

N^{os} 4843¹
3873¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

relatif au nom patronymique des enfants

PROPOSITION DE LOI

instaurant le libre choix du nom patronymique des enfants

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(25.11.2003)

Par dépêche en date du 16 août 2001, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

Le Conseil d'Etat s'est par ailleurs vu soumettre pour avis le 17 mars 1994 la proposition de loi sous rubrique, déposée à la Chambre des députés par la députée Lydie Err lors de la séance du 20 janvier 1994. Même si la proposition de loi n'a fait l'objet ni d'une prise de position expresse du ministre de la Justice, telle que celle-ci avait été annoncée dans la lettre de saisine du Conseil d'Etat, ni d'une prise de position implicite dans le cadre du projet de loi sous avis, le Conseil d'Etat se propose d'examiner ensemble les deux textes qui se proposent de régler la transmission du nom patronymique aux enfants dans un souci d'égalité entre les parents.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le nom est l'appellation par laquelle on désigne une personne. Nommer, c'est identifier. Le nom des personnes physiques remplit une double fonction d'identification, et à ce titre le nom se compose de plusieurs éléments: il y a, d'une part, le nom patronymique (le nom de famille) qui désigne les membres d'une même famille; il y a, d'autre part, le prénom qui permet de distinguer entre eux les membres d'une famille portant le même nom patronymique. Pour les besoins du présent avis, il n'est pas besoin d'aborder d'autres éléments du nom, tels le surnom et le pseudonyme.

La transmission familiale du nom s'opère en droit positif actuel de façon automatique (du moins pour ce qui est des familles légitimes): l'enfant légitime prend le nom de son père, conséquence qui se retrouve d'ailleurs dans l'étymologie du nom „patronymique“. A cet usage, l'article 57 du Code civil se réfère tacitement, dans la mesure où jusqu'à la loi du 16 mai 1975, l'indication du nom patronymique de l'enfant dans l'énumération des mentions de l'acte de naissance n'était pas exigée, cette lacune étant considérée comme signifiant que la détermination du nom de famille ne souffre pas de difficultés. Pourtant, l'article 1er de la loi du 6 fructidor an II dispose qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance.

Si depuis la loi de 1975 précitée la mention du nom patronymique de l'enfant dans l'acte de naissance est exigée „toutes les fois que d'après la loi nationale de l'enfant, ce nom n'est pas nécessairement celui

de son auteur“, il ne s’agit là que d’une exception au principe selon lequel le nom de famille de l’enfant légitime est nécessairement celui de son auteur, c’est-à-dire de son père.

Le système traduit très exactement l’unité de la cellule familiale fondée sur le mariage et soumise à l’autorité du mari. Du moment que cette conception de la famille n’était plus acceptée sans discussions, le système a dû subir des atteintes qui affaiblissent sérieusement sa cohérence.

C’est ainsi que le législateur a dû tenir compte du fait que nombre d’enfants ne naissent plus de parents unis par les liens du mariage: la loi du 13 juillet 1982 a dû régler la question de la transmission du nom aux enfants naturels. Même si le législateur s’est efforcé de rapprocher, quand c’est possible, le nom des enfants naturels de celui des enfants légitimes, la cohérence n’est plus parfaite.

La famille légitime elle-même a connu des modifications en profondeur, de par l’abolition de la puissance maritale et de par la consécration de l’égalité des époux aussi bien dans leurs rapports personnels que dans leurs relations d’ordre patrimonial. La loi portant modification des dispositions du Code civil relatives aux droits et devoirs des époux n’a pour autant pas modifié le droit du nom pour ce qui est de sa transmission par l’effet du lien de filiation. Des doutes quant à l’adéquation du système actuel aux aspirations que le législateur a consacrées lors de la réforme du régime matrimonial primaire sont donc permis, qui ont pu encore être accentués notamment par la réforme des dispositions du Code civil relatives à l’autorité parentale.

