

« Où t'es, papa où t'es ? » ou comment la Cour européenne des droits de l'homme choisit d'ignorer la fonction fondamentale du patronyme

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014)*

PAR

Jacques FIERENS

Professeur extraordinaire à l'Université de Namur

Professeur à l'Université de Liège

Avocat honoraire

Résumé

Le principal reproche qui peut être fait à l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* de la Cour européenne des droits de l'homme, du 7 janvier 2014, n'est certes pas d'avoir donné une place à l'accord des parents au sujet de l'attribution du nom de famille à leurs enfants, mais d'abord de n'avoir pas discuté la fonction du nom dans les cultures européennes, ensuite d'avoir confondu égalité et identité de la paternité et de la maternité.

Abstract

The principal reproach which can be made with the judgement *Cusan and Fazzo v. Italia* of January 7, 2014, is not certainly to have given a place to the agreement of the parents about the attribution of family name to their children, but initially not to have discussed the function of the name in the European cultures, then to have confused equality and identity of paternity and maternity.

* Cet arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu (« Documents proposés »).



« Ah sacré papa
 Dis-moi où es-tu caché?
 Où t'es, papa où t'es?
 Où t'es, papa où t'es? »

STROMAE, 2013.

I. La question du « nom de famille » des enfants

1. Dans l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 janvier 2014, les requérants se plaignaient du refus des autorités italiennes de faire droit à leur demande consensuelle, présentée à l'officier d'état civil lors de la déclaration de naissance, tendant à ce que leur fille se voie attribuer le nom de famille de sa mère. Le Tribunal de Milan et la Cour d'appel de Milan avaient rejeté leur recours aux motifs, en substance, que si aucune disposition légale n'impose d'inscrire un enfant né d'un couple marié sous le nom de son père, cette règle correspond à un principe bien enraciné dans la conscience sociale et dans l'histoire italienne, que sa non-application aurait entraîné des conséquences pour les enfants auxquels serait attribué le nom de la mère, en ce qu'ils auraient pu être pris pour des « enfants non légitimes » et qu'il appartient au législateur de décider de l'opportunité d'introduire un système différent d'attribution du nom de famille. Ce dernier argument fut aussi celui de la Cour constitutionnelle saisie de l'affaire. Les requérants demandèrent alors au ministre de l'Intérieur d'être autorisés à faire compléter le nom de leurs « enfants légitimes » par l'adjonction du nom de la mère à celui du père, ce qui fut autorisé environ treize ans plus tard, mais ne correspondait pas à leur souhait de donner à leur enfant uniquement le nom de famille de leur mère.

2. La Cour discute donc la question de l'attribution du nom « de famille » – c'est son expression – aux enfants. Elle n'avait été saisie jusqu'à présent que d'affaires relatives au changement de nom des époux, consécutif au mariage, sous réserve d'une affaire *Bijleveld c. Pays-Bas*, qui a donné lieu à un arrêt du 27 avril 2000 déclarant la requête manifestement non fondée. L'affaire concernait la demande de parents s'accordant pour attribuer le nom de la mère à leur fille déjà née, deux fils aînés portant le nom du père. La Cour évoque le principe de la stabilité du nom et la marge d'appréciation des États quant au système adopté par la loi pour éviter que le nom de l'enfant demeure indéterminé jusqu'à un accord éventuel des parents. Or on apercevra aisément que la jurisprudence relative à l'attribution du nom aux personnes mariées, singulièrement à la femme, a influencé immédiatement la position de la Cour en ce qui concerne l'attribution du nom aux enfants, mais a aussi clôturé le champ de la discussion et limité la

pertinence de la motivation de l'arrêt *Cusan et Fazzo*¹. Sa manière de raisonner et, partant, les conclusions auxquelles elle arrive sont similaires.

3. La Cour a-t-elle perçu les différences fondamentales entre les deux contentieux? Applique-t-elle correctement ses propres principes en matière de non-discrimination? Dans la transmission du nom de famille, n'existe-t-il pas des raisons de donner au père une autre place qu'à la mère?

II. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au nom de famille des époux

4. La Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de dispositions explicites relatives à l'attribution de prénoms ou de noms, contrairement à certains autres instruments internationaux, tels le Pacte international relatif aux droits civils et politiques², la Convention internationale relative aux droits de l'enfant³ ou la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁴.

¹ À propos du nom de l'épouse, outre les trois arrêts résumés ci-dessous, *Burghartz c. Suisse*, *Ünal Tekeli c. Turquie* et *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, voy. l'arrêt *Daróczy c. Hongrie* du 1^{er} juillet 2008, à propos de l'imposition d'un changement de nom de femme mariée à une veuve (violation de l'article 8 de la Convention), l'arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994 relatif à un refus de changement de nom patronymique (non-violation de l'article 8 de la Convention), et l'arrêt *Garnaga c. Ukraine* du 16 mai 2013 relatif à un refus de changement de nom patronymique (violation de l'article 8 de la Convention). Les arrêts *Guillot c. France* du 24 octobre 1996 et *Johansson c. Finlande* du 6 septembre 2007 concernent le choix du prénom d'un enfant (non-violation de l'article 8 de la Convention dans la première affaire, violation de l'article 8 dans la seconde).

