

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 <sup>re</sup> éd. 2011	<b>Mise à jour</b> Andreas Bucher 28.7.2021
--	---

## 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.

**Art. 33**

### 4 n

La *compétence* attribuée aux autorités judiciaires ou administratives suisses du *domicile* présente un intérêt dans l'hypothèse d'une *action d'état* affectant l'état civil. Une jurisprudence s'était ainsi développée pour accepter une action en constatation du changement de sexe (cf. ATF 119 II 264 ss, 270 s.; 143 III 284 ss, 287). Le for au lieu dans lequel le registre est tenu (cf. art. 22 CPC ; art. 30 al. 2 OEC) n'est pas approprié pour une telle action. Le for de nécessité est réservé à titre subsidiaire, notamment pour les Suisses à l'étranger (art. 3). Cette jurisprudence fait place au nouvel art. 40a qui déclarera les dispositions sur le nom applicables par analogie au sexe d'une personne (cf. art. 40a n° 1, 10 ; FF 2020 p. 779-834).

### 6

8<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'exemple dans la REC 2001 p. 6: ATF 14.1.2015, 5A\_986/2014, c. 1.

### 8

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

### 12

7<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. art. 32 n° 1 ; pour une énumération détaillée : art. 15a et 15b OEC.

8/9<sup>e</sup> lignes : Le Registre central des étrangers est devenu le Système d'information central sur la migration (SYMIC ; RS 142.513).

### 13

5<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'art. 5 OEC : art. 92a al. 1<sup>bis</sup>.

7-9<sup>e</sup> 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.

In fine, ajouter : Il est envisagé de faire de même avec les déclarations tendant à la modification du sexe d'une personne inscrite sur le registre (cf. art. 41a n° 1, FF 2020 p. 814, 822).

### 16

1<sup>re</sup> ligne : Le Registre central des étrangers est devenu le Système d'information géré par le Secrétariat d'Etat aux migrations (SYMIC) ; celui-ci sera relié à d'autres systèmes d'information pertinents, dans le but d'assurer leur interopérabilité.

3<sup>e</sup> 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 du 14.3.2014 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<sup>e</sup> 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 simplifiant les conditions de présentation de *certaines documents publics* dans l'Union européenne (JOUE 2016 L 200, p. 1 ; cf. art. 11-11a n° 126).

#### Bibliographie

LDIP

*Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) :*

HANS VAN LOON, Requiem or Transformation?, Perspectives for the CIEC/ICCS and its Work, YPIL 20 (2018/19) p. 73-93.

*Droit international privé étranger et comparé :*

CHRISTINE BIDAUD, La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français, Rev.crit. 2020 p. 247-265 ; 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 ; WOLF SIEBERICH, Die EU-Urkundenvorlageverordnung, StAZ 69 (2016) p. 262-268 ; ARIANNA VETTOREL, La circolazione dei documenti pubblici stranieri dopo il regolamento (UE) N. 2016/1191, RDIPP 52 (2016) p. 1060-1075 ; 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 ; ATF 1.2.2021, 4A\_496/2019, c. 2.1.1).

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).

6

20<sup>e</sup> ligne, ajouter Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 35 n° 14

9

4<sup>e</sup> ligne : biffer Vischer

10

3<sup>e</sup> 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.

#### Bibliographie

LDIP

*Droit international privé étranger et comparé :*

BENEDETTA UBERTAZZI, La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato, Padoue 2006.

**Art. 37**

6

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

7

14<sup>e</sup> ligne: biffer Vischer

7a

La révision du droit civil du nom du 30.9.2011, entrée en vigueur le 1.1.2013 (art. 270-270b CCS), 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). 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.

**17**

In fine, biffer Vischer

**19**

4<sup>e</sup> ligne, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 37 n° 52

In fine, ajouter Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 37 n° 54-56

#### **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'applique 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). Ils ne peuvent choisir un autre nom, tel celui porté par l'un des parents (cf. ATF 21.11.2019, 5A\_73/2019, c. 3).

