



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ

Direktionsbereich Privatrecht

Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen

Rechtsauskunft EAZW: Transsexualität
Avis de droit OFEC: Transsexualisme
Parere giuridico UFSC: Transessualità

Rechtsauskunft des EAZW vom 1. Februar 2012 betreffend Transsexualität

- Rechtsnatur der Klage zur Feststellung einer Geschlechtsänderung
- Erfordernis chirurgischer Eingriffe als Bedingung zur Gutheissung der Klage
- Konversion der eingetragenen Partnerschaft in eine Ehe als Folge der Geschlechtsänderung eines Partners

Das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen EAZW hat sich in zwei Stellungnahmen vom 1. Februar 2012 zuhanden kantonaler Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen (nachfolgend im Original in französischer Sprache) zu aktuellen Fragen im Zusammenhang mit Geschlechtsänderungen geäußert.

Vorab erinnerte das EAZW an die Rechtsnatur der Klage zur Feststellung einer Geschlechtsänderung – es handelt sich um eine mittels richterlicher Rechtsfortbildung geschaffene zivilstandsrechtliche Klage sui generis (BGE 119 II 264) – und an die dabei anwendbaren Bestimmungen für die Eintragung in das Personenstandsregister (Art. 7 Abs. 2 Bst. o, Art. 40. Abs. 1 Bst. j, Art. 98 Abs. 1 Bst. h und Abs. 2 Bst. c ZStV).

Weiter hat das EAZW die vom Bundesgericht bestätigte Voraussetzung der Unwiderrufbarkeit der Geschlechtsänderung im Lichte der neusten Empfehlungen des Europarates beleuchtet und sich gegen das Erfordernis unumkehrbarer chirurgischer Eingriffe als Vorbedingung zum rechtlichen Nachvollzug einer Geschlechtsänderung (Sterilisierung, Aufbau von Geschlechtsorganen) im Zivilstandsregister ausgesprochen.

Schliesslich hat sich das EAZW zum Schicksal von Ehen und eingetragenen Partnerschaften nach erfolgter Geschlechtsänderung eines Ehegatten respektive einer Partnerin oder eines Partners geäußert. Eine Auflösung der Verbindung kann nicht gegen den Willen der Ehegatten respektive der eingetragenen Partnerinnen oder Partner als Vorbedingung für die Anerkennung einer Geschlechtsänderung durchgesetzt werden. Deshalb bleiben Ehen und eingetragene Partnerschaften trotz Geschlechtsänderung bestehen. Eine Konversion ist nur möglich, wenn sie durch ein Gericht ausdrücklich angeordnet wird. Die Zivilstandsbehörden erfassen in diesem Zusammenhang Änderungen des Geschlechts, des Vornamens und gegebenenfalls des Personenstandes ausschliesslich gestützt auf einen gerichtlichen Entscheid; äussert sich eine ausländische Entscheidung über die Feststellung einer Geschlechtsänderung nicht zu einer allfälligen Konversion der Ehe in eine Partnerschaft oder umgekehrt, darf die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen nicht hilfsweise richterlich tätig werden und das Urteil ergänzen (Art. 32 IPRG). Die betroffenen Parteien sind im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht einzuladen, das einzutragende Urteil ergänzen zu lassen.

Diese Grundsätze sind verbindlich für die kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen sowie die ihnen unterstellten Zivilstandsämter. Sie gelten nebst der Verarbeitung von in- und ausländischen Entscheiden auch im Rahmen von Auskunftersuchen von Gerichten, die mit Feststellungsklagen befasst sind.

Für die Gerichtsbehörden sind diese Ausführungen nicht bindend (Prinzip der Gewaltentrennung). Gestützt auf Art. 90 ZStV bitten wir die kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen und die Zivilstandsämter, Entscheide betreffend Geschlechtsänderungen dem EAZW zukommen zu lassen.

Avis de droit du 1^{er} février 2012 de l'OFEC sur la question du transsexualisme

- Nature de l'action en constatation du changement de sexe
- Exigence d'interventions chirurgicales comme préalable à l'admission de l'action
- Conversion du partenariat en mariage suite au changement de sexe d'un partenaire

Dans deux avis du 1^{er} février 2012 établis à l'attention d'autorités cantonales de surveillance de l'état civil (reproduits ci-dessous dans leur version originale française), l'Office fédéral de l'état civil a pris position par rapport à des questions actuelles liées au changement de sexe.

