

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 2.12.2019
--	---

Chapitre 2 Personnes physiques

Art. 33-42

Bibliographie

LDIP

Droit international privé étranger et comparé :

MATHIAS AUDIT, Bioéthique et droit international privé, RCADI 373 (2014) p. 217-447 ; PETER MANKOWSKI, Art. 7, 9-12, 47, 48 EGBGB, Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Berlin 2013.

Art. 33

4

3^e ligne, ajouter à l'ATF 119 II 264 ss, 270 s.: 143 III 284 ss, 287, puis biffer ce qui suit relatif à l'ATF 92 II 128 ss, 132.

6

8^e ligne, ajouter à l'exemple dans la REC 2001 p. 6: ATF 14.1.2015, 5A_986/2014, c. 1.

8

3^e ligne, ajouter: cf., en ce sens également, mais sans trancher et sans exclure l'art. 26: ATF 143 III 287 s.

12

7^e ligne, ajouter : cf. art. 32 n° 1.

8/9^e lignes : Le Registre central des étrangers est devenu le Système d'information central sur la migration (SYMIC).

13

5^e ligne, ajouter à l'art. 5 OEC : art. 92a al. 1^{bis}.

7-9^e lignes, remplacer le contenu de la parenthèse par : ATF 143 III 288 ; et les notes du 8.2.1995, REC 1995 p. 128, du 22.7.2011, RSDIE 2014 p. 137, du 13.3.2013, RSDIE 2015 p. 86, du 7.11.2014, SRIEL 2016 p. 102, et du 13.1.2015, SRIEL 2016 p. 723, qui rendent sans pertinence les observations erronées dans l'avis publié in JAAC 2001 n° 34 p. 332.

16

1^{re} ligne : Le Registre central des étrangers est devenu le Système d'information central sur la migration (SYMIC).

3^e ligne, ajouter à la mention du n° RS : ATF 13.8.2012, 1C_240/2012.

22

In fine, ajouter : Compte tenu de l'emprise de plus en plus grande des actes communautaires en la matière, plusieurs Etats européens ont quitté la CIEC (RO 2019 p. 2177).

24

In fine, ajouter : La Convention n° 34 adoptée à Berne le 26.9.2013 est destinée à remplacer la version n° 16. Ces Conventions n'ont pas d'effet sur la reconnaissance de l'inscription d'un changement de sexe (cf. ATF 143 III 286).

26

5^e ligne, insérer : De tels traités de portée mineure peuvent être conclus par l'Office fédéral de la justice (art. 84 al. 5 OEC).

4. Le Règlement de l'UE sur les documents publics

27

Dans les relations entre les Etats membres de l'UE, l'utilisation d'actes d'état civil à travers les frontières est

régie par le Règlement 2016/1191 du 6.7.2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifient les conditions de présentation de *certain documents publics* dans l'Union européenne (JOUE 2016 L 200, p. 1), qui est applicable depuis 16.2.2019 (art. 27). Les documents relevant de ce Règlement sont exemptes de toute forme de légalisation et de formalité similaire (art. 4). Ils peuvent être accompagnés d'un formulaire type multilingue (art. 7-12). Le Règlement ne couvre pas les questions de reconnaissance d'effets juridiques attachés au contenu des documents visés (art. 2 par. 4). Il ne s'applique pas aux documents publics délivrés par les autorités d'un pays tiers (art. 2 par. 3 lit. a). Les conventions internationales auxquelles un Etat membre est partie, telle celle de La Haye de 1961 sur les légalisations, ne sont pas touchées, sauf dans les rapports entre les Etats membres (art. 19 par. 1 et 2).

Bibliographie

LDIP

Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)

Droit international privé étranger et comparé :

EMMANUELLE BONIFAY, La circulation des citoyens européens entre Etats membres au lendemain de l'adoption du règlement « documents publics », *Clunet* 144 (2017) p. 515-527 ; ANDREAS BUCHER, La migration de l'état civil, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 101-112 ; CHRISTIAN KOHLER, Towards the Recognition of Civil Status in the European Union, *YPIL* 15 (2013/14) p. 13-29 ; PAUL LAGARDE, The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013, *YPIL* 15 (2013/14) p. 1-12 ; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht, *StAZ* 66 (2013) p. 301-305 ; ROLF WAGNER, Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsunterlagen - ein Patentrezept ?, *FamRZ* 58 (2011) p. 609-615.

