

21 décembre 2022

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Rapport du Conseil fédéral en réponse aux
postulats 17.4121 Arslan du 13.12.2017 et
17.4185 Ruiz du 14.12.2017



Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Table des matières

1	Mandat.....	3
1.1	Postulat 17.4121 (Arslan « Inscription d'un troisième sexe à l'état civil »)	3
1.2	Postulat 17.4185 (Ruiz « Introduction d'un troisième genre. Conséquences pour l'ordre juridique et pour Infostar »).....	3
2	Principe de la binarité des sexes comme fondement de notre ordre juridique.....	4
2.1	Inscription du sexe dans le registre de l'état civil	4
2.1.1	Enregistrement du sexe à la naissance	4
2.1.2	Modification ultérieure de l'inscription du sexe.....	5
2.2	Références à la binarité des sexes dans l'ordre juridique	5
2.2.1	Contexte.....	5
2.2.2	Constitution fédérale	5
2.2.3	Lois et ordonnances fédérales.....	6
2.2.4	Droit cantonal et droit communal	7
2.3	Conclusion intermédiaire	7
3	Maintien ou abandon du principe de la binarité des sexes	7
3.1	Développements à l'étranger.....	7
3.2	État du débat en Suisse	7
3.2.1	Doctrine.....	7
3.2.2	Législation	8
3.2.3	Jurisprudence.....	8
3.3	Rapport de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine	8
3.4	Conclusion intermédiaire	10
4	Conditions préalables à l'abandon de la binarité des sexes	10
4.1	Adaptations au niveau des registres.....	10
4.1.1	Mise en œuvre dans le registre central Infostar	10
4.1.2	Adaptation d'autres registres et configuration des interfaces	10
4.1.3	Conclusion intermédiaire	11
4.2	Mise en œuvre juridique – adaptations de la Constitution, des lois et des ordonnances	11
4.2.1	Cas de figure 1 : dispositions dont la révision ne serait pas indispensable dans l'immédiat	12
4.2.1.1	Mention du sexe féminin ou masculin sans distinction de régime	12
4.2.1.2	Rôle, fonction ou caractéristiques biologiques comme critères de rattachement	13
4.2.1.3	Dispositions prévoyant un régime spécial pour l'un des sexes	13
4.2.2	Cas de figure 2 : dispositions dont la révision serait indispensable.....	14
4.2.3	Droit cantonal.....	15
4.2.4	Conclusion intermédiaire	15
5	Autres répercussions pratiques	15
6	Enseignements à retenir	16

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Résumé

Le droit suisse repose sur la binarité des sexes, un modèle consacré par une tradition sociale multiséculaire : les normes juridiques, tous niveaux confondus, qui font référence au sexe se rapportent systématiquement aux deux catégories « masculin » et « féminin ». C'est pourquoi le registre de l'état civil, dans lequel le sexe des citoyennes et des citoyens est inscrit en tant qu'élément central de l'état civil, ne prévoit aujourd'hui que les deux options traditionnelles. Dans le sillage de la discussion lancée ces dernières années dans plusieurs États étrangers, des voix commencent également à se faire entendre en Suisse pour demander l'introduction d'un troisième sexe ou l'abandon de la mention du sexe à l'état civil.

Le présent rapport établi en réponse à deux postulats fait état des conséquences importantes et à ce jour à peine débattues qu'induirait ce changement. Ainsi, de nombreux actes législatifs, de la Constitution aux ordonnances du niveau le plus bas, devraient être modifiés. Les conséquences pratiques, par exemple pour les rapports juridiques entre particuliers et les enquêtes statistiques, seraient aussi considérables. Une telle réforme devrait donc être planifiée et mise en œuvre avec la plus grande diligence afin d'éviter toute incertitude juridique. Étant donné que le principe de la binarité sexuelle est toujours profondément ancré dans la société et la vie quotidienne, le Conseil fédéral est d'avis que les conditions sociales pour l'introduction d'un troisième sexe ou l'abandon général de l'inscription du sexe à l'état civil ne sont pas réunies actuellement.

1 Mandat

1.1 Postulat 17.4121 (Arslan « Inscription d'un troisième sexe à l'état civil »)

Le 13 décembre 2017, la conseillère nationale Sibel Arslan a déposé un postulat qui demandait ce qui suit :

Le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport sur les conséquences qu'entraînerait, d'une part, la possibilité pour les personnes qui ne se reconnaissent pas dans les catégories « homme » ou « femme » de faire inscrire dans les actes d'état civil un troisième sexe, d'autre part, l'abandon pur et simple de la mention du sexe dans ces mêmes actes. Ce rapport exposera les difficultés qu'induirait une telle réforme et les moyens qui permettraient d'y remédier. Il prendra par ailleurs en considération l'évolution du droit intervenue dans ce domaine à l'étranger et l'expérience acquise.

L'autrice du postulat fait valoir que de nombreux ordres juridiques étrangers reconnaissent l'existence d'un sexe indéterminé et prévoient la possibilité de faire figurer dans le passeport la mention « X ». Elle invite le législateur à se demander si le concept binaire prévalant en Suisse n'est pas un peu étriqué et à s'interroger sur les dispositions qu'il y aurait lieu d'adapter afin de mieux tenir compte de la réalité.

En date du 14 février 2018, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat. Le 17 septembre 2018, le Conseil national a suivi cet avis et adopté le postulat par 109 voix contre 77 et cinq abstentions.

1.2 Postulat 17.4185 (Ruiz « Introduction d'un troisième genre. Conséquences pour l'ordre juridique et pour Infostar »)

Le 14 décembre 2017, l'ancienne conseillère nationale Rebecca Ruiz a déposé un postulat qui demandait ce qui suit :

Le Conseil fédéral est chargé d'analyser dans un rapport les changements légaux (Constitution, lois, ordonnances) ainsi que les adaptations dans le registre informatisé d'état civil (Infostar) qui seraient nécessaires si on introduisait un troisième genre à l'état civil, si on renonçait à l'inscription du sexe à l'état civil ou s'il était sursis temporairement à cette inscription dans le cas de nouveaux intersexués. Le rapport donnera un aperçu des coûts escomptés, du temps nécessaire pour

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

mettre en œuvre ces changements et des conséquences supplémentaires qui en résulteraient pour les infrastructures des registres en Suisse.

L'argument avancé à l'appui de ce postulat est la situation juridique en Allemagne et le fait que, tôt ou tard, les autorités suisses seraient confrontées à des personnes venant d'Allemagne et possédant des documents d'état civil ou des passeports sans indication du sexe ou avec mention d'un troisième genre. Afin de faciliter l'émergence en Suisse d'une discussion sur l'introduction d'un troisième sexe ou l'abandon de la mention du sexe à l'état civil, il s'agirait de déterminer les adaptations nécessaires à cet effet dans l'ordre juridique suisse. Il faudrait en outre examiner si les changements correspondants dans Infostar et dans d'autres registres (AVS, offices de la population, documents d'identification, migrations) sont possibles, quels en seraient les coûts et quand ils pourraient être mis en œuvre.

Le 14 février 2018 également, le Conseil fédéral a recommandé l'adoption de ce postulat, que la Chambre basse a approuvé par 105 voix contre 79 et sept abstentions.

2 Principe de la binarité des sexes comme fondement de notre ordre juridique

L'ordre juridique suisse actuel est de toute évidence fondé sur la *binarité des sexes*. De nombreuses dispositions de tous les niveaux normatifs, de la Constitution fédérale aux ordonnances, font directement référence au sexe et prévoient parfois des conséquences juridiques différentes pour les femmes et pour les hommes. Reposant sur une tradition sociale multiséculaire ininterrompue qui se reflète dans les normes juridiques, la binarité sexuelle est aussi ancrée dans le registre de l'état civil, qui prévoit l'inscription obligatoire et contraignante du sexe des personnes enregistrées. Pour qu'une extension de ce modèle binaire des sexes puisse produire les effets escomptés tout en préservant la cohérence du système, il faudrait adapter non seulement le registre de l'état civil, mais aussi de nombreuses autres dispositions.

2.1 Inscription du sexe dans le registre de l'état civil

2.1.1 Enregistrement du sexe à la naissance

Selon le code civil suisse¹ (CC), le sexe fait partie des « conditions naturelles » de l'homme (art. 53 CC) ; il constitue un élément central de l'état civil². Ainsi, dans les trois jours à compter de sa naissance, chaque enfant doit être annoncé pour enregistrement à l'état civil, avec son identité complète, soit en particulier ses nom de famille et prénoms, sa filiation et son sexe (art. 34 OEC).

Aujourd'hui, le registre de l'état civil connaît uniquement la binarité des sexes : en fonction des constatations médicales³, chaque nouveau-né *doit* se voir attribuer soit le sexe féminin, soit le sexe masculin. Il est interdit – même dans les cas dits de variation du développement sexuel, c'est-à-dire lorsque le sexe ne peut être établi avec certitude⁴ – de laisser l'inscription du sexe non renseignée⁵.

¹ RS 210.

² Art. 39 CC et art. 8 de l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2). L'art. 39, al. 2, CC ne mentionne pas explicitement le sexe comme un élément de l'état civil. Or le sexe en fait bien entendu partie, même s'il n'appartient pas à la liste non exhaustive des éléments du CC, liste complétée par la disposition précitée de l'OEC.

³ À ce jour, il n'existe en Suisse aucune recommandation sur la détermination du sexe. Autrement dit, c'est le médecin compétent qui décide du sexe attribué au nouveau-né. Dans sa prise de position concernant les « variations du développement sexuel » du 16 décembre 2016, la Commission centrale d'éthique de l'Académie suisse des sciences médicales a renoncé à élaborer des directives médico-éthiques sur le sujet. Voir aussi Geiser, *Drittes Geschlecht*, p. 588, qui se réfère au message concernant la révision du 6 décembre 2020 du code civil (Changement de sexe à l'état civil), ch. 1.1 et parle de « Hebamengeschlecht ».

⁴ Voir à ce sujet les explications détaillées dans le message concernant le changement de sexe à l'état civil, ch. 1.1.

⁵ Jäger/Siegenthaler, *Zivilstandswesen*, p. 134 : la naissance, avec l'indication du sexe, est communiquée à l'Office fédéral de la statistique (art. 52 OEC, qui renvoie à l'ordonnance du 30 juin 1933 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux [RS 431.012.1]). Voir en outre Geiser, *Amtliches Geschlecht*, p. 10.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

2.1.2 Modification ultérieure de l'inscription du sexe

Une procédure judiciaire est nécessaire pour modifier ultérieurement le sexe inscrit au registre de l'état civil (art. 42 CC)⁶. À défaut, une telle rectification est possible uniquement dans un cadre limité sur présentation d'une annonce de naissance rectifiée émanant du personnel médical⁷.

