



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de l'état civil OFEC
Michel Montini, avocat

Journée d'étude Unil

Lausanne, 6 décembre 2013

Aspects juridiques du transsexualisme

Le point de la situation

Michel Montini, avocat



Plan

Nom et prénom(s)

- Principes
- Types de noms
- Prénom/s
- Changement de nom / prénom

Sexe

- Identité de genre, droit humain
- Mention du sexe à l'état civil
- Changement de sexe en Suisse
- Perspectives d'avenir



Nom et prénom/s, principes

- Fonctions
 - identification personnelle
 - rattachement à une famille
- Principe de l'immutabilité du nom (art. 30 CC)
- Droit humain, « noyau dur » du droit au respect de la vie privée et familiale (CourEDH, Losonci Rose et Rose c/ Suisse, 9.11.2010, n. 51)
- art. 13 cst. Protection de la sphère privée
- art. 8 CEDH Droit au respect de la vie privée et familiale
- art. 7 CDE
 - L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, (...)



Types de noms

Noms « légaux », inscrits à l'état civil (39 al. 2 ch. 3 CC)

- Nom de famille
 - Attribution selon règle du droit de la famille (CC, LPart)
 - Principe de l'immutabilité du nom sauf déclaration à l'état civil pour porter un nom commun
 - Ex-conjoints et ex-partenaires peuvent reprendre nom de célibataire
- Prénom(s)
- év. autres noms officiels (cf. art. 24 al. 3 OEC)



Types de noms

Noms d'usage

- nom d'alliance
 - nom de partenariat
 - nom d'artiste
 - nom d'ordre religieux
 - pseudonyme
-
- coutume et réglementation ponctuelle (2 al. 4 LDI, 14 al. 1, 5, 6 ODI)
 - -> faculté de porter dans la vie courante entre particuliers et dans les rapports avec l'administration un prénom de l'autre sexe, ce indépendamment d'une procédure d'autorisation
 - nom d'usage également protégé par l'art. 29 CC (protection du nom)



Prénom/s

- choix par les parents (267 al.3, 301 al.4 CC; 37c nOEC)
³ *L'officier de l'état civil refuse les prénoms manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant.*
(plus d'exigence depuis le 1.7.1994 que le prénom fasse clairement ressortir le sexe d'une personne; Le transsexualisme en Europe, in REC 2006, p. 97, 103)
- choix par l'autorité si enfant trouvé (38 al. 2 OEC)
- choix par l'intéressé si changement de prénom (30 CC) ou à l'occasion du changement de sexe
- rectification (42 s CC; 29 s OEC)



Changement de nom / prénom

Changement si « motifs légitimes »

- assouplissement par rapport au droit antérieur (« justes motifs » <-> préjudice sérieux et durable)
- principe de l'invariabilité du nom se justifie de moins en moins:
- nouveau numéro AVS (aléatoire, immuable, indépendant du sexe) permet d'identifier une personne de manière certaine!



Changement de nom / prénom

Notion de « motifs légitimes »

- Absence de „motifs légitimes“ si but ou objet:
 - illicite (ex. titre nobiliaire ou académique)
 - abusif (ex. échapper à des poursuites)
 - contraire aux mœurs (ex. injure, blasphème)
 - -> pas de choix discrétionnaire mais un intérêt digne de protection suffit! (cf. art. 42 CC)
- Ex. :
 - Prénom d'une personne trans*
 - Identité d'une victime d'un mariage forcé



Changement de nom / prénom

Changement de prénom des personnes trans*

- Maintien (assouplissement ?) de la pratique libérale de changement de prénom des personnes trans* (Büchler, Cottier, Transsexualisme et changement de prénom, in REC 2006, p. 95)
- Correspond à la „kleine Lösung“ du droit allemand
- Après changement de prénom, possibilité de commander de nouveaux documents d'identité (conformément à la pratique, délivrance sur requête d'un passeport provisoire avec indication du sexe désiré pour personne en cours de réaffectation)



Changement de nom / prénom

Compétence en Suisse

- Gouvernement du canton de domicile (art. 30 CC),
délégation possible à des services de l'adm. cantonale

Cas internationaux

- Changement de nom en Suisse (art. 38 LDIP):
 - autorités suisses du domicile du requérant /
 - autorités du canton d'origine des Suisses de l'étranger.
 - conditions et effets régis par le droit suisse.
- Changement de nom intervenu à l'étranger (art. 39 LDIP)
 - reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant.

Identité de genre, droit humain

Jurisprudence de la Cour EDH

- Cour Eur. DH Goodwin c. RU, 11.7.2002, 12 CEDH garantit l'accès au mariage d'une personne ayant subi une opération de conversion sexuelle avec une personne de son sexe biologique d'origine.
- Cour Eur. DH. Schalk et Kopf c. Autriche, 24.6.2010 suppose altérité sexuelle du mariage.
- Cour Eur.DH. H. c. Finlande, 13.11.2012 : pas de droit au maintien du mariage préexistant après changement de sexe; conversion en partenariat peut être exigée
 - Affaire renvoyée devant la Grande Chambre !

