

Andreas Bucher

L'accueil du troisième sexe

L'adoption récente de l'art. 30b du Code civil sur la modification du sexe inscrit dans le registre de l'état civil a été accompagnée de multiples affirmations qu'il n'y aura pas de « troisième sexe » en droit suisse. Le droit international privé aide à comprendre que la situation n'est pas aussi simple et catégorique. Le nouvel article 40a de la LDIP désigne dans certains cas une loi étrangère qui, dans certains pays, se voit attribuer un sexe « X » ou « indéterminé ». La porte est donc ouverte à l'accueil de telles indications de genre, différentes du modèle binaire M/F.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit des personnes, DIP

Proposition de citation : Andreas Bucher, L'accueil du troisième sexe, in : Jusletter 24 janvier 2022

Table des matières

- I. Le sexe et les règles sur le nom : l'art. 40a LDIP
- II. La déclaration selon l'art. 30b CC
- III. Les autorités compétentes
- IV. Le droit applicable
 - 1. La détermination du sexe
 - 2. La modification du sexe
 - 3. La binarité masculin/féminin
- V. La porte ouverte par l'art. 40a LDIP au troisième sexe

[1] L'entrée du troisième sexe en droit suisse semble compromise. Dans le contexte de la réforme du droit civil sur le changement et la modification du sexe, un article 30b a été introduit au Code civil sous la bannière de la « débureaucratization ».¹ Cependant, dès que l'on entend améliorer le sort des personnes qui ne se reconnaissent pas dans une sexualité binaire réduite aux hommes et aux femmes depuis deux siècles, la bureaucratie reprend son rôle. Ces personnes, dont le nombre est respectable dans le pays, trouvent porte close face à une réglementation dont des mouvements politiques et juridiques réclament l'assouplissement depuis des années. En l'état, au moment de l'entrée en vigueur de la réforme, le regard doit se tourner vers le droit international privé et les lois étrangères susceptibles de s'appliquer en Suisse, laissant ainsi une lueur d'espoir en direction d'un avenir meilleur.

I. Le sexe et les règles sur le nom : l'art. 40a LDIP

[2] L'article 40a LDIP complète le nouvel art. 30b al. 1 CC 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. 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, ayant pour conséquence 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.² On remarquera cependant que le champ de l'art. 40a LDIP est plus large que celui de l'art. 30b CC, 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 CC.

[3] 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 LDIP. 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.

¹ RO 2021 p. 668, avec la modification de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC ; RS 2021 p. 666, RS 211.112.3). Pour l'analyse, on consultera surtout le Message du Conseil fédéral, FF 2020 p. 779–834.

² Cf. FF 2020 p. 783–789 (ch. 1) ; JULIA RÄDLER, *Das dritte Geschlecht*, Tübingen 2019, p. 89–102.

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 CC 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 CC 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.

[4] La détermination du nom suit les règles tirées du droit applicable désigné par l'art. 37 LDIP. 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.

[5] 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 LDIP, désigné à titre d'analogie par l'art. 40a LDIP, 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.³

[6] L'application par analogie des art. 37–39 LDIP 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 CC. 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 paternité⁴ ; 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 le relève la Directive n° 10.22.01.01 de l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) sur le « Changement de sexe à l'état civil » publiée en décembre 2021 sur le site dudit Office, qui reprend les Commentaires présentés auparavant, en août 2021.⁵ 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.

³ Cf. ATF 119 II 264 ss, 270 s. ; 143 III 284 ss, 287.

⁴ FF 2020 p. 818 s. (ch. 8.1.4)

⁵ Cf. sur le site de l'Office fédéral de la justice, sous « Modifications de l'OEC ».

[7] Or, ce mode de procéder ne correspond pas au changement de nom visé par l'art. 38 LDIP. 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 LDIP est manifestement calqué sur la règle sur le changement de nom de l'art. 30 CC, 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 CC 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 CC n'est pas déterminé par l'art. 38 LDIP, faute d'analogie des situations ; il découle directement de cette règle même. C'est une règle d'application impérative au sens de l'art. 18 LDIP. La solution est la même que celle relative à la compétence des autorités de l'état civil : l'art. 30b CC 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.

[8] 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 »⁶. On n'a pas observé que l'art. 40a LDIP 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 CC 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 CC est ainsi comprise dans le champ de l'art. 39 LDIP, ce qui justifie l'analogie des solutions par rapport à la modification du sexe effectuée à l'étranger.

[9] La déclaration de faire modifier l'inscription de son sexe est normalement accompagnée de celle du ou des *prénoms* (art. 30b al. 2 CC). 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 LDIP 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 CC 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.⁷ Il convient de retenir les mêmes solutions dans les cas de changements de sexe fondés sur une décision, conformément à la pratique antérieure.

[10] L'art. 30b CC 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*

⁶ Hurni, BO CN 2020 p. 1831.

⁷ FF 2020 p. 790 (ch. 2). La Directive de l'OFEC le confirme (ch. 4).