**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 à ce moment 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<sup>bis</sup> 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**

11<sup>e</sup> ligne, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 37 n° 73

16/17<sup>e</sup> lignes : biffer la parenthèse

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<sup>e</sup> ligne : enlever al. 1 après l'art. 119.

7<sup>e</sup> ligne : remplacer al. 2 par al. 1 après l'art. 13 OEC.

In fine, biffer Vischer

#### **29**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter avant l'art. 23 OEC : art. 21 al. 2.

#### **30**

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

13/14<sup>e</sup> 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 mentionne 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 en pratique 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 (cf. obs. Bucher, SRIEL 2020 p. 425, au sujet de l'ATF 21.11.2019, 5A\_73/2019). 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**

La teneur de l'art. 14 al. 3 OEC est trop rigide et expansive. Il convient 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. Une telle

intention n'est pas démontrée, par exemple, dans une situation dans laquelle 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. L'art. 14 al. 3 OEC consacre une fiction qui doit s'effacer lorsqu'il est démontré que la déclaration d'attribution de nom n'a pas été faite par une personne consciente d'un choix sous-jacent de la loi suisse selon l'art. 37 al. 2 LDIP. On rappellera que cette disposition requiert une « demande » (« Verlangen »). L'officier de l'état civil ne peut s'y substituer.

**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 à distinguer de l'exigence du consentement de l'enfant ayant atteint douze ans révolus, art. 270b CCS, art. 37b OEC).

**37**

5-9<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> ligne, lire : le registre suisse.

17/18<sup>e</sup> lignes : biffer la dernière phrase.

**39**

2<sup>e</sup> ligne, dire : « le nom de célibataire de l'un de ses parents ».

6<sup>e</sup> ligne : biffer Vischer

7<sup>e</sup> ligne, ajouter dans la parenthèse : contra, sans tenir compte de cette caractéristique des double noms espagnols et portugais : Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 40 n° 13-16. Puis, 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<sup>e</sup> 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, Padoue 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 concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano, RDIPP 45 (2009) p. 849-868 ; ARIANNA VETTOREL, 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**

**2**

8<sup>e</sup> ligne, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 38 n° 8

**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° 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). Une proposition de règlement européen sur la loi applicable au nom n'a pas eu de suites (cf. Rev.crit. 2014 p. 733, StAZ 2014 p. 33).

8

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

**Art. 39**

2

In fine, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 39 n° 7

**Art. 40**

**10 n**

Etant donné que le nouvel art. 40a, par sa référence par analogie aux art. 37 et 39, laisse une certaine place à l'application de lois étrangères à la détermination du sexe qui peuvent connaître une indication autre que masculin ou féminin, la question se pose de leur inscription au registre suisse de l'état civil. Le Conseil fédéral pense que les principes régissant l'enregistrement de l'état civil s'y opposent, mais il n'en fournit aucune démonstration (FF 2020 p. 823). Cela paraît d'autant moins convaincant qu'il suggère que le registre et les formulaires puissent être adaptés à l'avenir pour permettre aux ressortissants étrangers d'être inscrits avec un sexe autre que masculin ou féminin (FF 2020 p. 823). Or, si cette adaptation est possible à l'avenir, rien n'empêche qu'elle le soit d'ores et déjà. Même avec un formulaire dressé de manière rigide avec des cases « M » et « F », il n'y a aucun empêchement à laisser une case vide ou à y tracer le M et le F. Au demeurant, la Convention CIEC n° 16 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes d'état civil du 8.9.1976 (RS 0.211.112.112 ; art. 33 n° 24) prévoit que sur les formules, les lettres M et F sont exclusivement disponibles (art. 5), mais au cas où le libellé de l'acte ne permet pas de s'en servir, la case réservée au sexe peut être rendue inutilisable par des traits (art. 7). Des extraits ainsi remplis dans un pays connaissant une indication du sexe autre que M ou F doivent être reconnus en Suisse étant donné qu'ils y ont la même valeur que des extraits du registre suisse (art. 8).

