
Revisionsbedarf im Abstammungsrecht

Empfehlungen der Expert-inn-engruppe

vom 21. Juni 2021

Vorbemerkungen

Im Juni 2019 hat das Bundesamt für Justiz (BJ) eine Expert-inn-engruppe «Abstammungsrecht» eingesetzt. Sie setzt sich aus folgenden **Mitgliedern** zusammen:

- Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo, Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg (Vorsitz)
- Prof. Dr. iur. Regina Aebi-Müller, Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Luzern
- Prof. Dr. iur. Eva Maria Belser, Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Freiburg
- Prof. Dr. iur., Dr. h.c. Andrea Büchler, Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich, Präsidentin der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
- Kai Burkart, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Familienrecht, Leiter Fachgruppe Familienrecht des Zürcher Anwaltsverbands, Zürich
- Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, Professeure au département de droit civil, Universität Genf
- Dr. med. Samia Hurst-Majno, Professeure, Directrice de l'Institut Éthique, Histoire, Humanités, Universität Genf
- Prof. Dr. iur. Philippe Meier, Professeur de droit civil, Universität Lausanne
- Dr. phil. Heidi Simoni, Psychologin, Fachpsychologin für Psychotherapie FSP, Leiterin des Marie Meierhofer Instituts für das Kind, Zürich
- Dr. iur. Matthias Stein, Zivilgerichtspräsident, Zivilgericht Basel-Stadt

Das BJ hat der Expert-inn-engruppe den **Auftrag** erteilt, den Reformbedarf im Abstammungsrecht zu prüfen und Empfehlungen für eine kohärente Gesamtreform zu formulieren: Die Expertengruppe soll in grundsätzlicher Weise prüfen, ob das geltende Abstammungsrecht den heutigen Lebensrealitäten noch gerecht wird, und – unter Berücksichtigung der Entwicklung der Fortpflanzungsmedizin – Empfehlungen für eine kohärente Gesamtreform formulieren. Sie soll zudem prüfen, ob und gegebenenfalls wie das Abstammungsrecht der Tatsache Rechnung tragen kann, dass Reproduktionsmethoden, die in der Schweiz verboten sind, zunehmend im Ausland in Anspruch genommen werden.

Gestützt auf diesen Auftrag formuliert die Expert-inn-engruppe die nachfolgenden **Empfehlungen**, die durch einen separaten **Bericht** ergänzt werden.

Die Empfehlungen gehen von der **Hypothese** aus, dass der Zugang zur medizinisch assistierten Fortpflanzung ungeachtet von Geschlecht und Status, sowohl Paaren als auch Einzelpersonen offensteht. Sie gehen somit über das geltende Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) hinaus. Die Fragen betreffend die Zulässigkeit der unterschiedlichen Methoden medizinisch assistierter Fortpflanzung werden vom Auftrag zwar nicht erfasst. Da in der Schweiz lebende Personen jedoch ins Ausland reisen, um von den in der Schweiz nicht erlaubten Techniken Gebrauch zu machen, werden auch die entsprechenden abstammungsrechtlichen

Konsequenzen behandelt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, auch für auf diesem Weg gezeugte Kinder einen rechtlichen Rahmen zur Verfügung zu stellen.

Übersicht

- A. Erster Elternteil
- B. Zweiter Elternteil
- C. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil
- D. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil
- E. Weitere Elternteile
- F. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung
- G. Internationalprivatrechtliche Sachverhalte

A. Erster Elternteil

a. Empfehlungen

1. Die Person, die das Kind gebärt, ist erster Elternteil des Kindes.
2. Das Gesetz regelt die Möglichkeit einer vertraulichen Geburt.
3. Neben der Geburt und der Adoption gibt es keine weiteren Möglichkeiten erster Elternteil zu werden.

b. Begründung

Ad Empfehlung 1

Die Expert-inn-engruppe ist sich darin einig, dass die bisherige Regelung (Art. 252 ZGB) beizubehalten ist, wonach die Geburt ein Kindesverhältnis entstehen lässt. Die Anknüpfung an die Geburt ist klar und eindeutig. Sie stellt sicher, dass jedes Kind ab Geburt über einen Elternteil verfügt und verhindert, dass es elternlose Kinder gibt, was sowohl im Interesse des Kindes wie auch im öffentlichen Interesse ist.

Schwangerschaft und Geburt stellen oft eine intensive Erfahrung dar, die Elternteil und Kind emotional und körperlich miteinander verbinden. An diese enge Verbindung wird das Abstammungsrecht auch in Zukunft anknüpfen. Folglich gilt weiterhin: Wird das Kind in der Schweiz geboren, wird das Kindesverhältnis mit der Geburt und ohne Rücksicht auf die Genetik begründet, und zwar auch dann, wenn die Schwangerschaft auf eine – in der Schweiz derzeit verbotene – Eizellen- oder Embryonenspende zurückzuführen ist. Diese Regelung gilt nach Ansicht der Expert-inn-engruppe auch dann, wenn in der Schweiz die Eizellen- und/oder Embryonenspende zugelassen würde.

Ad Empfehlung 2

Eine schweizweite gesetzliche Verankerung der vertraulichen Geburt schafft Sicherheit für schwangere Frauen. Die Regelung der vertraulichen Geburt ermöglicht die medizinische und psychologische Betreuung und Beratung der Betroffenen bereits während der Schwangerschaft und sichert dadurch ihre wie auch die medizinische Betreuung des ungeborenen Kindes. Wird die vertrauliche Geburt garantiert, kann sich jede Person, die ein Kind gebärt, nach der Geburt in einem Umfeld mit medizinischer Betreuung erholen und muss nicht aus Furcht vor behördlicher Kontrolle das Spital meiden oder direkt nach der Geburt verlassen. Wer vertraulich zu gebären wünscht, kann die geplante Freigabe des Kindes zur Adoption sowohl während der Schwangerschaft als auch während der üblichen Fristen jederzeit zurückziehen. Die Möglichkeit der vertraulichen Geburt dient insbesondere auch der Wahrung des Rechts des Kindes auf Kenntnis der Abstammung des Kindes und ist deshalb auch aus grundrechtlicher Sicht geboten.

Die anonyme Geburt wird von der Expert-inn-engruppe abgelehnt, da sie das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung verletzt und keinen Vorteil gegenüber der vertraulichen Geburt bringt. Die anonyme Geburt wird daher im Gesetz nicht geregelt und insofern nicht «gefördert».

Ad Empfehlung 3

Das von der Expert-inn-engruppe vorgesehene System sieht neben dem Rechtsinstitut der Adoption keine Möglichkeiten der intentionalen Begründung eines Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil (bspw. mittels Anerkennung) vor.

B. Zweiter Elternteil

a. Empfehlungen

4. Das Kindesverhältnis zum zweiten Elternteil wird durch Kindesanerkennung begründet. Es ist zu prüfen, ob und ggf. wie die Anerkennung künftig einfacher ausgestaltet werden kann.
5. Der zivilrechtliche Status eines Elternteils bei der Geburt des Kindes hat keinen Einfluss auf die Begründung des Kindesverhältnisses. Auch verheiratete Personen werden durch Anerkennung zum zweiten Elternteil. Die geltende Vaterschaftsvermutung des Ehemannes (Art. 255 ZGB) wird aufgehoben.
6. Die Zivilstandsbehörde informiert den ersten Elternteil und das urteilsfähige Kind über die Kindesanerkennung sowie über ihr Widerspruchsrecht. Der erste Elternteil und das urteilsfähige Kind können innert drei Monaten bei der Zivilstandsbehörde Widerspruch gegen die Kindesanerkennung erheben.
7. Die Widerspruchsfrist beginnt ab Mitteilung der Anerkennung, frühestens aber im Zeitpunkt der Geburt, zu laufen.
8. Im Fall eines Widerspruchs unternimmt die Zivilstandsbehörde Folgendes:
 - a. sie löscht die Anerkennung;

- b. sie weist die anerkennende und die nicht widersprechende Person auf die Elternschaftsklage hin und informiert sie bzgl. Beratungsstellen;
 - c. sie leitet die Daten der anerkennenden Person an das Informationsregister (dazu Empfehlung 26) weiter.
9. Die Zivilstandsbehörde informiert die Kindesschutzbehörde, wenn ein Kind zwölf Monate nach der Geburt nur einen Elternteil hat. Vorbehalten bleibt die Alleinelternschaft mit gespendeten Samenzellen (vgl. Empfehlung 11 lit. e).
10. Hat das Kind nur einen Elternteil, kann das Kindesverhältnis zum zweiten Elternteil durch Elternschaftsklage begründet werden.
- a. Zur Elternschaftsklage sind berechtigt:
 - aa. der erste Elternteil,
 - bb. das Kind,
 - cc. die Person, deren Anerkennung durch Widerspruch beseitigt worden ist.
 - b. Die Person, die Samenzellen spendet (siehe Empfehlung 11 lit. a), kann weder Elternschaftsklage erheben noch beklagt werden.
 - c. Der Beweis der Elternschaft wird durch den Nachweis der genetischen Beziehung oder einer Elternschaftsvereinbarung (siehe Empfehlung 11 lit. d) erbracht.
 - d. Die Elternschaftsklage kann jederzeit erhoben werden.
11. Besonderheiten bei der Verwendung gespendeter Samenzellen:
- a. Als Person, die Samenzellen spendet, gilt, wer schriftlich auf die Begründung des Kindesverhältnisses verzichtet¹ und der Eintragung ihrer Daten in das Informationsregister zustimmt. Die gespendeten Samenzellen können medizinisch assistiert (b.) oder privat (c.) verwendet werden.
 - b. Werden zur Fortpflanzung gespendete Samenzellen medizinisch assistiert verwendet, gelten die Bestimmungen des FMedG über die Samenspende.
 - c. Variante 1: Werden zur Fortpflanzung gespendete Samenzellen privat verwendet, erfolgt der Verzicht auf die Begründung des Kindesverhältnisses in Form einer Verzichtsvereinbarung zwischen der Person, die Samenzellen spendet, und dem ersten Elternteil vor oder nach der Zeugung, spätestens aber vor der Geburt des Kindes.

Variante 2: Wie Variante 1 mit dem Zusatz: Erfolgt die Verzichtsvereinbarung nach der Zeugung, bedarf sie der Genehmigung durch die Kindesschutzbehörde.
 - d. Der erste Elternteil und der intentionale zweite Elternteil schliessen eine schriftliche Elternschaftsvereinbarung über die Begründung des Kindesverhältnisses

¹ Vorbehalten bleibt der Fall der vereinbarten Mehrelternschaft gemäss Empfehlung 22 lit. b.

zum zweiten Elternteil ab. Darin verpflichtet sich der intentionale zweite Elternteil, das Kind anzuerkennen, und der erste Elternteil, keinen Widerspruch gegen die Anerkennung zu erheben. Unterbleibt die Anerkennung oder wird ein Widerspruch dagegen erhoben, kann das Kindesverhältnis gestützt auf die Elternschaftsvereinbarung klageweise begründet werden.

- aa. Die Parteien können sich im Hinblick auf den Abschluss einer Elternschaftsvereinbarung von der Kindeschutzbehörde beraten lassen.
- bb. Die Elternschaftsvereinbarung wird vor oder nach der Zeugung, spätestens aber vor der Geburt des Kindes abgeschlossen und vor der Geburt bei der Zivilstandsbehörde eingereicht.
- cc. Die Zivilstandsbehörde registriert die Elternschaftsvereinbarung sofern:
 - aaa. sie auf freiem Willen und reiflicher Überlegung der Parteien beruht;
 - bbb. eine schriftliche Verzichtserklärung der Person, die Samenzellen spendet, bzw. eine schriftliche Verichtsvereinbarung zwischen der Person, die Samenzellen spendet, und dem ersten Elternteil (gemäss Empfehlung 11 lit. c und d) vorliegt;
 - ccc. eine Zustimmung zur Eintragung der Daten der Person, die Samenzellen spendet, in das Informationsregister (gemäss Empfehlung 11 lit. a) vorliegt.
- dd. Die Elternschaftsvereinbarung kann durch eine einseitige oder eine gemeinsame Erklärung beim Zivilstandsbehörde zurückgezogen werden.
 - aaa. Eine einseitige Erklärung muss vor der Zeugung erfolgen. Erfolgt die Erklärung 300 Tage vor der Geburt, wird vermutet, dass sie vor der Zeugung erfolgt ist.
 - bbb. Variante 1: Eine gemeinsame Erklärung kann bis zur Geburt abgegeben werden.

Variante 2: Wie Variante 1, mit folgender Ergänzung: Erfolgt die gemeinsame Erklärung nach der Zeugung, bedarf sie der Genehmigung durch die Kindeschutzbehörde.
- e. Soll im Zeitpunkt der Geburt kein Kindesverhältnis zu einem zweiten Elternteil begründet werden (Alleinelternschaft), bedarf es keiner Elternschaftsvereinbarung. In diesem Fall prüft die Zivilstandsbehörde, ob die Voraussetzungen der Samenspende erfüllt sind (Empfehlung 11 lit. a und b). Liegt eine Verzichtserklärung bzw. -vereinbarung sowie die Zustimmung der Person, die Samenzellen spendet, zur Eintragung der Daten in das Informationsregister vor, erfolgt keine Meldung an die Kindeschutzbehörde (vgl. Empfehlung 9).

b. Begründung

Ad Empfehlung 4

Zweiter Elternteil wird, wer das Kind anerkennt. In diesem Zusammenhang sprechen wir im Folgenden vom intentionalen Elternteil, weil seine Elternschaft auf einer Willenserklärung beruht. Das Kindesverhältnis zum zweiten Elternteil kann (abgesehen von Adoption) nur durch Kindesanerkennung entstehen. Damit erklärt eine Person, zweiter Elternteil des Kindes sein zu wollen. Diese Erklärung steht einer Person ungeachtet ihres Geschlechtseintrags zu. Die Anerkennung setzt wie bisher keinen Nachweis der genetischen Elternschaft voraus.

Die Kindesanerkennung führt zur Eintragung der anerkennenden Person als Elternteil in das Zivilstandsregister, und zwar – wie bisher – selbst dann, wenn der erste Elternteil nur mit Mindestangaben oder nicht in das Zivilstandsregister eingetragen werden kann (z.B. bei Leihmuttertschaft oder bei einer Person, deren Geburtsdokumente fehlen).² Im Unterschied dazu setzt die Begründung eines Kindesverhältnisses zwischen dem zweiten Elternteil und einem Findelkind (unbekannter erster Elternteil) eine Elternschaftsklage voraus. Eine Anerkennung genügt nicht, weil die Person, die das Kind gebärt, nicht bekannt ist und keinen Widerspruch erheben kann. Die Begründung des Kindesverhältnisses mittels Anerkennung hat den Vorteil, dass sich der zweite Elternteil bewusst mit seiner Rolle als rechtlicher Elternteil auseinandersetzen muss. Ausserdem beseitigt sie die Schwierigkeiten, welche die heute geltende Vaterschaftsvermutung mit sich bringt (siehe sogleich ad Empfehlung 5).

Die Kindesanerkennung ist weiterhin vorgeburtlich möglich. Die vorgeburtliche Kindesanerkennung ist insbesondere mit Blick auf das Kindeswohl zu begrüssen, da die rechtlichen Eltern eines Kindes so bereits im Zeitpunkt seiner Geburt feststehen. Aus der Sicht der Expert-inn-engruppe sind ferner vereinfachte Anerkennungsmodalitäten zu prüfen. Denkbar wäre zum Beispiel eine Anerkennung durch ein Formular beim Gynäkologen oder bei der Gynäkologin bzw. im Spital.

Ad Empfehlung 5

Die Vaterschaftsvermutung des Ehemanns hat eine lange Tradition und geniesst einen hohen symbolischen Wert im öffentlichen Bewusstsein. Trotzdem scheint es geboten, sie zu überdenken. Eine Mehrheit der Expertinnen und Experten ist sich darin einig, dass eine automatische Zuordnung basierend auf dem zivilrechtlichen Status nicht mehr zeitgemäss ist. Mit der Einführung der Ehe für alle lässt sich an der historischen Idee, dass eine Ehe auf eine gemeinsame genetische Elternschaft schliessen lässt, ohnehin nicht mehr festhalten.

De lege lata werden Kinder nicht verheirateter Eltern bei der Begründung und der Anfechtung der Vaterschaft anders behandelt als Kinder verheirateter Eltern. Seit der Revision des Kindesrechts im Jahr 1972 lässt sich ein gesetzgeberischer Trend zur Aufhebung dieser Unterschiede beobachten. Die Aufhebung der Vaterschaftsvermutung des Ehemanns entspricht dieser Entwicklung. Aus Gründen der Gleichbehandlung müsste man die Vaterschaftsvermutung des Ehemanns gegebenenfalls ausdehnen auf den Lebenspartner oder die

² Vgl. dazu auch S. 17 der Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen Nr. 10.08.10.01 vom 1. Oktober 2008 (abrufbar unter: www.bj.admin.ch/weisungen; zuletzt besucht am 15. Januar 2021).

Lebenspartnerin einer unverheirateten Mutter. In diesem Fall wäre jedoch die Frage zu beantworten, welche Merkmale (Dauer, Qualität etc.) einer Lebenspartnerschaft eine Elternschaftsvermutung rechtfertigen würden. Das Erfordernis der Abklärung und des Nachweises dieser Merkmale würde in vielen Fällen nicht so unmittelbar Klarheit über die Zuordnung verschaffen wie die Anknüpfung an die Ehe. Wird die Vaterschaftsvermutung durch die Anerkennung ersetzt, kann in vielen Fällen unmittelbare Klarheit geschaffen werden, ohne Probleme der Ungleichbehandlung aufzuwerfen. Es ist zu prüfen, ob und ggf. wie die Anerkennung künftig einfacher und unbürokratischer ausgestaltet werden kann (wie z.B. de lege lata durch letztwillige Verfügung). In Abwägung aller Argumente erscheint eine Anknüpfung an die Intention des zweiten Elternteils zeitgemäss und unter dem Aspekt der Gleichbehandlung ehelicher und nicht ehelicher Kinder richtig. Schliesslich hat die vorgeschlagene Regelung den Vorteil der Zukunftstauglichkeit. Mit der Einführung der Ehe für alle muss die Vaterschaftsvermutung des Ehemanns ohnehin überdacht werden.

Ad Empfehlung 6

Die Rechtsstellung des ersten Elternteils und des Kindes wird durch die Kindesanerkennung entscheidend berührt. Beide sind sowohl in rechtlicher als auch in persönlicher Hinsicht unmittelbar betroffen. Da eine Kindesanerkennung voraussetzungslos möglich ist (vgl. ad Empfehlung 5), können beide gegen die Anerkennung ebenso voraussetzungslos und ohne Angabe von Gründen Widerspruch erheben.

Die Kindesanerkennung führt zur Eintragung der anerkennenden Person als zweiter Elternteil in das Zivilstandsregister. Mit dem Widerspruch bewirken der erste Elternteil und das urteilsfähige Kind die Löschung des Eintrags (und damit des Kindesverhältnisses zur anerkennenden Person).

Die Zivilstandsbehörde informiert den ersten Elternteil und das urteilsfähige Kind über ihr Widerspruchsrecht. Die Zivilstandsbehörde prüft, ob die Urteilsfähigkeit des Kindes mit Bezug auf die Anerkennung der Elternschaft gegeben ist. Im Zweifelsfall ist eine spezialisierte Stelle (z.B. die Kindesschutzbehörde) hinzuziehen. Die Urteilsfähigkeit im Sinn von Art. 16 ZGB ist gegeben, wenn das Kind versteht, was eine Kindesanerkennung ist und dass sie die dauerhafte Zugehörigkeit zu einem Elternteil zur Folge hat. Nicht erforderlich ist, dass ein Kind die rechtlichen Konsequenzen der Abstammung im Einzelnen versteht. Bei der Zustimmung zur Adoption (vgl. Art. 265 ZGB) stellt das Bundesgericht bei Kindern zwischen zehn und vierzehn Jahren auf die Umstände des Einzelfalls ab. Bei Kindern über vierzehn Jahren vermutet es die Urteilsfähigkeit.³ Die Fähigkeit des urteilsfähigen Kindes zum Widerspruch beurteilt sich im Fall von Anerkennung gleich wie bei der Zustimmung zur Adoption. Die Expertinnen und Experten gehen davon aus, dass Kinder ab einem Alter von ca. zwölf bis vierzehn Jahren mit Bezug auf die Anerkennung der Elternschaft urteilsfähig sind; eine feste Altersgrenze ist weder sinnvoll noch geboten; massgebend ist – wie die Bundesverfassung nahelegt (Art. 11 Abs. 2 BV) – ausschliesslich das Vorliegen der Urteilsfähigkeit im Einzelfall.

Die Expertinnen und Experten haben auch erwogen, urteilsunfähige Kinder im Fall einer Anerkennung anzuhören. Diese Idee wurde verworfen, weil die Zivilstandsbehörde mit der

³ Vgl. BGE 119 II 1, E. 4b; 107 II 18, E. 4.

Entgegennahme des Widerspruchs keinen Ermessensentscheid fällt, so dass eine Anhörung gleichsam folgenlos bleiben würde. Hierfür müsste jeweils vorgängig eine Fachbehörde eingesetzt werden, was die Expert-inn-engruppe nicht empfiehlt.

Ad Empfehlung 7

Der Widerspruch ist innert drei Monaten vor der Zivilstandsbehörde zu erheben. Die Widerspruchsfrist läuft ab Mitteilung der Anerkennung, frühestens aber ab der Geburt des Kindes, sodass der erste Elternteil nicht gezwungen ist, bereits vor der Geburt Widerspruch zu erheben. Die Dauer der Frist ist mit drei Monaten bewusst lange angesetzt, um sicherzustellen, dass dem ersten Elternteil nach der Geburt mit all ihren Implikationen genügend Zeit bleibt, um Widerspruch zu erheben. Diese Frist erlaubt es auch, im Einverständnis mit dem präsumtiven zweiten Elternteil einen DNA-Test durchzuführen, um allfällige Zweifel auszuräumen.

Wie die Anerkennung ist auch der Widerspruch gegen die Anerkennung bedingungsfeindlich und unwiderruflich.

Ad Empfehlung 8

Im Fall eines Widerspruchs gilt Folgendes:

- a. Der Widerspruch gegen die Anerkennung führt zur Löschung der Eintragung im Zivilstandsregister. Das Kindesverhältnis zur anerkennenden Person wird dadurch aufgehoben. Die Zivilstandsbehörde weist den ersten Elternteil und das Kind vor Erhebung des Widerspruchs darauf hin, dass das Kindesverhältnis nach dem Widerspruch mittels Klage begründet werden kann, wenn die anerkennende Person genetischer Elternteil des Kindes oder Partei einer Elternschaftsvereinbarung ist.
- b. Die Zivilstandsbehörde klärt die anerkennende und die nicht widersprechende Person über ihr Klagerecht, über die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege sowie über Beratungsangebote auf.
- c. Die Zivilstandsbehörde ist verpflichtet, die Daten der anerkennenden Person an das Informationsregister weiterzuleiten. Damit wird gewährleistet, dass das Kind über die anerkennende Person Auskunft erhalten kann, falls diese keine Elternschaftsklage erhebt.

Ad Empfehlung 9

Die Zivilstandsbehörde informiert die Kindesschutzbehörde, wenn das Kindesverhältnis zum zweiten Elternteil nicht innerhalb von zwölf Monaten nach der Geburt eines Kindes begründet wird (siehe auch Art. 50 ZStV).

Vorbehalten bleiben Fälle der Alleinelternschaft, die unter Zuhilfenahme gespendeter Samenzellen geplant wurden. Die psychologische Forschung legt nahe, dass die fehlende Kenntnis der eigenen Abstammung eine konkrete Gefährdung für die Identitätsfindung als Teil der Persönlichkeitsentwicklung einer Person darstellen kann. Das Wissen um die eigene Abstammung ist aber von der Herstellung eines Kindesverhältnisses zu unterscheiden. Sofern die Registrierung der Daten des genetischen Elternteils sichergestellt ist, begründet die Alleinelternschaft nach Ansicht der Expert-inn-engruppe keine konkrete Gefährdung i.S.v. Art. 307 Abs. 1 ZGB. Die Alleinelternschaft soll vielmehr explizit ermöglicht werden, wenn sie gewünscht ist.

Von der geplanten Alleinelternschaft sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

- a. Das Kind hat zwölf Monate nach der Geburt keinen zweiten Elternteil, und es liegt keine Verzichtserklärung i.S.v. Empfehlung 11 lit. a vor.
- b. Das Kind wurde anerkannt, die Anerkennung wurde jedoch infolge Widerspruchs gelöscht.