Néanmoins, lorsque le législateur a approuvé, par une loi du 27 février 1989, le Protocole No 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, lequel dispose en son article 5, sous l’intitulé „Egalité entre époux“, que „les époux jouissent de l’égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n’empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l’intérêt des enfants“, la réserve suivante a été faite: „Le Grand-Duché de Luxembourg déclare que l’article 5 du Protocole ne doit pas faire obstacle à l’application des règles de l’ordre juridique luxembourgeois concernant la transmission du nom patronymique.“

Le changement de nom par voie administrative n’offre guère d’issue aux personnes qui considèrent le système actuel inadéquat: une des caractéristiques du nom patronymique est sa fixité. Aux termes de la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms, telle que modifiée par la loi du 18 mars 1982, toute personne qui aura quelque raison de changer de nom ou de prénoms pourra certes solliciter un tel changement par demande motivée adressée au Gouvernement. Toutefois la pratique administrative en la matière semble restrictive, restant attachée au principe de la fixité du nom patronymique.

Dans une étude publiée à la Revue trimestrielle de droit civil de 1988 („*A propos du nom patronymique: diagnostic et pronostic*“), le professeur Philippe Jestaz a exprimé l’idée que „plus la société durcit le droit *du* nom et plus l’individu cristallise sur son nom, revendiquant un droit *au* nom, droit de le protéger, de le transmettre, de le modifier, etc.“. La Cour européenne des droits de l’homme, dans un arrêt du 22 février 1994 (affaire *Burghartz c. Suisse*; voir *Gazette du Palais*, 1994, doctrine, page 1043; *Dalloz*, 1995, jurisprudence, page 5) établit un lien entre le nom et le droit au respect de la vie privée et familiale. L’opinion notamment du juge Pettiti, selon laquelle, comme en matière de détermination de la nationalité, la législation sur l’attribution des noms doit rester du domaine de l’Etat et ne relève pas de la Convention, n’a pas été suivie par la majorité des juges de la Cour européenne des droits de l’homme, qui a retenu que „en tant que moyen d’identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d’une personne n’en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci“. Si l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt précité de la CEDH ne concernait pas directement la question de la dévolution du nom patronymique, les principes dégagés par l’arrêt sont susceptibles d’avoir également des répercussions sur les règles actuelles de la transmission du nom aux enfants (voir la note sous l’arrêt CEDH, *Dalloz* 1995, jurisprudence, page 9). A signaler encore que la Suisse, tout comme le Luxembourg, a fait une réserve à l’endroit de l’article 5 du Protocole No 7 dont question ci-dessus, et avait invoqué l’existence de cette réserve devant la Cour de Strasbourg. La Cour de Strasbourg a retenu qu’une clause additionnelle à la Convention ne saurait se substituer à un des articles originaires ni en réduire la portée. Une réserve à l’article 5 du Protocole No 7 ne peut donc faire obstacle à l’application éventuelle de l’article 8 de la Convention. Si au moment de l’approbation du Protocole No 7, le législateur luxembourgeois avait encore estimé que „il est certain que les auteurs de l’article 5 du protocole n’ont pas entendu intervenir dans les règles nationales régissant la transmission ou l’usage du nom patronymique“ (*document parlementaire 3290-1*, rapport de la Commission des affaires étrangères), en raison de

l'absence de toute référence explicite relative au nom (tout comme d'ailleurs dans l'article 8 de la Convention), cette opinion semble se trouver en porte-à-faux suite à l'arrêt de la Cour de Strasbourg et à l'autorité de la chose interprétée qui s'y rattache.

C'est précisément sur base des dispositions des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans un jugement du 7 mai 2003, (rendu dans le cadre d'une action en rectification d'un acte de l'état civil, suite à la modification du nom d'un enfant, opérée par l'officier de l'état civil sur l'acte de naissance de cet enfant lors de la mention en marge dudit acte de la légitimation par suite du mariage des père et mère de l'enfant) a décidé „que la règle de l'attribution du nom du père à l'enfant légitime, et en conséquence à l'enfant légitimé par le mariage de ses parents, est incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention ... et ne peut pas être appliquée à l'enfant ... en conséquence de sa légitimation par le mariage ... de sa mère ... et de son père ...“, le tribunal estimant que la règle de l'attribution obligatoire du nom du père aux enfants de parents mariés concernant la vie familiale et reposant sur une discrimination sur base du sexe n'est pas compatible avec les prédicts articles de la Convention.

