



Chapitre d'actes

2012

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Au nom du père et de la mère : étude comparative sur le droit du nom
dans la perspective du droit du nom en 2013

Lamesta, Jennifer; Baddeley, Margareta

How to cite

LAMESTA, Jennifer, BADDELEY, Margareta. Au nom du père et de la mère : étude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom en 2013. In: Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011. Baddeley, Margareta, Foëx, Bénédicte, Leuba, Audrey et Papaux van Delden, Marie-Laure (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2012. p. 77–107. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23562>

Au nom du père et de la mère

Étude comparative sur le droit du nom
dans la perspective du droit du nom 2013 */**

JENNIFER LAMESTA & MARGARETA BADDELEY

I. Introduction

Le Conseil fédéral vient d'annoncer la mise en application dès le 1^{er} janvier 2013 de la loi en matière de droit du nom et de droit de cité, votée le 30 septembre 2011.¹ Cette loi a passé très facilement l'épreuve des deux Chambres en 2010 après l'échec de deux tentatives précédentes, en 2001 et en 2009, et après 17 années de travail législatif qui a suscité des débats souvent passionnés au Parlement, dans le peuple et dans la littérature juridique. Ce ne sont pas ces débats qui étonnent, mais l'acceptation quasi-inaperçue de la troisième tentative de réforme du droit du nom. Car le droit du nom dépasse les frontières étroites du droit.

Le nom n'est pas une création juridique. Longtemps, sa réglementation relevait essentiellement des us et des coutumes locaux.² Si, en Suisse, comme dans de nombreux autres pays, l'épouse prenait, autrefois, de plein droit le nom de famille³ du mari, ce n'était que la conséquence logique, dans l'esprit

* Cet article a également paru dans FamPra 3/2012 et est reproduit dans le présent ouvrage avec l'aimable autorisation des deux comités d'éditeurs.

** Les auteures remercient M. Bernard Nuzzo, avocat et assistant en droit civil à l'Université de Genève, de son aide précieuse dans la préparation du présent article.

¹ Cf. <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=44233>. Toutes les citations aux sites web sont tirées de visites en mars/avril 2012.

² <http://www.tsr.ch/info/suisse/1032041-la-reforme-du-nom-de-famille-divise.html>.

³ Cf. art. 161 CC (1907). Sur l'évolution législative, cf. JORNOD, *La femme et le nom en droits suisse et français*, 1991, 55 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, *Les effets du mariage* 2^e éd., Berne 2009, 104 ss ; DUTOIT, *Le divorce en droit comparé* 3^e vol., Genève 2000-2003, 23 ss. Pour certains auteurs, seul le nom transmissible (art. 160 al. 1, 30 al. 2 CC) constitue le nom de famille ; cf. SCHERER, *Le nom en droit international privé : étude de droit comparé français et allemand*, Paris 2004, 39, et les autres références aux auteurs dans DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (cf. ci-dessus), 105 s.

du 19^e et début du 20^e siècle, de l'entrée de celle-ci dans la famille de son époux et de la prévalence de celui-ci en tant que chef de famille.⁴

Les mœurs et notre système légal ont considérablement changé depuis la fin de la II^e Guerre Mondiale, partiellement en raison des changements sociaux profonds accompagnant et suivant celle-ci, pour se diriger de plus en plus vers une égalité des sexes et pour donner plus de place à l'individualité au sein de la famille et de la société. Ces postulats sont réalisés dans nombre de nos textes législatifs, mais n'ont pas pu l'être en droit du nom de famille.⁵

Ce ne sont que les modifications du Code civil (CC) votées en 2011 qui consacrent aussi en matière de nom de famille la libre volonté des époux et le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, relayant, du même coup, au second plan le principe de l'unité du nom de famille. Ce dernier principe, cher au législateur de 1988, contrastait pourtant, déjà au moment de son adoption et encore plus depuis, avec les législations libérales de la plupart des pays occidentaux, résultat de l'évolution des modèles familiaux et de la philosophie au regard de l'individu dans la société. L'égalité des sexes dans le domaine du nom de famille était devenue une réalité dans les ordres juridiques occidentaux que la Suisse ne pouvait plus continuer à ignorer.

Nous présenterons, dans le chapitre II. ci-dessous, le droit du nom suisse actuel. Les tentatives de réforme de cette législation seront étudiées dans le chapitre III. Les solutions de quelques ordres juridiques étrangers feront ensuite l'objet du chapitre IV. Enfin, nous discuterons la nouvelle loi, les difficultés pour y parvenir, ses avantages et ses défauts non négligeables (V.A et B), ainsi que son éventuelle interprétation évolutive (V.C). Cela nous amènera à une conclusion sous forme d'une brève appréciation de la situation future, sous VI.

II. Droit suisse actuel

Il s'agira, dans le présent chapitre, de dépeindre la situation juridique actuelle des époux en droit suisse, quant à leur nom de famille et à celui de leurs enfants.

⁴ Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité (initiative parlementaire Leutenegger Oberholzer), du 22 août 2008, FF 2009 365, ch. 2.1, ainsi que Conseil fédéral, Avis à propos du rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité, du 22 août 2008, datant du 12 décembre 2008, FF 2009 389. Cf. également : SCHÄRER, L'évolution du droit de cité et du droit du nom fondé sur un événement du droit de la famille depuis l'introduction du registre des familles en 1929, REC 1992, 281.

⁵ Comme pour le droit de cité (cf. art. 161) et pour les partenaires enregistrés qui, en l'absence d'une disposition spécifique à cet égard, ne peuvent adopter un nom de famille commun.

A) *Le nom des époux*

1) *Le nom de famille commun (art. 160, 30 al. 2⁶)*

En vertu du *principe de l'unité du nom de famille*, les couples mariés et leurs enfants portent un nom commun.⁷ Ce dernier peut être un seul nom pour les deux époux (art. 160 al. 1) ou ne l'être que pour l'un d'eux alors que l'autre époux porte un double nom dont le deuxième élément est le nom commun (art. 160 al. 2). Dans le régime ordinaire, le nom de famille commun est celui du mari.⁸ En vertu de l'article 30 al. 2, les fiancés peuvent toutefois déroger à ce régime et opter pour le nom de la femme comme nom commun.⁹

Le droit du nom des couples mariés viole incontestablement le principe de l'égalité des hommes et des femmes entériné par l'article 8 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.) et le droit international. Ce constat résulte des formalités prévues pour adopter le nom du mari ou celui de la femme, comme de la systématique de la loi et de l'influence de celle-ci sur le choix des époux.

Pour les époux voulant adopter le seul nom du mari, aucune formalité n'est nécessaire (art. 160 al. 1). Une simple déclaration de la femme suffit pour que celle-ci puisse porter le nom de son mari en combinaison avec son propre nom (art. 160 al. 2). La situation est beaucoup plus compliquée lorsque le couple veut adopter comme nom de famille le nom de la femme : en vertu de l'article 30 al. 2, il faut l'accord entre les époux qui doivent de surcroît obtenir l'autorisation du gouvernement du canton de domicile ; cette autorisation est délivrée si le couple peut faire valoir un intérêt légitime.¹⁰ L'intérêt légitime est notamment reconnu si la femme est connue dans le public, si le nom du mari est difficile à prononcer ou à orthographier, ou encore si la femme a un enfant non commun qui porte son nom.¹¹ Une large partie de la doctrine préconise d'interpréter l'article 30 al. 2 de manière très souple, la seule expression de volonté du couple démontrerait l'intérêt légitime requis.¹² Mais cela n'est pas

⁶ Sauf précision spécifique, les références aux dispositions légales sont faites au CC.

⁷ ATF 127 III 193. Message du 11 juin 1979, FF 1979 II 1179-1378, ch. 212.1 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 88 ; SCHERER (n. 3), 184 ; VAN DER MEER, *Familienrecht*, Zurich 2006, 35. Notons que les partenaires enregistrés du même sexe n'ont pas la possibilité d'adopter un nom de famille commun (unique ou dans un double nom), ce qui viole l'article 8 al. 2 Cst.

⁸ Le nom de famille est alors un patronyme.

⁹ Le nom de famille est alors un matronyme.

¹⁰ Initialement, des émoluments, parfois conséquents, étaient perçus par les gouvernements cantonaux, autre facteur contraire à l'égalité des sexes et décourageant qui plus est. Par l'ATF 126 I 1, le TF a mis un terme à cette pratique.

¹¹ HEGNAUER/BREITSCHMID, *Grundriss des Eherechts*, Berne 2000, 132 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 92 ; HÄFLIGER, *Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB*, Zurich 1996, 116.

¹² BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle/Genève/Munich 2009, N 792 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 92 ss. ; DUTOIT, *Jusqu'ou le délitement du nom de famille ? Les exemples suisse et français*, in : PIOTET/TAPPY (éds), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils - Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Genève/Zurich/Bâle 2006,

suffisant pour éliminer l'inégalité de traitement inhérente à la construction législative.¹³ Même si l'autorisation peut, dans certains cas, être obtenue facilement, on peut encore reprocher à l'article 30 al. 2 que les formalités exigées sont susceptibles de décourager les futurs mariés de ce choix.¹⁴

Par ailleurs, le fait de placer les dispositions sur l'adoption du nom de la femme comme nom de famille dans le cadre des dispositions sur la procédure en changement de nom donne un caractère dérogatoire et exceptionnel au nom de la femme comme nom de famille, sans motif qui saurait justifier ce choix législatif.

Malgré les défauts manifestes du droit du nom suisse, la Cour européenne avait jugé en 2001 que l'interprétation large de l'article 30 al. 2 permettait d'arriver à un résultat satisfaisant que, de ce fait, le droit suisse n'était pas contraire au principe de l'égalité des sexes.¹⁵ Il est douteux que les juges strasbourgeois adopteraient la même position aujourd'hui.¹⁶

2) *Le double nom de l'un des époux*

L'un des époux, l'homme ou la femme, peut porter un double nom légal, sur la base des articles 160 al. 2 CC et 12 al. 1 de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC)¹⁷ : Ce nom se compose du nom de l'époux concerné et du nom commun, soit le nom du conjoint qui n'a pas changé de nom. Pour acquérir un double nom, il suffit d'une (simple) déclaration de l'époux concerné à l'officier de l'état civil.

