

Changement de sexe d'une mineure de 16 ans dans le registre de l'état civil : rôle de l'officier d'état civil

Sandra Hotz¹/Magalie Sneed²

I. Objet de l'arrêt

Par son arrêt 5A_623/2024 en date du 6 novembre 2024 et destiné à la publication, le Tribunal fédéral estime qu'un officier d'état civil est apte à déterminer la capacité de discernement d'une mineure de 16 ans afin de réaliser un changement de sexe dans le registre de l'état civil (art. 30b CC). Il juge que cette action, permettant d'établir un acte administratif, ne nécessite pas de certificat médical ou l'avis d'un-e spécialiste (consid. 3.4 ss). Le Tribunal fédéral rappelle que la faculté de discernement de la personne déclarante est présumée (art. 16 OEC).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A.A. et B.A. (ci-après « les parents ») sont les parents de C.A. (née en 2007) et de D.A. (né en 2011). Depuis leur divorce, le 12 janvier 2022, ils exercent la garde de leurs enfants de manière alternée et l'autorité parentale en commun.

Le 22 février 2023, la situation de C.A. est signalée au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant du canton de Genève (TPAE) par le Service de protection des mineurs (SPMi). Le but de ce signalement était de mettre en place un suivi thérapeutique pour accompagner C.A. dans son questionnement sur son identité de genre. Conformément aux préconisations du TPAE, une curatrice de représentation a été nommée le 27 février 2023. Cette mesure a été

¹ Dr. habil. iur, professeure ordinaire de droit civil et de droit médical à l'université de Neuchâtel, titulaire du brevet d'avocate.

² MLaw, doctorante FNS en droits de l'enfant et en droit médical à l'université de Neuchâtel.

suivie par la mise en place d'une curatelle d'assistance éducative en faveur de la mineure le 31 mars 2023.

Le 24 avril 2023, le TPAE a provisoirement retiré aux parents de C.A. la garde et le droit de déterminer le lieu de résidence de leur enfant. En outre, son placement dans un foyer ayant été immédiatement ordonné, C.A. a intégré le Foyer E. le même jour. Ces mesures ont ensuite été maintenues par une ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 10 mai 2023.

Le 9 novembre 2023, le TPAE a donné un délai de 14 jours aux parents de C.A. pour fournir les papiers d'identité de la mineure à sa curatrice. Ces documents étaient en effet nécessaires afin de pouvoir procéder à un changement de sexe à l'état civil (art. 30b CC).

Les parents ont déclaré s'opposer à cette remise le 9 décembre 2023. Selon eux, la mise en place d'une expertise était nécessaire pour déterminer si C.A. disposait de la capacité de discernement nécessaire à la prise de cette décision. En réponse, la curatrice de C.A. a, dans un courrier du 21 décembre, rappelé que la mineure suivait une thérapie individuelle et adressé aux parents une injonction formelle de restituer les papiers d'identité de la mineure sous la menace d'une amende (art. 292 CP).

Le 28 février 2024, en constatant que le consentement des père et mère n'était pas nécessaire en vertu de l'art. 30b al.1 CC, le TPAE a ordonné aux parents de C.A. de déposer au SPMi la carte d'identité suisse de la mineure sous la menace d'une sanction pénale (art. 292 CP).

Les parents ont contesté la décision du TPAE auprès de la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après « la Chambre de surveillance »), qui a rejeté ce recours par une décision du 25 juillet 2024.

Ayant utilisé toutes les voies de recours cantonales, A.A. et B.A. saisissent le Tribunal fédéral qui conclut à l'annulation de la décision cantonale et au renvoi de la cause au Tribunal de protection dans le but qu'un-e psychiatre spécialisé-e en psychiatrie de l'adolescence et en question de genre puisse se prononcer sur la capacité de discernement de C.A. quant à son changement de sexe/genre et de ses prénoms dans les registres de l'état civil.

B. Le droit

1. Interprétation de la loi ?

Le recours porte sur la compétence de l'officier civil à attester la capacité de discernement d'une enfant mineure lors d'une demande de modification de l'inscription du sexe à l'état civil.

Le Tribunal fédéral précise d'abord aux recourants qu'ils ne peuvent avancer une application de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. En effet, il rappelle que l'art. 3 par. 1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant³ n'est pas directement applicable selon la jurisprudence⁴ qui retient que ce texte est

³ Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107), ci-après : « CDE ».

