

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Par courriel à :
eazw@bj.admin.ch

Zurich, le 26 septembre 2018

Avant-projet concernant la révision du CC (changement de sexe dans le registre de l'état civil). Consultation

Mesdames, Messieurs,

La Conférence Suisse des Délégué·e·s à l'Égalité entre Femmes et Hommes (CSDE), qui regroupe tous les services et bureaux de l'égalité institués par les administrations fédérale, cantonales et municipales suisses, saisit l'occasion de prendre position sur l'objet cité en titre.

1. Généralités

L'avant-projet de modification du Code civil suisse (CC) doit permettre de simplifier les modifications de l'inscription officielle du sexe et du nom dans le registre de l'état civil. Cette révision doit prioritairement simplifier la situation des personnes transgenres, mais elle doit aussi bénéficier aux enfants, aux adolescent·e·s et aux adultes présentant une variation du développement sexuel. Ainsi, selon le rapport explicatif, les personnes transgenres et les personnes présentant une variation du développement sexuel pourront à l'avenir, par une simple déclaration à l'intention de l'office de l'état civil, modifier leur sexe et leur(s) prénom(s) sans procédure administrative excessive et sans intervention médicale préalable, sans expertise psychiatrique et sans décision judiciaire. La modification de l'état civil effectuée n'entraînera en outre aucun effet sur les liens du mariage, du partenariat ou de la filiation.

Dans notre société, les personnes transgenres et intersexuées représentent des minorités sociales en raison de leur altérité. Notre société place ce groupe social dans une situation de vulnérabilité. Pour les personnes transgenres et intersexuées, il est d'une extrême importance que leur état civil puisse être modifié plus simplement, non seulement pour des raisons d'ordre psychologique constitutives de leur identité et de bien-être, mais aussi s'agissant de leur quotidien, par exemple lors de la commande de documents ou pour accéder à la formation et au marché du travail. Or, actuellement, l'adaptation ou la modification de l'inscription du sexe est soumise à une procédure de rectification administrative ou judiciaire éprouvante, fastidieuse et coûteuse pour les intéressé·e·s.

En amorçant cette révision, la Suisse suit l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur la transidentité, exprimé dans un arrêt de 2003, selon lequel l'autodétermination de l'identité sexuelle constitue un droit fondamental de l'être humain. L'instance ajoute que l'attribution du sexe relève du domaine le plus intime de la personnalité humaine, qui devrait par principe échapper à l'intervention de

l'Etat.¹ Le présent projet législatif peut donc aussi être qualifié, mais en partie seulement, de mise en œuvre de la résolution 2048 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui demande que les discriminations à l'encontre des personnes transgenres soient globalement combattues en Europe².

De plus, s'agissant de transidentité, un important processus de dépathologisation est actuellement en cours. Il vise à rejeter définitivement la classification de la transidentité comme perturbation psychique. Le 18 juin 2018, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a publié la dernière version de sa classification internationale des maladies (CIM), la plus importante au monde. Selon la CIM-11, qui sera officiellement appliquée dès 2022, les personnes transgenres ne sont plus considérées comme souffrant de « troubles mentaux et du comportement », mais elles figureront dans le chapitre nouvellement créé « Etat lié à la santé sexuelle » (« Conditions related to sexual health »). La dépathologisation internationale constitue une étape importante dans la lutte contre la stigmatisation, l'inégalité de traitement et la marginalisation sociale des transgenres. En outre, le diagnostic « transsexualité » est remplacé par la désignation « incongruence de genre » (« Gender Incongruence »), qui supprime la référence à un modèle basé sur deux sexes en ouvrant l'éventail des genres.

Par conséquent, **la CSDE approuve et soutient, quant à son principe, l'orientation prise** par la révision prévue. La CSDE est toutefois d'avis que le processus politique désormais engagé est encore susceptible d'être amélioré. Ses principales remarques et préoccupations sont présentées ci-après.