Art. 35

1

In fine, ajouter : L'art. 35 s'applique également aux restrictions à la capacité résultant d'une faillite (ATF 139 III 236 ss, 237-239).

2

In fine, modifier la dernière phrase : L'accès à la majorité par le mariage n'est plus assuré par l'art. 45a, dont le contenu a entièrement changé depuis l'entrée en vigueur, le 1.7.2013, de la loi concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés (RO 2013 p. 1035 ; cf. art. 45a n° 1-3).

10

3° ligne : Elle englobe la capacité d'ester en justice (cf. art. 13 n° 73).

12

In fine, ajouter après l'ATF cité : cf., plus nuancé, l'ATF 138 III 714 ss, 720-726, et art. 178 n° 61-64.

Art. 37

6

In fine, ajouter : CEDH, Henry Kismoun, 5.12.2013, § 25, 36.

7a

La révision du droit civil du nom du 30.9.2011, entrée en vigueur le 1.1.2013 (art. 270-270b CCS ; RO 2012 p. 2569 ss, 3227), ne vise pas directement le droit international privé. Il en va de même de la modification du régime du nom de l'enfant de parents non mariés du 21.6.2013, entrée en vigueur le 1.7.2014 (art. 270a CCS, RO 2014 p. 357 ss, 358). Les nouvelles règles peuvent cependant produire des effets indirects sur le mode de déterminer le droit applicable au nom dans des cas internationaux. La nouveauté la plus importante consiste dans un allègement sensible de la condition pour obtenir un changement de nom (cf. art. 38 n° 5a). D'autres éléments sont plutôt techniques et concernent des situations dans lesquelles les nouvelles dispositions de droit civil se réfèrent à des actes affectant le nom qui sont survenus à des moments différents, lorsque le droit régissant le nom n'était pas le même.

4. Le droit applicable par rapport au nouveau droit du nom depuis 2013

20a

Selon le nouvel art. 160 al. 1 et 2 CCS, chacun des *époux* conserve son nom lors du mariage, mais il leur est loisible de déclarer à l'officier de l'état civil de vouloir porter le nom de célibataire de l'un ou de l'autre comme nom de famille commun. Cette réglementation s'appliquera aux époux dont le nom est régi par la loi

suisse, principalement en raison de leur domicile en Suisse (art. 37 al. 1), et ceci au moment de la célébration du mariage ou peu de temps après celle-ci. Si un nom commun a été choisi, celui des époux qui a abandonné son nom de célibataire peut le reprendre en cas de décès du conjoint (art. 30a) ou de divorce (art. 119), moyennant une déclaration à l'officier de l'état civil, qui peut se faire « en tout temps ». S'agissant de nouveaux événements d'état civil, leurs effets sur le nom ne peuvent cependant se produire que si, à ce moment-là, le nom de cet époux est encore régi par le droit suisse.

20b

Le fait que la déclaration soit faite en commun n'implique pas nécessairement que le nom de chacun des époux soit régi par le droit suisse. Elle peut également avoir lieu lorsque l'époux domicilié en Suisse souhaite choisir un nom de famille commun conformément à l'art. 160 al. 2 CCS, tandis que son conjoint conserve encore son domicile à l'étranger. Dans un tel cas, il faut cependant que le nom commun soit celui de ce conjoint ou que celui-ci puisse choisir en vertu de sa propre loi de domicile le nom de célibataire de son partenaire en Suisse.

20c

Il est prévu également, en *droit transitoire*, que le conjoint qui a changé de nom lors du mariage en vertu du droit antérieurement applicable peut déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire (art. 8a Tf CCS). L'événement déterminant du point de vue de l'état civil étant le mariage célébré antérieurement, ce choix constitue un effet prolongé du droit suisse qui était alors applicable, par hypothèse, au nom de famille du conjoint concerné. Cela signifie que la déclaration peut également être déposée par le conjoint qui a déplacé ultérieurement son domicile à l'étranger, sauf dans l'hypothèse d'un nouvel événement d'état civil qui aurait pu produire à l'étranger un effet sur le nom également reconnu en Suisse. En revanche, la possibilité d'une telle déclaration n'est pas donnée à l'époux domicilié en Suisse si le nom de famille acquis lors du mariage l'était en vertu d'un droit étranger alors applicable d'après l'art. 37.