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, dès le 1^{er} juillet 2022). Indirectement, l'art. 30b al. 3 CC 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. S'agissant des *rappports de famille futurs*, des questions délicates pourraient se poser tant que le droit civil maintient les notions de mère/père. L'alinéa 3 ne semble pas viser ces problèmes, à en croire le Message.⁸ Les cas étant rarissimes, on n'ira pas plus loin que d'entamer la réflexion. Il est déjà arrivé qu'une personne, après avoir modifié son sexe de féminin en masculin, puis épousé un homme, ait donné naissance à un enfant ; l'inscription à l'état civil allemand a eu lieu en tant que « mère », de sexe masculin.⁹

II. La déclaration selon l'art. 30b CC

[11] L'appréhension de l'exigence que la déclaration requérant une modification de l'inscription de son sexe représente la « conviction intime et constante » de la personne n'a pas toujours été évidente lors des travaux du législateur. Le Conseil fédéral s'en était 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 et l'aide fournie par les directives.¹⁰ Le Message a insisté, avec raison, sur l'expérience des officiers de l'état civil s'agissant de débusquer des déclarations frauduleuses ou inconsidérées.¹¹ 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.¹² 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.¹³

[12] Cette présentation ramène l'exigence posée à l'art. 30b al. 1 CC à l'examen de la capacité de discernement. La condition de la « conviction intime et continue », prise à la lettre, irait plus loin. Il ne s'agirait 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 se pose encore la question de la formation de la volonté dans un sens correspondant à la conviction intime et continue de la personne. 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 CC, 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.¹⁴

⁸ FF 2020 p. 816 s. (ch. 8.1.3).

⁹ Kammergericht de Berlin, Beschluss du 12 janvier 2021, n° 1 W 1290/20.

¹⁰ Cf. FF 2020 p. 792 s. (ch. 3), 814 (ch. 8.1.1). La directive de l'OFEC ne fournit cette formation que très sommairement.

¹¹ FF 2020 p. 791 (ch. 2), 813 (ch. 8.1.1), 818 (ch. 8.1.4).

¹² FF 2020 p. 813 (ch. 8.1.1).

¹³ FF 2020 p. 813 (ch. 8.1.1).

¹⁴ Cf. FF 2020 p. 811 (ch. 8.1.1), avec la note 143.

[13] Lorsque l'on a pris conscience de la nature spécifique de la « conviction intime et continue », on a compris que l'on risque d'être confronté 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 seraient 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 comprendrait d'ailleurs 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.¹⁵

[14] Une autre réaction malheureuse pourrait consister à voir l'officier de l'état civil ordonner une expertise médicale pour vérifier la capacité de discernement ; dès lors que celle-ci s'apprécie par rapport à un acte concret, on n'éviterait pas que la conviction de la personne fasse partie d'un tel examen. Au Conseil national, il a été dit que la capacité de discernement devrait être examinée par des experts.¹⁶ C'est précisément ce que le projet voulait éviter.¹⁷ Le Message n'est pas sans entretenir une ambiguïté lorsqu'il relève qu'en cas de doute, « des investigations complémentaires seront effectuées »¹⁸ et que « l'autorité effectue les vérifications nécessaires, en sollicitant notamment l'avis d'un expert médical », et ce « dans le cadre de l'obligation de collaborer de la personne intéressée », qui serait celle retenue à l'art. 160 CPC.¹⁹ Or, une telle obligation de la part de la personne s'ajouterait à la déclaration comme un complément, ce que l'art. 30b CC ne prévoit pas. Dans un autre contexte, il est noté que le devoir de conseil des officiers de l'état civil sera limité à la réception de la déclaration de changement de sexe, ce devoir étant donc plus étroit que ce que prévoit l'art. 16 al. 5 OEC, qui mentionne également la collaboration des personnes concernées.²⁰ On n'est donc pas à l'abri d'un risque de voir les requérants renvoyés devant l'autorité judiciaire, avec le conseil de se munir de l'avis d'un expert médical. Ce n'est pas, fondamentalement, ce que le législateur a voulu.

[15] La solution de la sagesse fondée sur l'objectif pratique de la solution et la contribution qu'elle devait offrir à la personne concernée l'a remportée lors de l'avancement des travaux préparatoires, comme le résume la Directive de l'OFEC et la synthèse fournie dans les Commentaires du même Office. Le fond de pensée représentant la conviction intime et continue n'est pas à examiner par l'officier de l'état civil qui reçoit la déclaration présentée en personne et par écrit. La sincérité de la déclaration, répondant à l'exigence de la loi, est présumée. Le pouvoir d'examen de l'autorité est limité aux conditions susceptibles de renverser la volonté exprimée dans des situations ne méritant pas de protection juridique, en cas d'abus ou de fraude de toute sorte. Il faut, à ce niveau, pouvoir constater un élément tangible militant en sens inverse émanant de la personne elle-même.²¹ Cela ramène le devoir de vérification de l'autorité à l'examen de la capacité de discernement de la personne, suivant les principes généraux consacrés par rapport à l'art. 16 CC.²²

¹⁵ Cf. WOLF SIEBERICHS, Die diversen Geschlechter, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2019, p. 329–334 (331).

¹⁶ Markwalder, BO CN 2020 p. 232.

¹⁷ Cf. l'intervention de la Conseillère fédérale Keller-Sutter, BO CE 2020 p. 1306.

¹⁸ FF 2020 p. 813 (ch. 8.1.1).

¹⁹ FF 2020 p. 821 (ch. 8.1.4).

