

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 25.5.2023
--	---

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 déclare les dispositions sur le nom applicables par analogie au sexe d'une personne (cf. art. 40a n° 1-6 ; FF 2020 p. 779-834).

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.

Lignes 3 à 6 : biffer cette phrase, compte tenu du nouvel art. 40a.

12

7^e ligne, ajouter : cf. art. 32 n° 1 ; pour une énumération détaillée : art. 15a et 15b OEC. La saisie est possible dès la constitution d'un domicile en Suisse (ATF 148 III 384 ss, 397).

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

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, du 13.1.2015, SRIEL 2016 p. 723, et du 20.5.2021, SRIEL 2022 p. 633, qui rendent sans pertinence les observations erronées dans l'avis publié in JAAC 2001 n° 34 p. 332.

In fine, ajouter : et sur la modification du sexe d'une personne inscrite sur le registre (cf. art. 5 al. 1 lit. e et e^{bis}, 12 al. 2, 13 al. 2, 14 al. 2, 14b al. 1 OEC).

16

1^{re} ligne : Le Système d'information géré par le Secrétariat d'Etat aux migrations (SYMIC) est relié à d'autres systèmes d'information pertinents, dans le but d'assurer leur interopérabilité.

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

18

In fine, ajouter : ATF 21.2.2022, 5A_822/2020, c. 3

20

In fine, ajouter : ATF 7.2.2022, 5A_545/2020, c. 4 ; ATF 148 III 245 ss, 249 s. ; 148 III 388

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, relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil (RS 0.211.112.113), remplace 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).

25

3^e ligne, ajouter : ATF 19.1.2023, 5A_504/2021, c. 4.2

26

4^e ligne (Italie), ajouter : ATF cité du 19.1.2023, c. 4.2

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 n

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 certains documents publics dans l'Union européenne (JOUE 2016 L 200, p. 1 ; cf. art. 11-11a n° 126). Toutefois, les formulaires standardisés de ce Règlement n'ont pas de portée juridique par rapport aux documents d'état civil qui y sont attachés (art. 8). Les Conventions de la CIEC ne sont pas affectées, ni dans les relations entre les Etats membres, ni dans les rapports avec les Etats tiers (art. 19).

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 ; GUSTAVO CERQUEIRA, Internationale Kommission für das Zivilstandswesen (CIEC) – Eine einzigartige, beispielhafte und notwendige internationale Organisation, StAZ 74 (2021) p. 169 s.

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 ; PAUL PATREIDER, Die Europäische Urkundenverordnung, StAZ 75 (2022) p. 327-340 ; 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 aussi 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^e ligne, lire Geiser/Jametti, BSK-IPRG, art. 35 n° 17 ; puis ajouter Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 35 n° 14

9

4^e ligne : biffer Vischer

10

3^e 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

2a n

Au sein de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des personnes et la qualité de citoyen européen ont conduit à une jurisprudence assurant une large reconnaissance, dans les Etats membres, du nom acquis dans un autre Etat membre (cf., notamment, CJCE 2.10.2003, C-148/02, Garcia Avello ; 14.10.2008, C-353/06, Grunkin ; 2.6.2016, C-438/14, Bogendorff, expliquant la réserve de l'ordre public lorsqu'un nom contient des éléments nobiliaires ; 8.6.2017, C-541/15, Freitag.). Il a été suggéré qu'en vertu de l'Accord du 21.6.1999 sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681), cette jurisprudence soit pertinente pour la Suisse également (Montini, Festschrift Koller, p. 467-473). Bien que l'Accord ne fasse aucune référence à la citoyenneté européenne, cette jurisprudence est rattachée au principe de libre circulation que l'Accord vise à assurer dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne telle que cette liberté est contenue dans les actes juridiques de droit communautaire et de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice, tout au moins celle rendue jusqu'à la date de signature de l'Accord (cf. le Préambule, art. 1 et art. 16). Le Tribunal fédéral estime cependant que l'Accord ne reconnaît des droits fondamentaux liés à la liberté de circulation que de manière limitée (cf. ATF 130 II 113 ss, 120-124). Quoi qu'il en soit de la portée de cet Accord, peu explicite s'agissant du nom de famille, la pratique suisse ne peut rester insensible aux développements du droit européen visant à protéger la personne dans son intérêt légitime à jouir de l'unité de son nom à travers les systèmes nationaux. 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).

6

In fine, ajouter : CEDH, Henry Kismoun, 5.12.2013, § 25, 36; Künsberg Sarra, 17.1.2023, § 52-74.

7

14^e 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^e ligne, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 37 n° 52

8^e et in fine, lire Geiser/Jametti, BSK-IPRG, art. 37 n° 23

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 n

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 CCS) ou de divorce (art. 119 CCS), 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 n

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 n

Il a été 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 n

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 n

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 n

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 n

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 n

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 n

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 n

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).

22

6^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 8.12.2021, 5A_805/2020, c. 3.1, 6.3

6/7^e lignes, lire Geiser/Jametti, BSK-IPRG, art. 37 n° 29

24

11^e ligne, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 37 n° 73

16/17^e 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^e ligne : enlever al. 1 après l'art. 119.

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

In fine, biffer Vischer

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.

9^e ligne, insérer : Toutefois, la pratique est incertaine : l'attribution du nom du père à l'enfant de parents non mariés, conforme à la loi nationale hongroise et non reconnue en droit suisse, n'a pas été acceptée au motif qu'elle contiendrait un choix implicite de la loi nationale de l'enfant, suivant ainsi un raisonnement qui est à l'opposé de l'art. 14 al. 3 OEC (cf. ATF 8.12.2021, 5A_805/2020, c. 6).

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 n

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, ne peut emporter un 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 n

Dans la pratique de l'état civil, il arrive 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 n

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^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 ».

6^e ligne : biffer Vischer

7^e ligne, ajouter dans la parenthèse : contra, mais 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^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 ; 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 ; 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^e 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 ; ATF 12.7.2021, 5A_336/2020, c. 4.2) Dans la pratique, on voit 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).