20d

Selon le nouvel art. 270 al. 3 CCS, *l'enfant de parents mariés* porte leur nom de famille commun si tel est leur cas. A défaut, l'enfant acquiert l'un de leurs noms de célibataire, soit celui qu'ils ont choisi lors de leur mariage (art. 160 al. 3, 270 al. 1 CCS) ou celui de l'autre parent si tel est le choix des parents intervenu dans l'année suivant la naissance du premier enfant (art. 270 al. 2 CCS).

20e

En vertu de l'art. 160 al. 3 CCS, les parents qui conservent leur nom sont sollicités, lors du mariage, de procéder à une attribution de nom concernant leurs enfants futurs. Le choix ne peut porter que sur l'un de leurs noms de célibataire. Il s'agit d'une obligation, dont ils peuvent cependant être libérés par l'officier de l'état civil « dans des cas dûment motivés ». Celui-ci n'insistera pas, étant donné que la loi ne prévoit aucune sanction en cas de refus, qui n'est en aucun cas un motif pour empêcher ou différer la célébration du mariage. L'on ne trouve aucune explication sur la loi applicable à cette obligation. Dès lors qu'il s'agit d'une attribution de nom à l'enfant, c'est la loi de l'enfant qui devrait s'appliquer. Or, si l'enfant n'est pas encore né au moment du mariage, comment lui appliquer l'art. 37 LDIP et déterminer son domicile ou sa nationalité ? Dans la pratique, au lieu de s'efforcer à trouver une réponse à cette question délicate, on libérera les fiancés de leur obligation s'il apparaît vraisemblable que l'enfant sera domicilié à l'étranger au jour de sa naissance. L'obligation est sans objet si les parents optent pour l'application de la loi de la nationalité étrangère que l'enfant acquerra sur la base de sa filiation. Une certaine retenue est d'autant plus souhaitable que la portée d'une telle déclaration est très incertaine et susceptible de provoquer des controverses à l'étranger, étant donné qu'elle n'est que très rarement pratiquée ailleurs qu'en Suisse.

20f

Le choix du nom des enfants tel qu'opéré au moment du mariage est provisoire : dans l'année suivant la naissance de leur premier enfant, les parents peuvent demander conjointement que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint (art. 270 al. 2 CCS). Faute d'un tel revirement, le choix déclaré lors du mariage s'applique (art. 270 al. 1 CCS). Dans l'un ou l'autre cas, les enfants subséquents porteront le nom ainsi déterminé, à condition que la loi suisse leur soit applicable. Si aucune attribution n'a été faite lors du mariage (enfant à naître à l'étranger, mariage célébré à l'étranger) et qu'au jour de la naissance, la loi suisse s'applique (en vertu de l'art. 37 LDIP), l'attribution de nom aura lieu conformément à l'art. 270 al. 2 CCS, applicable par analogie (art. 37 al. 2 OEC). Dans l'hypothèse inverse, d'une déclaration faite lors du mariage, concernant un enfant qui naîtra plus tard dans un pays étranger de domicile, la loi étrangère s'appliquera et la déclaration devient sans objet. En effet, un choix déclaré en vertu du droit suisse reste sans suite si, lors de l'événement d'état civil déterminant, le nom de l'enfant est régi, en vertu de l'art. 37, par un droit étranger qui ne connaît pas une telle réglementation d'attribution anticipée de nom aux enfants (cf., cependant, n° 30a-c).

20g

Les nouvelles règles de droit civil n'envisagent pas l'hypothèse de parents étrangers dont le mariage a été célébré à l'étranger. Même s'ils avaient le projet de déménager en Suisse, ils n'ont pas été invités à se prononcer sur le nom de famille de leurs enfants futurs en Suisse. Si, à la suite d'un déplacement en Suisse, le nom de leur premier enfant est régi par le droit suisse (du fait de son domicile lors de la naissance), les parents ne portant pas de nom de famille commun feront leur choix à l'occasion de la naissance, moyennant une possibilité de modification dans l'année qui suit (art. 270 al. 2 CCS). Les enfants subséquents porteront le nom du premier. Dans l'hypothèse plus compliquée d'un premier enfant dont le nom était régi par la loi étrangère de son domicile, tandis que ses frères et sœurs sont nés en Suisse, ceux-ci porteront le nom de leur aîné, afin de réaliser l'objectif de l'unité du nom de famille des enfants. Le cas peut se produire dans laquelle les parents portent des noms différents qui ne sont pas, cependant, leurs noms de célibataire, conformément au droit étranger qui leur était applicable au moment déterminant. L'application de l'art. 270 al. 1 et 2 CCS à leurs enfants doit alors être faite en conformité avec cette situation, sans ressortir leurs noms de célibataire.