² Article 24, § 2: «*Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom*».

³ Article 7: «*1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.*

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.»

Article 8: «*1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.*

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.»

⁴ Article 18: «*Toute personne a droit à un prénom propre et aux noms de ses parents ou de l'un d'entre eux. La loi régit les moyens à employer pour assurer ce droit à tous, y compris le cas échéant, le recours à l'adoption de nom.*»

5. Depuis deux décennies, une fois admis que l'attribution du nom, comme celle du prénom, concerne la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne aborde la question quasi exclusivement sous l'angle de l'égalité entre hommes et femmes et accessoirement sous l'angle de la possibilité qui doit être laissée aux adultes concernés d'exercer, dans certaines limites, un véritable choix.

6. Dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, les requérants se plaignaient de ce que les autorités suisses avaient dénié au premier, M. Schnyder, de nationalité suisse, marié en Allemagne à la seconde requérante, M^{me} Burghartz, suisse et allemande, le droit de s'appeler officiellement «Schnyder Burghartz», comme le permettait la législation allemande. Le droit suisse n'accordait qu'aux épouses la possibilité de choisir pour nom de famille celui de leur mari⁵. Le premier requérant soutenait notamment que la position des autorités suisses avait des conséquences dans sa vie professionnelle. Les époux Burghartz avaient invoqué l'article 8 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14.

7. La Cour constate qu'en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial⁶. L'arrêt rappelle ensuite que la progression vers l'égalité des sexes est un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que, partant, seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe. La différence de traitement de

⁵ Depuis le 1^{er} janvier 2012, l'article 160 du Code civil suisse est adapté dans un souci de conformité à la jurisprudence strasbourgeoise. Chacun des époux conserve son nom. Les fiancés peuvent toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir porter un nom de famille commun. Ils peuvent choisir entre le nom de célibataire du fiancé et celui de la fiancée. Cette déclaration peut également être faite à la naissance de leur premier enfant.

⁶ § 24. L'arrêt se réfère *mutatis mutandis* à l'arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29, qui affirme déjà qu'il serait trop restrictif de limiter la «vie privée» à un «cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, aux yeux de la Cour, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de «vie privée» comme excluant les activités professionnelles ou commerciales.

l'épouse et du mari en droit helvétique justifie en conséquence la condamnation de la Suisse qui a méconnu l'article 14 combiné avec l'article 8.

8. Dans une affaire *Ünal Tekeli c. Turquie*, la requérante alléguait que le refus des juridictions nationales de lui accorder l'autorisation de porter uniquement son nom «de jeune fille» après son mariage avait porté atteinte de manière injustifiable à son droit à la protection de la vie privée. Elle soutenait par ailleurs avoir été victime d'une discrimination en ce que seul l'homme marié peut porter son nom patronymique après le mariage. À cet égard, elle invoquait, elle aussi, l'article 8 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14.

9. La Cour, dans son arrêt du 16 novembre 2004, mentionne les travaux du Conseil de l'Europe en matière de non-discrimination dans l'attribution du nom de famille ou de l'égalité des sexes dans des contextes généraux, les recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, les textes du Comité européen de coopération juridique. Elle se réfère aussi aux articles 3 et 23, alinéa 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷. Après une motivation similaire à celle de l'arrêt *Burghartz c. Suisse* en ce qui concerne la progression vers l'égalité des sexes comme but important des États membres du Conseil de l'Europe, l'arrêt souligne que, seule parmi ces derniers, la Turquie impose légalement, lors d'un mariage, le nom du mari en tant que nom du couple et donc la perte automatique par la femme de son nom d'origine, même si le couple prévoit une autre formule. La tradition de manifester l'unité de la famille à travers celle du patronyme trouve ses origines, aux yeux de la Cour, dans le rôle primordial de l'homme et le rôle secondaire de la femme dans la famille. Or la progression vers l'égalité des sexes dans les États membres du Conseil de l'Europe, y compris la Turquie, et en particulier l'importance attachée au principe de non-discrimination empêchent aujourd'hui les États d'imposer cette tradition aux femmes mariées. Si l'unité de la famille peut être manifestée par le choix du patronyme de l'époux comme nom de famille, elle peut aussi bien être manifestée par le choix de celui de l'épouse, ou par un nom commun choisi par le couple. Selon la pratique des États contractants, il est en outre parfaitement concevable que l'unité de la famille soit préservée et

⁷ Article 3: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte.»