5b n

Cependant, sur ce dernier point, la pratique est incertaine en l'état. Le Tribunal fédéral a noté récemment qu'il était courant, pour des personnes ayant plusieurs nationalités, que leurs noms ne correspondent pas dans leurs différentes pièces d'identité et que, dès lors, la question de savoir s'il convenait de tenir compte du fait que le droit espagnol autorise le port du double nom pourrait demeurer ouverte en l'espèce (ATF cité du 12.7.2021, c. 5.2, le changement consacrant le double nom étant dans le cas particulier fondé sur d'autres circonstances, tels le fait que les enfants eussent toujours porté ce nom, exprimant par ailleurs leur souhait d'avoir comme nom de famille celui de leur père suivi du premier nom de la mère). Il est vrai, en effet, que même si l'on voulait solliciter l'art. 30 CCS afin d'harmoniser le nom de famille porté en Suisse avec celui porté dans le pays d'origine, cet objectif ne peut être atteint sur cette seule considération lorsque la personne est originaire de plusieurs pays qui lui attribuent des noms différents (ainsi les enfants, en l'espèce, double nationaux italo-espagnol). Sans le remarquer, cet arrêt revient sur une jurisprudence estimant « hypothétiques » les inconvénients résultant pour l'enfant de sa double désignation, son nom étant différent selon qu'il se trouve dans le pays de sa mère ou dans celui de son père (ATF 126 III 4 ; arrêt contraire à l'ATF 115 II 198, concernant le nom de famille tant de la femme mariée que des enfants du couple). De tels inconvénients ne sont pas artificiels, et la jurisprudence européenne tend précisément d'y remédier (cf. art. 37 n° 2a). Cependant, ils sont parfois impossibles à surmonter et doivent laisser la place dans l'appréciation à d'autres circonstances, plus étroitement liées au contexte personnel et familial de la personne touchée par son identité telle que désignée par son nom. Néanmoins, il convient de ne pas sous-estimer, sous l'angle de l'art. 8 CEDH notamment, 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).

7

Biffer [cf. art. 37 n° 2b].

8

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

9

Biffer.

Art. 39

2

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

Art. 40

6

In fine, ajouter : On a estimé que l'adjonction d'un chiffre romain indiquant le degré de génération de l'enfant ne heurte pas l'ordre public suisse (Appellationsgericht BS, 1.10.2021, SJZ 2023 p. 159). La question relève plutôt de l'art. 40, s'agissant surtout de la transmission d'un tel élément accessoire du nom à la génération suivante. Si cet exemple devait faire école, il faudrait accepter également, suivant la même logique, l'appellation « Junior » ou « Jr. », courante aux Etats-Unis. Des revendications similaires vont sans doute être faites. A un certain moment, il faudra savoir où s'arrêter, quitte à revenir en arrière et de limiter l'enregistrement aux éléments transmissibles du nom, d'autres compléments étant traités comme des pseudonymes.

8

Biffer la dernière phrase.

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). Selon un nouveau rapport, du 21.12.2022, cela sera chose faite en début 2025 (ch. 4.1.1). 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). Toute personne intéressée peut faire la demande que l'une des formules annexées à la Convention lui soit établie (art. 1). Selon la Convention n° 34 du 14.3.2014 (RS 0.211.112.113) qui succède au n° 16, les cases sur le sexe sont laissées en blanc (cf. Annexe 3, ch. 12a).

11 n

De toute manière, l'identification du sexe par le signe X (« sexe non spécifié ») est déjà entrée en 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). Au considérant 3, ce Règlement renvoie 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^e éd. 2015, suivie de la 8^e 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. Cela est reconnu dans le contexte de la loi fédérale du 23.6.2006 sur les registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (RS 431.02 ; art. 2 al. 1 lit. a et b) qui renvoie au Catalogue officiel des caractères élaboré par l'Office fédéral de la statistique. Ce document accepte le sexe « indéterminé », mais il fait une exception pour les personnes qui ont eu un événement d'état civil en Suisse, tombant ainsi dans la faille du logiciel Infostar.

Art. 40a

Législation

Modification du 18.12.2020 (RO 2021 p. 668) :

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.

Articles 37 to 40 apply by analogy to a person's gender.

Bibliographie

LDIP :

FF 2020 p. 779-834 ; BO CE 2020 p. 503, CN 2020 p. 1834. ANDREAS BUCHER, L'accueil du troisième sexe, Jusletter 24.1.2022 ; MICHEL MONTINI, Garçon ou fille ? Tertium non datur?, in Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 403-430.

Droit international privé étranger et comparé :

UTA BERNDT-BENECKE, Gesetz zur Änderung der in das Geburtsregister einzutragenden Angaben, StAZ 72 (2019) p. 65-71 ; 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 ; ISABEL C. JARAMILLO SIERRA, The Stakes in Sex : A Comparative Study of the Civil Status of Trans Persons, in Rapports généraux du XX^{ème} Congrès général de l'Académie internationale de droit comparé 50 (2022) p. 103-121 ; KENNETH MCK. NORRIE, Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality : New Problems for International Private Law, ICLQ 43 (1994) p. 757-775 ; WOLF

I. Le sexe et les règles sur le nom

1 n

L'article 40a LDIP complète le nouvel art. 30b al. 1 CCS qui permet 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 (cf. RO 2021 668, avec la modification de l'OEC, 2021 666). Ce mode de procéder est accessible aux personnes qui ne peuvent se placer dans une identité binaire hommes/femmes claire et immuable. Une catégorie de personnes (dites intergenres) présente une variation du développement sexuel, en règle générale depuis leur naissance, qui fait qu'elles ne peuvent être strictement attribuées ni à l'un ni à l'autre des catégories masculin/féminin. Une autre catégorie désigne des personnes transgenres ou transidentitaires qui ne peuvent se reconnaître, en tout ou en partie, dans le sexe qui leur a été attribué à la naissance ; ils peuvent s'identifier à l'autre sexe binaire ou se placer en dehors de cette binarité (cf. FF 2020 p. 783-789). On remarquera cependant que le champ de l'art. 40a LDIP est plus large que celui de l'art. 30b CCS, étant donné qu'il vise, plus généralement, « le sexe d'une personne » ; cela comprend la détermination du sexe de la personne en général et les changements de sexe non régis par l'art. 30b CCS.