In diesen beiden Fällen informiert die Zivilstandsbehörde die Kindesschutzbehörde. Die Kindesschutzbehörde nimmt dabei gegenüber dem ersten Elternteil primär eine beratende Funktion ein. Nach der Meinung eines Teils der Expert-inn-engruppe ist das Fehlen eines zweiten Elternteils von der Kindesschutzbehörde nicht per se als Kindeswohlgefährdung an die Hand zu nehmen und grundsätzlich keine Beistandschaft für das Kind nach Art. 308 Abs. 2 zu errichten. Eine „automatische“ Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB für das Kind ohne zweiten Elternteil würde den Widerspruch des ersten Elternteils untergraben. Ein anderer Teil der Expert-inn-engruppe ist mit dem Bundesgericht (BGE 142 III 545) der Meinung, dass sich die Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB im Hinblick auf die Erhebung einer Elternschaftsklage grundsätzlich rechtfertigt.

Ad Empfehlung 10

Hat das Kind mangels Anerkennung oder als Folge eines Widerspruchs nur einen Elternteil, kann das Kindesverhältnis zum zweiten Elternteil durch Elternschaftsklage begründet werden:

- a. Eine Elternschaftsklage kann erhoben werden *vom ersten Elternteil und vom Kind* (aa.) sowie *von der anerkennenden Person* (bb.):
 - aa. Der erste Elternteil und das Kind können Elternschaftsklage erheben, wenn das Kindesverhältnis vom genetischen Elternteil oder von der Person, die eine Elternschaftsvereinbarung unterschrieben hat, nicht anerkannt wird. Die Klage richtet sich gegen den genetischen Elternteil oder gegen die Person, die sich in einer Elternschaftsvereinbarung zur Begründung des Kindesverhältnisses verpflichtet hat (vgl. Empfehlung 11 lit. d). Klagt nur der erste Elternteil oder nur das Kind, richtet sich die Klage des ersten Elternteils gegen das Kind und die Person, welche die Anerkennung nicht vorgenommen hat, und die Klage des Kindes gegen den ersten Elternteil und die Person, welche die Anerkennung nicht vorgenommen hat. Die Beklagten bilden eine notwendige Streitgenossenschaft.
 - bb. Die anerkennende Person kann eine Elternschaftsklage erheben, wenn gegen ihre Kindesankennung Widerspruch erhoben wurde. Im Unterschied zum ersten Fall (aa.) ist im zweiten die Begründung des Kindesverhältnisses von der anerkennenden Person gewünscht, scheitert aber am Widerspruch gegen die Anerkennung. Die Klage der anerkennenden Person richtet sich gegen den ersten Elternteil und gegen das Kind. Die Beklagten bilden eine notwendige Streitgenossenschaft.
- b. Sofern die Person, die Samenzellen spendet, eine Verzichtserklärung abgegeben bzw. mit dem ersten Elternteil eine Verichtsvereinbarung abgeschlossen hat (vgl. Empfehlung 11 lit. c und d), kann zu ihr klageweise kein Kindesverhältnis begründet werden (vgl. auch Art. 23 Abs. 2 FMedG). Gleichzeitig kann sie selbst klageweise kein Kindesverhältnis begründen. Im Unterschied zur heutigen Rechtslage gilt dies – unter den in Empfehlung 11

lit. c genannten Voraussetzungen – auch dann, wenn die gespendeten Samenzellen privat verwendet wird.

- c. Der Beweis der Elternschaft erfolgt entweder mittels DNA-Untersuchung (bei einem genetischen Elternteil) oder mittels Elternschaftsvereinbarung (bei einem nicht genetischen Elternteil; vgl. Empfehlung 11). Die Begründung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil hat ausserhalb der Anerkennung stets auf dem Klageweg zu erfolgen. Das Kindesverhältnis kann bei der Zivilstandsbehörde weder durch Vorlegen einer DNA-Untersuchung noch durch Vorlegen der Elternschaftsvereinbarung erwirkt werden. In der Regel werden neben der Herstellung des Kindesverhältnisses gleichzeitig Streitfragen zu den Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB) geklärt, so dass ohnehin ein Gerichtsverfahren erforderlich ist.

Muss im Rahmen der Elternschaftsklage eine DNA-Untersuchung durchgeführt werden, ist gemäss einem Teil der Expert-inn-engruppe die zwangsweise Durchführung zulässig, obwohl sie einen Eingriff in die körperliche und psychische Integrität eines Menschen darstellt. Zum Kerngehalt der persönlichen Freiheit gehört das Verbot der erniedrigenden, grausamen und unmenschlichen Behandlung. Zwangsbehandlungen fallen oft, nach dieser Ansicht aber nicht immer in den Kernbereich der persönlichen Freiheit. Ein zwangsweiser Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist gegenwärtig etwa im Bereich der medizinischen Zwangsbehandlung vorgesehen (Art. 434 ff. ZGB). Eine DNA-Untersuchung ist im Vergleich zur zwangsweisen medizinischen Behandlung weniger einschneidend. Erfolgt sie aber zwangsweise, stellt sie einen schweren Eingriff in die physische und psychische Integrität dar. De lege ferenda ist es deshalb erforderlich, eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage zu schaffen, welche die zwangsweise Durchführung einer DNA-Untersuchung als ultima ratio zulässt. Dieser Teil der Expert-inn-engruppe vertritt die Meinung, dass der Zwang in diesem Fall eine erforderliche und zumutbar Massnahme darstellt, um öffentliche Interessen und Grundrechte Dritter zu schützen (Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV). Die Grundrechtskollision ist zugunsten des Kindes zu entscheiden, denn ohne DNA-Untersuchung bleibt dem Kind die Möglichkeit verwehrt, seine eigene Abstammung zu kennen und ein rechtliches Kindesverhältnis zu einem genetischen Elternteil herzustellen.

Ein anderer Teil der Expert-inn-engruppe ist der Meinung, dass DNA-Untersuchungen zwar verpflichtend sein sollen, aber nie unter körperlichem Zwang erfolgen dürfen. Die Verweigerung der Mitwirkung soll stattdessen im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt und/oder ausnahmsweise unter Strafandrohung von Art. 292 StGB gestellt werden. Nach dieser Ansicht handelt es sich bei der zwangsweisen Durchführung eines Wangenschleimhautabstrichs nie um einen geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität. Die Ausübung von Zwang und die damit verbundene Verletzung des Selbstbestimmungsrechts bezüglich des eigenen Körpers sind stets schwerwiegend, auch wenn es der vorzunehmende Eingriff an sich nicht ist. Die Ausübung körperlichen Zwangs ist dem Zivilrecht bis auf wenige Ausnahmen fremd. Beispiele für solche Ausnahmen sind die Zwangsbehandlung während der fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 434 ff. ZGB oder die Sterilisation dauernd Urteilsunfähiger (Art. 7 Sterilisationsgesetz). Gemeinsam dürfte sämtlichen Ausnahmen sein, dass der Zwang objektiv betrachtet zum Wohl der betroffenen Personen ausgeübt wird, die mit Blick auf die Notwendigkeit der Behandlung urteils-

unfähig ist. Die Anwendung körperlichen Zwangs im Fall einer Elternschaftsklage oder der Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung lässt sich aber nicht damit erklären, dass sie primär im Wohl der betroffenen Person liegt. Sie dient vielmehr der Beweisbeschaffung in einem Zivilprozess, was nicht zu rechtfertigen ist.

- d. Die Klage auf Begründung des Kindesverhältnisses ist an keine Frist gebunden. Hat das Kind keinen zweiten Elternteil, kann eine Anerkennung jederzeit erfolgen. Die Expertinnen und Experten sprechen sich deshalb auch gegen das Ansetzen einer Frist für das Erheben der Elternschaftsklage aus. Im Interesse des Kindeswohls scheint es vielmehr geboten, die Begründung eines Kindesverhältnisses zu einem zweiten Elternteil jederzeit zu ermöglichen.

Ad Empfehlung 11

Die medizinisch assistierte und die private Fortpflanzung mit gespendeten Samenzellen werden im Folgenden rechtlich gleichbehandelt, sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind.

- a. Eine Samenspende im Sinn der vorliegenden Empfehlungen liegt vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Die Person, die Samenzellen spendet, verzichtet schriftlich auf die Begründung des Kindesverhältnisses. 2. Sie stimmt der Eintragung ihrer Daten in das Informationsregister zu. Damit wird klargestellt, dass anonyme Samenspenden nicht zulässig sind. Unerheblich ist aber, ob gespendete Samenzellen medizinisch assistiert (b.) oder privat (c.) verwendet werden.
- b. Werden zur Fortpflanzung gespendete Samenzellen medizinisch assistiert verwendet, gelten die Bestimmungen des FMedG: Die Spende von Samenzellen erfolgt ausdrücklich mit Blick auf ein medizinisch assistiertes Fortpflanzungsverfahren (Art. 18 ff. FMedG). Damit ist die Verzichtserklärung eine einseitige. Damit wird auch sichergestellt, dass gegen die Person, die Samenzellen spendet, keine Elternschaftsklage erhoben werden kann.
- c. Werden zur Fortpflanzung gespendete Samenzellen privat verwendet, erfolgt der Verzicht auf die Begründung des Kindesverhältnisses in Form einer Verzichtsvereinbarung zwischen der Person, die Samenzellen spendet, und dem ersten Elternteil vor oder nach der Zeugung, spätestens aber vor der Geburt des Kindes. Damit ist zweierlei vorausgesetzt: Erstens ist der Verzicht nicht einseitig möglich, sondern erfordert eine übereinstimmende Willenserklärung der Person, die Samenzellen spendet, und des ersten Elternteils. Diese Vereinbarung kann durch einen *actus contrarius* aufgehoben werden. Der Verzicht steht also einer späteren Anerkennung durch die Person, die Samenzellen gespendet hat, nicht entgegen. Gegen eine solche Anerkennung ist ein Widerspruch durch den ersten Elternteil bzw. das Kind möglich.

Variante 1: Zweitens muss die Verzichtsvereinbarung spätestens vor der Geburt des Kindes abgeschlossen werden. Nach der Geburt ist eine Verzichtsvereinbarung selbst im Einverständnis aller Beteiligten nicht möglich. Fehlt eine Verzichtsvereinbarung, entsteht dennoch keine rechtliche Elternschaft, solange eine Anerkennung unterbleibt und keine Elternschaftsklage erhoben wird. Nicht ausgeschlossen ist, dass allenfalls eine Beistandsperson die Elternschaftsklage erhebt (vgl. Empfehlung 9).

Variante 2: Zweitens muss die Verzichtsvereinbarung grundsätzlich vor der Zeugung abgeschlossen werden. Damit soll verhindert werden, dass ein Verzicht nachträglich aufgrund von nicht schützenswerten Überlegungen (z.B. ein zunächst intentionaler Elternteil will sich nach der Zeugung der Verantwortung entziehen) ausgesprochen wird. Wird sie erst nach der Zeugung (aber vor der Geburt) abgeschlossen, bedarf sie zusätzlich der Genehmigung durch die Kindesschutzbehörde. Mit dieser Genehmigung wird sichergestellt, dass der Verzicht nicht aus sachfremden Überlegungen vereinbart wird, was sich zulasten des Kindes auswirken könnte. Der Kindesschutzbehörde obliegt die Prüfung, ob die Verzichtsvereinbarung nach der Zeugung aufgrund sachlicher Gründe erfolgt ist. War offensichtlich eine Samenspende geplant, wurde aber die Verzichtsvereinbarung vor der Zeugung unterlassen, ist die Verzichtsvereinbarung durchaus noch nach der Zeugung möglich und wird von der Kindesschutzbehörde genehmigt.

- d. Der erste Elternteil und der intentionale zweite Elternteil können eine Elternschaftsvereinbarung betreffend die Begründung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil abschließen. Diese verpflichtet den intentionalen zweiten Elternteil, das Kind anzuerkennen (eine Anerkennung ist aufgrund des Wegfalls der Vaterschaftsvermutung *in jedem Fall* erforderlich), und den ersten Elternteil, keinen Widerspruch gegen die Anerkennung zu erheben. Ferner kann gestützt auf die registrierte (unten Empfehlung 11 lit. d/bb.) Elternschaftsvereinbarung das Kindesverhältnis klageweise begründet werden, wenn der die Vereinbarung unterzeichnende zweite Elternteil die Anerkennung nicht ausspricht. Die Elternschaftsvereinbarung ermöglicht es mithin, das Kindesverhältnis zum intentionalen zweiten Elternteil ohne Rücksicht auf die Genetik zu begründen. Das gilt ungeachtet dessen, ob die Fortpflanzung privat oder medizinisch assistiert erfolgt.
 - aa. Die Beteiligten können sich für das Verfassen der Elternschaftsvereinbarung von der Zivilstandsbehörde beraten lassen – und/oder die amtlichen Vorlagen einer solchen Vereinbarung nutzen.
 - bb. Mit der Elternschaftsvereinbarung soll sichergestellt werden, dass der intentionale Elternteil das Kind anerkennt bzw. das Kindesverhältnis andernfalls klageweise begründet werden kann. Daher soll die Elternschaftsvereinbarung grundsätzlich vor der Zeugung abgeschlossen und vor der Geburt eingereicht werden. Sie wird alsdann von der Zivilstandsbehörde registriert. Die Elternschaftsvereinbarung wird aber auch dann registriert, wenn sie nach der Zeugung abgeschlossen und/oder der Zivilstandsbehörde erst nach der Geburt eingereicht wird. Ihr Abschluss vor der Zeugung sowie ihre Einreichung vor der Geburt sind keine Voraussetzungen für die Begründung des Kindesverhältnisses, die auch im Fall von Elternschaftsvereinbarung stets durch Anerkennung (bzw. gegebenenfalls durch Gerichtsurteil) erfolgt. Die Einzelheiten des Verfahrens bleiben gegebenenfalls zu präzisieren. Dazu gehört insbesondere die Frage, ob die Registrierung erst im Zeitpunkt der Lebendgeburt erfolgt.
 - cc. Die Registrierung der Elternschaftsvereinbarung setzt drei Elemente voraus, deren Vorliegen die Zivilstandsbehörde prüft: 1. das Vorliegen des freien Willens und der reiflichen Überlegung der Parteien (aaa.), 2. die Verzichtserklärung der Person, die Samenzellen spendet, bzw. eine Verzichtsvereinbarung (bbb.), und 3. die Registrierung ihrer Daten im Informationsregister (ccc.).

- aaa. Der Abschluss der Elternschaftsvereinbarung muss auf freiem Willen und reiflicher Überlegung der Parteien beruhen. Die Zivilstandsbehörde stellt sicher, dass die Parteien (oder eine von beiden) nicht unter Druck waren oder von den Umständen so überrumpelt wurden, dass sie nicht genügend Raum für Abklärungen und allseitige Abwägungen hatten. Im Fall von Willensmängeln ist die Elternschaftsvereinbarung gemäss Art. 23 OR anfechtbar. Die Kognition der Zivilstandsbehörde geht über die reine Entgegennahme der Erklärung hinaus und erfordert, dass sich die Zivilstandsbehörde in der Anhörung über den freien Willen und die reife Überlegung Gewissheit verschafft.
- bbb. Variante 1: Die Zivilstandsbehörde prüft, ob die Verzichtserklärung bzw. die Verzichtvereinbarung vorliegt und ob sie spätestens vor der Geburt des Kindes abgegeben bzw. getroffen wurde.

Variante 2: Die Zivilstandsbehörde prüft, ob die Verzichtserklärung bzw. die Verzichtvereinbarung vor der Zeugung abgegeben bzw. getroffen wurde oder ob sie nach der Zeugung abgegeben bzw. getroffen und von der Kindesschutzbehörde genehmigt wurde.
- ccc. Die Registrierung der Daten der Person, die Samenzellen spendet, im Informationsregister dient dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes.
- dd. Die Elternschaftsvereinbarung muss zurückgezogen werden können, wenn sich die Pläne der ursprünglich intentionalen Eltern ändern. Die Erklärung muss bei der Zivilstandsbehörde erfolgen. Dabei ist zu unterscheiden, ob nur eine oder ob beide Parteien die Vereinbarung zurückziehen wollen:
 - aaa. Will nur eine Partei die Elternschaftsvereinbarung zurückziehen, muss sie ihre Erklärung vor der Zeugung abgeben. Sie hat zu beweisen, dass die Erklärung vor der Zeugung erfolgt ist. Dabei gilt die Vermutung, wonach die Erklärung vor der Zeugung abgegeben worden ist, sofern sie mehr als 300 Tage vor der Geburt erfolgt ist.
 - bbb. Wollen beide Parteien die Elternschaftsvereinbarung zurückziehen, müssen sie eine gemeinsame Erklärung abgeben.

Variante 1: Eine gemeinsame Erklärung hat bis spätestens vor der Geburt zu erfolgen.

Variante 2: Erfolgt die gemeinsame Erklärung nach der Zeugung, bedarf sie der Genehmigung durch die Kindesschutzbehörde. Mit dieser Genehmigung soll sichergestellt werden, dass die gemeinsame Erklärung nach der Zeugung nicht aus sachfremden Überlegungen abgegeben wird bzw. dass nicht eine Partei unter Druck gesetzt wurde, was sich zulasten des Kindes auswirken könnte. Die Situation ist vergleichbar mit der nach der Zeugung, aber vor der Geburt abgegebenen Verzichtserklärung der keimspendenden Person.
- e. Soll im Zeitpunkt der Geburt kein Kindesverhältnis zu einem zweiten Elternteil begründet werden (sog. Alleinelternschaft), bedarf es keiner Elternschaftsvereinbarung. Dagegen ist

eine schriftliche Verzichtserklärung der Person erforderlich, die Samenzellen spendet (siehe Empfehlung 11 lit. b und c).⁴

C. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil

a. Empfehlungen

12. Das Kindesverhältnis zum ersten Elternteil ist wie bisher nicht anfechtbar. Das gilt auch im Fall von Eizellen- und Embryonenspende.
13. Die Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil ist wie bisher nur mittels Adoption möglich.
14. Die Empfehlungen 12 und 13 gelten auch im Fall von Verwechslung der Eizellen oder des Embryos. Die Daten der genetischen Eltern werden in das Informationsregister (vgl. Empfehlungen 23 ff.) eingetragen, damit das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewährleistet ist.

b. Begründung

Ad Empfehlung 12

Die Expertinnen und Experten sind sich darin einig, dass die bisherige Regelung, wonach das Kindesverhältnis zum ersten Elternteil nicht anfechtbar ist, beizubehalten ist. Die Unanfechtbarkeit des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil gewährleistet eine frühe, eindeutige und sicher feststellbare Begründung der Elternschaft, was insbesondere hinsichtlich des Kindeswohls zu begrüßen ist.

Ad Empfehlung 13

Ebenfalls wie bisher gilt, dass das Kindesverhältnis zum ersten Elternteil nur mittels Adoption aufgehoben werden kann (zur vertraulichen Geburt siehe oben Empfehlung 2).

Ad Empfehlung 14

Für die seltenen Fälle von Verwechslungen (von Eizellen oder von Embryonen) gelten dieselben Regeln, wie wenn keine Verwechslung vorliegt (Empfehlung 12 und 13).

Die Verwechslung von Kindern nach der Geburt hebt das Kindesverhältnis zur Person, die das Kind gebärt, nicht auf. Das heisst die Person, die das Kind gebärt, ist rechtlicher Elternteil des von ihr geborenen Kindes. Wie die Situation im Einzelfall geklärt werden würde, muss hier offenbleiben. Dies gilt sowohl für die Frage der «Rückführung» der Kinder wie auch für eine allfällige Berichtigung des Zivilstandsregisters gestützt auf Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 42 ZGB.

⁴ Hinweis: Wäre dereinst die Eizellen- oder die Embryonenspende zulässig, wäre auch eine Verzichtserklärung der Person, die Eizellen spendet, erforderlich.

D. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil

a. Empfehlungen

15. Die Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil ist durch Anfechtung der Anerkennung (Anfechtungsklage) möglich.
16. Zur Erhebung der Anfechtungsklage sind berechtigt:
 - a. der erste Elternteil,
 - b. der genetische Elternteil,
 - c. die Person, die sich in einer registrierten Elternchaftsvereinbarung zur Begründung des Kindesverhältnisses verpflichtet hat,
 - d. das Kind,
 - e. die Behörde im Fall von Rechtsmissbrauch,
 - f. der zweite Elternteil, sofern er bei der Anerkennung einem Willensmangel unterlag.
17. Die Klage der nach Empfehlung 16 lit. a–e Berechtigten richtet sich gegen den zweiten Elternteil sowie gegen den ersten Elternteil und das Kind, sofern diese nicht ebenfalls klagen. Die Klage des zweiten Elternteils richtet sich gegen den ersten Elternteil und das Kind.
18. Die Klage (Empfehlung 16 lit. a–e) wird abgewiesen, wenn der zweite Elternteil (Empfehlung 4) genetischer, auf Elternchaftsvereinbarung basierender oder sozialer Elternteil des Kindes ist. Die Klage des zweiten Elternteils (Empfehlung 16 lit. f) wird abgewiesen, wenn er genetischer oder auf Elternchaftsvereinbarung basierender Elternteil ist.
19. Eine soziale Elternschaft im Sinn von Empfehlung 18 liegt vor, wenn der zweite Elternteil das Kind anerkennt, die Elternschaft während einer gewissen Dauer tatsächlich gelebt und im Alltag Pflege- und Erziehungsverantwortung für ein Kind übernommen hat.
20. Anfechtungsfrist:
 - a. Die Frist zur Anfechtung der Anerkennung beträgt ein Jahr. Sie beginnt zu laufen, sobald die anfechtende Person einen begründeten Verdacht hat, dass der zweite Elternteil nicht der genetische Elternteil ist, frühestens aber mit dem Wegfall des Willensmangels (Empfehlung 16 lit. f). Sie beginnt nicht zu laufen, wenn die klageberechtigte Person wegen Urteilsunfähigkeit oder aus anderen unüberwindbaren Gründen am Handeln verhindert ist.
 - b. Für das Kind beginnt die Frist zur Anfechtung der Anerkennung frühestens mit Erreichen der Volljährigkeit zu laufen.
 - c. Variante 1: Eine absolute Frist besteht nicht.

Variante 2: Die absolute Frist beträgt zehn Jahre seit der Anerkennung des Kindes. Diese Frist der Klage beginnt für das Kind frühestens mit der Volljährigkeit zu laufen.

b. Begründung

Ad Empfehlung 15

Die Aufhebung eines Kindesverhältnisses ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Die Aufhebung erfolgt im Rahmen einer Klage auf Anfechtung der Anerkennung. Zu klären ist die Frage der Klageberechtigung (Empfehlungen 16 lit. a–d und 18), der Grenzen der Aufhebung (Empfehlungen 16 lit. e und f sowie 18, 19) sowie die Frist der Anfechtungsklage (Empfehlung 20).

Ad Empfehlung 16 und 17

Zur Anfechtung der Anerkennung sind berechtigt:

- a. der erste Elternteil: Er kann ungeachtet des Grundes, aus dem er einen Widerspruch unterlassen hat, die Anerkennung anfechten. Seine Klage richtet sich gegen den zweiten Elternteil sowie gegen das Kind, sofern dieses nicht ebenfalls klagt.
- b. der genetische Elternteil: Er kann die Anerkennung anfechten, sofern er nicht auf die Begründung des Kindesverhältnisses verzichtet hat (i.S.v. Empfehlung 11 lit. a und b). Seine Klage richtet sich gegen den zweiten Elternteil sowie gegen den ersten Elternteil und das Kind, sofern diese nicht ebenfalls klagen.
- c. die Person, die sich in einer registrierten Elternschaftsvereinbarung zur Begründung des Kindesverhältnisses verpflichtet hat: Wer gemäss einer registrierten Elternschaftsvereinbarung zweiter Elternteil wäre, kann gestützt auf diese Vereinbarung die Anerkennung einer anderen Person anfechten. Ihre Klage richtet sich gegen den zweiten Elternteil sowie gegen den ersten Elternteil und das Kind, sofern diese nicht ebenfalls klagen.
- d. das Kind: Wie dem ersten Elternteil, steht auch dem Kind ein Anfechtungsrecht zu. Es kann selbst – auch gegen den Willen des ersten Elternteils – die Anfechtung in die Wege leiten. Seine Klage richtet sich gegen den zweiten Elternteil sowie gegen den ersten Elternteil, sofern dieser nicht ebenfalls klagt.
- e. die Behörde im Fall von Rechtsmissbrauch: Den Behörden, namentlich der Heimat- und der Wohnsitzgemeinde der anerkennenden Person (vgl. zum geltenden Recht Art. 259 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB), steht grundsätzlich kein Anfechtungsrecht zu. Es ist davon auszugehen, dass die Begründung eines Kindesverhältnisses dem Kindeswohl entspricht. Demgegenüber haben behördliche Vorbehalte zurückzutreten, und zwar selbst dann, wenn die Anerkennung für den zweiten Elternteil mit Vorteilen verbunden ist. Eine Ausnahme besteht nur im Fall von Rechtsmissbrauch. Die Berufung auf Rechtsmissbrauch ist ausgeschlossen, wenn der zweite Elternteil genetischer, auf Elternschaftsvereinbarung basierender oder sozialer Elternteil des Kindes ist. Migrationsrechtliche Vorteile begründen nicht per se einen Rechtsmissbrauch. Vielmehr setzt dieser zusätzlich voraus, dass der zweite Elternteil die Anerkennung vorgenommen hat, obwohl sie keine Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind übernehmen will. Die Klage der vom kantonalen Recht

bezeichneten Behörde richtet sich gegen den zweiten Elternteil sowie gegen den ersten Elternteil und das Kind, sofern diese nicht ebenfalls klagen.