²⁰ FF 2020 p. 824 (ch. 9.2). La Directive rappelle que cette collaboration peut être exigée (ch. 3.4).

²¹ Cf. la Directive (ch. 6) et les Commentaires (p. 5).

²² La capacité de discernement étant présumée, cette vérification ne doit pas aller au-delà du constat qu'il manquerait, dans le cas particulier, des motifs susceptibles de renverser cette présomption. Si une telle vérification était

Dans ce contexte, l'officier de l'état civil pourrait exiger, s'il le fallait, une attestation médicale, mais cela devrait rester très exceptionnel. Car sans une telle retenue, il pourrait se développer une pratique généralisée réduisant le champ de liberté des personnes concernées qui ne doivent pas se trouver emmêlées dans des procédures incompatibles avec la nature très personnelle et intime de l'objet de leur déclaration. Si un examen médical est exigé, il doit porter uniquement sur la capacité de discernement et non sur la conviction qui anime la personne dans sa démarche. L'expérience enseigne que dans des situations de nature aussi personnelle que celles portant sur la détermination du sexe, les écarts abusifs sont extrêmement rares et sont normalement repérés sans trop de peine par le personnel de l'état civil. Il n'y a donc pas lieu d'en faire un examen approfondi et intrusif dans chaque cas d'espèce. Le respect de la personne et de son intimité doit l'emporter. Dans le cas exceptionnel d'un abus que l'on pourrait constater après coup, l'action en rectification selon les art. 42 et 43 CC est d'ailleurs toujours possible ; cela sert d'avertissement à tous ceux qui seraient tentés de tromper l'officier de l'état civil.

[16] Les difficultés politiques à faire adopter la réforme par le Parlement expliquent la contradiction entre, d'une part, la protection de l'intimité de la personne dont la conviction doit pouvoir se former sans vérification par des tiers, et, d'autre part, l'exigence du consentement du représentant légal dans les hypothèses de l'alinéa 4 de l'art. 30b CC, ce qui nécessite de la part de la personne qu'elle se justifie. L'appel à supprimer cette incohérence n'a pas été entendu.²³

III. Les autorités compétentes

[17] Compte tenu de l'analogie consacrée à l'art. 40a LDIP, 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 CC conformément à l'art. 38 al. 1 et 2 LDIP, 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 CC, ni à l'action en rectification dont un tribunal pourrait être saisi (art. 42 CC), malgré ce que la Directive de l'OFEC en dit.²⁴

[18] En effet, les fors ordinaires tels que ceux de l'art. 38 LDIP laisseraient 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 LDIP.²⁵ 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

commandée dans tous les cas, la présomption perdrait sa raison d'être. La Directive de l'OFEC apparaît sur ce point maladroit lorsqu'elle assortit cette présomption de l'observation : « elle doit néanmoins être vérifiée d'office, comme l'identité » (ch. 3.3).

²³ Cf. obs. MICHELLE COTTIER, AJP 2020 p. 946.

²⁴ En effet, la Directive se borne à renvoyer à l'art. 38 LDIP (ch. 2.1), sans préciser comment des modifications du registre pourraient être obtenues par des étrangers qui y sont inscrits mais n'ont plus de domicile en Suisse.

²⁵ FF 2020 p. 821 (ch. 8.2).

CC doit donc être garanti à toute personne y figurant avec le sexe dans lequel elle ne peut se reconnaître, sans égard à la loi par ailleurs applicable en vertu de l'art. 37 LDIP. 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.

[19] 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 CC, prévue à l'art. 15a al. 2 lit. a OEC, résulte à leur égard de l'art. 38 al. 1 LDIP ; le traitement de leur déclaration de modification du sexe nécessitera l'enregistrement de l'ensemble de leurs données d'état civil.²⁶ 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 CC 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.

[20] 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 LDIP. L'analogie fondée sur l'art. 40a LDIP porte uniquement sur le domaine faisant l'objet des art. 37–40 LDIP 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 CC.

[21] 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 CC. 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 CC. 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 LDIP. 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.²⁷

[22] Une modification du sexe par une déclaration comparable à celle de l'art. 30b CC, plutôt qu'un changement de sexe par décision, peut être obtenue dans certains *pays étrangers*. L'analogie prévue par l'art. 40a LDIP pourrait s'appliquer par rapport à l'art. 39 LDIP 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 LDIP, 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 LDIP pourra servir de relais pour accepter une compétence étrangère dans des circonstances comparables.

²⁶ Cf. FF 2020 p. 822 (ch. 8.2) ainsi que la Directive de l'OFEC (ch. 2.1).

²⁷ FF 2020 p. 819 (ch. 8.1.4).

IV. Le droit applicable

1. La détermination du sexe

[23] Du fait de l'extension de l'analogie selon l'art. 40a LDIP à la détermination du sexe, celle-ci sera régie par le droit applicable désigné par l'art. 37 LDIP.²⁸ 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 abouti. Dans les relations internationales, l'art. 40a LDIP, du fait de son analogie à l'art. 37 LDIP, 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.

[24] 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 LDIP.²⁹ D'après l'art. 14 al. 5 OEC, la déclaration au sens de l'art. 30b CC 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.