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 pour les personnes s'écartant du cadre strict de la binarité hommes/femmes et dont la conscience intérieure est le moteur déterminant pour se placer sur le chemin de mieux identifier leur appartenance de genre. L'application par analogie des règles sur le nom ne va donc pas de soi. La situation se complique du fait que l'art. 30b CCS ne porte pas, à vrai dire, sur le changement de sexe ou de genre, mais sur la modification d'une inscription au registre. Un tel changement peut être un préalable à la déclaration de la personne. L'art. 30b CCS sert cependant également les intérêts d'une personne qui prend l'initiative de voir consacrer dans le registre un genre qu'elle a toujours vécu comme représentant son état réel, nonobstant une inscription erronée.

3 n

La détermination du nom suit les règles 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) ; il 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, désigné à titre d'analogie par l'art. 40a, 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. On reconduit ainsi ce qui a été consacré par la jurisprudence (cf. ATF 143 III 284 ss, 287 ; art. 33 n° 4).

5 n

L'application par analogie des art. 37-39 est moins évidente s'agissant de 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. On pourrait croire qu'un élément d'analogie pourrait se trouver dans 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 ; elle présuppose que son auteur soit animé par une « conviction intime et constante » et qu'il dispose de la capacité de discernement. L'autorité de l'état civil doit en prendre acte. 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'autorité doit présumer la conviction profonde exprimée par la personne dans sa déclaration écrite, sauf indications contraires laissant apparaître une intention abusive ou inspirée par la mauvaise foi, comme l'explique la Directive n° 10.22.01.01 de l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) publiée sur le site dudit Office en décembre 2021. L'enregistrement ne peut être révoqué, mais il peut, exceptionnellement, être renversé par une déclaration en sens opposé, la personne reprenant alors son sexe initial.

6 n

Or, ce mode de procéder ne correspond pas au changement de nom visé par l'art. 38. Cette disposition porte sur une « demande » en changement de nom, dont les autorités suisses doivent « connaître ». Il s'agit donc d'une décision de type judiciaire qui est subordonnée à des conditions que l'autorité doit vérifier et apprécier, avant d'en statuer par une décision ayant l'autorité de la chose jugée. L'art. 38 est manifestement calqué sur la règle sur le changement de nom de l'art. 30 CCS, qui laisse à l'autorité une marge d'appréciation suffisante justifiant que la loi suisse soit applicable exclusivement (al. 3). Le fonctionnement de l'art. 30b CCS est fondamentalement différent : la personne concernée ne déclare pas vouloir changer de sexe, mais uniquement que l'inscription au registre soit modifiée. L'autorité de l'état civil doit accepter la déclaration émanant de tout comparant jouissant de la capacité de discernement, comme c'est le cas de toute autre manifestation de volonté adressée à l'état civil ; enfin, l'officier de l'état civil ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation, sauf en cas de fraude. Il en résulte que le champ d'application de l'art 30b CCS n'est pas déterminé par l'art. 38, faute d'analogie des situations ; il découle directement de cette règle elle-même. C'est une règle d'application impérative au sens de l'art. 18. La solution est la même que celle relative à la compétence des autorités de l'état civil : l'art. 30b CCS étant pertinent par rapport à toute inscription du sexe, il doit s'appliquer à toutes les personnes dont le sexe est enregistré sur le registre suisse de l'état civil.

7 n

La comparaison du Message avec la déclaration de reconnaissance de paternité s'oppose à l'idée d'une analogie avec la décision sur un changement de nom. Lors des débats au Parlement, il a été souligné 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 » (Hurni, BO CN 2020 p. 1831). On n'a pas observé que l'art. 40a adoptait une telle position contraire. Il convient dès lors d'être attentif à ne pas conclure de façon rigide à une analogie des solutions lorsque les situations ne sont pas comparables. Tel est le cas de l'art. 30b CCS qui n'a rien de comparable par rapport au changement de nom approuvé par une décision prise par l'autorité compétente, qui n'est pas celle de l'état civil. En revanche, l'analogie est apparente s'agissant du changement de nom « intervenu » à l'étranger, sans distinguer selon l'autorité ayant décidé ou simplement enregistré un tel changement ; une déclaration du genre de celle de l'art. 30b CCS est ainsi comprise dans le champ de l'art. 39, ce qui justifie l'analogie des solutions par rapport à la modification du sexe effectuée à l'étranger.

8 n

La déclaration de faire modifier l'inscription de son sexe est normalement accompagnée de celle du ou des *prénoms* (art. 30b al. 2 CCS). Au regard de la nature de cet enregistrement, il conviendra de le traiter de la même manière que la modification du sexe. L'analogie prévue à l'art. 40a ne fournit pas de réponse sur ce point. Les art. 37-39 ne visent pas l'hypothèse d'une attribution de nom étroitement associée à la modification de l'inscription du sexe. La compétence pour enregistrer un nouveau prénom et l'application du droit suisse vont donc de pair avec le champ d'application de l'art. 30b CCS à toutes les inscriptions de sexe figurant au registre. 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.

9 n

L'art. 30b CCS prévoit enfin, à son al. 3, 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 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 (ce qui sera impossible, de toute manière, depuis le 1.7.2022). Indirectement, l'art. 30b al. 3 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. 45 n° 21).

II. Les autorités compétentes

10 n

Compte tenu de l'analogie consacrée à l'art. 40a, on pourrait penser, à première vue, que les autorités suisses de l'état civil déterminent leur compétence pour recevoir une déclaration fondée sur l'art. 30b CCS conformément à l'art. 38 al. 1 et 2, s'agissant d'un changement de sexe déclaré par une personne domiciliée en Suisse ou par un ressortissant suisse. Cependant ces règles sont prévues pour des décisions de type « judiciaire », tel le jugement rendu à la suite d'une action d'état. En revanche, elles ne peuvent être transposées à la compétence de l'officier de l'état civil recevant une déclaration selon l'art. 30b CCS, ni à l'action en rectification dont un tribunal pourrait être saisi (art. 42 CCS).

11 n

En effet, les fors ordinaires du genre de ceux de l'art. 38 laisserait subsister une lacune lorsqu'il s'agit 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 parmi les personnes inscrites au registre suisse de l'état civil. L'accès à la modification de l'inscription du sexe selon l'art. 30b CCS doit donc être garanti à toute personne y figurant avec le sexe dans laquelle elle ne peut se reconnaître, sans égard à la loi par ailleurs applicable en vertu de l'art. 37. La compétence de l'officier de l'état civil s'oriente ainsi d'après la définition des personnes saisies dans le registre selon l'art. 15a OEC.