**11 n**

De toute manière, il semble bien que l'identification du sexe par le signe X (« sexe non spécifié ») soit déjà entrée dans le droit suisse par le biais de l'acquis de Schengen, respectivement de l'Arrêté fédéral du 13.6.2008

(RO 2009 p. 5521) qui approuve le Règlement 2252/2004 sur les documents d'identité (JO 2004 L 385, p. 1), suite à l'échange de Notes entre l'UE et la Suisse qui déclare accepter son contenu (RS 0.362.380.021). Celui-ci renvoie au considérant 3 aux spécifications fournies par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) dans le document 9303 sur les documents de voyage lisibles à la machine (Partie 4, 7<sup>e</sup> éd. 2015, suivie de la 8<sup>e</sup> éd. 2021) qui est également mentionné à l'annexe au sujet des données personnelles. Ce document indique que le sexe est mentionné par F, M ou X (« sexe non spécifié », ch. 5, p. 11, respectivement ch. 4.1.1.1 p. 14, ch. 4.2.2.2 p. 20). La Suisse est liée par cette instruction.

## Art. 40a

### Législation

*Modification du 18.12.2020 (FF 2020 p. 9624) :*

*Art. 40a IVa. Sexe*

Les art. 37 à 40 s'appliquent par analogie au sexe d'une personne.

Die Artikel 37–40 sind sinngemäss auf das Geschlecht einer Person anwendbar.

Gli articoli 37–40 si applicano per analogia al sesso di una persona.

### Bibliographie

*LDIP :*

FF 2020 p. 779-834 ; BO CE 2020 p. 503, CN 2020 p. 1834.

*Droit international privé étranger et comparé :*

UTA BERNDT-BENECKE, Gesetz zur Änderung der in das Geburtsregister einzutragenden Angaben, StAZ 72 (2019) p. 65-71 ; WOLF SIEBERICH, Die diversen Geschlechter, FamRZ 66 (2019) p. 329-334; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht, StAZ 66 (2013) p. 301-305 ; IDEM, From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or ... ?, JPIL 12 (2016) p. 261-280.

### 1 n

La modification du Code civil relatif au changement de sexe à l'état civil comprend un nouvel art. 40a LDIP, précisant que « les art. 37 - 40 s'appliquent par analogie au sexe d'une personne ». Cette disposition complète le nouvel art. 30b CCS qui permettra à toute personne ayant la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe inscrit dans le registre de l'état civil de déclarer à l'officier de l'état civil vouloir une modification de cette inscription (al. 1). La déclaration peut être accompagnée de l'inscription d'un ou de plusieurs nouveaux prénoms (al. 2). Ce procédé sera accessible aux personnes présentant une variation du développement sexuel et aux personnes transgenres (FF 2020 p. 783-789). On remarquera cependant que le champ de l'art. 40a est plus large que celui de l'art. 30b CCS, étant donné qu'il vise, plus généralement, « le sexe d'une personne ». L'art. 40a LDIP comporte donc une analogie avec les règles sur le nom non seulement pour les déclarations au sens de l'art. 30b CCS, mais également pour la détermination du sexe de la personne et pour les changements de sexe non régis par l'art. 30b CCS.

*Le Conseil des Etats a approuvé la réforme le 11.6.2020, le Conseil national a suivi en principe, le 24.9.2020, le projet retournant cependant au Conseil des Etats en raison d'une divergence. La nouvelle règle de droit international privé n'a suscité aucun débat (BO CE 2020 p. 503, CN p. 1834).*

*Tout en prenant acte du choix politique qui soutient le nouvel art. 30b CCS, préférant une déclaration devant l'autorité de l'état civil à une décision du gouvernement cantonal, à l'instar des changements de nom, on est néanmoins perplexe devant le manque de considération s'agissant de la même question dans les cas internationaux. Ainsi, le Conseiller national Hurni disait qu'il ne fallait pas confondre le changement de sexe avec le changement de nom et que de soutenir le contraire serait « une remise en cause complète du projet ». Or, tout cela est passé aux oubliettes lorsque le Conseil national vote sans débat le nouvel art. 40a LDIP qui s'en remet, pour la compétence et la loi applicable, aux règles de l'art. 38 LDIP sur le changement de nom, préconisant selon l'art. 30 al. 1 CCS la compétence du canton du domicile.*