L'OFEC a rappelé la nature de l'action en constatation du changement de sexe, qui est une action *sui generis* d'état civil, créée par voie prétorienne (ATF 119 II 264) et les dispositions applicables (art. 7 al. 2 let. o, 40 al. 1, let. j, 98 al. 1 let. h, al. 2, let. C OEC) à son inscription à l'état civil.

Interprétant la notion d'irréversibilité du changement de sexe imposée par la jurisprudence fédérale à la lumière des Recommandations les plus récentes du Conseil de l'Europe en la matière, l'OFEC s'est ensuite prononcé contre l'exigence d'interventions chirurgicales visant la stérilisation ou la construction d'organes génitaux du sexe désiré comme préalable de la reconnaissance judiciaire du changement de sexe.

L'OFEC s'est également prononcé sur le sort des mariages et partenariats enregistrés suite au changement de sexe d'un conjoint ou partenaire. La dissolution de l'union ne saurait être imposée comme préalable à la constatation judiciaire du changement de sexe si les partenaires ou époux souhaitent restés unis. Conséquemment, le mariage ou le partenariat enregistré valablement contractés perdurent. Une conversion dans l'autre institution est néanmoins possible si elle décidée par le juge. Les autorités de l'état civil doivent saisir le changement de sexe, de prénom et cas échéant d'état civil conformément aux décisions de justice rendues; si une décision étrangère de constatation de changement de sexe est muette sur une éventuelle conversion du mariage en partenariat enregistré ou *vice versa*, l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil appelée à transcrire la décision étrangère selon l'article 32 LDIP ne peut se substituer au juge mais doit renvoyer cas échéant les parties à faire compléter le jugement rendu.

Ces principes lient les autorités cantonales de surveillance de l'état civil et leurs offices subordonnés, notamment lorsque ces services sont appelés à enregistrer les décisions suisses et étrangères de changement de sexe ou à formuler des observations à l'intention de tribunaux saisis de demandes tendant à la constatation d'un changement de sexe.

Eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, ces principes ne lient pas les tribunaux. Conformément à l'article 90 OEC, les autorités cantonales de surveillance de l'état civil et leurs offices subordonnés sont invités à communiquer l'ensemble des décisions rendues en la matière à l'OFEC à l'intention de l'Office fédéral de la justice.

Parere giuridico del 1° febbraio 2012 dell'UFSC sulla transessualità

- Natura dell'azione per accertare il cambiamento di sesso
- Obbligo d'intervento chirurgico quale condizione per l'ammissione dell'azione
- Conversione dell'unione domestica registrata in matrimonio in seguito al cambiamento di sesso di un partner

Nei due pareri del 1° febbraio 2012 redatti all'attenzione delle autorità cantonali di vigilanza sullo stato civile (in seguito nell'originale in francese), l'Ufficio federale dello stato civile (UFSC) ha preso posizione riguardo a questioni attuali legate al cambiamento di sesso.

L'UFSC ha ricordato la natura giuridica dell'azione per accertare un cambiamento di sesso, un'azione di stato civile *sui generis*, creata in via giurisprudenziale (DTF 119 II 264), e le disposizioni applicabili alla sua iscrizione nel registro dello stato civile (art. 7 cpv. 2 lett. o, art. 40 cpv. 1 lett. j, art. 98 cpv. 1 lett. h e cpv. 2 lett. c OSC).

Tenendo conto delle considerazioni della giurisprudenza federale inerenti all'irreversibilità del cambiamento di sesso e delle recenti raccomandazioni del Consiglio d'Europa, l'UFSC si è detto contrario all'obbligo dell'intervento chirurgico volto alla sterilizzazione o alla ricostruzione degli organi genitali desiderati quale condizione per ottenere il riconoscimento giuridico di un cambiamento di sesso.