20h

Selon l'art. 270a al. 1 CCS, *l'enfant de parents non mariés* porte le nom de celui des parents qui exerce seul l'autorité parentale ; si tel est le fait des deux parents, ils choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. Si aucun des parents ne dispose d'une telle autorité, l'enfant acquiert le nom de célibataire de la mère (art. 270a al. 3 CCS). Lorsque la mère exerce seule l'autorité parentale et que celle-ci devient conjointe après la naissance du premier enfant, les parents disposent d'un délai d'une année depuis qu'ils partagent cette autorité pour déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant portera dorénavant le nom du père ; leur choix vaudra alors pour tous les enfants communs, même si l'autorité ne sera pas conjointe pour certains d'entre eux (art. 270a al. 2 CCS ; art. 11a OEC). Des changements ultérieurs d'attribution de l'autorité parentale n'auront pas d'effet sur le nom (art. 270a al. 4 CCS). Dans certains cas internationaux, les parents non mariés peuvent avoir reçu l'autorité parentale conjointe en vertu d'une loi étrangère, si bien qu'il n'y a plus de place pour une déclaration des parents ou une décision de l'autorité suisse de protection de l'enfant. Cette situation étant identique ou du moins très ressemblante, les parents doivent être admis à faire une déclaration selon l'art. 270a al. 2 CCS si le nom de leur enfant est régi par le droit suisse.

20i

Lorsque les parents parviennent à déposer leur déclaration relative à l'autorité parentale conjointe déjà au moment de la naissance, l'enfant portera dès ce jour le nom de célibataire choisi par ses parents. Le nom qu'il portera par la suite sera le même que celui figurant sur l'acte de naissance. Il n'est pas certain que ce résultat puisse être atteint lorsque l'acquisition par le père de l'autorité parentale conjointe nécessite une décision. Pour y parvenir, il faudrait que celle-ci puisse être rendue avant la naissance de l'enfant. C'est l'hypothèse que semble envisager l'art. 37a al. 3 OEC, précisant que la déclaration peut être faite « avec l'annonce de la naissance », qui doit être faite dans les trois jours (art. 35 al. 1 OEC). Dès lors que sous réserve de l'art. 31 al. 2 CCS, l'enfant peut être reconnu par son père avant la naissance (art. 11 al. 2 OEC), qu'il peut être pourvu d'un curateur (art. 309 al. 1, 544 al. 1^{bis} CCS) et que le retrait de l'autorité parentale se produit par rapport aux enfants nés ultérieurement (art. 311 al. 3 CCS), il n'y a pas de raison de ne pas accepter également que l'autorité parentale conjointe puisse être ordonnée avant la naissance si elle ne l'a pas déjà été par rapport à un enfant né antérieurement, pourvu que l'autorité suisse soit compétente et le droit suisse applicable (cf. art. 85 n° 145).

20j

L'attribution de l'autorité parentale est l'élément qui déclenche l'acquisition du nom, moyennant une déclaration appropriée. Celle-ci joue alors le rôle d'événement fixant le moment déterminant pour connaître le droit applicable au nom de l'enfant ; à défaut, l'attribution de l'autorité conjointe et la déclaration de nom des parents ne pourraient pas produire d'effet quant au nom d'enfants nés au domicile étranger, puis déplacés en Suisse. Il conviendra d'appliquer l'art. 270a al. 2 CCS également, par analogie, dans les cas rares où le changement de la résidence habituelle de l'enfant vers la Suisse entraîne une modification dans le sens d'une attribution conjointe et de plein droit de l'autorité parentale (cf. art. 85 n° 61-65).

24

In fine, ajouter : L'option n'est pas ouverte aux réfugiés (ATF 2.7.2015, 5A_824/2014, c. 2 et 5).

24a

Par rapport au nouveau droit, l'option peut servir aux Suisses de l'étranger à s'assurer de l'application de leur loi d'origine en prévision de leur retour en Suisse. En particulier, un tel choix, combiné avec les déclarations requises, peut assurer d'emblée l'unité du nom des enfants dont les uns naissent à l'étranger tandis que les

autres viendront au monde en Suisse.