C'est donc sur cette toile de fond qu'il y a lieu d'examiner les deux textes sous avis, en ce qu'ils modifient la transmission du nom aux enfants. La modification la plus importante concerne les enfants dont la filiation est établie simultanément à l'égard de leurs deux parents. Tant la proposition de loi que le projet de loi sous avis abandonnent la règle coutumière de dévolution, c'est-à-dire l'attribution automatique du nom du père, et ouvrent aux parents un choix quant au nom de leurs enfants.

*

EXAMEN DES TEXTES

Avant d'aborder l'examen des solutions proposées de part et d'autre pour la dévolution future du nom patronymique, le Conseil d'Etat passera en revue diverses modifications envisagées par le projet de loi sous rubrique et qui, soit n'ont pas de lien avec le nom patronymique, soit n'abordent la problématique du nom de l'enfant que de manière incidente.

Les auteurs du projet de loi envisagent tout d'abord une modification à l'endroit de l'article 56 du Code civil. L'énumération des personnes auxquelles il incombe de déclarer la naissance est modifiée en ce sens qu'„il sera désormais possible aux deux parents de déclarer la naissance“ (commentaire de l'article). Jusqu'ici la mère n'était jamais tenue de déclarer la naissance, parce que présumée incapable de se déplacer; il était cependant admis que l'officier de l'état civil ne pourrait pas refuser la déclaration faite par la mère. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la modification envisagée, même si la motivation („afin d'éviter toute discrimination entre le père et la mère“) ne lui paraît en l'espèce pas convaincante. Les autres changements opérés à l'article 56 ne donnent pas lieu à observations.

Une deuxième série de modifications aux dispositions existantes concerne, d'une part, l'enfant mort avant la déclaration de la naissance, et, d'autre part, l'enfant mort-né.

Jusqu'à présent, l'officier d'état civil dressait dans ces cas un „acte de présentation sans vie“, conformément aux dispositions du décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction lorsqu'un enfant est présenté sans vie à l'officier d'état civil. Cet acte ne mentionne pas si l'enfant a vécu ou non, l'officier d'état civil se contentant de constater que l'enfant était sans vie au moment de la déclaration.

Désormais il y aurait lieu de distinguer selon que le déclarant produit ou ne produit pas un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable. Si un tel certificat est produit, indiquant par ailleurs les jours et heures de la naissance et du décès, l'officier d'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès. Si un tel certificat n'est pas produit, l'officier d'état civil établira un acte d'enfant sans vie.

Les auteurs du projet de loi indiquent que la solution envisagée est inspirée de l'article 79-1 du Code civil français, dans sa rédaction issue d'une loi du 8 janvier 1993. Il est à signaler que le législateur belge a également revu la réglementation existant en la matière: une loi du 27 avril 1999 a abrogé le décret du 4 juillet 1806 et a introduit un article 80bis au Code civil belge. Aux termes de cette nouvelle disposition, lorsqu'un enfant est décédé au moment de la constatation de sa naissance, l'officier de l'état civil continuera à dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie. La nouveauté consiste dans la possibilité de mentionner dans l'acte le(s) prénom(s) éventuellement choisi(s) pour l'enfant. Une circulaire du ministre belge de la Justice du 10 juin 1999 relative à l'introduction dans le Code civil d'un article 80bis

concernant la déclaration d'enfant sans vie (*Moniteur belge*, 1er juillet 1999, page 24911) met l'accent sur le fait que, lorsque l'enfant était vivant au moment de la constatation de la naissance par l'officier de l'état civil, le médecin ou l'accoucheuse diplômée agréés par lui, mais vient à décéder avant que la naissance soit déclarée, il y a lieu de dresser un acte de naissance et un acte de décès et non pas un acte de déclaration d'enfant sans vie. Cette précision peut être considérée comme un rappel des dispositions de l'article 56, paragraphe 4 du Code civil belge.

Par l'introduction de l'article 79-1 au Code civil, le législateur français a voulu répondre au souhait formulé par des parents affectés par le décès précoce de leur enfant. Fréquemment les parents disaient souffrir de l'absence d'existence officielle d'un enfant qu'ils avaient désiré, conçu, attendu, et souhaiter que le nouveau-né figure parmi les enfants dont la femme est accouchée (*Dalloz*, 1996, chronique, page 29 et ss., *La viabilité de l'enfant nouveau-né*).