Article 23, alinéa 4: «Les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme: [...] g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne le choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation».

consolidée lorsqu'un couple marié choisit de ne pas porter un nom de famille commun. Partant, la différence de traitement entre l'homme et la femme mariés méconnaît l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

10. Dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt *Losonci Rose et Rose*, également contre la Suisse, le 9 novembre 2010, un ressortissant hongrois, M. Laszlo Losonci Rose, et une ressortissante suisse, M^{me} Iris Rose, avaient demandé l'autorisation à l'autorité de l'état civil, dans le cadre de la procédure préparatoire de leur mariage, de pouvoir chacun continuer à porter son propre nom après célébration de leur union, ce que le droit hongrois autorisait. L'autorité refusa au motif que ce choix était contraire à la loi suisse. Alors que dans le cas d'un homme suisse épousant une femme d'origine étrangère, la femme peut choisir de soumettre son nom à son droit national, un tel choix n'était pas possible dans le cas d'une femme suisse épousant un homme d'origine étrangère, si ceux-ci optent pour le nom de la femme comme nom de famille. Le choix du nom constituant le seul obstacle empêchant leur mariage, les requérants sollicitèrent du service de l'état civil et des naturalisations du canton de Berne l'autorisation de porter le nom de l'épouse (Rose) comme nom de famille, sans demander que le requérant puisse garder son propre nom. Dans le registre de l'état civil, les noms des époux furent inscrits comme «Losonci Rose, né Losonci» pour le requérant et «Rose» pour la requérante. Après leur mariage, les requérants demandèrent au tribunal administratif de remplacer dans le registre de l'état civil le double nom «provisoirement» choisi par le requérant par le nom «Losonci», comme prévu par le droit hongrois, sans pour autant modifier le nom de la requérante. Cette autorisation fut refusée. Les requérants se plaignaient dès lors devant la Cour européenne d'une discrimination basée sur le sexe, en relation avec le droit au respect de leur vie privée et familiale.

11. Dans son arrêt, la Cour constate que les requérants peuvent se prétendre victimes d'un traitement différent entre des personnes placées dans des situations analogues. Elle rappelle de nouveau qu'un consensus se dessine au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité et que, à l'échelle internationale, les développements au sein des Nations Unies quant à l'égalité des sexes se dirigent dans ce domaine spécifique vers la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille. Aux yeux de la Cour, la différence de traitement entre la femme suisse qui épouse un étranger et l'homme suisse qui épouse une femme étrangère s'avère discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention.

III. La question de l'attribution du nom aux enfants

12. Dans l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* qui concerne cette fois l'attribution du nom aux enfants, le débat porte presque entièrement, comme dans les arrêts relatifs au nom des époux, sur la question de l'égalité entre l'homme et la femme ou, ce qui revient au même, sur une éventuelle discrimination des femmes, et de manière accessoire sur la question de «l'unité de la famille».

13. Selon sa formule bien connue, la Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁸. En d'autres termes, l'article 14 n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention. Cette différence de traitement, selon l'arrêt, existe en l'espèce : contrairement au père, la mère n'a pas pu obtenir l'attribution de son nom de famille au nouveau-né, en dépit de l'accord de son époux. La Cour mentionne elle-même explicitement qu'elle a eu l'occasion de traiter de questions en partie similaires dans les affaires *Burghartz*, *Ünal Tekeli* et *Losonci Rose et Rose*, que dans ces trois affaires elle a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, et qu'elle a notamment pris en considération l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes et de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille. Elle a en outre estimé que la tradition de manifester l'unité de la famille à travers l'attribution, à tous ses membres, du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes. Dès lors, la Cour estime devoir en arriver à des conclusions analogues en l'espèce puisque, selon elle, la détermination du nom de famille des «enfants légitimes» s'est faite *uniquement* sur la base d'une discrimination fondée sur le sexe des parents⁹. Toutefois, ce n'est pas la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux «enfants légitimes» qui se trouve «forcément» en contradiction avec la Convention, mais l'impossibilité d'y déroger¹⁰.

14. L'arrêt envisage donc en même temps plusieurs facettes de la question : celle de la détermination du nom de l'enfant en fonction de ce qu'il appelle lui-même, après la Cour constitutionnelle italienne, «une conception patriarcale de la famille», celle de la possibilité d'une dérogation à cette règle et celle de l'incidence de l'accord des parents quant à un choix éventuel.

⁸ § 59.

⁹ § 67, souligné par nous.

¹⁰ *Ibid.*

IV. L'angle d'approche trop étroit de l'arrêt *Cusan et Fazzo* c. *Italie*

A. *La préférence patronymique ne se fonde pas exclusivement sur le patriarcat*

15. La principale critique que l'on peut formuler à l'égard de cet arrêt n'est pas qu'il impose la possibilité d'un choix entre le nom du père et de la mère, ou du moins la possibilité d'exceptions à la transmission patrilinéaire du nom, mais que la Cour s'enferme elle-même dans sa jurisprudence antérieure relative à une question différente, celle du nom des époux après leur mariage. Avec les décisions *Burghartz*, *Ünal Tekeli* et *Losonci Rose et Rose*, on peut admettre que les systèmes condamnés d'attribution du nom se fondaient *uniquement* sur une différence entre les sexes et que l'argument de l'unité de la famille ne suffisait pas à justifier la différence de traitement entre l'homme et la femme. Le problème se pose toutefois différemment lorsqu'il s'agit des enfants, parce qu'il n'est plus exact de dire, comme la Cour, que l'attribution du nom du père à ceux-ci se fonde *uniquement* sur une discrimination fondée sur le sexe des parents.

16. Cette attribution pourrait se justifier par une des fonctions des anthroponymes, liée à la différence objective non pas entre le sexe masculin et le sexe féminin, mais entre la paternité et la maternité, argument qui n'est débattu ni par les parties ni par l'arrêt commenté. Le changement de nom de l'épouse par le fait du mariage se borne à indiquer le lien matrimonial et, dans une conception patriarcale, à marquer l'entrée de la femme dans la famille du mari. Les fonctions symboliques de l'attribution d'un nom de famille à un enfant sont bien plus nombreuses et plus fondamentales.