[25] 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'inaptitude, 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 LDIP l'emporte pour toute inscription initiale d'un sexe, pour laquelle l'art. 30b CC et l'art. 14b OEC sont hors de cause.

[26] Il convient cependant de souligner que la portée de l'art. 40a LDIP est générale, autant que l'art. 37 LDIP sur le nom des personnes physiques. Le fait que l'introduction de cette disposition ait été associée à l'adoption de l'art. 30b CC 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 LDIP 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

[27] 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

²⁸ FF 2020 p. 821 (ch. 8.2).

²⁹ ATF 131 III 201 ss, 205; ATF 5A_805/2020 du 8 décembre 2021, cons. 3.1, 6.3. La précision ne figure pas à l'art. 14 al. 4 OEC.

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 CC, comme c'est le cas de tous les titres publics. L'art. 30b CC 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 qui font l'objet de l'inscription de leur sexe dans le 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 LDIP conduit à l'application du droit suisse en vertu de l'art. 38 al. 3 LDIP.

[28] 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 CC 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 CC ou pour les hypothèses dans lesquelles aucune inscription sur le registre n'a encore eu lieu.

[29] 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 CC, 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 CC), dont le sort constitue le prolongement du régime introduit pour les autorités de l'état civil à l'art. 30b CC. 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 CC, 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.³⁰ Cela est indiqué d'autant plus qu'il n'est jamais certain 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).

[30] 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 LDIP. La loi applicable est alors celle applicable au nom et au sexe selon l'art. 37 LDIP. Cette loi peut être une loi étrangère.

³⁰ Cf. FF 2020 p. 819 s. (ch. 8.1.4).

[31] Une telle hypothèse n'est d'ailleurs pas hors de portée dans le contexte d'une déclaration fondée sur l'art. 30b CC, malgré le fait que pour l'art. 14b OEC, il s'agirait toujours d'une « déclaration concernant le changement de sexe ». L'art. 30b CC n'emploie pas l'expression de « changement de sexe » (contrairement au cas du changement de nom, art. 30 CC). 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 de son sexe qu'elle déclare comme n'ayant 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 CC 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 CC, 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.

[32] 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 CC, 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 LDIP ou, selon la nature de la demande, par l'art. 37 LDIP. 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 CC. 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 LDIP.

[33] 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, qu'il ait trait à une filiation, un mariage ou une autre donnée de l'état civil. 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 Directive³¹. Cette position est non seulement étonnante, mais également en contraste avec les Directives techniques Infostar qui disent explicitement que l'extrait du registre des naissances au format CIEC n° 1.80 indique les « données actuelles »³². Dans certains pays étrangers, telle la France, où l'acte de naissance est important dans la pratique administrative, la personne devrait 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 CC, art. 30 al. 1, 40 al. 1 lit. j et k OEC).

³¹ Après avoir constaté que « par principe », les documents d'état civil d'une personne reflètent « ses données actuelles » et font donc apparaître le « sexe actuel » (ch. 2.4), il est dit que les « données relatives à la filiation d'une personne ne sont en revanche pas actualisées » – sans aucune explication. On part donc de l'idée que la personne répertoriée le soit avec des sexes différents.

³² Cf. sous le chiffre 4 portant sur « la Délivrance d'extraits du registre », énumérant diverses situations dans lesquelles des certificats ou extraits sont créés à partir du système et adaptés manuellement, y compris l'acte de naissance. On notera que ces « Directives techniques » sont non seulement publiées sous cette appellation sur le site de l'OFEC, mais également répertoriées comme une Annexe de la Directive sur le changement de sexe à l'état civil, à laquelle elles sont donc intégrées, sans y être citées dans le texte de la Directive par rapport auquel elles présentent des incohérences.

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.³³ L'acte de naissance est alors corrigé, et l'on ne parle pas d'un « changement de sexe »³⁴. 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 ».³⁵

[34] Des situations se présentent dès lors dans lesquelles il n'y a pas lieu de faire figurer dans les actes d'état civil un « changement de sexe » d'après l'art. 7 al. 2 lit. o OEC. Lorsque la modification requise selon l'art. 30b CC est associée à un effet *ex nunc* d'un sexe qui n'a jamais été correctement inscrit, il faudrait faire disparaître complètement le sexe antérieurement inscrit et ne pas le conserver pour une période antérieure, à travers l'inscription d'un changement parmi les faits d'état civil de la personne. De toute manière, il y a lieu de mettre en question l'exigence de traiter un changement de sexe en tant que donnée de l'état civil selon l'art. 7 al. 2 lit. o OEC, étant donné que le sexe, qu'il soit changé ou non, ne constitue pas une telle donnée selon l'art. 39 CC, et qu'au cas où il fallait le traiter en tant que donnée de cette nature, il n'y a aucune logique à le faire pour le changement mais non pour la simple détermination du sexe.

3. La binarité masculin/féminin

[35] 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 et hormonales 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.³⁶ 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). L'Union européenne reconnaît la troisième mention du sexe « indéterminé » dans les formulaires types multilingues (art. 7).³⁷ Aux Chambres fédérales, on est parti de l'idée qu'il n'y aurait

³³ FF 2020 p. 791 (ch. 2).

³⁴ Cf. la Communication de l'OFEC sur l'intersexualité du 1^{er} février 2014.

³⁵ FF 2020 p. 817 (ch. 8.1.3).