12 n

Dans la pratique de l'état civil, on entend ajouter à ces personnes celles en provenance de l'étranger qui sont domiciliées en Suisse et dont les données d'état civil n'ont encore jamais été saisies dans le registre suisse. La compétence pour procéder à la saisie de leur déclaration en vertu de l'art. 30b CCS, prévue à l'art. 15a al. 2 lit. a OEC, résulte à leur égard de l'art. 38 al. 1 ; le traitement de leur déclaration de modification du sexe nécessitera l'enregistrement de l'ensemble de leurs données d'état civil (cf. FF 2020 p. 822 ainsi que la Directive de l'OFEC, ch. 2.1). Toutefois, il s'agit en réalité de la détermination directe du sexe ; la personne concernée ne va pas suggérer une modification de l'inscription si son état civil ne figure point au registre. L'art. 30b CCS n'étant pas applicable, il n'y a pas d'autre fondement dans l'OEC pour une telle inscription qui ne porte pas, en tant que telle, sur une donnée de l'état civil.

13 n

Il reste à connaître l'autorité compétente autre que celle de l'état civil. S'il s'agit d'une action d'état, le juge civil ordinaire est compétent ; 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). L'analogie fondée sur l'art. 40a porte uniquement sur le domaine faisant l'objet des art. 37-40 et notamment l'art. 38 sur la compétence des autorités suisses. Cette règle ne s'étend pas à la compétence *ratione materiae* de ces autorités ; elle n'a donc pas pour effet de renvoyer à la compétence du gouvernement du canton du domicile d'après l'art. 30 al. 1 CCS.

14 n

A part l'action d'état, 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. La compétence internationale du juge compétent pour en décider doit alors suivre le même régime que celui applicable à la compétence des autorités de l'état civil saisies d'une déclaration selon l'art. 30b CCS. Il n'y a pas d'analogie des situations qui aurait pour effet de réduire le champ de compétence des tribunaux suisses au cadre fixé par l'art. 38 al. 1 et 2. Il convient de suivre la même réflexion lorsque l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est saisie au cas où l'opposition du représentant légal est en jeu (FF 2020 p. 819).

15 n

Une modification du sexe par une déclaration comparable à celle de l'art. 30b CCS, plutôt qu'un changement de sexe par décision, peut être obtenue dans certains *pays étrangers*. L'analogie prévue par l'art. 40a pourrait s'appliquer par rapport à l'art. 39 qui porte sur un « changement de nom intervenu », sans être limité à l'hypothèse d'une décision judiciaire ou administrative. Sous l'angle de l'art. 39, il faudrait alors 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).

III. Le droit applicable

1. La détermination du sexe

16 n

Du fait de l'extension de l'analogie selon l'art. 40a à la détermination du sexe, celle-ci sera régie par le droit applicable désignée par l'art. 37 (FF 2020 p. 821). Au regard de cette règle de conflit, 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.

17 n

Pour les nouveau-nés et les enfants en bas âge, l'option est exercée par leur représentant légal. Elle vise « son droit national » et elle est liée à la nationalité effective selon l'art. 23 al. 2 (cf. art. 37 n° 22). D'après l'art. 14 al. 5 OEC, la déclaration au sens de l'art. 30b CCS et de l'art. 14b OEC comporte une soumission du sexe au droit suisse. Cependant, cette règle comporte une fiction qui ne peut lier la volonté d'un enfant ou d'un adulte par rapport aux actes d'état civil futurs (cf. art. 37 n° 30c).

18 n

On rappellera qu'une hypothèse de détermination du sexe est également celle d'une personne affectée par une inscription sur le registre suisse de l'état civil lors d'un événement concernant son état civil au cours de sa vie, telle la naissance d'un enfant, un mariage, ou encore le dépôt d'un mandat d'incapacité, c'est-à-dire tous les événements appréhendés par le registre suisse selon les art. 15a et 15b OEC. En définitive, l'analogie avec l'art. 37 l'emporte pour toute inscription initiale d'un sexe, pour laquelle l'art. 30b CCS et l'art. 14b OEC sont hors de cause.

19 n

Il convient cependant de souligner que la portée de l'art. 40a est générale, autant que l'art. 37 sur le nom des personnes physiques. Le fait que l'introduction de cette disposition ait été associée à l'adoption de l'art. 30b CCS n'y change rien. A chaque fois que, dans la vie d'une personne, il est fait référence à son sexe en droit civil, l'art. 40a intervient si l'on est en présence d'un élément d'extranéité, principalement un domicile à l'étranger ou une nationalité étrangère.

2. La modification du sexe

20 n

De ces situations, il convient de distinguer celle d'une demande en *changement de sexe* et celle de la *modification de l'inscription du sexe* dans le registre suisse de l'état civil. Malgré une terminologie qui n'est pas toujours univoque, ces deux hypothèses ne sont pas identiques. Dans le cas de la modification de l'inscription au registre, il s'en suit certes un changement de sexe, mais celui-ci n'a pas d'effet allant au-delà de la présomption légale selon l'art. 9 CCS, comme c'est le cas de tous les titres publics. L'art. 30b CCS régit une telle requête, s'agissant d'une déclaration à l'attention de l'autorité de l'état civil, qui doit être accessible à tous ceux dont le sexe est inscrit au registre. Une demande visant directement un changement de sexe, en revanche, est une action d'état devant un tribunal appelé à rendre une décision ayant l'autorité de la chose jugée et s'imposant à ce titre aux autorités de l'état civil. Une telle action peut porter, au fond, sur le changement de sexe, ce qui représente une situation comparable au changement de nom, au point que l'analogie selon l'art. 40a conduit à l'application du droit suisse en vertu de l'art. 38 al. 3.

21 n

Or, pour cette seconde hypothèse, objet d'une action d'état, le droit suisse ne précise pas la solution, faute d'une disposition légale applicable. Cela peut s'expliquer par le simple fait que l'adoption de l'art. 30b CCS a eu précisément pour but d'éviter à la personne concernée le détour par une procédure de type judiciaire. Cela ne fait pas pour autant disparaître de telles actions, notamment dans les cas dans lesquels l'autorité de l'état civil refuse la déclaration selon l'art. 30b CCS ou pour les hypothèses dans lesquelles aucune inscription sur le registre n'a encore eu lieu.