### 2 n



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 sont à fournir dorénavant en s'inspirant des *règles applicables au nom*. Le nom et le sexe ont en commun de représenter des éléments de la personnalité. Cependant, des distinctions sont à observer. Le nom est fondé sur la loi et, dans différentes configurations, sur un acte de volonté (d'un époux ou des parents, par exemple). Le sexe, en revanche, est un fait dont la constatation est protégée par le droit ; l'influence de la volonté est rare, mais elle prend un rôle clé dans les cas de variations du développement sexuel ou de transidentité. L'application par analogie des règles sur le nom ne va donc pas de soi.

### 3 n

La détermination du nom suit les 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 d'une norme de droit. Dès lors, il n'existe pas dans la LDIP de règles de *compétence* particulières pour l'inscription du sexe d'une personne. Cet enregistrement a lieu comme bien d'autres informations concernant l'état civil (art. 8 lit. d OEC) ; elle s'opère pour toute personne qui relève du champ du registre suisse de l'état civil (cf. art. 15a et 15b OEC). Sur ce point, l'inscription des noms présente la même caractéristique : toute personne figurant audit registre doit l'être avec son nom ; la compétence pour ce faire dépend donc de l'obligation de l'autorité d'état civil d'enregistrer la personne.

### 4 n

La situation est différente lorsqu'il s'agit d'un changement de sexe fondé sur la décision d'une autorité 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 s'effectuera conformément à l'art. 40a. On reconduira ainsi ce qui a été consacré par la jurisprudence (cf. ATF 143 III 284 ss, 287 ; art. 33 n° 4). Selon le nouvel art. 40a, les mêmes règles régiront la modification de l'inscription du sexe par une personne qui a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe inscrit, au sens du nouvel art. 30b CCS. L'analogie peut s'expliquer par le rôle de l'officier de l'état civil qui reçoit cette déclaration : la suite qui est donnée à celle-ci n'est pas automatique, mais présuppose la vérification d'une « conviction intime et constante » ainsi que la capacité de discernement. Le Message compare ce rôle à celui de l'officier de l'état civil qui enregistre une déclaration de reconnaissance de paternité (FF 2020 p. 818 s.) ; il y a lieu, dans ce cas également, de vérifier la sincérité de l'acte de volonté. L'enregistrement produit un effet *constitutif*. Les règles de compétence portant sur une décision de type « judiciaire » s'appliquent. Il en ira de même, d'ailleurs, dans les cas dans lesquels l'officier de l'état civil n'est pas convaincu par la conviction exprimée par la personne, ainsi que dans les hypothèses dans lesquelles le représentant légal refuse son consentement (art. 30b al. 3 CCS ; FF 2020 p. 819 s.).

*La difficulté pour l'officier de l'état civil d'appréhender le sens profond de la déclaration de volonté de la personne concernée n'est pas à sous-estimer. Le Conseil fédéral s'en est remis à l'avis dominant des cantons et des représentants de la profession, affirmant que les officiers de l'état civil seraient aptes à assumer cette tâche, moyennant, le cas échéant, une formation complémentaire (FF 2020 p. 792 s.) et l'aide fournie par les directives qui seront encore préparées (FF 2020 p. 814). Pour y parvenir, il faudra clarifier encore ce qu'il faut comprendre par « conviction intime et constante » et comment il y aura lieu d'en examiner l'existence et ses composants, très personnels et subjectifs. Le Message n'y contribue que très partiellement. Il insiste, avec raison, sur l'expérience des officiers de l'état civil s'agissant de débusquer des déclarations frauduleuses ou inconsidérées (FF 2020 p. 791, 813, 818). Cependant, cela n'aide pas à identifier la force de la conviction dont la personne doit faire preuve afin que son désir de modifier l'inscription de son sexe produise des suites. A divers égards, le Message rappelle que l'officier de l'état civil devra vérifier la capacité civile du comparant ; en cas de doutes, ceux-ci portent « typiquement sur la capacité de discernement » (FF 2020 p. 791, 813). Il juge « correct » l'avis de l'Association suisse des officiers de l'état civil selon lequel ses membres ne peuvent être tenus d'effectuer des investigations allant au-delà de l'art. 16 OEC (FF 2020 p. 813), disposition qui ne va pas au-delà de la vérification de la capacité civile des personnes concernées (al. 1 lit. b). Il est encore dit que la comparaison personnelle « permet de vérifier l'identité des personnes concernées et d'apprécier leur capacité de discernement », sans plus (FF 2020 p. 813).*