- f. der zweite Elternteil, sofern er bei der Anerkennung einem Willensmangel unterlag: Ein Willensmangel liegt insbesondere vor, wenn der zweite Elternteil bei der Anerkennung nichts von seiner fehlenden genetischen Elternschaft wusste oder diesbezüglich getäuscht oder im Hinblick darauf bedroht wurde. Seine Klage richtet sich gegen den ersten Elternteil und das Kind.

Ad Empfehlung 18

Die Klage (Empfehlung 16 lit. a–e) wird abgewiesen, wenn der zweite Elternteil genetischer, auf Elternschaftsvereinbarung basierender oder sozialer Elternteil des Kindes ist.

Die Klage des zweiten Elternteils (Empfehlung 16 lit. f) wird abgewiesen, wenn er genetischer oder auf Elternschaftsvereinbarung basierender Elternteil ist. Ist er sozialer (und nicht genetischer oder auf Elternschaftsvereinbarung basierender) Elternteil, wird seine Klage gutgeheissen, da ihm die Weiterführung seiner rechtlichen Elternschaft nicht gegen seinen Willen zugemutet werden soll. Dies gilt allerdings nur, sofern er innerhalb eines Jahres seit der Entstehung eines begründeten Verdachts, wonach er nicht der genetische Elternteil des Kindes ist, und seit dem Wegfall des Willensmangels (Irrtum, Täuschung, Drohung), eine Klage erhebt (Empfehlung 20 lit. a).

Anders als der zweite Elternteil kann sich das Kind gegen eine bestehende soziale (rechtliche) Elternschaft grundsätzlich nicht wehren. Die Möglichkeit, einen unliebsamen Elternteil „loszuwerden“, der jahrelang Verlässlichkeit gewährleistet und Verantwortung übernommen hat, besteht in diesem Fall genauso wenig wie bei Vorliegen einer genetischen Verbindung oder einer Elternschaftsvereinbarung. Elternschaft beruht auf den elterlichen Intentionen und gegebenenfalls auf der Genetik, unabhängig vom Willen des Kindes. Daher kann das Kind die soziale (rechtliche) Elternschaft nicht mit dem Argument zurückweisen, dass es im Zeitraum ihrer Entstehung noch nicht urteilsfähig war, also keinen entsprechenden Willen bilden konnte. Die heute geltenden Klagerechte des Kindes (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 256c Abs. 2 ZGB) werden dadurch freilich stark eingeschränkt.

Als Konsequenz der absoluten Anfechtungsfrist von zehn Jahren (Empfehlung 20 lit. c Variante 2) wird dem zweiten Elternteil allerdings faktisch die Weiterführung seiner rechtlichen Elternschaft „zugemutet“, wenn seine Anerkennung des Kindes mehr als zehn Jahre zurückliegt.

Ad Empfehlung 19

Wenn der zweite Elternteil (Empfehlung 4) weder genetischer noch auf Elternschaftsvereinbarung basierender Elternteil ist, die Elternschaft aber tatsächlich lebt und für das Kind im Alltag Pflege- und Erziehungsverantwortung übernimmt, kann daraus nach einer gewissen Dauer eine soziale Elternschaft entstehen. Eine soziale (rechtliche) Elternschaft wird in diesem Fall gegenüber der genetischen (nicht rechtlichen) Elternschaft vorgezogen. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass stabile Bindungen dem psychologischen Bedürfnis des Kindes nach Verlässlichkeit und Verbindlichkeit und insofern dem Kindeswohl entsprechen. Für die

Beantwortung der Frage, wann eine solche soziale Elternschaft im Sinn dieser Empfehlung gegeben ist, können verschiedene Perspektiven eingenommen werden, je nachdem, ob das Kindeswohl eher aufgrund allgemeiner Überlegungen oder aufgrund von Erwägungen im Einzelfall berücksichtigt wird:

Zum einen kann zur Bestimmung der sozialen (rechtlichen) Elternschaft eine retrospektive Perspektive gewählt werden, die auf allgemeinen Überlegungen beruht: Hat der zweite Elternteil während mehreren Jahren mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt gelebt und im Alltag Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind übernommen, ist davon auszugehen, dass eine soziale Elternschaft vorliegt. Dies entspricht im Ergebnis auch dem geltenden Recht, das stabile Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kind durch die strengen Verwirkungsfristen im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage (Art. 256c ZGB) schützt. Möglich wäre eine Vermutung, dass beispielsweise eine fünfjährige Beziehung mit Pflege- und Erziehungsverantwortung zu einer sozialen Elternschaft führt. Die Vermutung könnte widerlegt werden: Hat das Kind zwar im gleichen Haushalt gelebt wie der zweite Elternteil, hat dieser aber keine Pflege- und Erziehungsverantwortung übernommen (z.B., weil er sehr häufig abwesend war), liegt keine stabile familiäre Beziehung zwischen Elternteil und Kind und damit auch keine soziale Elternschaft vor. Ein Sonderfall liegt vor, wenn sowohl der soziale (rechtliche) wie auch der genetische (nicht rechtliche) Elternteil Pflege- und Erziehungsverantwortung übernommen haben. In diesem Fall erscheint die rechtliche Elternschaft des sozialen Elternteils nicht zwingend schützenswerter als die nicht rechtliche Elternschaft des genetischen Elternteils (zur Möglichkeit der Mehrelternschaft siehe unten Empfehlung 22).

Zum andern kann eine Einzelfallbetrachtung priorisiert werden, die eine entstandene soziale (rechtliche) Elternschaft zwar gebührend gewichtet, aber auch weitere für das Kindeswohl relevante, namentlich auch zukunftsbezogene-Faktoren in die Erwägungen einbezieht. In einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls sind die verschiedenen Möglichkeiten abzuwägen, um im Interesse des Kindes das beste Ergebnis zu erzielen. Ob die mittels Anerkennung entstandene und effektiv gelebte, soziale und rechtliche Elternschaft durch die genetische (nicht rechtliche) Elternschaft verdrängt werden soll, ist unter Einbezug aller Umstände, unter anderem auch des Willens des Kindes, zu entscheiden. Dabei ist freilich auch von Bedeutung, ob dem Kind eine stabile familiäre Beziehung entzogen wird, wenn der genetische (nicht rechtliche) Elternteil die Elternschaft des sozialen (rechtlichen) Elternteils erfolgreich anfechten kann.⁵

In beiden Fällen ist jedenfalls die rechtsmissbräuchliche Berufung auf eine angebliche soziale Elternschaft nicht geschützt (z.B. bei sexuellem oder anderem Missbrauch des Kindes).

Ist die Anfechtung der Anerkennung nicht erfolgreich, bleibt dem genetischen (nicht rechtlichen) Elternteil die Möglichkeit, Rechte und Pflichten gemäss Empfehlung 21 lit. b und c zu beantragen. Die «Konkurrenz» zwischen genetischem und sozialem Elternteil könnte verhindert werden, wenn die Mehrelternschaft gemäss Empfehlung 22 zugelassen würde.

⁵ Vgl. dazu EGMR Urteil Nr. 45071/09 vom 22. März 2012 i.S. Ahrens vs. Deutschland, E. 89 f.; Urteil Nr. 23338/09 vom 22. März 2012 i.S. Kautzor vs. Deutschland, E. 91 f.; Urteil Nr. 48494/06 vom 12. Februar 2013, i.S. Tóth vs. Ungarn, E. 35; Urteil Nr. 55339/99 vom 18. August 2006 i.S. Rózański vs. Polen, E. 64, 78.

Ad Empfehlung 20

Anfechtungsfristen:

- a. Die relative Frist verhindert, dass jemand über längere Zeit vom Umstand Kenntnis hat, dass der zweite Elternteil nicht der genetische Elternteil ist, aber keine entsprechende Klage erhebt. Die Frist beginnt zu laufen, sobald die anfechtende Person den begründeten Verdacht hat, dass der zweite Elternteil nicht genetischer Elternteil ist. Blosser Zweifel an der genetischen Vaterschaft ohne bestimmte Anhaltspunkte lösen den Fristenlauf nicht aus. Unter Umständen kann aber verlangt werden, dass sich die zweifelnde Person über die tatsächlichen Verhältnisse Gewissheit verschafft und ihr das Unterlassen von Abklärungen als unentschuldigbar angerechnet wird. Im Fall eines Willensmangels, setzt der Beginn des Fristenlaufs zusätzlich voraus, dass der Willensmangel (die Drohung oder die Täuschung) weggefallen ist. Handelte es sich beim Willensmangel um einen Irrtum, fällt dessen Wegfall mit der Entstehung eines begründeten Verdachts zusammen. Die relative Frist beginnt nicht zu laufen, wenn die klageberechtigte Person wegen Urteilsunfähigkeit oder aus anderen unüberwindbaren Gründen am Handeln verhindert ist.
- b. Die Frist zur Anfechtung der Anerkennung beginnt für das Kind frühestens mit Erreichen der Volljährigkeit zu laufen, da ihm eine Klage vorher nicht zumutbar ist.
- c. Variante 1: Eine absolute Frist ist nach Ansicht der Mehrheit der Expertinnen und Experten nicht angebracht, da ohne entsprechende Informationen eine Anfechtung nicht möglich ist und eine absolute Frist in diesem Zusammenhang eine willkürliche Schranke darstellen würde. Eine bloße Zeitschranke lässt das Kindeswohl ausser Acht. Daher werden die tatsächlich gelebten Verhältnisse berücksichtigt: Erfolgt eine Anfechtung erst viele Jahre nach der Geburt des Kindes, wird eine lange tatsächlich gelebte Elternschaft als soziale Elternschaft berücksichtigt (siehe Begründung ad Empfehlung 18). Diese kann allerdings dem sozialen (rechtlichen) Elternteil nicht entgegengehalten werden, wenn er das Kind in der Annahme genetischer Elternteil zu sein, anerkannt hat (siehe Begründung ad Empfehlung 18).

Variante 2: Nach einer Minderheit der Expertinnen und Experten gilt neben der relativen Frist eine absolute Frist von zehn Jahren seit der Anerkennung. Die Beschränkung durch eine absolute Frist ermöglicht allen Beteiligten, die Eltern-Kind-Beziehung in Rechtssicherheit zu leben. Zudem wird damit der inzwischen entstandenen sozialen Elternschaft Rechnung getragen. Die anfechtende Person kann sich bei dieser Variante nicht darauf berufen, dass sie erst nach Ablauf dieser Frist von neuen Tatsachen Kenntnis erhalten hat bzw. der Willensmangel weggefallen ist. Die absolute Frist beginnt für das Kind frühestens mit Erreichen der Volljährigkeit zu laufen.

E. Weitere Elternteile

a. Empfehlungen

21. Am Zwei-Eltern-Prinzip ist festzuhalten: Ein Kind hat grundsätzlich maximal zwei rechtliche Elternteile.

- a. Von Gesetzes wegen haben die Lebenspartnerinnen und Lebenspartner, die seit mindestens drei Jahren mit dem Elternteil einen gemeinsamen Haushalt führen, diesem in der Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber seinen Kindern in angemessener Weise beizustehen und ihn zu vertreten, wenn es die Umstände erfordern. Dies entspricht (abgesehen von der Voraussetzung des gemeinsamen Haushalts von drei Jahren) den de lege lata geltenden Bestimmungen für Ehegattinnen und Ehegatten (Art. 299 ZGB) und für eingetragene Partner und Partnerinnen (Art. 27 Abs. 1 PartG).
- b. Mittels Vereinbarung können die rechtlichen Eltern und eine weitere Person mit engem Bezug zum Kind vereinbaren, dass dieser Person einzelne Rechte und Pflichten, die von Gesetzes wegen nur rechtlichen Eltern zustehen, eingeräumt werden. Diese Vereinbarung sowie ihre Änderung sind der Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Kindesschutzbehörde oder eine beauftragte Drittperson hat das Kind vor dem Entscheid in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern nicht dessen Alter oder andere wichtige Gründe dagegensprechen. Ist das Kind urteilsfähig, bedarf die Vereinbarung seiner Zustimmung.
- c. Die Kindesschutzbehörde kann bei Vorliegen besonderer Umstände zum Wohl des Kindes bestimmten Personen einzelne Rechte und Pflichten, die von Gesetzes wegen nur rechtlichen Eltern zustehen, auch gegen den Willen des Kindes und der rechtlichen Elternteile einräumen.

22. Ausnahmsweise können mehr als zwei (maximal vier) Personen rechtliche Eltern eines Kindes sein:

- a. Wird das Kind eines verstorbenen Elternteils adoptiert, bleibt das Kindesverhältnis zum verstorbenen Elternteil bestehen.

Variante: Das Kind kann das Weiterbestehen der Elternschaft des verstorbenen Elternteils ablehnen (Vetorecht).

Minderheitsmeinung

- b. Mehrere Personen können im Rahmen einer Vereinbarung vorsehen, dass sie die Elternschaft gemeinsam wahrnehmen. Ein Kind kann aufgrund einer solchen Vereinbarung maximal vier rechtliche Eltern haben. Die Begründung des Kindesverhältnisses zum ersten und zweiten Elternteil erfolgt nach den üblichen Grundsätzen. Die Begründung des Kindesverhältnisses zu weiteren Elternteilen erfolgt mittels Anerkennung.

b. Begründung

Ad Empfehlung 21

Wollen biologisch, genetisch und sozial mit dem Kind verbundene Personen elterliche Verantwortung übernehmen, kann sich die Frage der Zulassung der rechtlichen Elternschaft von mehr als zwei Personen stellen. Insbesondere bei Trennung der rechtlichen Eltern und der Begründung von neuen Lebenspartnerschaften, eingetragenen Partnerschaften und Ehen der rechtlichen Eltern stellt sich die Frage, ob und wie die neuen Partner und Partnerinnen in die elterliche Verantwortung einbezogen werden können, wenn sie das wollen. Bereits heute kommt den Stiefeltern ein Vertretungsrecht im Bereich der elterlichen Sorge zu (Art. 299 ZGB, Art. 27 Abs. 1 PartG). Ferner kann ihnen gestützt auf Art. 274a ZGB unter Umständen ein Recht auf Fortsetzung des persönlichen Verkehrs zugestanden werden, wenn sie sich vom rechtlichen Elternteil des Stiefkindes trennen. Sodann übernehmen viele Stiefeltern faktisch bereits heute zahlreiche Aufgaben und Vertretungen im Bereich der Betreuung, des persönlichen Verkehrs oder des Unterhalts.

Im Zusammenhang mit der Elternschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren kann sich die Frage der Beteiligung der Person, die Keimzellen spendet, an der elterlichen Verantwortung stellen. Zwar ist in der Schweiz die Verwendung gespendeter Samenzellen derzeit nur bei verheirateten Paaren zulässig und sind die Ei- sowie die Embryonenspende verboten. Die Verwendung gespendeter Samenzellen wird aber teils privat und – wie die Ei- sowie die Embryonenspende – teils im Ausland vorgenommen. Es gibt Konstellationen, in denen die an der Entstehung des Kindes beteiligten Personen die elterliche Verantwortung unter mehr als zwei Personen gemeinsam wahrnehmen wollen.

Die Mehrheit der Expert-inn-engruppe hält grundsätzlich am Zwei-Eltern-Prinzip fest: In der Regel hat ein Kind zwei rechtliche Eltern. Dieser Grundsatz wird aber teilweise relativiert, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass das Beziehungsgeflecht rund um das Kind im Verlauf der Zeit ändert, Personen mit rechtlicher oder faktischer Pflege- und Erziehungsverantwortung dazukommen oder wegfallen. Daher kann im Einzelfall Stiefelternteilen und/oder genetischen Elternteilen, die nicht rechtliche Eltern sind, einzelne Rechte und Pflichten zugeordnet werden, die von Gesetzes wegen nur rechtlichen Eltern zukommen, wenn dies im Wohl des Kindes ist. Die Zuordnung dieser Rechte und Pflichten erfolgt entweder von Gesetzes wegen (Empfehlung 21 lit. a), durch Vereinbarung der Beteiligten (Empfehlung 21 lit. b) oder – im Ausnahmefall – durch eine Entscheidung der Kindesschutzbehörde auch gegen den Willen des Kindes oder der rechtlichen Elternteile (Empfehlung 21 lit. c):

- a. Bisher steht den Ehegatten und Ehegattinnen sowie den eingetragenen Partnerinnen und Partnern ein Vertretungsrecht im Bereich der elterlichen Sorge gegenüber den Kindern der/des anderen *von Gesetzes wegen* zu (Art. 299 ZGB; Art. 27 Abs. 1 PartG). Diese Regel wird auf die Lebenspartnerinnen und Lebenspartner, die seit mindestens drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt mit dem Elternteil führen, ausgedehnt. Es ist dafür nicht notwendig, dass dieser Elternteil auch mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt lebt (namentlich wenn das Kind grundsätzlich beim anderen Elternteil wohnt). Wird der gemeinsame Haushalt der Lebenspartner-innen aufgelöst, fällt damit auch das Vertretungsrecht weg. Die Expert-inn-en haben darauf verzichtet, mögliche Pflichten der Ehegatt-innen, Lebenspartner-inn-en und eingetragenen Partner-inn-en zu definieren. Die Frage

nach den Rechten und Pflichten der Ehegatt-inn-en, Lebenspartner-inn-en und eingetragenen Partner-inn-en gegenüber den Kindern des Elternteils muss sich der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Regelung der Wirkungen des Kindesverhältnisses stellen.

- b. Ferner können grundsätzlich *im Einvernehmen* aller Beteiligten den Partnern und Partnerinnen, aber auch anderen Drittpersonen (z.B. auch der Person, die Keimzellen spendet), Rechte und Pflichten eingeräumt werden, die von Gesetzes wegen nur rechtlichen Eltern zukommen. Zu denken ist insbesondere an die Teilhabe an der elterlichen Sorge, an die Betreuung, den persönlichen Verkehr, die Informations- und Auskunftsrechte, an die Unterhaltspflicht. Vorausgesetzt ist ein bestehender oder ein angestrebter enger Bezug zum Kind. Wie bereits heute im Rahmen der gemeinsamen Erklärung der elterlichen Sorge gemäss Art. 298a Abs. 3 ZGB können die Eltern und die Beteiligten sich von der Kindesschutzbehörde beraten lassen. Diese Vereinbarung der Beteiligten wird – wie bereits heute die Vereinbarung der Adoptiveltern und der leiblichen Eltern über den persönlichen Verkehr gemäss Art. 268e ZGB – von der Kindesschutzbehörde genehmigt und ist gerichtlich durchsetzbar.
- c. Bei Vorliegen besonderer Umstände können solche Rechte und Pflichten auch gegen den Willen des Kindes (aber nach seiner Anhörung) oder der rechtlichen Elternteile *durch die Kindesschutzbehörde zugewiesen* werden. Besondere Umstände können etwa vorliegen, wenn ein Partner des rechtlichen Elternteils ein Kind jahrelang betreut hat und sich danach vom Elternteil trennt. Liegen der Elternteil und dessen Partner im Streit, kommt unter Umständen keine Einigung über den künftigen persönlichen Verkehr mit dem Kind zustande. Es kann aber durchaus im Kindeswohl sein, den persönlichen Verkehr mit einer wichtigen Bezugsperson fortzusetzen. Die Zustimmung des Kindes ist insbesondere deswegen nicht notwendig, weil ihm ein solches Erfordernis eine unangemessene und möglicherweise belastende Verantwortung aufbürden würde. Diese könnte innere und äussere Konflikte, denen das Kind gegebenenfalls ausgesetzt ist, verschärfen.

Ad Empfehlung 22

Im westlichen Kulturkreis mag das Konzept der rechtlichen Mehrelternschaft auf den ersten Blick erstaunen, da es tradierte Vorstellungen der natürlichen Elternschaft herausfordert. Das Konzept bietet jedoch neue Möglichkeiten der Aufteilung von Verantwortung, die so bislang nicht denkbar waren. Beispielsweise kann die Mehrelternschaft ein geeignetes Instrument sein, um eine «Konkurrenz» zwischen möglichen Eltern (z.B. zwischen einem sozialen und einem genetischen zweiten Elternteil) zu entschärfen oder um tatsächlich gelebte Beziehungen eines Kindes zu Erwachsenen rechtlich abzusichern. Das ist im Hinblick auf das Kindeswohl grundsätzlich zu begrüssen.

Die Mehrheit der der Expert-inn-engruppe ist sich deshalb einig, dass ausnahmsweise vom Zwei-Eltern-Prinzip abgewichen werden kann. Die erste Variante (a.) der Mehrelternschaft wird von der Mehrheit der Expert-inn-engruppe getragen. Die zweite Variante (b.) wird von einer Minderheit der Expert-inn-engruppe unterstützt:

- a. Adoptiert die Partnerin oder der Partner eines Elternteils nach dem Tod des anderen Elternteils dessen Kind (Stiefkindadoption), wird das Kindesverhältnis zum verstorbenen Elternteil nach geltendem Recht aufgehoben, und das Kind verliert die rechtlichen

Beziehungen zum verstorbenen Elternteil und dessen Verwandten (Art. 264c und 267 ZGB). Aus diesem Grund wird nach dem Tod eines Elternteils nicht selten auf eine Stiefkindadoption verzichtet. Nach Meinung der Mehrheit der Expertinnen und Experten bleibt das Kindesverhältnis zum verstorbenen Elternteil bestehen. Das Kind würde daher im Fall einer Stiefkindadoption weitere rechtliche Beziehungen dazugewinnen, ohne dass die bisherigen rechtlichen Beziehungen aufgehoben würden. Diese Regelung hat den Vorteil, dass sich das Kind nicht zwischen dem bisherigen verstorbenen Elternteil und dem neuen Stiefelternteil entscheiden muss und so nach dem Tod eines Elternteils einen weiteren Verlust erfährt. Ihre Umsetzung stellt im Alltag keine besonderen Probleme dar, da faktisch (nur) zwei Elternteile die elterliche Sorge ausüben und sich Obhut und Betreuung teilen. Wenn das bisherige Kindesverhältnis (entgegen dem geltenden Art. 267 Abs. 1 ZGB) nicht erlischt, bleibt dem Kind die rechtliche Beziehung zum verstorbenen Elternteil und dessen Verwandten erhalten. Die entsprechenden unterhaltsrechtlichen, unterstützungsrechtlichen, erbrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche aus der Ursprungsfamilie und der Adoptivfamilie müssen untereinander koordiniert werden.

Nach einem Teil der Expert-inn-engruppe steht dem Kind ein Vetorecht zu; dessen Ausübung führt zum Erlöschen des Kindesverhältnisses zum verstorbenen Elternteil und zur Verwirklichung der Volladoption.

- b. Nach Meinung einer Minderheit der Expert-inn-engruppe kann die Mehrelternschaft gestützt auf eine Vereinbarung möglich sein. Kinder können danach auch drei oder vier rechtliche Elternteile haben. Dieser Vorschlag möchte der Tatsache Rechnung tragen, dass viele Kinder tatsächlich gelebte Eltern-Kind-Beziehungen zu mehr als zwei Elternteilen pflegen. Diese zu sichern scheint im Interesse des Kindeswohls geboten.

Mehrelternschaften könnten sich in folgenden Fällen ergeben:

1. Im Fall der Verwendung der Keimzellen einer dritten Person: Der erste Elternteil und der andere intentionale Elternteil können mit der Person, deren Keimzellen verwendet werden, vereinbaren, dass sie ein gemeinsames Elternprojekt verfolgen und die Pflege- und Erziehungsverantwortung gemeinsam übernehmen möchten. Ein gleichgeschlechtliches Paar und die Person, deren Keimzellen verwendet werden, könnten so gemeinsam rechtliche Eltern sein.
2. Bei der Anfechtung der Anerkennung des zweiten Elternteils oder im Fall einer Stiefkindadoption: Bei Anfechtung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil wären die Beteiligten und die Behörden nicht mehr gezwungen, zwischen genetischem (nicht rechtlichem) und sozialem (rechtlichem) Elternteil zu entscheiden und dem einen oder dem anderen den Vorzug einzuräumen. Im Fall einer Stiefkindadoption müsste der bestehende Elternteil das Kind nicht zur Adoption freigeben. Bei Zustimmung aller Beteiligten könnte ein dritter Elternteil vielmehr hinzutreten, ohne den bestehenden Elternteil zu verdrängen.