Identité de genre, droit humain

Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre

- Lutte contre les crimes et discours de haine
- Libertés d'association, d'expression et de réunion
- Droit au respect de la vie privée et familiale
- Emploi et éducation
- Santé et logement
- Sport
- Asile
- Structures nationales des droits de l'homme
- Discrimination multiple

Identité de genre, droit humain

Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre

En particulier pour les personnes trans*

- Réévaluation régulière des conditions requises pour la reconnaissance juridique d'un changement de genre
- Reconnaissance juridique intégrale dans tous les domaines de la vie
- Droit d'épouser une personne du sexe opposé à son nouveau sexe
- Accès aux services appropriés de changement de sexe
- Couverture d'assurance maladie

Mention du sexe à l'état civil

Mention du sexe à la naissance

- Chaque nouveau né est inscrit à l'état civil
 - Mentions (obligatoires)
 - sexe (art. 8 let. d OEC);
 - prénom/s (art. 8 let. c ch. 3 OEC)

Mentions postérieures à la naissance

- Rectification / modification
 - Art. 42 s CC, 40 let. k OEC
- Changement de sexe (action d'état *sui generis*)
 - Art. 40 let. j OEC

Changement de sexe en Suisse

Historique:

Décisions du Conseil d'Etat du canton de Nidwald des 16.2 et 19.10.1931 (cause Businger)

- Compétence douteuse des autorités administratives
- Arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 2.7.1945
- RSJ 42 (1946), p. 23 s. / REC 1946, p. 79
- Changement de sexe admis sur le fondement de l'action en rectification d'état civil (art. 45 aCC)
- « Le sexe de l'individu est déterminé en premier lieu par sa configuration physique; mais à côté de cet élément physique, il existe un élément psychique qui est bien différent selon qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme »

Changement de sexe en Suisse

Historique:

Décision du Tribunal civil de Bâle-Ville dans la cause A.Z., art. 45 aCC appliqué par analogie pour combler une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC; ZBI 62 (1961), p. 418)

Position reprise par le TF en 1966 (ATF 92 II 128)

Changement de sexe en Suisse

Historique:

ATF 92 II 128

- « La requête tendant à faire constater que le sexe d'une personne ne correspond pas à celui qui est indiqué dans les registres de l'état civil et à faire modifier l'inscription pour l'adapter au sexe véritable revendiqué par l'intéressé se distingue de la rectification judiciaire de l'art. 45 al. 1 CCS. Elle ne vise pas à redresser une erreur matérielle qui affecterait l'inscription dès le moment où elle a été opérée, ni à faire rectifier une inscription qui, exacte à l'origine, ne l'est plus parce que l'état d'une personne s'est modifié en droit (...), mais à corriger une inscription dont le requérant prétend qu'elle ne correspond pas à la situation de fait réelle. La procédure n'est pas expressément prévue par la loi. »

Changement de sexe en Suisse

ATF 119 II 264 (trad. REC 1994, p. 120 et JdT 1996 I 336)

- Changement de sexe à l'état civil suppose que la personne concernée a fait constater le nouveau sexe par le juge
- Action d'état civil *sui generis* créée par voie prétorienne (comblement d'une lacune selon l'art. 1 al. 2 CC)
- Inscription à l'état civil dotée de la force probante accrue des registres (9 CC)
- Pas à la libre disposition de l'intéressé
- Procédure judiciaire formelle
- Intérêts des tiers (conjoint, enfants)
- Situation claire : irréversibilité du changement de sexe

Changement de sexe en Suisse

- Changement de sexe à distinguer de la rectification des registres de l'état civil fondée sur une constatation initiale erronée du sexe
- Cas de variations du développement sexuel ou variation de genre (« hermaphrodisme »; « intersexualité »)
- voir interpellations parlementaires 11.3286 d'Ida Glanzmann-Hunkeler « Enfants nés avec une anomalie de la différenciation sexuelle. Chirurgie plastique des organes génitaux » et 11.3264 de Margret Nellen Margret « Intersexualité. Modifier la pratique médicale et administrative » et la prise de position 20/2012 de novembre 2012 de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine « Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel, Questions éthiques sur l'« intersexualité »

Changement de sexe en Suisse

La CNE recommande de:

- permettre de « modifier l'indication du sexe dans l'acte de naissance sans complication bureaucratique par les autorités cantonales de surveillance »;
- retenir dans la mesure du possible, comme élément décisif pour juger du sexe d'une personne avant les caractéristiques sexuelles du corps, l'appréciation de la personne concernée (référence faite à l'arrêt du 1.2.2011 du TC/ZH; publié in FamPra.ch 04/2011, pp. 932 ss commenté par Büchler et Cottier).