⁴ ATF 144 II 56, consid. 5.2 ; arrêts 5A_759/2023 du 20 mars 2024, consid. 4.1.1 ; 5A_468-603/2023 du 29 janvier 2024, consid. 3 ; 5A_539/2020 du 17 août 2020, consid. 2.4.3 et 4.

« susceptible d’orienter les tribunaux »⁵. Par conséquent, le Tribunal fédéral rejette les moyens fondés sur cette disposition (consid. 2.3).

Selon les recourants, le système législatif mis en place par l’art. 30b CC en corrélation avec l’art. 16 CC ne suffisait pas à garantir la « protection des enfants et des jeunes » au sens de l’art. 11 Cst.⁶ (consid. 3).

Le Tribunal fédéral rappelle les règles qui doivent être utilisées lors de l’interprétation de la loi. Premièrement, la loi doit être interprétée de façon littérale. Deuxièmement, le Tribunal fédéral précise également que lorsqu’un texte légal est clair, c’est uniquement lorsqu’il heurte « le sentiment de justice ou le principe de l’égalité de traitement » que l’autorité appliquant le droit peut s’en écarter afin d’en interpréter le sens véritable, comme le retient aussi la jurisprudence⁷. C’est également la démarche qu’il convient d’adopter lorsque le texte légal n’est pas clair ou que plusieurs interprétations sont possibles. Le Tribunal fédéral exprime que l’art. 190 Cst. n’est pas incompatible avec une interprétation contraire au texte juridique et que différents types d’interprétations peuvent être utilisés. A cet égard, le Tribunal fédéral affirme ne privilégier aucune méthode d’interprétation mais s’inspirer d’un pluralisme pragmatique afin de rechercher le sens d’une norme⁸ : l’interprétation historique serait celle qui nécessite, par exemple, l’utilisation de travaux préparatoires ; tandis que l’interprétation téléologique serait celle visant à rechercher l’essence de la règle. Enfin, l’interprétation serait systématique si pour comprendre le sens de la norme, sa relation avec d’autres dispositions est observée.

Si l’interprétation de la loi permet de conclure à l’existence d’une « lacune authentique », le Tribunal fédéral rappelle que l’intervention du/ de la juge est nécessaire mais qu’en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, corriger une lacune « improprement dite » est interdit à moins que le sens de la norme ne constitue un abus de droit ou une violation de la Constitution, ce que la jurisprudence a énoncé également⁹ (consid. 3.1).

2. Le changement de sexe à l’état civil

S’agissant du changement de sexe à l’état civil, le Tribunal fédéral rappelle les conditions définies par l’art. 30b CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022¹⁰. Premièrement, une modification de l’inscription du « sexe » dans le registre de l’état civil peut être effectuée par toute personne étant convaincue, de façon constante, de ne pas appartenir au sexe inscrit dans le registre de l’état civil (al. 1). Une déclaration en ce sens doit être faite à l’officier d’état civil afin de modifier cette inscription (al. 1). Un ou plusieurs prénoms peuvent être inscrits dans le registre (al. 2). Deuxièmement, s’agissant des effets d’une telle déclaration, elle n’impacte pas les liens du droit de la famille (al. 3). Enfin, lorsque la personne est âgée de moins de 16 ans révolus, le consentement du/de la représentant·e légal·e est nécessaire, tout comme lorsque la personne qui fait la déclaration est sous curatelle de portée générale ou que l’autorité de protection le décide (al. 4) (consid. 3.2).

⁵ ATF 144 II 56, consid. 5.2.

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

⁷ ATF 150 IV 48, consid. 3.2 ; 145 II 270, consid. 4.1 ; 139 I 257, consid. 4.2.

⁸ ATF 150 IV 48, consid. 3.2 ; 149 IV 9, consid. 6.3.2.1 ; 147 IV 385, consid. 2.1.

⁹ ATF 150 I 80, consid. 3.1 ; 149 III 117, consid. 3.1 ; 148 V 84, consid. 7.1.2, consid. 3.1.

¹⁰ Code civil suisse (Changement de sexe à l’état civil) (RO 2021 668).