³⁶ L'Allemagne a récemment légiféré à ce sujet : art. 1631e BGB, Bundesgesetzblatt (BGBl) 2021 I p. 1082. Cf. DAGMAR COESTER-WALTJEN/WOLFRAM HENN, Das Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, FamRZ 2021, p. 1589–1595 ; pour une étude de droit comparé : JIMMY CHARRUAU, L'interdiction des « thérapies de conversion sexuelle », Revue internationale de droit comparé (RIDC) 2020, p. 1065–1088.

³⁷ 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). Compte tenu du

pas, pour le moment, de « troisième sexe ».³⁸ Le Conseil fédéral renvoie à une étude en cours dans le but de répondre à deux postulats présentés aux Chambres fédérales (cf. postulats Arslan, n° 17.4121, et Ruiz, n° 17.4185).

[36] S'il est exact que le droit civil suisse ne consacre pas un sexe autre que masculin/féminin, il faut constater également que le droit suisse ne consacre pas non plus cette binarité. Ce que l'on croit exister comme une évidence aux yeux de tout le monde n'est pas une donnée du droit positif. Le nouvel art. 30b CC est neutre quant au sexe : le sexe inscrit peut être modifié, mais on ne dit pas de quel sexe il s'agit. Aucune allusion à la binarité masculin/féminin ne s'y trouve. On croit savoir qu'elle existe, mais elle est invisible.

[37] La Directive de l'OFEC qui accompagne le nouveau régime tente d'amener les autorités de l'état civil à persévérer dans la binarité M/F (ch. 3.2, 7). Cela va sans doute être confirmé 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 manifestera indubitablement.

[38] Les mentalités évoluant à leur rythme, 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 qu'on le croit. En effet, l'art. 39 al. 2 CC 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.³⁹ Au Conseil national, la Conseillère fédérale Keller-Sutter a observé qu'il s'agirait d'un droit coutumier⁴⁰ ce que le Message ne dit pas. Depuis l'introduction du Mariage pour tous, l'affirmation de la binarité s'est sensiblement affaiblie. Cela rend d'autant plus important de ne pas tarder à préparer le développement auquel le Conseil fédéral a fait allusion.

[39] L'évolution vers une neutralité du genre est inévitable car le contraste entre le respect de l'appartenance physique au genre – qu'une intervention médicale ne saurait corriger – et son attribution juridique deviendra de moins en moins convaincante. Il est admis de nos jours que l'on ne saurait forcer l'enfant physiquement pour le faire correspondre à l'une des catégories du moule masculin/féminin, mais on maintient que la contrainte similaire soit admise en droit.

[40] Au regard de l'absence de contrainte législative ou réglementaire, la détermination du sexe dans le sens de la binarité masculin/féminin relève purement de la gestion du registre de l'état civil ainsi que des quelques domaines du droit où le fait d'être un homme ou une femme représente un facteur de divergence de traitement, comme on le trouve dans le contexte du service militaire, de l'âge d'accès à l'AVS, de certaines prestations dans l'assurance sociale et dans

fondement dans la libre circulation, il faut s'attendre à ce que la question surgira également dans le contexte de l'accord entre l'UE et la Suisse sur ce thème.

³⁸ Cf. BO CE 2020 p. 495 ; CN 2020 p. 1823–1825, 1830.

³⁹ FF 2020 p. 793 (ch. 3.2).

⁴⁰ BO CN 2020 p. 1830.

le domaine de l'exécution des peines, sans négliger une multitude de secteurs de la vie privée ou sociale où le sexe est un facteur de division d'activités, tels les sports fondés sur l'inégalité physique entre les deux sexes. L'état civil se trouve néanmoins en première ligne, du fait qu'il comprend la délivrance d'extraits indiquant le sexe, une formalité dont le citoyen a besoin pour l'octroi d'autres documents reprenant la même donnée, tel le passeport, et pour faire état de sa qualité homme/femme dans les quelques domaines cités où la preuve du sexe est requise. On remarquera néanmoins que le genre n'est pas une donnée qui ne pourrait pas être constatée autrement qu'au moyen d'extraits du registre de l'état civil. Une telle option est privilégiée d'un point de vue éthique, sans écarter d'autres d'emblée qu'il conviendrait d'examiner, toutes étant préférables à la binarité homme/femme du régime actuel.⁴¹

[41] Cela dit, il faudrait songer aux effets au-delà des frontières si on voulait tendre vers l'abandon pur et simple d'indications de genre en droit suisse. L'absence de toute mention du sexe au niveau des actes d'état civil, qui sont les seuls à servir de base d'identification en Suisse et dans de très nombreux pays, n'est pas nécessairement la meilleure solution, tant qu'il manque un service adéquat qui pourrait s'y substituer. Car l'Etat doit fournir à ses habitants un service de documentation individuelle dont ils ont besoin à l'étranger, notamment les citoyens pour lesquels leur Etat national est le seul à les équiper de tels documents. En effet, un grand nombre de pays exigent des informations sur le sexe de la personne dans leur gestion administrative et de la part des voyageurs. Après avoir « débureaucratisé » la modification du sexe en Suisse, il ne faudrait pas qu'en contrepartie, les habitants de la Suisse soient confrontés à une « bureaucratisation » intensifiée à l'étranger, en raison de l'absence d'une documentation adéquate ou de la difficulté d'y faire reconnaître les actes suisses. Il conviendra dès lors de privilégier un développement concerté au niveau international, de préférence à une démarche unilatérale.