*Or, cette présentation réduit les exigences posées à l'art. 30b al. 1 CCS à un simple examen de la capacité de discernement. La condition de la « conviction intime et continue » va manifestement au-delà. Il ne*

*s'agit pas uniquement de l'aptitude intellectuelle et volitive de la personne à agir afin de déclarer ce qu'elle demande en ce qui concerne l'enregistrement de son sexe. Au-delà de cette aptitude, il faut que la personne ait concrètement formé sa volonté au niveau de sa conviction intime et qu'elle l'ait fait de manière continue. Ces deux éléments sont absents de la notion de capacité de discernement, pour la double raison, d'une part, qu'ils sont plus exigeants que la maîtrise intellectuelle et volitive, et, d'autre part, qu'ils reflètent une manifestation de volonté et non seulement une aptitude à la former comme l'exige la capacité de discernement selon l'art. 16 CCS. Par ailleurs, la capacité de discernement étant appréciée par rapport à un acte concret, elle ne comprend pas un élément de « continuité » comme le connaît l'art. 30b al. 1 CCS, qui requiert que « la personne concernée soit persuadée de son caractère durable », cette durabilité pouvant s'analyser de façon rétrospective, afin de permettre que la procédure soit simple et rapide (FF 2020 p. 811, avec la note 143). Il est encore précisé à cet égard que le traitement du dossier par l'officier de l'état civil « dépend dans la pratique de la remise des documents nécessaires » (FF 2020 p. 813), comme si l'examen de la conviction de la personne n'en faisait pas partie.*

*Lorsque l'on aura pris conscience de la nature spécifique de la vérification de la « conviction intime et continue », on risque d'être confrontée à une réaction négative d'officiers de l'état civil ne s'estimant pas en mesure de procéder à une telle enquête approfondie et d'en porter la responsabilité. Ils seront alors enclins à refuser la modification de l'inscription et à renvoyer le requérant devant le juge civil. Si cela devait se produire dans la pratique, la réforme aurait manqué son but. Ce renvoi comprendra l'inconvénient additionnel d'exiger de la personne concernée qu'elle prenne elle-même l'initiative d'une action ; le législateur allemand a vu cet obstacle et l'a éliminé en prévoyant une communication de l'office de l'état civil au tribunal de la famille (cf. Sieberichs, FamRZ 2019 p. 331). Une autre réaction malheureuse pourrait consister à voir l'officier de l'état civil ordonner une expertise médicale pour vérifier la capacité de discernement et la conviction de la personne ; au Conseil national, il a été dit que la capacité de discernement devrait être examinée par des experts (Markwalder, BO CN 2020 p. 232). C'est précisément ce que le projet voulait éviter (cf. l'intervention de la Conseillère fédérale Keller-Sutter, BO CE 2020 p. 1306).*

## **5 n**

Toutefois, le régime de compétence fondé sur le seul art. 38 est incomplet. Les autorités suisses de l'état civil sont compétentes pour prendre acte de la déclaration selon l'art. 30b CCS si celle-ci est faite par une personne domiciliée en Suisse ou par un ressortissant suisse (art. 38 al. 1 et 2). En revanche, une telle compétence fait défaut s'agissant de l'inscription du sexe effectuée par rapport à un étranger domicilié à l'étranger (mais né en Suisse, par exemple). Le Message en convient et s'en remet dans de tels cas au for de nécessité de l'art. 3 (FF 2020 p. 821). Cette soupape est indispensable. A défaut, on serait confronté à des hypothèses dans lesquelles une personne figurant au registre suisse ne pourrait pas obtenir la rectification de l'inscription de son sexe qui ne correspond pas au sexe dans lequel elle se reconnaît. Il ne doit pas exister de différences de traitement entre les personnes inscrites au registre suisse de l'état civil.