B. *Les fonctions symboliques du nom de famille*

17. Aucune société n'omet de dénommer ses membres. À considérer la question au niveau mondial, le nom donné à un enfant peut revêtir plusieurs significations symboliques, souvent cumulatives¹¹. Premièrement, lorsque la Cour affirme, à juste titre, que le nom est un moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, c'est en vérité trop peu dire. Le nom porte la

¹¹ Claude Lévi-Strauss procède à une analyse théorique poussée des noms propres. Voy. C. LÉVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Plon, Paris, 1962, pp. 212 et s. Le nom propre sert, selon cet auteur, à la fois à identifier, à classer et à signifier.



personne autant que la personne porte le nom, le nom *est* la personne, comme la personne *est* son nom. Un être humain est d'ailleurs socialement connu ou reconnu plus souvent par son nom que par son second mode d'exister primordial, son visage. La première fonction de la dénomination d'un enfant n'est donc rien moins que le faire exister en tant qu'être, puis de permettre au nommé d'être situé socialement, c'est-à-dire aux yeux des autres. C'est la dimension performative qui accompagne les annonces de naissance, les baptêmes ou les totemisations sous toutes leurs formes¹².

18. Le nom donné à l'enfant, ou son prénom accompagné de son nom de famille, affirme ensuite son unicité parmi ceux qui lui sont semblables, même si des homonymes existent par accident : *unum nomen, unum nominatum*¹³.

19. Troisièmement, dans les deux racines majeures de la culture des États membres du Conseil de l'Europe, la racine sumérienne et sémitique, d'une part, la tradition grecque, d'autre part, donner un nom est le signe d'un pouvoir exercé sur l'étant nommé¹⁴, donc également, lorsqu'il s'agit d'un enfant, le symbole de l'autorité parentale et la prise de responsabilité des parents à son égard.

20. L'assignation d'un nom ou sa modification peut renvoyer aussi à l'appartenance à un clan, à l'histoire de la personne, à ses origines géographiques et sociales, à ses particularismes linguistiques ou religieux, etc.

21. Dans certaines cultures, le nom peut être l'expression de l'hommage à un tiers, comme cela se fait sous nos latitudes plutôt en matière de prénoms, par exemple par l'octroi du prénom du parrain ou de la marraine.

¹² Voy. entre beaucoup d'autres, N. BELMONT, *Les signes de la naissance – Étude des représentations symboliques associées aux naissances singulières*, Plon, Paris, 1971.

¹³ Sur l'histoire du nom en Europe, voy. F. ZONABEND, «Le nom de personne», in *L'Homme*, 1980, t. 20, n° 4, *Formes de nomination en Europe*, pp. 7-23. H. De Page et J.-P. Masson écrivent que le nom est l'appellation, le vocable qui dans les rapports civils, permet aux individus de se distinguer les uns des autres (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, vol. 1, 4^e éd., Bruylant, Bruxelles, 1990, n° 102).

¹⁴ Les Sumériens et les Babyloniens admettent l'identité du nom et de la personne ou de la chose signifiée. Voy. P. GARELLI, «La pensée préphilosophique en Mésopotamie», in B. Parain (dir.), *Histoire de la philosophie*, t. I, *Orient – Antiquité – Moyen Âge*, Gallimard [Encyclopédie de La Pléiade, 26], Paris, pp. 25-26. Selon Platon, «[s]achant quel est le nom, et il est tel qu'est précisément la chose, on saura dès lors aussi ce qu'est la chose» (*Cratyle*, 435d, tr. fr. L. ROBIN, in PLATON, *Œuvres complètes*, I, NRF Gallimard [coll. La Pléiade], Paris, 1950, p. 683). Les discussions sur le statut du nom en général et du nom propre en particulier n'ont jamais cessé. On songe notamment à la fameuse question des universaux qui a agité la philosophie européenne des XI^e et XII^e siècles.

22. La dénomination, comme le suggère la Cour européenne, remplit à l'évidence aussi un rôle de cohésion familiale ou sociale entre ceux qui portent le même nom.

23. Celui-ci peut encore désigner le sexe, fonction réservée parfois au prénom, mais parfois remplie par le nom de famille quand il s'accorde en genre¹⁵.

24. Le nom peut remplir une fonction exogamique: le fait, pour deux personnes, de porter le même nom de famille pourra laisser soupçonner un empêchement à mariage fondé sur la parenté.

25. Le nom peut être une projection dans l'avenir, dans la mesure où ceux qui l'attribuent ou la communauté croient que, par lui-même, il peut influencer le caractère ou plus généralement l'itinéraire de vie.

26. Plus prosaïquement, en lien avec l'affirmation d'unicité de l'individu, le nom contribuera à identifier l'enfant puis l'adulte qu'il deviendra, au sens d'une concordance entre ses faits ou ses actes juridiques et leur imputabilité à une personne¹⁶.