L'UFSC si è anche espresso in merito alla sorte dei matrimoni e delle unioni domestiche registrate in seguito al cambiamento di sesso di un coniuge o di un partner. Non è possibile imporre lo scioglimento dell'unione contro la volontà del coniuge o del partner quale condizione per il riconoscimento di un cambiamento di sesso. Di conseguenza i matrimoni contratti o le unioni domestiche registrate correttamente rimangono validi anche dopo un cambiamento di sesso. La conversione dell'unione è possibile soltanto se è pronunciata dal giudice. Le autorità dello stato civile sono tenute a iscrivere cambiamenti di sesso, del nome ed eventualmente dello stato civile conformemente alle decisioni giudiziali. Se una decisione estera costatante il cambiamento di sesso non si esprime sull'eventuale conversione del matrimonio in unione domestica registrata o viceversa, l'autorità cantonale di vigilanza sullo stato civile tenuto a iscrivere secondo l'articolo 32 LDIP non può fare le veci del giudice ma deve, se del caso, invitare le parti coinvolte a far completare la sentenza dalle autorità competenti.

Tali principi sono vincolanti sia per le autorità cantonali di vigilanza sullo stato civile sia per gli uffici dello stato civile a loro subordinati, in particolare quando sono chiamati a iscrivere le decisioni svizzere e straniere concernenti il cambiamento di sesso o a formulare osservazioni in seguito a una richiesta d'informazione dei tribunali riguardo al cambiamento di sesso.

Nel rispetto del principio della separazione dei poteri i tribunali non sono vincolati a tali considerazioni. In virtù dell'articolo 90 OSC le autorità cantonali di vigilanza sullo stato civile e gli uffici dello stato civile a loro subordinati sono invitati a comunicare all'UFSC tutte le sentenze attestanti il cambiamento di sesso.

Nature de l'action en constatation du changement de sexe et enregistrement à l'état civil:

Conformément à la jurisprudence (ATF 119 II 264, JdT 1996 I 336) et à la doctrine (voir CR CC I-MONTINI, art. 42 N 5 ; BSK ZGB I-LARDELLI/HEUSSLER, art. 42 N 4), l'inscription du changement de sexe à l'état civil suppose que la personne concernée a fait constater le nouveau sexe par le juge. Il s'agit d'une action d'état civil *sui generis* créée par voie prétorienne, qui n'est donc pas régie par une disposition expresse du Code civil (CC); aujourd'hui, l'on distingue cette action de la rectification des registres fondée sur une constatation initiale erronée du sexe.

Si aucune disposition du CC ne règle le changement de sexe, le droit écrit connaît des dispositions d'exécution dans l'ordonnance sur l'état civil (OEC ; art. 7 al. 2 let. o, 40 al. 1, let. j, 98 al. 1 let. h, al. 2, let. c). Le changement de sexe, décidé par le juge, est communiqué aux autorités d'état civil pour inscription dans les registres de l'état civil qui jouissent de la force probante accrue de l'article 9 CC. Aussi, conformément à la jurisprudence (cf. ATF 119 II 270, c. 6), le changement de sexe d'une personne n'est pas laissée à sa libre disposition, mais doit, au regard du postulat de la sécurité de droit, être constaté dans le cadre d'une procédure judiciaire formelle, cela dans l'intérêt également des tiers (conjoint, enfants). La situation en fait doit être établie de manière claire et univoque et le changement de sexe être irréversible.

Historiquement, le changement de sexe n'était inscrit qu'au registre des familles (registre collecteur des bourgeois et des membres de leur famille) et non au registre des naissances, censé refléter la situation au moment de la venue au monde. Eu égard aux intérêts des personnes transsexuelles de pouvoir présenter un acte de naissance conforme à leur identité actuelle, une réforme de l'Ordonnance de l'état civil en vigueur introduite le 1^{er} janvier 2002 a permis de mentionner le changement de sexe également en marge du registre des naissances.

Le 1^{er} juillet 2004 est entré en vigueur l'article 45a CC, qui est la base légale du registre informatisé de l'état civil connu sous l'acronyme *Infostar*. Cette banque de données centrale, à laquelle sont raccordés tous les offices de l'état civil suisses, comprend des fonctionnalités correspondant aux anciens registres des familles et des naissances. Désormais, un changement d'état civil d'une personne entraîne un transfert (dit ressaisie) dans le nouveau système. Celui-ci permet une mise à jour automatique du statut personnel et familial. Les registres papiers conservent leur validité tant que les données d'une personne n'ont pas été ressaisies dans le système *Infostar* (art. 92 ss de l'ordonnance sur l'état civil ; OEC). Les personnes concernées dont le changement de sexe a été constaté antérieurement ont la faculté de solliciter l'adaptation de l'ancien registre des naissances en adressant une requête à l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil du lieu de naissance (art. 98 al. 2 let. C OEC).

