure controversé au sein de la société et pose des problèmes éthiques,¹⁵ notam-

lui prodiguer des soins, de participer quotidiennement à son éducation ainsi qu'à son entretien, indépendamment du fait de savoir si les parents sociaux ont également un lien génétique, biologique et/ou juridique avec ledit enfant. Dans ce sens, cf. MARTA ROCA I ESCODA, La procréation partagée des couples lesbiens en Catalogne, *Journal des anthropologues* 2016, 147 ss, 157 ; CLAIRE NEIRINCK/MARTINE GROSS, Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?, *Question de droit et de société*, Paris 2014, 187.

¹³ Un enfant issu d'un don de sperme ou d'embryon a deux « pères », soit le donneur de sperme (père génétique et biologique) et l'homme qui pourvoit à son éducation (père social) et, en principe, juridique) tandis que celui conçu grâce à un don d'ovule ou d'embryon a deux « mères », soit la donneuse d'ovule (mère génétique) ainsi que la femme qui l'a porté et qui l'élève (mère biologique, sociale et – en Suisse – juridique).

¹⁴ Dans ce cas, l'enfant a trois « mères » : la mère qui l'élève (mère sociale), la femme qui l'a porté (mère biologique et – selon le droit suisse – juridique) et celle dont provient l'ovule (mère génétique). Pour un aperçu des différentes formes de maternité de substitution et de leur incidence sur le nombre de personnes impliquées, cf. CNE (n. 3), 43 ; Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, 8 s.

¹⁵ La notion d'éthique varie dans le temps ainsi que dans l'espace selon la culture, l'éducation et la religion. Cela explique que les conditions d'accès aux différentes techniques de PMA, de même que les décisions de politique criminelle en la matière diffèrent selon les Etats et que, faute d'une réglementation contraignante au niveau international, des pratiques interdites en Suisse soient autorisées à l'étranger, donnant ainsi naissance à un « tourisme de la procréation ».

ment au vu du bien de l'enfant. Aussi, il est apparu nécessaire de limiter l'accès à la PMA. Dans cette contribution, nous nous attacherons d'abord à analyser les conditions permettant d'encadrer l'accès à la PMA en Suisse (II). Puis, il conviendra de circonscrire les problèmes posés en matière d'établissement de la filiation (selon le droit suisse) en cas de violation des règles régissant l'accès à la PMA (III) avant de conclure (IV).

II. L'accès à la PMA en Suisse à un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

Le législateur fédéral a autorisé le recours à certaines méthodes de PMA lorsque des conditions strictes sont remplies (A). Il a également prévu expressément des interdictions afin de prévenir et d'empêcher des abus du développement technologique qui violeraient ce qui était socialement admis au moment de l'adoption de la loi sur la procréation médicalement assistée et érigé certaines violations des conditions encadrant le recours à la PMA en infractions pénales (B).

A. Les conditions limitant et encadrant l'accès à une méthode de PMA autorisée par la loi sur la procréation médicalement assistée

L'ensemble de la loi sur la procréation médicalement assistée¹⁶ est régie par des valeurs directrices – juridiques et éthiques –, à savoir le bien de l'enfant (art. 3 al. 1 LPMA), la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille ainsi que l'interdiction de l'application abusive de la biotechnologie et du génie génétique (art. 1 al. 2 LPMA). La notion de « nature », bien que ne figurant pas explicitement dans les dispositions énonçant les principes de la LPMA, joue un rôle important dans la systématique

de ladite loi et permet de justifier les limites ainsi que les interdictions concernant l'application d'une technique médicale. Ces valeurs – dont le contenu est influencé par l'évolution de la société – ne limitent pas, en soi, l'accès à la procréation artificielle en Suisse mais présentent, directement ou indirectement, une force normative étant donné qu'elles permettent, d'une part, de déterminer si une personne remplit les conditions pour bénéficier d'une PMA et, d'autre part, d'apprécier l'admissibilité d'une technique médicale.¹⁷

Seul un couple hétérosexuel, marié ou vivant dans une relation stable et durable, est susceptible de bénéficier d'une technique de PMA autorisée en Suisse.¹⁸ Toutefois, un tel couple doit encore remplir plusieurs conditions cumulatives. Ainsi, l'homme et la femme doivent être vivants (art. 3 al. 4 LPMA), un rapport de filiation fondé sur un lien biologique (art. 252 à 263 CC¹⁹) doit pouvoir être établi (art. 3 al. 2 let. a LPMA), les futurs parents doivent paraître, eu égard à leur âge et à leur situation personnelle, être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité (art. 3 al. 2 let. b LPMA) et, enfin, l'acte de PMA doit être conforme au bien de ce dernier (art. 3 al. 1 LPMA). Les conditions précitées sont un préalable nécessaire mais non encore suffisant pour être autorisé à bénéficier d'une procréation artificielle en Suisse. En effet, les techniques de PMA sont réservées, à titre d'*ultima ratio* (cf. art. 119 al. 2 let. c Cst.), exclusivement aux couples hétérosexuels en âge de procréer qui souffrent d'une infertilité d'origine médicale. Cela signifie que lesdits couples devront encore nécessairement remplir au moins l'une des deux indications prévues à l'art. 5 LPMA. Ainsi, la procréation artificielle doit leur permettre de remédier à leur infertilité lorsque les autres traitements ont échoué ou sont vains (art. 5 let. a LPMA) (indication médicale)²⁰ et/ou constituer le seul moyen d'écarter le risque de transmission d'une maladie grave aux descendants (art. 5 let. b LPMA) (indication génétique).²¹ Partant, la PMA n'est

¹⁶ La LPMA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, définit un cadre législatif et éthique unifié au niveau fédéral qui concrétise les critères et les conditions fixés par la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) en matière de PMA et de génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.). Elle tient compte de l'évolution rapide des techniques médicales et scientifiques ainsi que de la diversité des valeurs et des opinions au sein de la société suisse s'agissant des questions extrêmement complexes soulevées par la PMA. La révision de la LPMA, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017, a notamment abrogé l'interdiction de la cryoconservation d'embryons (art. 17 al. 3 aLPMA) et du diagnostic préimplantatoire (art. 5 al. 3 aLPMA). Cf. Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée [LPMA], Modification du 12 décembre 2014, FF 2015 5763 ss.

¹⁷ Sur les valeurs normatives de la LPMA, cf. CNE (n. 3), 19 ss.

¹⁸ Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 244. Sur ce point, cf. également *supra* n. 6.

¹⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

²⁰ D'un point de vue médical, un couple hétérosexuel en âge de procréer souffre d'infertilité médicale lorsqu'aucune grossesse n'est induite après une année ou deux ans malgré des rapports sexuels réguliers, soit plusieurs par semaine, sans contraception. Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 249 ; CNE (n. 3), 39 et référence citée.

²¹ Il convient de préciser que si, avant l'entrée en vigueur de la modification de la LPMA, il devait s'agir d'une maladie grave et incurable (art. 5 al. 1 let. b aLPMA), le caractère incurable n'est désormais plus nécessaire. L'indication génétique permet ainsi aux couples hétérosexuels fertiles dont l'un des membres

pas une alternative à la procréation naturelle ou une solution de convenance personnelle pour un couple hétérosexuel en âge de procréer qui ne souffre ni d'une infertilité médicale, ni d'une maladie héréditaire grave. De même, il ressort de l'analyse de l'ensemble des conditions précitées que les couples de même sexe ainsi que les personnes seules ou qui ne sont plus en âge de procréer naturellement ne sont pas autorisés à bénéficier d'une procréation artificielle en Suisse.