Changement de sexe en Suisse

Réponse du Conseil féd. à la Question John-Calame 13.5300

- (...)
- *Conformément aux recommandations de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine de novembre 2012, le Conseil fédéral est prêt à sensibiliser les autorités de l'état civil pour permettre de modifier l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil, sans complication bureaucratique. À cet égard, il est prévu que l'autorité fédérale compétente en la matière, l'Office fédéral de l'état civil, établira une communication officielle.*

Changement de sexe en Suisse

Enregistrement à l'état civil :

-> 31.12.'01 inscrit au registre des familles (effet *ex tunc*)

1.1.'02 inscrit en sus en marge du registre des naissances

- (pour anciennes inscriptions, mention en marge sur requête, art. 92 al. 1 let. h et 92 al. 2 let. c OEC)

1.7.'04 informatisation globale (système Infostar; banque de données centrale)

- changement de sexe communiqué par les tribunaux aux autorités d'état civil (art. 40 al. 1 let. j OEC), avec mise à jour automatique des données personnelles (art. 7 al. 2 let. o OEC)

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (interv. chirurgicale)

- Admission d'une demande de constatation de changement de sexe d'une personne transsexuelle sans opération de construction du genre désiré
- Demande d'une autorité cantonale de surveillance de l'état civil, consultée dans une procédure judiciaire de constatation de sexe
- L'OFEC se réfère à l'arrêt du TC/ZH du 1.2.2011 (publié in FamPra.ch 04/2011, pp 932, commenté par Büchler/Cottier):
- Notion de l'irréversibilité du changement de sexe
- Formulation ouverte dans l'ATF 119 II 264 (trad. REC 1994, p. 120 et JdT 1996 I 336)
- Intervention chirurgicale (ablation des signes sexuels extérieurs) pas nécessaire

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (interv. chirurgicale)

- Changement de sexe possible après traitement hormonal prolongé conduisant à une atrophie irréversible des organes génitaux
- Atteinte à l'intégrité corporelle et au droit au respect de la sphère privée (art. 13 cst.)
- Absence de base légale pour une telle atteinte (art. 36 cst.)
- Cite l'arrêt du Bundesverfassungsgericht allemand du 11.1.2011 (stérilisation exigée par le Transsexuellengesetz contraire à la garantie constitutionnelle de l'intégrité physique)

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (interv. chirurgicale)

- L'OFEC se réfère également
 - aux évolutions jurisprudentielles en Autriche et en Italie et aux Recommandations du Conseil de l'Europe, notamment au document thématique « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe » publié en décembre 2011. Renvoi à la Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) qui appelle les Etats membres à veiller à ce que les documents officiels reflètent l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale ».
 - à la loi sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation des personnes (EV 1.7.'05; stérilisation soumise au consentement libre et éclairé; blation des glandes génitales procite, car altérant la personnalité)

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (divorce préalable)

- Avis demandé par une autorité cantonale de surveillance de l'état civil dans le cas d'un couple de partenaires (enregistrement en Suisse en 2007); changement de sexe de l'un d'eux dans son pays d'origine (en 2011); demande de conversion du partenariat enregistré en mariage
- Conversion en mariage possible si décidée par le tribunal (en cas de jugement de changement de sexe étranger, jugement complémentaire de conversion suisse exigé).

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (divorce préalable)

Rappel de la pratique antérieure

- Circulaires de l'OFEC des 2.7.1997 et 13.6.2001: les autorités cantonales de surveillance de l'état civil devaient faire dépendre l'inscription du changement de sexe à la preuve de la dissolution du mariage (fondement: contrariété à l'ordre public du mariage homosexuel: ATF 119 II 267 (trad. REC 1994, p. 120 et JdT 1996 I 336); REC 1998, p. 18, REC 2003, p. 335)
- Circulaire de l'OFEC du 20.11.2011; OFEC consulté peu avant l'EV de la LPart: conversion du mariage en partenariat possible (application analogue de l'art. 45 al. 3 LDIP), avec l'accord du conjoint qui devait se déterminer sur le maintien de l'union et les effets de la conversion (nom de famille, régime des biens; intervention d'un notaire, au besoin).