Admission d'une demande en constatation du changement de sexe d'une personne transsexuelle sans opération de construction du genre désiré

Selon des extrapolations basées sur des données de la littérature spécialisée, il existe en Suisse entre 100 et 200 personnes présentant un véritable transsexualisme (voir Réponse no 6 du Conseil fédéral du 6 juin 2011 à l'Interpellation 11.3265 « Intersexualité. Modifier la pratique médicale et administrative »).

Les personnes souffrant de transsexualisme sont atteintes dans leur santé et affectées dans leur quotidien à des degrés très divers. Si certaines arrivent à s'en accommoder, d'autres souffrent de graves dépressions pouvant parfois conduire au suicide, ou doivent faire face à

des problèmes de dépendance et ne peuvent pas intégrer le marché du travail. Les conséquences de la transsexualité et non la transsexualité elle-même, peuvent, selon le cas, entraîner la maladie. Des mesures médicales (psychothérapie, hormonothérapie, traitement des addictions, intervention chirurgicale de changement de sexe) sont cas échéant prises en charge par l'assurance maladie (voir Réponse du Conseil fédéral à la Motion 09.3534 « Changement de sexe. Fin du remboursement des prestations par l'assurance obligatoire des soins, déposée par Peter Föhn, Conseiller national), respectivement par l'assurance-invalidité au titre d'infirmité congénitale (voir Réponse no 1 du Conseil fédéral à l'Interpellation 11.3286 « Enfants nés avec une anomalie de la différenciation sexuelle. Chirurgie plastique des organes génitaux », déposée par Ida Glanzmann-Hunkeler).

Selon la documentation médicale versée au dossier, l'intéressé vit dans le genre désiré depuis des années et a bénéficié d'un suivi psychiatrique et d'une hormonothérapie. Il a par ailleurs subi une hystérectomie et une annexectomie bilatérale (ablation chirurgicale de l'utérus, des trompes de Fallope et des ovaires). Il ressort du dossier que l'intéressé ne souhaite pas se soumettre à une phalloplastie (opération de chirurgie plastique visant la fabrication d'un phallus), au motif qu'il s'agit d'une opération onéreuse, présentant des complications et débouchant sur un résultat esthétiquement et mécaniquement peu satisfaisant.

A l'appui de sa demande visant la constatation du changement de sexe nonobstant l'absence de phalloplastie, l'intéressé fait valoir un arrêt de la Cour suprême (*Obergericht*) du Canton de Zurich, du 1^{er} février 2011, ainsi que des décisions du *Bundesverfassungsgericht* allemand du 11 janvier 2011, du *Verfassungsgerichtshof* autrichien du 3 décembre 2009 et du Tribunal de Rome du 11 mars 2011.

Il invoque également la Recommandation 1915 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010.

L'arrêt zurichois précité du 1^{er} février 2011 (diffusé sous http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/NC090012.pdf) concerne l'admission d'une demande de constatation de changement de sexe avec changement de prénom y relatif (de Peter, en Petra), nonobstant l'absence d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle.

Cet arrêt (p. 10, 14) relève que l'ATF 119 II 264 ne définit pas ce qu'il faut entendre par changement de sexe « irréversible », cette formulation ouverte permettant d'atteindre ce résultat non seulement par une intervention chirurgicale consistant en l'ablation des signes sexuels antérieurs mais aussi en approchant l'apparence du sexe désiré d'une autre façon.