L'inégalité de traitement entre femmes et hommes tient ici à la base légale : initialement pas prévu dans la loi de 1988, le droit pour les hommes de porter un double nom découle de l'OEC, alors que le même droit de la femme est inscrit dans le CC. Ce droit existe depuis 1994, grâce aux époux BURGHARTZ-SCHNYDER qui ont porté la demande du mari devant la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁸ Selon la Cour, l'impossibilité, pour les maris, de se prévaloir de l'article 160 al. 2 ou d'une solution analogue ne respectait pas les exigences du droit international et équivalait à une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette solution

241, 242 ss ; STETTLER/GERMANI, Droit civil III, Effets généraux du mariage (art. 159-180 CC), 2^e éd., Fribourg 1999, 30.

¹³ HEGNAUER, Vom Treten an Ort beim Namensrecht : Der Nationalrat und die Europäische Menschenrechtskonvention, Neue Zürcher Zeitung, 14 avril 2009, 11.

¹⁴ Voir également n. 10.

¹⁵ ACourEDH G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001 (Requête n° 36797/97).

¹⁶ Voir ci-dessous les développements au sujet de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96), commenté *infra* III.B.

¹⁷ Ordonnance sur l'état civil, 28.4.2004 (RS 211.112.2). La disposition adoptée initialement était l'art. 177a OEC.

¹⁸ ACourEDH BURGHARTZ c. Suisse du 22 février 1994 (Requête n° 16231/90).

est critiquable du point de vue de la hiérarchie des normes en ce qu'une norme inférieure ne peut corriger une norme supérieure.

3) *Les noms à choix pour constituer le nom légal (art. 160 et 30 al. 2)*

Dans toutes les hypothèses, le nom légal – seul ou à titre de double nom – peut être soit le nom de célibataire¹⁹, soit le nom conservé par l'époux ou l'épouse à la suite de la dissolution d'un mariage antérieur par divorce, décès ou jugement d'annulation, soit enfin le nom acquis à la suite d'une procédure en changement de nom selon l'article 30 al. 1.²⁰

4) *Le nom d'alliance, nom extra-légal*

Ce nom est formé du nom de famille (légal) commun, suivi du nom (légal) antérieur ou de célibataire de l'époux qui a abandonné son nom ; les deux noms étant reliés par un trait d'union. Il peut être porté par un seul ou par les deux époux pour autant qu'il ou elle ne porte qu'un nom de famille simple.

Le nom d'alliance n'est consacré par aucune loi ; il s'agit donc d'un nom non officiel qui bénéficie cependant d'une certaine reconnaissance par les autorités dans la mesure où il peut être inscrit sur une pièce d'identité (art. 14 al. 1 et 6 OLDI²¹), le permis de conduire ou encore un diplôme académique.²²

Il s'agit d'une pratique répandue parmi les personnes mariées, de surcroît parfaitement égalitaire, puisqu'elle s'offre à l'homme comme à la femme. Toutefois, le nom d'alliance ne peut être le même pour les époux que dans l'hypothèse où les deux portent un seul nom de famille commun. En revanche, les deux noms n'ont pas le même ordre si l'un des époux a opté pour le double nom au sens des articles 160 al. 2 CC et 12 al. 1 OEC et que l'autre porte le nom d'alliance.

5) *En cas de dissolution du mariage et de remariage*

Au divorce, l'époux qui a changé de nom au moment du mariage conserve ce nom.²³ Le droit suisse considère que le nom est un prolongement de la personnalité, raison pour laquelle la loi permet à cet époux de conserver son nom à la fin du mariage.²⁴ Cependant, l'époux qui a changé de nom au mariage peut, dans le délai d'un an à compter du jugement passé en force,

¹⁹ Quant à la définition du nom de *célibataire*, cf. Rapport 2008 de la CAJ-CN (n. 4), 378 ad 160. Voir également la discussion à l'égard de ce nom, ci-après sous V.

²⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 96.

²¹ Ordonnance sur les documents d'identité des ressortissants suisses, 20.9.2002 (RS 143.11).

²² BUCHER (n. 12), 170 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 100 ; HEGNAUER, Usage officiel du nom d'alliance, REC 1992, 158 ss, 160.

²³ Les mêmes règles s'appliquent en cas d'annulation du mariage, cf. art. 109 al. 2 CC.

²⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 102.

déclarer vouloir reprendre le nom qu'il portait avant le mariage ou son nom de célibataire (art. 119 al. 1).

Par contre, aucune modification du nom, obligatoire ou facultative, n'est prévue dans la loi actuelle en cas de *décès* de l'un ou l'autre des époux. En effet, les veuves et veufs conservent le nom qu'ils portaient pendant le mariage sans possibilité analogue à l'article 119 al. 1, c'est-à-dire sans la possibilité de reprendre le nom porté avant le mariage ou le nom de célibataire.

Enfin, en cas de *remariage*, ce sont les mêmes règles que lors d'un premier mariage qui s'appliquent. Le choix des époux est le même qu'au premier mariage avec la particularité tout de même pour l'épouse ou l'époux qui porte déjà un double nom légal et qui désire porter à nouveau un double nom, de faire précéder le nouveau nom de famille uniquement du premier des deux double noms antérieurs (art. 160 al. 3 CC).

B) Le nom des enfants

En vertu de l'article 270 al. 1, l'enfant de *parents mariés* porte le nom de famille, soit le nom unique que portent les deux époux, soit le nom commun des époux dont l'un porte un double nom.

L'enfant de *parents non mariés* prend le nom de la mère, même si l'enfant est reconnu par le père (art. 270 al. 2). De l'éventuel double nom légal de la mère, l'enfant ne prend que le premier. Cette règle s'applique également en cas d'autorité parentale exercée conjointement.²⁵ Dans des cas exceptionnels, le nom de l'enfant est celui du père (art. 271 al. 3 *cum* 30 al. 1).

L'enfant *adopté* acquiert selon l'article 267 le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs et porte donc le nom des parents adoptifs. En principe, cette règle s'applique sans égard à l'âge de l'enfant au moment de l'adoption.²⁶

En aucun cas, le nom d'alliance ne peut être transmis aux enfants.

C) Le changement ordinaire du nom légal (art. 30 al. 1)

Le nom légal ne peut être modifié qu'en présence de *justes motifs* au sens de l'article 30 al. 1, disposition interprétée en règle générale de manière sévère. Deux décisions du Tribunal fédéral en la matière sont d'intérêt général pour le droit du nom.

²⁵ ATF 121 III 145/JT 1996 655. DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 107 ; GERMANI/STETTLER (n. 12), 39 ; PAPAUX VAN DELDEN, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, Genève/Bâle/Munich 2002, 292.

²⁶ ATF 137 III 97.

Parmi les rares cas admis par le Tribunal fédéral figure celui d'une adoptée, âgée de 57 ans au moment de son adoption. A juste titre, les juges soulignent dans cette décision le *lien étroit entre le nom et la personnalité*, de même que l'importance, dans le cas particulier, des intérêts privés de la requérante qui priment sur les intérêts publics généralement invoqués.²⁷

Sans diverger de sa politique stricte, le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence de l'année 2011, déboute une femme divorcée qui tentait de reprendre son nom d'avant le mariage après l'écoulement du délai de l'article 119, mais la renvoie à une procédure sous le droit futur²⁸ : l'article 30 al.1 du futur droit n'exigera, en effet, plus que des motifs *légitimes*, contrairement aux justes motifs de l'actuel article 30 al. 1. Il faut déduire de cette jurisprudence que les changements de nom devraient pouvoir être admis plus facilement sous le nouveau droit. L'approche jurisprudentielle sera plus en phase avec l'évolution des conceptions en matière de changement de nom dans la société.

D) *Conclusion*

De ce bref aperçu, on retiendra en substance que le droit du nom actuel se caractérise par le *principe de l'unité du nom de famille* au détriment de celui de *l'égalité des sexes*. Il n'est, en effet, pas possible de satisfaire pleinement aux exigences de ces deux principes à la fois.²⁹ Le droit du mariage en vigueur a sacrifié le principe de l'égalité des sexes et le législateur n'a pu inverser cette situation que tout récemment, malgré l'évolution des conceptions en la matière dans la société comme le démontrent d'ailleurs les tentatives de réforme entreprises dès 1994 et les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁷ ATF 137 III 97, cons. 3.3.1. et 3.4.3. Pour un deuxième cas récent où le TF se montre moins strict, cf. TF 5A_424/2010, 2.11.2010, ainsi que les commentaires de MEIER, Le point sur le droit des personnes physiques et le droit de la tutelle, RSJ 2001, 442, pt. IV, et BUCHER, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_424/2010, 2.11.2010, PJA 2011, 845.

²⁸ TF 5A_695/2011, 12.12.2011, cons. 5. Sur cette jurisprudence, voir également : MEIER, RSJ 2001, 442, pt. IV.

²⁹ Dans ce sens également, mais aboutissant à des conclusions très différentes aux nôtres, DUTOIT (n. 12), 249. Pour les motivations sous-tendant la loi, cf. Message du CF 1979 (n. 7), ch. 212.1 et 2.

III. Révision du droit du nom³⁰

A) *L'initiative parlementaire SANDOZ*

L'initiative parlementaire intitulée « *Nom de famille et droit de cité des époux* », a été déposée le 14 décembre 1994³¹ par la Conseillère nationale Suzette SANDOZ, en réponse immédiate à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette initiative proposait un remaniement intégral du droit du nom de famille, avec comme but notamment l'égalité complète des époux en la matière.³²

Le projet final du 31 août 1998 élaboré par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) élargissait de manière considérable le choix du nom des époux et des enfants et supprimait le double nom légal. Le projet laissait la possibilité à chacun des époux de conserver, au moment du *mariage*, son nom de famille antérieur ou de reprendre son nom de célibataire ; le couple devait aussi pouvoir opter pour un nom de famille commun.³³ Le nom d'alliance, tout en restant extra-légal, devait toujours servir de solution d'appoint. Le nom commun des parents devait se transmettre aux *enfants*, alors que les enfants de parents qui ne portaient pas le même nom devaient recevoir l'un des deux noms des parents. Un double nom pour ces enfants, composé des noms des deux parents, n'a été admis ni dans ce projet de réforme, ni dans les suivants, et ce en dépit d'exemples en droit étranger et une certaine sympathie dans la population pour cette solution.

Après sept ans de travail, le projet de loi a finalement été rejeté le 22 juin 2001 par les Chambres fédérales lors du vote final.³⁴ La pierre d'achoppement était la détermination du nom de l'enfant de parents portant des noms différents dans les (de toute vraisemblance très rares) cas où le couple ne pouvait ou ne voulait pas choisir l'un de leurs noms. La loi de 1988 restait alors en vigueur avec toutes les inégalités entre mari et épouse qu'elle comporte.