27

6^e ligne : enlever al. 1 après l'art. 119.

7^e ligne : remplacer al. 2 par al. 1 après l'art. 13 OEC.

29

4^e ligne, ajouter avant l'art. 23 OEC : art. 21 al. 2.

30

5-7^e lignes : biffer cette demi-phase et ajouter simplement la mention de l'art. 14 al. 3 OEC.

13/14^e lignes, lire : Le choix selon l'art. 37 al. 2 a pu servir à remédier à la discrimination engendrée par l'ancienne version de l'art. 160 CCS.

In fine : ATF révisé par l'ATF 8.9.2011, 5F_4/2011.

30a

Toutefois, avec l'accroissement des hypothèses de déclaration de nom en droit suisse, l'effet d'un choix ayant valeur de soumission à la loi suisse, tel que constaté par l'art. 14 al. 3 OEC, pose problème. Car dans certaines situations, que cette disposition ne mentionnent pas ni ne définit comme exceptions, les personnes appelées à faire une telle déclaration de droit interne ne songent pas à ce qu'elle soit étendue dans ses effets au domaine international. Ainsi, la déclaration faite par un ressortissant suisse domicilié en Suisse, à l'occasion de son mariage ou de la naissance d'un enfant, peut n'envisager aucunement qu'elle emporte choix du droit suisse à propos du nom lié à un événement d'état civil ultérieur survenant lorsque la famille aura émigré à l'étranger.

30b

Dans la pratique de l'état civil, il arrivera que la déclaration des parents au sujet du nom de leur enfant soit requise alors qu'elle n'a pas lieu d'être, du fait que la loi suisse n'est pas applicable au nom. En effet, le nouvel art. 37 al. 2 OEC semble exiger des parents de faire la déclaration dans toute hypothèse dans laquelle elle n'a pas déjà été faite lors du mariage. Lorsqu'elle aura été faite, elle aura valeur de soumission du nom de l'enfant au droit suisse (art. 14 al. 3 OEC ; cf. le Rapport de la Commission, FF 2009 p. 378), sans vérifier si telle a été l'intention des parents. Cela est excessif et incompatible avec un choix fondé sur la volonté comme le préconise l'art. 37 al. 2 LDIP. Des divergences de nom peuvent ainsi être provoquées inutilement, lorsque, à la suite du déplacement de la famille à l'étranger, de nouveaux événements d'état civil vont se produire, concernant cet enfant ou en cas de naissance d'un autre enfant : leur nom sera déterminé par la loi locale, tandis que l'option produira l'effet de pétrifier les noms selon la loi suisse, alors que telle n'était pas l'intention des parents et que l'officier de l'état civil lui-même ne pouvait pas s'en rendre compte.

30c

Malgré la teneur trop rigide et expansive de l'art. 14 al. 3 OEC, il conviendra donc de ne pas interpréter une déclaration d'attribution de nom selon le droit civil suisse comme un choix du droit suisse en tant que droit régissant le nom à l'avenir, si la situation concrète ne révèle pas une intention des personnes concernées en ce sens. Tel sera notamment le cas des situations dans lesquelles le droit suisse est applicable de toute manière, en raison soit de l'absence de tout élément d'extranéité, soit du fait que la loi suisse s'applique en tant que loi du domicile et qu'il n'y a pas l'indice d'une volonté voulant s'assurer de l'application de cette loi à des événements d'état civil survenant ultérieurement lorsque la famille se sera déplacée à l'étranger.

33

In fine, ajouter : On admettra cependant qu'une option déclarée par les parents concernant le nom de leur enfant cesse de produire des effets à l'occasion d'événements d'état civil survenant lorsque l'enfant sera devenu capable de discernement et pourra exercer lui-même les droits relatifs à son nom (situation qui est é distingué de l'exigence du consentement de l'enfant ayant atteint douze ans révolus, art. 270b CCS, art. 37b OEC).

37

5-9^e lignes : phrase à remplacer par : Cela peut poser un problème d'adaptation lorsqu'il s'agit de déterminer le nom de l'enfant en vertu de l'art. 270 CCS, selon lequel l'enfant porte, soit le nom de famille commun des parents, soit l'un de leurs noms de célibataire : si les parents ne portent aucun de ces noms, chacun ayant conservé un nom acquis antérieurement par mariage selon un droit étranger alors applicable, on ne saurait leur imposer un nom de célibataire porté par leur enfant.