Depuis le 1^{er} janvier 2022, toute personne concernée peut en outre demander la modification du sexe inscrit à l'état civil au moyen d'une déclaration correspondante remise en personne à l'office de l'état civil (art. 30b CC). Cependant, conformément au principe de la binarité des sexes, le choix reste ici aussi limité aux catégories « masculin » et « féminin ». Le Conseil fédéral n'a pas donné suite au souhait exprimé par différents participants à la procédure de consultation relative à la révision du code civil sur le changement de sexe à l'état civil d'instaurer l'enregistrement d'une troisième catégorie de sexe ou de supprimer toute mention officielle du sexe⁸. Le Parlement a lui aussi délibérément décidé de ne pas remettre en question le modèle binaire des sexes dans le cadre de la révision et de ne pas anticiper dans un sens ou dans un autre l'issue de débats futurs sur la question⁹. Le législateur a ainsi confirmé jusqu'à nouvel ordre le principe de la binarité des sexes pour le registre de l'état civil.

2.2 Références à la binarité des sexes dans l'ordre juridique

2.2.1 Contexte

L'inscription du sexe dans le registre de l'état civil a un impact considérable sur le droit suisse dans son ensemble : de nombreuses normes juridiques de tous niveaux se réfèrent aujourd'hui au sexe et rattachent des conséquences juridiques au sexe officiel inscrit à l'état civil pour la personne concernée.

2.2.2 Constitution fédérale

La Constitution [Cst. ; RS 101] consacre elle aussi le système binaire des genres, comme en témoignent les nombreuses dispositions où les deux sexes – homme et femme – sont mentionnés, notamment l'art. 8, al. 3, Cst., qui postule que « [l']homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. » Il en va de même, entre autres, aux art. 24, al. 1, et 25, al. 1, Cst., où il est dit « les Suisses et les Suissesses », et à l'art. 34, al. 2, Cst., où il est question « des citoyens et des citoyennes ». Dans sa version allemande, les art. 38, al. 2 et 121, al. 1 et 2, Cst., indiquent « étrangers et étrangères » et aux art. 28, al. 1, art. 110, al. 1, let. a, art. 112, al. 3, let. a, Cst., où il est question de « travailleurs et travailleuses ». Dans les deux autres langues, le texte inclut les deux sexes, sauf si l'on part du principe que les règles relatives aux sexes sont différentes (p.ex. à l'art. 110, al. 1, let. a, Cst.).

À cet égard, il convient de mentionner les dispositions relatives au service militaire et à la protection civile (art. 59 et 61 Cst.), selon lesquelles tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire, alors que les Suissesses peuvent servir dans l'armée à titre volontaire (art. 59, al. 1 et 2, Cst.). Une telle réglementation dépendante du sexe se retrouve aussi dans la disposition relative à la protection civile (art. 61, al. 3, Cst.), qui prévoit des obligations différentes en fonction du sexe.

⁶ Voir le message concernant le changement de sexe à l'état civil, ch. 8.1.4.

⁷ Communication officielle OFEC n° 140.15, ch. 3.

⁸ Rapport consultation 2018, ch. 4.2 et 6.5.

⁹ BO 2020 N 1825. Voir également les interventions *Markwalder* (BO 2020 N 1823 et 1832), *Walder* (BO 2020 N 1824), *Bregy* (BO 2020 N 1826), *Flach* (BO 2020 N 1828 s.), *Keller-Sutter* (BO 2020 N 1830) et *Hurni* (BO 2020 N 1832).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

2.2.3 Lois et ordonnances fédérales

À l'instar de la Constitution, de nombreuses lois et ordonnances fédérales font référence aux deux sexes. Alors que certains textes ne prévoient pas de réglementations distinctes pour les femmes et pour les hommes, d'autres continuent de postuler des conséquences juridiques différentes en fonction du sexe.

Un avis de droit du 14 juin 2021 commandé par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a recensé de nombreuses normes du droit fédéral qui se réfèrent au sexe et prévoient des conséquences différentes pour les femmes et pour les hommes¹⁰. À côté de très nombreuses dispositions de moindre importance, l'étude a identifié diverses règles de droit déterminantes opérant des différences de traitement entre femmes et hommes.

Le droit des assurances sociales, par exemple, contient plusieurs règles qui différencient les femmes et les hommes¹¹ pour ce qui est des conditions d'octroi des prestations telles que les rentes de vieillesse, de veuf ou de veuve, les allocations pour perte de gain, de chômage, de maternité ou de paternité. En outre, la mention du sexe sert aussi à des fins de contrôle des coûts statistiques et d'indicateur de mortalité pour la compensation des risques. Avec la récente réforme AVS 21, acceptée le 25 septembre 2022 par le peuple suisse, le législateur a supprimé l'une des inégalités de traitement centrales, c'est-à-dire un âge de la retraite dans l'AVS et la prévoyance professionnelle fixé à 65 ans pour les hommes et à 64 ans pour les femmes, en relevant l'âge de référence pour les femmes à 65 ans. La Cour européenne des droits de l'homme a pour sa part, dans un arrêt rendu le 11 octobre 2022, estimé que l'inégalité de traitement légale des veufs par rapport aux veuves était contraire à la Convention et invité la Suisse à y remédier immédiatement¹².

D'autres références déterminantes au sexe se trouvent dans la loi sur l'asile¹³, dont l'art. 17, al. 2, précise que « le Conseil fédéral édicte des dispositions complémentaires [...] pour qu'il soit tenu compte dans la procédure de la situation particulière des femmes », ainsi que dans la loi sur l'égalité¹⁴, où l'art. 15, let. a, limite l'allocation d'aides financières à des organisations privées « qui informent et conseillent les femmes dans la vie professionnelle ».

En outre, il convient de mentionner l'art. 734f du code des obligations¹⁵ (CO) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021, en vertu duquel le rapport de rémunération doit, à moins que la représentation de chaque sexe n'atteigne au minimum 30 % au sein du conseil d'administration et 20 % au sein de la direction de la société anonyme, mentionner les raisons pour lesquelles la représentation de chaque sexe n'atteint pas le minimum prévu ainsi que les mesures de promotion du sexe le moins représenté. Cet exemple montre lui aussi que le législateur s'est fondé récemment encore sur le principe de la binarité des sexes.

L'étude susmentionnée du 24 juin 2021 cite aussi les normes du droit civil en lien avec l'établissement du lien de filiation (art. 252 ss CC) à titre d'exemple des différences opérées entre femmes et hommes, dans la mesure où ces dispositions prévoient des règles distinctes pour le père et la mère, par exemple la loi sur la procréation médicalement assistée¹⁶, les dispositions relatives au droit du travail régissant la protection de la maternité dans le CO et, enfin,

¹⁰ Dupont/Seiler, inégalités, p. 6 ss. L'étude a aussi identifié de très nombreux cas où les lois et ordonnances opèrent une discrimination directe à raison du sexe. Or l'art. 8, al. 3, Cst. prévoit l'égalité de traitement qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est censée exclure l'appartenance à un sexe en tant que critère valable fondant une différenciation juridique (voir notamment ATF 129 I 265, 269).

¹¹ Voir à ce sujet Dupont/Seiler, inégalités, p. 73 ss et références citées.

¹² Voir à ce sujet la page d'information de l'Office fédéral des assurances sociales avec renvoi à l'arrêt de la CEDH, disponible sur www.bsv.admin.ch > Assurances sociales > AVS > Informations de base & législation > Rentes de veuf de l'AVS.

¹³ Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31).

¹⁴ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg, RS 151).

¹⁵ RS 220.

¹⁶ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 801.11).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

diverses règles du code pénal ¹⁷ (art. 116, 124, 190, 260^{bis}, 264a, al. 1, let. g, 264e, al. 1, et 377, al. 2, let. a, CP pour l'exécution des peines).

S'y ajoute une longue liste de normes manifestement formulées sur la base du principe de la binarité des sexes, à l'instar des exemples correspondants tirés de la Constitution.

2.2.4 Droit cantonal et droit communal

Pour terminer, il convient aussi de préciser que de très nombreuses règles cantonales ou communales prévoient des conséquences juridiques différentes en fonction du sexe ou, du moins, font référence aux deux sexes, par exemple dans les domaines de l'enseignement, de la santé, de l'organisation des autorités judiciaires et de poursuite pénale, de la police du commerce, des prescriptions sur les constructions ou sur les établissements publics.¹⁸

2.3 Conclusion intermédiaire

Cet aperçu succinct montre que le droit suisse actuel est fondé sur la binarité des sexes, aussi bien dans le registre de l'état civil que dans la Constitution et les lois et ordonnances de la Confédération et des cantons.

3 Maintien ou abandon du principe de la binarité des sexes

3.1 Développements à l'étranger

Depuis quelque temps, de nombreux pays s'interrogent sur le bien-fondé du modèle binaire des genres au regard des exigences d'un ordre social moderne, ou sur l'opportunité de l'abandonner. En l'occurrence, quelques États ont franchi le pas, comme il ressort de la vue d'ensemble de l'annexe 1 : l'Allemagne et l'Autriche, par exemple, ont introduit, à la suite d'un arrêt de principe de leur cour constitutionnelle respective, de nouvelles catégories sexuelles ou la possibilité de renoncer à l'enregistrement du sexe. Ce débat est actuellement en cours dans divers autres États. Cela dit, dans la très grande majorité des législations nationales, aucune démarche dans ce sens n'a pour l'instant été engagée.

3.2 État du débat en Suisse

Bien qu'avec une relative timidité, le débat s'amorce également en Suisse. Ainsi, dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du CC sur le changement de sexe à l'état civil, deux partis et plusieurs organisations ont expressément demandé que soit au moins examinée la situation des personnes qui ne peuvent ou ne veulent être attribuées au sexe féminin ou masculin. D'autres participants à la procédure de consultation ont explicitement exigé l'introduction d'une troisième catégorie de genre et l'interdiction formelle des interventions chirurgicales effectuées sur des enfants concernés par une variation du développement sexuel¹⁹.

3.2.1 Doctrine

Dans la doctrine juridique, on trouve quelques rares contributions postulant l'abandon de la binarité comme principe de l'ordre juridique, l'argument principal invoqué étant que le système en place violerait les droits fondamentaux des personnes concernées²⁰. Parfois, le débat s'élargit à la dimension internationale de la question pour qu'au moins les personnes sans mention

¹⁷ RS 311.0.