2. L'autodétermination, le principe supérieur absolu

Selon le rapport explicatif du Conseil fédéral, l'avant-projet prévoit d'introduire une procédure simple, rapide et basée sur l'autodétermination pour modifier l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil (art. 30b, al. 1, P-CC). Concrètement, une *simple déclaration personnelle* envers l'office de l'état civil suffit en principe, l'authenticité de cette déclaration étant *supposée*. Une telle procédure, exempte d'exigences supplémentaires, satisferait aux normes en matière de droits humains auxquelles la Suisse s'est engagée. Les dispositions générales afférentes du droit civil, du droit administratif et du droit pénal fournissent d'ores et déjà dans notre pays des instruments efficaces contre les abus éventuels (le présent rapport explicatif le postule également). Dans d'autres pays où les adaptations de l'inscription officielle du sexe sont déjà possibles sans bureaucratie et sur une base d'autodétermination, il apparaît que les abus sont inexistantes à cet égard (p.ex. Argentine, Belgique, Danemark, Irlande, Malte, Norvège). L'autodétermination signifie que l'on reconnaît à toute personne la capacité de connaître le mieux son identité sexuelle et que, de ce fait, l'adaptation de l'inscription officielle du sexe devrait être effectuée sur cette seule base. Il faut donc souligner que la personne concernée *ne peut que déclarer son identité sexuelle et qu'elle ne peut pas la prouver*.³

Or, en contradiction avec ce qui précède, l'avant-projet prévoit que les fonctionnaires de l'état civil compétent·e·s procéderont de leur propre autorité à des clarifications supplémentaires (p.ex. en demandant un certificat médical) et qu'ils seront même habilité·e·s, « en cas de doutes », à refuser de recevoir la déclaration personnelle. Cette large marge d'appréciation affaiblit nettement le principe d'autodétermination du projet. En outre, la porte est ainsi largement ouverte à l'arbitraire, puisque l'ouverture de la procédure dépend de l'appréciation personnelle des fonctionnaires de l'office de l'état civil. Une telle fonction de contrôle, caractérisée par la demande de preuves, le recours à des tiers, etc., reflète justement une procédure reposant sur la détermination par des tiers et elle peut en outre exercer des effets stigmatisants et blessants sur des requérant·e·s déjà socialement marginalisé·e·s. Enfin, cette disposition pourrait accentuer des disparités de traitement entre les Cantons, telles que relevées par la Conférence des autorités cantonales de surveillance de l'état civil (cf. Rapport explicatif, ch. 1.7, pp. 28-29).

¹ Arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, requête n° 35968/97.

² Résolution 2048 du 22 avril 2015.

³ Cf. Garcia Nunez David et al., 2014 : « De la transsexualité à la dysphorie de genre. Recommandations de conseil et de traitement pour les personnes trans », Forum Med Suisse, n° 19, p. 382 ss.

Les cas d'abus hypothétiques pouvant d'ores et déjà être sanctionnés sans problème grâce aux instruments existants du droit civil et du droit pénal, il convient plutôt de veiller à rappeler clairement et sans ambiguïté le caractère répréhensible de toute démarche abusive. Cela pourrait être fait, par exemple, sur les formulaires de demande correspondants s'agissant de la procédure écrite, tandis que l'office d'état civil compétent pourra transmettre l'avertissement correspondant lors de la procédure orale. Il n'est en tout cas, ni nécessaire, ni proportionné, d'attribuer aux offices de l'état civil une *fonction de contrôle générale sur l'identité du genre des requérant·e·s* pour combattre des cas d'abus purement hypothétiques.

C'est pourquoi la CSDE demande de renoncer à attribuer les pouvoirs correspondants aux offices de l'état civil tout en s'engageant pour que soit créée *une procédure effectivement et entièrement basée sur l'autodétermination*. Cette procédure doit nécessairement être accompagnée de formations obligatoires concernant la transidentité et l'intersexuation à l'intention du personnel des offices de l'état civil, afin que les personnes qui y sont employées puissent exercer correctement leurs tâches.

3. Déclaration personnelle des mineur·e·s capables de discernement

En vertu de l'art. 30b, al. 4, P-CC, le consentement du ou de la représentant·e légal·e est nécessaire si la personne qui fait la déclaration est mineure (ch. 1), si la personne qui fait la déclaration est sous curatelle de portée générale (ch. 2) ou si l'autorité de protection de l'adulte en a décidé ainsi (ch. 3). Selon le rapport explicatif, cette disposition est inspirée de l'actuel art. 260 CC (consentement du représentant légal en cas de reconnaissance d'enfant). Elle doit « protéger les personnes fragiles de déclarations faites de manière inconsidérée ».