Wie seinerzeit bei der Einführung der Stiefkindadoption geht es bei der Mehrelternschaft im Wesentlichen darum, komplexe Familienverhältnisse rechtlich abzubilden und abzusichern. Zu den rechtlichen Folgen vgl. oben Empfehlung 21 lit. a.

Die Beteiligten erarbeiten gemeinsam eine Vereinbarung. Diese muss dem Kindeswohl entsprechen. Daher muss gewährleistet sein, dass die Parteien in der Lage und gewillt sind, die Pflege- und Erziehungsverantwortung gemäss Vereinbarung auf Dauer zu übernehmen. Diese Prüfung erfolgt nach Anhörung der Beteiligten durch die Kindesschutzbehörde. In diesem Zusammenhang gelten die üblichen Grundsätze für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten, wie beispielsweise der Untersuchungs- und Officialgrundsatz (vgl. Art. 295 ff. ZPO). Ist die Vereinbarung genehmigt, kann sie nicht gekündigt oder widerrufen werden. Vielmehr muss im Streitfall die Kindesschutzbehörde über die Änderung und Anpassung der Rechte und Pflichten der verschiedenen rechtlichen Eltern entscheiden. Die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde entspricht der heutigen Rechtslage im Adoptionsrecht (Art. 268e Abs. 2 ZGB).

F. Recht auf Kenntnis der Abstammung bzw. der Nachkommen

a. Empfehlungen

23. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bzw. der eigenen Nachkommen wird für alle Personen, unabhängig von den Umständen ihrer Zeugung oder der Entstehung ihrer rechtlichen Beziehung zu ihren Eltern, gesetzlich geregelt.
24. Zur Verwirklichung dieses Rechts werden alle Daten im Zusammenhang mit der genetischen bzw. der biologischen Abstammung einer Person bei einer Zivilstandsbehörde in einem zentral geführten Register (Informationsregister, ohne registerrechtliche Wirkung) hinterlegt. Darin werden alle Daten gespeichert, die über die Identität einer genetisch oder biologisch in die Zeugung oder die Geburt eines Kindes involvierte Person Auskunft geben können.
25. Die rechtlichen Eltern sind aufgefordert, alle Daten zur genetischen bzw. biologischen Abstammung zu übermitteln. Das gilt auch für Keimzellenspenden im Ausland.
26. Bei privater und im Zusammenhang mit medizinisch assistierter Fortpflanzung erfolgter Keimzellenspende stellt die Zivilstandsbehörde, welche die Elternschaftsvereinbarung registriert (vgl. Empfehlungen 11), sicher, dass die Eintragung der Daten der Person, die Keimzellen spendet, in das Informationsregister erfolgt.
27. Das Recht auf Kenntnis aller genetischen Elternteile, des biologischen Elternteils sowie der eigenen Nachkommen umfasst Folgendes:
 - a. die Einsicht in alle in den Registern oder in amtlichen Dokumenten enthaltenen Informationen über die gesuchstellende Person bzw. über ihre genetischen Eltern oder Nachkommen (Recht auf Einsicht).
 - aa. Das Recht auf Einsicht besteht auch hinsichtlich der Informationen über die Grosseltern und die direkten Nachkommen der genetischen Eltern. Vorausgesetzt ist, dass die genetischen Eltern der Bekanntgabe dieser Daten zustimmen oder bereits verstorben sind. Vorausgesetzt ist ferner, dass die Grosseltern und die direkten Nachkommen der Bekanntgabe ihrer Daten zustimmen.

- bb. Nachkommen von einsichtsberechtigten Personen können das Gesuch im eigenen Namen stellen, wenn die einsichtsberechtigte Person zustimmt oder bereits verstorben ist. Betrifft das Gesuch auch direkte Nachkommen der genetischen Eltern, müssen die Nachkommen der Bekanntgabe ihrer Daten zustimmen.
 - b. ein Recht auf gerichtlich angeordnete Klärung der Abstammung im Rahmen einer Feststellungsklage gegenüber den genetischen Eltern bzw. den direkten Nachkommen (Recht auf genetische Abstammungsuntersuchung);
 - c. unter Umständen die Unterstützung der gesuchstellenden Person durch eine kantonale Stelle bei der Beschaffung von Informationen über die genetischen Eltern bzw. den direkten Nachkommen (Recht auf Unterstützung bei der Informationsbeschaffung).
28. Das Einsichtsrecht kann ohne Nachweis eines Grundes ausgeübt werden. Die Vertretung einer urteilsunfähigen Person darf das Einsichtsrecht ausschliesslich in deren Interesse ausüben.
29. Den Eltern kommt eine Informations- und Auskunftspflicht gegenüber dem Kind zu. Sie klären altersgerecht über die besonderen Umstände der Zeugung (z.B. Keimzellenspende, Leihmutterchaft etc.) auf. Eine Beratungsstelle berät und unterstützt Kinder, Personen, die Keimzellen spenden, sowie rechtliche Eltern auf deren Wunsch.

b. Begründung

Ad Empfehlung 23

Das geltende Familienrecht kennt neben den statusrechtlichen Klagen keinen eigenen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist derzeit nur für Kinder, die mit gespendeten Samenzellen gezeugt wurden (Art. 119 Abs. 2 lit. g BV, Art. 27 FMedG) und für Adoptivkinder (Art. 268c ZGB) explizit gesetzlich geregelt, während es für alle anderen Kinder aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) abgeleitet wird.

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bzw. der eigenen Nachkommen ist für alle Personen, unabhängig von den Umständen ihrer Zeugung oder der Entstehung ihrer rechtlichen Beziehung zu ihren Eltern, gesetzlich zu regeln.

Ad Empfehlung 24

Art. 7 Abs. 1 KRK gewährleistet jedem Kind das Recht, seine Eltern „so weit wie möglich“ zu kennen. „So weit wie möglich“ bedeutet, dass der Anspruch nur dort besteht, wo die Eltern eines Kindes überhaupt identifiziert werden können. Das heisst, die Behörden haben dem Kind Zugang zu gewähren *zu den vorhandenen Angaben* über seine Herkunft, wozu insbesondere die Identität seiner genetischen Eltern gehört. Art. 7 KRK begründet folglich gewisse Leis-

tungspflichten des Staates. Die Staaten, die diese Konvention ratifiziert haben,⁶ müssen sicherstellen, dass alle Kinder nach der Geburt in ein Register aufgenommen werden und dass sich in diesem Register alle Informationen finden, die ein Kind zur Verwirklichung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bedarf. Mit anderen Worten ist die Rechtsordnung so zu gestalten, dass das Recht auf Kenntnis möglichst wahrgenommen werden kann. Aus diesem Grund ist in Zukunft ein System auszuarbeiten, das Anreize für die Hinterlegung der Daten schafft und anonyme/geheime Keimzellenspenden unattraktiv macht. Dies kann beispielsweise durch die Schaffung eines Registers erreicht werden, das es ermöglicht, Daten zentral und unabhängig davon zu hinterlegen, ob ein Kind durch Geschlechtsverkehr, mit gespendeten Samenzellen oder mittels anderer fortpflanzungsmedizinischer Methoden gezeugt wurde.

Mit der Hinterlegung aller Daten über die Herkunft und die Abstammung eines Kindes in einem zentral geführten Register wird eine niederschwellige Möglichkeit geschaffen, relevante Informationen für das Kind einzubringen. Die Angaben der Eltern werden nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft, weshalb damit auch kein Zwang zur Durchführung von Abstammungsuntersuchungen verbunden ist. Die Informationen zur Abstammung eines Kindes sind deshalb auch nicht Teil des öffentlichen Registers und haben auch nicht volle Beweiskraft (i.S.v. Art. 9 ZGB).

Ad Empfehlung 25

Derzeit werden nur im Zusammenhang mit der Adoption und der Samenspende Register geführt, um diesen Kindern das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewähren zu können. Im Fall von „natürlich gezeugten“ Kindern, die nicht zur Adoption freigegeben wurden, werden von den Behörden in der Regel keine Daten über die genetischen Elternteile erfasst; vielmehr müssten diese von den involvierten Personen selbst eingebracht werden, wobei derzeit im Personenstandsregister keine Möglichkeit besteht, solche zusätzlichen Informationen über die biologische oder genetische Herkunft eines Kindes systematisch zu erfassen.

Damit in Zukunft ein Register über die Informationen von genetischen Eltern geführt werden kann, werden die rechtlichen Eltern zum Schutz der Persönlichkeit des Kindes (Art. 28 ZGB) dazu aufgefordert, Informationen betreffend die genetische und biologische Herkunft (z.B. im Fall einer Eizellenspende, einer Leihmutterschaft, einer privaten Samenspende etc.) eines Kindes zu hinterlegen. In der Tat ist die Kenntnis über die eigene Herkunft ein Teil der Persönlichkeit, weshalb das Verschweigen der entsprechenden Tatsachen eine Persönlichkeitsverletzung begründen kann.

Ziel ist es, dass Beteiligte die Daten freiwillig übermitteln. Die freiwillige Übermittlung der Daten wird insbesondere dadurch motiviert, dass sie keine status- und registerrechtlichen Folgen nach sich zieht. Die übermittelten Daten werden einzig dem urteilsfähigen Kind (auf dessen Gesuch hin) zur Kenntnis gebracht. Andere Personen werden weder über die Tatsache der Hinterlegung von Daten noch über den Inhalt derselben informiert.

⁶ Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK) wurde von der Schweiz ratifiziert und ist am 26. März 1997 für die Schweiz in Kraft getreten.

Ad Empfehlung 26

Während bei einer privat verwendeten Keimzellenspende grundsätzlich der erste Elternteil und der intentionale Elternteil zuständig sind für die Übermittlung der Daten der Person, die Keimzellen spendet, geschieht dies im Rahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch die behandelnden Ärztinnen und Ärzte. Gemeinsam ist der privat und medizinisch assistiert verwendeten Keimzellenspende, dass die Zivilstandsbehörde, welche die Elternschaftsvereinbarung registriert, sicherstellen muss, dass die Daten der Person, die Keimzellen spendet, an das Informationsregister weitergeleitet wurden bzw. kontrollieren muss, ob dies bereits erfolgt ist.

Ad Empfehlung 27

Der umfassende Anspruch auf Kenntnis der Abstammung bezieht sich grundsätzlich auf die Kenntnis aller genetischen Elternteile (dazu gehören die Personen, von denen die Keimzellen stammen), des biologischen Elternteils (die Leihmutter, die ein Kind geboren hat) sowie die Kenntnis der eigenen Nachkommen. Letzteres betrifft häufig jene mutmasslich genetischen Elternteile, deren genetische Elternschaft nicht gerichtlich überprüft wurde, weil sie die Klagefrist verpasst haben (Art. 256c und 260c ZGB). Kein Recht auf Kenntnis der eigenen Nachkommen haben Personen, die Keimzellen gespendet haben.

Dieser Anspruch gilt auch im Fall von im Ausland erfolgten Keimzellenspenden, sofern die Identität der Spenderin oder des Spenders nach dem jeweiligen nationalen Recht überhaupt bekannt ist.

Der Anspruch auf Kenntnis der Abstammung umfasst ein Recht auf Information (a.), ein Recht auf genetische Abstammungsuntersuchung (b.) sowie unter Umständen ein Recht auf Unterstützung bei der Informationsbeschaffung (c.).

- a. Sind Akten über die Abstammung einer Person in den Registern oder an anderen Orten, bspw. in privaten Archiven, vorhanden, ist dem Kind der Zugang zu diesen Informationen ohne weitere Voraussetzungen zu gewähren. Mit der Einführung eines zentralen Registers für Informationen zur Abstammung wird sich das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ähnlich wie bereits heute im Zusammenhang von Adoptionen oder Samenspenden, in möglichst vielen Fällen mittels eines Einsichtsrechts erfüllen lassen.

Mit Bezug auf das Recht auf Kenntnis der Grosseltern sowie der direkten Nachkommen der genetischen Eltern beschränkt sich das Recht auf Kenntnis auf ein Recht auf Einsicht. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Möchte eine einsichtsberechtigte Person nicht nur die Identität eines genetischen Elternteils, sondern auch jene der Grosseltern und der direkten Nachkommen des genetischen Elternteils (Halbgeschwister) kennen, kann dies die Persönlichkeit des genetischen Elternteils verletzen. Zu Lebzeiten des genetischen Elternteils wird dem Gesuch deshalb nur stattgegeben, wenn er seine Zustimmung erteilt. Da die Persönlichkeit nach dem Tod einer Person keinen rechtlichen Schutz mehr findet, rechtfertigt es sich, der einsichtsberechtigten Person das Einsichtsrecht nach dem Tod des genetischen Elternteils zu gewähren. In beiden Fällen ist vorausgesetzt, dass die Grosseltern resp. die direkten Nachkommen des genetischen Elternteils der Bekanntgabe

ihrer Daten zustimmen. Grund dafür ist, dass das Einsichtsrecht des Kindes die Persönlichkeit der Grosseltern und der direkten Nachkommen des genetischen Elternteils betrifft.

2. Macht eine Person (namentlich ein Adoptivkind) ihr Einsichtsrecht nicht geltend, kann niemand an ihrer Stelle dieses Recht ausüben, da dies ihr Recht auf Nicht-Kenntnis verletzen würde. Dagegen haben die direkten Nachkommen der einsichtsberechtigten Person ein eigenes Einsichtsrecht (bzgl. Eltern der einsichtsberechtigten Person und deren direkten Nachkommen), wenn die einsichtsberechtigte Person dem zustimmt oder verstorben ist. In diesem Fall steht eine Persönlichkeitsverletzung der einsichtsberechtigten Person nicht mehr zur Diskussion. Betrifft das Gesuch auch die direkten Nachkommen der genetischen Eltern der einsichtsberechtigten Person, müssen diese der Bekanntgabe ihrer Daten zustimmen.
- b. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird sich aber auch in Zukunft nicht immer anhand vorhandener Akten ergeben. Unter Umständen bildet stattdessen eine DNA-Untersuchung im Rahmen einer Feststellungsklage die wesentliche Grundlage zur Klärung der Abstammung. Weigert sich eine Person an einer DNA-Untersuchung mitzuwirken und so die Abstammungsverhältnisse zu klären, stellt sich die Frage, ob eine Durchsetzung unter Anwendung von körperlichem Zwang (z.B. Vornahme eines Wangenschleimhautabstrichs ohne Einwilligung) zulässig sein soll (zu dieser Diskussion siehe bereits vorne ad Empfehlung 10 lit. c).

Unter den Expertinnen und Experten bestehen dazu zwei unterschiedliche Meinungen (s. schon zu Empfehlung 10):

Nach einem Teil der Expert-inn-engruppe ist die zwangsweise Durchführung zulässig, obwohl sie einen Eingriff in die körperliche und psychische Integrität eines Menschen darstellt. Zum Kerngehalt der persönlichen Freiheit gehört das Verbot der erniedrigenden, grausamen und unmenschlichen Behandlung. Zwangsbehandlungen fallen oft, nach dieser Ansicht aber nicht immer in den Kernbereich der persönlichen Freiheit. Ein zwangsweiser Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist gegenwärtig etwa im Bereich der medizinischen Zwangsbehandlung vorgesehen (Art. 434 ff. ZGB). Eine DNA-Untersuchung ist im Vergleich zur zwangsweisen medizinischen Behandlung weniger einschneidend. Erfolgt sie aber zwangsweise, stellt sie einen schweren Eingriff in die physische und psychische Integrität dar. De lege ferenda ist es deshalb erforderlich, eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage zu schaffen, welche die zwangsweise Durchführung einer DNA-Untersuchung als ultima ratio zulässt. Dieser Teil der Expert-inn-engruppe vertritt die Meinung, dass der Zwang in diesem Fall eine erforderliche und zumutbar Massnahme darstellt, um öffentliche Interessen und Grundrechte Dritter zu schützen (Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV). Die Grundrechtskollision ist zugunsten des Kindes zu entscheiden, denn ohne DNA-Untersuchung bleibt dem Kind die Möglichkeit verwehrt, seine eigene Abstammung zu kennen und ein rechtliches Kindesverhältnis zu einem genetischen Elternteil herzustellen.

Ein anderer Teil der Expert-inn-engruppe ist der Meinung, dass DNA-Untersuchungen zwar verpflichtend sein sollen, aber nie unter körperlichem Zwang erfolgen dürfen. Die Verweigerung der Mitwirkung soll stattdessen im Rahmen der Beweiswürdigung

berücksichtigt und/oder ausnahmsweise unter Strafandrohung von Art. 292 StGB gestellt werden. Nach dieser Ansicht handelt es sich bei der zwangsweisen Durchführung eines Wangenschleimhautabstrichs nie um einen geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität. Die Ausübung von Zwang und die damit verbundene Verletzung des Selbstbestimmungsrechts bezüglich des eigenen Körpers sind stets schwerwiegend, auch wenn es der vorzunehmende Eingriff an sich nicht ist. Die Ausübung körperlichen Zwangs ist dem Zivilrecht bis auf wenige Ausnahmen fremd. Beispiele für solche Ausnahmen sind die Zwangsbehandlung während der fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 434 ff. ZGB oder die Sterilisation dauernd Urteilsunfähiger (Art. 7 Sterilisationsgesetz). Gemeinsam dürfte sämtlichen Ausnahmen sein, dass der Zwang objektiv betrachtet zum Wohle der betroffenen Personen ausgeübt wird, die mit Blick auf die Notwendigkeit der Behandlung urteilsunfähig ist. Die Anwendung körperlichen Zwangs im Fall einer Elternschaftsklage oder der Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung lässt sich aber nicht damit erklären, dass sie primär im Wohl der betroffenen Person liegt. Sie dient vielmehr der Beweisbeschaffung in einem Zivilprozess, was nicht zu rechtfertigen ist.

Das Recht auf Kenntnis der Identität der eigenen Grosseltern bzw. der direkten Nachkommen der genetischen Eltern beschränkt sich auf die Gewährung der Einsicht in die vorhandenen Daten (lit. a). Es umfasst insbesondere kein Recht auf Unterstützung bei der Informationsbeschaffung (keine behördlichen Abklärungen und Untersuchungen) bzw. auf genetische Abstammungsuntersuchung gestützt auf eine Feststellungsklage. In der Tat wäre es absurd, wenn die Eltern einer Person, die Keimzellen spendet, mit einer Feststellungsklage konfrontiert würden. Eine solche Feststellungsklage sowie die allfällige Preisgabe von Informationen, die ein genetischer Elternteil selbst nicht teilen wollte, kann das Persönlichkeitsrecht der Person, die ihre Keimzellen spendet, verletzen.

- c. Für den Fall, dass sich der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht bereits anhand vorhandener Akten erfüllen lässt, haben die Kantone nach dem Vorbild von Art. 268d Abs. 4 ZGB Stellen zu bezeichnen, welche die betroffenen Personen bei den Nachforschungen über ihre eigene Abstammung bzw. ihre eigenen Nachkommen auf Wunsch beratend unterstützen. Auch dieses Recht besteht nur für das Kind in Bezug auf sein Recht auf Kenntnis der genetischen Eltern, nicht aber in Bezug auf die Kenntnis der eigenen Grosseltern bzw. der direkten Nachkommen der genetischen Eltern.

Ad Empfehlung 28

Derzeit beschränkt sich das absolute Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf volljährige Personen. Das minderjährige Kind erhält identifizierende Informationen nur, wenn es ein schützenswertes Interesse nachweisen kann (Art. 268c Abs. 3 ZGB, Art. 27 Abs. 2 FMedG). Diese Beschränkung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung widerspricht den verfassungs- (Art. 10 Abs. 2, Art. 11 BV) und den völkerrechtlichen (Art. 7 Abs. 1 UN-KRK) Ansprüchen des Kindes. Der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung steht in Zukunft bereits dem urteilsfähigen minderjährigen (und nicht erst dem volljährigen) Kind zu. Gemäss Art. 19c ZGB sind urteilsfähige Minderjährige zur Ausübung jener Rechte berechtigt, die ihnen um ihrer Persönlichkeit Willen zustehen. An die Urteilsfähigkeit des Kindes in dieser Angelegenheit sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Die Frage, von wem man

abstammt, wer die eigenen Eltern sind, ist derart elementar, dass sie bereits von Kindern im Grundschulalter gestellt wird.

Bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses, namentlich aus medizinischen Gründen, kann das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (Art. 19c ZGB) von der gesetzlichen Vertretung bzw. von der Beistandsperson einer urteilsunfähigen Person geltend gemacht werden.

Ad Empfehlung 29

Damit ein Kind sein Recht auf Kenntnis der Abstammung ausüben kann, muss es darüber informiert sein, dass seine rechtlichen Eltern nicht seine genetischen Eltern sind. Eine entsprechende Informationspflicht der Eltern besteht an sich bereits heute aufgrund der Beistandspflicht (Art. 272 ZGB) der Eltern. Die Expertinnen und Experten sind der Meinung, dass es neben dem Recht auf Kenntnis auch ein ausdrückliches Recht auf Information und Auskunft geben muss. Die gesetzliche Verankerung der Informations- und Auskunftspflicht dient als Anweisung an die Eltern und als programmatische Leitlinie, wie sie in Art. 268c Abs. 1 ZGB für den Fall der Adoption besteht. Die Eltern verletzen das Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 28 ZGB), wenn sie ihm diese Information vorenthalten. Um die Informationspflicht der Eltern zu erleichtern, sind die Kantone aufgefordert, spezialisierte Beratungsstellen zur Begleitung und Unterstützung der Betroffenen zu schaffen (an dieser Stelle sei wiederum auf Art. 268d Abs. 4 ZGB hingewiesen; vgl. bereits ad Empfehlung 27 lit. c).

G. Internationalprivatrechtliche Sachverhalte

Das Mandat der Expert-inn-engruppe betrifft den Revisionsbedarf im Abstammungsrecht, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Fortpflanzungsmethoden, die in der Schweiz verboten sind, zunehmend im Ausland in Anspruch genommen werden. Im Folgenden wirft die Expert-inn-engruppe die internationalprivatrechtlichen Fragestellungen, die das Abstammungsrecht betreffen, auf und zeigt, wo in diesem Zusammenhang Revisionsbedarf besteht. Dazu gehören die internationale Zusammenarbeit (30.), die Anerkennung von im Ausland entstandenen Kindesverhältnissen aufgrund von Leihmutterschaft (31.), mit Co-Mutterschaft (32.) und mit mehr als zwei rechtlichen Elternteilen (33.).

a. Empfehlungen

30. Die Schweiz setzt sich dafür ein, dass Fragen der Fortpflanzungsmedizin durch internationale Abkommen geregelt werden. Sie engagiert sich namentlich dafür, dass im Bereich der Keimzellenspende und der Leihmutterschaft nach dem Muster des Haager Adoptionsübereinkommens internationale Verträge abgeschlossen werden, die Missbräuche verhindern sowie die Menschenwürde und Grundrechte aller Beteiligten wirksam schützen. Gegebenenfalls hat sie durch bilaterale Verträge sicherzustellen, dass die Schweiz zielgerichtet mit Ländern zusammenarbeitet, die im Bereich der grenzüberschreitenden Fortpflanzungsmedizin von besonderer Bedeutung für die Schweiz sind. Ziel dieser Zusammenarbeit muss es sein, der Tatsache der Internationalisierung der Fortpflanzungsmedizin Rechnung zu tragen und präventiv Praktiken

zu verhindern, die im Widerspruch zum Ordre public der Schweiz stehen, namentlich weil sie die Menschenwürde oder die Kinderrechte verletzen.

31. Bei der Beurteilung der Anerkennungsfähigkeit des Kindesverhältnisses ist auf die Rechte des Kindes besondere Rücksicht zu nehmen, namentlich auf das Recht auf Eltern, die für das Kind sorgen, sowie auf Kenntnis der eigenen Abstammung.
32. Eine im Ausland begründete Co-Mutterschaft ist in der Schweiz nach den Vorschriften des IPRG anzuerkennen.
33. Eine im Ausland begründete Mehrelternschaft ist in der Schweiz nach den Vorschriften des IPRG anzuerkennen.

b. Begründung

Ad Empfehlung 30

Die Schweiz soll sich dafür einsetzen, dass Fragen der grenzüberschreitenden Fortpflanzungsmedizin in internationalen Abkommen geregelt werden. Das Ziel ist die Festlegung internationaler Minimal-Standards zum Schutz der Menschenwürde und der Grundrechte aller Beteiligten sowie zur Verhinderung von Missbräuchen. Als Vorbild für ein internationales Übereinkommen dient das Haager Adoptionsübereinkommen. Daneben soll die Schweiz auf bilateraler Ebene die Zusammenarbeit mit jenen Ländern regeln, die im Bereich der grenzüberschreitenden Fortpflanzungsmedizin von besonderer Bedeutung sind. Das Ziel dieser Zusammenarbeit ist es, präventiv Praktiken zu verhindern, die zu Kindesverhältnissen führen, die in der Schweiz nicht anerkannt werden könnten, weil sie im Widerspruch zum Ordre public der Schweiz stehen, weil sie die Menschenwürde oder die Kinderrechte verletzen. Ferner soll sich die Schweiz auch dafür einsetzen, dass der internationale Handel mit Keimzellen wirksam unterbunden wird und Massnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass anonym gespendeter Keimzellen in der Schweiz Verwendung finden.