27. Il faut cependant admettre qu'aucune des fonctions décelables dans l'attribution du nom à un enfant, énumérées jusqu'à présent, ne justifie *a priori* un traitement différent du père et de la mère, dès lors que l'on admet avec la Cour européenne que le caractère patriarcal des sociétés européennes doit aujourd'hui être remis en question. Toutefois, dans l'arrêt commenté, la Cour ne considère jamais la variété et l'importance des fonctions symboliques de l'attribution du nom de famille à un enfant, se contentant de souligner la fonction sociale, parfois réduite à la relation professionnelle et commerciale, du nom de famille, et son rôle limité dans l'expression de l'unité familiale.

C. *La désignation du père*

28. Or il est une fonction de l'attribution du nom à un enfant qui n'a pas encore été mentionnée, et qui se révèle souvent primordiale dans les conceptions culturelles et, partant, juridiques des États membres du Conseil de l'Eu-

¹⁵ Par exemple en russe: Medvedev pour un garçon, Medvedeva pour une fille.

¹⁶ Pour une discussion des fonctions du nom au regard des choix législatifs en Belgique, voy. J. FIERENS, «'Comment tu t'appelles?' – Réflexions autour d'une proposition de loi modifiant le Code civil en vue de supprimer les discriminations entre hommes et femmes dans la transmission du nom à l'enfant», *R.R.D.*, 2002, n° 102, pp. 11-39.



rope: le nom a précisément pour fonction d'indiquer la filiation au premier degré¹⁷ et plus précisément de désigner le père¹⁸.

29. À cet égard, ce dernier et la mère se trouvent dans une situation profondément différente parce que la maternité est socialement visible pendant de nombreux mois, par la grossesse, par l'accouchement qui est d'habitude un événement notoire (d'où notamment les visites à la maternité et l'annonce de naissance), par le repos d'accouchement, par l'allaitement, par les soins qui requièrent souvent davantage la mère que le père auprès du tout petit enfant. La paternité, au contraire, résulte d'un acte discret et furtif, raison pour laquelle le nom, dans de multiples cultures qu'il ne convient cette fois pas de juger arriérées ou dépassées sous cet angle, est «patronymique». Le fait que les hommes s'occupent souvent davantage que par le passé de leur progéniture, ou que désigner le père de certains enfants puisse s'avérer impossible, par exemple parce qu'aucun établissement de paternité n'est souhaité ou désiré par la mère ou que le géniteur est inconnu, n'efface pas cette distinction fondamentale.

30. Allons plus loin encore, dans un sens qui pourrait intéresser particulièrement les juristes. Jacques Lacan a écrit: «C'est dans le nom du père qu'il nous faut reconnaître le support de la fonction symbolique qui depuis l'orée des temps historiques, identifie sa personne à la figure de la loi»¹⁹. L'attribution du nom du père à l'enfant est, bien davantage que celui de la mère, l'affirmation, à l'attention de l'enfant et de ceux qui l'entourent, de l'existence de

¹⁷ «Le patronyme appartient aux enfants de plein droit; on peut dire que dans nos sociétés, c'est un classificateur de lignée» (C. LÉVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, op. cit., p. 256).

¹⁸ Cette fonction est évidente dans la composition même de beaucoup de patronymes marqués d'un affixe (préfixe, ou le plus souvent suffixe) pour indiquer la filiation paternelle: «-ez» en castillan (Sanchez, Martinez, Perez), «-son» en anglais (Jackson, Davidson, Richardson), «-sky» en polonais, «-ic» dans les langues slaves, «-i» dans la finale des noms italiens (Martini, Alberti, Baldi), «-ns» en flamand ou en néerlandais (Fierens, par exemple, signifie probablement à l'origine «fils d'Olivier», «Fier» étant la forme néerlandaise du prénom Olivier, avec aphérèse des premières syllabes). Chez les Arabes et les Juifs, on trouve le préfixe «Ben», généralement séparé du nom. Certaines traditions non européennes, et donc certains systèmes juridiques, n'attribuent pas au nom de famille le marquage de la filiation. Selon le droit de la République démocratique du Congo, l'enfant porte dans l'acte de naissance le nom choisi par ses parents. Il suffit qu'il soit «puisé dans le patrimoine culturel congolais». En cas de désaccord, le père confère le nom. Si le père de l'enfant n'est pas connu ou lorsque l'enfant a été désavoué, l'enfant porte le nom choisi par la mère. Lorsque la filiation paternelle est établie après la filiation maternelle, le père pourra adjoindre un élément du nom choisi par lui. Si l'enfant a plus de quinze ans, son consentement personnel est nécessaire (voy. les articles 58 et 59 du Code civil).

¹⁹ J. LACAN, *Écrits – Fonction et champ de la parole et du langage*, éd. du Seuil, Paris, 1966, p. 278. Pour une prétendue réfutation de ce point de vue, d'autant moins convaincante qu'elle n'est guère nuancée, voy. I. KAUFER, «Pères et repères», *J.D.J.*, 2014, livr. 333, pp. 5-6.

l'Autre, et donc de la norme que sa présence appelle. Le nom du père dit que le droit existe.