Si la réglementation proposée est fondamentalement évidente s'agissant du droit de protection des adultes et des mineur·e·s incapables de discernement, l'exigence prévue du consentement du ou de la représentant·e légal·e pour les *mineur·e·s capables de discernement* constitue une régression sensible et incompréhensible. En effet, actuellement, les mineur·e·s en âge de discernement peuvent déposer personnellement leur demande de modification de l'inscription officielle du sexe et du nom (droit strictement personnel relatif au sens de l'art. 19c, al. 1, CC). La capacité de discernement est alors évaluée de cas en cas. Bien que l'âge déterminant pour établir la capacité de discernement ne soit pas explicitement fixé par la loi, une personne mineure est présumée capable de discernement si elle a la faculté, au sens de la loi, d'agir raisonnablement et si elle est en mesure de reconnaître les conséquences de ses actes.⁴ Compte tenu de ce qui précède et par analogie à l'art. 270 CC, la capacité de discernement peut être supposée en pratique à partir de douze ans, voire plus tôt. La jurisprudence s'est déjà intéressée aux relations entre la capacité de discernement et l'identité sexuelle autodéterminée et intimement vécue. Le Tribunal régional de l'Oberland bernois a par exemple considéré qu'un enfant de 14 ans était capable de discernement s'agissant de son adaptation sexuelle, parce qu'il était bien informé et qu'il avait éprouvé le besoin explicite constant de conformer son prénom et au ressenti intime de son identité sexuelle.⁵

La pratique actuelle, selon laquelle les mineur·e·s capables de discernement peuvent déposer en personne une demande de modification de l'inscription officielle de leur sexe et de leur(s) prénom(s), est considérée sur le plan international comme un exemple particulièrement positif (bonne pratique) notamment parce qu'elle s'applique à un groupe particulièrement vulnérabilisé et protégé par les droits de l'enfant.⁶ Cette pratique a fait ses preuves et n'a, à notre connaissance, suscité jusqu'ici aucun problème. C'est pourquoi le durcissement prévu et la péjoration du statut juridique des mineur·e·s capables de discernement sont incompréhensibles et objectivement injustifiables. En particulier, la réglementation prévue ne saurait être constituée par analogie aux dispositions applicables à la reconnaissance parentale d'un enfant, visée à

⁴ Cf. ATF 134 II 235.

⁵ Décision du Tribunal régional de l'Oberland bernois du 23 août 2017, CIV 172249, publiée dans : FamPra.ch 2018/1, p. 204 ss ; discussion de Studer/Recher.

⁶ Cf. art. 11 Cst. (protection des enfants et des jeunes) et art. 3 (intérêt général de l'enfant), art. 8 (respect de l'identité), art. 16 (protection de la vie privée) et art. 24 (droit à la santé) de la Convention relative aux droits de l'enfant de l'ONU.

l'art. 260 CC, et ce d'autant moins que la modification de l'inscription officielle du sexe n'a d'effet que sur la personne requérante (droit strictement personnel), alors que, lors de la reconnaissance d'un enfant, le père endosse la responsabilité étendue pour une autre personne (son enfant). En outre, l'autodétermination de l'identité sexuelle ressortit à un domaine essentiel et particulièrement sensible de la liberté de toute personne. De ce fait également, l'analogie à l'art. 260 CC n'est pas pertinente.

Après qu'une personne mineure a transmis sa déclaration, les fonctionnaires de l'état civil peuvent procéder à l'évaluation de sa capacité de discernement. Il n'est pas nécessaire de recourir à une autorité judiciaire à cette fin. Comme la capacité de discernement ne doit pas être soumise à des conditions exigeantes, comme nous l'avons vu ci-dessus, les fonctionnaires de l'état civil devraient considérer par défaut que l'enfant est capable de discernement, à moins que son très jeune âge ne permette de supposer le contraire. Il n'est en effet guère concevable que, en pratique, un enfant incapable de discernement puisse déposer en personne une demande officielle.

Dans ce contexte, relevons encore une fois que des formations à caractère obligatoire en matière de transidentité et d'intersexuation doivent impérativement être prévues pour le personnel des offices de l'état civil.