Le Tribunal fédéral retient que la Chambre de surveillance a estimé que cette modification au registre de l'état civil nécessite que le/la requérant·e devant l'officier d'état civil comparaisse pour vérification de son identité et de sa capacité de discernement, bien qu'elle soit présumée (art. 30b CC). La Chambre de surveillance a aussi indiqué qu'un certificat médical sur la capacité de discernement peut être exigé en cas de doute, et que le consentement du/de la représentant·e légal·e est requis pour les mineur·es de moins de 16 ans mais pas pour celles/ceux âgé·es de plus de 16 ans capables de discernement (consid. 3.3). Cette autorité a aussi conclu que la déclaration réalisée auprès de l'officier d'état civil n'a pas de caractère définitif et pourra donc être modifiée de nouveau si le/la requérant·e le souhaite (consid. 3.3).

Tout en précisant que le texte législatif ne donne pas d'information sur le rôle de l'officier d'état civil quant au contrôle de la capacité de discernement de la personne déclarante, le Tribunal fédéral indique que ce sujet a été pris en compte dans un message du Conseil fédéral du 6 décembre 2019¹¹. Le message explique qu'il n'est pas nécessaire qu'une attestation médicale soit présentée d'office lors du contrôle de la capacité de discernement. Cependant, s'il existe des doutes sur la capacité de discernement, d'autres investigations seront nécessaires comme l'indique l'art. 16 OEC. La personne concernée pourra alors être invitée à présenter un certificat médical sur sa capacité de discernement à changer de sexe. Le Tribunal fédéral affirme également l'impossibilité d'exiger au préalable un diagnostic de santé mentale de la personne concernée en s'appuyant sur l'art. 30b CC. Au vu des éléments précités, le Tribunal fédéral déduit que la volonté du législateur est claire. Il ajoute que les recourants n'ont pas su démontrer que l'interprétation de la Chambre de surveillance de l'art. 30b CC n'était pas conforme à la volonté du législateur. Ne pouvant corriger la situation par la voie de l'interprétation et ne pouvant conclure à l'existence d'une lacune en raison du principe de séparation des pouvoirs, le Tribunal fédéral rejette ce grief (consid. 3.4).

Les recourants critiquent la constatation de Chambre de surveillance selon laquelle leur fille C.A. de plus de 16 ans peut effectuer seule une modification de sexe au registre de l'état civil (art. 30b CC). D'après leur interprétation, la capacité de discernement de leur fille n'aurait pas été retenue par cette autorité. Ce à quoi le Tribunal fédéral répond que la « question d'éventuels doutes quant à la capacité de discernement ne se pose pas encore à ce stade ». De surcroît, les recourants ne se plaignant pas de l'absence d'exigence de consentement (art. 30b al. 4 ch. 3 CC) par le TPAE, le grief est rejeté par le Tribunal fédéral (consid. 4).

De même, le Tribunal fédéral n'examine pas le grief fondé par les parents sur la violation de l'art. 8 CEDH et le déclare irrecevable en raison du non-respect des exigences de motivation (art. 106 al.2 LTF). Les recourants évoquaient une violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale, car la demande de remise des documents d'identité de C.A. avait été accompagnée de la peine d'amende de l'art. 292 CP (consid. 5).

Par conséquent, les recourants ne parviennent pas à démontrer d'une part, la raison pour laquelle le contrôle de la capacité de discernement d'une personne mineure devrait systématiquement être effectué par un spécialiste, ni, d'autre part, en quoi un contrôle réalisé par l'officier d'état civil ne permet pas de garantir la protection d'une enfant de plus de 16 ans (consid. 6).

¹¹ CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil) du 6 décembre 2019, Berne 2020, p.791, 812-813 et 821.

III. Analyse

L'arrêt montre à quel point le changement de sexe dans le registre de l'état civil des personnes mineures au sens de l'art. 30b CC est un sujet sensible. Dans cette analyse, nous rappellerons brièvement les règles applicables quant à l'inscription du sexe à l'état civil (1) puis nous analyserons l'existence d'une « lacune improprement dite »¹² dans l'art. 30b CC (2) avant de se pencher sur les prochaines étapes nécessaires dans la recherche (3).

1. L'inscription du sexe à l'état civil et capacité de discernement

En Suisse, la naissance de chaque enfant doit être annoncée à l'office de l'état civil en mentionnant le sexe (féminin ou masculin) dans un délai de trois jours. Cette annonce permet l'enregistrement de l'enfant à l'état civil (art. 39 CC et art. 8, 35 et 91 OEC) et sera ensuite celle utilisée dans les documents officiels. Le nombre de modifications possibles dans le registre de l'état civil n'est pas limité.