¹⁸ Plusieurs constitutions cantonales contiennent des règles qui, pour certaines situations (en particulier la maternité et, en partie, l'adoption), prévoient un traitement différent entre femmes et hommes ; voir à ce sujet la vue d'ensemble dans Dupont/Seiler, inégalités, p. 13 ss.

¹⁹ Synthèse des résultats de la procédure de consultation du 1^{er} juillet 2019, p. 12 s. ; le rapport et les prises de position sont disponibles sur www.fedlex.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018.

²⁰ Voir Büchler/Cottier, Intersexualität, Transsexualität, p. 45 ss ; Geiser, Utopien, p. 845 ; Geiser, Drittes Geschlecht, p. 591 ; Schulz, Geschlechtervielfalt, p. 87, qui déduit de l'art. 8 en relation avec l'art. 14 CEDH une obligation pour les États membres du Conseil de l'Europe d'introduire une inscription de genre non binaire au registre de l'état civil, à défaut d'une renonciation pure et simple.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

du sexe ou inscrites avec un troisième sexe dans un registre étranger soient enregistrées en conséquence en Suisse en application des dispositions du droit international privé²¹.

Il convient toutefois de noter ici que, en général, ces exigences se limitent à la question de fond de l'abandon du modèle basé sur la binarité des sexes. Il n'y a aucune discussion sur les conséquences concrètes qui en découleraient pour l'ordre juridique et la société.

3.2.2 Législation

Malgré ces rares exigences doctrinales, le législateur a jusqu'ici pris des mesures uniquement pour simplifier la modification de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil. Par contre, il s'est explicitement prononcé en faveur du maintien du principe de la binarité. À part les deux postulats à l'origine du présent rapport, il n'y a pas d'autres travaux parlementaires ou législatifs qui visent l'abandon de l'identité de genre binaire²².

3.2.3 Jurisprudence

À ce jour, contrairement aux pays voisins (voir l'annexe 1), on n'a connaissance en Suisse d'aucun jugement entré en force sur la question de la pertinence de maintenir la binarité des sexes. Cela dit, il y a le cas de cette personne qui, après avoir requis la suppression de l'inscription de son sexe à l'état civil allemand comme l'y autorise le droit allemand, a demandé que cette suppression soit reconnue en Suisse et reprise dans le registre de l'état civil suisse. Sa demande ayant été rejetée par l'autorité compétente en Suisse, la personne concernée a formé recours devant le tribunal cantonal. Par jugement du 29 mars 2021, celui-ci a admis le recours et ordonné la radiation de la mention du sexe dans les registres de l'état civil et des naissances suisses²³. L'Office fédéral de la justice (OFJ) a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral, qui n'a pas encore statué.

Un cas similaire est également pendant devant la Cour européenne des droits de l'homme (voir l'annexe 1).

3.3 Rapport de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine

À l'automne 2019, l'OFJ, chargé de préparer le présent rapport en réponse aux deux postulats, a sollicité l'avis de la Commission d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (NEK-CNE) sur l'enregistrement officiel du sexe. Le 8 décembre 2020, la Commission a publié sa prise de position n° 36/2020 datée du 5 octobre 2020 et intitulée « L'enregistrement officiel du sexe – Considérations éthiques sur l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil ».

Dans son rapport, la NEK-CNE commence par décrire le contexte et les évolutions pertinentes, avant de détailler les implications pour les personnes concernées. Dans l'ensemble, la NEK-CNE arrive à la conclusion que la réglementation et la pratique actuelles de l'enregistrement officiel du sexe ne sont pas satisfaisantes, car elles ne tiennent pas suffisamment compte de la diversité des identités de genre et ne prennent pas en considération les intérêts fondamentaux des personnes ayant une identité de genre non binaire ainsi que des personnes transgenres et intersexuées. La NEK-CNE saisit donc l'occasion de cette demande pour réexaminer et développer ses réflexions de 2012 et 2018 à la lumière des évolutions sociales et politiques concernant la visibilité et l'acceptation de la diversité des identités de genre.

²¹ Bucher, troisième sexe, n. marg. 15 ss ; voir aussi Geiser, Drittes Geschlecht, p. 845 ; Schulz, Geschlechtervielfalt, p. 83 ss.

²² Il convient de mentionner dans ce contexte le postulat 18.3690 Flach « Supprimer en droit toute référence au sexe, pour assurer l'égalité de tous devant la loi », qui envisageait de charger le Conseil fédéral d'étudier les modifications qu'il faudrait apporter au droit suisse pour éliminer toutes les dispositions qui se réfèrent uniquement au sexe, et d'indiquer comment ces nouvelles règles pourraient se présenter afin de continuer à prendre en compte les différences pertinentes. Le 13 juin 2019, le Conseil national n'a pas suivi la recommandation du Conseil fédéral et a rejeté ce postulat par 99 voix contre 76 et une abstention, BO 2019 N 1068.

²³ Arrêt du tribunal cantonal du canton d'Argovie du 29 mars 2021 (ZBE.2020.8 / cs / gs Z154/20.1686).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Après un bref aperçu du cadre juridique et politique, la Commission présente ses considérations éthiques sur la question, suivies d'une énumération et d'une évaluation des différentes options possibles :

- Option 1. Possibilité de renoncer à l'enregistrement officiel du sexe à la naissance ou ultérieurement : il importe que la renonciation à l'inscription du sexe ne soit pas soumise à des conditions, comme la présentation d'une attestation médicale. Il faut aussi prévoir que l'inscription puisse être en tout temps supprimée sur demande.

Cette option est toutefois en conflit avec la protection de la vie privée, puisque les personnes concernées doivent contester activement une catégorisation binaire préexistante ou en exiger la radiation. Or cela les oblige à révéler leur identité sexuelle, autrement dit cela leur signifie qu'elles se situent en dehors de la norme selon laquelle tout être humain est soit homme, soit femme²⁴.

- Option 2. Abandon général de tout enregistrement officiel du sexe : en soi, la suppression de la catégorie juridique du sexe ne conduit ni à la fin de la binarité, profondément ancrée dans la société, ni à la réduction des formes de discrimination au quotidien. L'absence de catégories sexuelles pourrait au contraire conduire à de nouvelles discriminations et rendre impossible la protection de certains droits fondamentaux et positions juridiques liés à un sexe, avec la nécessité de réorganiser l'accès à certains espaces et services publics. En outre, « il faudrait veiller à ce que l'abandon de la catégorie du sexe dans les documents officiels devienne, à défaut d'une obligation, du moins une possibilité reconnue au niveau international afin que les citoyennes et les citoyens des pays qui souhaitent renoncer à cette catégorie ne soient pas pénalisés. »²⁵
- Option 3. Introduction de nouvelles catégories sexuelles : le rapport examine différentes solutions, de la création d'une seule nouvelle catégorie sexuelle – avec ou sans la possibilité d'ajouter un ou plusieurs compléments optionnels –, à la création de plusieurs nouvelles catégories en passant par la création d'une seule nouvelle catégorie à des fins d'identification. Il serait aussi envisageable d'introduire une troisième inscription possible pour certains documents d'identité, tout en conservant les deux catégories sexuelles binaires dans le registre de l'état civil. Cette solution permettrait de continuer à opérer une distinction entre femmes et hommes dans les domaines juridiques qui le requièrent (p. ex. la santé et les obligations militaires).

La NEK-CNE recommande une approche par étapes.

Dans un premier temps, il faudrait créer la base légale pour l'introduction d'une troisième possibilité d'inscription, avec plusieurs nouvelles catégories sexuelles ou une nouvelle catégorie assortie d'un complément. Il s'agirait d'éviter une solution restrictive et de privilégier une possibilité d'inscription ouverte, comme la catégorie « divers »²⁶. Tout en estimant qu'il s'agirait d'une amélioration notable, la NEK-CNE est d'avis qu'une telle variante ne permettrait pas de régler les discriminations à terme.

C'est pourquoi la NEK-CNE recommande d'engager en parallèle un examen approfondi de l'option de l'abandon de l'enregistrement officiel du sexe, qui représente « la solution qui doit être privilégiée du point de vue éthique ». Elle est consciente qu'un tel changement aurait des répercussions considérables [...] qui ne concerneraient pas uniquement des intérêts publics actuels dans ce domaine et la nécessité d'adapter le cadre juridique en vigueur, mais aussi les conditions sociales que le franchissement d'une telle étape favoriserait. »²⁷

²⁴ Prise de position de la NEK-CNE n° 36/2020, p. 26, ch. 5.1.

²⁵ Prise de position de la NEK-CNE n° 36/2020, p. 27, ch. 5.2, où il est aussi indiqué que les Pays-Bas prévoient de renoncer à la mention du sexe sur les cartes d'identité dès 2024 (voir ch. 2.1).

²⁶ Prise de position de la NEK-CNE n° 36/2020, p. 33, ch. 6.

²⁷ Prise de position de la NEK-CNE n° 36/2020, p. 33, ch. 6.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

3.4 Conclusion intermédiaire

En Suisse aussi, le débat autour de l'opportunité du maintien du modèle binaire a été amorcé. Pour l'instant, on n'observe toutefois pas de grand mouvement sociétal dans ce sens, malgré une certaine sensibilisation à ce sujet au cours de ces dernières années. L'exigence d'un abandon global du modèle de la binarité des sexes n'est revendiquée que de manière isolée. En outre, la question des conséquences concrètes de l'abandon de ce modèle pour l'ordre juridique et la société n'a encore guère été abordée.

4 Conditions préalables à l'abandon de la binarité des sexes

Ce chapitre examine, comme le demandent les postulats susmentionnés, les conditions techniques (au niveau des registres) et juridiques qui devraient être réunies pour sortir du modèle de la binarité des sexes et permettre l'inscription d'un troisième sexe ou l'abandon de la mention du sexe à l'état civil.

4.1 Adaptations au niveau des registres

4.1.1 Mise en œuvre dans le registre central Infostar

Le registre central Infostar est un registre informatisé dans lequel sont consignés tous les faits et événements d'état civil. Il constitue le fondement juridiquement contraignant en matière d'état civil et tient lieu de registre de référence dans le cadre de l'harmonisation des registres. Enfin, il joue un rôle central dans l'établissement des documents d'identité.