Enfin, si les techniques homologues sont accessibles tant aux couples hétérosexuels mariés qu'aux concubins vivant une relation stable et durable, le recours à un don de sperme – seule méthode hétérologue autorisée en Suisse – est actuellement réservé exclusivement aux couples mariés (art. 3 al. 3 LPMA).²² Cela signifie qu'un homme hétérosexuel non marié, indépendamment de son âge, ne peut pas recourir à une PMA hétérologue s'il vit en concubinage stable et durable. Or, au vu de l'évolution de la société et de l'augmentation du nombre de couples hétérosexuels vivant en union libre, il conviendrait selon nous d'examiner la possibilité d'autoriser ces derniers à bénéficier d'une technique de PMA avec don de sperme.²³ Toutefois, si cette solution aurait l'avantage d'éviter que les couples en âge de procréer dont l'homme souffre d'une infertilité médicale se tournent vers le tourisme de la procréation, elle engendrerait une discrimination en raison du mode de vie dans l'hypothèse où les couples de concubins hétérosexuels seraient seuls autorisés à recourir à un don de sperme à l'exclusion des couples de concubins de même sexe.²⁴ Par conséquent, il nous semble opportun de

réserver la possibilité de bénéficier d'un don de sperme uniquement en présence d'une infertilité médicale – pour autant que les autres conditions d'accès à la LPMA soient remplies. Il n'y aurait ainsi pas de discrimination en raison du mode de vie puisque cela exclurait aussi bien les couples de même sexe et les personnes seules que les couples hétérosexuels mariés ou vivant en concubinage qui ont dépassé l'âge de procréer.²⁵

B. Les interdictions et les infractions pénales, prévues par la LPMA, en cas d'application d'une méthode de PMA en Suisse à un couple hétérosexuel qui a dépassé l'âge de procréer naturellement

Bien que la PMA donne aujourd'hui l'espoir d'accéder artificiellement à la parentalité à un âge avancé et que la LPMA protège la fondation de la famille nucléaire traditionnelle,²⁶ il ressort de l'analyse des conditions prévues par ladite loi pour encadrer l'accès à une procréation artificielle²⁷ qu'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement n'est pas autorisé à en bénéficier en Suisse. Toutefois, il sied de relever, d'une part, que la violation des obligations et des interdictions prévues dans la LPMA n'est pas forcément réprimée par une infraction pénale dans la mesure où le retrait d'une autorisation de

ou les deux sont porteurs d'une maladie héréditaire grave de bénéficier d'une PMA – pour autant que les autres conditions soient remplies – et, par conséquent, d'écarter le risque que leur enfant soit malade. Sur cette indication, cf. CNE (n. 3), 30 ; Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 221 et 249 ; cf. également l'art. 5a LPMA.

²² Le législateur a pris cette décision en se fondant sur la protection du bien de l'enfant. Cf. Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 245 s. Pour un avis critique, cf. CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, FamPra.ch 2011, 247 ss, 268 s. Cet auteur déplore le fait que la LPMA définisse le bien de l'enfant de manière étroite en se centrant sur le besoin d'avoir un père et une mère, sans que d'autres considérations concrètes, à l'instar de la paix familiale ou des relations personnelles avec l'enfant, ne puissent être prises en compte.

²³ La CNE unanime recommande l'autorisation du don de sperme pour les couples hétérosexuels non mariés. Sur ce point, cf. CNE (n. 3), 53.

²⁴ Dans la mesure où l'institution du mariage jouit d'une protection particulière (art. 12 CEDH [Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101]), un Etat n'a pas l'obligation, lorsqu'il donne la possibilité d'accéder à des institutions juridiques à

des personnes ayant choisi d'autres modes de vie, de leur attribuer les mêmes droits qu'aux couples mariés dans tous les domaines. Il n'y a par conséquent pas d'inégalité de traitement injustifiée en présence d'une situation juridique qui n'est pas comparable à celle de couples mariés. En revanche, il y aurait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH) si l'accès à une institution était différent – pour autant que cette inégalité de traitement ne soit motivée que par l'orientation sexuelle – pour les couples homosexuels et hétérosexuels se trouvant dans une situation juridique comparable. Cela serait le cas si ladite institution était autorisée aux couples hétérosexuels menant de fait une vie de couple et interdite aux couples de même sexe ayant choisi le même mode de vie. Sur ce point, cf. Arrêt CourEDH dans la cause *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, 25951/07, § 19, § 65, § 68 s. et 73 et références citées ; Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 894.

²⁵ *Contra* : La majorité de la CNE considère, en rejetant l'argument de la normativité de la nature, que la limitation de l'accès à un don de sperme pour les couples mariés représente une discrimination pour les couples non mariés, les couples de même sexe et les personnes seules. Par conséquent, elle estime que l'accès à la PMA ne doit pas être interdit aux couples de même sexe et aux personnes seules. Sur ce point, cf. CNE (n. 3), 38 s., 49 et 53.

²⁶ Sur ce point, cf. CNE (n. 3), 24 s.

²⁷ Sur ce point, cf. *supra* II.A.

pratiquer la PMA est parfois considéré comme une sanction suffisante, d'autre part, que les sanctions pénales visent uniquement les personnes qui appliquent une technique de procréation artificielle en violation de la LPMA. Cela signifie que les personnes impliquées physiquement ou émotionnellement dans un acte de procréation artificielle, c'est-à-dire le couple qui souhaite accéder à la parentalité, les donneurs de gamètes ou la mère de substitution, ne sont pas punissables pénalement. Dès lors, il convient de s'intéresser aux infractions pénales prévues par la LPMA sanctionnant le fait de permettre à un couple de bénéficier d'une FIV en Suisse en violation de la loi. Nous distinguerons les infractions selon qu'elles résultent de l'accès à une technique de PMA autorisée (1) ou interdite (2) en Suisse.

1. L'accès à une technique de PMA autorisée en Suisse

En premier lieu, en Suisse, la PMA est une mesure médicale ayant pour but de remédier à l'impossibilité d'un couple hétérosexuel en âge de procréer de concevoir naturellement un enfant et non de pallier une infertilité sociale.²⁸ Or, un couple hétérosexuel désirant recourir à la PMA pour accéder à la parentalité alors que l'un des deux partenaires, voire les deux, sont devenus naturellement infertiles en raison de l'âge ne souffre pas d'une infertilité médicale mais sociale. Partant, l'accès à une technique de PMA licite en Suisse n'est pas autorisé dans ce cas.²⁹ La personne qui applique intentionnellement, sur le territoire helvétique, une telle méthode de procréation artificielle au couple précité remplit la typicité de la contravention réprimant, d'une amende de 100 000 francs au plus,³⁰ le comportement consistant à appliquer une méthode de PMA sans indication prévue par la LPMA (art. 37 let. d LPMA). Par ailleurs, l'application d'une technique de PMA faisant appel au patrimoine germinal d'un donneur de sperme à un couple de concubins hétérosexuels (art. 3 al. 3 *a contrario* LPMA) afin de pallier une difficulté à procréer due à l'âge du partenaire est passible de la même sanction en vertu de l'art. 37 let. a LPMA.

En second lieu, un rapport de filiation, au sens des art. 252 à 263 CC, doit pouvoir être établi à l'égard

des membres du couple hétérosexuel (art. 3 al. 2 let. a LPMA),³¹ lesquels doivent être vivants (art. 3 al. 4 LPMA) et paraître, en raison de leur âge et de leur situation personnelle, être à même d'élever ensemble l'enfant jusqu'à sa majorité (art. 3 al. 2 let. b LPMA). Cela nous renvoie à la condition exigeant que le bien de l'enfant soit garanti (art. 3 al. 1 LPMA). Le législateur a considéré que la PMA consistait à imiter la procréation naturelle et qu'elle ne devait pas permettre de créer des « rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possibles », à savoir que chaque enfant a, dans la règle, un père et une mère en âge de procréer et qui jouent chacun un rôle spécifique dans son développement.³² Le bien de l'enfant – principe destiné aux médecins, qui disposent d'une marge d'appréciation – commande ainsi que ce dernier ait un rapport psycho-social de qualité avec son père et sa mère, soit que les seconds s'investissent dans des relations interpersonnelles riches et stables avec le premier tout en mettant des ressources humaines et matérielles à sa disposition.³³ Par conséquent, dans la mesure où le bien de l'enfant prime les intérêts et les désirs du couple qui souhaite accéder à la parentalité, ce dernier n'est pas autorisé à recourir à une PMA si le contexte familial ne paraît pas, dans le cas particulier, favorable au développement et à l'épanouissement de l'enfant qui, contrairement à l'enfant adopté, n'existe pas encore.³⁴

La FIV permet de dépasser la contrainte de l'âge et d'accéder à la parentalité au-delà du temps de fécondité puisque, d'une part, la cryoconservation – autorisée en Suisse en vertu des art. 15 et 16 LPMA – permet de concevoir tardivement un enfant avec ses propres gamètes ou embryons, d'autre part, les dons de sperme, d'ovocyte et d'embryons ainsi que la maternité de substitution donnent la possibilité aux parents sociaux de procréer avec l'aide d'un tiers. Ces possibilités offertes par la PMA ont fait naître la revendication de la reconnaissance d'un droit de procréer et donc de fonder une famille lorsqu'un individu le désire. Certains invoquent la liberté personnelle – qui comprend la liberté de procréer – afin d'exiger que l'Etat les autorise à accéder à la procréation artificielle

²⁸ Sur les différentes formes d'infertilité sociale, cf. CNE (n. 3), 39 s.