22 n

Il conviendra de retenir que dans la mesure où les situations sont comparables, le juge civil devrait statuer conformément aux principes retenus à l'art. 30b CCS, ce y compris en cas de conflit avec un représentant légal qui refuserait son consentement. Tel sera nécessairement le cas lorsque ce juge est saisi d'une demande visant l'inscription ou la rectification dans le registre de l'état civil (art. 42 CCS), dont le sort constitue le prolongement du régime introduit pour les autorités de l'état civil à l'art. 30b CCS. Il semble cependant primordial de consacrer une unité des solutions également par rapport à une action d'état en changement de sexe. Le juge civil saisi d'une telle action suivra ainsi le mode déclaratif applicable à l'enregistrement de l'état civil. Qu'elle soit saisie d'une action en rectification ou d'une action d'état, l'autorité judiciaire statuera sur les conditions posées par l'art. 30b CCS, ce qui comprend son pouvoir de passer outre au refus du représentant légal, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ou de l'adulte (cf. FF 2020 p. 819 s.). Cela vaut d'autant plus que l'on ne peut prédire le biais par quel biais la question va être articulée par la personne concernée, qui est libre de procéder selon le mode judiciaire ou devant l'autorité de l'état civil (à supposer qu'il existe déjà une inscription relative à son sexe), voire à travers les deux (si la modification est refusée par l'autorité de l'état civil ou s'il manque le consentement du représentant légal lorsqu'il est exigé).

23 n

Cependant, la personne qui s'est fait attribuer un sexe à la naissance dans lequel elle ne peut se reconnaître, ne requiert pas nécessairement un « changement » de sexe ou, plus précisément, une conversion de son sexe, mais au contraire l'instauration du sexe initial, tel qu'elle l'a toujours ressenti comme son vrai sexe. Pour elle, le sexe inscrit n'a jamais correspondu à son sexe réel. Une telle hypothèse n'est pas rencontrée par rapport aux noms, pour lesquels seul un véritable changement d'un nom vers un autre est envisageable. Or, lorsque la détermination du sexe se pose indépendamment d'un sexe préexistant, il n'y a pas d'analogie avec le changement de nom au sens de l'art. 38. La loi applicable est alors celle applicable au nom et au sexe selon l'art. 37. Cette loi peut être une loi étrangère.

24 n

Une telle hypothèse n'est d'ailleurs pas hors de portée dans le contexte d'une déclaration fondée sur l'art. 30b CCS, malgré le fait que pour l'art. 14b OEC, il s'agirait toujours d'une « déclaration concernant le changement de sexe ». L'art. 30b CCS n'emploie pas l'expression de « changement de sexe » (contrairement au cas du changement de nom, art. 30 CCS). Cet article figure dans la loi sous le titre marginal « B. Protection de la personnalité – IV. Relativement au sexe », sans aucune allusion à une démarche du type « changement ». La personne peut fort bien déclarer qu'elle vise une modification de l'inscription d'un sexe qui n'a jamais correspondu au sexe qu'elle a ressenti et ressent encore comme son vrai sexe. Elle ne fait donc pas valoir un « changement » survenant au cours de sa vie, mais une modification ayant des effets *ex nunc*. L'argument consiste à prétendre que le sexe n'a jamais été déterminé correctement et qu'il s'impose d'en effacer la trace rétroactivement. L'art. 9 CCS laisse la place à une telle demande, étant donné que le sexe initialement inscrit ne l'était qu'avec l'effet d'une présomption légale, qui peut toujours être renversée par la preuve de son inexactitude, sans limite dans le temps. Dans le contexte du régime de l'art. 30b CCS, cette inexactitude peut faire l'objet de la déclaration de la personne qui fait part de sa « conviction intime et constante » de n'avoir jamais appartenu au sexe inscrit. Il n'y a donc pas lieu de faire figurer dans son état civil la mention d'un changement de sexe comme cela est prévu à l'art. 7 al. 2 lit. o OEC.

25 n

En conclusion, dans les cas internationaux, la modification de l'inscription d'un sexe figurant déjà au registre suisse de l'état civil suit le régime de l'art. 30b CCS, que la modification soit requise, ou non, avec des effets *ex nunc*. En revanche, dans l'hypothèse d'une action d'état indépendante d'un tel enregistrement, la loi applicable est celle désignée par l'art. 38 al. 3 ou, selon la nature de la demande, par l'art. 37. Dans le premier cas, le droit suisse est applicable lorsqu'un changement du sexe est requis, pour lequel le juge s'inspirera du régime de l'art. 30b CCS. Dans le second cas, la personne vise une nouvelle détermination de son sexe, conformément à la loi, suisse ou étrangère, désignée par l'art. 37.

26 n

On relèvera également que la modification de l'inscription vise celle « dans le registre de l'état civil », sans aucune distinction selon l'objet de l'acte délivré sur la base de ce registre. On ne saurait donc partager l'avis de l'OFEC qu'il n'y aurait pas lieu d'actualiser les données relatives à la filiation d'une personne, ainsi que cela est dit dans la Directive (ch. 2.4), sur ce point incompatible avec les Directives techniques Infostar (annexées) qui mentionnent la délivrance d'extraits comportant les données actuelles (ch. 4). Dans certains pays étrangers, telle la France, où l'acte de naissance est important dans la pratique administrative, la personne devrait-elle alors présenter un acte de naissance non modifié ainsi que le nouvel acte sur son état civil, indiquant respectivement des sexes différents ? Lorsque le juge est saisi de la question, à travers une action en rectification ou une action d'état, il ordonnera les modifications qui s'imposent dans le registre (art. 42 CCS, art. 30 al. 1, 40 al. 1 lit. j et k OEC). L'autorité de l'état civil aura l'obligation d'y donner suite, malgré les directives fédérales qui ne s'adressent qu'aux autorités de l'état civil, et ce uniquement dans le cadre des modalités pratiques de l'enregistrement, sans aucune force contraignante lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec la loi ou l'Ordonnance. Au demeurant, dans l'hypothèse d'une variation du développement sexuel, la modification ultérieure de la mention du sexe en fonction du comportement montré lors de la petite enfance correspond à une pratique courante, ce qui signifie que la mention du sexe est déterminée provisoirement à la naissance (FF 2020 p. 791). L'acte de naissance est alors corrigé, et l'on ne parle pas d'un « changement de sexe » (cf. la Communication de l'OFEC sur l'intersexualité du 1.2.2014). Le Message avait d'ailleurs noté qu'« il n'est pas exclu de délivrer des documents d'état civil avec le nouveau sexe des parents si cela est conforme au bien de l'enfant » (FF 2020 p. 817).