Dans la version actuelle du logiciel (« Infostar 13 »), la mention du sexe est obligatoire lors de la saisie d'une personne. Le système, qui s'appuie sur un modèle binaire des sexes, ne connaît que les catégories hommes et femmes. De fait, il est actuellement techniquement impossible de ne pas mentionner le sexe ou d'y inscrire une troisième catégorie de sexe ; l'adaptation du logiciel nécessiterait des travaux considérables. Il ne serait pas non plus envisageable de contourner le problème, par exemple en tenant un registre électronique séparé ou un registre papier, sachant que les données qui y figurent sont reprises automatiquement du système pour l'établissement des actes d'état civil.

Cependant, il est prévu de remplacer prochainement Infostar 13 par une nouvelle base de données (Infostar NG), raison pour laquelle il a été décidé de ne pas s'engager dans d'autres travaux d'adaptation du logiciel Infostar 13 et de mobiliser les ressources disponibles pour le développement et le déploiement du nouveau système.

Techniquement, le nouveau logiciel Infostar NG permettrait d'abandonner la mention du sexe ou d'inscrire un troisième sexe. Il serait ainsi concevable – chose qui n'avait pas été envisagée jusque-là – d'avoir une inscription « non binaire » à l'état civil à côté des deux sexes. Une obligation légale en ce sens pourrait être concrétisée dans le registre de l'état civil une fois qu'Infostar NG sera opérationnel. Au stade actuel des travaux, ce cap devrait être franchi début 2025.

4.1.2 Adaptation d'autres registres et configuration des interfaces

La base de données Infostar est aujourd'hui la pièce maîtresse du paysage suisse des registres. Si la possibilité de ne pas mentionner le sexe ou d'inscrire un troisième sexe à l'état civil était retenue, elle devrait être répercutée sur l'ensemble des registres qui tirent leur données d'Infostar. Chacun de ces registres devrait être adapté, de même que les interfaces entre eux et Infostar, de façon à permettre le traitement des données de personnes qui y figureraient sans mention de sexe ou sous un troisième sexe. Ce travail d'adaptation serait inévitable sachant que certaines autorités ne travaillent pas directement à partir d'Infostar, mais à partir d'autres registres dans lesquels l'appartenance à une catégorie de sexe autre que femme ou homme devrait également figurer.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Tel serait d'abord le cas de tous les registres tenus par les autorités fédérales qui ont un accès direct (en ligne) au registre de l'état civil (art. 43a, al. 4, CC), notamment le système d'information relatif aux documents d'identité (ISA) visé à l'art. 11 de la loi sur les documents d'identité²⁸, le système de recherches informatisées de police visé à l'art. 15 de la loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération²⁹, le casier judiciaire informatisé visé à l'art. 365 CP, le registre central des assurés visé à l'art. 71, al. 4, let. a, loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants³⁰, et le registre des Suisses de l'étranger visé à l'art. 4, al. 1, de la loi fédérale sur le traitement des données personnelles par le Département fédéral des affaires étrangères³¹.

Il faudrait ensuite adapter les registres qui, du fait de l'harmonisation des registres, mentionnent obligatoirement le sexe, en particulier le Système d'information central sur la migration (SYMIC) du Secrétariat d'État aux migrations³², le système d'information Ordipro du Département fédéral des affaires étrangères³³, le système d'information Administration en réseau des Suisses de l'étranger (E-VERA) du Département fédéral des affaires étrangères³⁴, le registre central des prestations en nature de la Centrale de compensation régi par l'art. 71 LAVS et le système d'information de la Centrale de compensation régi par l'art. 71 LAVS pour le traitement des données du domaine des prestations complémentaires. S'ajoutent à cette liste de nombreux autres registres tenus par la Confédération, les cantons et les communes, dans lesquels il est fait mention du sexe, tels que les registres des électeurs cantonaux et communaux.

Il ressort d'un sondage auprès des offices fédéraux responsables de ces registres que, pour certains d'entre eux, l'abandon de la mention du sexe ou l'inscription sous un troisième sexe à l'état civil occasionnerait des travaux d'adaptation considérables. Cet investissement est toutefois difficile à apprécier – du fait de certains impondérables –, de sorte que plusieurs offices n'ont pas avancé de chiffres. On note aussi des écarts parfois importants d'un registre à l'autre. Reste que, dans l'ensemble, l'adaptation des registres demanderait un effort considérable et ne pourrait pas être réalisée avant *deux ou trois ans au plus tôt*. L'investissement financier se chiffrerait a priori *en millions de francs*.

4.1.3 Conclusion intermédiaire

Avec l'introduction du nouveau registre de l'état civil Infostar NG (qui devrait être opérationnel début 2025 selon le calendrier actuel des travaux), les conditions techniques seraient à tout le moins réunies pour permettre l'inscription à l'état civil de personnes sans mention du sexe ou sous un troisième sexe ou encore avec une mention complémentaire. Il faudrait ensuite que tous les autres registres dans lesquels le sexe est mentionné soient configurés pour traiter les données pertinentes tirées d'Infostar, ce qui impliquerait là encore des travaux d'adaptation et un effort financier de plusieurs millions de francs en tout. Enfin, ces travaux prendraient du temps : il faudrait compter au moins deux ou trois ans à partir du lancement des travaux avant que les nouvelles fonctionnalités ne soient opérationnelles.

4.2 Mise en œuvre juridique – adaptations de la Constitution, des lois et des ordonnances

Comme évoqué plus haut, le droit suisse repose actuellement sur le principe de la binarité des sexes. L'abandon de la mention du sexe ou l'inscription d'un troisième sexe à l'état civil entraîneraient en contradiction avec ce principe. Pour résoudre cette contradiction, il faudrait adapter

²⁸ Loi fédérale du 22 juin 2001 sur les documents d'identité des ressortissants suisses (LDI ; RS 143.1).

²⁹ Loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de la police de la Confédération (LSIP ; RS 361).

³⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

³¹ Loi fédérale du 18 décembre 2020 sur le traitement des données personnelles par le Département fédéral des affaires étrangères (RS 235.2).

³² Ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration (Ordonnance SYMIC ; RS 142.513).

³³ Ordonnance du 22 mars 2019 sur le système d'information Ordipro (Ordonnance Ordipro ; RS 235.21).

³⁴ Ordonnance du 17 août 2016 sur le système d'information E-VERA (O E-VERA ; RS 235.22).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

de nombreuses dispositions du droit en vigueur qui reflètent cette binarité, en tout cas dans la version allemande.

Une nuance s'impose néanmoins : même si de nombreuses normes font directement référence à un sexe ou à l'autre ou mentionnent les deux, beaucoup d'entre elles ne nécessiteraient pas d'être révisées si le législateur décidait de renoncer dans le registre d'état civil à la mention du sexe ou d'y permettre l'inscription d'un troisième sexe. Ces normes pourraient continuer de s'appliquer par interprétation, notamment sur la base des versions italienne et française, qui ne mentionnent pas expressément le sexe. Cela ne signifie toutefois pas qu'elles échapperaient à une adaptation rédactionnelle ou à certaines clarifications de fond, mais ces ajustements pourraient attendre (voir cas de figure 1).

À côté de ces dispositions dont la révision n'apparaît pas indispensable si l'on abandonne le principe de la binarité des sexes à l'état civil, il existe toute une série de dispositions dont l'interprétation ne suffirait pas à déterminer quel régime appliquer à une personne inscrite au registre sans mention de sexe ou sous un troisième sexe. Il faudrait alors (au niveau de la Constitution, des lois et des ordonnances) choisir une solution et adapter les normes en question, de sorte qu'une réglementation puisse s'appliquer aux personnes qui n'entrent pas dans les deux catégories de sexe traditionnellement admises (voir cas de figure 2).

4.2.1 Cas de figure 1 : dispositions dont la révision ne serait pas indispensable dans l'immédiat

4.2.1.1 Mention du sexe féminin ou masculin sans distinction de régime

Diverses dispositions font directement référence aux deux catégories de sexe (femme et homme), sans toutefois créer de distinction de régime juridique. Elles ne font à vrai dire que refléter la binarité profondément ancrée dans la société, la mention des femmes et des hommes ayant vocation à désigner *l'ensemble des personnes*, peu importe le sexe de chaque individu. Le constituant et le législateur historiques évoluaient dans une réalité qui ne connaissait que des femmes et des hommes. La formulation binaire utilisée ne cherche ainsi pas à justifier ni à consolider le modèle de la binarité des sexes, l'idée étant plutôt d'inclure l'ensemble des personnes présentant une caractéristique particulière (p. ex. « toutes les personnes de nationalité suisse » ou « toutes les personnes exerçant sous contrat une activité rémunérée »). La mention des deux sexes traditionnellement admis vise précisément à ne pas créer une inégalité de traitement entre femmes et hommes. L'élément pertinent n'est souvent pas le sexe, mais une autre caractéristique définie par la loi. Dans ces circonstances, même si l'on abandonne la mention du sexe ou que l'on introduit un troisième sexe, ces normes seront interprétées de telle sorte qu'elles s'appliquent à toutes les personnes, indépendamment de leur sexe ou d'une mention de sexe, qui remplissent les autres caractéristiques requises. Les formulations française et italienne des textes normatifs contiennent en revanche déjà la base d'une telle interprétation.

Des formulations de ce type se trouvent à tous les niveaux législatifs. Dans la Constitution, on peut notamment citer l'art. 24, al. 1 (liberté d'établissement), l'art. 25, al. 1 (protection contre l'expulsion), et l'art. 40 (Suisse et Suissesses de l'étranger), ainsi que, dans leur version allemande, l'art. 28, al. 1 (liberté syndicale), l'art. 37, al. 1 (droit de cité), l'art. 38, al. 2 (acquisition et perte de la nationalité et des droits de cité), ou encore l'art. 113, al. 2, let. b, Cst. (prévoyance professionnelle). Il ne serait pas non plus nécessaire de modifier la formulation utilisée parfois par le passé, selon laquelle le recours au masculin désigne également les personnes de sexe féminin, à moins qu'il n'en soit disposé autrement ou que le contraire ne ressorte des buts du texte³⁵.