D. *L'égalité n'est pas l'identité*

31. Dans le cas de l'attribution ou du changement de nom de l'épouse, ou plus rarement de l'époux, au moment du mariage, la différence de situation ne justifie pas une différence de traitement, mais il n'en va pas de même dans le cas de l'attribution du nom à l'enfant. Du moins la question aurait-elle pu être plus rigoureusement discutée. Dans l'affaire *Cuzan et Fazzo*, les requérants eux-mêmes se bornent à évoquer une seule fonction spécifique du nom, l'indication d'un lien avec les ancêtres, en l'espèce avec le grand-père maternel de l'enfant et le «patrimoine moral» de celui-ci²⁰. Ils estiment erronément que l'attribution, aux enfants, du nom du père a pour *seul* but de protéger une tradition, une conception de la famille dans laquelle le père jouit d'une position préférentielle²¹. Le gouvernement italien ne considère qu'implicitement la fonction du nom indicatrice de la filiation paternelle, et de façon particulièrement maladroite, puisqu'il avance que donner à une enfant le nom de sa mère lui porterait préjudice en indiquant qu'elle est une «enfant non légitime», comme l'avait estimé la Cour d'appel de Milan²².

32. La confusion entre égalité et identité ou entre égalité géométrique et égalité arithmétique constitue un des plus vieux problèmes de la théorie du droit, déjà évoqué par Platon et amplement débattu par Aristote²³. Dans une affaire comme

²⁰ § 21 de l'arrêt.

²¹ § 43.

²² §§ 14 et 45.

²³ Lorsque la Cour européenne répète à l'envi que l'égalité et la non-discrimination supposent de traiter de la même manière des personnes se trouvant dans des situations fondamentalement semblables, et de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations fondamentalement différentes, elle ne fait que reprendre l'enseignement de Platon et d'Aristote qui, au demeurant, ont influencé toute la culture européenne. Voy. PLATON, *Les lois*, 757b: la première forme d'égalité est «égale quant à la mesure, au poids et au nombre. L'autre égalité, proportionnelle, «la plus vraie et la plus belle», «représente le jugement de Zeus» (tr. fr. L. ROBIN, NRF-Gallimard [Bibl. de la Pléiade], Paris, t. II, 1950). Aristote écrit au livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, à propos de la justice distributive: «Le juste implique donc nécessairement au moins quatre termes: les personnes pour lesquelles il se trouve en fait juste, et qui sont deux, et les choses dans lesquelles il se manifeste, au nombre de deux également. Et ce sera la même égalité pour les personnes et pour les choses: car le rapport qui existe entre ces dernières, à savoir les choses à partager, est aussi celui qui existe entre les personnes. Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas

→

celle qui est ici commentée, il faut se demander si la Cour européenne applique correctement ses propres principes en matière d'égalité et si, au nom de l'égalité des hommes et des femmes plus précisément, elle ne confond pas l'égalité et l'identité des hommes et des femmes avec l'égalité et l'identité des pères et des mères.

33. Sans doute faut-il admettre que l'attribution du nom du père à l'enfant est souvent une règle trop rigide et que des exceptions doivent être rendues possibles, spécialement en cas d'accord des parents, mais de telles exceptions ne sauraient définitivement masquer que la différence entre la paternité et la maternité est une justification objective et raisonnable de l'attribution préférentielle du nom. D'ailleurs la persistance de la prévalence de fait de celui-ci dans les systèmes juridiques qui permettent le choix²⁴ n'est pas seulement l'effet d'une tradition dépassée qu'il faut se hâter d'étouffer. Il y va souvent de l'intuition partagée par les hommes et les femmes que la paternité nécessite une désignation moins indispensable à la reconnaissance sociale de la maternité.

34. Des exceptions à la transmission du nom patrilinéaire doivent exister, mais précisément constituer des exceptions. Si tel n'est pas le cas, l'absence de débat sur la spécificité de la paternité n'aidera pas les pères à retrouver une place et un rôle dans les familles européennes d'aujourd'hui. Elle pourrait indirectement isoler davantage les mères qui se plaignent souvent à juste titre de l'effacement tant symbolique que concret des marques de la paternité.

E. *L'intérêt supérieur de l'enfant*

35. Enfin, il existe une autre différence fondamentale entre la manière dont il convient d'aborder la question du nom de famille des époux et celle du nom de l'enfant. La première, en tant que telle, n'appelle pas la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La sauvegarde de celui-ci devrait s'imposer comme principe général de droit international, et il émerge dans la jurisprudence de la Cour européenne sans pourtant être mentionné par l'arrêt commenté.

←

de parts égales; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales.» (1131a, 20 et s., tr. fr. J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979); voy. également ARISTOTE, *La politique*, III, 9, 1208a et III, 12, 1282b; J. FIERENS, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2014, pp. 145-148.

²⁴ Au Québec, où le choix du nom de l'enfant est libre depuis plus de quinze ans, 70% des couples opteraient toujours pour le nom du père, 25% choisiraient le double nom et 5% seulement le nom de la mère (T. VANDEVELDE, «Pouvoir choisir le nom de ses enfants: une liberté dangereuse», Centre d'éthique et d'économie, Institut de philosophie KULeuven, https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_080__Van_de_velde_.pdf, s.d.).