3. La binarité masculin/féminin

27 n

Le législateur n'a pas voulu s'avancer sur le terrain délicat du sort 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 le système binaire, obligeant l'attribution de toute personne à l'une de ces catégories. La pratique est cependant devenue de plus en plus incertaine, étant donné que des interventions chirurgicales dans le but de placer l'enfant de force sous un sexe « officiel » appartiennent au passé, au point que, selon des avis se manifestant avec force, même les parents en leur qualité de représentant légal ne peuvent en disposer sans violer le droit strictement personnel absolu de leur enfant. Dans certains pays étrangers, on reconnaît un troisième genre, exprimé par le terme « divers » en Allemagne (depuis la réforme de 2018), par la lettre « X » ailleurs ou simplement en laissant vide la case réservée au sexe, comme en Autriche et encore en Allemagne (depuis 2013). Dans son Règlement sur les documents publics, l'Union européenne reconnaît la troisième mention du sexe « indéterminé » dans les formulaires types multilingues (art. 7 ; cf. art. 33 n° 27).

28 n

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). Dans le rapport fourni le 21.12.2022 en réponse à deux postulats (Arslan, n° 17.4121, et Ruiz, n° 17.4185), le Conseil fédéral a conclu que la binarité des sexes est profondément ancrée dans la population et que les conditions sociales nécessaires à l'abandon de la mention du sexe ou à l'introduction d'un troisième sexe à l'état civil ne sont à ce jour pas réunies (ch. 6). Malgré ces affirmations, relayées encore par l'OFEC, on constate aisément que le principe de la binarité sexuelle masculin/féminin n'est consacré ni en droit civil ni dans l'Ordonnance sur l'état civil. Cela est d'autant plus évident au regard du fait que l'état civil ne comprend pas le sexe (cf. art. 39 al. 2 CCS, art. 7 OEC), même si le Conseil fédéral estime dans son rapport qu'il constitue « un élément central de l'état civil » (ch. 2.1.1), sans indiquer que ce sexe soit exclusivement binaire. De même, on entend imputer au nouvel art. 30b CCS cette binarité alors que cette disposition est neutre quant au sexe : le sexe inscrit peut être modifié, mais il n'est pas dit de quel sexe il s'agit. La Directive de l'OFEC qui accompagne ce nouveau régime tente d'amener les autorités de l'état civil à persévérer dans la binarité M/F. Cela va sans doute être confirmée dans la pratique, tout au moins pour un certain temps, jusqu'à ce que les esprits s'éveillent au regard d'un mouvement de neutralité sexuelle qui se manifesterait indubitablement.

Pour la Commission des affaires juridiques du Conseil national, le rapport du Conseil fédéral ne clôt pas le débat, même si les perspectives d'avenir semblent manquer du soutien dont une réforme plus conséquente aurait besoin. Voici le Communiqué de la séance du 24.4.2023 :

*La commission a souhaité mener des auditions suite à la publication du rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats Arslan **17.4121** (« Inscription d'un troisième sexe à l'état civil ») et Ruiz **17.4185** (« Introduction d'un troisième genre. Conséquences pour l'ordre juridique et pour Infostar »). Elle a entendu tant des représentantes et représentants d'associations de personnes trans et non-binaires que du milieu médico-éthique ou du domaine juridique. Par 13 voix contre 6 et 1 abstention, elle a ensuite décidé d'adopter un postulat de commission (**23.3501**) demandant au Conseil fédéral de lui présenter les mesures susceptibles d'améliorer la situation des personnes non binaires sans qu'il soit nécessaire d'abandonner, sur le plan juridique, le principe de la binarité des sexes. Une minorité propose de ne pas adopter un tel postulat.*

29 n

S'agissant de la réaction des tribunaux, qui sont en principe indépendants des autorités de l'état civil, il faut s'attendre à ce que leur pratique s'orientera dans un premier temps en fonction du régime de l'art. 30b CCS et du principe de la binarité masculin/féminin dont il est dit qu'il y serait consacré. Cependant, cela ne va pas de soi. Car dans un certain nombre de cas, la personne peut vouloir réclamer à ce qu'elle soit reconnue avec un genre non compris dans le standard de la binarité masculin/féminin et que l'instruction soit donnée aux autorités de l'état civil de faire figurer son sexe « non spécifié » ou « autre que masculin/féminin » au registre de l'état civil et qu'un acte d'état civil conforme à cet état soit établi. La résistance des autorités est certaine, mais l'affaiblissement progressif de leur argumentaire l'est également. L'arrêt de l'Obergericht d'Argovie du 29.3.2021 a servi de réveil, sonnait plus tôt que prévu (FamPra.ch 2021 n° 37 p. 763). Le respect de la personnalité intime deviendra une ligne de conduite. La clause d'analogie de l'art. 40a LDIP soutiendra cette évolution car elle place le débat au niveau du droit positif actuel depuis le 1.1.2022 déjà, et ce sans être subordonnée à la binarité masculin/féminin dont on croit qu'elle soit consacrée à l'art. 30b CCS. La CEDH reconnaît que l'attribution du sexe M/F à une personne biologiquement intersexuée met en cause son droit au respect de sa vie privée ; il convient néanmoins de ne pas interférer en la matière avec les pouvoirs du décideur national, s'agissant d'une question qui relève d'un choix de société, en tout cas en l'absence d'un consensus européen résultant de l'évolution de la société et de l'état des consciences qui doivent cependant donner lieu à un examen constant (CEDH, Y. c. France, 31.1.2023, § 81-92).