Toute personne convaincue d'appartenir au sexe opposé peut requérir un changement de sexe dans le registre de l'état civil (art. 30b CC). La capacité de discernement est une condition essentielle. Au sens de l'art. 16 CC, « toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi ». Combiné avec l'art. 30b CC, une personne dispose de la capacité de discernement pour effectuer un changement de sexe dans le registre de l'état civil lorsqu'elle est en mesure de comprendre la portée de ce changement et n'est pas sous l'influence de l'alcool ou de drogues. En principe, la capacité de discernement est présumée (art. 16 CC, art. 16 OEC). Toutefois, l'officier de l'état civil doit contrôler la capacité de discernement s'il le juge nécessaire. Le consentement du/de la représentante légal·e s'avère nécessaire si le/la requérant·e est âgé·e de moins de 16 ans (art. 30b al. 4 CC). Ainsi, le fait qu'une mineure de 16 ans décide d'effectuer un changement de sexe au registre de l'état civil ne nécessite pas le consentement de ses parents au vu de la loi suisse, puisqu'elle est présumée capable de discernement. L'apport de cet arrêt est ici l'interprétation du Tribunal fédéral sur le rôle de l'officier d'état civil, aspect de la loi sur lequel il ne s'était jamais penché.

2. L'existence d'une lacune improprement dite

Dans l'arrêt commenté¹³, le Tribunal fédéral nous présente les différentes interprétations à adopter lorsqu'un texte juridique n'est pas clair. Il nous semble que le Tribunal fédéral s'est majoritairement appuyé dans cet arrêt sur une approche historique afin d'interpréter le rôle de l'officier civil dans l'art. 30b CC. En effet, en mentionnant les débats parlementaires, le Tribunal fédéral a formulé qu'il n'y avait pas eu de désaccords quant au rôle de l'officier d'état civil dans le contrôle de la capacité de discernement des mineurs¹⁴. S'agissant du devoir d'investigation de l'officier d'état civil, le Tribunal fédéral note qu'en cas de doute les parlementaires retiennent que l'officier d'état civil doit pouvoir demander l'avis d'un spécialiste, d'un psychiatre ou d'un psychologue¹⁵ et que la capacité de discernement soit

¹² Consid 3.1.

¹³ Consid 3.1.

¹⁴ BO 2020 N 2321, *votum* Christa Markwalder.

¹⁵ BO 2020 E 501, *votum* Lisa Mazzone.

vérifiée¹⁶. Certains auteurs¹⁷ et la Directive de l’OFEC n° 10.22.01.01¹⁸ s’accordent également sur ce point. A notre avis, l’interprétation historique n’étant pas suffisante pour saisir l’entièreté du sens de la norme, c’est à juste titre que le Tribunal fédéral a également fait usage d’une interprétation téléologique¹⁹. Il explique notamment que l’art. 30b CC a été adopté afin d’éviter des complications bureaucratiques aux personnes transgenres ou intersexes décidant de modifier leur sexe au registre de l’état civil lorsqu’elles sont âgées de plus de 16 ans et capables de discernement²⁰ (art. 30b al. 4 CC).

Cette interprétation conduit le Tribunal fédéral à conclure à l’absence de lacune authentique, définie dans cet arrêt comme un point que le législateur « s’est abstenu de régler », conduisant à l’absence de solution à la suite de l’interprétation de la loi (consid 3.1). A notre avis, le Tribunal fédéral se retrouve face à une lacune improprement dite, puisque la loi offre une réponse insatisfaisante, ce que le Tribunal fédéral reconnaît : « Il est vrai que le texte légal ne dit mot du rôle de l’officier d’état civil s’agissant du contrôle de la capacité de discernement de la personne déclarante » (consid 3.4). Néanmoins, comme mentionné dans la jurisprudence, le principe de la séparation des pouvoirs interdit au Tribunal fédéral de rectifier ce genre de lacunes à moins que la norme ne « constitue un abus de droit » (consid 3.4) ou soit en violation de la Constitution²¹.

Pour le Tribunal fédéral, l’officier d’état civil dispose des compétences nécessaires pour attester de la capacité de discernement d’un·e enfant mineur·e de 16 ans lors d’une comparution personnelle effectuée dans le cadre d’une procédure de changement de sexe dans le registre de l’état civil. Il suit ainsi l’interprétation de la Chambre de surveillance.