## **6 n**

Une modification de sexe par déclaration, plutôt qu'un changement de sexe par décision, peut être obtenue dans certains *pays étrangers*. L'analogie prévue par le nouvel art. 40a s'appliquera alors également, ce qui suppose, dans les deux hypothèses, que la validité du nouveau sexe soit reconnue dans l'Etat étranger du domicile ou de la nationalité de la personne concernée. Cela n'est cependant pas suffisant, car une telle rectification peut avoir été effectuée dans d'autres pays, pour de bonnes raisons, notamment du fait qu'il fallait aligner l'inscription dans un registre public sur le sexe réel, et ce principalement, en pratique, dans le pays où a eu lieu la naissance ou un mariage. De telles circonstances étant comparables à celles qui doivent permettre un for de nécessité en Suisse, l'art. 3 pourra servir de relais pour accepter une compétence étrangère dans des circonstances comparables (cf. art. 26 n° 30-32).

## **7 n**

Du fait de l'extension de l'analogie selon l'art. 40a à la détermination du sexe, qui serait dorénavant régie par le *droit applicable* désignée par l'art. 37 (FF 2020 p. 821), la nouvelle disposition soulève des questions qui ne se posent pas en droit suisse matériel. En effet, à suivre l'art. 37, applicable au « sexe d'une personne » selon l'art. 40a, il conviendrait de déterminer le sexe d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit de son domicile (sauf en cas de renvoi vers un autre droit) ; la personne (respectivement son représentant légal) peut cependant exercer l'option en faveur de son droit national, sans égard au pays de son domicile. Or, le « sexe d'une

personne », lorsqu'il est déterminé indépendamment d'une modification ultérieure, est le sexe constaté à la naissance. En droit suisse interne, cette question relève du fait, sans exclure une action d'état lorsque les parents estiment qu'une inscription était fondée sur une constatation erronée et qu'une action en rectification du registre n'a pas été entamée ou n'a pas aboutie. Dans les relations internationales, l'art. 40a, du fait de son analogie à l'art. 37, en fait une question de droit. Toutefois, il conviendrait d'interpréter cette analogie en ce sens uniquement dans les cas dans lesquels une question se pose en ces termes. Lorsque le sexe d'un enfant résulte simplement de l'observation des faits, il n'y a pas lieu de procéder à une recherche de la loi applicable.

#### 8 n

Il n'empêche qu'une question juridique se pose dans le cas des enfants présentant à leur naissance des caractéristiques sexuelles qui ne correspondent pas à la norme admise pour les catégories « masculin » et « féminin ». Le droit suisse, tel qu'il est pratiqué, est fondé sur un système *binaire*, obligeant l'attribution, en droit, à l'une de ses catégories, tandis que des interventions chirurgicales dans le but d'y placer l'enfant de force semblent appartenir au passé. Dans certains pays étrangers, on reconnaît un troisième genre, exprimé par le terme « divers » en Allemagne, par la lettre « X » ailleurs ou simplement en laissant vide la case réservée au sexe, comme en Autriche. Aux Chambres fédérales, on est parti de l'idée qu'il n'y aurait pas, pour le moment, de « troisième sexe » (cf. BO CE 2020 p. 495 ; CN 2020 p. 1823-1825, 1830). Cependant, si l'analogie avec l'art. 37 doit avoir un sens, cela ne peut être le cas que pour tenir compte de telles solutions retenues à l'étranger, soit dans le pays du domicile, soit dans le pays d'origine si sa loi était choisie. On aboutirait ainsi à une identité sexuelle qui ne peut être placée dans le moule d'une reconnaissance sexuelle purement binaire. Le Message en tire la conclusion que faute de pouvoir s'intégrer dans la structure suisse du registre de l'état civil, géré par *Infostar*, une telle inscription ne peut avoir lieu et que son refus peut se fonder sur l'art. 40 LDIP (FF 2020 p. 822 s.). S'il paraît qu'en pratique, il n'y a pas d'autre issue, il faut constater néanmoins que l'analogie avec l'art. 37 est alors privée de sens. A y regarder de plus près, l'appel à l'art. 40 LDIP n'a pas de fondement, car il n'existe aucun empêchement technique intrinsèque fondé sur des principes sur la tenue du registre (cf. art. 40 n° 10 s.). Un complément d'information découle des débats au Conseil des Etats du 11.6.2020 : la Conseillère fédérale Keller-Sutter expliquait en effet que la renonciation à l'inscription d'un sexe reste possible (BO CE 2020 p. 499). On verra qu'elle sera le sort de cette déclaration, qui ne peut s'appuyer, ni sur l'Ordonnance, ni sur le Message.