In Anbetracht der Tatsache, dass bereits seit mehreren Jahren die Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project, eingesetzt von der Haager Konferenz für internationales Privatrecht, an einer multilateralen Lösung arbeitet,⁷ verzichtet die Expert-inn-engruppe auf weitere Empfehlungen in diesem Bereich.

Ad Empfehlung 31

Die Leihmutterschaft ist in der Schweiz auf Verfassungsebene verboten (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV). Gegen die Leihmutterschaft werden verschiedene Argumente vorgebracht: Leihmütter würden instrumentalisiert und ausgebeutet, Leihmutterschaft gefährde das Kindeswohl und sei mit Kinderhandel vergleichbar. Ferner wird geltend gemacht, Schwangerschaft und Geburt begründeten eine Beziehung, die nicht ohne Schaden für das Kind und die Frau aufgelöst werden könne. Zudem bedeute eine Leihmutterschaftsvereinbarung für die Leihmutter eine

⁷ Zum aktuellen Stand der Diskussionen in der Expertengruppe vgl. [HCCH Experts' Group](#) (zuletzt besucht am 17. Dezember 2020). Ein internationales Übereinkommen betreffend die Leihmutterschaft besteht derzeit noch nicht.

übermässige Bindung (Art. 27 ZGB). Erfüllen sich Personen mit Wohnsitz in der Schweiz ihren Kinderwunsch unter Zuhilfenahme einer Leihmutter im Ausland, gilt dies in der Schweiz als Rechtsumgehung. Die derzeitige Praxis des Bundesgerichts lässt dennoch zu, dass Kindesverhältnisse aus Leihmutterschaft, die auf ausländischen Entscheidungen basieren, insofern anerkannt werden, als zwischen dem Kind und einem intentionalen Elternteil eine genetische Verbindung besteht. Das Kindesverhältnis zu einem Elternteil ohne genetischen Bezug wird infolge Ordre-public-Widrigkeit nicht anerkannt.⁸ Zu diesem (üblicherweise der Partner oder die Partnerin des genetischen und gleichzeitig intentionalen Vaters) kann das Kindesverhältnis auf dem Weg der Stiefkindadoption begründet werden. Diese Praxis entspricht im Ergebnis dem Avis consultatif des EGMR,⁹ der es den Mitgliedstaaten frei stellt, auf welche Art und Weise sie die Möglichkeit zur Begründung des Kindesverhältnisses zur intentionalen Mutter vorsehen.

Die Anerkennung eines Kindesverhältnisses, das mit Hilfe einer Leihmutterschaft zustande gekommen ist, muss dann verweigert werden, wenn damit offensichtlich gegen wesentliche Grundsätze des Schweizer Rechts verstossen würde (Art. 27 IPRG). Dies ist dann der Fall, wenn die Leihmutter und das Kind in ihrer Menschenwürde verletzt sind (Art. 7 BV), wenn die Leihmutter das Kind nach der Geburt gar nicht herausgeben wollte oder wenn das Kind tatsächlich als Ware behandelt und ihm so seine Rechtsstellung als Person abgesprochen wird (Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013), wie etwa im Fall von „Zwischenhandel“ zwischen Leihmutter und intentionalen Eltern. Liegen dagegen keine solchen Verhältnisse vor, ist die Anerkennung eines mithilfe von Leihmutterschaft begründeten Kindesverhältnisses zu einem intentionalen Elternteil nach Ansicht der Expert-inn-engruppe nicht per se Ordre-Public-widrig, selbst wenn keine genetische Beziehung besteht.

Im Rechtsvergleich können grob drei Regelungsmodelle unterschieden werden: das gänzliche Verbot, die Beschränkung auf die altruistische Leihmutterschaft und die Zulässigkeit der kommerziellen Leihmutterschaft. Die Regelungsdichte ist sehr unterschiedlich. Für die Frage der Anerkennung ist zentral, dass das Kindesverhältnis in einem rechtsstaatlichen Verfahren zustande kam, das die Menschenwürde aller Beteiligten wahrt.

Die Expertinnen und Experten sind der Ansicht, dass das Kindeswohl bei der Anerkennung eines im Ausland begründeten Kindesverhältnisses zu berücksichtigen ist, auch wenn dieses Kindesverhältnis gestützt auf eine Leihmutterschaftsvereinbarung zustande gekommen ist. Das Kindeswohl ist in der Verfassung verankert (Art. 11 BV), gilt als oberste Maxime des Kindesrechts und gehört deshalb ebenfalls zum Ordre public. Das Kindeswohl im Sinn von Art. 11 BV sowie das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens im Sinn von Art. 8 EMRK und das Recht des Kindes, Eltern zu haben, die für es sorgen (Art. 7 KRK), verlangen, dass eine Möglichkeit besteht, ein Kindesverhältnis zum intentionalen Elternteil zu begründen.

⁸ Vgl. BGE 141 III 312, E. 6.2 und 6.3.

⁹ Vgl. Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande n° P16-2018-011), Strasbourg 10 avril 2019, www.hudoc.echr.avisoconsultatif (zuletzt besucht am 6. Dezember 2020).

Ad Empfehlung 32

Die Anerkennung einer im Ausland begründeten originären Co-Mutterschaft erfolgt gestützt auf die Bestimmungen des IPRG. Sie erscheint grundsätzlich bereits derzeit möglich und widerspricht dem schweizerischen Ordre public nicht.¹⁰ Ist eine Anerkennung der im Ausland begründeten Co-Mutterschaft aufgrund der Bestimmungen des IPRG ausnahmsweise nicht möglich, steht den Beteiligten bereits derzeit die Vornahme einer Stiefkindadoption offen.

Ad Empfehlung 33

Die meisten Rechtsordnungen beruhen auf dem Zwei-Eltern-Prinzip. Die Möglichkeit einer originären Mehrelternschaft kennen derzeit nur einzelne Provinzen Kanadas. Eine (nachträgliche) Mehrelternschaft kann in verschiedenen Rechtsordnungen jedoch auch infolge einfacher Adoption entstehen, da in diesem Fall das bisherige Kindesverhältnis nicht erlischt. Diese Form der Adoption ist u.a. in Frankreich, Belgien, Österreich, Bosnien und Herzegowina und Deutschland (bei Letzterem allerdings nur bei der Erwachsenenadoption) möglich. Die Anerkennung der einfachen Adoptionen und die Eintragung in das Personenstandsregister werden in der Schweiz heute (schon) im Rahmen einer Nachbeurkundung vorgenommen (gem. Art. 32 IPRG).¹¹

Der Anerkennung einer im Ausland begründeten originären Mehrelternschaft steht aus Sicht der Expertinnen und Experten der Ordre-Public-Vorbehalt nicht im Weg.

Freiburg/Zürich, 21. Juni 2021, AJ/LR

¹⁰ Die Ordre-Public-Widrigkeit hat der BGH für das Deutsche IPRG explizit verneint: BGH Beschluss vom 20. April 2016 - XII ZB 15/15, Rn. 49 ff., im Anschluss an den Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240).

¹¹ Vgl. Fachprozess EAZW, Nr. 33.2 vom 1. Juni 2017, Geschäftsfall Adoption (Adoption im In- und Ausland inkl. Aufhebung), S. 5.

De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation

Recommandations du groupe d'expert-e-s du 21 juin 2021

Remarques préliminaires

L'Office fédéral de la justice (OFJ) a constitué au mois de juin 2019 un groupe d'expert-e-s « Droit de l'établissement de la filiation », dont les **membres** sont les suivants :

- Prof. Alexandra Jungo, Dr iur., professeure de droit civil à l'Université de Fribourg (présidence)
- Prof. Regina Aebi-Müller, Dr iur., professeure de droit privé et de droit comparé, Université de Lucerne
- Prof. Eva Maria Belser, Dr iur., professeure de droit constitutionnel et de droit administratif, Université de Fribourg
- Prof. Andrea Büchler, Dr iur., Dr h.c. professeure de droit privé et de droit comparé, Université de Zurich, présidente de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine
- Kai Burkart, avocat spécialiste FSA en droit de la famille, président du groupe « Droit de la famille » de l'Ordre des avocats zurichois, Zurich
- Prof. Michelle Cottier, Dr iur., professeure au département de droit civil, Université de Genève
- Dr med. Samia Hurst-Majno, professeure, directrice de l'Institut Éthique, Histoire, Humanités, Université de Genève
- Prof. Philippe Meier, Dr iur., professeur de droit civil, Université de Lausanne
- Heidi Simoni, Dr phil., psychologue spécialisée en psychothérapie FSP, directrice du Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zurich
- Matthias Stein, Dr iur., président de la cour civile, Tribunal civil de Bâle-Ville

L'OFJ a donné **mandat** au groupe d'expert-e-s d'évaluer la nécessité d'une réforme du droit de l'établissement de la filiation et de formuler des recommandations : le groupe d'expert-e-s a pour tâche d'examiner de manière approfondie si le droit de l'établissement de la filiation en vigueur est encore adapté aux réalités actuelles et de formuler des recommandations pour une réforme globale et cohérente, en tenant compte de l'évolution de la médecine reproductive. Il doit également examiner si et, dans l'affirmative, comment le droit de la filiation peut tenir compte du fait que l'on recourt de plus en plus souvent à l'étranger à des méthodes de procréation interdites en Suisse.

Fort de ce mandat, le groupe d'expert-e-s formule les **recommandations** suivantes, qui seront complétées par un **rapport** séparé.

Les recommandations partent de l'**hypothèse** que l'accès à la procréation médicalement assistée sera ouvert aussi bien aux couples qu'aux personnes seules, indépendamment de leur sexe et de leur état civil. Elles vont donc au-delà de la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA) en vigueur. Le mandat n'englobe certes pas les questions concernant l'admissibilité des différentes méthodes de procréation médicalement assistée, mais comme des

personnes vivant en Suisse se rendent à l'étranger pour recourir à des techniques non autorisées dans notre pays, les conséquences de ces techniques sur le plan de la filiation seront abordées elles aussi. Il incombe en effet au législateur d'offrir un cadre juridique également aux enfants conçus par ces moyens.

Table des matières

- A. Premier parent
- B. Deuxième parent
- C. Extinction de la filiation à l'égard du premier parent
- D. Extinction de la filiation à l'égard du deuxième parent
- E. Autres parents
- F. Droit à connaître ses origines
- G. Situations soumises au droit international privé

A. Premier parent

a. Recommandations

1. La personne qui donne naissance à l'enfant est son premier parent.
2. La loi règle la possibilité d'un accouchement confidentiel.
3. L'accouchement et l'adoption sont les seules manières de devenir le premier parent d'un enfant.

b. Motivation

Ad Recommandation 1

Les membres du groupe d'expert-e-s sont unanimement d'avis qu'il faut conserver la réglementation en vigueur (art. 252 CC) qui prévoit que la filiation résulte de la naissance. Le rattachement à la naissance est clair et sans équivoque. Il garantit que chaque enfant possède un parent dès sa venue au monde et empêche que des enfants restent sans parent, ce qui est dans l'intérêt de l'enfant aussi bien que dans l'intérêt public.

La grossesse et l'accouchement représentent généralement une expérience intense, qui unit émotionnellement et physiquement le parent et l'enfant. Le rattachement des règles d'établissement de la filiation à ce lien étroit subsistera. Le principe reste dès lors le suivant : lorsqu'un enfant naît en Suisse, la filiation résulte de la naissance, sans égard au lien génétique, et ce, même si la grossesse résulte d'un don d'ovules ou d'un don d'embryon, pratiques aujourd'hui interdites en Suisse. De l'avis du groupe d'expert-e-s, cette règle s'appliquerait également si le don d'ovules et/ou le don d'embryon devaient être autorisés en Suisse.

Ad Recommandation 2

Inscrire l'accouchement confidentiel dans la loi, à l'échelle de la Suisse, procure davantage de sécurité aux femmes enceintes. Une réglementation de l'accouchement confidentiel permet de dispenser des soins et des conseils médicaux et psychologiques aux intéressées dès le début de leur grossesse et d'assurer leur prise en charge médicale et celle de l'enfant à naître. Avec la garantie de pouvoir bénéficier d'un accouchement confidentiel, on offre à toute personne qui porte un enfant la possibilité de se rétablir dans un environnement offrant une prise en charge médicale, sans devoir éviter l'hôpital avant l'accouchement ou le quitter immédiatement après, par crainte des autorités. La personne qui souhaite accoucher de manière confidentielle peut revenir à tout moment sur son intention de donner l'enfant à l'adoption, aussi bien pendant sa grossesse que dans les délais usuels. L'accouchement confidentiel permet également de respecter le droit de l'enfant à connaître ses origines et il s'impose donc aussi du point de vue des droits fondamentaux.

Le groupe d'expert-e-s rejette en revanche l'accouchement anonyme, qui viole le droit de l'enfant à connaître ses origines et n'apporte aucun avantage par rapport à l'accouchement confidentiel. L'accouchement anonyme ne sera par conséquent pas réglé dans la loi, ni par là-même « encouragé ».

Ad Recommandation 3

Dans son système, le groupe d'expert-e-s ne prévoit aucune autre possibilité, hormis l'institution juridique qu'est l'adoption, d'établir intentionnellement la filiation avec le premier parent (par ex. via une reconnaissance).

B. Deuxième parent

a. Recommandations

4. La filiation à l'égard du deuxième parent résulte de la reconnaissance de l'enfant. Il y aura lieu d'examiner si et, dans l'affirmative, comment la reconnaissance pourrait être simplifiée à l'avenir.
5. L'état civil d'un parent à la naissance de l'enfant n'a aucune influence sur la filiation. Les personnes mariées deviennent elles aussi deuxième parent par reconnaissance. La présomption de paternité en vigueur (art. 255 CC) est abrogée.
6. L'autorité de l'état civil informe le premier parent et l'enfant capable de discernement de la reconnaissance et de leur droit d'opposition. Le premier parent et l'enfant capable de discernement peuvent faire opposition à la reconnaissance auprès de l'autorité de l'état civil dans un délai de trois mois.
7. Le délai d'opposition commence à courir avec la communication de la reconnaissance, mais au plus tôt à la naissance de l'enfant.
8. En cas d'opposition, l'autorité de l'état civil procède comme suit :
 - a. elle radie la reconnaissance ;

- b. elle informe l'auteur-e de la reconnaissance et la personne qui ne s'y est pas opposée de la possibilité d'une action en établissement de filiation et de l'existence de services de conseil ;
 - c. elle transmet les données de l'auteur-e de la reconnaissance au registre d'information (voir la recommandation 26).
9. L'autorité de l'état civil informe l'autorité de protection de l'enfant lorsqu'un enfant n'a qu'un seul parent douze mois après sa naissance. Est réservée la monoparenté¹ résultant d'un don de sperme (voir la recommandation 11, let. e).
10. Lorsqu'un enfant n'a qu'un parent, la filiation à l'égard du deuxième parent peut être établie par une action en établissement de la filiation.
- a. Ont qualité pour agir :
 - aa. le premier parent,
 - bb. l'enfant,
 - cc. la personne dont la reconnaissance a été écartée par suite d'opposition.
 - b. La personne qui donne son sperme (voir la recommandation 11, let. a) ne peut pas intenter d'action en établissement de la filiation ni faire l'objet d'une telle action.
 - c. La preuve de la filiation est rapportée par la démonstration du lien génétique ou par une convention de filiation (voir la recommandation 11, let. d).
 - d. L'action en établissement de la filiation peut être introduite en tout temps.
11. Particularités concernant le recours au don de sperme :
- a. Est considérée comme personne qui donne son sperme celle qui, par écrit, renonce au lien de filiation² et accepte que ses données soient inscrites dans le registre d'information. Les spermatozoïdes provenant d'un don peuvent être utilisés avec l'assistance d'un médecin (b.) ou de façon privée (c.).
 - b. Lorsque les spermatozoïdes provenant d'un don à des fins de procréation sont utilisés avec l'assistance d'un médecin, les dispositions de la LPMA régissant le don de sperme s'appliquent.

¹ Le groupe d'expert-e-s a décidé, en se référant à l'usage actuel dans la doctrine juridique francophone, d'utiliser le terme de « parenté » pour désigner un statut (lien de filiation) et celui de « parentalité » pour désigner un ensemble de droits, devoirs et responsabilités par rapport à l'enfant, qui, selon les cas, peuvent également (totalement ou partiellement) appartenir à une personne avec laquelle l'enfant n'a pas de lien de filiation juridique. La « parenté » est utilisée pour traduire le terme allemand de « Elternschaft » et non, dans ce contexte, celui de « Verwandtschaft » (à noter que les textes internationaux, comme la Convention sur les droits de l'enfant, parlent aussi de « parents » et non de « père et mère » comme le fait le droit suisse actuel). Le nouvel art. 255a CC, adopté dans le cadre du projet « mariage pour tous », utilise pour sa part le terme de « parentalité » pour désigner ce qui, dans le présent rapport, est nommé « parenté ». En fonction du sort réservé aux propositions du groupe d'expert-e-s, il y aura lieu, le cas échéant, de le modifier.

² Est réservé le cas de la multiparenté convenue au sens de la recommandation 22, let. b.

- c. Variante 1 : Lorsque les spermatozoïdes provenant d'un don à des fins de procréation sont utilisés de façon privée, la renonciation à l'établissement de la filiation prend la forme d'une convention entre la personne qui donne son sperme et le premier parent, avant ou après la conception de l'enfant, mais au plus tard avant sa naissance.

Variante 2 : la variante 1 est complétée ainsi : La convention conclue après la conception doit être approuvée par l'autorité de protection de l'enfant.

- d. Le premier parent et le parent d'intention (deuxième parent) concluent par écrit une convention de filiation portant sur l'établissement de la filiation à l'égard du deuxième parent, par laquelle ce dernier s'engage à reconnaître l'enfant et le premier parent à ne pas s'opposer à la reconnaissance. Faute de reconnaissance ou si une opposition est formée, une action en justice peut être intentée pour établir la filiation sur la base de la convention.

- aa. Les parties peuvent se faire conseiller par l'autorité de protection de l'enfant pour conclure une convention de filiation.

- bb. La convention de filiation est conclue avant ou après la conception de l'enfant, mais au plus tard avant sa naissance, et elle est adressée à l'autorité de l'état civil avant la naissance.

- cc. L'autorité de l'état civil enregistre la convention de filiation à condition

- aaa. que les parties l'aient conclue après mûre réflexion et de leur plein gré;

- bbb. que la personne qui donne son sperme ait renoncé par écrit au lien de filiation ou conclu une convention écrite de renonciation avec le premier parent (selon la recommandation 11, let. c et d) ;

- ccc. que la personne qui donne son sperme ait consenti à ce que ses données soient inscrites dans le registre d'information (selon la recommandation 11, let. a).

- dd. La convention de filiation peut être retirée par déclaration unilatérale ou commune auprès de l'autorité de l'état civil.

- aaa. La déclaration unilatérale de retrait doit être faite avant la conception. La déclaration faite 300 jours au moins avant la naissance est présumée l'avoir été avant la conception.

- bbb. Variante 1 : La déclaration commune de retrait peut être faite jusqu'à la naissance.

- Variante 2 : la variante 1 est complétée ainsi : La déclaration commune faite après la conception doit être approuvée par l'autorité de protection de l'enfant.

- e. Lorsqu'à la naissance de l'enfant, aucune filiation ne doit être établie à l'égard d'un deuxième parent (monoparenté), une convention de filiation n'est pas requise. Dans ce cas, l'autorité de l'état civil examine si les conditions du don de

sperme sont réunies (recommandation 11, let. a et b). Lorsqu'une déclaration de renonciation ou une convention de renonciation existe et que la personne qui donne son sperme a consenti à ce que ses données soient inscrites dans le registre d'information, l'autorité de protection de l'enfant n'a pas à être avisée (voir la recommandation 9).

b. Motivation

Ad Recommandation 4

Le deuxième parent est la personne qui reconnaît l'enfant. Dans ce contexte, il sera qualifié de parent d'intention, car le lien de filiation repose sur une déclaration de volonté de sa part. La filiation à l'égard du deuxième parent ne peut être établie (sauf adoption) que par la reconnaissance de l'enfant. Une personne, indépendamment de son sexe, déclare ainsi être le deuxième parent de l'enfant. La reconnaissance ne requiert pas plus qu'aujourd'hui de preuve d'un lien génétique.

La reconnaissance de l'enfant entraîne l'inscription de son auteur-e comme parent au registre de l'état civil et ce – comme c'est le cas à l'heure actuelle – même quand le premier parent ne peut pas être inscrit au registre de l'état civil ou ne peut l'être qu'avec des données rudimentaires (par ex. dans le cas d'une maternité de substitution ou d'une personne qui ne dispose d'aucun acte de naissance)³. En revanche, la filiation entre le deuxième parent et un enfant trouvé (le premier parent est ici inconnu) ne peut être établie que par une action en établissement de la filiation. Une reconnaissance ne suffit pas, parce que la personne qui accouche de l'enfant est inconnue et ne peut donc s'y opposer. L'établissement de la filiation par la reconnaissance a pour avantage d'obliger le deuxième parent à se confronter sérieusement à son rôle de parent juridique. La reconnaissance supprime en outre les difficultés qu'entraîne la présomption de paternité en vigueur aujourd'hui (voir ad recommandation 5).

La reconnaissance de l'enfant continue d'être possible avant sa naissance. Cette faculté est particulièrement utile du point de vue du bien de l'enfant : les parents juridiques d'un enfant sont ainsi connus dès sa naissance. De l'avis du groupe d'expert-e-s, il faudrait en outre examiner comment simplifier les modalités de la reconnaissance. On pourrait envisager par exemple une reconnaissance via un formulaire à remplir chez le gynécologue ou à l'hôpital.

Ad Recommandation 5

La présomption de la paternité du mari repose sur une longue tradition et jouit par conséquent d'une valeur symbolique élevée dans l'esprit du public. Il apparaît pourtant nécessaire de la réexaminer. Une majorité des expert-e-s s'accorde à penser qu'une attribution automatique basée sur l'état civil est dépassée. Avec l'introduction du mariage pour tous, il n'est de toute façon plus possible de s'accrocher à l'idée historique qu'un mariage permet de conclure à l'existence d'un lien génétique commun.

³ Voir à ce sujet la p. 17 des directives de l'Office fédéral de l'état civil n° 10.08.10.01 du 1^{er} octobre 2008 (à consulter à l'adresse : www.ofj.admin.ch/directives; consultées le 15 janvier 2021).

De lege lata, les enfants de parents non mariés sont traités différemment des enfants de parents mariés, s'agissant de l'établissement de la filiation comme de sa contestation. Or, depuis le début des révisions du droit de la filiation en 1972, on observe une tendance législative à éliminer ces différences. La suppression de la présomption de la paternité du mari correspond à cette évolution. Pour des raisons d'égalité de traitement, il faudrait sinon étendre cette présomption au ou à la partenaire de vie de la mère non mariée. Et dans ce cas déterminer les critères (durée, qualité, etc.) d'un partenariat de vie justifiant pareille présomption. La nécessité d'examiner et de prouver ces critères ne permettrait dans bien des situations pas d'établir la filiation de manière immédiate, comme en cas de rattachement au mariage. En remplaçant la présomption de paternité par la reconnaissance, on peut clarifier la situation immédiatement dans bon nombre de cas, sans se heurter à des problèmes d'inégalité de traitement. Il y aura lieu d'examiner si et, le cas échéant, comment la reconnaissance pourrait être conçue de manière plus simple et moins bureaucratique à l'avenir (comme c'est déjà le cas *de lege lata* pour la reconnaissance testamentaire). Au vu de tous ces arguments, un rattachement à l'intention du deuxième parent semble correspondre aux conceptions du moment et apparaît aussi correcte dans la perspective d'une égalité de traitement entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors du mariage de leurs parents. Enfin, la réglementation proposée présente l'avantage de tenir compte de l'évolution à venir. L'introduction du mariage pour tous obligera en effet de toute façon à repenser la présomption de paternité du mari.