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral reconnaît clairement la capacité des mineurs âgés d’au moins 16 ans à effectuer leurs propres choix dans le cadre d’un changement de sexe dans le registre de l’état civil. Il met ici en avant l’autodétermination des mineur·es en facilitant notamment le processus de changement de sexe au registre de l’état civil conformément aux recommandations du Conseil de l’Europe²². Toutefois, bien que l’audition des enfants ait pris de l’importance ces dernières années²³, on peut regretter ici l’absence d’implication de l’intimée dans la procédure judiciaire (cf. consid. 6).

¹⁶ BO 2020 E 1303, *votum* Lisa Mazzone et BO 2020 E 1304, *votum* Daniel Fässler.

¹⁷ NEUENSCHWANDER, *Modifications des inscriptions au registre de l’état civil*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Denis Piotet*, 2023, p. 377.

¹⁸ Cf. ch. 3.3, p. 7-8.

¹⁹ Consid 3.1.

²⁰ Consid. 3.4.

²¹ ATF 150 I 80, consid. 3.1 ; 149 III 117, consid.3.1 ; 148 V 84, consid. 7.1.2.

²² Voir : CONSEIL DE L’EUROPE, *La discrimination à l’encontre des personnes transgenres en Europe*, Résolution 2048, Strasbourg 2015 ; CONSEIL DE L’EUROPE, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l’égard des personnes intersexes*, Résolution 2191, Strasbourg 2017.

²³ Notamment grâce à l’art. 12 CDE, qui est directement applicable dans toutes les procédures qui concernent les intérêts de l’enfant : ATF 124 III 90 ; TF 2C_837/2022 du 19 avril 2023, consid. 3.1 ; 2C_454/2024 du 29 avril 2024, consid. 3.3.2. Néanmoins, cela ne veut pas dire qu’il soit appliqué – dans les affaires de migrations, les tribunaux partent souvent de l’idée que les intérêts des représentants légaux sont identiques à ceux des enfants. Voir également : HOTZ, *Handbuch Kinder im Verfahren*, Zurich/St-Gall, 2019.

3. Un approfondissement des recherches nécessaire

Il y a encore peu de recherches sur la mise en œuvre de l'art. 30b CC et les effets de la nouvelle législation sur les personnes concernées. Nous pensons par exemple à la façon dont ces personnes, en particulier les mineur·e·s, s'identifient. Une recherche regroupant des informations sur l'attitude des officiers d'état civil, les éventuelles sauvegardes dans les procédures (« gate-keeping ») et les actions ou inactions des personnes entourant les acteurs principaux – comme les parents dans le cas d'espèce ou les organisations privées impliquées dans les différentes régions linguistiques de la Suisse – serait particulièrement enrichissante.

Cette nouvelle disposition perçoit les humains comme étant « mâles » ou « femelles » afin de ne pas ouvrir les portes juridiques et administratives aux auto-identifications au-delà du mode de binarité normatif. A ce sujet, il serait intéressant d'évaluer empiriquement la pluralité des auto-identifications non binaires* et trans à la lumière de cette législation.

A ce jour, une première étude d'évaluation a été menée par la Professeure Fountoulakis de l'Université de Fribourg sur mandat de l'OFEC (et en collaboration avec ceux-ci)²⁴ pour l'année 2022. Les résultats démontrent que 67,1 % de l'ensemble des déclarations effectuées en 2022 selon l'art. 30b CC (786 sur 1171) ont été acceptées. Pour le reste, les risques d'abus paraissent être minimes (20 sur 786) : l'étude recompte 6 cas de femmes approchant l'âge de retraite et atteste d'un faible taux de déclarations ayant eu lieu au moment d'effectuer un service militaire. Par ailleurs, les changements vers le sexe masculin semblent rester largement majoritaires.

Selon cette étude, on recompte 49 cas d'enfants de moins de 16 ans sur les 786 cas de 2022. Cela signifie qu'environ 6,5 % de ces changements ont été effectués avec le consentement des parents. Cependant, le consentement requis des parents ne semble pas constituer un recul par rapport à la situation légale antérieure d'après cette étude. Une mineure de moins de 16 ans pouvait toujours effectuer un recours juridique avec l'aide d'un·e représentant·e légal·e (éventuellement professionnel·le) autre que ses parents, cela reste en effet un droit strictement personnel. Cependant, les obstacles auxquels les mineur·e·s font face avec leurs représentants légaux persistent.

²⁴ FOUNTOULAKIS, *Evaluation de l'art. 30b CC (changement de sexe dans le registre de l'état civil), Conclusions principales*, rapport du 11 octobre 2023, disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2023-10-11.html> (consulté le 18 janvier 2025).