Bien plus, selon les Juges zurichois, une telle intervention constitue une atteinte à l'intégrité corporelle de l'intéressé et à son droit au respect de la sphère privée (art. 13 cst.) dont l'une des composantes est le droit de chaque individu à l'autodétermination, y compris sur le plan de la sexualité. Or une telle atteinte nécessiterait pour constituer une condition *sine qua non* de la reconnaissance juridique du changement de sexe une base légale formelle (cf. art. 36 Cst.), base légale inexistante en droit positif suisse. A cet égard, l'arrêt zurichois se réfère à la décision précitée du *Bundesverfassungsgericht* qui considère l'exigence de la stérilité permanente de l'intéressé et une intervention chirurgicale pour modifier les caractéristiques sexuelles extérieures, telles que prévues par la législation allemande (§ 8 de la loi sur le transsexualisme ; *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fälle*, abrégée *Transsexuellengesetz*, TSG), comme contraires à la garantie constitutionnelle de l'intégrité physique dont l'une des composantes est l'aptitude à procréer (« Fortpflanzungsfähigkeit » ; arrêt du *Bundesverfassungsgericht*, §§ 67 ss).

Se basant sur la littérature médicale, les Juges zurichoises ont ainsi retenu que le changement de sexe pouvait également intervenir après un traitement hormonal prolongé, en l'occurrence de plusieurs années, qui conduit à une atrophie irréversible des organes génitaux masculins.

Dans sa sentence no 5896, du 22 mars 2011, le Tribunal civil de Rome, a statué que la loi italienne prévoit qu'une intervention chirurgicale de changement de sexe doit être autorisée si elle est nécessaire, mais qu'elle ne s'impose pas comme une exigence indispensable à la constatation du changement de sexe.

Ces évolutions jurisprudentielles précitées sont dans la ligne du document thématique « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », publié en décembre 2011 par le Conseil de l'Europe (http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_fr.pdf), qui rappelle à pages 91 et 92 ce qui suit :

A ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jugé aucune affaire concernant des exigences telles que la stérilisation obligatoire ou la chirurgie aboutissant à l'infertilité. Cela étant, la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres indique que « les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devraient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives » (Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, paragraphe 20).

La Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) 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 » (Conseil de l'Europe, Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, paragraphe 16.11.2)

A noter que ce texte (p. 93) salue expressément la décision zurichoise susmentionnée à côté des évolutions jurisprudentielles allemande et autrichienne ayant conduit à déclarer anticonstitutionnelle la condition préalable de stérilisation à l'action en constatation du changement de sexe.

En décembre 2011, dite Résolution a conduit en France des députés à déposer une proposition de loi visant à simplifier la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, encore conditionnée à la preuve d'une opération chirurgicale irréversible (voir en particulier l'article paru dans le Monde le 28 décembre 2011 et diffusé sous http://www.lemonde.fr/politique/article/2011/12/28/73-deputes-ps-veulent-simplifier-le-changement-d-etat-civil-des-transsexuels_1623428_823448.html).

Il suit de ce qui précède que selon les connaissances scientifiques les plus récentes, et l'évolution du sentiment juridique en Europe et plus spécialement dans les Etats qui nous entourent, la stérilisation, et *a fortiori* les interventions visant à construire des organes génitaux du sexe désiré, opérations comportant de graves risques pour la santé et qui ne sont pas nécessaires pour l'équilibre des personnes transsexuelles, ne peuvent être imposées comme une condition préalable à la constatation juridique du changement de sexe.

L'on notera également que le 1er juillet 2005 est entrée en vigueur la loi sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation des personnes (loi sur la stérilisation; RS 211.111.1).

Dite loi soumet à des exigences très strictes dite intervention, consistant à supprimer de manière permanente les facultés reproductrices d'une personne (art. 2). De ce fait, pour les

personnes capables de discernement, la stérilisation doit reposer sur leur consentement libre et éclairé, donné par écrit; un médecin doit au surplus consigner dans le dossier médical les éléments qui ont fondé son appréciation de la capacité de discernement de l'intéressé (art. 5 s.). Il ressort des travaux préparatoires de la loi que la stérilisation constitue une lésion corporelle grave au sens de l'article 122 du Code pénal. La loi admet la stérilisation médicale, si elle est consentie. Par stérilisation médicale, on entend la ligature des trompes chez la femme ou des canaux déférents chez l'homme. En revanche, la castration, soit l'intervention plus radicale consistant en l'ablation des glandes génitales (ovaires ou testicules), entraîne une altération de la personnalité et ne peut en aucun cas être admis comme moyen de supprimer la capacité de procréer (Initiative parlementaire Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (von Felten) Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, du 23 juin 2003, FF 2003 5753, ch. 2.1).