Ad Recommandation 6

La reconnaissance d'un enfant a un impact décisif sur le statut juridique du premier parent et sur celui de l'enfant. Tous deux sont directement touchés sur les plans juridique et personnel. La reconnaissance étant possible sans condition (voir ad recommandation 5), tous deux peuvent également y faire opposition sans condition et sans indiquer de motif.

La reconnaissance d'un enfant entraîne l'inscription de son auteur-e au registre de l'état civil en tant que deuxième parent. L'opposition du premier parent ou de l'enfant capable de discernement entraînent la radiation de l'inscription (et par conséquent l'annulation de la filiation à l'égard de l'auteur-e de la reconnaissance).

L'autorité de l'état civil informe le premier parent et l'enfant capable de discernement de leur droit de former opposition. Elle vérifie que l'enfant est bien capable de discernement en ce qui concerne la reconnaissance. Dans le doute, elle fait appel à un service spécialisé (par ex. l'autorité de protection de l'enfant). Le discernement au sens de l'art. 16 CC doit être admis lorsque l'enfant comprend ce qu'est la reconnaissance et qu'elle a pour effet de le relier durablement à un parent. Il n'est pas nécessaire que l'enfant saisisse dans le détail les conséquences juridiques du lien de filiation. En matière de consentement à l'adoption (voir l'art. 265 CC), le Tribunal fédéral apprécie le discernement des enfants de dix à quatorze ans à la lumière des circonstances concrètes. La capacité de discernement des enfants de plus de quatorze ans est pour sa part présumée⁴. La capacité de l'enfant à s'opposer à la reconnaissance doit être appréciée de la même manière que pour le consentement à l'adoption. Les expert-e-s partent du principe que les enfants âgés d'environ douze à quatorze ans sont capables de

⁴ Voir les ATF 119 II 1, consid. 4b, et 107 II 18, consid. 4.

discernement en ce qui concerne une reconnaissance ; une limite d'âge fixe ne s'impose pas et ne serait d'ailleurs pas opportune : est seule déterminante l'existence du discernement dans le cas d'espèce, comme le prescrit au demeurant la Constitution fédérale (art. 11, al. 2, Cst.).

Les expert-e-s ont évoqué la possibilité d'entendre l'enfant *incapable* de discernement lors d'une reconnaissance. Ils l'ont écartée du fait que l'autorité de l'état civil ne dispose d'aucune marge d'appréciation lorsqu'elle enregistre l'opposition ; l'audition de l'enfant resterait ainsi de toute manière sans conséquence. Il faudrait par ailleurs faire intervenir préalablement, à chaque fois, une autorité spécialisée, ce que le groupe d'expert-e-s ne préconise pas.

Ad Recommandation 7

L'opposition doit être formée dans les trois mois auprès de l'autorité de l'état civil. Le délai commence à courir dès la communication de la reconnaissance, mais au plus tôt à la naissance de l'enfant ; le premier parent n'est ainsi pas contraint de faire opposition avant la naissance. Le délai de trois mois est volontairement long, le but étant d'assurer que le premier parent dispose de suffisamment de temps après l'accouchement, et tout ce que cela implique, pour former opposition. Il permet aussi de faire un test ADN, d'entente avec le deuxième parent présumé, pour écarter tout doute.

Comme la reconnaissance elle-même, l'opposition à celle-ci est inconditionnelle et irrévocable.

Ad Recommandation 8

En cas d'opposition, les principes sont les suivants :

- a. L'opposition à la reconnaissance entraîne la radiation de l'inscription au registre de l'état civil. La filiation à l'égard de l'auteur-e de la reconnaissance est ainsi annulée. L'autorité de l'état civil signale au premier parent et à l'enfant, avant qu'ils forment opposition, que la filiation pourra être établie par une action en établissement de la filiation si l'auteur-e de la reconnaissance est le parent génétique de l'enfant ou le signataire d'une convention de filiation.
- b. L'autorité de l'état civil informe l'auteur-e de la reconnaissance et la personne qui ne s'y oppose pas de leur droit d'intenter une action, de la possibilité de demander l'assistance judiciaire et des offres de conseil existantes.
- c. L'autorité de l'état civil est tenue de transmettre les données de l'auteur-e de la reconnaissance au registre d'information. On garantit ainsi que l'enfant puisse se renseigner au sujet de l'auteur-e de la reconnaissance si celui-ci n'intente pas d'action en établissement de la filiation par la suite.

Ad Recommandation 9

L'autorité de l'état civil informe l'autorité de protection de l'enfant lorsque la filiation à l'égard du deuxième parent n'a pas été établie dans les douze mois qui suivent la naissance de l'enfant (voir aussi l'art. 50 OEC).

Sont réservés les cas de monoparenté voulue, avec recours au don de sperme. Les recherches menées dans le domaine de la psychologie montrent que l'ignorance de sa propre

filiation génétique peut représenter un danger concret pour la quête d'identité, une composante du développement de la personnalité de l'individu. La connaissance de ses origines se distingue toutefois de l'établissement de la filiation. Lorsque l'enregistrement des données du parent génétique est assuré, la monoparenté ne représente pas, de l'avis des expert-e-s, une menace concrète au sens de l'art. 307, al. 1, CC. Il y a au contraire lieu de rendre la monoparenté explicitement possible lorsqu'elle est souhaitée.

Il faut opérer une distinction entre la monoparenté voulue et les situations suivantes :

- a. L'enfant n'a pas de deuxième parent douze mois après sa naissance, et aucune déclaration de renonciation au sens de la recommandation 11, let. a, n'a été faite.
- b. L'enfant a été reconnu, mais la reconnaissance a été radiée à la suite d'une opposition.

Dans ces deux cas, l'autorité de l'état civil avise l'autorité de protection de l'enfant. Celle-ci exerce alors principalement une fonction de conseil envers le premier parent. De l'avis d'une partie du groupe d'expert-e-s, l'absence de deuxième parent ne doit pas être considérée en soi comme représentant une menace pour l'enfant ; l'autorité ne doit par conséquent pas instituer systématiquement une curatelle au sens de l'art. 308, al. 2, CC. L'institution « automatique » d'une curatelle pour l'enfant n'ayant pas de deuxième parent priverait l'opposition formée par le premier parent de sa portée. Une autre partie du groupe d'expert-e-s partage l'avis du Tribunal fédéral (ATF 142 III 545) selon lequel l'institution d'une curatelle pour introduire une action en établissement de la filiation, au sens de l'art. 308, al. 2, CC, se justifie par principe.

Ad Recommandation 10

Lorsque l'enfant n'a qu'un parent, faute de reconnaissance ou à la suite d'une opposition à la reconnaissance, la filiation à l'égard du deuxième parent peut être établie par une action en établissement de la filiation :

- a. Une telle action peut être intentée *par le premier parent et par l'enfant* (aa.) ainsi que *par l'auteur-e de la reconnaissance* (bb.) :
 - aa. Le premier parent et l'enfant peuvent intenter une action en établissement de la filiation lorsque le parent génétique ou la personne qui a signé la convention de filiation ne reconnaît pas la filiation. L'action est dirigée contre le parent génétique ou la personne qui s'est engagée à établir la filiation en signant la convention (voir la recommandation 11, let. d). Lorsque seul le premier parent ou seul l'enfant intente l'action, celle du premier parent est dirigée contre l'enfant et la personne qui devrait le reconnaître et celle de l'enfant contre le premier parent et la personne qui devrait le reconnaître. Les défendeurs forment une consorité nécessaire.
 - bb. L'auteur-e de la reconnaissance peut intenter une action en établissement de la filiation lorsqu'il est fait opposition à sa reconnaissance. À la différence du premier cas (aa.), l'auteur-e de la reconnaissance souhaite ici établir la filiation, mais il est fait opposition à sa reconnaissance. Son action est dirigée contre le premier parent et l'enfant. Les défendeurs forment une consorité nécessaire.
- b. Lorsque le donneur de sperme a signé une déclaration de renonciation ou conclu une convention de renonciation avec le premier parent (voir la recommandation 11, let. c et

d), il n'est pas possible d'agir contre lui pour établir la filiation (voir aussi l'art. 23, al. 2, LPMA). Lui-même ne peut pas intenter d'action. À la différence de la situation juridique actuelle, cette impossibilité vaut aussi – aux conditions mentionnées dans la recommandation 11, let. c – lorsque les spermatozoïdes provenant d'un don sont utilisés de façon privée.

- c. La preuve de la filiation est rapportée par un test ADN (dans le cas d'un parent génétique) ou une convention de filiation (dans le cas d'un parent non génétique ; voir la recommandation 11). Hors reconnaissance, la filiation à l'égard du deuxième parent est toujours établie à la suite d'une action en justice. Elle ne peut pas être établie auprès de l'autorité de l'état civil, sur présentation d'un test ADN ou de la convention de filiation. En règle générale, les questions litigieuses que peuvent soulever les effets de la filiation (art. 270 ss CC) doivent elles aussi être réglées, de sorte qu'une procédure judiciaire serait de toute manière nécessaire.

Lorsque, dans le cadre de l'action en établissement de la filiation, un test ADN doit être réalisé, une partie du groupe d'expert-e-s estime qu'il peut l'être sous la contrainte, même si cela constitue une atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne concernée. L'interdiction de traitements dégradants, cruels ou inhumains constitue certes l'essence même du droit à la liberté personnelle. Mais si un traitement forcé relève souvent de cette catégorie, ce n'est pas toujours le cas. Aujourd'hui, une atteinte à l'intégrité physique est par exemple admise dans le domaine des traitements médicaux effectués sans consentement (art. 434 ss CC). En comparaison, un test ADN est moins intrusif. Pratiqué sous la contrainte, il représente toutefois une atteinte grave à l'intégrité physique et psychique ; il est par conséquent nécessaire, *de lege ferenda*, d'adopter une base légale suffisamment précise pour justifier, comme *ultima ratio*, l'exécution forcée d'un test ADN. Cette partie du groupe d'expert-e-s estime que la contrainte représente dans ce cas une mesure nécessaire et raisonnable pour protéger l'intérêt public et les droits fondamentaux de tiers (art. 36, al. 2 et 3, Cst.). Le conflit de droits fondamentaux doit être tranché en faveur de l'enfant, car en l'absence de test ADN, ce dernier serait privé de la possibilité de connaître ses origines et d'établir une filiation juridique avec son parent génétique.

Une autre partie du groupe d'expert-e-s est d'avis que les tests ADN doivent certes être rendus obligatoires, mais qu'ils ne sauraient en aucun cas être réalisés sous la contrainte physique. Le refus de collaborer devrait en revanche être pris en compte dans le cadre de l'appréciation des preuves et/ou exceptionnellement entraîner la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP. Ces expert-e-s pensent qu'un frottis de la muqueuse jugale pratiqué de force ne constitue jamais une atteinte mineure à l'intégrité corporelle. L'usage de la contrainte et l'atteinte au droit à disposer de son corps qu'il entraîne sont toujours lourds, même si l'intervention elle-même ne l'est pas. La coercition physique est étrangère au droit civil, à quelques exceptions près, comme le traitement sans consentement pendant un placement à des fins d'assistance au sens des art. 434 ss CC ou la stérilisation de personnes durablement incapables de discernement (art. 7 de la loi sur la stérilisation). Le point commun de ces exceptions est que la contrainte, considérée objectivement, est exercée pour le bien de la personne concernée, qui s'avère *incapable* de discernement s'agissant de la nécessité du traitement en cause. L'usage de la contrainte physique dans le cas d'une action en établissement de la filiation ou en connaissance de ses origines ne

peut quant à lui pas se fonder prioritairement sur le bien de la personne concernée. Il sert plutôt à réunir des moyens de preuve dans une procédure civile, ce qui ne suffit pas à le justifier.

- d. Aucun délai n'est fixé pour l'action en établissement de la filiation. Lorsque l'enfant n'a pas de deuxième parent, une reconnaissance est possible en tout temps. Les expert-e-s sont donc également opposés à la fixation d'un délai pour l'action en justice. L'intérêt de l'enfant requiert plutôt de permettre que la filiation à l'égard d'un deuxième parent puisse être établie en tout temps.

Ad Recommandation 11

Qu'elle soit assistée médicalement ou pratiquée de façon privée, la procréation avec don de sperme fait ici l'objet d'un traitement juridique identique, pour autant que les conditions exigées soient réunies dans chaque cas.

- a. Il y a don de sperme au sens des présentes recommandations lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies : 1. La personne qui donne son sperme renonce par écrit à établir la filiation. 2. Elle accepte que ses données soient inscrites dans le registre d'information. Les dons de sperme anonymes sont donc clairement interdits. Peu importe en revanche que les spermatozoïdes provenant d'un don soient utilisés avec l'assistance d'un médecin (b.) ou de façon privée (c.).
- b. Lorsque le sperme provenant d'un don à des fins de procréation est utilisé avec l'assistance d'un médecin, les dispositions de la LPMA s'appliquent : le sperme a été expressément donné en vue d'une procréation médicalement assistée (art. 18 ss LPMA). La déclaration de renonciation est donc unilatérale. On assure ainsi également qu'aucune action en établissement de la filiation ne puisse être intentée contre le donneur de sperme.
- c. Lorsque le sperme provenant d'un don à des fins de procréation est utilisé de façon privée, la renonciation à la filiation intervient sous la forme d'une convention de renonciation passée entre la personne qui donne son sperme et le premier parent, avant ou après la conception mais au plus tard avant la naissance de l'enfant. Deux conditions sont donc posées. Premièrement, la renonciation ne peut être unilatérale, elle requiert une déclaration de volonté concordante de la personne qui donne son sperme et du premier parent. Cette convention peut par la suite être abrogée par un *actus contrarius*. La renonciation ne fait donc pas obstacle à une reconnaissance ultérieure par la personne qui a fait un don de sperme. Le premier parent et l'enfant pourront s'y opposer.

Variante 1 : Deuxièmement, la convention de renonciation doit être conclue au plus tard avant la naissance de l'enfant. Elle n'est plus possible après la naissance, même avec le consentement de toutes les parties. En l'absence de convention de renonciation, il n'existe cependant aucune filiation juridique aussi longtemps que personne ne reconnaît l'enfant ou n'intente d'action en établissement de la filiation. Il n'est pas exclu qu'un curateur soit amené à intenter alors une telle action (voir la recommandation 9).

Variante 2 : Deuxièmement, la convention de renonciation doit en principe être conclue avant la conception de l'enfant. L'objectif est d'empêcher qu'une renonciation soit décidée après coup sur la base de considérations qui ne sont pas dignes de protection (un parent

d'intention veut par ex. se soustraire à ses responsabilités après la conception). Si elle est conclue après la conception (mais avant la naissance), elle requiert l'approbation de l'autorité de protection de l'enfant. Cette condition assure que la renonciation n'est pas décidée pour des raisons dénuées de pertinence, un cas de figure qui pourrait avoir des répercussions négatives pour l'enfant. Il appartient à l'autorité de protection de l'enfant de vérifier que la convention de renonciation conclue après la conception de l'enfant l'est pour des raisons objectives. Si un don de sperme était de toute évidence prévu, mais que les intéressés ont omis de passer une convention de renonciation avant la conception, ils peuvent parfaitement le faire encore après et la convention sera approuvée par l'autorité de protection.

- d. Le premier parent et le parent d'intention (deuxième parent) peuvent conclure une convention de filiation au sujet de l'établissement de la filiation à l'égard du deuxième parent. La convention oblige le parent d'intention à reconnaître l'enfant (une reconnaissance est requise *dans tous les cas* puisque la présomption de paternité est abandonnée) et interdit au premier parent de s'opposer à la reconnaissance. Sur la base de la convention enregistrée (voir ad recommandation 11, let. d.bb.), il est également possible d'établir la filiation par une action judiciaire lorsque le deuxième parent ayant signé la convention ne reconnaît pas l'enfant. La convention permet donc d'établir la filiation à l'égard du parent d'intention sans tenir compte de la génétique, et cela que la procréation ait été pratiquée de façon privée ou avec l'assistance d'un médecin.
 - aa. Les parties peuvent se faire conseiller par l'autorité de l'état civil lors de la rédaction de leur convention et/ou se servir de modèles officiels.
 - bb. La convention vise à assurer que le parent d'intention reconnaisse l'enfant ou que la filiation puisse sinon être établie par voie d'action. Pour cette raison, elle doit en principe être conclue avant la conception et transmise à l'autorité de l'état civil pour enregistrement avant la naissance. Mais la convention sera aussi enregistrée quand elle est conclue après la conception et/ou transmise à l'autorité de l'état civil seulement après la naissance. Sa conclusion avant la conception et sa communication avant la naissance de l'enfant ne sont donc pas des conditions d'établissement de la filiation : celui-ci résulte toujours de la reconnaissance (ou le cas échéant d'une décision judiciaire), même lorsqu'il existe une convention de filiation. Il reste le cas échéant à préciser les détails de la procédure, comme la question de savoir si l'enregistrement n'aura lieu qu'au moment de la naissance d'un enfant vivant.
 - cc. L'enregistrement de la convention requiert trois éléments dont l'autorité de l'état civil vérifie l'existence : 1. Le libre exercice de la volonté et la mûre réflexion des parties (aaa.), 2. La déclaration de renonciation de la personne qui donne son sperme ou une convention de renonciation (bbb.), et 3. L'enregistrement des données de la personne qui donne son sperme dans le registre d'information (ccc.).
 - aaa. Les parties doivent avoir conclu la convention de filiation après mûre réflexion et de leur plein gré. L'autorité de l'état civil s'assure que les parties (ou l'une d'elles) n'ont pas subi de pressions ou n'ont pas été dépassés par les événements au point de ne pas avoir le temps d'examiner la situation et d'envisager tous les tenants et aboutissants de leur décision. En l'absence de volonté libre,

la convention peut être attaquée en vertu de l'art. 23 CO. Le pouvoir d'examen de l'autorité de l'état civil va au-delà de la simple réception de la déclaration et exige qu'elle vérifie, lors de l'audition des parties, que celles-ci ont bien agi après mûre réflexion et de leur plein gré.

- bbb. Variante 1 : L'autorité de l'état civil s'assure qu'il existe une déclaration de renonciation ou une convention de renonciation et qu'elle a été faite au plus tard avant la naissance de l'enfant.

Variante 2 : L'autorité de l'état civil vérifie que la déclaration de renonciation ou la convention de renonciation a été faite avant la conception de l'enfant ou, si elle a été faite après, qu'elle a été approuvée par l'autorité de protection de l'enfant.

- ccc. L'enregistrement des données de la personne qui donne son sperme dans le registre d'information contribue au respect du droit de l'enfant à connaître ses origines.

- dd. La convention de filiation doit pouvoir être retirée si les projets des parents d'intention originaires se modifient. La déclaration de retrait doit être faite auprès de l'autorité de l'état civil. Il faut distinguer les situations où seule une ou les deux parties entendent se départir de la convention :

- aaa. Si une seule des deux parties veut se départir de la convention, elle doit faire sa déclaration avant la conception et doit prouver que cette exigence a bien été respectée. Lorsque la déclaration de retrait intervient plus de 300 jours avant la naissance, il est présumé qu'elle a été faite avant la conception.

- bbb. Si les deux parties entendent se départir de la convention, elles doivent fournir une déclaration commune de retrait.

Variante 1 : Une déclaration commune doit intervenir au plus tard avant la naissance.

Variante 2 : Si la déclaration commune intervient après la conception, elle doit être approuvée par l'autorité de protection de l'enfant. Cette condition assure que la déclaration n'a pas été faite pour des raisons dénuées de pertinence ou qu'une partie n'a pas été mise sous pression, un cas de figure qui pourrait avoir des répercussions négatives pour l'enfant. La situation est comparable à celle de la déclaration de renonciation faite après la conception, mais avant la naissance de l'enfant, par la personne qui a donné ses gamètes.

- e. Lorsqu'aucune filiation ne doit être établie à l'égard d'un deuxième parent au moment de la naissance (monoparenté), aucune convention n'est requise. En revanche, une déclaration de renonciation écrite de la personne qui a donné son sperme est requise (voir la recommandation 11, let. b et c)⁵.

⁵ Remarque : si le don d'ovules et/ou d'embryon devait être autorisé en Suisse, une déclaration de renonciation de la personne qui fait le don d'ovules serait nécessaire.

C. Extinction de la filiation à l'égard du premier parent

a. Recommandations

12. Comme c'est déjà le cas en droit actuel, la filiation à l'égard du premier parent ne peut pas être contestée. Ce principe s'applique aussi en cas de don d'ovules ou d'embryon.
13. L'extinction de la filiation à l'égard du premier parent ne demeure possible que par suite d'adoption.
14. Les recommandations 12 et 13 s'appliquent aussi en cas d'échange par erreur d'ovules ou d'embryons. Les données des parents génétiques sont inscrites dans le registre d'information (voir les recommandations 23 ss) pour que le droit à connaître ses origines soit garanti.

b. Motivation

Ad Recommandation 12

Les expert-e-s sont unanimes : il faut conserver la règle en vigueur selon laquelle la filiation à l'égard du premier parent ne peut pas être attaquée. Cette règle garantit un constat précoce, univoque et sûr de la filiation, ce qui est souhaitable notamment à la lumière du bien de l'enfant.

Ad Recommandation 13

De même, la filiation à l'égard du premier parent ne peut toujours s'éteindre qu'à la suite d'une adoption (voir la recommandation 2 au sujet de l'accouchement confidentiel).

Ad Recommandation 14

Dans les rares cas d'échange d'ovules ou d'embryons, les mêmes règles s'appliquent (recommandations 12 et 13).

L'échange d'enfants après la naissance ne change rien à la filiation à l'égard de la personne qui accouche de l'enfant. En d'autres termes, celle-ci demeure le parent juridique de l'enfant auquel elle a donné naissance. On laissera ici ouverte la question de savoir comment il faudrait le cas échéant clarifier cette situation dans chaque cas concret. Cela concerne tant une possible « restitution » des enfants qu'une éventuelle rectification des inscriptions à l'état civil sur la base de l'art. 39, al. 2, ch. 2 en lien avec l'art. 42 CC.

D. Extinction de la filiation à l'égard du deuxième parent

a. Recommandations

15. Le lien de filiation à l'égard du deuxième parent peut être supprimé par une contestation de la reconnaissance (action en contestation).
16. Ont qualité pour agir :

- a. le premier parent,
 - b. le parent génétique,
 - c. la personne qui s'est engagée à établir la filiation dans une convention de filiation qui a été enregistrée,
 - d. l'enfant,
 - e. l'autorité en cas d'abus de droit,
 - f. le deuxième parent s'il se prévaut d'un vice du consentement lors de la reconnaissance.
17. L'action des demandeurs au sens de la recommandation 16, let. a à e, est dirigée contre le deuxième parent ainsi que contre le premier parent et l'enfant lorsque ceux-ci n'intentent pas eux-mêmes l'action. Celle du deuxième parent est dirigée contre le premier parent et l'enfant.
18. L'action (recommandation 16, let. a à e) est rejetée lorsque le deuxième parent (recommandation 4) est le parent génétique de l'enfant, ou son parent en vertu d'une convention de filiation, ou son parent social. L'action du deuxième parent (recommandation 16, let. f) est rejetée lorsqu'il est le parent génétique de l'enfant ou son parent en vertu d'une convention de filiation.
19. Il y a parenté sociale au sens de la recommandation 18 lorsque le deuxième parent a reconnu l'enfant, que la relation parent/enfant a été effectivement vécue pendant un certain temps et que l'intéressé a assumé au quotidien la responsabilité des soins et de l'éducation de l'enfant.
20. Délai pour agir :
- a. Le délai pour contester la reconnaissance est d'un an. Il commence à courir dès que le demandeur possède des soupçons fondés sur le fait que le deuxième parent n'est pas le parent génétique, mais au plus tôt au moment où disparaît le vice du consentement (recommandation 16, let. f). Il ne commence pas à courir si la personne ayant qualité pour agir est incapable de discernement ou empêchée d'agir pour d'autres motifs insurmontables.
 - b. En ce qui concerne l'enfant, le délai pour contester la reconnaissance commence à courir à sa majorité au plus tôt.
 - c. Variante 1 : Il n'existe pas de délai absolu.
- Variante 2 : Le délai absolu est de dix ans depuis la reconnaissance de l'enfant. Pour l'enfant, ce délai commence à courir à sa majorité au plus tôt.

*b. Motivation**Ad Recommandation 15*

La suppression de la filiation juridique est possible à certaines conditions. Elle s'opère dans le cadre d'une action judiciaire en contestation de la reconnaissance. Il y a lieu de régler la question de la qualité pour agir (recommandations 16, let. a à d, et 18), les limitations à l'action (recommandations 16, let. e et f, 18 et 19) et le délai pour l'intenter (recommandation 20).