36. Les conséquences qu'il conviendra d'en tirer devront elles aussi être débattues, mais il est d'ores et déjà évident que la discussion, sous cet angle, devra dépasser la question de l'égalité entre hommes et femmes²⁵.

V. L'influence de l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* sur le droit belge

37. Non seulement l'arrêt *Cusan et Fazzo* a eu une influence directe sur de récentes modifications législatives en Belgique, mais les limites du point de vue qui est le sien, la clôture de la réflexion sur les fonctions du nom de famille et l'indifférence aux questions relatives à l'intérêt supérieur des enfants dans la discussion sont symptomatiquement semblables²⁶. La réforme de l'attribution du nom en droit belge résulte de la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil «en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté». Le titre même de la loi est explicite²⁷.

38. La Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle) n'avait pas vu de discrimination dans «la préférence accordée au nom de famille paternel [qui] s'explique par les conceptions patriarcales de la famille et du ménage qui ont été longtemps dominantes dans la société»²⁸. La solution était correcte, mais la motivation ambiguë. Le débat relatif à l'attribution du nom en droit belge et les intentions de changement législatif n'étaient toutefois pas récents. De multiples propositions de loi avaient été déposées depuis 1983, qui toutes se

²⁵ On se gardera toutefois de soutenir que l'enfant, à partir d'un certain âge, devrait pouvoir choisir lui-même son nom. Ce serait une manière symbolique de lui permettre de se rapprocher du pouvoir de choisir ses parents, voire de se donner lui-même la vie alors que la filiation est d'abord le signe que toute existence humaine dépend d'autrui. Une telle dérive s'insinue déjà dans certains droits européens lorsque, comme en Belgique, le consentement d'un enfant est requis dès douze ans pour sa reconnaissance (article 329bis du Code civil). L'attribution du nom doit demeurer une prérogative exclusive des parents.

²⁶ Notons d'ailleurs au passage que les travaux préparatoires se réfèrent longuement aux sources internationales mentionnées par la Cour européenne dans l'arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004 (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2013-2014, n° 53-3145, pp. 6 et s.).

²⁷ Bien qu'il en ait été question, le Sénat n'a pas amendé le texte de la loi du 8 mai 2014 au regard du vote, la semaine précédente et dans la même hâte préélectorale, du projet de loi portant établissement de la filiation de la coparente. C'est ce qui explique qu'il a fallu une autre loi pour adapter le Code civil à cette nouvelle sorte de filiation, la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté.

²⁸ Arrêt n° 161/2002 du 6 novembre 2002.

bornaient à envisager la question sous l'angle de l'égalité entre hommes et femmes²⁹. Le gouvernement précédent avait déposé un projet de loi, voté dans la précipitation avant les élections du 25 mai 2014³⁰.

39. En résumé, selon les nouvelles dispositions légales, tous les enfants nés de la même mère et du même père doivent porter le même nom de famille. Lorsque l'enfant n'a qu'une filiation établie, paternelle ou maternelle, il porte le nom de la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie, son père ou sa mère, ce qui va de soi. Lorsque les filiations paternelle et maternelle de l'enfant sont établies en même temps, l'enfant porte le nom choisi par ses parents : soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Le système est semblable dans l'adoption ou la coparenté. Toutefois, en cas de désaccord entre les parents, le nom patronymique (ou celui de la coparente³¹) prévaut, ce qui revient à donner au père (ou à la coparente) le droit d'imposer son choix, d'autant qu'aucun recours n'est prévu. Des recours ont été introduits contre cette règle devant la Cour constitutionnelle, comme on s'y attendait. Si le nom n'a plus pour fonction d'indiquer la paternité et si les raisons de faire prévaloir cette désignation sont estimées dépassées, il n'y a en effet pas lieu de créer un système d'emblée incohérent en privilégiant la volonté du père. La section de législation du Conseil d'État, à cet égard, avait attiré l'attention sur les solutions adoptées par les législateurs français et luxembourgeois. L'article 311-21 du Code civil français dispose qu'en cas de désaccord entre les parents, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. L'article 57 du Code civil luxembourgeois porte qu'en cas de désaccord entre les parents sur le nom à attribuer à l'enfant, celui-ci porte le nom ou le premier nom de sa mère et le nom ou le premier nom de son père, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'of-

²⁹ Proposition de loi du 24 février 1983 déposée par M. E. Klein et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1982-1983, n° 566/1. Voy. aussi P. MAHILLON, « À propos du nom de famille », *J.T.*, 1985, pp. 313-314, n° 4. Proposition de loi du 24 novembre 1999 modifiant le Code civil en vue de supprimer les discriminations entre hommes et femmes dans la transmission du nom à l'enfant, déposée par M^{mes} C. Drion et F. Talhaoui, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1999-2000, 2-0283/1. Cette proposition de loi reprend le texte et les développements de la proposition déposée le 11 mars 1999 par M^{me} M. Schüttringer et M. F. Lozie (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 2053/1).

³⁰ *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2013-2014, n° 53-3145. *C.R.I.*, Chambre, 19 mars 2014; *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2013-2014, n° 5-2785. *Ann.*, Sénat, 24 avril 2014.