²⁹ Dans le même sens, ROSELINE LETTERON, *Le droit de la procréation*, Paris 1997, 66.

³⁰ Les contraventions prévues à l'art. 37 LPMA dérogent au principe général fixant le montant maximum de l'amende à 10 000 francs. Cf. art. 106 al. 1 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0).

³¹ Sur ce point, cf. *infra* III.A et III.B.

³² Cf. Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 243 s. et 248. Il convient, toutefois, de relever, au vu de la croissance constante du nombre de divorces, que la pérennité de la biparentalité n'est pas garantie à long terme tant pour les couples mariés que pour les concubins. Dans ce sens, cf. PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 5^{ème} éd., Zurich 2014, N 265.

³³ Dans ce sens, CNE (n. 3), 37.

³⁴ Sur ce point, cf. Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 243. Sur la notion du bien de l'enfant dans le cadre de la PMA, cf. aussi CNE (n. 3), 25 s. et 36.

et mette ainsi une technique de PMA à leur disposition afin de pouvoir assouvir leur désir d'enfant et, partant, qu'il leur fournisse les moyens ou les conditions nécessaires pour pouvoir exercer effectivement leur liberté personnelle. Cela supposerait que des tiers soient obligés d'intervenir afin de pallier, notamment, la limitation biologique, imputable non pas à une infertilité médicale mais sociale, des couples hétérosexuels devenus naturellement infertiles en raison de l'âge.³⁵ Or, il n'existe pas un droit d'accéder à un traitement de procréation artificielle ni un droit au succès de ce traitement.³⁶ De même, il n'y a pas de droit à l'enfant, et encore moins un droit à un enfant en bonne santé. Il est d'ailleurs impossible – du point de vue médical – de garantir la naissance d'un enfant, d'autant plus atteint d'aucune pathologie.³⁷ Par conséquent, les couples précités ne peuvent pas invoquer la liberté personnelle pour revendiquer un droit d'accès, de manière générale, aux techniques de PMA malgré les interdictions prévues par la LPMA.³⁸

Il faut penser au futur cadre de vie de l'enfant car il existe une forte probabilité en cas d'accès à la parentalité à un âge (très) avancé que le père et/ou la mère deviennent impotents ou décèdent avant que l'enfant n'atteigne l'âge adulte. Partant, un tel cas de figure nous paraît contraire au principe du bien de l'enfant commandant que ce dernier ait deux parents sociaux et juridiques non seulement vivants mais également en bonne santé afin qu'ils puissent tous deux s'investir dans son éducation et soient en mesure de subvenir à ses besoins tant psychiques et physiques qu'affectifs et matériels au moins jusqu'à sa majorité.³⁹

Pour autant, le législateur n'a pas souhaité fixer une limite d'âge légale maximale pour procréer. En effet, d'une part, il y aurait un risque qu'une telle limite soit interpré-

tée comme un droit à bénéficier d'une PMA et que celle-ci soit, dès lors, régulièrement réalisée aussi longtemps que le seuil d'âge limite n'est pas atteint, d'autre part, une limite stricte incite à éluder la loi.⁴⁰ La CNE a par conséquent été amenée à préciser que la limite d'âge des personnes autorisées à avoir recours aux méthodes de PMA est laissée à la libre appréciation des praticiens.⁴¹ Ces derniers doivent pour cela rassembler un faisceau d'éléments – tels que l'impossibilité pour l'enfant de bénéficier d'un réseau de relations humaines aussi riche et long que possible – susceptibles de les amener à se forger une présomption que – dans le cas d'espèce – le recours à la PMA n'est pas admissible, même si cela risque de porter atteinte à la vie privée des personnes concernées. Il convient, cependant, de relever que la question de l'âge idéal des parents se pose essentiellement pour la femme étant donné que, selon des études scientifiques, il existe une corrélation entre l'âge de la mère au moment du début de la grossesse et les risques de morbidité ainsi que de mortalité pour cette dernière et l'enfant. Partant, le principe éthique de non-malfaisance, soit l'obligation de ne pas nuire et de ne pas blesser, permet de refuser une prestation de PMA au nom de la déontologie médicale.⁴² En outre, l'interdiction du don d'ovule et d'embryon ainsi que de la maternité de substitution (art. 4 LPMA) sont des garde-fous supplémentaires puisque cela empêche une femme ménopausée qui ne disposerait plus de ses propres ovules cryoconservés de bénéficier d'une PMA.⁴³

³⁵ Dans ce sens, CNE (n. 3), 9, 27, 29 s.

³⁶ Cf. art. 119 Cst. ; Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 219 et 243.

³⁷ Cf. CNE, Diagnostic préimplantatoire II, Questions spécifiques sur la réglementation légale et le typage HLA, Prise de position n° 14/2007, Berne 2007, 9 s.

³⁸ A cet égard, le TF a considéré que le fait de limiter la liberté de procréer en soumettant les méthodes de PMA à certaines conditions ne portait pas atteinte au noyau intangible de la liberté personnelle. ATF 119 Ia 460, 474 ss, JdT 1995 I 586, 590 ss, c. 5 ; ATF 115 Ia 234, 246 ss, JdT 1991 I 194, 197 ss, c. 5 ; CNE (n. 3), 36. Par ailleurs, si le droit au mariage (art. 12 CEDH) protège le droit des couples mariés de « fonder une famille », il ne garantit pas un droit de recourir à la PMA au-delà des limites naturelles. Il en va de même du droit au respect d'une « vie familiale » (art. 8 CEDH) dans la mesure où il ne protège pas le simple désir de fonder une famille. Sur ce point, cf. Arrêt CourEDH dans la cause *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, 43546/02, § 41.

³⁹ Dans ce sens, FOUNTOLAKIS (n. 22), 262 ; CNE (n. 3), 38.

⁴⁰ Sur ce point, cf. Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 245.

⁴¹ Les prises de position de la CNE, bien qu'elles soient destinées à aider le législateur, n'ont pas de force juridique contraignante directe. Sur ce point, voir Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 271.

⁴² Sur ce point, voir CNE (n. 3), 38.

⁴³ En Suisse, en 2016, 6049 femmes ont eu recours à un traitement de PMA qui a abouti à une grossesse pour 41,9 % d'entre elles. Cette même année, 2162 enfants sont nés vivants après une PMA, cf. OFS, Procréation médicalement assistée, in : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/reproductive/procreation-medicalement-assistee.html>, consulté le 22 avril 2018. L'âge moyen des femmes était de 36,1 ans, l'âge maximum relevé étant de 50 ans. Les partenaires étaient, quant à eux, un peu plus âgés puisqu'ils avaient 39,2 ans en moyenne, l'âge maximum relevé étant de 81 ans. La classe d'âge des femmes la plus concernée par la PMA se situe, en Suisse, entre 35 et 39 ans (1652 ; 42,4%), suivies de celle des 30–34 ans (1147 ; 29,4%), des 40–44 ans (720 ; 18,5 %) et des 22–29 ans (349 ; 9,0 %). Seules 28 patientes (0,7 %) étaient âgées de 45 ans et plus. OFS, Procréation médicalement assistée : personnes traitées, indications et recours au don de sperme, 2007-2016, in : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/reproductive/procreation-medicalement-assistee.assetdetail.4762064.html>, consulté le 22 avril 2018.

Si le législateur n'a pas expressément prévu de sanction pénale en cas d'application d'une technique de PMA aux membres d'un couple hétérosexuel qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, ne pourront vraisemblablement pas élever leur enfant jusqu'à sa majorité, un tel comportement tombe dans le champ d'application d'autres dispositions. Ainsi, outre les infractions réprimant directement les dons d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution,⁴⁴ il convient de ne pas oublier la contravention prévue à l'art. 37 let. a LPMA réprimant l'impossibilité d'établir un rapport de filiation conformément aux règles du Code civil régissant l'établissement de la filiation biologique. Cela concerne en particulier la mère sociale qui, en raison de son âge, recourt à une maternité de substitution. Dans ce cette hypothèse, elle n'est pas la mère juridique puisqu'en vertu de l'art. 252 al. 1 CC, cette qualité revient à celle qui donne naissance à l'enfant.⁴⁵

Le recours à une procréation artificielle pour assouvir un désir de parentalité d'un couple hétérosexuel qui n'est plus en âge de procréer naturellement viole ainsi non seulement les conditions fixées par le législateur suisse pour encadrer le recours à une technique de PMA autorisée en Suisse mais nécessite encore généralement de bénéficier d'une technique absolument interdite par l'ordre juridique suisse.