Le choix opéré par les auteurs du projet de loi n'est pas sans soulever des interrogations, qui tournent essentiellement autour de la notion de „viabilité“.

En France, une circulaire du ministère de la Santé du 22 juillet 1993 avait retenu comme seuil de viabilité vingt-deux semaines d'aménorrhée ou un poids de 500 grammes. Cette définition de la viabilité n'était pas la même que celle retenue par le ministère français de la Justice dans sa circulaire du 3 mars 1993, qui, elle, prévoyait qu'un acte de naissance et un acte de décès doivent être dressés si l'enfant naît vivant et viable et que ces dispositions sont applicables même si l'enfant n'a vécu que quelques heures et quelle que soit la durée de la gestation (voir *Dalloz*, 1996, chronique précitée, pages 29 et ss.). Une circulaire conjointe No 2001/576 du 30 novembre 2001 des ministères français de l'Emploi et de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur, relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance reprend, concernant la viabilité, les précisions fournies par la prédite circulaire du ministère de la Santé du 22 juillet 1993, sur base des recommandations de l'Organisation mondiale de la Santé. Cette nouvelle circulaire modifie l'instruction générale relative à l'état civil et les circulaires des 3 mars et 22 juillet 1993 précitées (voir *Répertoire du notariat Defrénois*, 2002, pages 719 et 724).

Si la Chambre des députés devait suivre les auteurs du projet de loi dans leur choix, il serait nécessaire qu'il n'y ait pas de doutes sur les conditions d'application du nouvel article 79-1 à insérer au Code civil: il faudrait donc clarifier si l'on opte pour une définition plus médicale de la viabilité (auquel cas il faudrait encore se mettre d'accord sur les critères à appliquer par le médecin appelé à émettre le certificat exigé: qu'en est-il d'éventuelles malformations létales, entraînant inéluctablement et à très brève échéance la mort de l'enfant, quels que soient par ailleurs la durée de sa gestation ou son poids), ou si on s'oriente davantage sur les six mois (180 jours) de gestation, visés à l'article 314 du Code civil, par exemple (étant précisé qu'il ne paraît guère satisfaisant de vouloir inférer la viabilité de l'enfant d'un fait incertain, car on ne connaît presque jamais la date exacte de la conception).

Le Conseil d'Etat signale que dans ce nouveau système tout enfant né vivant, mais non viable, devrait faire l'objet d'une déclaration de naissance s'il est toujours en vie à l'expiration du délai légal dans lequel il doit être procédé à cette déclaration. L'assimilation des enfants nés vivants, mais non viables, et décédés avant leur déclaration de naissance, aux enfants mort-nés, ne répond dès lors pas forcément aux revendications des parents, le qualificatif „sans vie“ appliqué à un enfant qui a pourtant brièvement vécu pouvant par ailleurs être particulièrement traumatisant pour ces parents en deuil (*Dalloz*, 1999, chronique, pages 81 et ss., *La situation de l'enfant mort-né*).

Il serait certainement utile d'avoir de plus amples précisions quant aux finalités que le texte proposé est censé poursuivre. S'agit-il de répondre à la revendication que l'état civil reflète exactement la situation de l'enfant, par des actes appropriés exprimant la reconnaissance officielle par la société de l'existence de l'enfant, même brève, même un simple „projet de vie“ qui n'a pas abouti (*Dalloz*, 1999, chronique précitée)? S'agit-il, au contraire, uniquement de doter cet enfant, en tant qu'être humain, d'un minimum d'état civil permettant de le rattacher à sa famille, y compris par un statut familial, fût-il réduit (*Droit de la famille*, 1997, chronique, No 9, *Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique*)?

Il faudrait également savoir si le projet entend uniquement régler, au regard de l'état civil, la situation de l'enfant décédé avant la déclaration de sa naissance, ou si d'autres conséquences juridiques doivent, à la même occasion, être réglées par le recours à la notion de „viabilité“: le nouveau texte aura-t-il, par exemple, des répercussions au regard des législations en matière d'allocations de naissance ou en matière de protection des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes?