Ad Recommandations 16 et 17

Ont qualité pour agir :

- a. Le premier parent : il peut contester la reconnaissance quelle que soit la raison pour laquelle il a omis de s'y opposer. Son action est dirigée contre le deuxième parent et l'enfant si ce dernier n'intente pas lui-même l'action.
- b. Le parent génétique : il peut contester la reconnaissance pour autant qu'il n'ait pas renoncé à ce que le lien de filiation juridique soit établi (dans le sens de la recommandation 11, let. a et b). Son action est dirigée contre le deuxième parent et contre le premier parent et l'enfant si ces derniers n'intendent pas eux-mêmes l'action.
- c. La personne qui s'est engagée à établir la filiation dans une convention de filiation ayant été enregistrée : la personne qui serait le deuxième parent d'après la convention peut contester la reconnaissance de l'enfant par une autre personne. Son action est dirigée contre le deuxième parent et contre le premier parent et l'enfant si ces derniers n'intendent pas eux-mêmes l'action.
- d. L'enfant : comme le premier parent, l'enfant a également le droit de contester la reconnaissance. Il peut intenter l'action lui-même, y compris contre la volonté du premier parent. Son action est dirigée contre le deuxième parent et le premier parent si ce dernier n'intente pas lui-même l'action.
- e. L'autorité dans les cas d'abus de droit : les autorités, et notamment celles des communes d'origine et de domicile de l'auteur-e de la reconnaissance (voir l'art. 259, al. 2, ch. 3 CC en droit actuel) n'ont en principe pas qualité pour agir. Il faut partir du principe que l'établissement de la filiation répond au bien de l'enfant. Les réserves de l'autorité doivent être reléguées au second plan et ce, même lorsque la reconnaissance présente des avantages pour le deuxième parent. Seule exception : le cas où il existe un abus de droit. Il est toutefois exclu d'invoquer un abus de droit quand le deuxième parent est le parent génétique de l'enfant, son parent en vertu d'une convention ou son parent social. Les avantages que la reconnaissance procure en matière de droit des étrangers ne constituent pas en eux-mêmes un abus de droit. Ce dernier présuppose bien plutôt que le deuxième parent a reconnu l'enfant alors qu'il n'entend pas assumer la moindre responsabilité dans sa prise en charge et son éducation. L'action des autorités (désignées par le droit cantonal) est dirigée contre le deuxième parent et contre le premier parent et l'enfant si ces derniers n'intendent pas eux-mêmes l'action.
- f. Le deuxième parent lorsqu'il se prévaut d'un vice de consentement au moment de la reconnaissance : tel est notamment le cas lorsque le deuxième parent ne savait pas au

moment de la reconnaissance qu'il n'était pas le parent génétique de l'enfant, ou qu'il a été trompé sur la question, ou encore qu'il a reconnu l'enfant sous la menace. Son action est dirigée contre le premier parent et l'enfant.

Ad Recommandation 18

L'action (recommandation 16, let. a à e) est rejetée lorsque le deuxième parent est le parent génétique de l'enfant, son parent en vertu d'une convention de filiation ou son parent social.

L'action du deuxième parent (recommandation 16, let. f) est rejetée s'il est le parent génétique de l'enfant ou son parent en vertu d'une convention de filiation. S'il est son parent social uniquement (et pas son parent génétique ni son parent en vertu d'une convention), l'action sera admise, car on ne saurait attendre de lui qu'il continue à être parent juridique contre sa volonté. Il faudra toutefois qu'il intente son action dans l'année qui suit l'apparition de soupçons fondés sur le fait qu'il n'est pas le parent génétique de l'enfant et la disparition du vice du consentement dont il était victime (erreur, dol, menace) (recommandation 20, let. a).

À la différence du deuxième parent, l'enfant ne peut en principe pas s'en prendre à une filiation sociale (juridique). La possibilité de « se débarrasser » d'un parent peu agréable, qui s'est pourtant montré digne de confiance et a assumé ses responsabilités pendant des années, est exclue de la même manière que lorsqu'il existe un lien génétique ou une convention de filiation. La filiation repose ici sur les intentions des parents, et éventuellement sur la génétique, indépendamment de la volonté de l'enfant. C'est pourquoi l'enfant ne peut rejeter une filiation sociale (juridique) en soutenant qu'il était incapable de discernement à l'époque de la création du lien, autrement dit qu'il ne pouvait former de volonté à cet égard. Les droits d'action de l'enfant qui existent aujourd'hui (art. 256, al. 1, ch. 2 en rel. avec l'art. 256c, al. 2, CC) s'en trouveront dès lors fortement limités.

Le délai absolu de dix ans auquel l'action serait soumise (recommandation 20, let. c, variante 2) aurait cependant pour effet que le deuxième parent devrait, dans les faits, accepter la poursuite d'une filiation juridique existante à partir du moment où la reconnaissance remonte à plus de dix ans.

Ad Recommandation 19

Lorsque le deuxième parent juridique (recommandation 4), sans être parent génétique ni parent sur la base d'une convention de filiation, vit effectivement une relation parent/enfant et que l'intéressé assume au quotidien la responsabilité des soins et de l'éducation de l'enfant, un lien de filiation sociale peut se créer après un certain temps. La filiation sociale (juridique) prime dans ce cas la filiation génétique (non juridique). La réflexion sous-jacente est que l'existence de liens stables répond au besoin psychologique de sécurité et de confiance de l'enfant et par conséquent à son bien. Pour savoir quand il existe une filiation sociale au sens de la recommandation, on peut partir de perspectives différentes selon qu'on tient plutôt compte de réflexions générales ou de considérations concrètes pour juger du bien de l'enfant :

D'un côté, on peut adopter un point de vue rétrospectif pour apprécier la filiation sociale (juridique), sur la base de réflexions générales : lorsque le deuxième parent a vécu dans le même foyer que l'enfant pendant plusieurs années et assumé au quotidien la responsabilité de sa

prise en charge et de son éducation, on peut supposer qu'il existe une telle filiation. Le résultat correspond au droit en vigueur, qui protège les rapports juridiques stables entre parents et enfant par des délais de péremption stricts en matière d'action en désaveu de paternité (art. 256c CC). On pourrait présumer, par exemple, qu'une relation ayant duré cinq ans, comprenant soins et éducation, mène à une filiation sociale. La présomption pourrait être renversée : si l'enfant a certes vécu dans le même foyer que le deuxième parent, mais que ce dernier ne s'en est pas occupé ni n'a participé à son éducation (par ex. parce qu'il était souvent absent), il n'y a pas de relation familiale stable entre le parent et l'enfant et par conséquent pas de filiation sociale. Une situation particulière peut se présenter lorsque le parent social (juridique) et le parent génétique (non juridique) ont tous les deux pris soin de l'enfant et de son éducation. Dans ce cas, la filiation (juridique) avec le parent social ne semble pas forcément plus digne de protection que la filiation (non juridique) avec le parent génétique (voir la recommandation 22 au sujet d'une éventuelle multiparenté).

D'un autre côté, on peut adopter un point de vue qui donne la priorité à l'examen du cas d'espèce, en conférant certes à la filiation sociale et juridique l'importance qu'elle mérite, mais en incluant aussi d'autres facteurs importants pour le bien de l'enfant, notamment prospectifs. Dans une appréciation globale du cas concret, il y a lieu d'examiner les différentes options, avec pour objectif d'atteindre le meilleur résultat possible dans l'intérêt de l'enfant. La question de savoir si la filiation génétique (non juridique) doit finir par l'emporter sur la filiation juridique et sociale fondée sur la reconnaissance et vécue dans les faits doit être tranchée à la lumière de l'ensemble des circonstances, entre autres de la volonté de l'enfant. Dans ce contexte, il serait aussi important de déterminer si l'enfant court le risque de se voir privé d'une relation familiale stable dans l'hypothèse où le parent génétique (non juridique) obtiendrait gain de cause dans son action en contestation de la filiation sociale et juridique du deuxième parent⁶.

Quoi qu'il en soit, dans un cas comme dans l'autre, l'abus de droit est prohibé : il n'est pas admissible d'invoquer de manière abusive un prétendu lien social (par ex. en cas d'abus sexuel ou d'autre abus sur l'enfant).

Si l'action en contestation de la reconnaissance n'aboutit pas, le parent génétique (non juridique) conserve la possibilité de demander des droits et des devoirs selon la recommandation 21, let. b et c. Cette « concurrence » entre parent génétique et parent social pourrait par ailleurs être évitée si une multiparenté au sens de la recommandation 22 devait être admise.

Ad Recommandation 20

Délais pour agir :

- a. Le délai relatif empêche qu'une personne omette d'ouvrir action alors qu'elle sait depuis un certain temps déjà que le deuxième parent n'est pas le parent génétique. Il commence à courir dès que l'intéressé a des raisons fondées de soupçonner que tel n'est pas le cas.

⁶ Voir arrêt de la CEDH n° 45071/09 du 22 mars 2012 dans l'affaire Ahrens c. Allemagne, consid. 89 s. ; arrêt n° 23338/09 du 22 mars 2012 dans l'affaire Kautzor c. Allemagne, consid. 91 s. ; arrêt n° 48494/06 du 12 février 2013 dans l'affaire Tòth c. Hongrie, consid. 35 ; arrêt n° 55339/99 du 18 août 2006 dans l'affaire Rózański c. Pologne, consid. 64, 78.

Un simple doute quant à la paternité génétique, sans indice concret, ne suffit pas. Selon les circonstances, il est toutefois possible d'exiger de la personne qui a des doutes qu'elle vérifie ce qu'il en est effectivement et de juger inexcusable le fait qu'elle ne tire pas les choses au clair. En présence d'un vice du consentement, le délai ne commence en sus à courir qu'à partir du moment où ce vice (menace ou tromperie) a disparu. S'agissant d'une erreur, sa disparition coïncidera avec l'apparition d'un soupçon fondé. Le délai relatif ne court pas tant que la personne ayant qualité pour agir en est empêchée, pour cause d'incapacité de discernement ou d'autres raisons insurmontables.

- b. Pour l'enfant, le délai court au plus tôt à sa majorité, car on ne peut pas exiger de lui qu'il agisse en justice avant.
- c. Variante 1 : La majorité des expert-e-s ne juge pas opportun de fixer un délai absolu, car l'action en contestation n'est possible que si l'on dispose des informations correspondantes ; un délai absolu représenterait une limitation arbitraire du droit d'agir. Une simple limite temporelle ne prend par ailleurs pas le bien de l'enfant en considération. C'est pourquoi il y a lieu de tenir compte des conditions réellement vécues : ainsi, lorsqu'une action n'est intentée que plusieurs années après la naissance de l'enfant, une relation de longue durée, réellement vécue, sera prise en compte au titre de filiation sociale (voir la motivation de la recommandation 18). Celle-ci ne pourra toutefois pas être opposée au deuxième parent s'il a reconnu l'enfant en supposant qu'il en était le parent génétique (voir la motivation de la recommandation 18).

Variante 2 : Pour une minorité du groupe d'expert-e-s, il faut prévoir un délai absolu de dix ans à partir de la reconnaissance, en plus du délai relatif. Cette limitation du droit d'agir permet à toutes les parties concernées de vivre la relation parent-enfant en toute sécurité juridique. Elle tient également compte de la filiation sociale qui s'est instaurée entre-temps. Dans cette variante, la personne qui agit ne peut se prévaloir de faits nouveaux qu'elle n'aurait connus qu'une fois le délai écoulé ou le vice du consentement disparu. Pour l'enfant, le délai absolu commence à courir au plus tôt à la majorité.

E. Autres parents

a. Recommandations

21. Le principe de la double parenté doit être maintenu : un enfant a par principe deux parents juridiques au maximum.

- a. Le/la partenaire de vie faisant ménage commun avec le parent depuis au moins trois ans est tenu de par la loi de l'assister de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de ses enfants et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. Hormis l'exigence d'un ménage de trois ans, cela correspond aux dispositions en vigueur aujourd'hui pour le conjoint (art. 299 CC) et pour le partenaire enregistré (art. 27, al. 1, LPart).
- b. Les parents juridiques peuvent convenir avec une autre personne ayant un lien étroit avec l'enfant de lui octroyer certains droits et devoirs que la loi réserve aux

seuls parents juridiques. Cette convention et les modifications qui lui sont apportées sont soumises à l'approbation de l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de celui-ci. L'enfant est entendu personnellement, de manière appropriée, par l'autorité de protection ou le tiers qui en a été chargé, à moins que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement est requis.

- c. L'autorité de protection de l'enfant peut aussi, dans des circonstances particulières et pour le bien de l'enfant, octroyer à certaines personnes certains droits et devoirs que la loi réserve aux parents juridiques, contre la volonté de l'enfant et contre celle des parents juridiques.

22. Exceptionnellement, l'enfant peut avoir plus de deux (mais au maximum quatre) parents juridiques :

- a. Lorsque l'enfant d'un parent décédé est adopté, la filiation avec ce dernier subsiste.

Variante : L'enfant peut s'opposer au maintien de sa filiation avec le parent décédé (droit de veto).

Avis de la minorité

- b. Plusieurs personnes peuvent prévoir, dans le cadre d'une convention, qu'elles assumeront ensemble la parenté juridique sur l'enfant. Un enfant peut avoir au maximum quatre parents juridiques sur la base d'une telle convention. La filiation à l'égard du premier et du deuxième parent est établie selon les principes usuels. La filiation à l'égard des autres parents s'établit par reconnaissance.

b. Motivation

Ad Recommandation 21

Lorsque des personnes liées biologiquement, génétiquement et socialement à l'enfant entendent assumer une responsabilité parentale, la question peut se poser d'admettre une filiation juridique avec plus de deux personnes. Tel est le cas en particulier quand les parents juridiques se séparent et fondent un nouveau couple, partenariat enregistré ou mariage, et qu'il s'agit de déterminer si et dans quelle mesure le nouveau partenaire peut être associé à la responsabilité parentale lorsqu'il le souhaite. Aujourd'hui, les beaux-parents disposent déjà du droit de représenter le parent de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale (art. 299 CC, art. 27, al. 1, LPart). Dans certaines circonstances, il est également possible de leur accorder le droit de continuer à entretenir des relations personnelles avec leur bel-enfant en vertu de l'art. 274a CC quand ils se séparent de son parent juridique. A l'heure actuelle déjà, de nombreux beaux-parents assument dans les faits diverses tâches et actes de représentation dans la prise en charge, les relations personnelles ou l'entretien des enfants.

Lorsque la filiation existe avec des parents de même sexe se pose la question de la participation à la responsabilité parentale de la personne qui a fait un don de gamètes. En Suisse, le don de sperme n'est certes actuellement autorisé qu'aux couples mariés et le don d'ovules ou

d'embryon est interdit. Mais dans la pratique, le don de sperme a parfois lieu de façon privée et – tout comme le don d'ovules et le don embryon au demeurant – à l'étranger. Il existe ainsi des situations dans lesquelles les personnes participant à la conception d'un enfant souhaiteraient partager la responsabilité parentale entre plus de deux personnes.

La majorité des expert-e-s tient au principe de la double parenté ou filiation : en règle générale un enfant a deux parents juridiques. Il faut toutefois relativiser en partie ce principe pour tenir compte du fait que le réseau relationnel de l'enfant évolue au fil du temps et que des personnes assumant une responsabilité de droit ou de fait en matière de soins et d'éducation viennent s'y ajouter ou le quittent. C'est pourquoi il est possible, dans un cas concret, d'accorder aux beaux-parents et/ou aux parents génétiques qui ne sont pas des parents juridiques certains droits et devoirs que la loi réserve aux seuls parents juridiques, pour autant que le bien de l'enfant le commande. L'attribution de ces droits et devoirs s'opère de par la loi (recommandation 21, let. a), par convention entre les parties (recommandation 21, let. b) ou – exceptionnellement – par décision de l'autorité de protection de l'enfant, y compris contre la volonté de l'enfant ou des parents juridiques (recommandation 21, let. c) :

- a. Aujourd'hui, les époux et les partenaires enregistrés jouissent *de par la loi* d'un droit de représentation dans l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants de leur partenaire ou conjoint (art. 299 CC ; art. 27, al. 1, LPart). A l'avenir, cette règle serait étendue au partenaire de vie pour autant qu'il fasse ménage commun avec le parent depuis au moins trois ans. Il n'est pas nécessaire que ce parent vive aussi sous le même toit que l'enfant (en particulier lorsque celui-ci habite principalement auprès de l'autre parent). Si le ménage commun avec le partenaire de vie est dissous, le droit de représentation s'éteint. Les expert-e-s ont renoncé à définir les devoirs qui pourraient être ceux du conjoint, du partenaire de vie et du partenaire enregistré. Le législateur doit examiner la question des droits et devoirs de ces derniers par rapport à l'enfant dans le cadre de la réglementation des effets de la filiation.
- b. Il est en outre possible, en principe *moyennant accord* de toutes les parties, d'octroyer au partenaire, mais également à d'autres tiers (par ex. à la personne qui a fait un don de gamètes), des droits et des devoirs que la loi réserve aux parents juridiques. On peut penser notamment à une participation à l'exercice de l'autorité parentale, à la prise en charge, aux relations personnelles, au droit d'être informé et d'obtenir des renseignements, ou à l'obligation d'entretien. Cela suppose qu'il existe un lien étroit avec l'enfant ou qu'un tel lien soit voulu. Comme c'est le cas aujourd'hui dans le cadre de la déclaration commune de l'autorité parentale au sens de l'art. 298a, al. 3, CC, les parents et les autres personnes intéressées peuvent se faire conseiller par l'autorité de protection de l'enfant. Tout comme celle qui est passée entre les parents adoptifs et les parents biologiques au sujet des relations personnelles au sens de l'art. 268e CC, la convention est soumise à la ratification de l'autorité de protection de l'enfant et son exécution peut être réclamée en justice.
- c. Dans des circonstances particulières, ces droits et ces devoirs peuvent aussi être attribués par *l'autorité de protection de l'enfant*, contre la volonté de l'enfant (mais après son audition) ou contre la volonté des parents juridiques. Tel est le cas, par exemple, lorsque le partenaire du parent juridique de l'enfant s'en est occupé pendant des années avant de se séparer dudit parent. Lorsque le parent est en conflit avec son partenaire, il peut arriver

que les intéressés soient incapables de s'entendre sur l'avenir des relations personnelles avec l'enfant, alors même qu'il peut être dans l'intérêt de celui-ci de poursuivre ses relations personnelles avec une personne importante pour lui. L'accord de l'enfant n'est pas requis, car une telle exigence lui imposerait une responsabilité disproportionnée, souvent trop lourde à porter, qui pourrait encore aggraver les éventuels conflits intérieurs et extérieurs auxquels il est exposé.

Ad Recommandation 22

Dans la culture occidentale, le concept de multiparenté juridique peut surprendre à première vue, parce qu'il met à mal les représentations traditionnelles de la filiation naturelle. Il offre pourtant des possibilités nouvelles de partage des responsabilités qui n'étaient pas envisageables jusqu'ici. La multiparenté peut par exemple être un instrument approprié pour désamorcer les conflits entre les parents potentiels (par ex. entre un parent social et un deuxième parent génétique) ou pour stabiliser juridiquement des relations vécues dans les faits entre un enfant et des adultes, ce qui est en principe une bonne chose pour le bien de l'enfant.

Une majorité du groupe d'expert-e-s accepte par conséquent de déroger exceptionnellement au principe de la double parenté. La première option de multiparenté (a.) a la faveur de la majorité des expert-e-s, la seconde (b.) d'une minorité :

- a. Lorsque le ou la partenaire d'un parent adopte l'enfant après le décès de l'autre parent (adoption de l'enfant du conjoint) selon le droit en vigueur, la filiation à l'égard de ce dernier s'éteint et l'enfant perd ses liens juridiques avec son parent décédé et sa famille (art. 264c et 267 CC). C'est pourquoi il n'est pas rare qu'on renonce à l'adoption pour cette raison. De l'avis de la majorité des expert-e-s, la filiation à l'égard du parent décédé doit subsister. L'enfant adopté par le conjoint du parent acquerrait donc de nouveaux liens juridiques sans perdre ceux qui préexistaient. Cette règle a pour avantage que l'enfant n'a pas à choisir entre son parent décédé et son nouveau parent et qu'il n'est pas contraint de vivre une nouvelle perte après la mort de son parent. Sa mise en œuvre ne pose pas de problèmes particuliers, car dans les faits deux parents (seulement) exercent l'autorité parentale et se partagent la garde et les soins. Puisque la filiation existante ne s'éteint pas (contrairement à ce que prévoit aujourd'hui l'art. 267, al. 1, CC), l'enfant conserve cependant son lien juridique avec son parent décédé et sa famille. Les droits respectifs, dans la famille d'origine et dans la famille adoptive, en matière d'entretien, d'obligation alimentaire, de succession et d'assurances sociales devront être coordonnés entre eux.

Une partie du groupe d'expert-e-s accorde un droit de veto à l'enfant, qui, s'il est exercé, conduit à l'extinction de la filiation avec le parent décédé et fait de l'adoption une adoption plénière.

- b. Une minorité du groupe d'expert-e-s estime que la multiparenté peut être possible sur la base d'une convention, en vertu de laquelle les enfants pourraient alors avoir trois ou quatre parents juridiques. Cette proposition entend tenir compte du fait que bon nombre d'enfants ont bel et bien une relation parent-enfant de fait avec plus de deux parents. La stabilisation de cette relation paraît être dans l'intérêt de l'enfant.

Il pourrait y avoir multiparenté dans les cas suivants :

1. Lorsque les gamètes d'un tiers sont utilisés : le premier parent et le deuxième parent (d'intention) peuvent convenir avec la personne dont les gamètes sont utilisés de poursuivre un projet parental commun et d'assumer ensemble la responsabilité des soins et de l'éducation donnés à l'enfant. Un couple de même sexe et la personne dont les gamètes sont utilisés pourraient ainsi être ensemble les parents juridiques de l'enfant.

2. En cas de contestation de la reconnaissance du deuxième parent ou d'adoption de l'enfant du conjoint : dans le premier cas, les parties et les autorités ne seraient plus contraintes de trancher entre le parent génétique (non juridique) et le parent social (juridique) et de donner la préférence à l'un ou à l'autre. Dans le second cas, le parent existant ne serait pas contraint de consentir à l'adoption de l'enfant. Avec l'accord de toutes les parties, un troisième parent juridique pourrait entrer en jeu, sans écarter le parent existant.

Comme lors de l'introduction de l'adoption de l'enfant du conjoint, la multiparenté chercherait à donner des contours juridiques à des situations familiales complexes et à les stabiliser. Voir la recommandation 21, let. a, pour ce qui est des conséquences juridiques.

Les parties élaborent ensemble une convention. Celle-ci doit répondre au bien de l'enfant. Il faut donc s'assurer que les parties soient en mesure et aient la volonté d'assumer durablement la responsabilité de la prise en charge et de l'éducation de l'enfant selon les termes de la convention. L'autorité de protection de l'enfant examine la situation après avoir entendu les parties. Les principes qui s'appliquent sont ceux qui président usuellement aux questions concernant les enfants dans les affaires de droit de la famille, comme la maxime inquisitoire et la maxime d'office (voir les art. 295 ss CPC). Une fois ratifiée, la convention ne peut être ni résiliée ni révoquée. En cas de litige, c'est l'autorité de protection de l'enfant qui décide de la modification et de l'adaptation des droits et des devoirs des différents parents juridiques. Cette compétence de l'autorité de protection correspond à la situation juridique actuelle dans le droit de l'adoption (art. 268e, al. 2, CC).

F. Droit à connaître ses origines ou sa descendance

a. Recommandations

23. Le droit à connaître ses origines ou sa propre descendance doit être réglé dans la loi pour toute personne, indépendamment des circonstances de sa conception ou de l'établissement du lien juridique avec ses parents.

24. Pour assurer la mise en œuvre de ce droit, toutes les données concernant l'origine génétique ou biologique d'une personne sont consignées auprès d'une autorité de l'état civil dans un registre centralisé (registre d'information, sans les effets juridiques des registres de l'état civil). Ce registre contient toutes les données susceptibles de

fournir des renseignements sur l'identité d'une personne génétiquement ou biologiquement impliquée dans la conception ou la naissance d'un enfant.