L'art. 8, al. 3, Cst. mérite une attention particulière. Cette disposition n'entend pas opérer une distinction entre les sexes, mais affirme précisément l'égalité de traitement entre *toutes les personnes*, indépendamment de leur sexe, créant par là même une obligation de justifier toute

³⁵ Voir notamment le § Ueb3 de la Constitution du 11 janvier 1894 du canton de Zoug.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

distinction juridique qui serait fondée sur le sexe³⁶. La première phrase de l'art. 8, al. 3, Cst. (« L'homme et la femme sont égaux en droit ») répond à une exigence fondamentale de la société, qui demeurera aussi longtemps que « l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail » promise par l'al. 2 du même article, ne sera pas atteinte. Même une formulation neutre quant au genre pourrait violer ce principe si l'un des sexes s'en trouvait discriminé dans les faits. Ces normes, qui se réfèrent aux deux sexes, ont pour dénominateur commun de pouvoir s'appliquer par interprétation - sans nécessiter impérativement de révision - à des personnes qui ne peuvent ou ne veulent pas être classées dans ce modèle – quoiqu'une adaptation rédactionnelle soit indiquée en cas d'abandon de la binarité des sexes.

4.2.1.2 Rôle, fonction ou caractéristiques biologiques comme critères de rattachement

Il ne serait pas indispensable non plus de réviser les dispositions dont l'objet ne se rapporte pas spécifiquement à l'un des sexes, mais à un rôle, une fonction ou des caractéristiques biologiques, même si selon une conception traditionnelle, ceux-ci se rattachent à un sexe particulier.

Tel est notamment le cas de dispositions concernant la grossesse ou la maternité. Même si, selon l'entendement classique, ces deux états sont propres au sexe féminin, une mention correspondante dans le registre de l'état civil n'est pas une condition nécessaire à la réalité du fait³⁷. Cela apparaît d'autant plus clairement depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2022, de la révision du code civil sur le changement de sexe à l'état civil, dont il résulte que le sexe inscrit à l'état civil ne doit pas nécessairement coïncider avec le rôle et la fonction biologiques qui y sont traditionnellement rattachés. Ainsi, une personne inscrite à l'origine comme femme peut faire modifier l'inscription de son sexe à l'état civil tout en demeurant la mère de ses enfants, conformément à l'art. 30b, al. 3, CC. Il en va de même des effets juridiques prévus par la loi qui sont liés à un état de grossesse (p. ex. l'art. 35 de la loi sur le travail³⁸) : peu importe si la personne concernée apparaît au registre comme étant de sexe féminin ou masculin. Les fonctions biologiques d'un individu ne déterminent donc plus la mention du sexe qui figurera au registre. Le même constat vaut pour l'établissement de la filiation au sens de l'art. 252, al. 1, CC, selon lequel la filiation à l'égard de la mère *résulte de la naissance*. Est ainsi réputée mère la personne qui a mis au monde l'enfant, sans qu'une mention particulière au registre soit nécessaire³⁹. D'autres exemples de cette catégorie de normes se trouvent également dans le droit pénal, notamment l'infanticide (art. 116 CP) ou la mutilation d'organes génitaux féminins (art. 124 CP).

4.2.1.3 Dispositions prévoyant un régime spécial pour l'un des sexes

D'autres dispositions qui ne poseraient en principe pas problème sont celles qui prévoient un régime spécial pour l'un des sexes par dérogation explicite à une règle générale. Tel est par exemple le cas de l'art. 5 de la loi sur l'égalité pour les handicapés⁴⁰, selon lequel la Confédération et les cantons prennent les mesures nécessaires à la prévention, à la réduction ou à l'élimination des inégalités ; ce faisant, il convient de tenir dûment compte des besoins spécifiques des femmes handicapées. De même, la législation sur les étrangers prévoit diverses mesures pour encourager l'intégration des femmes, tandis que la loi sur l'asile reconnaît des « motifs de fuite spécifiques aux femmes », ainsi que des persécutions fondées sur le sexe⁴¹. Si l'on s'en tient au libellé, les personnes inscrites sans mention de sexe ou sous un troisième

³⁶ ATF 129 I 265, 269, selon lequel une réglementation différenciée selon le sexe peut se justifier si elle est fondée sur des différences biologiques ou fonctionnelles impératives entre les sexes.

³⁷ Voir aussi, sur ce point, Geiser, Drittes Geschlecht, 844 : « Der Schutz der Schwangeren im Arbeitsrecht knüpft etwa nicht am Geschlecht an, sondern an der Schwangerschaft. »

³⁸ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr ; RS 822.11).

³⁹ Voir aussi, sur l'ensemble de la question : Geiser, Drittes Geschlecht, p. 590.

⁴⁰ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand ; RS 151.3).

⁴¹ Voir l'art. 53a, al. 2, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEI ; RS 142.20) et l'art. 3, al. 2, et 17, al. 2, LAsi.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

sexe n'entreraient pas dans le champ d'application de ces dispositions. Reste que celles-ci ont pour finalité de protéger des femmes : cette finalité ne serait pas altérée par l'introduction d'un troisième sexe ou par l'abandon de la mention du sexe à l'état civil. Il ne serait donc pas nécessaire d'adapter ces normes, à moins que l'étendue de la protection garantie ne soit élargie.

Enfin, le droit pénal contient lui aussi des dispositions qui ont le sexe pour critère : des établissements de détention spécifiques sont par exemple prévus pour les femmes. Ces dispositions soulèveraient, là encore, des questions délicates d'application, sachant que les établissements de détention sont aujourd'hui binaires dans leur conception du genre ; il faudrait déterminer où les personnes qui ne peuvent ou ne veulent pas être classées dans ce système purgeraient leur peine. À noter par ailleurs que les femmes victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle bénéficient de droits procéduraux spécifiques⁴².

4.2.2 Cas de figure 2 : dispositions dont la révision serait indispensable

Le droit en vigueur renferme de nombreuses dispositions qui, en l'état, seraient incompatibles avec l'introduction d'un troisième sexe ou l'abandon de la mention du sexe, car elles prévoient un régime différent pour les femmes et pour les hommes, mais ne comprennent aucune règle susceptible de s'appliquer à des personnes échappant à la classification traditionnelle des sexes. Eu égard à la Constitution, ce type de dispositions devrait aujourd'hui être l'exception ou s'appuyer sur des arguments biologiques notamment. Il ressort néanmoins du rapport du Conseil fédéral sur le sujet⁴³ et de l'avis de droit auquel il se réfère⁴⁴ que le droit fédéral renferme encore des dispositions prévoyant une inégalité de traitement directe entre les deux sexes.

Il est significatif que la Constitution elle-même comprenne de telles dispositions. L'art. 59 Cst. instaure une différence en matière d'obligation de service militaire et de service de remplacement, puisqu'il dispose, dans son al. 1, que tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire, tandis que selon son al. 2 le service dans l'armée est volontaire pour les Suissesses. Par ailleurs, le même al. 1 prévoit un service civil de remplacement pour les hommes de nationalité suisse, auquel les femmes ne sont pas astreintes. Enfin, l'al. 3 précise que les hommes de nationalité suisse qui n'accomplissent pas leur service militaire ou leur service de remplacement doivent s'acquitter d'une taxe.

En opérant une distinction entre hommes et femmes de nationalité suisse, l'art. 59 Cst. établit, au niveau constitutionnel, une différence juridique fondée sur la binarité des sexes. Sachant cela, l'interprétation de cette disposition ne permettra pas de déterminer quelle décision le constituant prendrait aujourd'hui quant à l'obligation de servir de personnes du troisième sexe ou qui ne peuvent pas être classées dans ce système, s'il voulait régler cette question dans la Constitution.

Or, en l'absence de règle sur ce point au niveau constitutionnel, on peut se demander si le législateur est fondé à régler l'obligation de service militaire de personnes dont l'inscription à l'état civil ne permet pas de les assigner à une catégorie de sexe, homme ou femme. Si l'on opérait, au niveau de la loi, une distinction juridique entre d'une part, des personnes qui ne sont pas classées dans le système binaire et, d'autre part les femmes et les hommes, on créerait une nouvelle inégalité de traitement fondée sur le sexe. Or, faute de mention, à l'art. 59 Cst., des personnes qui seraient inscrites à l'état civil sous un troisième sexe ou sans mention de sexe, celles-ci ne seraient pas couvertes par ladite disposition, en tant que *lex specialis*, en sorte que cela serait contraire à l'art. 8 Cst. L'introduction d'une règle en la matière ne pourrait

⁴² Voir les art. 118 ss, 124, 190, 260^{bis}, al. 1, let. c^{bis}, 264a, al. 1, let. g, 377, al. 2, let. a, 387, al. 1, let. d, CP et les art. 68, al. 4, 153, al. 1, 250, al. 2, 305, al. 1, 330, al. 3, 335, al. 4, et 405, al. 1, du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

⁴³ Voir Rapport inégalités, passim.

⁴⁴ Voir Rapport inégalités, ainsi que Dupont/Seiler, Inégalités.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

donc se faire que par une révision de la Constitution, soumise au référendum obligatoire au sens de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst.⁴⁵.

À noter également l'existence de conditions différenciées selon le sexe en matière d'indemnités pour perte de gain et les indemnités de chômage.

4.2.3 Droit cantonal

Parallèlement au droit fédéral, les législations cantonales comptent elles aussi, dans leur domaine de compétence, des textes qu'il faudrait selon toute vraisemblance adapter. De nombreux actes législatifs renferment en effet des dispositions qui renvoient à la binarité des sexes, notamment dans les domaines de l'enseignement, de la santé, de l'organisation des autorités judiciaires, de la poursuite pénale et de la police du commerce, sans compter les prescriptions en matière de construction ou de restauration.

Divers espaces publics, tout comme l'accès à certains services, sont réservés aux personnes de l'un ou l'autre sexe (installations sanitaires, vestiaires, etc.). Cela peut impacter la planification de tels services, tout comme l'aménagement de bâtiments publics ou accessibles au public, tels que des établissements scolaires de tous niveaux, des infrastructures sportives, des hôpitaux, des cliniques ainsi que des homes pour personnes âgées et autres structures de soins, mais aussi d'autres établissements accessibles au public, par exemple les hôtels, les cafés et les restaurants ou l'aménagement de l'espace public⁴⁶.

4.2.4 Conclusion intermédiaire

Il ressort de ce qui précède que, si le législateur décidait d'autoriser l'inscription à l'état civil sans mention de sexe ou sous un troisième sexe, de nombreuses dispositions devraient être modifiées dans la Constitution, les lois et les ordonnances fédérales, mais aussi cantonales et communales. Il faudrait prévoir un délai suffisant pour adapter toutes ces réglementations, l'effort législatif requis demandant plusieurs années. Toutefois, y renoncer générerait une insécurité juridique significative dans de nombreux domaines. Le Conseil fédéral estime que, pour procéder méthodiquement et sans créer d'insécurité juridique, il ne faudrait abandonner la binarité des sexes à l'état civil qu'une fois ces travaux accomplis.