38

13^e ligne, lire : le registre suisse.

17/18^e lignes : biffer la dernière phrase.

39

2^e ligne, dire : « le nom de célibataire de l'un de ses parents ».

7^e ligne, jusqu'à la fin : biffer ce texte et le remplacer par : En conséquence, lorsque, par hypothèse, l'élément non transmissible du nom est porté par les deux époux, il n'est pas considéré comme un nom de famille commun à transmettre à l'enfant.

42

2^e ligne : biffer l'al. 1 de l'art. 119 CCS.

Bibliographie

LDIP :

CORA GRAF-GAISER, Das neue Namens- und Bürgerrecht, *FamPra.ch* 14 (2013) p. 251-285 ; MICHEL MONTINI, Le droit du nom entre réformes législatives et évolution du contexte européen, *in* Droit international privé de la famille, Journée Lausanne 2012, Genève 2013, p. 81-124 ; FRITZ STURM/GUDRUN STURM, Le nom en droit international privé suisse après la révision du Code civil en 2011, *in* Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 1429-1442.

Droit international étranger et comparé :

ANATOL DUTTA *et al.*, Ein Name in ganz Europa – Entwurf einer Europäischen Verordnung über das Internationale Namensrecht, *StAZ* 67 (2014) p. 33-44 ; GUILIA ROSSOLILLO, Identità personale e diritto internazionale privato, Padova 2009 ; KURT SIEHR, Right of Personality in European Private International Law : The Law of Personal Names, *in* Studi in onore di Laura Picchio Forlati, Turin 2014 p. 251-271 ; ULRICH SPELLENBERG, Der EuGH und das internationale Namensrecht, *in* Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 1349-1373 ; FLORIAN SPERLING, Familiennamensrecht in Deutschland und Frankreich, Tübingen 2012 ; LAURA TOMASI, Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali, *RDIPP* 45 (2009) p. 891-914 ; SARA TONOLO, Il riconoscimento di atti i provvedimenti stranieri conerenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano, *RDIPP* 45 (2009) p. 849-868 ; ARIANNA VETTORELLI, La continuità transnazionale dell'identità personale : riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun, *RDIPP* 50 (2014) p. 341-358 ; ROLF WAGNER, Ausschliessliche Umsetzung der namensrechtlichen Rechtsprechung des EuGH durch vereinheitlichtes Kollisionsrecht ?, *in* Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler, Bielefeld 2018, p. 567-581 ; WORKING GROUP OF THE FEDERAL ASSOCIATION OF GERMAN CIVIL STATUS REGISTRARS, One Name throughout Europe – Draft for a European Regulation on the Law Applicable to Names, *YPIL* 15 (2013/14) p. 31-37.

Art. 38

5

12^e ligne, remplacer « AJP 2011 p. 845 », par : RSDIE 2012 p. 289.

5a

Afin de remédier à la rigidité excessive de la jurisprudence, le législateur a modifié la condition clé de l'art. 30 CCS, en remplaçant les termes « justes motifs » par « motifs légitimes » (« beachtenswerte Gründe »). Les explications fournies ne laissent pas de doutes quant à l'importance de ce changement, que les termes choisis ne laissent pas forcément reconnaître (cf. BO CE 2011 p. 479, CN 2011 p. 1757, 1760). Le Tribunal fédéral a confirmé ce qu'il comprend comme une modification significative du contenu de cette disposition, acceptant en l'espèce que le besoin de faire coïncider le nom de l'enfant avec le nom du détenteur de l'autorité parentale pouvait fonder un motif légitime, moyennant un examen attentif des circonstances (ATF 140 III 577 ss, 580-582) Dans la pratique, on verra ainsi un allègement se produire surtout dans deux catégories de cas internationaux. Il s'agira, en premier lieu, de demandes d'« hélvétisation » du nom présentées par des personnes gênées dans leur existence, personnelle et sociale, par un nom d'origine étrangère ressenti comme un obstacle ou un frein pour l'assimilation à la vie suisse et l'insertion dans la vie professionnelle. En second lieu, on rencontrera les requérants souhaitant uniformiser les noms au sein de la famille, afin de remédier à une diversité des noms portés dans la même famille, en conséquence de l'application successive de lois différentes. La Suisse est d'autant plus concernée par ce besoin d'unité qu'elle contribue à provoquer de telles divergences de noms du fait qu'elle préfère rattacher le nom à la loi du domicile. Les développements qui suivent doivent être lus en considération de cet assouplissement de l'exigence légale, d'ailleurs complété par un abaissement à 12 ans de la capacité de discernement de l'enfant demandant le changement de son nom (ATF 140 III 579).