2. L'accès à une technique de PMA interdite en Suisse

Une femme ménopausée qui n'a pas cryoconservé ses gamètes doit nécessairement bénéficier d'une FIV avec don d'ovules ou d'embryons. Elle a ensuite le choix de porter elle-même l'embryon conçu avec l'aide d'une femme plus jeune ou de recourir à une mère de substitution. Cela implique que dans le cas le plus extrême d'une maternité de substitution associée à un double don de sperme et d'ovule ou à un don d'embryon les parents sociaux n'ont aucun lien biologique et génétique avec leur enfant. Or, toutes les possibilités techniquement envisageables par la FIV ne sont pas autorisées en Suisse. En effet, le don d'ovule et d'embryon ainsi que la maternité de substitution (art. 4 LPMA)⁴⁶ sont absolument interdits, c'est-à-

dire indépendamment tant de l'état civil que du mode de vie et de la situation personnelle des individus qui souhaitent en bénéficier.⁴⁷ Au vu de ce qui précède, un double don de gamètes est également prohibé.

La maternité de substitution est érigée en délit. Ainsi, l'application d'une méthode de PMA à une mère de substitution, de même que le fait de servir d'intermédiaire à une telle technique de procréation artificielle sont passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 31 LPMA). En outre, le comportement consistant à transférer intentionnellement à une femme un embryon provenant d'un don absolument interdit est, quant à lui, une contravention punissable d'une amende de 100 000 francs au plus (art. 37 let. c LPMA). Cette infraction est notamment applicable à une FIV avec don d'ovules ou d'embryons. Il sied encore de relever qu'une maternité de substitution réalisée avec des ovules ou des embryons issus d'une femme ménopausée prédécédée remplit, selon nous, les éléments constitutifs des infractions prévues aux art. 37 let. a-d LPMA et 31 LPMA.

Certains couples sont disposés à tenter tout ce qui est possible pour assouvir leur désir d'enfant, même si cela implique de violer le cadre légal prévu par la LPMA. Ils se livrent alors au « tourisme de la procréation » en se rendant à l'étranger pour bénéficier de manière licite d'une PMA interdite en Suisse. Ils contournent ainsi l'ordre juridique suisse en enfreignant aussi bien l'interdiction d'accéder à une technique de PMA autorisée en Suisse que l'interdiction absolue de recourir à certaines techniques de PMA, à l'instar du don d'ovule et d'embryon ainsi que de la maternité de substitution. Toutefois, il convient de rappeler qu'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement ne serait pas punissable pénalement s'il bénéficiait d'une PMA en Suisse puisque les dispositions pénales de la LPMA répriment uniquement les personnes qui appliquent une telle PMA sur le territoire suisse. *A fortiori*, le couple précité ne semble pas non plus encourir, en application du principe de la territorialité (art. 3 et 8 CP), des sanctions pénales en Suisse lorsqu'il recourt à l'étranger – de manière licite – à une PMA

⁴⁴ Sur ce point, cf. *infra* II.B.2.

⁴⁵ Sur les problèmes posés par la violation des règles encadrant la PMA sur l'établissement de la filiation maternelle et paternelle fondée sur un lien biologique, cf. *infra* III.A et III.B.

⁴⁶ L'art. 4 LPMA va plus loin que l'art. 119 al. 2 let. d Cst. en interdisant le don d'ovule étant donné que la Constitution interdit expressément uniquement le don d'embryon ainsi que toutes les formes de maternité de substitution.

⁴⁷ Des couples hétérosexuels en âge de procréer ne peuvent pas accéder à une procréation artificielle en Suisse, bien qu'ils souffrent d'une infertilité médicale, lorsque la femme n'a pas ou plus de fonction ovarienne (ménopause précoce avant l'âge de trente ans) et/ou souffre d'une incapacité à porter un enfant. Ces pathologies impliquent, en effet, de recourir à une méthode de PMA interdite en Suisse, à savoir un don d'ovule ou d'embryon et/ou une maternité de substitution. Sur ce point, cf. GONZALÈS (n. 1), 39, 503, 555 s. et 629 s.

interdite sur le territoire helvétique.⁴⁸ En revanche, il se heurte aux limites résultant des principes généraux d'établissement de la filiation en droit civil suisse.

III. Les problèmes posés en Suisse en matière d'établissement de la filiation en cas de violation des règles encadrant la PMA

Les principes généraux d'établissement de la filiation sont liés aux conditions d'accès à la PMA et varient ainsi selon les différentes législations. Cela a, par conséquent, une incidence sur les personnes pouvant être reconnues en tant que parents juridiques en cas de recours à une technique hétérologue, c'est-à-dire lorsque des tiers – donneurs de sperme, d'ovocyte ou d'embryon ou encore mère de substitution – interviennent dans le processus de procréation. En Suisse, les règles sur l'établissement et la destruction de la filiation, fondées sur la conception naturelle de l'enfant, ont été adaptées aux méthodes de procréation artificielle autorisées par la LPMA (cf. art. 256 al. 3 CC et art. 23 LPMA). Le nombre de personnes impliquées dans une PMA est ainsi limité à trois au maximum en cas de recours à un don de sperme par un couple marié⁴⁹ alors qu'il est techniquement possible de concevoir un enfant avec l'intervention de cinq personnes, soit un donneur de sperme et une donneuse d'ovule, voire un couple donneur d'embryon (parents génétiques), une mère de substitution (mère biologique) ainsi qu'un couple d'intention (parents sociaux).⁵⁰

Cependant, le droit suisse actuel ne mentionne que les parents juridiques et ne sépare pas la parenté génétique, biologique et sociale du lien de filiation juridique⁵¹. Les techniques hétérologues posent ainsi des problèmes en matière d'établissement de la filiation, en particulier s'agissant de l'établissement de la maternité juridique, lorsque des couples hétérosexuels qui ne sont plus en âge de procréer, mariés ou non, domiciliés en Suisse, se rendent à l'étranger pour bénéficier d'une PMA interdite et réprimée pénalement sur le territoire suisse.

Nous exposerons, tout d'abord, les principes régissant en droit suisse l'établissement de la filiation maternelle et

paternelle fondée sur un lien biologique. Puis, nous nous demanderons si l'institution de l'adoption peut être utilisée comme palliatif en cas d'impossibilité de reconnaître, en Suisse, une filiation résultant d'une méthode de PMA interdite par l'ordre juridique suisse.

A. L'établissement de la filiation maternelle

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. Cela signifie que la femme qui donne naissance à un enfant après une PMA, c'est-à-dire la mère biologique, reste toujours la mère juridique, même si elle n'est pas la mère génétique et/ou sociale. 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 ». En revanche, le principe *mater semper certa est* pose problème en présence d'une maternité de substitution puisqu'une mère sociale qui, en violation du droit suisse, recourt à cette technique – même de manière licite dans un pays où elle est autorisée – ne peut pas être considérée comme la mère juridique de l'enfant en vertu des règles d'établissement de la filiation maternelle fondée sur un lien biologique, et ce même s'il s'agit de son enfant génétique.⁵² Partant, la solution choisie par le législateur suisse, qui ignore la réalité des techniques de PMA qui engendrent, aujourd'hui, un éclatement de la maternité en faisant naître un doute sur l'identité de la mère, est susceptible d'entrer en conflit avec la volonté des personnes impliquées dans une maternité de substitution puisque la mère porteuse est considérée comme la mère juridique à l'exclusion de la mère sociale et/ou génétique. Dans cette situation, le seul moyen pour établir un lien de filiation maternelle au profit de la mère génétique et/ou sociale en Suisse est de rompre par le biais de l'adoption⁵³

⁴⁸ Aucune condamnation pénale n'a, à notre connaissance, été prononcée en Suisse en application de la LPMA pour sanctionner la pratique du « tourisme de la procréation ».

⁴⁹ Une femme (mère génétique, biologique, sociale et juridique), un donneur de sperme (père génétique et biologique) ainsi que le mari de la mère (père social et juridique).

⁵⁰ Sur ces notions, cf. *supra* I.

⁵¹ Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), Modernisation du droit de la famille, mars 2015, 36.

⁵² MARTIN STETTLER, Les principaux développements enregistrés dans le droit suisse de la filiation depuis la révision de 1976, FamPra.ch 2002, 1 ss, 3 s. Cf. aussi Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 273. Il convient de préciser, d'une part, qu'une double filiation maternelle n'existe pas en Suisse, d'autre part, que la filiation maternelle ne peut pas être contestée en justice. De même, il n'est pas possible de faire établir un lien de filiation maternelle par le biais d'une « présomption de maternité », d'une « reconnaissance en maternité » ou d'un « jugement constitutif de maternité » ou encore d'une possession d'état. Cf. MEIER/STETTLER (n. 32), N 14, 39 et 42.