5 Autres répercussions pratiques

Le sexe en tant que critère de rattachement est également présent dans quantité d'autres situations : aujourd'hui, une répartition binaire des espaces est en effet d'usage dans de nombreuses circonstances, par exemple dans l'exécution des peines ou dans les établissements médicaux. La loi impose également une séparation par sexe des vestiaires, des lavabos, des douches et des toilettes⁴⁷. L'appartenance de sexe est aussi relevée par le contrôle des habitants à des fins statistiques et autres⁴⁸. L'abandon de cette mention entraînerait une perte d'informations précieuses pour la politique et la société, s'agissant d'un critère très utilisé dans les statistiques. Les statistiques des revenus ou de la criminalité, par exemple, ne donneraient plus d'indications fiables sur les écarts entre les sexes sans adaptations et corrections appropriées. Enfin, le sexe est une variable utilisée dans le contrôle statistique des coûts et sert d'indicateur

⁴⁵ Le Conseil fédéral a déjà étudié par le passé les options qui s'offraient pour l'avenir du service obligatoire, de façon à assurer l'effectif de l'armée. Dans ce contexte, il s'est dit prêt à examiner la question d'une extension aux femmes de l'obligation de participer à la séance d'information de l'armée et, s'il y a lieu, d'élaborer un projet de modification constitutionnelle. Voir à cet égard le communiqué de presse du 4 mars 2022, consultable sous www.vtg.admin.ch > Actualité > Thèmes > Développement de l'armée.

⁴⁶ Voir la prise de position NEK-CNE, pp. 23 s., ch. 4.2., ainsi que la motion Vitali (18.3299 « Décloisonner sexuellement le petit coin »).

⁴⁷ Voir l'art. 336c, al. 1, let. c, CO, les art. 35 et 35a de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail ; RS 822.11) et les art. 29 ss. de l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3 ; RS 822.113). Voir aussi la motion Vitali (18.3299 « Décloisonner sexuellement le petit coin »).

⁴⁸ Voir l'art. 6, let. j, de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (loi sur l'harmonisation des registres, LHR ; RS 431.02) et l'art. 5 de la loi du 22 juin 2007 sur le recensement fédéral de la population (loi sur le recensement ; RS 431.112).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

de mortalité dans la compensation des risques⁴⁹. Là encore, il faudrait trouver des solutions et adapter les dispositions de loi et d'ordonnance pertinentes⁵⁰.

Il faudrait en outre s'interroger sur les conséquences qu'aurait l'abandon de la mention du sexe ou l'introduction d'un troisième sexe sur les rapports juridiques entre particuliers, dans lesquels le sexe est parfois un critère. À côté de nombreux événements sportifs, où l'on distingue en général des catégories hommes et femmes, on trouve aussi des journées réservées aux femmes dans les saunas, des places de parking pour femmes ou des associations qui ne comptent que des membres femmes ou hommes. Des adaptations seraient par ailleurs nécessaires dans certaines infrastructures exploitées par des acteurs privés, lesquelles sont d'ordinaire séparées par sexe (sanitaires, cabines d'essayage). Il reviendrait en principe à ces acteurs de trouver des solutions tout en les obligeant bien entendu à respecter les prescriptions contraignantes. Les expériences faites à ce jour à l'étranger pourraient s'avérer utiles à cet égard.

Là encore, il faudrait, en cas d'abandon du principe de la binarité des sexes, prévoir un délai suffisant pour permettre aux acteurs privés concernés de se préparer adéquatement à la nouvelle donne.

6 Enseignements à retenir

Le Conseil fédéral reconnaît que la binarité des sexes, autour de laquelle se construit l'ordre juridique, peut poser problème à plus d'un titre aux personnes qui ne s'identifient pas à l'un des sexes traditionnellement connus⁵¹.

S'il est en principe concevable d'abandonner la binarité des sexes à l'état civil, à l'analyse, il apparaît néanmoins qu'au regard du droit en vigueur, l'abandon de cette binarité déborderait largement la question des possibilités d'inscription aux registres de personnes et poserait quantité de difficultés. Les références à un sexe ou à l'autre que renferme encore le droit (sans qu'il soit question de caractéristiques biologiques) constitueraient notamment une source d'insécurité juridique significative si elles n'étaient pas adaptées en amont⁵². Une révision de la Constitution serait également indispensable. Des adaptations des statistiques seraient aussi nécessaires, avec le risque de perte d'informations qui s'ensuivrait.

Pour sa part, la NEK-CNE constate dans son rapport que, d'un point de vue éthique, la solution à privilégier serait de renoncer à tout enregistrement officiel du sexe⁵³. Elle reconnaît néanmoins que, même si elle est, contrairement à l'avis émis par le Conseil fédéral, favorable à l'abandon du modèle binaire des sexes, cette solution nécessiterait un travail considérable d'adaptations législatives et souligne qu'il faudrait d'abord que les « conditions sociales » soient réunies pour le franchissement d'une telle étape⁵⁴.

⁴⁹ Voir les art. 3, al. 1, 5, al. 3, let. b, 21, al. 1, 23 s., 39, al. 3, et 40, al. 1, LAVS, les art. 13, al. 1, 14, al. 2, 16, 24 et 95 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS 831.40), les art. 16, al. 4, et 17, al. 2, de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10), les art. 29, al. 2, 32 et 92, al. 6, de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20), les art. 1, 4 ss. et 16a ss. de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG ; RS 834.1), l'art. 19, al. 1^{er}, de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales (LAFam ; RS 836.2), les art. 8, al. 1, let. d, 13, al. 2, let. d, 14, al. 1, 18c, et 59a de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI ; RS 837.0).

⁵⁰ Il s'agirait également de repenser à tout le moins les dispositions qui, sans se référer explicitement à la binarité des sexes, la reconnaissent implicitement et prévoient un traitement différencié des personnes visées. L'art. 9, al. 2, LAsi, dispose ainsi que le requérant ne peut être fouillé que par une personne *du même sexe*. Une prescription analogue figure à l'art. 6 de l'ordonnance 1 du 11 août 1998 sur l'asile relative à la procédure (OA 1 ; RS 142.311), ainsi qu'aux art. 4, al. 6, et 16, al. 3, de l'ordonnance du DFJP du 4 décembre 2018 relative à l'exploitation des centres de la Confédération et des logements dans les aéroports (RS 142.311.23).

⁵¹ Il a donc décidé, entre autres, le 9 décembre 2022, dans le cadre de l'adoption du rapport en réponse au postula 19.3064 (Marti Samira, « Etablir un rapport comparatif sur la santé des personnes LGB ») du 7 mars 2019, de mieux prendre en compte les personnes LGBT dans les stratégies de politique de santé et dans les rapports de santé.

⁵² Voir également, dans le même sens, la prise de position de la NEK-CNE 36/2020, p. 34, ch. 6 *"nécessité d'adapter le cadre juridique en vigueur"*, voir aussi Geiser, Drittes Geschlecht, p. 591.

⁵³ Prise de position de la NEK-CNE 36/2020, p. 33, ch. 6.

⁵⁴ Prise de position de la NEK-CNE 36/2020, p. 33, ch. 6.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Le Conseil fédéral est lui aussi d'avis qu'avant d'être une notion juridique, la binarité des sexes est d'abord une affaire de société, ce principe restant profondément ancré dans la population⁵⁵. Le droit doit être à l'écoute de la société, comprendre ce qu'elle est prête à accepter et correspondre au sentiment général de justice. Le Conseil fédéral estime donc que les conditions sociales nécessaires à l'abandon de la mention du sexe ou à l'introduction d'un troisième sexe à l'état civil ne sont aujourd'hui pas réunies.

⁵⁵ Voir aussi la prise de position de la NEK-CNE 36/2020, p. 33, ch. 6 : « *la binarité sexuelle continue de bénéficier d'un fort ancrage culturel et d'une large acceptation.* »

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Annexe 1 : Développements dans une sélection de systèmes juridiques étrangers

Situation générale

La grande majorité des systèmes juridiques étrangers reposent aujourd'hui – à l'instar du système suisse – sur le principe de l'ordre binaire des sexes et distinguent entre le « masculin » et « féminin ». Même si une discussion sur l'ouverture et l'élargissement de ces catégories est désormais menée dans de nombreux pays, il n'est actuellement pas possible de constater une évolution transnationale qui pourrait être généralisée. Ainsi, il n'existe actuellement aucune directive internationale contraignante qui exige un abandon fondamental de ce système. Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si une telle mesure peut être déduite des droits de l'homme généraux, comme cela est parfois postulé aujourd'hui⁵⁶. Un litige survenu en France a toutefois été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais celle-ci n'a pas encore statué⁵⁷.

Sur le plan international, la problématique fait l'objet de recommandations, à tout le moins dans un contexte spécifique. Institution spécialisée de l'ONU, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) a adopté de longue date les normes régissant les documents d'identité qui prévoient la mention possible d'une troisième option de genre («unspecified gender»

avec le sigle «X»⁵⁸). Au demeurant, peu d'Etat ont jusqu'ici fait usage de cette possibilité⁵⁹, d'abord le Népal en 2007, suivi par d'autres pays d'Asie du sud, notamment le Pakistan, l'Inde et le Bangladesh. Par la suite, d'autres Etats ont également suivi cette voie, soit dans l'ordre alphabétique, l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, le Canada, le Danemark, la Malaisie, Malte, la Nouvelle Zélande et le Portugal⁶⁰.

Néanmoins, on constate en Europe, ces dernières années, une certaine dynamique de remise en question de la binarité comme fondement de l'ordre juridique⁶¹. Nous présentons ci-après une brève description de l'évolution dans les pays voisins ainsi que dans d'autres États :

Allemagne

L'Allemagne est l'un des rares pays au monde à reconnaître légalement l'existence de plus de deux sexes⁶². Depuis novembre 2013, la loi sur l'état civil (« Personenstandsgesetz ») comporte un § 22, al. 3, qui prévoit l'inscription de la naissance sans mention du sexe lorsque l'enfant ne peut être assigné au sexe masculin ou féminin. En octobre 2017, la Cour constitutionnelle fédérale a donné suite à un recours d'une personne concernée et a décidé qu'au-delà du modèle sexuel binaire, l'inscription d'un troisième sexe devait également être possible. Depuis fin 2018, il est donc possible en Allemagne, lors de l'inscription au registre d'état civil, de choisir, en plus des genres « masculin » et « féminin », l'option de laisser le genre ouvert ou de choisir « divers », ce que l'on appelle la « troisième option »⁶³. Dans une décision du 22 avril 2020, la Cour fédérale de justice a décidé que même les personnes ayant une intersexualité simplement ressentie, qui ne se sentent appartenir ni au sexe masculin ni au sexe féminin, bien qu'elles ne présentent physiquement aucune variation du développement sexuel, peuvent exiger que l'inscription du sexe dans le registre d'état civil soit modifiée de « masculin » ou

⁵⁶ Dans ce sens, FANKHAUSER, Einfluss, p. 27 ; SCHULZ, Geschlechtervielfalt, p. 74 ss ; la Cour suprême du Royaume-Uni a décidé en sens contraire dans son arrêt du 15 décembre 2021, FamRZ 2022, p. 366.