³⁰ Pour plus de détails, cf. *Curia vista* du site de l'Assemblée fédérale, n° objet 03.428, ainsi que DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), 104 ss.

³¹ Cf. Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité (initiative parlementaire SANDOZ), du 31 août 1998, FF 1999 4565 ; voir également FF 1999 4580, ainsi que 4894.

³² L'initiative incluait un volet droit de cité avec le but d'atteindre sur ce plan également l'égalité de traitement des hommes et des femmes.

³³ Cf. Rapport 1999, n. 31.

³⁴ Au Conseil des États : rejet du projet par 25 voix contre 16 ; au Conseil national : rejet du projet par 97 voix contre 77 (BO 2001 N 949).

B) *L'initiative parlementaire LEUTENEGGER OBERHOLZER*³⁵

La seconde initiative parlementaire a été déposée le 19 juin 2003 par la Conseillère nationale Suzanne LEUTENEGGER. Intitulée « *Nom et droit de cité des époux. Égalité* », elle s'est inspirée de l'initiative précédente visant à réaliser l'égalité des sexes et mettait également l'accent sur le libre choix du nom de famille.

En 2004, pendant les travaux en vue du nouveau projet de réforme en Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu l'arrêt ÜNAL TEKELI c. Turquie.³⁶ La Cour y constatait la violation de la CEDH de la part de la Turquie dans le cas d'une femme mariée se voyant refuser de conserver son seul nom de jeune fille. Selon la Cour, le principe de l'unité du nom de famille ne devait plus, dans la société du début du troisième millénaire, se manifester obligatoirement par le port d'un nom de famille commun. La législation turque violait ainsi les articles 8 et 14 CEDH. Comme le droit turque était calqué sur le droit suisse en matière de nom, cette jurisprudence ne pouvait être ignorée par la Suisse. Notre législation continuant à imposer aux époux un nom commun, avec la possibilité de porter un double nom, il devenait impératif d'entreprendre une réforme générale du droit du nom en tenant compte des postulats de l'arrêt ÜNAL TEKELI.

Le projet final de la CAJ-CN prévoyait essentiellement ceci³⁷ :

- Au *mariage*, les époux auraient dû choisir d'adopter un nom commun ou de conserver leurs noms de *célibataire*, mais non les noms acquis lors de mariages antérieurs. Par ailleurs, le *double nom légal* était supprimé.³⁸ En revanche, le nom d'alliance devait subsister, restant, toutefois, toujours un nom extra-juridique. Cette proposition, à contre-courant des pratiques présentes dans la société, fut mal accueillie lors des débats aux Chambres.
- Au *divorce*, l'époux qui avait changé de nom pendant le mariage devait pouvoir conserver ce nom ou reprendre son nom de célibataire. Ce choix devait également être ouvert au conjoint survivant.
- Le nom de famille des enfants devait être le nom commun des parents ou l'un des noms de parents portant des noms différents. Dans cette dernière hypothèse, le choix des (futurs) parents devait intervenir au moment du mariage ; les parents disposaient toutefois du droit de modifier ce choix, en

³⁵ Cf. *Curia vista* du site de l'Assemblée fédérale, n° objet 03.428 ; Rapport 2008 (n. 4), ainsi que Conseil fédéral, Avis du 12 décembre 2008, à l'égard de l'initiative parlementaire *Nom et droit de cité des époux. Égalité*, et au Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 22 août 2008, FF 2008 2442.

³⁶ ACourEDH ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96).

³⁷ Rapport 2008, n. 4, 9.

³⁸ Cf. Association suisse des officiers de l'état civil, Consultation sur l'avant-projet du CCS en matière de nom et du droit de cité des époux et des enfants, prise de position du comité du 5 octobre 2007, REC 2007, 123.

faveur de l'autre des deux noms, dans l'année suivant la naissance du premier enfant. Seul le nom de célibataire de l'un des parents auraient pu être choisi. Le double nom pour les enfants était d'emblée exclu comme pour le premier projet. L'exigence du choix du nom des enfants au moment du mariage était - et est encore, vu qu'elle est également ancrée dans la loi nouvelle - problématique et l'on peut se poser la question de sa compatibilité avec le droit au mariage consacré par les articles 14 Cst. et 12 CEDH.³⁹

Le projet fut accueilli avec des sentiments mitigés. Aux réserves citées aux paragraphes précédents, s'en ajoutait une autre relative à l'intransmissibilité de noms acquis pendant le mariage aux enfants nés après le mariage et aux conjoints subséquents. Dans la doctrine, mais aussi lors des débats aux Chambres, s'est exprimé le souci que ce principe ne constitue une atteinte à la personnalité de l'époux concerné. En effet, celui-ci allait se trouver entravé dans son choix par rapport à son nom ; or, le nom acquis par mariage, comme le nom de naissance, constitue indéniablement un élément de la personnalité.⁴⁰ Le même souci persiste par rapport au texte finalement voté, comme cela sera discuté dans le chapitre V. ci-dessous.

Le 11 mars 2009, après six années supplémentaires de travail consécutives à l'échec de l'initiative SANDOZ, donc après treize ans de travail en tout, et quinze ans après l'arrêt BURGHARTZ-SCHNYDER, le deuxième projet de réforme du droit du nom a échoué à son tour : le Conseil national a renvoyé le projet à la Commission avec comme mandat de le limiter aux seules modifications rendues absolument nécessaires par l'arrêt susmentionné.⁴¹ En d'autres termes, la Commission était priée de soumettre un nouveau projet de loi se limitant à l'introduction dans le Code civil de la possibilité pour le mari de porter un double nom.

C) *Etat des lieux intermédiaire*

Les deux tentatives de réforme, malgré leur échec, ont permis de constater que la règle de base selon laquelle le mariage ne doit pas avoir d'effet sur le nom des époux, combinée avec la possibilité pour les époux de choisir un nom commun, était largement approuvée par les Chambres, par le public et dans la littérature juridique. La question principale qui demeurait litigieuse cependant, en raison de son importance émotionnelle et de sa complexité, était la détermination du nom des enfants. Sans doute, une lassitude certaine a

³⁹ DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), 107 ; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, 374.

⁴⁰ Voir à ce sujet : Message du CF de 1979 (n. 7), ch. 212.1, 4^e par.) ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 102.

⁴¹ BO 2009 N 275 ss ; Commission des affaires juridiques du Conseil national, 27 août 2009, 6844.

mené au mandat restrictif donné à la CAJ-CN à l'issue du vote sur le deuxième projet de loi. Mais ce mandat soulève la question de savoir si notre Parlement pouvait raisonnablement s'attendre à en rester à la loi de 1988, à peine améliorée cosmétiquement. Il paraît intéressant, face à ces constats et interrogations, de brosser un tableau des solutions appliquées dans quelques ordres juridiques occidentaux de culture comparable à la nôtre.

IV. Droit comparé⁴²

Le droit du nom de famille suisse, resté inchangé depuis 1988 malgré les tentatives de réforme dans l'intervalle, contraste avec les solutions légales adoptées par nos pays voisins et d'autres pays comparables. Il existe différents régimes, mais presque tous ont opté pour le principe selon lequel chaque conjoint garde son nom au moment du mariage. Les aménagements possibles sont notamment le nom commun, le double nom, le changement de nom consensuel ou encore, à l'image de la France, le fait de reconnaître un droit d'usage sur le nom du conjoint.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt LOCONCI ROSE du 9 novembre 2010,⁴³ a d'ailleurs confirmé 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, 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 » (§ 47).

Contrairement au droit du nom des personnes mariées, celui des enfants présente une plus grande diversité, à l'exception du principe selon lequel tous les enfants issus de parents communs portent le même nom de famille.

⁴² Pour les références aux textes législatifs des divers pays traités, voir outre les sources électroniques indiquées les Rapports de la Commission des affaires juridiques du Conseil national cités aux n. 4 et 31.

⁴³ ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse, du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06), relatif à TF 5A.4/2005, 24.5.2005.

A) *Pays de tradition germanique : Allemagne, Autriche*⁴⁴

1) *Le nom des personnes mariées*

Les droits allemand et autrichien prévoient que les époux ont la possibilité de choisir lors de leur mariage l'un ou l'autre de leurs noms comme nom de famille commun (« Ehename ») (§§ 93 ABGB, § 1355 BGB). Il peut s'agir du nom de célibataire de l'époux concerné ou encore du nom porté par ce dernier lors d'une union précédente. La situation est ainsi identique à celle qui prévaut en droit suisse actuel, s'y ajoutant, toutefois, la possibilité pour les couples allemands de faire ce choix également postérieurement au mariage ; leur choix est alors irréversible. Dans les deux pays, le nom de famille acquis en raison du mariage est transmissible même s'il s'agit du nom de l'ex-époux. Dans ces ordres juridiques, le nom de famille est considéré comme un véritable attribut de la personnalité de chaque époux.⁴⁵ Comme on le verra ci-dessous, cette philosophie n'est pas partagée par la France et l'Espagne, en particulier.

En cas de choix d'un nom commun, le conjoint dont le nom n'a pas été choisi a le droit, tant en Autriche (§§ 93 al. 2 ABGB) qu'en Allemagne (§ 1355 al. 4 *in fine* BGB), de porter un double nom, en faisant suivre ou précéder le nom conjugal de son nom de célibataire, les deux noms étant reliés par un trait d'union.

Si les époux ne font pas de choix en matière de nom de famille, le droit allemand prévoit qu'ils conservent le nom porté au moment du mariage (§ 1355 al. 1 BGB). Le droit autrichien, en revanche, prévoit qu'à défaut de choix, le nom du mari devient automatiquement le nom de famille commun (§§ 93 al. 1 *in fine* ABGB). Dans cette hypothèse toutefois, la fiancée peut déclarer à l'officier de l'état civil qu'elle désire garder son nom de jeune fille ; les deux époux conservent alors le nom porté au moment du mariage.⁴⁶

Le droit allemand prévoit un régime particulièrement libéral pour l'époux divorcé ou veuf. Il ou elle peut soit garder son nom de famille, soit reprendre le nom porté au moment du mariage - qui peut être celui pris lors d'un

⁴⁴ Pour le Code civil allemand, cf. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>, et pour le Code civil autrichien, cf. http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html.