[42] 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 CC 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.⁴² L'arrêt de l'Obergericht d'Argovie du 29 mars 2021 a servi de réveil, sonnante plus tôt que l'on croyait que cela allait devenir l'heure. 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 dès le 1^{er} janvier 2022 déjà, et ce sans faire face à la binarité masculin/féminin dont on croit qu'elle soit consacrée à l'art. 30b CC.

⁴¹ Cf. les propositions de la Commission nationale d'éthique (CNE) dans sa prise de position n° 36/2020, p. 25–34.

⁴² Si l'action est articulée en tant qu'action en rectification du registre, les autorités de l'état civil y sont associées (art. 42 CC), ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une action d'état.

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

[43] En effet, dès l'entrée en vigueur de la réforme, un autre regard se portera sur le troisième sexe. En suivant la clause d'analogie de l'art. 40a LDIP, la détermination du sexe d'une personne étrangère relève des lois désignées par l'art. 37 LDIP, 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 LDIP n'a fait l'objet d'aucun débat.⁴³ 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. »⁴⁴

[44] 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 limitation 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. Même davantage : la binarité devrait s'imposer avec une force telle que toute solution s'en écartant heurterait le sentiment de justice en Suisse.

[45] 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.⁴⁵ Le Conseil fédéral a même fait un petit pas de plus en envisageant d'adapter à l'avenir le registre de l'état civil afin de permettre aux ressortissants étrangers portant 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.⁴⁶ 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 indiquant que ce mode d'enregistrement heurterait l'ordre public suisse. La Directive de l'OFEC n'en fait pas mention.

[46] 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 LDIP, 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 ».⁴⁷ Dans cette affaire d'arbitrage, une place a été ré-

⁴³ BO CE 2020 p. 503, CN 2020 p. 1834.

⁴⁴ FF 2020 p. 821 (ch. 8.2).

⁴⁵ Cf., également de cet avis, MICHEL MONTINI, Garçon ou fille ? Tertium non datur ?, in Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 403–430 (424) ; SUSANNE LILIAN GÖSSL, From question of fact to question of law to question of private international law : the question whether a person is male, female, or ... ?, Journal of Private International Law (JPIL) 2016, p. 261–280 (271–274).

⁴⁶ FF 2020 p. 823 (ch. 8.2)

⁴⁷ ATF 4A_248/2019 du 25 août 2020, cons. 11.1, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss.

servée, 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 équitable⁴⁸. 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.

[47] 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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 LDIP est alors privée de sens.

[48] 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.⁵¹ 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.

[49] L'appel à l'art. 40 LDIP est dénué de justification, car il n'existe aucun empêchement technique intrinsèque, fondé sur les principes de la tenue du registre, pour se libérer du cadre rigide

⁴⁸ ATF 147 III 56, cons. 9.5, 9.6.1.

⁴⁹ FF 2020 p. 822 s. (ch. 8.2).

⁵⁰ FF 2020 p. 822, 823 (ch. 8.2).

⁵¹ Cf. FF 2020 p. 823 (ch. 8.2).

de la binarité masculin/féminin. Il existe d'autres actes faisant état d'un sexe non binaire dont la Suisse doit accepter la validité. 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 ».⁵² On est donc loin d'un « principe » régissant la tenue du registre, comme l'exigerait l'art. 40 LDIP. De toute manière, eu égard à la position exprimée par la CEDH dans l'affaire *Goodwin* au sujet de la transcription de l'identité d'une personne transsexuelle, on sait bien qu'elle ne se laissera pas impressionner, sous l'angle de l'art. 8 CEDH, par des difficultés techniques que la Suisse voudrait faire valoir pour repousser le respect du troisième sexe.⁵³

[50] Lors du débat au Conseil des Etats, la Conseillère fédérale Keller-Sutter expliquait que la renonciation à l'inscription d'un sexe reste une option possible⁵⁴ ; elle ne l'aurait pas dit si l'on était en présence d'un « principe » sur la tenue du registre qui l'en empêcherait, comme l'exige 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.⁵⁵ Il existe déjà une pratique confirmée de laisser la case « sexe » vide pour les nouveau-nés pendant un bref laps de temps jusqu'à ce que leur sexe puisse être identifié. Dès lors, il n'y a pas d'obstacle technique pour faire de même, mais pour une période prolongée : cela pourrait se faire « sans bouleverser le système actuel »⁵⁶. Au demeurant, depuis que la faille du système *Infostar* a été signalée publiquement dans le postulat Ruiz, pourquoi, après bientôt cinq ans, rien n'a été fait pour le réparer ?⁵⁷ En attendant, les autorités de l'état civil peuvent extraire du registre 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. Mieux encore, elles peuvent suivre les indications fournies dans les Directives techniques *Infostar*, auxquelles la Directive « principale » de l'OFEC ne se réfère pas, si ce n'est pour les y faire figurer en tant qu'Annexe. Selon ces Directives, dites « techniques », une « confirmation de changement de sexe » peut être délivrée au moyen d'un document Word (ch. 2.5) ; ce traitement de texte peut donc également servir, techniquement, à reproduire la marque d'un sexe non binaire. De plus est, alors que l'Office déclare que des données nou-

⁵² FF 2020 p. 823 (ch. 8.2). Cf., de même, MONTINI (nbp. 45), *Festschrift Geiser*, p. 424, affirmant qu'il serait « tout simplement impossible, sur le plan technique, de transcrire un tel statut ».