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (divorce préalable)

Rappel de la pratique antérieure

- Confirmation de l'avis de droit de l'OFEC du 7.7.2008, qui ne s'est plus opposé au maintien de l'union en mariage en cas de décision judiciaire, vu l'avis de la doctrine dominante (pas de base légale directe pour dissoudre le mariage ou le convertir en mariage)
- Confirmation de l'avis de droit du DFJP du 31.10.2011, interpellé par un couple de partenaires enregistrés désireux d'obtenir la conversion de leur union en mariage; le couple a été invité à faire constater par le tribunal le changement de sexe et à faire prononcer simultanément la conversion du partenariat enregistré en mariage

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (divorce préalable)

- Motifs:
- Le mariage et le partenariat ne peuvent être dissous qu'aux conditions limitatives prévues par la loi (art. 104 ss CC, 9 ss, 29 ss LPart; chang. de sexe pas mentionné)
- Vu l'absence de base légale, le mariage ne peut être converti d'office en partenariat enregistré ou *vice versa*.
- Protection de la sphère privée (art. 13 cst.)
- Droit au mariage et à la famille (art. 14 cst.)
- Atteinte nécessite base légale formelle (cf. art. 36 cst.)

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (divorce préalable)

- Conversion néanmoins possible
- si souhaitée par les partenaires qui auraient de toute façon la faculté de contracter une nouvelle union après le changement de sexe (avantage : continuité de l'union; pas de partage des avoirs de prévoyances LPP)
- jugement nécessaire vu la nature de l'action en constatation du changement de sexe, et effets différents attachés aux deux institutions (nom, régime des biens) et par rapport aux enfants

Avis de droit du 1.2.2012 lie les autorités de l'état civil.

- Suivi par les tribunaux dont les décisions doivent être communiquées à l'OFEC; recours possible de l'OFJ jusqu'au Tribunal fédéral (art. 45 al. 3 CC; 90 OEC).

Changement de sexe en Suisse

Avis de droit de l'OFEC du 1.2.2012 (divorce préalable)

« Nous avons définitivement abandonné l'idée selon laquelle l'union conclue deviendrait inexistante suite au changement de sexe d'un partenaire; une telle conception ne tient pas compte de l'évolution des mœurs et de l'existence à l'étranger de mariages entre personnes de même sexe et de partenariats entre personnes de sexe opposé, unions qui ne sont plus considérées comme contraires à l'ordre public suisse, et qui déploient au contraire des effets en Suisse, en sorte que des unions similaires valablement contractées en Suisse ne sauraient être considérées comme inexistantes »

Compétence

Compétence en Suisse:

Art. 19 CPC Juridiction gracieuse

Sauf disposition contraire de la loi, le tribunal ou l'autorité du domicile ou du siège du requérant est impérativement compétent pour statuer sur les affaires relevant de la juridiction gracieuse.

Correspond à la règle générale applicable de l'art. 33 LDIP (ATF 119 II 264 (trad. REC 1994, p. 120 et JdT 1996 I 336); Geiser, Aspects juridiques de la transsexualité, in Mélanges édités à l'occasion de la 50ème Ass. Générale de la CIEC, Delémont, 1997, p. 36 ss, ch. 2.3)

Art. 22 CPC Modification des registres de l'état civil

Le tribunal dans le ressort duquel les données de l'état civil à modifier ont été ou auraient dû être enregistrées est impérativement compétent pour statuer sur les actions en modification du registre.

(Message LFors ad art. 14 aLFors; FF 1999 2614)

Compétence

Cas internationaux:

- Compétences des tribunaux suisses du domicile (art. 33 LDIP; cf. l'ATF 119 II 264 ; trad. REC 1994, p. 120 et JdT 1996 I 336) ou comme for de nécessité (art. 3 LDIP)
- Décisions étrangères de changement de sexe reconnues en Suisse (art. 32 LDIP)

Perspectives d'avenir (Prof. Guillod, UniNe)

Position traditionnelle : on ne peut être qu'homme ou femme

- «the task of the law is to assign people to one sex or the other for legal purposes rather than seeking to discover some entity that is the person's 'true sex'» (Registrar, quoted in the Norrie case, § 165)
 - Avantage : de nombreuses lois sont construites sur la différenciation entre homme et femme et s'appliquent ainsi aisément
 - Inconvénient : on porte atteinte à la sphère privée des personnes se considérant neutres du point de vue du genre
 - *Quid* des enfants intersexe ? Changement de sexe à l'état civil à faciliter
-

Perspectives d'avenir (Prof. Guillod, UniNe)

Position libérale : on crée un troisième sexe

- Position de la Cour d'appel de New South Wales (affaire Norrie, 20.5.2013)
- Avantage : on respecte la liberté individuelle
- Inconvénient : on risque de créer des discriminations à l'encontre de cette troisième catégorie de personnes et on complique l'application de certaines lois à leur égard
- Quid des enfants intersexe (réforme allemande, Personenstandsgesetz du 7.5.2013)? Risque de stigmatisation ?

Position radicale : on renonce à inscrire le sexe à l'état civil

- Cela reviendrait à faire du sexe une affaire privée, qu'il ne serait nul besoin d'inscrire à l'état civil, comme la confession religieuse
 - Cela constituerait un changement majeur de paradigme
-



Merci de votre attention !