⁴⁵ A cet égard, il est intéressant de savoir, en vue du droit suisse nouveau, qu'en 2004, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a déclaré inconstitutionnel l'ancien § 1355 al. 2 BGB qui prévoyait que les futurs époux ne pouvaient choisir comme nom conjugal que l'un de leurs deux noms de célibataire. Selon cette juridiction, toute personne possède un droit subjectif sur son ancien nom conjugal. BVerfG, 18 février 2004, cité par LARDEUX, Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle, RRJ 2/2006, 16, 18.

⁴⁶ VEILLARD, La dévolution du nom de famille (aspects de droit comparé), Etudes suisses de droit comparé, Institut suisse de droit comparé, 2006, 3 (<http://www.isdc.ch/d2wfiles/document/4426/4018/0/ESDC%202006-1%2020.4.06.pdf>)

mariage antérieur – ou son nom de célibataire, soit encore combiner l’un de ces noms avec son nom porté pendant le dernier mariage, en déterminant librement l’ordre de ses noms (§ 1355 al. 5 BGB). Dans les cas où l’époux ne conserve pas son nom, une déclaration devant l’officier de l’état civil est nécessaire et la perte du nom abandonné est alors irréversible. Dans l’hypothèse inverse où l’époux désire continuer à porter le nom conjugal, ni son ex-conjoint (en cas de divorce), ni les héritiers de celui-ci (en cas de décès) ne peuvent le lui interdire.⁴⁷ Le droit autrichien prévoit, en substance, la même solution avec la seule différence qu’en cas de divorce, l’époux ne peut reprendre le nom d’un mariage antérieur que si une descendance est issue de cette précédente relation (§§ 93a ABGB).

2) *Le nom des enfants*

En matière de transmission du nom de famille aux *enfants*, le droit allemand et le droit autrichien présentent une solution simple pour les parents ayant choisi un nom commun : ils transmettent ce nom à leurs enfants (§ 139 al. 1 ABGB, art. 1616 BGB).

En droit allemand, les parents qui ne portent pas de nom commun choisissent l’un de leurs noms pour leur enfant, au moment de la naissance du premier enfant (§ 1617 al. 1 BGB). Si les parents investis d’un droit de garde commun ne parviennent pas à un accord, le Juge aux affaires familiales désigne qui du père ou de la mère a le droit de choisir le nom de l’enfant (§ 1617 al. 2 BGB). Si le parent désigné par le Tribunal ne se décide pas dans le délai imparti par le Juge, l’enfant prend d’office le nom de ce parent (§ 1617 al. 2 BGB). Lorsqu’un seul des parents (mariés ou non) est détenteur de l’autorité parentale, il lui incombe de choisir le nom de l’enfant (§ 1617a BGB). Cette solution a été suggérée et étudiée dans le cadre de la deuxième réforme du droit suisse du nom, mais n’a pas été retenue.

En droit autrichien, l’enfant prend le nom du père lorsque les parents mariés n’ont pas de nom commun et ne parviennent pas à se mettre d’accord sur l’un de leurs noms au moment du mariage (§§ 139 al. 3 ABGB). Contrairement à la loi allemande qui ne connaît presque pas de distinction entre enfants de parents mariés et enfants de concubins, la législation autrichienne prévoit que l’enfant non légitimé porte le nom de sa mère (§§ 165 ABGB). La légitimation par le mariage des parents ou par la reconnaissance de l’enfant par le père entraîne l’application par analogie des dispositions relatives aux parents mariés décrites ci-dessus (§§ 161b, 162a, 139 ABGB).

Comme la plupart des droits nationaux analysés dans la présente contribution, les droits allemand et autrichien prévoient que tous les enfants

⁴⁷ SCHERER (n. 3), 26.

issus du même mariage doivent porter le même nom de famille (§ 1617 al. 1 BGB, §§ 139 al. 2 ABGB).

B) Les pays de tradition romaine : France et Espagne⁴⁸

1) Le nom des époux

Les droits français (art. 264 Code civil français) et espagnol laissent subsister dans tous les cas les noms de célibataire des époux, comme le font d'ailleurs également les droits belge (art. 216 Code civil belge), néerlandais (art. 1 : 8 et 1 : 9 Code civil néerlandais) et irlandais (Civil Registration Act 2004). Ces droits sont fondés sur le *principe de l'immutabilité du nom de famille* tout en reconnaissant, en pratique et de manière plus ou moins large, un *droit d'usage* de chaque époux sur le nom du conjoint et d'autres aménagements du système de base.

En France, la loi ne contient pas de disposition sur l'effet du mariage sur le nom des époux ; les époux préservent comme noms légaux leurs noms de célibataire (nom de naissance). La loi française, contrairement à la loi suisse, ne confère donc pas un droit subjectif aux époux d'acquérir le nom du conjoint. L'usage admet toutefois que l'épouse peut choisir soit de porter le nom de son conjoint, soit d'ajouter ce dernier à son nom. Toujours sur la base de l'usage, l'époux, quant à lui, ne bénéficie que de la possibilité de faire suivre son nom de celui de l'épouse. Les noms d'usage, extra-légaux comme le nom d'alliance suisse, ne remplacent donc pas le nom légal – de célibataire –, et à juste titre, mais contrairement au nom d'alliance suisse, ne sont pas inscrits dans les registres de l'état civil.⁴⁹

En vertu de l'article 264 al. 1 du Code civil français (CCF), chaque époux retrouve, après le divorce, son nom d'avant le mariage. L'al. 2 de l'article 264 CCF prévoit toutefois que chacun des époux peut, sur autorisation du juge ou avec l'accord de son ex-conjoint, continuer à porter le nom adopté lors du

⁴⁸ Pour le Code civil espagnol, cf. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T5.htm>. Pour le Code civil français, cf. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do ;jsessionid=AE8C75AAA5FB43B244B30F05229CFEBD.tpdjo17v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111010. Pour le droit irlandais, cf. Irish legal information initiative, <http://www.ucc.ie/law/irlii/index.php>. Pour le Code civil belge, cf. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=C&ODE=CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10%23LNK0054.

⁴⁹ Sur ce sujet, de manière générale également : LARDEUX, RRJ 2/2006, 16 ss.

mariage s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.⁵⁰ En cas de remariage, cette autorisation devient caduque de plein droit.⁵¹

Le droit espagnol ressemble de très près au droit français. En effet, chaque époux garde son nom (art. 137 du Règlement de la loi sur le registre de l'état civil du 14 novembre 1958). L'épouse peut toutefois, si elle le souhaite, acquérir le nom de son mari dans le cadre notamment de ses activités commerciales ou artistiques à titre de nom d'usage, soit comme nom non légal (art. 137 du Règlement précité). Après le divorce du couple, la femme peut continuer à utiliser le nom de son ex-époux, à moins que ce dernier n'en subisse un préjudice.⁵² En cas de veuvage, elle est autorisée à continuer à porter le nom de son époux jusqu'à un éventuel remariage.

2) *Le nom des enfants*

En matière de transmission du nom de famille à l'enfant, le Code civil français, à son article 311-21 al. 1, consacre le principe du libre choix des parents, mariés ou non, en la matière.⁵³ L'enfant peut recevoir le seul nom du père, celui de la mère ou les deux noms⁵⁴ accolés dans l'ordre choisi par les parents. Le double nom de l'enfant ne peut comporter qu'un nom de famille de chacun des parents (art. 311-21 al. 1 CCF) ; les parents qui possèdent eux-mêmes un double nom de famille doivent, de ce fait, déterminer lequel de leurs deux noms sera transmis à leur descendance. Le choix du nom de l'enfant s'opère à la naissance du premier enfant et vaut également pour les enfants communs ultérieurs du couple ; il est en principe définitif (art. 311-24 CCF).

Lorsque les parents ne choisissent pas le nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père marié à la mère ou le nom de celui des parents non mariés qui a reconnu l'enfant en premier. L'enfant reconnu simultanément par ses deux parents non mariés acquiert le nom du père (art. 311-21 al. 1 *in fine*).

Le droit espagnol prévoit que les enfants possèdent un double nom de famille, composé du nom du père et du nom de la mère. Les parents transmettent le premier de leurs deux noms de famille à leurs enfants dans l'ordre choisi par les parents (art. 109 du Code civil espagnol, CCE). En l'absence d'un accord, la loi prévoit que le nom du père précédera celui de la

⁵⁰ Cet alinéa a été introduit afin de tenir compte des inconvénients que pouvait rencontrer une femme connue dans son domaine professionnel sous le nom de son ex-conjoint, cf. www-cdpf.u-strasbg.fr/nomefra.htm.

⁵¹ LARDEUX, RRJ 2/2006, 18 ; JORNOD (n. 3), 173.

⁵² DUTOIT (n. 12), 144.

⁵³ Ce principe vaut également en cas d'adoption, VEILLARD (n. 46), 3.

⁵⁴ Ce triple choix : nom du père, nom de la mère ou le double nom, a été dicté pour éviter des conflits entre époux. Comme le relève LARDEUX, RRJ 2/2006, 20, citant le législateur français, « un tel dispositif (...) évite les rapports de force, qui peuvent être résolus par le double nom ».

mère (art. 194 du Règlement précité).⁵⁵ Dans les deux hypothèses toutefois, l'enfant peut, à sa majorité, modifier l'ordre des éléments de son nom de famille à son gré et décider ainsi laquelle des deux parties il transférera à ses propres enfants. Ainsi, le droit espagnol, en vertu de la protection de la personnalité, contient un mécanisme de changement de nom aussi applicable aux majeurs et, ce, indépendamment d'un éventuel mariage.

Pour une égalité juridique et morale absolue, le Code civil espagnol stipule à son article 108 que l'ensemble des effets de la filiation s'applique également aux enfants nés hors mariage ainsi qu'aux enfants adoptés, ce qui est généralement le cas dans les autres pays également.⁵⁶ Cependant, en Espagne, il existe également la possibilité pour l'adopté de garder son nom d'avant l'adoption, précédé du nom de l'adoptant s'il s'agit d'une adoption par le conjoint du géniteur (art. 108 CCE). Comme en droit français, si la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant portera le double nom de famille de ce parent (art. 109 CCE).⁵⁷

Le système espagnol présente l'avantage que les enfants possèdent un nom qui provient tant de leur mère que de leur père, et ce, en principe dans l'ordre choisi par les parents.

C) *Deux extrêmes : Italie, Portugal*⁵⁸

L'Italie et le Portugal se trouvent aux deux extrêmes de l'échelle en termes de flexibilité des solutions légales.