⁵³ Cf. *infra* III.C.

la filiation maternelle – qui résulte de l'accouchement – avec la mère de substitution.⁵⁴

Si la mère sociale n'est pas la mère juridique, cela signifie forcément qu'elle a violé les interdictions prévues par la LPMA. Or, pour assurer une cohérence de l'encadrement des techniques de PMA par le droit civil et le droit pénal actuellement en vigueur en Suisse, il n'y a pas lieu, au vu de l'interdiction du don d'ovule et d'embryon ainsi que de toutes les formes de maternité de substitution (art. 4 LPMA), de remettre en cause les principes du droit suisse régissant l'établissement de la filiation maternelle.⁵⁵ Toutefois, il convient de se poser la question de la reconnaissance d'un lien de filiation maternelle valablement créé à l'étranger, à tout le moins lorsque la mère sociale est également la mère génétique de l'enfant.⁵⁶

⁵⁴ Dans ce sens, MEIER/STETTLER (n. 32), N 41 et 46.

⁵⁵ Dans ce sens, MEIER/STETTLER (n. 32), N 246. Pour une modification du droit de la filiation, cf. *infra* n. 90. Si le législateur choisissait un jour d'autoriser, même partiellement, la maternité de substitution en Suisse, il faudrait alors modifier le droit de la filiation et notamment envisager d'appliquer par analogie (à tout le moins partielle) à la filiation maternelle les institutions ainsi que les dispositions réservées à l'établissement et à la contestation de la filiation paternelle. Sur ce point, cf. MEIER/STETTLER (n. 32), N 229 et référence citée ; Rapport CF famille 2015 (n. 51), 34 s. ; STETTLER, (n. 52), 2 s. Ces institutions permettraient ainsi de consacrer, en cas de recours à une maternité de substitution, la maternité juridique – sans devoir recourir à l'adoption – de la mère sociale qui a donné ses gamètes, voire qui ne serait pas la mère génétique. Toutefois, il conviendrait de préserver au maximum la sécurité juridique et de limiter les effets de la dissociation de la maternité. Cela impliquerait d'éviter que la mère exclusivement génétique puisse remettre en question un lien de filiation maternelle. Dans ce sens, cf. MEIER/STETTLER (n. 32), N 248 et 249. Sur cette problématique, cf. en outre ANDREA BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, PJA 2004, 1175 ss, 1177 ss. Enfin, il nous paraît nécessaire, pour le bien de l'enfant, que ce dernier ait, dans tous les cas, une mère juridique, *a fortiori* s'il est malade ou handicapé.

⁵⁶ Les couples d'intention sont en général traités en Suisse comme si la mère sociale avait effectivement donné naissance à l'enfant à l'étranger dans la mesure où elle est inscrite sur l'acte de naissance. Or, le fait que la mère d'intention ait manifestement dépassé l'âge de procréer constitue un indice concret de recours à une mère de substitution. Au vu de ce qui précède, une mère sociale en âge de procréer a donc plus de chances de pouvoir faire reconnaître un lien de filiation juridique sans devoir recourir à l'adoption. Toutefois, selon le Conseil fédéral, une évolution de la pratique dans le sens de l'admission de la reconnaissance d'un lien de filiation établi conformément à un droit étranger n'est pas inconciliable avec l'interdiction de la maternité de substitution (art. 119 al. 2 let. d Cst.) dans la mesure où elle ne vaut que sur le territoire suisse. Partant, une telle reconnaissance devrait être possible lorsque le bien de l'enfant le commande. Cf. Rapport CF maternité de substitu-

B. L'établissement de la filiation paternelle

Conformément à l'art. 252 al. 2 CC, la filiation paternelle fondée sur un lien biologique peut être établie en recourant à trois modes différents, soit par mariage avec la mère (art. 255–259 CC), par reconnaissance (art. 260–260c CC) ou par jugement (art. 261–263 CC). Partant, il est possible, en droit suisse, que la paternité juridique – contrairement à l'établissement de la filiation maternelle – soit fondée sur une fiction juridique qui ne corresponde pas à la vérité biologique et génétique dans la mesure où elle peut être établie sur la base d'un fait social, soit le mariage, ou d'une déclaration de volonté reconnue par le droit.⁵⁷ Dans ce cas, l'établissement de la filiation consacre un lien psycho-social ou socio-affectif qui se construit jour après jour dans les relations qu'entretiennent les parents et l'enfant. Nous présumons que lorsqu'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement décide d'accéder ensemble à la parentalité, l'homme souhaite être le père juridique de l'enfant. Il faut, dès lors, analyser différents cas de figure.

En premier lieu, dans l'hypothèse où la femme donne naissance à l'enfant, il convient de distinguer s'il s'agit d'un couple marié ou de concubins. Dans le premier cas, le mari de la mère biologique sera présumé être le père biologique et génétique de l'enfant né pendant le mariage (art. 255 al. 1 CC) pour autant qu'il ait valablement consenti à une technique de PMA homologue ou à un don de sperme.⁵⁸ Partant, un lien de filiation juridique sera établi avec le père social sur la base d'une présomption de paternité (cf. art. 256 al. 3 CC et 23 al. 1 LPMA). Dans le second cas, bien que le droit suisse interdise actuellement à un couple de concubins d'accéder à un don de sperme (art. 3 al. 3 *a contrario* LPMA), il est envisageable que l'homme qui avait un projet parental avec la mère biologique puisse reconnaître l'enfant, indépendamment du fait qu'il ait ou non recouru à un don de sperme.⁵⁹ En effet, même si le

tion (n. 14), 10 et 29 ss et Expertise du 15 mai 2013 de l'Office fédéral de la Justice, 6 ss ; ATF 141 III 328, 330 ss, JdT 2016 II 179, 183 ss, c. 2. Sur ce point, cf. également *infra* III.B.

⁵⁷ Rapport CF famille 2015 (n. 51), 35.

⁵⁸ Sur ce point, cf., entre autres, MEIER/STETTLER (n. 32), N 64 ; DOMINIQUE MANAI, Pouvoir parental et droit médical, Fam-Pra.ch 2002, 197 ss, 219 ; Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 262. Il convient de préciser que l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme, conformément aux dispositions de la LPMA, ne peut en aucun cas contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère qui est également son père social (art. 23 al. 1 *ab initio* LPMA ; art. 256 al. 3 *in fine* CC). Sur ce point, cf., entre autres, STETTLER (n. 52), 4 ; MEIER/STETTLER (n. 32), N 251 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 256 N 14.

⁵⁹ La reconnaissance en paternité est possible lorsque le rapport de filiation existe seulement avec la mère (art. 260 al. 1 CC),

droit de reconnaître un enfant n'appartient en principe qu'au père génétique, il n'incombe pas à l'officier de l'état civil de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une reconnaissance dite de complaisance. Or, celui qui reconnaît un enfant en sachant avec certitude qu'il n'en est pas le géniteur commet un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) en détournant l'institution de sa finalité légale. Ainsi, l'inscription peut être refusée lorsqu'il existe des éléments de fait qui excluent objectivement et de manière certaine la possibilité d'une paternité génétique, à l'instar de documents attestant le recours à une PMA hétérologue.⁶⁰ Toutefois, selon plusieurs auteurs, une telle reconnaissance ne constituerait pas un acte illicite et resterait parfaitement valable aussi longtemps qu'il n'y a pas d'action en contestation de la reconnaissance.⁶¹

En second lieu, il convient de s'intéresser à la possibilité d'établir un lien de filiation paternelle en cas de recours à une maternité de substitution.⁶² Sous réserve du cas de

l'adoption, l'existence d'un lien de filiation maternelle est un préalable à l'établissement de la filiation paternelle en droit suisse.⁶³ Cela signifie que si aucun lien de filiation maternelle ne peut être établi en Suisse en raison d'une maternité de substitution réalisée à l'étranger, conformément au droit d'un Etat qui permet à la mère de substitution d'abandonner ses droits sur l'enfant,⁶⁴ l'établissement de la paternité juridique n'est pas possible et ce, même si le père d'intention est le père génétique et biologique de l'enfant. La seule possibilité semble alors de recourir à l'institution de l'adoption pour établir une filiation paternelle avec le père social. Or, dans la mesure où l'interdiction de la maternité de substitution est indépendante de l'état civil,⁶⁵ il sied de se demander si la reconnaissance d'un jugement étranger déclarant que le père d'intention est le père juridique de l'enfant ainsi que sa transcription sur le registre de l'état civil violent l'ordre public suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut, pour admettre une telle violation, que la reconnaissance et l'exécution de la décision étrangère en Suisse, respectivement la reconnaissance et la transcription de l'acte de naissance étranger, soient ressenties, dans le cas d'espèce, comme « absolument incompatibles avec les valeurs juridiques et éthiques nationales ».⁶⁶ Cependant, en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, la réserve de l'ordre public (art. 27 LDIP⁶⁷) doit être appliquée de manière restrictive car le refus de la reconnaissance crée des rapports juridiques « boiteux ».⁶⁸ Partant, même si un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer commet incontestablement une fraude à la loi en se rendant à l'étranger pour bénéficier d'une maternité de

à l'exception d'un rapport de filiation maternelle établi par la voie de l'adoption (art. 11 al. 3 OEC [Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004, RS 211.112.2]).