4. Améliorations procédurales

Les conditions d'une procédure rapide, transparente, équitable et accessible à toute personne pour adapter l'inscription officielle du sexe ne seront réunies que si, et seulement si, la procédure est accessible tant par écrit que par oral. Comme le note le rapport explicatif, il est difficile et éprouvant pour nombre de requérant-e-s de déposer « en personne » auprès d'une autorité étatique une demande d'adaptation de l'inscription officielle de leur sexe (p. 11). Par ailleurs, les procédures judiciaires correspondantes renoncent d'ores et déjà souvent à l'audition personnelle des personnes intéressées, puisque la forme écrite constitue la règle dans la procédure sommaire. On ne peut donc comprendre pourquoi, selon le présent avant-projet, les requérant-e-s devraient *nécessairement et dans tous les cas* comparaître à l'office de l'état civil. Notons aussi que la forme écrite peut représenter à divers titres une démarche difficile pour beaucoup de monde. C'est pourquoi, en pratique et dans le cadre d'une procédure accessible à toute personne, il devrait être possible de déposer la demande *par écrit ou par oral, à choix*, et d'effectuer la procédure en conséquence.

Certes, le rapport explicatif part du principe que les personnes concernées obtiendront rapidement leurs nouveaux documents. Mais, sans limitation claire de la durée de la procédure, il pourrait s'avérer difficile d'y parvenir en pratique. Nous proposons donc de limiter la durée maximale du traitement au niveau de l'ordonnance. Les dispositions du droit portugais, qui fixent un délai de huit jours au traitement des demandes d'adaptation de l'inscription officielle du sexe, pourraient par exemple servir d'orientation.

S'agissant de la procédure à mener, nous sommes d'avis qu'il faut en particulier veiller à ce que son coût pour la personne requérante demeure modéré (cf. annexe 1, partie IV. OEEC, Mise à jour des données enregistrées) ou que l'on renonce éventuellement à toute perception d'émolument en référence à l'art. 3, al. 2, OEEC (Exemption d'émolument pour la célébration d'un mariage ou la conclusion d'un partenariat enregistré). Une telle disposition se justifierait surtout parce qu'il est avéré que les personnes transgenres sont proportionnellement plus nombreuses à vivre dans des conditions financières particulièrement précaires et sont plus souvent au chômage, du fait de leur marginalisation et des discriminations à leur encontre. En outre, les coûts administratifs engendrés par les clarifications supplémentaires entreprises par les offices de l'état civil ne devraient notamment pas être facturés au cas où, contre toute attente, la fonction de contrôle explicite devrait être maintenue (cf. ci-dessus ch. 2).

5. Reconnaissance de la diversité des sexes dans le droit positif

La résolution 2048 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, mentionnée ci-dessus, exhorte les gouvernements des Etats membres à ancrer dès que possible dans la loi la possibilité d'inscrire un troisième sexe ou sexe neutre. Dans son étude « Accès à la justice en cas de discrimination », le Centre

suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) a lui aussi invité, dès 2015, à examiner s'il serait possible, au moment d'établir l'acte de naissance, de différer quelque temps l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil et si l'introduction d'un troisième sexe pourrait en outre être envisagée.⁷

Sous l'angle du droit comparé, notons en outre que plusieurs Etats ont déjà pris congé du système binaire de désignation officielle du sexe⁸ ou qu'ils s'emploient, compte tenu des arrêts de leur cour constitutionnelle, à trouver une réglementation légale appropriée. C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel fédéral de l'Allemagne a récemment enjoint le pouvoir législatif de renoncer au système binaire des genres d'ici au 31 décembre 2018.⁹ Approuvant l'action d'une personne intersexuée, se considérant comme « ni homme ni femme », qui souhaiterait faire rectifier l'inscription de son sexe au registre par la mention « inter », ou « autre », ou « X », la Cour constitutionnelle autrichienne a elle aussi ordonné récemment que les inscriptions du genre dans le registre de l'état civil correspondent désormais à l'identité sexuelle autodéterminée.¹⁰ Le Tribunal a notamment retenu que les registres officiels des naissances ne peuvent pas se borner à la binarité rigide du masculin et du féminin et qu'ils doivent permettre à toute personne d'exprimer adéquatement son identité sexuelle autodéterminée tout en garantissant qu'une telle attribution autodéterminée soit effectivement possible, y compris pour les enfants présentant une variation du développement sexuel et dont les caractéristiques sexuelles ne correspondent pas aux normes médicales de « féminin » ou de « masculin ». A cet égard, le Tribunal a déclaré expressément que les désignations telles que « divers », « inter », « ouvert » et autres expressions comparables sont licites. Dans ce contexte, il n'est pas compréhensible que les « mentions sexuelles » au-delà du système binaire soient tenues pour « totalement inconnues des conceptions occidentales » (cf. rapport explicatif, p. 36).