³¹ Les règles applicables en la matière à la coparenté qui concerne l'union de deux femmes ont à l'évidence été déterminées par analogie avec celles qui prévalent dans le couple « classique » homme/femme. Les raisons de privilégier la désignation de la coparente, s'il en existe, pourraient être semblables à celles qui justifient le privilège du patronyme : la maternité de la mère est socialement visible ; la filiation à l'égard de la coparente l'est évidemment moins que jamais.

ficier de l'état civil. Si la filiation paternelle (ou la coparenté) est établie après la filiation maternelle, l'enfant conserve le nom de la mère. Si la mère ne marque pas son accord pour un changement de nom, aucun recours n'est ouvert au père ou à la coparente. Or il est aisé pour une mère non mariée de retarder la reconnaissance par le père ou la coparente, même consentie par elle, après la déclaration de naissance, de manière à ce que les deux filiations ne soient pas établies en même temps. La loi n'a pas résolu les deux principales difficultés engendrées par l'ancienne législation : le pouvoir de décision accordé au père seul dans le cas d'enfants nés dans le mariage, le pouvoir de décision accordé à la mère seule dans le cas d'enfants nés hors mariage³².

VI. L'incidence du droit de l'Union européenne

40. On ne saurait terminer ce commentaire du droit international des droits de l'homme sans mentionner que le droit de l'Union européenne joue également un rôle important dans la question de l'attribution du nom de famille aux enfants³³. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice examine les problèmes liés à l'attribution du nom comme élément du statut personnel, sous l'angle d'une éventuelle discrimination contraire à l'article 12 du Traité instituant la Com-

³² Pour plus de détails sur cette nouvelle législation, voy. J. FIERENS, «'Comment tu t'appelles?' – La loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté», in N. Gallus (coord.), *Actualités en droit de la famille*, coll. UB³, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 7-45, et les références citées au n° 4; I. BOONE, «Beschouwingen aangaande het nieuwe naamrecht», *T. fam.*, 2015, n°s 2-3, pp. 66-71.

³³ Voy. P. WAUTELET, «Les relations familiales internationales. Retour sur trois tendances majeures», in *États généraux du droit de la famille – Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Bruylant-Anthemis, Bruxelles-Limal, 2014, pp. 203-247, spécialement pp. 209-211; S. PFEIFF, «L'arrêt *Grunkin-Paul*, confirmation de la jurisprudence *Garcia-Avello* ou nouvelle étape vers une reconnaissance automatique du statut personnel?», *R.G.D.C.*, 2010, pp. 318-328. La Cour de justice avait été saisie pour la première fois d'une affaire relative au nom patronymique dans celle qui a abouti à l'arrêt du 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis*, C-168/91. Elle avait décidé que rien dans le Traité CEE ne s'oppose à ce qu'un État membre qui utilise l'alphabet latin opère, dans ses registres d'état civil, la transcription d'un nom hellénique en caractères latins. Un arrêt du 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, concerne la transmission du nom dans le cadre de l'adoption d'une adulte. Était en cause une ressortissante autrichienne adoptée par un citoyen allemand, M. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein. Les autorités autrichiennes avaient considéré que la Constitution empêchait une citoyenne autrichienne d'acquérir un nom patronymique comprenant un ancien titre de noblesse, «Fürst» signifiant «Prince». Aux yeux de la Cour de justice, les mesures prises par les autorités dans ce contexte sont justifiées par des motifs liés à l'ordre public, c'est-à-dire qu'elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi.

munauté européenne, aujourd'hui article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne³⁴, sous l'angle de la liberté de circulation (article 17 TCE, aujourd'hui article 20 TFUE³⁵) et sous l'angle des libertés consacrées par l'article 21 TFUE³⁶ ou par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. La jurisprudence de la Cour de justice concerne avant tout l'application du droit international privé des États membres de l'Union, dans la mesure où il pourrait constituer une entrave à la libre circulation des personnes.

41. Dans un arrêt *Carlos Garcia Avello c. État belge* du 2 octobre 2003³⁷, la Cour de justice a ainsi dit que les articles 12 CE et 17 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre.

42. Dans un arrêt *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul* du 14 octobre 2008³⁸, la Cour de justice a déclaré que l'article 18 CE s'oppose, dans des conditions telles que celles de l'affaire au principal, à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre.

³⁴ « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations. »

³⁵ « 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :

a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ;

[...]

Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci. »

³⁶ « 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application. [...] »

³⁷ Aff. C-148/02.

³⁸ Aff. C-353/06.

Conclusion

43. L'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* souffre de l'absence d'une réflexion suffisamment approfondie sur la fonction du nom de l'enfant dans les cultures des États membres du Conseil de l'Europe. Il peut certes être approuvé lorsqu'il conduit à privilégier le choix des parents, mais il confond différence de traitement légal et distinction objective entre la paternité et la maternité. Il n'a pas vu que le patronyme contient symboliquement la loi. Il contribue, au nom de l'égalité, à masquer la différence entre les sexes. Il n'aidera ni les mères ni les pères à savoir qui ils sont en ce début de XXI^e siècle. Il ne dit pas un mot de l'intérêt supérieur de l'enfant.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 103 juillet 2015», cliquer ensuite sur le titre de l'article).