IV. La porte ouverte par l'art. 40a au troisième sexe

30 n

En effet, dès l'entrée en vigueur de la réforme, le troisième sexe ira s'attirer un autre regard. En suivant la clause d'analogie de l'art. 40a, la détermination du sexe d'une personne étrangère relève des lois désignées par l'art. 37, soit celle du domicile de la personne, soit celle de son pays d'origine si cette loi a été choisie. En fonction du contenu d'une telle législation étrangère, on pourrait donc aboutir à une identité sexuelle qui ne peut être placée dans le moule d'une reconnaissance sexuelle purement binaire. Le législateur ne semble pas avoir pris conscience de cette dimension s'étendant aux pays étrangers connaissant le troisième sexe. L'art. 40a n'a fait l'objet d'aucun débat (BO CE 2020 p. 503, CN 2020 p. 1834). Pourtant, les députés étaient avertis : « La question joue concrètement un rôle en ce qui concerne l'inscription d'un troisième genre dans les registres, option qui n'est actuellement connue que dans certains Etats, notamment en Allemagne et en Autriche. » (FF 2020 p. 821).

31 n

L'absence de réaction du législateur confirme un autre paramètre de cette extension vers les droits étrangers différents du nôtre en matière d'identification sexuelle : de telles lois, si elles devaient ne pas consacrer la binarité masculin/féminin, ne heurtent pas l'ordre public suisse. Si la réduction à deux sexes était à ce point fondamentale qu'elle imposerait son exclusivité, on devrait s'attendre à en trouver une consécration dans la législation. Il faudrait davantage : la binarité devrait s'imposer avec une force telle que toute solution s'en écartant heurterait le sentiment de justice en Suisse. Ainsi que l'a conclu l'Obergericht d'Argovie, du moment que les autorités fédérales, tout en conservant encore le principe de la binarité, acceptent d'examiner la meilleure solution pour les personnes se réclamant d'un troisième sexe, on est loin d'une position hostile au point que la reconnaissance d'un troisième sexe attribué à la personne à l'étranger devrait être refusée au motif d'être incompatible avec

l'ordre public suisse. Le Conseil fédéral 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 portant d'un troisième sexe d'être inscrits sans indication quant au sexe, évitant ainsi des situations boiteuses en particulier dans les relations avec l'Allemagne et l'Autriche (FF 2020 p. 823). Aux Chambres fédérales, où la tendance dominante était que l'accueil d'un troisième sexe n'était pas encore mur et devrait faire l'objet d'un débat ultérieur, aucune allusion n'a été faite en ce sens que ce mode d'enregistrement heurterait l'ordre public suisse. La Directive de l'OFEC n'en fait pas mention, ni d'ailleurs le Conseil fédéral dans son rapport du 21.12.2022.

32 n

Dans le domaine très particulier du contrôle des sentences arbitrales à travers la notion d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 lit. e, le Tribunal fédéral a reconnu 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). Dans cette affaire d'arbitrage, une place a été réservée, certes, au troisième genre, respectivement à un genre différent de ceux de homme/femme, défini par des facteurs biologiques, mais cela 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). Sans entrer dans ce débat, on constate la difficulté d'intégrer les personnes appartenant à un troisième sexe dans les activités sportives reconnaissant uniquement les catégories hommes/femmes, tout en relevant cependant que le droit ne peut rejeter par principe tout genre biologique autre que homme/femme.

33 n

Pour les autorités fédérales, l'obstacle est ailleurs et il est de taille. Le Message avait déjà constaté que faute de pouvoir s'intégrer dans la structure suisse du registre de l'état civil, géré par le logiciel *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.). L'adaptation du registre et des formulaires dans le but de permettre aux ressortissants étrangers d'être inscrits avec un sexe autre que masculin ou féminin est réservé pour des temps futurs (FF 2020 p. 822, 823). Or, si un tel aménagement est envisageable pour l'avenir et qu'il s'opère au simple niveau des formulaires et des inscriptions au registre, pour quelle raison cela ne pourrait pas se faire d'ores et déjà ? Les Chambres fédérales n'ont pas voulu y toucher, ce qui a réconforté les députés qui n'étaient pas disposés à intégrer les cas de troisième sexe dans la réforme. S'il paraît qu'en pratique, il est difficile de passer outre, il faut constater néanmoins que l'analogie avec l'art. 37 est alors privée de sens.

34 n

On remarquera tout d'abord le manque de substance des affirmations officielles, comme en témoigne la Directive de l'OFEC. On y lit que « conformément aux principes suisses sur la tenue des registres, ... toute personne, suisse ou étrangère, devra être saisie dans les catégories de sexe connues de notre ordre juridique » (ch. 7) ; cela tient au fait que « la réforme ne met pas en cause le caractère binaire des sexes » (ch. 3.2). C'est une pure *petitio principii*. A part les art. 39 et 40 LDIP, aucune disposition légale ou réglementaire n'est citée. Cela ne suffit pas. L'OFEC ne fait pas mention de l'art. 27 al. 3 LDIP qui prohibe toute révision au fond. Car c'est bien de cela qu'il s'agit lorsqu'un acte étranger est présenté affirmant le genre ni masculin ni féminin de la personne. La Directive explique que la personne devra déclarer par écrit sous quelle désignation, masculine ou féminine, elle devra être transcrite (ch. 7), ce qui revient à nier le fond même de l'acte étranger dont la Suisse doit assurer la reconnaissance. On dit qu'un service serait rendu à la personne concernée : il est suggéré, en effet, qu'un modèle de formule (n° 6.8.5) lui sera fourni sur lequel elle pourra inscrire son choix ; à défaut, la transcription n'aurait pas lieu. Le Message expliquait que ce refus ne devrait pas se répercuter sur les effets autres que l'indication du sexe dans l'acte étranger, telle la dissolution d'un mariage (cf. FF 2020 p. 823). Or, la Directive ne reprend pas cette conclusion, car elle est impraticable : l'acte étranger touchant à l'état civil ne peut être transcrit sans identifier le sexe à la façon suisse – binaire – des personnes concernées. L'ensemble des actes d'état civil impliquant une indication de sexe non conforme à la binarité M/F ne seront pas transcrits et reconnus en Suisse.