Le Conseil d'Etat est en conséquence, et au vu du caractère sommaire des explications fournies, très réservé quant à la modification envisagée: s'il salue en principe l'idée d'une refonte des dispositions du décret de 1806, il est plus que réticent à l'égard de l'exercice préconisé en l'espèce et qui consiste à recopier une disposition d'une législation étrangère, comme si celle-ci n'avait qu'une valeur purement symbolique, sans autrement approfondir tous les tenants et aboutissants de l'introduction d'une telle disposition en droit national.

*

Au regard du fait que tant la proposition de loi que le projet de loi sous avis entendent consacrer l'autonomie des parents dans le choix du nom de leur enfant, abandonnant ainsi le caractère automatique de l'attribution du nom du père dans tous les cas où tel était jusqu'ici le cas, le Conseil d'Etat propose de ne pas se référer dans l'intitulé de la future loi au „nom patronymique“ de l'enfant. Il y aurait lieu de libeller l'intitulé „(*Projet ou proposition*) de loi relative au nom des enfants“.

D'un point de vue légistique, les nouvelles règles relatives au nom des enfants seraient à intégrer au Code civil.

L'article 1er du projet de loi propose de faire figurer ce qu'il y a lieu de considérer comme le droit commun de la dévolution du nom aux enfants, à l'article 57 du Code civil ayant trait au contenu de l'acte de naissance.

Ce choix des auteurs du projet de loi est inspiré de la proposition de loi française relative au nom patronymique, devenue par la suite la loi No 2002-304 du 4 mars 2002. Le législateur français n'a finalement pas fait de l'article 57 du Code civil le siège des règles de dévolution du nom de famille: le Sénat français a estimé que, sur la forme, il n'est pas très pertinent d'intégrer les nouvelles règles de dévolution au sein de l'article 57, qui définit les mentions figurant dans l'acte de naissance. En toute logique, les règles d'attribution du nom, liées à l'existence et aux modalités d'établissement de la filiation, ne doivent pas être définies indépendamment de chaque lien de filiation. La Commission des lois du Sénat a proposé en conséquence de décliner les nouvelles règles de dévolution du nom dans les parties du code correspondant à chaque type de filiation. Le siège des règles de dévolution du nom de famille a été déplacé dans le Code civil, pour figurer en tant que nouvelle section V au chapitre premier du titre septième du Code civil français relatif aux dispositions communes aux filiations légitime et naturelle.

Le Conseil d'Etat préconise à son tour un déplacement des règles de dévolution du nom. Il n'est pas dans les intentions des auteurs du projet de loi de se départir du principe que le nom, élément de l'état civil, est attribué à une personne en fonction de sa filiation. Or, aux termes de l'article 3 du Code civil, les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Luxembourgeois, même résidant en pays étranger. A cet égard, les règles de dévolution du nom trouvent logiquement leur place au titre des dispositions du Code civil relatives à la filiation. Les règles à adopter pourraient, par exemple, être intégrées au Code civil en tant que nouveau chapitre III (l'actuel chapitre III devenant le chapitre IV) du titre VII du Livre premier, sous l'intitulé „*Règles de dévolution du nom (de famille)*“.

Règles de dévolution proprement dites

A) L'autonomie dans le choix du nom des enfants d'un couple

Tant la proposition de loi que le projet de loi ouvrent un choix aux parents de l'enfant légitime et de l'enfant naturel dont la filiation est simultanément établie à l'égard de ses père et mère: l'enfant portera soit le nom du père, soit le nom de la mère. Il n'est pas prévu d'ouvrir aux parents une troisième possibilité, qui consisterait à donner à l'enfant un nom double, composé des noms des deux parents accolés dans un ordre déterminé par eux. Les auteurs du projet de loi motivent cette exclusion par le fait que le nom double est peu en usage, mais surtout par les nombreux problèmes d'ordre administratif qu'une telle possibilité de choix créerait.

Le Conseil d'Etat reconnaît que cette troisième possibilité peut poser problème, lorsqu'on envisage la désignation individuelle en tant que moyen d'identification sociale. Il reste que déjà actuellement l'identification nominative des personnes est complétée par une identification numérique, de sorte que les problèmes administratifs ne semblent pas un argument dirimant à l'encontre d'une plus large ouverture en la matière.