⁵⁷ En ce qui concerne l'évolution au sein des organisations internationales, il est renvoyé au Message Changement de sexe, ch. 4.1-4.2.3.

⁵⁸ Voir « International Civil Aviation Organization, Machine Readable Travel documents », p. 14, zone no. 11/II.

⁵⁹ Pour un aperçu des législations européennes, d'Israël et des USA, voir Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen, ainsi que SCHULZ, Geschlechtervielfalt, p. 66 ss ; la situation juridique en Argentine, en Australie, au Danemark, en Irlande et à Malte est au surplus décrite dans un tableau synoptique dans BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Geschlechtervielfalt, Annexe 2.

⁶⁰ Voir le Message Changement de sexe, p. 4.3.1 et le Commissaire aux droits de l'homme, Personnes intersexes, p. 40.

⁶¹ SCHULZ, Geschlechtervielfalt, p. 66.

⁶² Voir aussi SCHULZ, Geschlechtervielfalt, p. 66 ss.

⁶³ Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2635).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

« féminin » à « divers » ou qu'elle soit supprimée afin de laisser la rubrique ouverte⁶⁴, en appliquant par analogie § 8, alinéa 1 de la loi sur les transsexuels⁶⁵.

Pour les personnes qui ne sont assignées ni comme homme ni comme femme dans le registre de l'état civil, un « X » est normalement inscrit dans le passeport allemand. Afin de prévenir d'éventuelles discriminations lors du passage de la frontière, ces personnes peuvent toutefois demander que leur passeport porte la mention « féminin » (« F ») ou « masculin » (« M »), correspondant au sexe inscrit à l'état civil avant le changement ; ces règles s'appliquent aussi aux livrets pour étrangers⁶⁶.

Autriche

La loi autrichienne prévoit que l'enfant est inscrit à l'état civil avec la mention du sexe, du nom de famille et des prénoms. En règle générale, l'annonce de la naissance, qui comprend l'indication du sexe du nouveau-né, est transmise à l'office de l'état civil par la direction de l'hôpital, par le médecin ou par la sage-femme⁶⁷. Le sexe résulte donc de constatations médicales. L'inscription constitue la preuve complète (« vollen Beweis ») et est soumise à une présomption d'exactitude⁶⁸. L'officier de l'état civil est lié par l'indication du sexe figurant dans l'annonce de la naissance qui doit donc être portée au registre de l'état civil⁶⁹. Le champ relatif au sexe peut aussi rester non renseigné⁷⁰. Dans tous les cas, il pourra être rectifié ou modifié selon que la mention était inexacte dès le début ou qu'elle l'est devenue par la suite⁷¹.

Dans son arrêt du 15 juin 2018, le Tribunal constitutionnel autrichien (« Verfassungsgerichtshof ») a constaté que l'Etat avait le droit mais non l'obligation d'enregistrer le sexe et que s'il décidait de le faire, il devait alors respecter l'art. 8 CEDH. Selon l'arrêt précité, cette disposition englobe le droit pour les personnes présentant une variation du développement sexuel de se voir reconnaître une identité sexuelle autonome, distincte des genres masculin et féminin et protège en particulier les personnes ayant une identité sexuelle alternative contre une attribution dans une catégorie qui leur est étrangère. Pour le tribunal, la notion de sexe utilisée dans la loi sur l'état civil autrichienne (« Personenstandsgesetz ») est à ce point générale qu'elle permet sans difficulté, par la voie de l'interprétation conforme à la constitution, d'englober des identités sexuelles alternatives⁷², en utilisant une désignation sexuelle conforme à la réalité sociale des personnes concernées, où en plus de « masculin » et « féminin », en particulier « divers », « inter » ou « non déterminé » (« offen ») peuvent être indiqués. Le Tribunal constitutionnel a en outre reconnu le droit pour les enfants de laisser l'inscription du sexe ouverte jusqu'à ce que ceux-ci puissent déterminer eux-mêmes leur attribution dans une catégorie sexuelle. Le Tribunal administratif autrichien (« Verwaltungsgerichtshof ») a interprété l'arrêt du Tribunal constitutionnel en ce sens que la possibilité d'indiquer la troisième option (au-delà de « masculin », « féminin » ou « non déterminé ») est réservée exclusivement aux personnes intersexuelles, c'est-à-dire aux personnes dont le sexe biologique n'est ni masculin ni féminin⁷³. En décembre 2018, le Ministère de l'Intérieur a enjoint les offices de l'état civil d'inscrire le sexe des nouveau-nés uniquement avec les mentions « masculin », « féminin » ou (lorsque l'on ne

⁶⁴ BGH XII ZB 383/19.

⁶⁵ « Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen », abrégée « Transsexuellengesetz » ou « TSG ». Cette loi, adoptée le 10 septembre 1980, a introduit deux procédures différentes permettant soit de changer uniquement le prénom (« petite solution »), soit de changer à la fois le sexe et le prénom (« grande solution »). Pour d'autres développements sur la jurisprudence relative à cette loi, voir le Message Changement de sexe, ch. 4.3.2.

⁶⁶ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Reisepass, p. 1 ss.

⁶⁷ § 2, al. 2, ch. 3, § 9 et § 11, al. 1, de la loi sur l'état civil (« Personenstandsgesetz »).

⁶⁸ § 40, al. 3, de la loi sur l'état civil (« Personenstandsgesetz »).

⁶⁹ KUTSCHER/WILDPERT, § 2 PStG, n. 7.

⁷⁰ § 9, al. 3, en relation avec le § 40, al. 1, 2^e phrase de la loi sur l'état civil (« Personenstandsgesetz »).

⁷¹ §§ 41 s de la loi sur l'état civil (« Personenstandsgesetz »).

⁷² Arrêt du Tribunal constitutionnel autrichien (« Verfassungsgerichtshof »), du 15 juin 2018 (E2918/2016). Voir Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen, p. 35 s ; KIECK, VfGH p. 302 ss et 318 ss.

⁷³ Arrêt du Tribunal administratif autrichien (« Verwaltungsgerichtshof »), du 14 décembre 2018 (Ro 2018/01/0015).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

peut pas procéder à une attribution médicale du sexe) « non déterminé » (« offen »). L'utilisation de la mention « divers » comme troisième option sexuelle exige une requête des personnes concernées et la présentation d'une attestation pluridisciplinaire confirmant l'existence d'une variation du développement sexuel⁷⁴. Le 7 juillet 2020, le Ministère de l'Intérieur a indiqué qu'il était désormais également possible d'inscrire la mention « inter » dans le registre de l'état civil autrichien, adapté en conséquence⁷⁵.

Selon le § 3 al. 2a de la loi autrichienne sur les passeports (*Bundesgesetz betreffend das Passwesen für österreichische Staatsbürger*), le sexe figure dans les documents d'identité comme élément d'identification. Suite à l'arrêt précité du Tribunal constitutionnel, il a été délivré à la personne recourante le premier passeport autrichien avec la mention « X »⁷⁶.

France

L'acte de naissance comporte une indication expresse relative au sexe du nouveau-né⁷⁷. Selon la pratique en vigueur⁷⁸, l'état civil français n'admet que la référence au sexe masculin ou féminin. Dans une affaire mettant en cause une personne née avec une ambiguïté sexuelle, la Cour de cassation française, suivant l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, a confirmé dans son arrêt n° 531 du 4 mai 2017 que la loi française, contrairement à ce qu'avait retenu le jugement rendu le 20 août 2015 par le Tribunal de grande instance de Tours, ne permettait pas de faire figurer dans les actes de l'état civil l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ; en l'occurrence, le premier tribunal avait admis la désignation « neutre »⁷⁹. A noter que l'Avocat général, suivi par la Cour de cassation, a relevé que celle-ci n'avait pas la compétence de créer de nouvelles catégories juridiques de personnes *ex nihilo*, cette prérogative étant celle du législateur, à teneur de la Constitution française. Cette affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a toutefois pas encore rendu de décision⁸⁰.

La pratique française ne permet pas la délivrance de documents d'identité avec d'autres mentions que masculin ou féminin⁸¹. D'autre part, conformément à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, la modification de la mention du sexe est réglée aux art. 61-5 et suivants du code civil français et permet un tel changement dans un cadre binaire uniquement⁸².

Italie

En Italie, l'enfant est inscrit au registre des naissances, avec son sexe et ses prénoms qui doivent être en adéquation⁸³.

La rectification de ces mentions en cas d'intersexualité est connue et réglée selon les dispositions générales de l'état civil, avant même l'adoption de la loi n° 164 du 14 avril 1982⁸⁴ qui permet d'obtenir la rectification des registres en cas de transsexualisme.

⁷⁴ Circulaire du Ministère de l'Intérieur du 20 décembre 2018, BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018.

⁷⁵ GRAUPNER, Drittes Geschlecht, p. 1 ; sur l'évolution en Autriche, cf. aussi Schulz, Geschlechtervielfalt, p. 70.

⁷⁶ Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen, p. 35 s.

⁷⁷ Art. 57 et 62 du code civil français.

⁷⁸ Pour un compte-rendu de l'évolution historique en France, voir MORON-PUECH, Legal status, p. 311 ; WIJFFELS, Intersex, p. 193 ss, p. 190 ss.

⁷⁹ Voir aussi sur l'ensemble de la question SCHULZ, Geschlechtervielfalt, p. 73 s.

⁸⁰ L'arrêt de la Cour de cassation française est disponible sur www.courdecassation.fr. La requête déposée auprès de la Cour européenne des droits de l'homme est enregistrée dans la banque de données de la Cour sous le n° 76888/17 (disponible sur www.hudoc.echr.coe.int). Voir également Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen, p. 14 ss ; MONTINI, Garçon ou fille?, p. 410 ss ; MORON-PUECH, Legal status, p. 317.

⁸¹ Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen, p. 14 ss.