1) *Le nom des époux*

Le droit italien prévoit que les époux gardent leur nom au moment du mariage. Cependant, selon l'article 143^{bis} du Code civil italien (CCI), l'épouse doit ajouter le nom de son époux au sien. Contrairement au droit français et comme en droit suisse, il ne s'agit pas d'un simple usage, mais d'un double nom officiel et juridiquement reconnu.⁵⁹ Le droit italien ne reconnaît pas de

⁵⁵ Récemment, un projet de réforme selon lequel, en cas de désaccord entre les parents au sujet de l'ordre dans lequel leur nom sera transmis aux enfants, l'officier de l'état civil inscrira l'enfant avec ses noms de famille dans l'ordre alphabétique a été accueillie de manière mitigée par le public, en raison de craintes pour la pérennité des noms de famille commençant par « R » ou « Z ». Cf. <http://www.20minutes.fr/ledirect/618065/monde-espagne-enfants-porteront-plus-forcement-nom-pere-premier->.

⁵⁶ AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognomen, Profili comparatistici*, juin 2010, 17 s. ; http://www.comparazionediritto civile.it/sezioni.asp?cod_cat=3&nome_cat=Famiglia.

⁵⁷ Rapport 208 (n. 4), 375.

⁵⁸ Pour le Code civil italien, cf. http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm. Pour le Code civil portugais, cf. <http://www.verbojuridico.com>.

⁵⁹ VEILLARD (n. 46), 3. L'art. 143^{bis} CCI repose sur l'art. 29 de la Constitution italienne qui stipule que « le mariage se fonde sur l'égalité morale et juridique des époux », mais ce postulat n'est pas vraiment réalisé en matière de nom de famille des époux.

double nom pour le mari, ce dernier conserve uniquement son nom de célibataire.

Au moment du divorce, la femme reprend le seul nom qu'elle portait au moment du mariage (art. 5 al. 2 de la Loi sur la discipline des causes de dissolution du mariage du 1^{er} décembre 1970, LDD).⁶⁰ Elle peut toutefois conserver son double nom si son ex-mari ne s'y oppose pas ou, en cas d'opposition de ce dernier, moyennant un intérêt légitime pour elle ou pour ses enfants, avec l'accord du juge du divorce (art. 5 al. 3 LDD).⁶¹ En cas de veuvage, la femme conserve son double nom qu'elle perd lors d'un remariage au profit d'un nouveau double nom. Ce dernier est composé du nom qu'elle portait au moment du mariage antérieur et du nom de son nouveau mari.

Le droit italien ne laisse ainsi aucun choix aux personnes mariées concernant leurs noms de famille. A l'opposé, le droit portugais est particulièrement libéral : au moment du mariage, chacun des époux conserve son nom et peut y ajouter un ou deux noms du conjoint dans l'ordre qu'il a choisi ; chaque personne peut porter jusqu'à quatre noms de famille (art. 72 et 1677 Code civil Portugal, CCP). Au moment du divorce, les époux peuvent garder les noms de famille de leur ex-conjoint pour autant que ce dernier ou un Tribunal ait précédemment donné son accord (art. 1677-B CCP).⁶² L'article 1677-A CCP prévoit qu'en cas de veuvage, le conjoint peut également garder les noms de son défunt époux et ce, même en cas de remariage.

2) *Le nom des enfants*

Les mêmes philosophies sous-tendent le droit du nom des enfants italien et portugais. L'article 262 CCI prévoit que l'enfant d'un couple marié prend le nom du père. Si les parents ne sont pas mariés au moment de sa naissance, l'enfant prend le nom du parent qui l'a reconnu en premier. Lorsque la reconnaissance intervient simultanément, l'enfant portera le nom de son père. Si le père le reconnaît plus tard, l'enfant majeur peut soit ajouter le nom du père à celui de la mère, soit substituer le nom du père à celui de la mère (art. 262 al. 2 CCI). Pour l'enfant mineur, la décision appartient au juge (art. 262 al. 3 CCI).

Cette très large liberté de choix accordée aux personnes mariées au Portugal se retrouve au niveau du nom des enfants (art. 1875 ss CCP). En effet, chaque enfant biologique ou adopté⁶³ de parents mariés, comme l'enfant

⁶⁰ La LDD complète les articles 143 ss CCI.

⁶¹ www.ciec1.org/GuidePratique/Pays/etatsmembres/Italie/Italie-Chap6a9-sept2006.pdf, pt. 7.1 ss.

⁶² VEILLARD (n. 46), 3.

⁶³ Le droit portugais connaît l'adoption plénière (art. 1977, 1979 CCP) et l'adoption simple dite « restreinte » (art. 1994 CCP). Dans le premier cas, le lien avec la famille d'origine est brisé et l'adoptant transmet son nom à l'adopté. Dans la deuxième hypothèse, l'adopté maintient ses liens

reconnu né hors mariage peut avoir un maximum de quatre noms de famille choisis parmi les noms de ses parents, de ses grands-parents et de ses arrière-grands-parents. L'ordre dans lequel ces noms de famille se succèdent est déterminé par les parents au moment de la naissance de l'enfant, avec la particularité que le nom du père doit toujours être placé à la fin.⁶⁴ Si les parents ne s'entendent pas sur la composition du nom de l'enfant, un tribunal décide à leur place dans l'intérêt de l'enfant (art. 1875 CCP).

D) *Les pays anglo-saxons : Angleterre, Canada, États-Unis*

Pour compléter le panorama, mentionnons les droits anglais, américain et canadien qui se caractérisent par la très large liberté de choix en matière de nom de famille. Il n'est pas possible, en raison de la variété des ordres juridiques concernés et des solutions possibles, de donner plus qu'un éclairage au sujet des problématiques principales traitées dans notre étude. La liberté de choix évoquée concerne le nom des personnes mariées et le nom que peuvent choisir les parents pour leurs enfants. Dans ces pays, les *époux* peuvent en principe librement conserver le nom qu'ils portaient avant le mariage,⁶⁵ ou combiner ce nom avec le nom du conjoint, généralement dans l'ordre choisi, ou encore prendre le nom d'un époux comme nom de famille. Les *enfants* portent le nom choisi par leurs parents. Si rien n'a été décidé, en Angleterre par exemple, l'enfant de parents mariés porte généralement le nom de famille du père.⁶⁶

De surcroît, les droits anglais et américain reconnaissent une très large liberté à chaque personne majeure de modifier son nom de famille, indépendamment d'une modification de l'état civil et ce, pour autant que cela ne provoque aucun dommage aux tiers.⁶⁷ Cette possibilité témoigne de l'importance accordée, dans ces ordres juridiques, à l'individualité des personnes et aux incidences du nom sur la personnalité de chacun. Des considérations portant sur un éventuel intérêt public à régler le droit du nom de manière plus restrictive sont largement reléguées à un rang inférieur.

avec sa famille d'origine ; le juge peut alors faire suivre le nom de famille de l'adoptant au nom de naissance de l'adopté (art. 1995 CCP).

⁶⁴ VEILLARD (n. 46), 4.

⁶⁵ Pour le Canada : cf. DUTOIT (n. 3), 44 ; pour les USA : cf. loi de chaque état dans DUTOIT (n. 3) ; MEAD, *Change of name*, 15^e éd., London 1995, 60. Le droit anglais ne contient pas de dispositions formelles de fond ; le droit du nom repose sur la *common law* non écrite ; cf. THURNHEER, *Die Namensänderung in England und der Schweiz*, Jusletter 6 février 2012, II.3 et II.6, IV.

⁶⁶ MEAD (n. 65), 60. Cf. également <http://www.legislation.gov.uk/>.

⁶⁷ THURNHEER, Jusletter 6 février 2012, VI et IX.1 ; AUTORINO STANZIONE, *Profili comparatistici*, juin 2010, 19.

E) *Conclusion*

Ce tour d'horizon du droit du nom de quelques pays du monde occidental permet de constater que les solutions prévues, tout en étant très diverses, montrent clairement la tendance générale - sauf en droit italien - à un large choix du nom pour les personnes mariées et pour les enfants. Ainsi, l'égalité des sexes est souvent réalisée de par la loi ou découle du choix à la disposition des époux et des parents. Pour atteindre ce but en Suisse aussi, une réforme du droit du nom était nécessaire et ce dès l'entrée en vigueur du droit du mariage de 1988 et plus encore par la suite. Une évolution aurait pu aussi émaner ou du moins être amorcée par le Tribunal fédéral. A plusieurs reprises cependant, celui-ci s'est refusé d'entamer le processus, tout en soulignant l'incompatibilité du droit en vigueur avec la Constitution et le droit conventionnel international.⁶⁸ La tâche revenait donc au législateur qui s'en est acquitté en automne 2011.

V. **La nouvelle loi en matière de nom de famille du 30 septembre 2011**

A) *2009-2011 : le passage à vide et la naissance de la loi nouvelle*

A la suite du renvoi par le Conseil national du deuxième projet de réforme du droit du nom en 2009 (cf. *supra* III.), la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) a, dans la même année encore, soumis un nouveau projet de loi au Parlement. Comme nous le disions ci-dessus, le mandat restrictif du Parlement ne pouvait aboutir qu'à une modification cosmétique du droit actuel, soit rétablir la hiérarchie des normes ; elle n'aurait pas changé la situation quant au fond.⁶⁹

Il semblait, à ce moment-là, qu'en dépit de la pratique dans la population suisse, des nombreuses voix critiques du droit restrictif actuel et du droit en préparation et de la tendance internationale générale en matière de nom,⁷⁰ le

⁶⁸ ACourEDH BURGHARTZ c. Suisse du 22 février 1994 (Requête n° 16213/90) ; ACourEDH ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96) ; ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06).

⁶⁹ Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité, du 27 août 2009, FF 2009 6843, 6847.

⁷⁰ La tendance internationale est de permettre aux personnes mariées de garder leurs noms d'avant le mariage, tout en offrant un choix en la matière, comme nous le démontrons dans le chapitre IV. ; voir également RIETIKER, Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahre 2010, PJA 2011, 549 ss, 565, et BUCHER, PJA 2011, 845. Les sept conseillers fédéraux en fonction en automne 2011, dont plusieurs portaient des noms d'alliance (E. Widmer-Schlumpf, M. Calmy-Rey, J. N. Schneider-Ammann), voire un nom

Parlement suisse n'était pas prêt à rompre avec la *tradition de l'unité du nom de famille*. De ce fait, la législation ne pouvait évoluer dans la direction tracée par la Constitution et le droit international.