7

5^e ligne, ajouter : CJUE 2.6.2016, C-438/14, Bogendorff, expliquant la réserve de l'ordre public lorsqu'un nom contient des éléments nobiliaires ; CJUE 8.6.2017, C-541/15, Freitag.

In fine, ajouter : Un sérieux appui vient de la Cour européenne des droits de l'homme, pour laquelle le nom appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale, ce qui oblige les autorités à prendre en compte l'aspect identitaire de la demande en changement de nom, notamment lorsque celle-ci tend à mettre fin aux désagréments résultant de ce que deux systèmes d'état civil reconnaissent la même personne sous deux identités différentes (CEDH, Henry Kismoun, 5.12.2013, § 33-37).

8

9^e ligne, ajouter : ATF 145 III 49 ss, 53-55.

*Annexe : La déclaration de modification du sexe***10**

Dans le contexte de l'élaboration d'un projet de modification du Code civil qui vise à offrir aux *personnes transgenres* ou présentant une variation du développement sexuel une possibilité de faire modifier par une simple déclaration les indications relatives à leur sexe et à leur prénom dans le registre de l'état civil, il est envisagé de compléter également la LDIP par un nouvel *art. 40a*, précisant que « les art. 37 - 40 s'appliquent par analogie au sexe d'une personne ». On peut s'attendre à ce qu'à la suite de la consultation engagée le 23.5.2018, un projet de loi sera présenté.

11

L'application par analogie des dispositions sur le nom a pour effet de sortir les questions relatives au changement de sexe du champ de la règle générale de l'art. 33. Les réponses seraient à fournir dorénavant en s'inspirant des *règles applicables au nom*. Cependant, des distinctions importantes doivent être faites, étant donné que le nom représente un droit de la personne, tandis que le sexe est un fait dont la constatation est protégée par le droit. Cela apparaît d'emblée lorsque l'on observe que, curieusement, le projet inclut l'art. 37 sur la loi applicable au nom dans l'analogie selon l'art. 40a.

12

La détermination du nom suit des règles juridiques tirées du droit applicable désigné par l'art. 37. Le sexe, en revanche, est le résultat d'une observation de pur fait, parfois assortie d'un avis médical, mais dépourvue de toute influence normative juridique. Dès lors, il n'existe pas dans la LDIP de règles de compétence particulières pour l'inscription du sexe d'une personne, qui doit être possible comme pour toute inscription d'un fait d'état civil concernant une personne qui relève du champ du registre de l'état civil. Il n'existe non plus, ni en droit interne, ni dans la LDIP, de règle de droit sur la détermination du sexe. La situation est différente lorsqu'il s'agit d'un changement de sexe fondé sur une décision dont la compétence sera dorénavant fixée par l'art. 38, et ceci au domicile du requérant, respectivement au lieu d'origine d'un demandeur suisse domicilié à l'étranger ; le droit suisse sera seul applicable. L'analogie avec le changement de nom est alors possible. Selon le projet de texte à l'art. 40a, les mêmes règles que celles sur les changements de nom et de sexe régiraient la modification de l'inscription du sexe par une personne qui a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe inscrit.

13

Cependant, ce nouvel art. 40a ne doit pas être pris à la lettre, mais en fonction de l'analogie avec le changement de nom. Ce dernier est le résultat de la décision d'une autorité statuant avec une fonction juridictionnelle. Lorsque l'art. 40a déclare le même régime applicable « au sexe d'une personne », cela peut comprendre la modification de sexe par déclaration uniquement dans les cas où l'appel à une autorité est nécessaire, parce que l'officier de l'état civil doute de la sincérité de la volonté du déclarant ou que le représentant légal refuse son consentement.