#### 9 n

Une réserve s'impose cependant. Si l'art. 37 et sa désignation d'une loi étrangère peuvent se heurter au mode de *transcription binaire du registre suisse de l'état civil*, un tel obstacle ne se présente pas en dehors de ce cadre formel. L'art. 30b CCS est rédigé dans le sens d'une « *Kann-Vorschrift* ». On réservera donc la demande formelle sollicitant une décision sur la détermination du sexe de l'enfant ou sur un changement de sexe, une telle décision ayant l'effet d'une action d'état. Depuis que les cas de personnes présentant une variation du développement sexuel ont éveillé l'intérêt du législateur, on y ajoutera ces hypothèses dans la mesure où la personne concernée entend obtenir un jugement relatif à son état, qui aura un effet sur le registre, mais sans passer par la procédure de l'art. 30b CCS. On notera qu'en effet, le nouvel art. 30b CCS n'a pas d'autre objet que la modification de l'inscription du sexe sur le registre suisse de l'état civil, même assorti d'un effet constitutif. Cette disposition n'empêche pas qu'une telle modification puisse être constatée selon une loi étrangère applicable en vertu de l'art. 37 LDIP ; par ailleurs, le Conseil fédéral s'est abstenu de lui attribuer la qualité d'une loi d'application nécessaire au sens de l'art. 18 LDIP. Il a même fait un petit pas de plus en envisageant la possibilité pour le registre de l'état civil d'être adapté à l'avenir pour permettre aux ressortissants étrangers, provenant en particulier d'Allemagne ou d'Autriche, dont le sexe n'est pas défini comme masculin ou féminin, d'être inscrits sans indication quant au sexe, évitant ainsi des situations boiteuses (FF 2020 p. 823). Au demeurant, le nouvel art. 30b CCS est neutre quant au sexe : le sexe inscrit peut être modifié, mais on ne dit pas de quel sexe il s'agit. La loi suisse ne le détermine d'ailleurs pas ; le sexe n'y figure pas en tant que fait d'état civil (cf. art. 39 al. 2 CCS, art. 7 OEC).

*Les mentalités évoluant au rythme qui convient, on comprend bien la réticence à se détacher du modèle binaire masculin/féminin, ce d'autant qu'il faudrait alors le faire également par rapport aux ressortissants suisses domiciliés à l'étranger, dont le sexe dépend de leur loi du domicile. On observera cependant que, curieusement peut-être, ce modèle n'est pas ancré en droit suisse aussi solidement comme on le croit. En effet, l'art. 39 al. 2 CCS n'énumère pas le sexe en tant que fait d'état civil. Le sexe n'apparaît qu'au seul niveau de l'OEC, étant précisé, cependant, qu'il y figure simplement en tant que donnée traitée dans le registre (art. 8 lit. d OEC) et non en tant que donnée de l'état civil (art. 7 OEC, avec l'exception du changement de sexe, al. 2 lit. o). De surcroît, l'Ordonnance ne précise pas de quel*

sexe il s'agit. Le simple mot « sexe » n'implique pas qu'il ne puisse pas exister un sexe autre que masculin ou féminin ; il en découle uniquement que cette rubrique ne peut rester vide. La binarité est consacrée par la gestion informatique du registre, qui peut évoluer. Elle est surtout profondément ancrée dans la culture et dans la société (FF 2020 p. 793). Au Conseil national, la Conseillère fédérale Keller-Sutter a observé qu'il s'agirait d'un droit coutumier (BO CN 2020 p. 1830), ce que le Message ne dit pas. On est donc loin de pouvoir ériger la binarité masculin/féminin dans la catégorie de l'ordre public. Cela rend d'autant plus important de ne pas tarder à préparer le développement à laquelle le Conseil fédéral a fait allusion.