⁶⁰ Il sied de relever que l'OG AG a jugé que ce type de reconnaissance n'était pas punissable en vertu de l'infraction d'obtention frauduleuse d'une constatation fautive (art. 253 CP) (cf. arrêt du 13 septembre 2012 publié in : FamPra.ch 2013, 546 ss). Sur ce point, cf. MEIER/STETTLER (n. 32), N 108 et n. 253, N 111 qui sont d'avis que l'officier de l'état civil doit refuser l'inscription s'il est certain de la non paternité. *Contra* : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 260 N 7 qui estiment, quant à elles, que la reconnaissance doit, même dans ce cas, être enregistrée.

⁶¹ Cf. MEIER/STETTLER (n. 32), N 108 et n. 253, N 111 et BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 260 N 7. L'action en contestation de la reconnaissance peut être intentée par tout intéressé – en particulier par la mère, l'enfant et le père génétique (ou celui qui se considère comme tel) d'un enfant né hors mariage ou désavoué – aux conditions prévues par les art. 260a–260c CC, afin d'annuler un lien de filiation créé par la reconnaissance qui n'est pas conforme à la réalité génétique et biologique.

⁶² Les parents sociaux sont inscrits en qualité de père et de mère de l'enfant sur l'acte de naissance délivré par l'Etat autorisant la maternité de substitution. Cela pose le problème de la compatibilité entre l'interdiction, en droit pénal suisse, de la maternité de substitution et la reconnaissance, en Suisse, du lien de filiation établi entre les parents sociaux et l'enfant, selon le droit d'un Etat où une telle technique est licite. Il convient de préciser que le refus de l'Etat national et/ou de domicile des parents d'intention – qui interdit la maternité de substitution – d'accorder tout effet au jugement étranger ainsi que la transcription de l'acte de naissance qui en résulte sur le registre de l'état civil a pour conséquence de ne pas reconnaître une filiation légalement établie entre l'enfant et ses parents d'intention. La CourEDH a jugé qu'un tel refus viole le droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, elle a considéré qu'il y avait violation de l'art. 8 CEDH s'agissant du droit au respect de la vie privée des enfants nés d'une maternité de

substitution dans un pays où cette technique est autorisée. En revanche, elle a estimé que cela n'était pas le cas du droit au respect de la vie familiale des parents sociaux et des enfants concernés. Arrêt CourEDH dans la cause *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, 65192/11, § 87 ss ; § 96 ss ; Arrêt CourEDH dans la cause *Laborie c. France* du 19 janvier 2017, 44024/13, § 32 ; Arrêt CourEDH dans la cause *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016, 9063/14 et 10410/14, § 58 ; Arrêt CourEDH dans la cause *Labassee c. France* du 26 juin 2014, 65941/11, § 66 ss ; § 75 ss.

⁶³ MEIER/STETTLER (n. 32), N 39 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 255 N 2 ; Art. 260 N 2 ; Art. 261 N 2. Cf. aussi CR CC I-GUILLOD, ad art. 252 CC N 3.

⁶⁴ En droit suisse, la mère biologique ne peut pas valablement renoncer avant la naissance à ses droits à l'égard de l'enfant (cf. art. 265b al. 1 CC).

⁶⁵ ATF 141 III 312, 318, JdT 2015 II 351, 358, c. 4.2.2.

⁶⁶ ATF 141 III 328, 537 s., JdT 2016 II 179, 190, c. 5.1 ; ATF 141 III 312, 317, JdT 2015 II 351, 356 s., c. 4.1.

⁶⁷ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291.

⁶⁸ ATF 141 III 328, 537 s., JdT 2016 II 179, 190 s., c. 5.1 ; ATF 141 III 312, 317, JdT 2015 II 351, 356 s., c. 4.1.

substitution interdite en Suisse (art. 4 LPMA et art. 119 al. 2 let. d Cst.)⁶⁹ et viole ainsi l'ordre public Suisse, ladite violation ne permet pas – en soi – de refuser de reconnaître la filiation établie à l'étranger, sous réserve que la PMA ait été réalisée conformément au droit du pays dans lequel elle est autorisée.⁷⁰ S'il faut toujours examiner les circonstances du cas d'espèce, cette solution est susceptible de s'appliquer à tout le moins, selon le Tribunal fédéral, lorsque, d'une part, l'un des parents sociaux est également un parent génétique, d'autre part, tant la mère de substitution que son partenaire n'ont aucun lien génétique avec l'enfant. Ces derniers doivent encore avoir valablement renoncé à l'ensemble de leurs droits et devoirs parentaux.⁷¹ Cette jurisprudence s'explique par le fait que les droits de l'enfant découlant en particulier de l'art. 8 CEDH⁷² et de la CDE permettent d'écarter la violation de l'ordre public déduite de la fraude à la loi et d'imposer la reconnaissance d'un rapport de filiation à l'égard d'un parent génétique. En revanche, le refus de reconnaître, pour des motifs d'ordre public,⁷³ la parenté juridique d'un

parent social qui n'a pas de lien génétique avec l'enfant est conforme à la CEDH.⁷⁴ Au vu de ce qui précède, la reconnaissance d'un lien juridique entre l'enfant issu d'une maternité de substitution et la mère ou le père social ne viole pas l'ordre public suisse à condition que le parent social soit également le parent génétique. Il convient de préciser que le statut juridique de l'enfant est suffisamment protégé par l'ordre juridique suisse, à la lumière de la CEDH et de la CDE, lorsqu'un lien de filiation est établi à l'égard de l'un des deux parents sociaux.⁷⁵

Par conséquent, la paternité du père génétique peut ainsi être transcrite sur le registre de l'état civil suisse malgré le fait que l'enfant soit issu d'une PMA interdite en Suisse. Le père social qui n'a pas de lien génétique avec l'enfant, quant à lui, dispose encore, à l'instar de la mère d'intention ménopausée qui n'a pas cryoconservé ses gamètes ou ses embryons, de la possibilité d'établir un lien de filiation juridique en recourant à l'adoption.⁷⁶

C. L'adoption : palliatif à l'impossibilité de reconnaître une filiation résultant d'une méthode de PMA interdite en Suisse ?

Depuis la révision totale du droit de l'adoption, entrée en vigueur en 1973, un enfant peut avoir deux parents juridiques au maximum.⁷⁷ Partant, les parents adoptifs

⁶⁹ L'interdiction de la maternité de substitution à pour but d'éviter une instrumentalisation du corps de la femme et de protéger le bien de l'enfant (cf. art. 7 et 11 al. 1 Cst. ; art. 3 CDE [Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107]). Il s'agit d'écarter le risque, d'une part, que l'enfant soit considéré comme une marchandise susceptible d'être commandée par des tiers, d'autre part, que la mère de substitution soit exposée à un conflit entre le lien psychique qui la lie à l'enfant et l'engagement qu'elle a pris envers les parents sociaux. Cf. ATF 141 III 312, 318, JdT 2015 II 351, 358, c. 4.2.1.

⁷⁰ Cf. ATF 141 III 328, 339 ss, JdT 2016 II 179, 192 et 194 ss, c. 5.3 et c. 6 ; ATF 141 III 312, 318 ss, JdT 2015 II 351, 358 ss, c. 4.2.3 et c. 5.

⁷¹ Cf. ATF 141 III 312, 321, JdT 2015 II 351, 361, c. 5.1.