14

Si l'art. 40a devait couvrir tous les cas visés par le nouvel art. 30b CCS, il se présenterait une lacune pour les personnes ne disposant pas d'un for compétent en Suisse selon l'art. 38 (les étrangers domiciliés à l'étranger, mais nés en Suisse, par exemple). Ces personnes ne pourraient pas s'adresser à un office de l'état civil en Suisse afin d'obtenir une modification de l'inscription de leur sexe dont elles sont pourtant convaincues qu'elles n'y appartiennent pas. Or, la déclaration au sens de l'art. 30b CCS n'est soumise à aucune condition autre que l'expression de leur conviction intime (sous réserve des cas où le représentant légal refuse de fournir son consentement lorsqu'il est requis). Si l'art 40a LDIP devait également régir cette hypothèse, il se produirait une inégalité de traitement entre les personnes ayant un lien jugé suffisant avec la Suisse et celles qui n'en disposent pas, alors qu'elles sont toutes portées par une volonté identique, celle de voir enregistré leur sexe selon leur conviction. Par ailleurs, une autre inégalité se manifesterait entre les personnes inscrites au registre au moment de leur naissance et celles (de nationalité étrangère) qui s'y font enregistrer plus tard, en raison

d'un autre événement de leur vie familiale ou personnelle.

15

Dans le cas ordinaire de la déclaration de la conviction intime de ne pas appartenir au sexe enregistré, l'office de l'état civil exerce une fonction purement réceptive, aboutissant à la modification d'une inscription dans le registre. L'accès à cette modification doit être à la disposition de tous ceux visés par l'enregistrement de leurs données d'état civil en Suisse. La règle de compétence n'est donc pas, à cet égard, celle relative aux autorités exerçant une fonction juridictionnelle, comprenant un pouvoir d'appréciation, comme c'est le cas pour un changement de nom, mais celle qui est implicite dans les conditions relatives aux personnes comprises dans la saisie de leurs données personnelles dans le registre suisse de l'état civil.

16

Une modification de sexe par déclaration, plutôt qu'un changement de sexe par décision, peut également être obtenue dans certains pays étrangers. L'analogie visée par l'art. 40a est alors subordonnée à la même restriction, en ce sens qu'une modification de sexe affectant l'état civil peut entraîner une vérification de validité, comprenant celle de la compétence indirecte et de l'ordre public, uniquement lorsqu'elle repose sur la décision d'une autorité, judiciaire ou administrative. En effet, lorsqu'une telle modification de l'état civil résulte de la déclaration de la personne concernée, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles relatives aux décisions, mais de traiter le nouveau sexe déclaré à l'étranger comme la communication d'un fait d'état civil, ce qui n'empêche pas l'office suisse de l'état civil de vérifier la sincérité de la volonté et l'absence de fraude (cf. art. 33 n° 21).

17

La déclaration de faire modifier l'inscription de son sexe est normalement accompagnée de celle du ou des *prénoms*. Au regard de la nature de cet enregistrement, il conviendra de le traiter de la même manière que la modification du sexe. Dès lors qu'il s'agit d'une simple déclaration de volonté, aucune autorité n'exerçant un quelconque pouvoir d'appréciation, il n'y a pas lieu de suivre l'analogie au sens de l'art. 40a LDIP, sous réserve des cas où l'officier de l'état civil doute de la sincérité du déclarant ou le représentant légal refuse son consentement. La correction d'un prénom lié à un sexe dont l'inscription heurte les sentiments de la personne et qui a été approuvée ou confirmée à l'étranger doit pouvoir s'effectuer en Suisse de la même manière que la modification du sexe. Elle doit être faite également à la faveur d'étrangers présentant un acte obtenu à l'étranger, même s'il s'agit d'un pays autre que celui de leur domicile ou de leur nationalité, pourvu qu'ils figurent déjà sur le registre de l'état civil. On notera par ailleurs que le régime du prénom doit s'appliquer également aux noms de famille comportant une flexion selon le sexe.

18

Le projet de l'art. 30b CCS prévoit enfin, à son al. 2, que la déclaration de modification de l'inscription du sexe « est sans effet sur les liens régis par le droit de la famille ». Les *rappports de famille préexistants* sont ainsi conservés, même si la modification du sexe de l'un des membres du couple transforme celui-ci, de fait, en une relation que le droit civil ne consacre pas. Ainsi, le couple marié qui devient un couple de conjoints du même sexe reste régi par les règles sur le mariage ; il n'est pas transformé en partenariat enregistré. Indirectement, l'art. 30b al. 2 CCS du projet reconnaît ce que l'on aurait dû accepter depuis quelque temps déjà en ce qui concerne les effets d'une décision de changement de sexe sur le statut des membres du couple (cf. art. 41 n° 21 s.).