Peu après le retour du projet de loi en commission, au printemps 2010, le Tribunal fédéral, dans un arrêt de principe concernant un couple sri-lankais, appliquait le droit du nom en vigueur, mais soulignait la nécessité d'élaborer le droit futur conformément au droit international.⁷¹ Dans cet arrêt, la Cour constate expressément que le projet mis en œuvre ne réglerait pas le problème de l'inégalité de l'homme et de la femme sur l'ensemble du droit du nom, rendant le projet du même coup obsolète. Pour être compatible avec la CEDH sur ce point, la loi ne devait obliger aucun des époux à porter le nom du conjoint, ne fût-ce qu'à travers le double nom.

Encore en 2010, une décision de la Cour européenne, qui s'inscrit dans le prolongement des arrêts BURGHARTZ-SCHNYDER et ÜNAL TEKELI, condamnait une nouvelle fois la Suisse pour discrimination fondée sur le sexe en matière de droit du nom. Un ressortissant hongrois, M. LONCONI ROSE et son épouse suisse, Mme ROSE, n'avaient pas obtenu des autorités administratives et judiciaires suisses l'autorisation de continuer chacun à porter leurs seuls noms, comme ils auraient pu le faire en droit hongrois.⁷² La Cour européenne, dans son analyse, estimait que les décisions suisses, appliquant l'article 160 CC, étaient contraires à la Convention (§ 49) et que « *le régime en vigueur en Suisse engendre une discrimination entre les couples binationaux, selon que c'est l'homme ou la femme qui possède la nationalité suisse* » (§ 53). Dans sa décision, le Tribunal fédéral avait reconnu que la législation relative au droit du nom, prise dans son ensemble, est contraire au principe d'égalité des sexes concrétisé par l'article 8 de la Constitution, mais argumentait, comme il l'avait fait déjà dans l'affaire BURGHARTZ-SCHNYDER, « *qu'il ne pouvait pas introduire des modifications du droit du nom qui avaient été refusées par le législateur* » (§ 14). Sans surprise, les juges de la Cour rétorquaient que « *cela ne change rien en la responsabilité internationale de la Suisse au titre de la Convention* » (§ 50). Ils saisirent également l'occasion de souligner que les législations des pays qui entourent la Suisse se dirigeaient toutes vers « *la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de*

non légal (D. Leuthard, mariée, apparemment sans avoir adopté un double nom légal, mais utilisant officiellement son seul nom de célibataire), illustrent de manière flagrante le décalage entre la loi formelle et les pratiques des sujets du droit en matière de nom de famille. Les annonces de décès constituent un autre exemple du fait que le nom est, en Suisse aussi, modifié selon les désirs de son titulaire ou de sa famille, parfois en contradiction totale avec la loi (citons comme exemple une annonce du décès d'une femme mariée, indiquant le double nom légal de la défunte, signée du mari avec un double nom également, sans trait d'union, mais inversant les deux composantes).

⁷¹ TF 5A_712/2009, 25.1.2010.

⁷² ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06). Cet arrêt soulevait, en outre, la question de l'égalité de traitement des couples étrangers avec les couples dont l'un ou les deux époux sont suisses, voire avec les couples de partenaires enregistrés. Cf. également : ACourEDH BURGHARTZ c. Suisse du 22 février 1994 (Requête n° 16213/90) ; ACourEDH ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96). Cf. à ce sujet, BUCHER, (n. 27).

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 » (§ 47).

Sensible aux problèmes sociétaux et juridiques à résoudre par la future loi, la CAJ-CE a refusé en mai 2011 un avant-projet minimal, qui avait été accepté initialement par la CAJ-CN. Elle a empoigné une nouvelle fois, dès le 22 avril 2010, ce dossier avec, pour mission, de trouver des solutions permettant un droit égal des conjoints à conserver leur nom après le mariage et à le transmettre à leurs enfants, au détriment, si besoin, du principe de l'unité du nom de famille. Un *projet de loi*, basé sur ces postulats – identiques à ceux à la base du projet de 2009 – a été soumis et finalement accepté à l'unanimité par le Conseil des États le 7 juin 2011,⁷³ et par le Conseil national, par 97 voix contre 65, en date du 30 septembre 2011.⁷⁴

Le texte adopté réforme le *droit du nom* des époux et des enfants (art. 30a, 119, 160, 270, 270a, 270b), *l'article 30 al. 1*, le *droit de cité* (art. 161, 267a, 271 ; art. 4 al. 2 à 4 de la Loi sur la nationalité, LN), ainsi que le *droit du nom des partenaires enregistrés* (art. 12a et 30a LPart) ; il contient en outre des dispositions transitoires concernant le droit du nom (8a, 13d T.fin.CC ; art. 37a LPart). A la surprise de tous, les débats précédant ce vote ont été extrêmement brefs et, contrairement aux débats concernant les deux projets antérieurs, dépourvus d'éclats émotionnels.⁷⁵

La nouvelle loi sur le nom de famille⁷⁶ modifie considérablement les articles topiques du Code civil. Elle se base sur la *libre volonté des personnes mariées* et privilégie ainsi *l'égalité des sexes* au détriment du principe de l'unité de la famille. Elle établit *l'égalité des couples mariés et des partenaires enregistrés* en matière du nom. *L'égalité des parents mariés et non mariés* par rapport au choix du nom de leurs enfants est largement réalisée également. Néanmoins, tous les problèmes posés par la loi actuelle n'ont pas trouvé de solution et de nouveaux problèmes se posent.

⁷³ BO CE du 7 juin 2011 ; http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4819/355543/f_s_4819_355543_355717.htm.

⁷⁴ BO 2011 N 1756. Cf. également Rapport 2009 (n. 69).

⁷⁵ Pour les débats passionnés en 2009 au Conseil national, cf. BO 2009 N 278. Il est intéressant de constater que nos affirmations sur les tendances dans la société et les critiques que soulève, à notre avis le nCC, ont toutes été évoquées lors de ces débats.

⁷⁶ Assemblée fédérale de la Confédération suisse, Code civil (Nom et droit de cité), modification du 30 septembre 2011, FF 2011 6811 ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 ; <http://www.admin.ch/ch/ff/ff/2011/6811.pdf>.

B) *Examen de la nouvelle loi*

1) *Le choix du nom des époux au mariage*

L'article 160 nCC stipule ceci :

- *al. 1 Chacun des époux conserve son nom.*
- *al. 2 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 de l'un ou de l'autre.*

La nouvelle loi intègre, comme il était attendu (cf. ci-dessus III.), le droit des personnes mariées de *conserver leur nom acquis à la naissance* pendant toute leur vie et consacre ainsi le *principe de l'immutabilité du nom* pour tous. L'abolition du principe de l'unité du nom de famille ne devrait pas poser de problèmes, comme nous le déduisons, aux chapitres II. et III., de l'évolution des conceptions dans la société, ce d'autant moins que les couples attachés à un nom de famille commun ont toujours ce choix (art. 160 al. 2 nCC). Pour les personnes qui le désirent, leur nom de célibataire sera donc mis « hors service » pour la durée de leur mariage.

D'apparence simple,⁷⁷ les deux premiers alinéas de l'article 160 nCC suscitent néanmoins des inquiétudes quant à leur adéquation.

La simplicité de la nouvelle loi, pêche-t-elle par l'excès ? Le choix du *nom commun* n'est offert que parmi deux possibilités bien définies : le nom de célibataire de l'épouse ou du mari, sans permettre le maintien d'un nom acquis lors d'un mariage antérieur.⁷⁸ Tenant aussi compte du fait que ce nom ne pourra plus non plus être transmis aux enfants (cf. *infra* 2 et 3), force est de constater que la nouvelle loi a créé une nouvelle catégorie de noms qui ne tardera pas à être ressentie comme étant de 2e classe par rapport au nom acquis par filiation.

La *non transmissibilité du nom acquis légalement lors d'un mariage* pose en outre la question cruciale, à notre avis, de la violation du droit du détenteur à son nom consacré par l'article 28. Le nom de famille, notamment, mais pas seulement, quand il a été porté pendant de nombreuses années, constitue un élément de la personnalité de son détenteur. Il détermine l'identité intérieure et extérieure de ce dernier, ses relations avec son entourage familial et

⁷⁷ La simplicité de la loi a été l'un des postulats aussi pour la deuxième tentative de réforme ; cf. Rapport 2008 (n. 4), ch. 3.2, al. 1, 5.1.4. Les mêmes solutions sont prévues pour les couples de partenaires enregistrés, cf. art. 12a nLPart.

⁷⁸ Cette possibilité était préconisée par la minorité de la commission ; cf. Rapport 2008 (n. 4), 378 ad Art. 160.

professionnel.⁷⁹ Sous le droit actuel, ce nom peut rester acquis à son détenteur, contrairement au droit futur. La loi nouvelle prévoit ainsi une atteinte à la personnalité des personnes mariées dont on a de la peine à saisir la justification. L'importance du nom pour la personnalité des personnes mariées, comme pour celles non mariées, a été soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt LOSONCI ; ni les exigences du droit interne, ni celles de la CEDH paraissent satisfaites par le seul choix pour les personnes mariées de transmettre le nom de célibataire de l'un d'eux.⁸⁰

Les problèmes évoqués se posent naturellement aussi pour les personnes divorcées, les veuves et les veufs (*infra* 2) et s'étendent aussi aux relations entre parents et enfants (*infra* 3 et 4).

La possibilité de porter un *double nom légal*, selon le modèle des actuels articles 160 al. 2 CC et 12 al. 1 OEC, n'existera plus. Le législateur a opté pour une solution primaire où les individus n'auront, à l'avenir, qu'un seul nom de famille. Cette solution est toutefois contraire à la pratique des couples, répandue et actuelle, de porter des doubles noms.⁸¹ Comme préconisé par de nombreuses voix dans le public et parmi les juristes, il y aurait eu plutôt lieu de maintenir le double nom légal exempt de contraintes formelles.⁸² En supprimant le double nom, le législateur met un trait définitif sur une pratique répandue et acceptée, renvoyant les personnes qui désirent manifester leur état civil à une construction extra-légale, le *nom d'alliance*. Le fait que le nom d'alliance ait obtenu un statut particulier, par son inscription sur la majorité des documents officiels, rend la solution légale encore plus paradoxale, voire absurde : l'on a banni dans l'espace extra-légal une pratique qui, vu la réalité sociale, ne s'arrêtera pas à l'entrée en vigueur du droit nouveau et qui, de par sa reconnaissance en droit, continuera à occuper officiels et théoriciens du droit. On aura donc chassé par la grande porte ce qui nous revient, par la petite porte et ce depuis des années, *sur invitation du législateur* ! Il aurait été préférable, à notre sens, de prévoir le libre choix d'un double nom *dans la loi*.⁸³

Les restrictions du choix du nom pour les personnes mariées dans la nouvelle loi s'inscrivent à contre-courant de la tendance dans la société suisse, comme d'ailleurs dans la plupart des pays comparables. Elles posent la

⁷⁹ DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), N 74. Dans ce sens également, BUCHER, PJA 2011, 845, en particulier 847 ss.