⁵³ Arrêt du 11 juillet 2002, n° 28957/95, § 91.

⁵⁴ BO CE 2020 p. 499.

⁵⁵ Au demeurant, il convient de distinguer entre le registre, qui est électronique (art. 39 al. 1 CC, art. 6a al. 2 OEC), et les formules préparées par l'OFEC et tirées du registre sur papier ou sous une forme électronique (art. 6 OEC). La difficulté technique à laquelle il faut faire face concerne le registre, mais non les formules qui peuvent être adaptées à brève échéance.

⁵⁶ MONTINI (nbp. 45), *Festschrift Geiser*, p. 429. Il existe d'ailleurs une règle plus générale autorisant l'office de l'état civil à laisser une séquence de données incomplète en attendant des documents pertinents (art. 15a al. 6 OEC) ; cela montre que l'hypothèse de la « case vide » est déjà reconnue. Si le sexe n'est pas déterminé ou ne peut l'être contre la volonté de la personne, il manque un document et la séquence restera « incomplète ».

⁵⁷ En 2017 déjà, un auteur qui s'y connaît a remarqué que des aménagements techniques « sont à l'examen à l'état civil » : MONTINI (nbp. 45), *Festschrift Geiser*, p. 424. Cela voudrait dire que le problème a été identifié bien avant l'an 2017.

velles s'agissant du sexe ne peuvent être portées sur un acte confirmant la filiation, les Directives techniques, établies par le même Office, rappellent que le changement de sexe postérieur à la naissance peut figurer dans le registre des naissances en tant que mention marginale et, à ce titre, faire l'objet de communications officielles (ch. 3). Le particulier peut se faire délivrer un extrait du registre des naissances dit « CIEC » qui reproduit les données actuelles, qui ne sont donc pas celles au moment de l'enregistrement de la filiation (ch. 4).

[51] Les auteurs du Message ont compris la lacune dans la réflexion officielle : si le troisième sexe était reconnu, dit-on, on aurait à faire face à des cultures connaissant plus de trois sexes. Si un tel cas était rencontré, à travers l'art. 37 ou l'art. 39 LDIP, « il est important qu'une norme de rang légal permette de refuser la transcription d'une telle catégorie sexuelle dans le registre de l'état civil suisse ». ⁵⁸ A l'heure actuelle, si le troisième sexe devait être refusé, il faudrait disposer également, *mutatis mutandis*, d'une norme légale le permettant. Or, tel n'est pas le cas, car il manque non seulement une règle légale consacrant la binarité, mais également une règle imposant son exclusivité par rapport à des sexes autres que le couple masculin/féminin.

[52] Quelques éléments d'information laissent penser que ce n'est pas uniquement une optique d'avenir. Sans se faire remarquer dans la pratique, en raison de leur faible intérêt, on découvre que la binarité n'a rien d'exclusif dans l'acquis de Schengen, comme elle laisse place à l'indication d'un sexe autre que masculin/féminin dans le contexte de la transmission d'actes de l'état civil à travers les frontières.

[53] En effet, la Convention CIEC n° 16 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes d'état civil du 8 septembre 1976 ⁵⁹ 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). Cet instrument déroge donc directement au régime de binarité assigné à l'OEC. Toute personne intéressée peut faire la demande que l'une des formules annexées à la Convention lui soit établie (art. 1). ⁶⁰

[54] L'identification du sexe par le signe X (« sexe non spécifié ») est également entrée en droit suisse par le biais de l'acquis de Schengen, respectivement de l'Arrêté fédéral du 13 juin 2008 ⁶¹ qui approuve le Règlement de l'UE 2252/2004 sur les documents d'identité ⁶², suite à l'échange de Notes entre l'UE et la Suisse qui déclare accepter son contenu ⁶³. Au considérant 3, ce Règlement renvoie aux spécifications fournies par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI/IATA) dans le document 9303 sur les documents de voyage lisibles à la machine ⁶⁴ 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 ») ⁶⁵. La Suisse est liée par cette instruction.

⁵⁸ FF 2020 p. 823 (ch. 8.2).

⁵⁹ RS 0.211.112.112

⁶⁰ Curieusement, le Message note qu'au regard de son art. 5, cette Convention « prévoit exclusivement l'inscription du sexe masculin et féminin » (FF 2020 p. 797). Aucune autre disposition de la Convention, telle que l'art. 7, n'est mentionnée. La Directive de l'OFEC ne mentionne pas la Convention.

⁶¹ RO 2009 p. 5521.

⁶² JO 2004 L 385, p. 1.

⁶³ RS 0.362.380.021

⁶⁴ Partie 4, 7^e éd. 2015, suivie de la 8^e éd. 2021.

⁶⁵ Cf. ch. 5, p. 11, respectivement ch. 4.1.1.1 p. 14, ch. 4.2.2.2 p. 20.