⁷² Selon la CourEDH, la qualité de parent génétique de l'un des parents sociaux revêt une importance particulière étant donné que la filiation « biologique » est un élément important de l'identité de chaque individu. La CourEDH a ainsi indiqué, dans le cas où tant l'enfant que le parent génétique revendiquent la reconnaissance d'un lien juridique, qu'il ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un tel lien qui correspond à la vérité « biologique ». Par conséquent, au vu des conséquences sur l'identité et le droit au respect de la vie privée d'un enfant conçu par maternité de substitution, un Etat outrepassé son pouvoir d'appréciation s'il s'oppose tant à la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger qu'à l'établissement en droit interne d'un lien de filiation sur la base de la filiation génétique. Cf. Arrêt CourEDH dans la cause *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, 65192/11, § 100.

⁷³ Le TF a jugé que la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger contredit manifestement l'ordre public suisse au sens de l'art. 27 al. 1 LDIP lorsque les parents d'intention se sont rendus dans un Etat uniquement dans le but de pouvoir bénéficier d'une maternité de substitution réalisée avec les gamètes de tiers. Dans ce cas, les deux parents sociaux n'ont aucun lien ni génétique ni biologique avec l'enfant, ce qui ne

sert manifestement pas le bien de l'enfant. Partant, la transcription dans le registre de l'état civil suisse doit être refusée à l'égard des deux parents (art. 32 al. 2 LDIP). Cf. ATF 141 III 328, 346 s. et 351, JdT 2016 II 179, 198 s. et 203 s., c. 6.7 et c. 8.

⁷⁴ Cf. ATF 141 III 328, 347 ss, JdT 2016 II 179, 200 ss, c. 7 ; ATF 141 III 312, 323 ss, JdT 2015 II 351, 363 ss, c. 6.

⁷⁵ Cf. ATF 141 III 312, 325 ss, JdT 2015 II 351, 365 ss, c. 6.4.

⁷⁶ Bien que le TF ait relevé qu'il existe une situation juridique boiteuse lorsque le statut d'état civil de l'enfant issu d'une maternité de substitution sans lien génétique avec ses parents sociaux n'est pas définitivement réglé, il a jugé que l'insécurité juridique pouvait être levée par une procédure nationale d'adoption, tout en précisant que les clarifications qui devaient être entreprises au cours de ladite procédure étaient dans l'intérêt de l'enfant. Cf. ATF 141 III 328, 349 et 351, JdT 2016 II 179, 202 s., c. 7.2 et 7.6.

⁷⁷ Le droit suisse de l'adoption ne connaît plus que l'adoption dite plénière. Celle-ci a pour effet de supprimer les liens de filiation juridique antérieurs à l'égard soit des deux parents – lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un enfant de tiers et ce même s'il s'agit d'une adoption par une personne seule au sens de l'art. 264b CC –, soit du parent qui ne vit pas avec le parent adoptif – en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire. La personne adoptée est ainsi intégrée entièrement dans sa famille adoptive comme si elle était, du point de vue juridique, un enfant « biologique » (art. 267 CC). Message adoption 2014 (n. 24), FF 2015 842 ; Message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF 2003 1222.

se substituent aux parents biologiques. Si l'adoption et la PMA hétérologue sont deux formes d'établissement de la filiation fondée sur la volonté des parents de créer une fiction juridique à partir d'un lien psycho-social avec l'enfant, elles se différencient dans la mesure où donner de nouveaux parents à un enfant déjà né ayant subi une rupture de ses relations proches dans l'intérêt de ce dernier n'est pas la même chose que de décider de sa venue au monde.⁷⁸ Dans la mesure où l'ordre public suisse est susceptible d'empêcher qu'un lien de filiation puisse être établi – conformément aux règles d'établissement de la filiation biologique – à l'égard d'une personne ayant dépassé l'âge de procréer qui n'est pas le parent génétique d'un enfant issu d'une maternité de substitution réalisée à l'étranger, la seule solution envisageable pour faire tout de même reconnaître un lien de filiation juridique entre les parents d'intention et l'enfant consiste à passer par le biais de l'institution de l'adoption de mineurs.⁷⁹ Toutefois, cette dernière doit – dans chaque cas – servir effectivement le bien de l'enfant et répondre à des conditions générales s'agissant de l'aptitude du/des futur(s) parent(s) à prendre soin de l'enfant ainsi qu'à pourvoir à son éducation (art. 264 CC et art. 5 al. 2 let. d ch. 1 OAdo⁸⁰). L'âge des parents adoptifs doit ainsi correspondre approximativement à celui de parents naturels afin que l'enfant adopté puisse vivre dans un environnement stable en comptant sur eux, dans la mesure du possible, jusqu'à sa majorité. Bien que le droit suisse ne fixe pas de limite d'âge maximale des parents adoptifs, la différence d'âge entre l'enfant et le ou les adoptant(s) doit être au maximum de 45 ans. Des exceptions sont toutefois possibles, si ces derniers démontrent qu'en l'espèce une telle adoption est recommandée pour le bien de l'enfant, par exemple lorsqu'ils ont déjà établi des liens étroits avec le mineur en lui prodiguant des soins

(art. 264d CC).⁸¹ Par conséquent, la différence d'âge entre les parents sociaux et l'enfant issu d'une maternité de substitution est susceptible de faire obstacle à une adoption conjointe ou par une personne seule lorsque cette dernière n'est pas conforme au bien de l'enfant.⁸²

En présence d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement qui a bénéficié d'une maternité de substitution à l'étranger, il faut tout d'abord savoir s'il n'existe aucun lien de filiation juridique avec les parents sociaux ou si un tel lien a pu être établi à l'égard de l'un d'entre eux grâce à la parenté génétique. Puis, il convient de distinguer le cas d'un couple marié de celui vivant en concubinage stable.

L'adoption conjointe d'un enfant mineur de tiers est réservée exclusivement aux couples mariés (art. 264a CC).⁸³ Partant, ces couples peuvent adopter ensemble un enfant issu d'une PMA interdite en Suisse, sous réserve que les autres conditions relatives à l'adoption soient remplies. En revanche, dans la mesure où les personnes hétérosexuelles menant de fait une vie de couple n'ont pas accès à l'adoption conjointe, elles n'ont pas la possibilité de recourir à cette institution pour pallier l'impossibilité de reconnaître une filiation résultant d'une maternité de substitution. Cela signifie que lorsqu'il n'existe aucun

⁷⁸ Sur ce point, cf. Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du code civil (Droit de l'adoption), in : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf, 17, consulté le 22 avril 2018 ; Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 245.

⁷⁹ Le droit civil suisse distingue trois formes d'adoption de mineurs, soit l'adoption conjointe (art. 264a CC), l'adoption par une personne seule (art. 264b CC) et l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire (art. 264c CC). Il convient de préciser que le droit d'adopter un enfant ne saurait être garanti. En effet, l'institution de l'adoption, destinée à combler l'absence de parents ou leur incapacité à s'occuper de l'enfant, a pour but de « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille ». Cf. Arrêt CourEDH dans la cause *Fretté c. France* du 26 février 2002, 36515/97, § 32 et 42 ; Arrêt CourEDH dans la cause *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, 43546/02, § 41 s. ; § 49 ; Arrêt CourEDH dans la cause *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013, 19010/07, § 135.

⁸⁰ Ordonnance sur l'adoption du 29 juin 2011, RS 211.221.36.

⁸¹ Sur ce point, cf. Message adoption 2014 (n. 24), FF 2015 857 s., 860 ss et 878 ss. Cf. aussi ATF 125 III 161, 167 ss, c. 7. Sur l'examen du bien de l'enfant, cf. CHK-BIDERBOST, Art. 264 ZGB, N 15 ss ; MEIER/STETTLER (n. 32), N 275 s. Pour une affaire où la CourEDH a considéré que les autorités suisses n'ont – eu égard aux circonstances du cas d'espèce – pas violé l'art. 14 CEDH (interdiction de discrimination) combiné avec l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) en refusant une seconde adoption en raison de l'âge de la mère adoptive célibataire (47 ans et demi au moment de sa demande d'accueil d'un enfant en vue d'adoption), cf. Arrêt CourEDH dans la cause *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, 25762/07, § 27 ss, § 37 ss, § 82 ss.

⁸² La condition de l'âge des parents adoptifs ne s'applique qu'à l'adoption conjointe et par une personne seule à l'exclusion de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire. Cette distinction se justifie par le fait que la forme d'adoption précitée n'a pas pour objectif de créer artificiellement un lien de filiation entre des personnes totalement étrangères mais de garantir une certaine sécurité juridique à une relation familiale qui existe déjà dans les faits. Message adoption 2014 (n. 24), FF 2015 858 et 879 s.