⁸⁰ Cf. ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06). Dans notre sens également, RIETIKER, PJA 2011, 549, 564 s.

⁸¹ Un petit exemple permet d'illustrer la situation : Selon l'Office fédéral de la statistique, en 2009, env. 20 % des femmes et 4 % des hommes avaient adopté le double nom légal lors de leur mariage ; cf. Neue Zürcher Zeitung, 12.6.2011, 13. Il s'y ajoute les – nombreuses – personnes mariées qui portent un nom d'alliance. L'on peut en déduire un pourcentage aux alentours des 50 % pour les personnes mariées qui désirent rendre visible leur état civil.

⁸² DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), 107.

⁸³ Dans ce sens également, l'initiatrice de la deuxième tentative de réforme, la Conseillère nationale LEUTENEGGER OBERHOLZER, cf. BO 2004 N 1729.

question de leur justification qui ne peut, à notre avis et contrairement à celui de la CAJ-CN, se trouver dans le seul fait que dorénavant les époux ne seront plus obligés de porter un nom commun.⁸⁴

2) *Le nom des époux en cas de dissolution du mariage*

La loi votée est innovatrice, en ce sens qu'elle permet aux veuves et veufs, à l'instar des divorcés, de revenir à leur nom de célibataire. L'égalité de traitement entre les personnes divorcées et les veufs et veuves, absente dans le droit actuel et contraire aux articles 8 al. 2 et 13 al. 1 Cst., de même qu'aux articles 8 et 14 CEDH, est établie par les articles 119 et 30a nCC qui prévoient :

Article 119 :

L'époux qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage conserve ce nom après le divorce ; il peut toutefois déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire.

Article 30a :

En cas de décès d'un des époux, le conjoint qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage peut déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire.

Là encore, le nouveau droit ne permet pas à celui qui entend abandonner son nom du mariage dissout de reprendre un autre nom que son *nom de célibataire*. Ce choix législatif est aussi regrettable que celui exprimé par l'article 160 al. 1 et 2 nCC. Le souhait de personnes dans de telles situations de vie de revenir au nom porté lors d'un mariage antérieur peut être parfaitement légitime, notamment en cas de présence d'enfants issus de ce dernier. Plus de souplesse, en permettant aux époux divorcés et veufs de reprendre soit leur nom de célibataire, soit un nom acquis lors d'unions précédentes, aurait été bienvenue.

Le choix du législateur d'intégrer dans les dispositions sur le changement de nom l'option des veuves et veufs surprend ; sa justification de la *systématique de la loi nouvelle*, à savoir que « le CC ne contient pas de chapitre spécifique relatif à la situation de personnes veuves », ne convainc guère.⁸⁵ En effet, la déclaration que pourra faire le veuf ou la veuve en application de l'article 30a nCC n'a pas de lien logique avec la procédure formelle de changement de nom de l'article 30 CC. Elle s'apparente, par contre, à celle des époux en début de mariage (art. 160 al. 2 nCC) et celle des époux divorcés

⁸⁴ Cf. Rapport 2008 (n. 4), 379, ch. 5.2.1 ad Art. 160, 6^e alinéa. Les rapports ultérieurs ne mentionnent plus le double nom des époux, qui fut toutefois encore proposé par la CAJ-CN en 2009, mais éliminé du projet de loi par le Conseil des Etats le 7 juin 2011 ; cf. récapitulatif du projet joint à l'ordre du jour de la session d'été du CN, e-par 7.6.2011.

⁸⁵ Cf. Rapport 2008 (n. 4), 377, pt. 5.2.1 ; la proposition était maintenue telle quelle dans la suite du parcours parlementaire.

(art. 119 nCC). Par ailleurs, vu son lien logique évident avec le droit du mariage et le droit des successions, le choix des veuves et veufs devrait être inséré dans l'une ou l'autre de ces parties du Code civil.

3) *Le nom des enfants de parents mariés*

Reflétant le nouvel article 160, les articles 270 et 160 al. 3 nCC prévoient nouvellement le choix du nom des enfants par les parents mariés qui ne portent pas le même nom. Ces dispositions reprennent, en revanche, la solution du droit actuel pour les enfants de parents mariés qui portent un nom de famille commun et qui, de manière logique, transmettent ce dernier à leurs enfants.

Article 270 :

al. 1 L'enfant de conjoints qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage.

al. 2 Les parents peuvent toutefois demander conjointement, dans l'année suivant la naissance du premier enfant, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint.

al. 3 L'enfant de conjoints qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom.

Article 160 al. 3 :

Les fiancés qui conservent leur nom choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. L'officier de l'état civil peut les libérer de cette obligation dans des cas dûment motivés.

Plusieurs remarques s'imposent à l'égard des nouveautés législatives concernant le nom de l'enfant :

Le choix accordé aux parents qui portent des noms différents de décider du nom de leurs enfants est à saluer sans réserve. Même sans l'obligation d'opérer ce choix au moment du mariage, l'écrasante majorité des parents devrait vouloir et pouvoir décider cette question.

En revanche, l'impossibilité découlant de l'article 270 al. 1 et 2 nCC pour les parents de transmettre le *nom acquis lors du mariage antérieur* (art. 160 al. 3, première phrase, nCC) doit être accueillie avec des réserves sérieuses tenant à la protection de la personnalité garantie par l'article 28 (cf. *supra* 1). L'identité du parent et de l'enfant, comme leurs liens avec l'entourage familial se trouvent touchés par cette restriction légale sans justification valable. Le même raisonnement s'applique bien entendu à la même restriction prévue à l'égard de parents non mariés (art. 270a nCC ; *infra* 4).

L'article 160 al. 3 nCC qui impose le *choix* du nom de l'enfant *au moment du mariage* suscite, en outre, des réserves quant à la restriction du droit au

mariage qui en résulte et dont la compatibilité avec les articles 14 Cst. et 12 CEDH n'est pas établie. Le doute reste permis malgré les deux échappatoires prévues dans la loi, soit le droit des époux de modifier leur choix au cours de l'année de la naissance ou de l'adoption de leur premier enfant (art. 270 al. 2 nCC), d'une part et de l'autre, la possibilité de demander un changement de nom judiciaire à des conditions allégées par rapport au droit actuel (art. 30 al. 1 nCC).⁸⁶

Par ailleurs, du point de vue de la société, se pose la question de savoir si le moment du mariage est le *meilleur moment pour le choix* du nom des enfants, face au constat que ce n'est peut-être qu'au moment où l'enfant s'annonce réellement, éventuellement des années après le mariage, que les parents sont sensibles aux enjeux de leur choix. Le droit de modifier le nom choisi au mariage dans l'année de la naissance du premier enfant, n'est qu'un remède partiel – et peu commode – au choix initial : il exige l'accord des deux époux et il implique des formalités à un moment dans la vie du couple où celles-ci sont les moins bienvenues. Lesdites formalités s'ajouteront d'ailleurs à la surcharge des autorités.

L'article 160 al. 3 nCC pose, hélas, aussi des problèmes juridiques importants au niveau de son *application*, spécialement celui de l'étendue du pouvoir de l'officier de l'état civil pour accorder des dispenses au choix des époux au moment de leur mariage. Les tribunaux devront donc déterminer avec justesse ce qu'il faut entendre par « *cas dûment motivé* ». Quels seront les critères à prendre en compte par le juge (l'absence d'envie de se décider des fiancés, des problèmes avec leurs familles, leur situation de vie, la décision du couple de ne pas avoir d'enfants, les attestations ou autres preuves à apporter, etc. ?) et comment l'égalité de traitement des couples à travers la Suisse sera-t-elle garantie ? Il faut craindre par ailleurs un nombre important de requêtes en changement de nom par des parents qui ne se satisfont pas de leur situation, ce qui occasionnera un travail administratif considérable. Les dispenses données ou refusées, quant à elles, suscitent de nouvelles questions à élucider : quelles voies de droit existeront contre le refus d'une dispense ? Quelle sera la situation en l'absence d'un choix préalable du nom de l'enfant, en raison d'une dispense au moment du mariage des parents ou de la célébration de leur mariage avant 2013 ou à l'étranger p.ex., lorsque l'enfant, naturel ou adopté, arrive dans la famille par la suite ?

L'absence d'une *solution par défaut* pour le cas où les parents qui, sans avoir fait un choix préalable du nom de leur premier enfant, ne s'entendent pas sur cette question au moment de la naissance ou l'adoption de ce dernier est problématique par rapport aux droits de l'enfant. Ce constat ne peut être

⁸⁶ Cf. aussi *supra* 1) et conclusion.

ignoré malgré la probabilité qu'il devrait s'agir de peu de cas.⁸⁷ Le nouveau-né se retrouvera inéluctablement sans nom jusqu'à ce que les parents aient finalement trouvé un accord ou que l'autorité intervienne (par des mesures protectrices de l'enfant ?), ce qui est contraire à l'article 7 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui prévoit le droit de l'enfant à un nom et à l'enregistrement de ce nom dès sa naissance, ce que les Etats-Parties se sont engagés à mettre en œuvre selon l'al. 2.⁸⁸

Le législateur a écarté une solution par défaut dans le but de respecter l'égalité entre les hommes et les femmes, mais n'a pas pu, en ce faisant, éliminer les problèmes évoqués. Comme solutions par défaut s'offraient notamment le nom de la mère – à l'instar de la solution adoptée pour les enfants de parents non mariés et établissant ainsi l'égalité de traitement entre enfants de parents mariés et ceux de parents non mariés – ou celui du père, ou encore des solutions moins traditionnelles, comme le tirage au sort ou celle du droit allemand qui prévoit qu'un juge désigne qui du père ou de la mère, lorsque les parents ont un droit de garde commun, a le droit de choisir le nom de l'enfant (§ 1616 al. 3 BGB). Si le parent désigné ne parvient pas à se décider dans le délai imparti par le juge, l'enfant prendra le nom du parent à qui le choix a été délégué (§ 1617 BGB). Enfin, une autre solution plus libérale, respectueuse du principe d'égalité des sexes, aurait été d'autoriser le double nom de l'enfant, choisi par les parents ou donné par défaut, composé du nom de la mère et du père, comme cela se pratique en l'Espagne et au Portugal.