25. Les parents juridiques sont enjoins à transmettre toutes les données relatives à l'origine génétique ou biologique de l'enfant. Tel est aussi le cas lors de dons de gamètes à l'étranger.
26. En présence d'un don de gamètes, que ceux-ci soient utilisés dans le cadre d'une procréation médicalement assistée ou pratiquée de façon privée, l'autorité de l'état civil qui enregistre la convention de filiation (voir la recommandation 11) s'assure que les données de la personne qui fait le don de gamètes sont effectivement inscrites dans le registre d'information.
27. Le droit à connaître tous ses parents génétiques, son parent biologique ainsi que sa propre descendance comporte les éléments suivants :
 - a. Le droit de consulter toutes les informations contenues dans des registres ou des documents officiels sur la personne qui fait la demande, sur ses parents génétiques et sur ses descendants (droit d'accès à l'information).
 - aa. Ce droit porte aussi sur les informations relatives aux grands-parents et aux descendants directs des parents génétiques, pour autant que les parents génétiques consentent à la communication de ces données ou soient décédés. Les grands-parents et les descendants directs doivent eux aussi consentir à la communication de leurs données.
 - bb. Les descendants de personnes autorisées à consulter peuvent faire la demande en leur nom propre si ces personnes y consentent ou sont elles-mêmes décédées. Lorsque cette demande porte aussi sur des descendants directs des parents génétiques, ces descendants doivent également consentir à la communication de leurs données.
 - b. Le droit d'obtenir une décision judiciaire ordonnant la clarification des origines dans le cadre d'une action en constatation des origines introduite contre les parents génétiques ou les descendants directs (droit à une analyse génétique) ;
 - c. Selon les cas, le droit de recevoir le soutien d'un service cantonal dans le cadre de la recherche des informations sur ses parents génétiques ou sur ses descendants directs (droit au soutien dans l'obtention d'informations).
28. Le droit d'accéder à l'information peut être exercé sans indication de motif. Le représentant d'une personne incapable de discernement ne peut exercer ce droit que dans l'intérêt de celle-ci.
29. Les parents sont tenus d'informer et de renseigner l'enfant. Ils lui expliquent les circonstances de sa conception (par ex. via un don de gamètes, une maternité de substitution, etc.) en tenant compte de son âge. Un service de consultation conseille et

soutient, à leur demande, les enfants, les personnes qui font un don de gamètes et les parents juridiques.

b. Motivation

Ad Recommandation 23

Le droit de la famille en vigueur ne prévoit aucun droit à connaître ses origines, hormis dans le cadre des actions d'état. Ce droit n'est aujourd'hui fixé explicitement dans la loi que pour les enfants nés d'un don de sperme (art. 119, al. 2, let. g, Cst., art. 27 LPMA) et pour les enfants adoptifs (art. 268c CC). Pour tous les autres enfants, il est déduit de la protection de la personnalité (art. 28 CC).

Le droit à connaître ses origines ou sa descendance doit être réglé dans la loi pour tous les individus, indépendamment des circonstances de leur conception ou de l'établissement du lien juridique avec leurs parents.

Ad Recommandation 24

L'art. 7, al. 1, CDE garantit à l'enfant, « dans la mesure du possible », le droit de connaître ses parents. L'expression « dans la mesure du possible » signifie que ce droit n'existe que lorsque les parents d'un enfant peuvent être identifiés. En d'autres termes, les autorités doivent garantir à l'enfant un accès aux *données existantes* relatives à ses origines, dont fait notamment partie l'identité de ses parents génétiques. L'art. 7 CDE fonde en conséquence certaines obligations pour l'État. Les États qui ont ratifié la Convention⁷ doivent veiller à ce que tous les enfants soient enregistrés dès leur naissance et que le registre contienne toutes les informations dont l'enfant a besoin pour exercer son droit à connaître ses origines. Autrement dit, le système juridique doit être conçu de telle sorte que le droit à connaître ses origines puisse autant que possible devenir réalité. Il y a dès lors lieu de mettre en place à l'avenir un système qui incite les intéressés à faire enregistrer ces données et qui rende le don de gamètes anonyme/secret le moins attractif possible. Cela peut par exemple passer par la création d'un registre permettant de faire inscrire les données de manière centralisée, indépendamment du fait que l'enfant est issu d'une conception naturelle ou a été conçu au moyen d'un don de sperme ou par d'autres méthodes de procréation médicalement assistée.

La possibilité d'annoncer toutes les données concernant l'origine et la filiation d'un enfant dans un registre centralisé permettrait de rassembler facilement les informations importantes pour l'enfant. Les indications fournies par les parents ne font pas l'objet d'un contrôle d'exactitude, raison pour laquelle il n'existe pas non plus de possibilité de contraindre les intéressés à se soumettre à des analyses génétiques. Les informations sur l'origine d'un enfant ne font donc pas partie du registre public et n'ont donc pas de force probante accrue (au sens de l'art. 9 CC).

⁷ La Convention sur les droits de l'enfant (CDE) a été ratifiée par la Suisse et y est entrée en vigueur le 26 mars 1997.

Ad Recommandation 25

Actuellement, seules les données sur l'adoption et le don de sperme sont enregistrées, afin de pouvoir garantir aux enfants concernés le droit à connaître leurs origines. Pour les enfants « conçus naturellement » qui ne sont pas donnés à l'adoption, les autorités ne collectent généralement aucune donnée sur les parents génétiques ; ces données devraient être fournies par les personnes concernées elles-mêmes, mais le registre de l'état civil n'offre aucune possibilité aujourd'hui de saisir de manière systématique les informations relatives à l'origine biologique ou génétique d'un enfant.

Pour qu'un registre comportant les informations concernant les parents génétiques puisse être tenu à l'avenir, il est demandé aux parents juridiques, afin de protéger les droits de la personnalité de l'enfant (art. 28 CC), qu'ils communiquent les informations concernant son origine génétique et biologique (par ex. dans le cas d'un don d'ovules, d'une maternité de substitution, d'un don de sperme privé, etc.). La connaissance de ses origines est en effet un aspect de la personnalité, raison pour laquelle la dissimulation de ces faits peut fonder une atteinte à cette personnalité.

L'objectif poursuivi est que les personnes concernées fournissent volontairement les données. Y contribue notamment le fait qu'une telle communication n'aura pas de conséquences sur le plan de l'état civil des intéressés ou des inscriptions dans les registres. Les données transmises seront uniquement portées à la connaissance de l'enfant capable de discernement (pour autant qu'il en fasse la demande). Nulle autre personne ne sera informée du fait que des données sont consignées ni de leur contenu.

Ad Recommandation 26

Dans le cas d'un don de gamètes utilisé de façon privée, il appartient au premier parent et au parent d'intention de communiquer les données relatives à la personne qui fait un don de gamètes ; lors d'une procréation médicalement assistée, c'est le médecin traitant qui s'en charge. Dans les deux situations (don de gamètes privé et don médicalement assisté), l'autorité de l'état civil qui enregistre la convention de filiation doit s'assurer que les données de l'auteur-e du don de gamètes soient transmises au registre d'information ou contrôler que cela a déjà été fait.

Ad Recommandation 27

Le droit à connaître ses origines, dans son acception la plus large, porte en principe sur la connaissance de tous les parents génétiques (ceux dont proviennent les gamètes), du parent biologique (la mère porteuse qui a accouché d'un enfant) ainsi que de ses propres descendants. Le droit de connaître sa descendance concernera souvent un parent génétique présumé, dont la filiation génétique n'a pas pu être vérifiée par le juge parce que les délais pour agir étaient échus (art. 256c et art. 260c CC). Les personnes qui font un don de gamètes ne disposent quant à elles d'aucun droit à connaître leurs descendants.

Ce droit vaut aussi pour les dons de gamètes effectués à l'étranger dans la mesure où l'identité de la donneuse ou du donneur est connue selon le droit national applicable.

Le droit à connaître ses origines comprend un droit d'accès à l'information (a.), un droit à une analyse génétique (b.) et, selon les circonstances, un droit au soutien dans l'obtention des informations nécessaires (c.).

- a. Lorsqu'il existe, dans des registres ou ailleurs, par exemple dans des archives privées, un dossier sur l'origine d'une personne il faut garantir à l'enfant un accès sans condition à ces informations. L'introduction d'un registre central contenant des informations sur l'origine permettra dans un maximum de cas de concrétiser le droit de connaître ses origines par le biais d'un droit d'accès aux documents, comme cela se passe aujourd'hui avec l'adoption et le don de sperme.

En ce qui concerne les grands-parents et les descendants directs des parents génétiques, le droit à connaître ses origines se limite à ce droit de consultation. Il faut ici distinguer deux cas de figure :

1. Lorsque la personne qui se prévaut du droit de connaître ses origines désire connaître non seulement l'identité d'un parent génétique, mais aussi celle de ses grands-parents et de descendants directs du parent génétique (demi-frères et sœurs), cela peut porter atteinte à la personnalité du parent génétique. Du vivant du parent génétique, il ne sera par conséquent fait droit à cette demande que s'il y consent. Comme la personnalité ne jouit plus d'aucune protection juridique après la mort d'une personne, il se justifie en revanche d'accorder un tel droit de consultation après la mort du parent génétique. Dans les deux cas, il est cependant nécessaire que les grands-parents ou les descendants directs du parent génétique consentent à la communication de leurs données, puisque le droit de consultation de l'enfant les touche dans leur propre personnalité.
 2. Lorsqu'une personne (notamment un enfant adopté) ne fait pas valoir son droit de consultation, nul ne peut exercer ce droit à sa place, car cela porterait atteinte à son droit de ne pas être informé. En revanche, ses descendants directs bénéficient eux-mêmes d'un tel droit (en ce qui concerne les parents et les descendants directs de cette personne) pour autant qu'elle ait donné son consentement ou soit décédée. Dans ce dernier cas, la question d'une atteinte à la personnalité ne se pose plus. Si la demande concerne aussi les descendants directs des parents génétiques de la personne concernée, ceux-ci doivent consentir à la communication de leurs données.
- b. À l'avenir aussi, il ne sera pas toujours possible d'obtenir une connaissance de ses origines sur la base des dossiers disponibles. Dans certaines circonstances, c'est un test ADN réalisé dans le cadre d'une action en constatation qui fournira l'élément essentiel permettant de tirer les origines au clair. Lorsqu'une personne refuse de se soumettre à un test ADN, et par là même de collaborer à la clarification des origines, on peut se demander si l'exécution du test par la contrainte (par ex. via un frottis de la muqueuse jugale sans le consentement de l'intéressé) doit être autorisée ou non (voir à ce sujet déjà la recommandation 10, let. c).

Les expert-e-s sont partagé-e-s (voir déjà ad recommandation 10) :

Une partie du groupe d'expert-e-s estime que le test peut être réalisé sous la contrainte, même si cela constitue une atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne

concernée. L'interdiction de traitements dégradants, cruels ou inhumains constitue certes l'essence même du droit à la liberté personnelle. Mais si un traitement forcé relève souvent de cette catégorie, ce n'est pas toujours le cas. Aujourd'hui, une atteinte à l'intégrité physique est par exemple admise dans le domaine des traitements médicaux effectués sans consentement (art. 434 ss CC). En comparaison, un test ADN est moins intrusif. Pratiqué sous la contrainte, il représente toutefois une atteinte grave à l'intégrité physique et psychique ; il est par conséquent nécessaire, *de lege ferenda*, d'adopter une base légale suffisamment précise pour justifier, comme *ultima ratio*, l'exécution forcée d'un test ADN. Cette partie du groupe d'expert-e-s estime que la contrainte représente dans ce cas une mesure nécessaire et raisonnable pour protéger l'intérêt public et les droits fondamentaux de tiers (art. 36, al. 2 et 3, Cst.). Le conflit de droits fondamentaux doit être tranché en faveur de l'enfant, car en l'absence de test ADN, ce dernier sera privé de la possibilité de connaître ses origines et d'établir une filiation juridique avec son parent génétique.

Une autre partie du groupe d'expert-e-s est d'avis que les tests ADN doivent certes être rendus obligatoires, mais qu'ils ne devraient en aucun cas être réalisés sous la contrainte physique. Le refus de collaborer devrait en revanche être pris en compte dans le cadre de l'appréciation des preuves et/ou exceptionnellement entraîner la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP. Ces expert-e-s pensent qu'un frottis de la muqueuse jugale pratiqué de force ne constitue jamais une atteinte mineure à l'intégrité corporelle. L'usage de la contrainte et l'atteinte au droit à disposer de son corps qu'il entraîne sont toujours lourds, même si l'intervention elle-même ne l'est pas. La coercition physique est étrangère au droit civil, à quelques exceptions près, comme le traitement sans consentement pendant un placement à des fins d'assistance au sens des art. 434 ss CC ou la stérilisation de personnes durablement incapables de discernement (art. 7 de la loi sur la stérilisation). Le point commun de ces exceptions est que la contrainte, considérée objectivement, est exercée pour le bien de la personne concernée, qui s'avère *incapable* de discernement s'agissant de la nécessité du traitement en cause. L'usage de la contrainte physique dans le cas d'une action en établissement de la filiation ou en connaissance de ses origines ne peut quant à lui pas se fonder prioritairement sur le bien de la personne concernée. Il sert plutôt à réunir des moyens de preuve dans une procédure civile, ce qui ne suffit pas à le justifier.

Le droit à connaître l'identité de ses propres grands-parents ou des descendants directs de ses parents génétiques se limite au droit de consulter les données existantes (let. a). Il ne comprend notamment pas de droit à un soutien dans l'obtention d'informations (les autorités ne procèdent à aucun examen ou enquête) ni de droit à une analyse génétique dans le cadre d'une action en constatation. Il serait en effet absurde que les parents d'une personne faisant un don de gamètes soient confrontés à cette action. La possibilité d'une telle action et l'éventuelle divulgation d'informations (que le parent génétique lui-même ne voulait pas partager) qui s'ensuivrait, pourraient porter atteinte au droit de la personnalité de la personne qui a donné ses gamètes.

- c. Les cantons doivent, sur le modèle de l'art. 268d, al. 4, CC, désigner des services pour soutenir de leurs conseils les personnes qui le souhaitent dans les recherches qu'elles

mènent sur leurs origines ou leurs descendants, lorsque les dossiers et documents disponibles ne suffisent pas à répondre à leur demande. Ce droit est conféré à l'enfant uniquement dans la quête de ses parents génétiques, mais il ne s'étend pas à la connaissance de ses grands-parents ni à celle des descendants directs des parents génétiques.

Ad Recommandation 28

Un droit absolu à connaître ses origines est actuellement réservé aux personnes majeures. Les enfants mineurs en sont privés, sauf s'ils peuvent faire valoir des intérêts légitimes (art. 268c, al. 3, CC, art. 27, al. 2, LPMA). Cette limitation est contraire aux droits de l'enfant tels qu'ils sont garantis par la Constitution (art. 10, al. 2, et 11 Cst.) et le droit international (art. 7, par. 1, CDE). Le droit à connaître ses origines sera accordé à l'avenir à l'enfant mineur dès qu'il est capable de discernement (et pas uniquement à l'enfant majeur). En vertu de l'art. 19c CC, les personnes capables de discernement exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome. Il n'y a pas lieu de poser des exigences élevées s'agissant du discernement de l'enfant ici. La question de savoir d'où on vient, qui sont ses parents, est tellement élémentaire que les enfants peuvent se la poser dès qu'ils ont l'âge de fréquenter l'école primaire.

Lorsqu'il existe des intérêts légitimes, notamment pour des raisons médicales, ce droit peut être exercé par le représentant légal ou par le curateur de la personne incapable de discernement.

Ad Recommandation 29

Pour qu'un enfant puisse exercer son droit à connaître ses origines, il doit d'abord savoir que ses parents juridiques ne sont pas ses parents génétiques. Les parents sont tenus de l'en informer aujourd'hui déjà, sur la base de leur devoir d'aide, d'égards et de respect à son endroit (art. 272 CC). Les expert-e-s sont d'avis qu'il doit exister, à côté du droit de connaître ses origines, un droit exprès à l'information et aux renseignements. L'ancrage légal d'un tel droit fait office d'injonction pour les parents et pose un cadre programmatique, comme le fait l'art. 268c, al. 1, CC pour l'adoption. Les parents portent atteinte au droit de la personnalité de l'enfant (art. 28 CC) s'ils le privent de cette information. Pour faciliter aux parents l'accomplissement de leur obligation d'informer, il est demandé aux cantons de créer des services de consultation spécialisés pour accompagner et soutenir les personnes concernées (il est à nouveau renvoyé ici à l'art. 268d, al. 4, CC ; voir la recommandation 27, let. c).

G. Situations soumises au droit international privé

Le mandat du groupe d'expert-e-s porte sur le besoin de révision du droit de l'établissement de la filiation, en tenant compte tenu du fait que des méthodes de procréation interdites en Suisse sont de plus en plus pratiquées à l'étranger. Le groupe d'expert-e-s évoque ci-dessous les questions de droit international privé qui touchent au droit de l'établissement de la filiation, et met en lumière les points réclamant une réforme. Il s'agit de la coopération internationale (30.), de la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger à la suite d'une maternité

de substitution ou gestation pour autrui (GPA) (31.), de la co-maternité (32.) et des enfants ayant plus de deux parents juridiques (33.).

a. Recommandations

30. La Suisse s'engage pour que les questions soulevées par la médecine de procréation soient réglées par des traités internationaux. Elle agit notamment pour que le don de gamètes et la gestation pour autrui soient réglementés dans des accords internationaux, sur le modèle de la Convention de La Haye sur l'adoption, pour prévenir les abus et protéger efficacement la dignité humaine et les droits fondamentaux de toutes les parties. Elle doit le cas échéant signer des accords bilatéraux pour assurer une coopération ciblée avec les pays qui jouent un rôle important pour elle dans le domaine de la médecine de procréation transfrontalière. Le but de cette coopération doit être de prendre en compte la réalité de l'internationalisation de la médecine de procréation et d'empêcher préventivement des pratiques contraires à l'ordre public suisse, notamment parce qu'elles portent atteinte à la dignité humaine ou aux droits des enfants.
31. Au moment d'examiner la possibilité de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger, il faut tenir compte tout particulièrement des droits de l'enfant, notamment de son droit d'avoir des parents qui prennent soin de lui et de son droit à la connaissance de ses origines.
32. Une co-maternité fondée à l'étranger doit être reconnue en Suisse selon les dispositions de la LDIP.
33. Une multiparenté fondée à l'étranger doit être reconnue en Suisse selon les dispositions de la LDIP.

b. Motivation

Ad Recommandation 30

La Suisse doit s'engager pour que les questions soulevées par la médecine de procréation transfrontalière soient réglées par des traités internationaux. L'objectif est de fixer des normes internationales minimales qui protègent la dignité humaine et les droits fondamentaux de toutes les parties et empêchent les abus. La Convention de La Haye sur l'adoption peut servir de modèle pour un tel traité international. Parallèlement, la Suisse doit régler au niveau bilatéral la coopération avec les pays qui jouent un rôle important pour elle dans le domaine de la médecine de procréation transfrontalière. Le but de cette coopération est d'empêcher préventivement le développement de pratiques qui aboutiraient à des liens de filiation ne pouvant pas être reconnus en Suisse parce qu'ils sont contraires à l'ordre public suisse, du fait qu'ils portent atteinte à la dignité humaine ou aux droits des enfants. La Suisse doit également s'engager pour faire efficacement obstacle au commerce international de gamètes et prendre des mesures pour empêcher que des gamètes donnés sous couvert d'anonymat soient utilisés en Suisse.

Dans la mesure où le Groupe d'experts sur la Filiation / Maternité de substitution, institué par la Conférence de La Haye sur le droit international privé, travaille déjà depuis plusieurs années

à une solution multilatérale⁸, le groupe d'expert-e-s renonce à émettre d'autres recommandations en la matière.

Ad Recommendation 31

La maternité de substitution est interdite en Suisse au niveau constitutionnel (art. 119, al. 2, let. d, Cst.). Plusieurs arguments sont invoqués pour s'y opposer : les mères porteuses sont instrumentalisées et exploitées, la maternité de substitution menace le bien de l'enfant et peut être comparée au trafic d'enfants. On fait également valoir que la grossesse et l'accouchement créent un lien qui ne peut être dissous sans dommages pour l'enfant et pour la femme. De plus, une convention de gestation pour autrui représente un engagement excessif pour la mère porteuse (art. 27 CC). Il est admis que les personnes domiciliées en Suisse qui font appel à une mère porteuse à l'étranger pour réaliser leur désir d'enfant éludent la loi. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral accepte cependant que la filiation résultant d'une maternité de substitution qui repose sur une décision étrangère soit reconnue, pour autant qu'il existe un lien génétique entre l'enfant et un parent d'intention. La filiation avec un parent dépourvu de lien génétique n'est en revanche pas reconnue, car jugée contraire à l'ordre public⁹. La filiation avec ce parent (généralement le ou la partenaire du père génétique et d'intention) peut être établie par le biais de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire. Cette pratique correspond en définitive à l'avis consultatif de la CourEDH¹⁰, qui laisse les États membres libres de régler comme ils l'entendent la possibilité d'établir la filiation avec la mère d'intention.

La reconnaissance d'une filiation résultant d'une maternité de substitution doit dès lors être refusée si elle est viole des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse (art. 27 LDIP). Tel est le cas lorsque la mère porteuse et l'enfant sont atteints dans leur dignité humaine (art. 7 Cst.), lorsque la mère porteuse ne voulait plus donner l'enfant après l'accouchement ou lorsque l'enfant est de fait réduit à une marchandise et que son statut de personne lui est dénié (rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution), comme dans le cas d'un « commerce » entre mère porteuse et parents d'intention. Lorsque tel n'est pas le cas, la reconnaissance d'une filiation établie avec un parent d'intention au moyen d'une maternité de substitution n'est pas en soi contraire à l'ordre public aux yeux des expert-e-s, même s'il n'existe aucun lien génétique.

En droit comparé, on peut schématiquement distinguer trois modèles de réglementation : l'interdiction pure et simple, la limitation à la gestation pour autrui altruiste et l'admissibilité de la gestation pour autrui commerciale. La densité de la réglementation varie considérablement d'un pays à l'autre. S'agissant de la question de la reconnaissance, il est essentiel que la filiation ait été établie dans le cadre d'une procédure répondant aux principes de l'État de droit, et respectant la dignité humaine de toutes les parties.

⁸ Pour en savoir plus sur les discussions actuelles du groupe d'experts, voir [Groupe d'experts de la HCCH](#) (consulté le 17 décembre 2020). Il n'existe pas encore de convention internationale sur la GPA.

⁹ Voir ATF 141 III 312, consid. 6.2 et 6.3.

¹⁰ Voir l'avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un rapport de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande n° P16-2018-011), Strasbourg, 10 avril 2019, www.hudoc.echr.avisconsultatif (consulté le 6 décembre 2020).

Les expert-e-s sont d'avis qu'il faut prendre en compte le bien de l'enfant lors de la reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger, même quand elle se fonde sur une convention de gestation pour autrui. Le bien de l'enfant est inscrit dans la Constitution (art. 11 Cst.), il est considéré comme la maxime suprême du droit de la filiation et fait à ce titre partie lui aussi de l'ordre public. Le bien de l'enfant au sens de l'art. 11 Cst., le droit de l'enfant au respect de sa vie privée au sens de l'art. 8 CEDH et le droit de l'enfant à avoir des parents qui l'élèvent (art. 7 de la CDE) commandent de faire en sorte qu'il existe une possibilité d'établir la filiation avec le parent d'intention.

Ad Recommandation 32

La reconnaissance d'une co-maternité originaire établie à l'étranger obéit aux dispositions de la LDIP. Elle est en principe déjà possible aujourd'hui et n'apparaît pas être contraire à l'ordre public suisse¹¹. Lorsque les dispositions de la LDIP ne permettent exceptionnellement pas de reconnaître une co-maternité établie à l'étranger, il reste encore aux parties la possibilité de procéder à une adoption de l'enfant du conjoint ou partenaire.

Ad Recommandation 33

La plupart des ordres juridiques reposent sur le principe de la double parenté. La possibilité d'une multiparenté originaire n'existe actuellement que dans quelques provinces du Canada. Une multiparenté (subséquente) peut toutefois voir le jour, dans différents ordres juridiques, à la suite d'une adoption simple, puisque le lien de filiation existant ne s'éteint pas dans ce cas. Cette forme d'adoption est possible notamment en France, en Belgique, en Autriche, en Bosnie-Herzégovine et en Allemagne (uniquement pour l'adoption d'un majeur dans ce dernier pays). La reconnaissance d'une telle adoption et son inscription à l'état civil en Suisse interviennent aujourd'hui dans le cadre d'une procédure de transcription (selon l'art. 32 LDIP)¹².

Les expert-e-s sont d'avis que la reconnaissance d'une multiparenté originaire établie à l'étranger ne contreviendrait pas à la réserve d'ordre public.

Fribourg/Lausanne/Zurich, 21 juin 2021, AJ/PhM/LR

¹¹ Le Bundesgerichtshof a explicitement rejeté le caractère contraire à l'ordre public pour la LDIP allemande : arrêt du 20.04.2016 - XII ZB 15/15, n. 49 ss, à la suite de la décision du sénat BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240) ; voir aussi BVerfG FamRZ 2013, 521 n. 80.

¹² Voir le Processus OFEC n° 33.2 du 1^{er} juin 2017, Transaction Adoption (Adoption en Suisse et à l'étranger, y c. annulation), p. 5.