Vu ce qui précède, dans l'affaire qui nous est soumise, nous sommes d'avis que la reconnaissance juridique du changement de sexe ne saurait être conditionnée à la soumission d'une phalloplastie.

Conversion d'un partenariat en mariage suite au changement de sexe d'un partenaire

X et Y ont passé un partenariat enregistré en 2007 ; en 2011, X a changé de sexe et de prénom dans son Etat d'origine, modifications dont cette personne demande maintenant la reconnaissance à l'état civil suisse.

Vu le changement de sexe intervenu, X et Y, précédemment de même sexe, sont aujourd'hui de sexe différent, selon la décision étrangère soumise. X et Y demandent à ce que le partenariat enregistré soit converti en mariage.

Questionné par l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil, invitée à transcrire le changement de sexe dans *Infostar*, l'Office fédéral a répondu ce qui suit sur la possibilité de convertir le partenariat enregistré en mariage.

Nous sommes d'avis qu'une telle conversion est admissible, et qu'elle doit être prononcée par un tribunal. Si le jugement (étranger) présenté ne comporte pas d'indication à ce sujet, il doit être complété par une décision judiciaire, prononcée en Suisse (qui sera alors sans autre ressaisi dans *Infostar*) ou alors à l'étranger, et qui supposerait alors une nouvelle décision de transcription au sens de l'article 32 LDIP.

Nos réflexions sont les suivantes.

Le traitement du changement de sexe des personnes mariées, respectivement liées par un partenariat enregistré, a varié dans le temps, dès lors que le sentiment juridique a beaucoup évolué ces dernières années en matière de reconnaissance des couples de même sexe.

Dans une circulaire du 13 juin 2001, notre Office communiquait aux autorités cantonales de surveillance de l'état civil qu'il fallait faire dépendre l'inscription des futurs changements de sexe de personnes qui n'étaient plus célibataires de la présentation d'un jugement de divorce, d'un jugement de nullité du mariage ou du certificat de décès du conjoint. Cette directive était conforme à la jurisprudence de notre Haute Cour qui déclarait le mariage de personnes de même sexe, contraire à l'ordre public (ATF 119 II 267).

Quelques jours avant l'entrée en vigueur de la LPart, dans une circulaire du 20 novembre 2006, qui faisait suite à une demande d'information d'un service cantonal, notre Office informait l'ensemble des autorités cantonales de surveillance que le mariage devenu homosexuel suite au changement de sexe de l'un des conjoints était réputé inexistant mais qu'il était envisageable de le convertir désormais en partenariat enregistré, vu que les conditions d'enre-

gistrement du mariage sont calquées sur celles du mariage, sous réserve de l'identité sexuelle des partenaires (cf. art. 94 ss CC et 3 s. LPart). Cela étant, nous précisons également dans notre circulaire qu'il était nécessaire de solliciter l'avis des conjoints pour vérifier qu'ils souhaitaient effectivement rester unis et déterminer les effets de la conversion puisque les conséquences juridiques du partenariat ne sont pas identiques à celles du mariage en matière de nom de famille et de régime des biens. A cet égard, il était renvoyé cas échéant à l'intervention d'un notaire pour l'adoption du régime de la participation aux acquêts, au sens de l'article 25 LPart.

Le 7 juillet 2008, notre circulaire précitée a été nuancée dans un avis exprimée à une juridiction saisie d'une demande de changement de sexe d'une personne mariée, comme suit:

"L'avis de l'autorité cantonale de surveillance du Canton de X rejoint celui de la doctrine qui s'est exprimée de manière dominante en faveur du principe général du maintien de l'union conjugale (cf. Geiser, in Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Kommentar zum Bun-desgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zurich, 2007, ad art. 9, n. 16; Pichonnaz/Brand/Carron/Kuonen/Reichenberg/von Wunschheim, Exercices en droit de la famille, Cas et propositions de solutions, Zurich, 2001, pp. 105 ss; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich, 2006, p. 171 et réf. cit.).

Ces considérations nous amènent à préciser notre pratique et à relativiser la portée de notre avis de 2006. Compte tenu de l'évolution intervenue, nous ne sommes pas opposés à l'inscription du changement de sexe dans les registres nonobstant le maintien du mariage si cela résulte clairement d'une décision judiciaire en ce sens. Une telle décision devra à notre sens être justifiée par les circonstances concrètes du cas, et prendre en compte les intérêts des parties, notamment la volonté exprimée par les époux quant au maintien de l'union conjugale, à sa dissolution ou à sa conversion en partenariat enregistré."