4) *Le nom des enfants de parents non mariés*

Le législateur a souhaité mettre sur un pied d'égalité les enfants de couples mariés et les enfants de concubins, ce qui se concrétise aux articles 270a et 270b nCC comme suit :

Article 270a

al. 1 L'enfant dont la mère n'est pas mariée avec le père acquiert le nom de célibataire de la mère.

al. 2 Lorsque l'autorité tutélaire attribue l'autorité parentale conjointement aux deux parents, ces derniers peuvent, dans le délai d'une année, déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant portera le nom de célibataire du père.

al. 3 Le père peut faire la même déclaration s'il est le seul détenteur de l'autorité parentale.

⁸⁷ Ne peuvent en principe se trouver dans cette situation que les couples mariés à l'entrée en vigueur du droit nouveau et, pour les couples mariés après le 1^{er} janvier 2013, ceux dispensés du choix de l'art.160 al. 3, ainsi que ceux qui se sont mariés à l'étranger sans être soumis à l'exigence dudit choix. Ce problème a été évoqué dans le Rapport 2008 (n. 4), 380, mais seulement pour justifier la dispense.

⁸⁸ CNUDE, RS 0.107.

Article 270b :

Si l'enfant a douze ans révolus, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement.

La loi présente, sur ce sujet, des solutions équilibrées qui paraissent justifiées. Les enfants de parents non mariés porteront, en principe, le *nom de leur mère*. Cependant, à l'instar des enfants de parents mariés, ils peuvent porter le *nom du père* si telle est la volonté des deux parents détenteurs en commun de l'autorité parentale ou celle du père, seul détenteur de l'autorité parentale. La solution par défaut, soit le nom de la mère, s'impose de toute manière lorsque le père est inconnu. Elle nous paraît satisfaisante aussi dans les situations où seule la mère est investie de l'autorité parentale, puisque le lien juridique entre l'enfant et la mère découle de la naissance et est plus fort que celui de l'enfant avec son père nécessitant une reconnaissance ou une procédure judiciaire. Laisser le *choix aux parents* en bonne entente, comme c'est le cas des parents mariés, va dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

L'article 270b nCC introduit une nouvelle norme justifiée par *les droits de la personnalité de l'enfant* qui ne doit plus se voir imposer un changement de nom au-delà de l'âge de 12 ans. En effet, la personnalité de l'enfant est, à ce stade, largement établie et l'enfant s'identifie avec son nom. Le respect de la personnalité de l'enfant, par le biais de la protection de son nom, est dicté par l'intérêt de l'enfant, critère principal dans tout débat autour de décisions à l'égard d'enfants. On peut s'étonner, dans ce débat, que la personnalité de l'enfant et sa relation avec son nom aient, à juste titre, été prises en compte par le législateur, mais pas la personnalité des personnes mariées, notamment celle de nombreuses femmes, qui ont changé de nom au moment du mariage et les effets du nouveau nom sur l'identité de ces personnes.

5) Article 30 al. 1 nCC

Pour tempérer les rigueurs du droit nouveau, le législateur a atténué celles de l'article 30 al. 1 actuel, en adoptant le texte suivant, proposé par le Conseil des Etats⁸⁹ :

Le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe des motifs légitimes, autoriser une personne à changer de nom.

Cet article devrait apporter également plus de souplesse en droit du nom en général, ce qui paraît particulièrement souhaitable étant donné les contraintes de la nouvelle loi. Des questions se posent toutefois, comme toujours à l'adoption d'une nouvelle norme, sur l'interprétation et la portée de l'article 30 al. 1 nCC.

⁸⁹ Cf. récapitulatif du projet joint à l'ordre du jour de la session d'été du CN, e-par 7.6.2011.

Quelle sera l'interprétation donnée aux *motifs légitimes* qui se situent entre les justes motifs – sévères – de l'actuel article 30 al. 1 et les intérêts légitimes – très permissifs, si l'on suit la doctrine – de l'article 30 al. 2 ? Des justifications d'ordre purement subjectif suffiront-elles à autoriser un changement de nom ? Pourra-t-on unifier le nom des membres d'une famille recomposée grâce à ce moyen ? Trouvera-t-on en l'article 30 al. 1 nCC le remède aux rigueurs de la future loi, notamment en permettant aux parents de transmettre leurs noms d'un mariage antérieur et non leurs noms de célibataire à leurs enfants ? Le Tribunal fédéral, dans sa décision du 12 décembre 2011, semble aller dans ce sens.⁹⁰ Les attentes des intéressés seront importantes comme le sera également la mission des juges qui devront concrétiser cette disposition par l'élaboration de critères. Reste à voir si l'article 30 al. 1 nCC amorcera une tendance vers une large liberté en matière de changement de nom à l'image des pays de droit anglo-saxon.

Pendant, même si la nouvelle norme sera interprétée de manière large, elle présentera toujours le problème d'exiger, à l'instar du droit actuel, une *action judiciaire*, soit une procédure en règle générale longue et onéreuse. Les violations du droit du nom des intéressés pourront être réparées de cette manière ; elles auraient pu être largement évitées par une législation plus souple.

C) *L'interprétation évolutive du nom de célibataire ?*

Selon des rapports récents dans la presse, il existerait au niveau fédéral un projet visant à réduire les mentions d'état civil à celles de *célibataire, marié/e et partenaire enregistré/e*, par élimination des états civils de divorcé/e et de veuf/veuve. La motivation d'une telle mesure sera de toute évidence la simplification administrative, mais la terminologie nouvelle ne manquera pas d'influencer l'application du Code civil par les habitudes qu'elle fera prendre aux officiers de l'état civil et par le signal donné à la population en général.

Les *célibataires au sens de l'état civil* seraient alors toutes les personnes non mariées et non partenarisées, soit celles qui ne l'ont jamais été et celles ne le sont plus en raison d'un divorce ou d'un décès, ou encore d'une annulation du mariage. Par voie de conséquence, leur *nom de célibataire* pourra être non seulement le nom de naissance – incluant les noms des enfants qui ont changé de nom de naissance par l'application de l'article 259 al.1 en cas de reconnaissance et de l'article 267 al. 1 dans les cas d'enfants adoptés –, mais aussi le nom obtenu à la suite d'une procédure de changement de nom au sens de l'article 30 al. 1 (CC ou nCC) et le nom acquis lors d'un mariage antérieur dissous !

⁹⁰ TF 5A_695/2011, c. 5.

Certes, les rapports et messages accompagnant les projets de modification du Code civil depuis 1994 identifient clairement le nom de célibataire comme étant celui acquis à la naissance (ou à l'adoption), excluant expressément le nom acquis lors d'un mariage.⁹¹ Une évolution de la notion du nom de célibataire n'est cependant pas à exclure, et serait, de l'avis des auteures du présent article, souhaitable. Elle permettrait d'éliminer de manière délicate un nombre non négligeable de problèmes posés par la nouvelle loi.

VI. Conclusion : quelles perspectives pour la nouvelle législation ?

La présente étude a permis d'établir que la révision du Code civil relative au droit du nom est, à certains égards, et non des moindres, une avancée par rapport au droit actuel. Même si la nouvelle loi n'est pas réellement révolutionnaire, les choix proposés apporteront des solutions satisfaisantes pour de nombreux couples, en cas de mariage ou d'enregistrement de leur partenariat, pour leurs enfants nés dans ou hors du mariage, comme pour les personnes divorcées ou veuves.

Après de longues années de travail et d'hésitations, la Suisse a finalement suivi la tendance générale qui est de reconnaître un droit à chaque conjoint de garder son nom ou, au moins, de participer sur un pied d'égalité au choix du nom commun du couple et de la famille. La presse en a amplement fait écho, mais a négligé de le faire pour les aspects problématiques de la loi nouvelle.

En effet, les nouvelles règles resteront probablement en deçà des attentes pour beaucoup. Elles contiennent de trop nombreuses règles inutilement restrictives, plus que dans le droit en vigueur et plus que ce qui était prévu dans les deux projets de loi rejetés. A certains égards, la loi nouvelle paraît déconnectée de la réalité sociale, comme le prouve l'élimination du double nom légal.

Des problèmes sérieux, pourtant évidents, ne sont pas résolus par le Code civil 2011. Le nom de ses futurs enfants devra être choisi par le couple au moment du mariage déjà. Cette règle est discutable quant à sa compatibilité avec le droit national supérieur et les conventions internationales. Elle créera des inégalités de traitement avec des couples ayant célébré leur mariage à l'étranger et causera inévitablement des complications au regard de la dispense que l'officier de l'état civil pourra accorder. Pire encore, elle laisse néanmoins subsister une lacune dans la loi à l'égard des situations où le choix du nom de l'enfant n'a pas été opéré avant l'arrivée de ce dernier dans la famille et où les parents ne peuvent ou ne veulent procéder au choix du nom

⁹¹ Cf. en particulier Rapport 2008 (nbp 4), ch. 5.1.2 et 3 ; Rapport 2009 (n. 69).

de l'enfant. Par ailleurs, le nom acquis lors d'un mariage précédent ne pourra plus être transmis lors d'un mariage ultérieur, ni même aux enfants. Le nom acquis par le mariage et souvent porté pendant de nombreuses années relève de l'essence même de la personnalité de son détenteur. Comme le nom de naissance, il permet à son détenteur de s'identifier dans sa propre personnalité et dans ses relations avec les tiers. Nier le droit d'utiliser ce nom comme le nom de naissance revient à violer l'article 28 CC et le droit à la vie privée de l'article 8 CEDH.

Les nombreuses restrictions et complications de la nouvelle loi sont difficilement compréhensibles et défendables dans le contexte social actuel en Suisse, comparable à celui des pays qui nous entourent et qui se sont presque tous dotés de législations plus libérales en la matière. Cela surprend après une si longue période de maturation du texte finalement voté et est fort regrettable. La réflexion aurait dû, nous semble-t-il, inciter le législateur à plus de souplesse et à une plus grande liberté de choix. Telle quelle, la loi qui entrera en vigueur dans quelques mois, avec les insécurités quant à sa compatibilité avec notre propre ordre juridique et avec la CEDH, nous exposera à des actions devant nos tribunaux et devant la Cour de Strasbourg. Une éventuelle interprétation souple du terme *nom de célibataire*, mais peut-être contraire aux intentions du législateur de 2011, serait-elle la voie douce vers la résolution d'une partie des problèmes inhérents au nouveau droit du nom ?