On notera au demeurant que le Message n'aborde pas la question de la coordination avec le système d'information SYMIC commun au domaine des étrangers et de l'asile.

Dans le contexte du sport de compétition, le Tribunal fédéral approuve que « les caractéristiques biologiques puissent, exceptionnellement et à des fins d'équité et d'égalité des chances, éclipser le sexe légal ou l'identité de genre d'une personne ». Sans cela, la division binaire hommes/femmes « perdrait sa raison d'être » (ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 11.1, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss). Une place est ainsi réservée au troisième genre, respectivement à un genre différent de ceux de homme/femme, défini par des facteurs biologiques, avec la conséquence que les personnes concernées (une femme, en l'espèce) sont exclues des compétitions calquées sur la binarité homme/femme, subissant ainsi un traitement distinct et discriminatoire, jugé nécessaire, raisonnable et proportionné en vue de garantir une compétition équitable (c. 9.5, 9.6.1, ATF 147 III 56). Tout en acceptant que l'analyse de l'ordre public selon l'art. 190 al. 2 lit. e était en l'espèce faite dans le cadre spécifique du sport de compétition, l'on peut y reconnaître néanmoins qu'un genre autre que homme/femme ne heurte pas l'ordre public suisse.

#### **10 n**

Il reste à désigner l'autorité compétente. S'il s'agit d'une action d'état, le juge civil ordinaire est compétent, respectivement l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (FF 2020 p. 819) ; une telle action est formatrice. En matière internationale, l'action d'état était retenue dans la pratique de la même manière, sur la base de l'art. 33 al. 1 (cf. art. 33 n° 4). Sans que l'on s'en soit aperçu, semble-t-il, le nouvel art. 40a change la donne. En effet, le changement de sexe est dorénavant régi par les règles sur le changement de nom, à savoir celles de l'art. 38. Il conviendra donc, dans les cas internationaux, suivre l'art. 30 al. 1 CCS et solliciter le gouvernement du canton du domicile ou, subsidiairement, de la résidence habituelle (art. 20 al. 2), le for de nécessité étant par ailleurs réservé (art. 3). Dans les deux situations, interne ou internationale, l'hypothèse d'une requête limitée à l'enregistrement de l'état civil reste possible, s'agissant de l'inscription, de la rectification ou de la radiation d'une « donnée litigieuse » relative à l'état civil au sens de l'art. 42 al. 1 CCS. Lorsque, en revanche, seule la détermination (et non le changement) du sexe est litigieuse, indépendamment d'un enregistrement d'état civil, l'action d'état suit la règle générale de l'art. 33 al. 1. On réservera cependant, en matière sportive, le rôle du Tribunal arbitral du sport, pour lequel la détermination du sexe est arbitral, sans soulever d'objection de la part du Tribunal fédéral (cf. ATF 149 III 49 ss).

#### **11 n**

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. On suivra donc l'analogie prévue à l'art. 40a, mais en y ajoutant les situations dans lesquelles, en raison d'un enregistrement préexistant sur le registre suisse, la compétence de l'office suisse de l'état civil doit être élargie au-delà des seuls rattachements fondés sur le domicile et la nationalité suisse ; la même approche est suivie dans l'hypothèse d'un nouveau prénom choisi à l'occasion d'un changement de sexe effectué à l'étranger. On notera par ailleurs que le régime du prénom doit s'appliquer également aux noms de famille comportant une flexion selon le sexe (FF 2020 p. 790). Il convient de retenir les mêmes solutions dans les cas de changements de sexe fondés sur une décision, conformément à la pratique antérieure.

#### **12 n**

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 *rapports de famille préexistants* sont ainsi conservés, même si le changement de 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

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.).