Le 31 octobre 2011, nous avons fourni au DFJP qui était interpellé par un couple de partenaires enregistrés désireux d'obtenir la conversion de leur union en mariage l'avis suivant: le couple vivant en Suisse était invité à faire constater le changement de sexe et simultanément à faire prononcer la conversion du partenariat enregistré en mariage devant le tribunal compétent pour la constatation du changement de sexe et de prénom.

Dans la présente espèce, la situation est quelque peu différente, dans la mesure où le changement de sexe a été constaté à l'étranger, et qu'il s'agit de reconnaître cette modification de l'état civil conformément à l'article 32 LDIP.

Nous partons de l'idée que la décision étrangère est muette sur la question de la conversion du partenariat enregistré en mariage. Bien évidemment, si la décision étrangère prononce la conversion, celle-ci peut sans autre être reconnue, vu la pratique précitée.

Si la décision étrangère est muette sur ce point, se pose la question de son exécution en Suisse et de son éventuel complément.

La LDIP ne dit rien à ce sujet, ce qui n'est guère étonnant dès lors que l'action en constatation du changement de sexe est une création prétorienne, fondée sur l'article 1er CC.

Le partenariat a été valablement enregistré en 2007.

Sous réserve du décès ou de la déclaration d'absence d'un partenaire (cf. Processus OFEC, no 36.1, ch. 3.3.1), le partenariat ne peut être dissous ou annulé qu'aux conditions prévues dans la loi (art. 9 ss, 29 ss LPart). Les causes d'annulation mentionnées à l'article 9 LPart sont limitatives; ainsi, le changement de sexe d'un partenaire, qui ne constitue pas une cause d'annulation prévue, n'entraîne pas l'annulation du partenariat. A cet égard, nous vous informons que 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.

Ni la LPart, ni le CC ne prévoient au surplus une conversion automatique en cas de changement de sexe: or, les effets du mariage et du partenariat enregistré ne sont pas identiques.

En l'occurrence, le changement de sexe prononcé à l'étranger (pour peu qu'une autorité judiciaire ou administrative ait constaté un changement de sexe médicalement avéré) pourra être reconnu dans le registre suisse de l'état civil conformément à l'article 32 LDIP.

Comme indiqué, l'existence d'un partenariat enregistré entre deux personnes de sexe opposé, tout comme l'existence d'un mariage entre personnes de même sexe, consécutivement au changement de sexe de l'un des partenaires, respectivement conjoints, bien que non prévue par le droit suisse, n'est pas contraire à l'ordre public suisse.

Aussi, une telle union perdure en principe, nonobstant le changement de sexe.

Les parties ont la possibilité de demander la dissolution du partenariat devant le juge puis contracter mariage immédiatement après devant l'officier de l'état civil. Par économie de procédure et pour éviter une rupture dans leur relation juridique (ce qui a par exemple pour avantage d'éviter le partage des avoirs de prévoyance accumulés durant l'union, dont le régime est identique dans les deux institutions ; cf. art. 33 LPart), elles ont également la possibilité de demander au juge la conversion du partenariat en mariage.

Nous sommes d'avis que vu la nature de l'action en constatation du changement de sexe, l'indissolubilité du partenariat (sauf décès ou jugement) et les effets attachés aux deux institutions qui diffèrent sur certains points (nom des parties, régime des biens, etc.) et des effets éventuels sur des tiers (enfants), seul un jugement pourra prononcer la conversion du mariage en partenariat et statuer également sur les effets accessoires de la conversion, tels que le nom des parties.

En votre qualité d'autorité cantonale de surveillance, il vous appartient de statuer sur la reconnaissance du changement de sexe intervenu et de renvoyer les partenaires à demander cas échéant la conversion du partenariat en mariage devant le tribunal compétent. Ce jugement peut s'analyser comme un complément du jugement de changement de sexe étranger qui ne se prononce pas sur le sort du partenariat.

DFJP/OFJ/OFEC/Mo février-mars 2012