Malgré les développements évoqués ci-dessus, la présente révision du code civil suisse s'en tient à l'inscription du sexe conforme au modèle binaire des genres, respectivement à l'obligation de s'identifier et, par conséquent, de prouver officiellement son identité exclusivement soit comme femme, soit comme homme. De ce fait, elle n'offre pas de choix adéquat aux personnes présentant une variation du développement sexuel ou aux personnes dont l'identité sexuelle échappe au modèle binaire. En effet, il s'agit de personnes qui ne se perçoivent effectivement ni comme femme ni comme homme, respectivement qui se sentent intégralement ou partiellement aussi bien homme que femme. Selon les plus récentes études venues de l'étranger, les personnes transgenres représentent environ deux à trois pour cent de la population. Une étude allemande de 2016 (« Vermächtnisstudie ») montre, par exemple, qu'environ 60 pour cent des personnes transgenres s'identifient comme *non-binaires*. Transposé à la Suisse, ce résultat signifie que plus de 100 000 personnes non-binaires vivraient dans notre pays. En ne ménageant aucune place à la diversité sexuelle effective, la présente révision occulte pratiquement l'existence de ces personnes. Il est regrettable qu'elle manque ainsi l'occasion d'appréhender la réalité de la société dans le cadre du droit, malgré l'urgence des mesures à prendre.

Certes, le rapport explicatif renvoie aux postulats Arslan (17.4121) et Ruiz (17.4185), adoptés par le Conseil national le 17 septembre 2018. Ces interventions ont pour but de demander au Conseil fédéral d'examiner dans un rapport les modifications des bases légales et les adaptations du registre électronique de l'état civil nécessaires à l'introduction d'une troisième catégorie de genre. La CSDE est toutefois d'avis que le Conseil fédéral ne saurait être empêché, d'engager sans délai les travaux nécessaires à promouvoir la reconnaissance juridique dans notre société des personnes qui ne répondent pas au système binaire des genres.

La CSDE est par ailleurs consciente que l'abandon du système binaire de l'inscription officielle des sexes requiert une analyse approfondie et une réglementation des conséquences juridiques et des effets qu'il entraînerait dans plusieurs domaines du droit (p.ex. droit des assurances sociales, obligation du service militaire). Elle plaide pour que l'on veille sans faute à ce que, si cette option devait être choisie, les droits

⁷ Cf. en particulier l'étude partielle spécifique : « LGBT – juristische Analyse », p. 25 ss et 54 s.

⁸ Malte, Australie, Inde, Pakistan, Canada, Nouvelle-Zélande, etc.

⁹ Décision du 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16.

¹⁰ Arrêt G77/2018 du 15 juin 2018.

des femmes, acquis de haute lutte, ne pâtissent en aucune manière d'un tel abandon. Elle demande en particulier que la promotion de l'égalité effective entre femmes et hommes se poursuive sans faiblir dans tous les domaines de la vie.

En guise de conclusion, la CSDE souhaite rappeler les recommandations émises plus haut, à savoir :

1. Prévoir des formations obligatoires concernant la transidentité et l'intersexuation à l'intention du personnel des offices de l'état civil ;
2. Renoncer à attribuer une large marge d'appréciation aux offices de l'état civil et s'engager pour que soit créée une procédure effectivement et entièrement basée sur l'autodétermination ;
3. Renoncer à exiger le consentement du ou de la représentant·e légal·e pour les mineur·e·s capables de discernement ;
4. Prévoir la possibilité de déposer la demande de modification de l'inscription officielle du sexe et de prénom(s) par écrit ou par oral, à choix ;
5. Limiter la durée maximale du traitement du dossier par l'état civil ;
6. Veiller à ce que le coût de la procédure pour la personne requérante demeure modéré ;
7. Engager sans délai les travaux nécessaires à promouvoir la reconnaissance juridique des personnes qui ne répondent pas au système binaire des genres.

Tout en vous remerciant par avance de la bienveillante attention que vous accorderez aux points relevés, nous vous prions d'agrée, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

Au nom de la Conférence Suisse des Délégué·e·s à l'Égalité entre Femmes et Hommes

La présidente :



Anja Derungs