35 n

L'appel à l'art. 40 LDIP est dénué de justification (« guère convaincante » pour Dutoit/Bonomi, art. 40a n° 5), car il n'existe aucun empêchement technique intrinsèque, fondé sur les principes sur la tenue du registre, pour se libérer du cadre rigide de la binarité masculin/féminin. Il existe d'autres actes faisant état d'un sexe non binaire dont la Suisse doit accepter la validité (cf. art. 40 n° 10 s.). L'obstacle est purement technique car l'Ordonnance de l'état civil est déjà adaptée à la nouvelle situation : en effet, l'énumération des « données » susceptibles d'être

traitées dans le registre comprend le « sexe », sans restriction associée à la binarité masculin/féminin (art. 8 lit. d OEC). Cette limitation n'apparaît qu'au niveau du libellé des formulaires qui comportent uniquement les deux cases « M » et « F » et dont la confection est commandée par le système *Infostar* dont le logiciel est d'une rigidité empêchant tout ajustement, comme le relève le postulat Ruiz (n° 17.4185). Outre qu'il n'a pas de base légale, ce libellé n'a donc pas de fondement dans l'OEC non plus. Le Message l'a déjà dit clairement : l'adaptation au troisième sexe est « essentiellement technique » (FF 2020 p. 823). On est donc loin d'un « principe » régissant la tenue du registre, comme l'exigerait l'art. 40 LDIP. 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. Les autorités de l'état civil peuvent aussi extraire de leurs fichiers une feuille blanche et la remplir à travers un format informatique *ad hoc*, afin de rendre justice aux particuliers réclamant le respect de leur identité sexuelle. Les Directives techniques *Infostar* relèvent différentes solutions afin d'établir des formulaires à travers un traitement de texte ou manuellement. On peut également se servir des formulaires des Conventions n° 16 et 34 de la CIEC (cf. art. 40 n° 10). Dans son rapport du 21.12.2022, le Conseil fédéral ne revient pas sur ce qu'il a dit dans son Message de 2020, mais il annonce qu'un nouveau logiciel *Infostar NG* serait opérationnel en début 2025, en sorte qu'il serait « concevable » de procéder à une inscription « non binaire » à l'état civil (ch. 4.1.1). Il ne dit pas que cela est déjà possible dans les formulaires des Conventions de la CIEC, ou que les Directives techniques *Infostar* en permettent la confection par traitement de texte (ch. 2.5).

36 n

L'art. 30b CCS est rédigé dans le sens d'une « *Kann-Vorschrift* ». Il réserve la demande formelle sollicitant une décision du juge sur la détermination du sexe de la personne ou sur un changement de sexe à travers une action d'état, suivie d'un jugement constatant le sexe non binaire avec l'autorité de la chose jugée. Lorsque la loi applicable est une loi étrangère désignée par l'art. 37, en vertu de l'analogie consacrée à l'art. 40a, la constatation du juge civil du sexe ni masculin ni féminin d'une personne n'est pas subordonnée à l'art. 30b CCS, même dans le cas où on voudrait y trouver le principe exclusif de la binarité, sans laisser de place à la réalité biologique.

37 n

La situation est la même dans l'hypothèse où la personne concernée présente aux autorités suisses une décision ou un acte d'état civil valable dans son Etat de domicile ou dans son Etat national afin d'en obtenir la reconnaissance en Suisse (art. 39). En règle générale, c'est la procédure de la transcription dans le registre suisse de l'état civil qu'il convient de suivre et non celle de l'exequatur cantonal (art. 32). Cependant, ce chemin mène uniquement à une décision administrative relative à cette inscription. Sur le fond du droit litigieux, elle n'a rien de plus qu'une valeur déclarative, dépourvue de la force de chose jugée au sens matériel. L'action d'état tendant à faire constater ce droit et à obtenir la radiation ou la modification de l'inscription au registre reste réservée (ATF 117 II 11 ss, 12). Compte tenu de l'état incertain et controversé de l'insertion d'un sexe autre que masculin et féminin au registre, l'intérêt à solliciter une telle constatation, suivie de l'instruction quant à l'enregistrement, est manifeste avant même que la personne concernée ne tente d'y parvenir par la voie administrative. Dans un premier temps, cette démarche pourrait s'avérer incontournable compte tenu de la menace de l'administration de l'état civil de refuser toute transcription qui n'est pas assortie de l'engagement écrit à s'attribuer un sexe masculin ou féminin.

38 n

Les tribunaux saisis de cas internationaux non régis par l'art. 30b CCS constateront ainsi non seulement le sexe dont la personne se réclame, mais ils donneront l'instruction à l'office d'état civil compétent de procéder à l'inscription conforme au droit. Le mode de procéder se présente donc sur ce point de la même manière que dans le passé, lorsqu'il a fallu surmonter la résistance des autorités de l'état civil à inscrire des noms comportant des flexions selon le sexe (cf. ATF 131 III 201 ss). Si l'entrée du troisième sexe sur le registre est ordonnée, l'autorité de l'état civil ne saurait invoquer l'Ordonnance pour passer outre un jugement entré en force. Elle trouvera les modalités techniques pour ce faire, même si cela nécessite, en tout ou en partie, le recours à un procédé non géré par le logiciel *Infostar*.

39 n

Compte tenu de la compréhension et de l'accueil plus soutenus que dans le passé des catégories sexuelles que l'on résume sous le « troisième sexe », on sera confronté dans la pratique à un nombre croissant de cas laissant ressortir une divergence de traitement, voire une discrimination à l'envers, étant donné que les personnes profitant de leur loi étrangère de domicile ou de nationalité seront en mesure de faire constater ou reconnaître leur vraie sexualité en Suisse, ce que l'on croit encore pouvoir refuser aux personnes domiciliées en Suisse et ne disposant pas la nationalité d'un pays leur offrant une telle ouverture. A la longue, l'obstacle de la binarité exclusive ne tiendra pas. Le juge saisi de l'action d'état s'en écartera immanquablement, faute de base légale et

compte tenu du droit de la personne à la protection de sa personnalité intime. Les autorités saisies d'une demande d'inscription au registre de l'état civil suivront pour la même raison, constatant au surplus que cette binarité repose sur des motifs de pure technique informatique ; l'Ordonnance devrait les réconforter, car elle confirme la législation : la binarité exclusive ne s'y trouve pas non plus.