⁸² En ce qui concerne les autres éléments de cette réforme, voir le Message Changement de sexe, ch. 4.3.4.

⁸³ Art. 29 et 35 du Décret n° 396/2000 du Président de la République sur l'état civil (« Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile »), du 3 novembre 2000.

⁸⁴ « Legge 14 aprile 1982, n. 164, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso ». En ce qui concerne les autres éléments de cette législation, voir le Message Changement de sexe, ch. 4.3.5.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Conformément à la pratique italienne, les passeports et cartes d'identité indiquent le sexe de leur titulaire exclusivement en mode binaire⁸⁵.

Autres pays

On observe également des développements isolés dans d'autres pays : conformément à la loi fédérale américaine, les passeports délivrés aux ressortissants des USA respectent la binarité des sexes, mais certains Etats (Californie, New-York, Oregon, Washington) prévoient des marqueurs non binaires dans leurs cartes d'identité, certificats de naissance et permis de conduire⁸⁶. Aux Pays-Bas, d'une part, le tribunal de Rechtbank Limburg a décidé le 28 mai 2018 (C/03/232248 / FA RK 17-687) qu'il y avait une obligation positive de l'Etat d'adapter l'acte de naissance d'une personne ne pouvant s'identifier au sexe masculin ou au sexe féminin afin de préciser que le sexe n'a pas pu être déterminé⁸⁷ ; d'autre part, il est prévu de supprimer l'inscription du sexe dans les cartes d'identité d'ici à 2024⁸⁸. En Belgique, suite à un arrêt de sa Cour constitutionnelle du 19 juin 2019, le gouvernement belge travaille à la modification de la mention du sexe afin de permettre à une personne de s'enregistrer sous « X »⁸⁹. La reconnaissance de la diversité de genre est également à l'ordre du jour politique au Luxembourg⁹⁰ et en Suède⁹¹.

Cependant, il existe toutefois de nombreuses ordres juridiques qui souhaitent maintenir le régime binaire malgré le débat en cours.

⁸⁵ Voir le formulaire de demande du passeport (« Modulo per la richiesta di passaporto per maggiorenni ») qui prévoit les sexes masculin (« M ») et féminin (« F ») ; disponible sur www.poliziadistato.it et l'information concernant la carte d'identité « Caratteristiche del documento » ; disponible sur www.cartadidentita.interno.gov.it.

⁸⁶ Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen, p. 11 s. Voir aussi GREENBERG, Legal status, p. 339 ss.

⁸⁷ L'arrêt est disponible sur www.uitspraken.rechtspraak.nl. Un résumé français est reproduit dans l'article « Pays-Bas : Adaptation de l'acte de naissance : pas de sexe déterminé », diffusé dans la Newsletter Gender law 2018#3 éditée par Fri institut suisse d'études juridiques féministes et gender law ; disponible sur www.genderlaw.ch.

⁸⁸ Prise de position NEK-CNE 36/2020, p. 27, ch. 5.2 ; voir aussi Le Monde « Aux Pays-Bas, le genre ne sera plus mentionné sur la carte d'identité. Le genre des Néerlandais restera cependant inscrit sur leur passeport, une mention rendue obligatoire par l'Union européenne », 4 juillet 2020, disponible sur www.lemonde.fr ; voir aussi VAN DEN BRINK, Legal status, p. 301 ss et Schulz, Geschlechtervielfalt, p. 72.

⁸⁹ Dans son arrêt (99/2019), la Cour constitutionnelle belge a estimé que la loi controversée (loi du 25 juin 2017 réformant les régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets), qui limite la modification de la mention du sexe dans l'acte de naissance aux options binaires de sexe, présentait une lacune violant le principe de l'égalité de traitement combiné avec le droit à l'autodétermination. La Cour a toutefois conclu qu'elle ne disposait pas du même pouvoir d'appréciation que le législateur. Plusieurs possibilités de corriger la disposition inconstitutionnelle existaient, notamment la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires permettant de prendre en compte, à la naissance comme ultérieurement, toutes les personnes, leur sexe et leur identité de genre, mais aussi la suppression de la mention du sexe ou de l'identité de genre en tant qu'élément de l'état civil. Aux yeux de la Cour, il appartient donc au législateur, et au législateur seul, de mettre en place, dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution belge, une réglementation qui remédie à l'inconstitutionnalité constatée (arrêt p. 33, 35). La décision peut être consultée sur www.const-court.be. Sur l'ensemble, voir également SCHULZ, Geschlechtervielfalt, p. 71 s.

⁹⁰ Information de la Présidente de la Section luxembourgeoise de la Commission Internationale de l'Etat Civil du 1er juin 2020, complétée le 9 avril 2021.

⁹¹ GARLAND, Legal status, p. 280.

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Annexe 2 : Bibliographie

Bucher Andreas	L'accueil du troisième sexe, Jusletter du 24 janvier 2022 (cité : Bucher, troisième sexe).
Büchler Andrea/Cottier Michelle	Intersexualität, Transsexualität und das Recht – Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, FamPra 2002, p. 20 ss (cité : Büchler/Cottier, Intersexualität, Transsexualität).
Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat	Der deutsche Reisepass. Für Reisen ins Ausland benötigt jede Person ab der Geburt einen Reisepass ; consultable sur www.bmi.bund.de (cité : Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Reisepass).
Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend	Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Tome 8. Berlin ; consultable sur www.bmfsfj.de (cité : Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Geschlechtervielfalt).
Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe	Droits de l'homme et personnes intersexes, Strasbourg 2015 ; consultable sur www.coe.int > Explore > Commissaire aux droits de l'homme > Documents > Publications (cité : Commissaire aux droits de l'homme, Personnes intersexes).
Conseil fédéral suisse	Inégalités directes entre femmes et hommes en droit fédéral, Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 19.4092 Caroni du 19 septembre 2019, du 10 décembre 2021 (cité : Rapport inégalités).
Conseil fédéral suisse	Message concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil) du 6 décembre 2019, FF 2020 779 ss (cité : Message Changement de sexe).
Conseil fédéral suisse	Révision du Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), Synthèse des résultats de la procédure de consultation, consultable sur www.fedlex.ch > Procédure de consultation > Procédure de consultation terminées > 2018 (cité : Rapport consultation 2018).
Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste	Personenstandsrechtliche Regelungen bei intersexuellen Menschen in verschiedenen Rechtsordnungen, 2018 ; consultable sur www.bundestag.de (cité : Deutscher Bundestag, Personenstandsrechtliche Regelungen).
Dupont Anny-Sylvie/Seiler Zoé	Les inégalités directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral suisse, Avis de droit sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

	femmes et hommes (BFEG), Genève 2021 (cité : Dupont/Seiler, inégalités).
Fankhauser Roland	Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch, RDS 141 (2022) II, p. 5 ss (cité : Fankhauser, Einfluss).
Garland Jameson	The legal status of intersex persons in Sweden, in : Scherpe Jens M., Dutta Anatol, Helms Tobias (éds), The Legal Status of Intersex Persons, Cambridge 2018, p. 255 ss (cité : Garland, Legal status).
Geiser Thomas	Amtliches Geschlecht, Die Natur ist bunter als das Recht, Neue Zürcher Zeitung du 11 septembre 2015, p. 10 (cité : Geiser, Amtliches Geschlecht).
Geiser Thomas	Braucht es ein drittes Geschlecht ?, RSJ 2019, p. 587 ss (cité : Geiser, Drittes Geschlecht).
Geiser Thomas	Utopien (4) : Weg mit dem amtlichen Geschlecht, PJA 2021, p. 844 ss (cité : Geiser, Utopien).
Graupner Helmut	Drittes Geschlecht – Erfolg nach Strafanzeige : Erste Geburtsurkunde mit "inter" ausgestellt, 16.07.2020 ; consultable sur www.rklambda.at (cité : Graupner, Drittes Geschlecht).
Greenberg Julie	The legal status of intersex persons in the United States, in : Scherpe Jens M., Dutta Anatol, Helms Tobias (éds), The Legal Status of Intersex Persons, Cambridge 2018, p. 339 ss (cité : Greenberg, Legal status).
Jäger Martin/Siegenthaler Toni	Das Zivilstandswesen in der Schweiz, Bern 2013 (cité : Jäger/Siegenthaler, Zivilstandswesen).
Kieck Annika	Das Erkenntnis des österreichischen VfGH zur personenstandsrechtlichen Erfassung des Geschlechts, Das Standesamt 2018, p. 302 ss (cité : Kieck, VfGH).
Kutscher Norbert/Wildpert Thomas	Das österreichische Personenstandsrecht, 2 ^e éd., Vienne 2021 (cité : Kutscher/Wildpert, PStG).
Loacker Leander D./Capaul Gian Andri	Besprechung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Aargau, 3. Kammer, du 29 mars 2021, FamPra 2021, p. 763 ss (cité : Loacker/Capaul, Entscheidbesprechung).

Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique

Montini Michel	Garçon ou fille ? Tertium non datur ? – Ce que la loi dit lorsque le sexe d'une personne est ambivalent. Développements récents en Suisse et à l'étranger, in : Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich/Saint-Gall 2017, p. 403 ss (cité : Montini, Garçon ou fille ?).
Moron-Puech Benjamin	The legal status of intersex persons in France, in : Scherpe Jens M., Dutta Anatol, Helms Tobias (éds), The Legal Status of Intersex Persons, Cambridge 2018, p. 305 ss (cité : Moron-Puech, Legal status).
Office fédéral de l'état civil OFEC	Communication officielle OFEC n° 140.15 du 1 ^{er} février 2014 « Intersexualité : Inscription et modification du sexe et des prénoms dans le registre de l'état civil », consultable sur www.ofec.admin.ch > directives > naissance/filiation/sexe (cité : Amtliche Mitteilung EAZW Nr. 140.15).
Schulz Alix	Geschlechtervielfalt in Europa – Art. 8 EMRK als Katalysator der mitgliedstaatlichen Rechtsentwicklung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2021, p. 64 ss (cité : Schulz, Geschlechtervielfalt).
Van den Brink Marjolein	The legal status of intersex persons in the Netherlands, in : Scherpe Jens M., Dutta Anatol, Helms Tobias (éds), The Legal Status of Intersex Persons, Cambridge 2018, p. 293 ss (cité : Van den Brink, Legal status).
Wijffels Alain	Intersex : Some (Legal-) Historical Background, in : Scherpe Jens M., Dutta Anatol, Helms Tobias (éds), The Legal Status of Intersex Persons, Cambridge 2018, p. 181 ss (cité : Wijffels. Intersex).