Elle devrait se manifester en première ligne dans la gestion du système d'information SYMIC commun au domaine des étrangers et de l'asile dont il y a lieu d'assurer la coordination avec le registre de l'état civil pour les personnes qui y figurent. Le Message mentionne ledit document, sans aborder cette question.⁶⁶

[55] Il n'est pas sans intérêt de relever que le SYMIC et le registre informatisé de l'état civil (Infostar) sont soumis à la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (RS 431.02 ; art. 2 al. 1 lit. a et b). Les données sont collectées en suivant le Catalogue officiel des caractères élaboré par l'Office fédéral de la statistique. Le sexe est une telle donnée (art. 6 lit. j). A cet égard, les valeurs admises en principe sont : masculin, féminin, indéterminé.⁶⁷ Il est précisé, cependant, que la mention « indéterminé » n'est pas reconnue par le droit suisse, de sorte que les services des habitants ne peuvent enregistrer sous cette forme que des personnes étrangères qui n'ont pas eu d'événement d'état civil en Suisse. Pour les papiers d'identité, en revanche, les trois valeurs peuvent être mentionnées, y compris le code « X ». Ledit Catalogue, fondé sur la loi d'harmonisation, reconnaît donc en Suisse le troisième sexe à travers la mention « indéterminé » ou « X », sauf par rapport aux personnes inscrites à travers le système Infostar. Cela confirme que ce système est le seul obstacle s'opposant au respect d'un sexe autre que M ou F. L'on constate également que la solution du Catalogue n'est pas compatible avec l'acquis de Schengen qui s'applique aux documents d'identité de manière générale, y compris ceux des ressortissants suisses.⁶⁸

[56] L'art. 30b CC 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 LDIP, en vertu de l'analogie consacrée à l'art. 40a LDIP, la constatation du juge civil du sexe ni masculin ni féminin d'une personne n'est pas subordonnée à l'art. 30b CC, même dans le cas où on voudrait y trouver le principe exclusif de la binarité, sans laisser de place à la réalité biologique.

[57] 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 LDIP). 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 LDIP). 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

⁶⁶ FF 2020 p. 796 (ch. 4.1.1).

⁶⁷ Office fédéral de la statistique (OFS), Catalogue officiel des caractères, Neuchâtel 2014, p. 25.

⁶⁸ Cf. la loi fédérale du 22 juin 2001 sur les documents d'identité des ressortissants suisses (RS 143.1) qui a été adaptée en référence à l'Arrêté fédéral du 13 juin 2008 et de son renvoi au Règlement européen. Toutefois, l'Ordonnance sur les documents d'identité des ressortissants suisses du 20 septembre 2002 (RS 143.11) prévoit que des données, dont le sexe, peuvent être reprises d'Infostar (art. 10 al. 5) ; cela n'est compatible, ni avec l'acquis de Schengen, ni avec le Catalogue établi sur la base de la loi d'harmonisation qui accepte la mention « X » pour les documents d'identité. Enfin, l'Ordonnance du Département fédéral de justice et police sur les documents d'identité des ressortissants suisses du 16 février 2010 (RS 143.111) répète les mêmes incohérences, mais de manière explicite, seuls les sexes F ou M étant admis (art. 7).

au registre reste réservée.⁶⁹ 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.

[58] Les tribunaux saisis de cas internationaux non régis par l'art. 30b CC constateront ainsi non seulement le sexe dont la personne se réclame, mais ils donneront l'instruction à l'office de l'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.⁷⁰ 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.⁷¹ 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. A cet effet, elle pourrait se servir du formulaire de la Convention n° 16 de la CIEC ou reprendre une édition vierge de l'acte ou de l'extrait requis dans le cas particulier et le remplir conformément aux exigences posées par le juge. Les Directives techniques Infostar montrent des modalités pratiques pour ce faire, comme elles démontrent également que ce système n'est pas fermé sur lui-même et laisse de la place pour des documents produits manuellement ou en traitement de texte.

[59] Compte tenu de la compréhension et de l'accueil plus soutenus que par 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 et à ce que son sexe soit respecté sans discrimination. 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 reconforter, car elle confirme la législation : la binarité exclusive ne s'y trouve pas non plus.

ANDREAS BUCHER, Prof. em., Université de Genève.

⁶⁹ ATF 117 II 11 ss, 12.

⁷⁰ Cf. ATF 131 III 201 ss.

⁷¹ Dans la pratique à venir, c'est probablement l'issue qui se dessinera. Un auteur qui déclare « impossible » de transcrire un troisième sexe (MONTINI (nbp. 45), Festschrift Geiser, p. 424) souhaite qu'une interprétation respectueuse de la personnalité des personnes concernées proviennent des tribunaux, principalement sur la base de l'art. 42 CC, imposant alors aux autorités de l'état civil des solutions correspondant au principe de véracité du registre découlant de l'art. 9 CC (*idem*, p. 425-427). Or, les tribunaux vont ordonner, dans de tels cas, l'enregistrement, mais ils ne vont pas résoudre le problème technique. L'argument de cet auteur consiste donc à dire que les problèmes techniques seront résolus dès le moment où les tribunaux exigent une inscription du troisième sexe que l'OFEC se refuse de faire de lui-même.