⁸³ Une personne mariée n'est autorisée à adopter l'enfant d'un tiers que par le biais d'une adoption conjointe et ne peut donc pas recourir à l'adoption par une personne seule – sous réserve des exceptions très strictes prévues à l'art. 264b al. 2 CC. Cf. Message adoption 2014 (n. 24), FF 2015 878 s. Par conséquent, un couple marié ayant dépassé l'âge de procréer naturellement qui souhaite accéder ensemble à la parentalité ne peut pas recourir à l'adoption par une personne seule pour établir un lien juridique avec l'enfant issu d'une maternité de substitution.

lien juridique entre les parents d'intention non mariés et l'enfant, le père social ou la mère sociale pourrait tenter de recourir à l'adoption par une personne seule (art. 264b CC). Or, cette forme d'adoption revêt un caractère exceptionnel dans la mesure où elle crée un lien psycho-social et un lien juridique avec un seul parent alors que le législateur a estimé que l'intérêt de l'enfant commandait de l'intégrer dans une famille adoptive biparentale, à l'instar d'une filiation « naturelle ». ⁸⁴ Cependant, dans l'hypothèse où un des concubins parviendrait à adopter, en tant que personne seule, l'enfant issu d'une maternité de substitution interdite en Suisse, le second parent d'intention pourrait ensuite établir un lien de filiation par le biais de l'adoption de l'enfant du partenaire (art. 264c CC). ⁸⁵ Si cette adoption successive aboutit, *de facto*, à une adoption conjointe, ⁸⁶ l'ébauche d'un tel plan – contournant aussi bien l'interdiction de l'adoption conjointe par des couples de concubins que celle de recourir à une PMA non autorisée en Suisse – ne constituerait pas nécessairement un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC. A notre sens, cette problématique doit être résolue dans chaque cas d'espèce en examinant si, au vu de la situation concrète, l'adoption par un couple d'un certain âge est, *in fine*, conforme au bien de l'enfant. ⁸⁷

Dans le cas où un lien juridique est établi (par hypothèse) à l'égard du père social selon les règles régissant la filiation biologique, la mère sociale – mariée ou menant de fait une vie de couple avec le père social – peut recourir à l'institution de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire (art. 264c CC) afin de créer un lien juridique avec l'enfant issu de la PMA. Toutefois, cela ne confère pas

un droit à adopter aux couples souhaitant accéder tardivement à la parentalité puisqu'il est nécessaire de rechercher concrètement, dans chaque cas, si l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire sert le bien de l'enfant. ⁸⁸ Il convient cependant de relever que cette forme d'adoption est d'autant plus intéressante pour un couple hétérosexuel qui recourt, en violation de la LPMA, à la procréation artificielle à un âge avancé puisqu'elle ne prévoit – contrairement aux deux autres types d'adoption – aucune limite d'âge entre le parent adoptif et l'enfant. ⁸⁹ Par conséquent, l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire permet, en particulier à une mère sociale ménopausée qui n'a pas cryoconservé ses ovules, de créer un lien juridique avec l'enfant issu d'une maternité de substitution lorsque son mari ou concubin a pu établir un tel lien par le biais des règles régissant l'établissement de la filiation biologique.

IV. Conclusion

Une réglementation efficace de la PMA doit nécessairement prendre en considération l'évolution des mentalités. Or, étant donné que les grossesses tardives soulèvent des controverses au sein de la société, il ne semble pas que la levée de l'interdiction faite à des couples hétérosexuels ayant dépassé l'âge de procréer naturellement de bénéficier d'une PMA soit, aujourd'hui, socialement et éthiquement admissible et qu'elle corresponde tant à un besoin qu'à une réalité sociétale. Il ne paraît dès lors pas souhaitable de modifier la législation actuellement en vigueur en Suisse en autorisant de tels couples à concevoir artificiellement un enfant. Cela se justifie, selon nous, par le fait que la PMA doit demeurer une mesure subsidiaire destinée à pallier une infertilité médicale de couples hétérosexuels en âge de procréer et ne doit pas être utilisée, sous prétexte que cela est techniquement réalisable, pour assouvir un désir d'accéder à la parentalité au détriment du bien de l'enfant. Toutefois, force est de constater que le droit suisse ne permet pas d'empêcher l'accès à la PMA à des couples hétérosexuels d'un certain âge ayant suffisamment de moyens financiers pour se rendre à l'étranger afin de bénéficier, de manière licite, d'une technique de PMA qui leur est inaccessible en Suisse et qui leur donne ainsi l'espoir d'exaucer leur souhait de parentalité. Par conséquent, il serait peut-être opportun – à plus ou moins court terme – que le législateur réfléchisse à une

⁸⁴ Cf. Message adoption 2014 (n. 24), FF 2015 872 et 879 ; Message LPMA (n. 4), FF 1996 III 244 s. ; MEIER/STETTLER (n. 32), N 265 et n. 520 ; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 264b N 1 ; CR CC I-SCHOENENBERGER, ad art. 264b CC N 1 s. ; ATF 125 III 161, 164 s., c. 4.

⁸⁵ La possibilité d'adopter l'enfant du conjoint a été étendue, lors de la révision partielle du droit de l'adoption du 17 juin 2016, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, aux partenaires enregistrés et aux personnes tant hétérosexuelles qu'homosexuelles menant de fait une vie de couple. Cela permet d'obtenir la reconnaissance juridique d'une vie familiale existant *de facto* et, partant, des relations déjà établies entre un enfant et le partenaire de son parent qui acquiert également le statut de parent juridique, remédiant ainsi à une situation d'insécurité juridique. Cf. Code civil (droit de l'adoption), modification du 17 juin 2016, FF 2016 4757 ; Message adoption 2014 (n. 24), FF 2015 836, 856 ss.

⁸⁶ Sur l'adoption successive en Allemagne, cf. ULRIKE LEMBKE, Die Ordnung der Familie – Anmerkung zur Sukzessivadoptions-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Februar 2013, FamPra.ch 2014, 118 ss.

⁸⁷ Dans ce sens, MEIER/STETTLER (n. 32), N 269.

⁸⁸ Sur ce point, cf. Arrêt CourEDH dans la cause *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013, 19010/07, § 135 et § 146.

⁸⁹ Cf. *supra* n. 82.

éventuelle modification des sanctions pénales existantes afin que le droit pénal suisse prenne en considération la réalité de ces couples qui se livrent au tourisme de la procréation afin de contourner les interdictions prévues par notre ordre juridique. A cet égard, il faudrait se demander s'il ne serait pas préférable de ne plus réprimer uniquement les individus qui appliquent une méthode de PMA en Suisse à des personnes devenues infertiles en raison de l'âge mais également de sanctionner les couples qui se rendent à l'étranger dans l'espoir d'accéder tardivement à la parentalité. Cette dernière solution ne nous semble toutefois pas adéquate dans la mesure où tout ce qui peut paraître moralement répréhensible ne doit pas être pour autant pénalement punissable, sans compter qu'elle ne serait peut-être pas apte à dissuader les personnes concernées à se livrer à ce type de tourisme. Il faut en effet éviter que les conséquences des sanctions pénales pesant sur les parents sociaux soient préjudiciables à l'enfant. Ainsi, il ne nous paraît pas opportun – aujourd'hui – de réviser la LPMA et le droit de la filiation⁹⁰ pour autoriser des personnes à accéder tardivement à la parentalité. Cette position mériterait, cependant, d'être reconsidérée si, à moyen ou long terme, l'espérance de vie ainsi que la durée de vie en bonne santé devaient considérablement augmenter. Il faudrait alors s'assurer que le bien de l'enfant soit garanti dans le cas d'espèce. Enfin, nous estimons que le droit civil suisse doit prendre en considération la situation d'un enfant né d'une technique de PMA interdite en Suisse afin de le préserver du risque d'être privé d'un lien de filiation juridique avec ses deux parents sociaux et partant de ressources financières en cas de séparation ou de décès. Au surplus, il est indispensable de trouver une solution sur le long terme afin d'éviter qu'un comportement préjudiciable au bien de l'enfant puisse se généraliser et mettre ainsi en danger l'ordre social.

⁹⁰ La CNE demande une adaptation du droit de la filiation afin de mettre en œuvre ses recommandations. Sur ce point, cf. CNE (n. 3), 54. Sur les questions relatives à la modernisation du droit de la famille, cf. Rapport CF famille 2015 (n. 51), 19 ss et 56. Pour une révision du concept de parentalité juridique, avec des propositions *de lege ferenda* : MARTINA RUSCH, *Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Berne, 2009, 147 ss.