Il y a lieu de signaler qu'en France, et le cas échéant dans un avenir plus ou moins rapproché également en Belgique, les parents disposent de ce choix que les textes sous avis entendent leur refuser: en France, les parents ont la possibilité de transmettre à leur enfant un double nom composé des noms des deux parents accolés dans l'ordre choisi par les parents. En Belgique, une proposition de loi a été déposée (voir Chambre des Représentants de Belgique, session extraordinaire 2003, *doc. 51 0089/001*) qui va dans le même sens. Le Conseil d'Etat n'entend pas aborder la situation légale telle qu'elle existe en Allemagne, dans la mesure où au départ les données y sont différentes, les noms doubles y étant d'ores et déjà en usage en tant que noms patronymiques (Geburtsname). Le nom patronymique double soit de l'époux soit de l'épouse peut être adopté en tant que nom matrimonial (Ehename) lequel se transmet alors aux enfants légitimes. La situation est encore différente, s'agissant du nom des enfants naturels, dans la mesure où la dévolution du nom de ces enfants se décline en fonction de l'autorité parentale.

Le cas peut par ailleurs se poser, et ce ne sera pas un cas isolé au Luxembourg, que les parents d'un enfant ne soient pas tous les deux de nationalité luxembourgeoise, et que l'enfant ait la nationalité de chacun de ses auteurs, partant une double nationalité: qu'en est-il si les lois nationales respectives prévoient des règles différentes quant au choix du nom de l'enfant? Faut-il alors faire prévaloir la nationalité luxembourgeoise, auquel cas les parents ne pourront pas lui transmettre un nom double composé de leurs noms respectifs accolés dans l'ordre qu'ils ont choisi (alors que l'autre loi nationale ouvre cette possibilité aux parents)? Ou l'autonomie des parents que tant la proposition de loi que le projet de loi entendent voir consacrer au profit des parents quant au choix du nom que leur enfant portera s'étend-elle au choix de la loi nationale applicable?

La Cour de Justice des Communautés européennes vient de décider, dans le cadre d'un recours préjudiciel, que les articles 12 CE („dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité“) et 17 CE („1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité“) doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal (ressortissant espagnol et ressortissante belge mariés en Belgique, actes de naissances des enfants du couple, reçus par l'officier de l'état civil belge, mentionnant en tant que nom de famille des enfants le patronyme du père, parents sollicitant le changement administratif du nom de leurs enfants afin de leur conférer le nom double composé du nom du père suivi du nom de la mère, ce nom double correspondant à l'usage consacré en droit espagnol), l'autorité administrative d'un Etat membre refuse de donner une suite favorable à une demande en changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet Etat et disposant de la double nationalité dudit Etat et d'un autre Etat 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 Etat membre (Arrêt CJCE du 2 octobre 2003 dans l'affaire C-148/02).

La Cour de Justice des Communautés européennes a certes retenu qu'en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des Etats membres (sous réserve pour ces derniers de respecter le droit communautaire et en particulier les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres). Par ailleurs, la citoyenneté de l'Union n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire (considérants 25 et 26).

Une solution à géométrie variable, que les nouveaux textes proposés relatifs à l'autonomie des parents dans le choix du nom de leur(s) enfant(s) ne permettent pas d'éviter, n'est pas sans soulever des interrogations au regard du principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 10*bis* de la Constitution.

Le Conseil d'Etat estime en conséquence qu'il y a lieu d'ouvrir aux parents également la possibilité du choix d'un double nom composé des noms des deux parents dans l'ordre qu'ils auront choisi. Les textes relatifs à la dévolution devront être adaptés à l'effet de prévoir les hypothèses futures où les parents porteront chacun déjà un double nom.

Ni la proposition de loi ni le projet de loi n'abordent la question du nom de l'enfant, né à l'étranger de parents qui sont tous les deux Luxembourgeois. En vertu de l'article 3 précité du Code civil, les nouvelles dispositions sur la dévolution du nom aux enfants sont applicables aux Luxembourgeois rési-

dant à l'étranger. Toutefois ils ne pourront pas se prévaloir, devant l'officier d'état civil étranger, de l'autonomie que la loi luxembourgeoise leur reconnaît, si la loi étrangère ne contient pas de dispositions d'effet équivalent ou n'applique pas le principe de droit international privé d'application de la loi personnelle de l'enfant. Le recours à l'article 48 du Code civil (acte dressé conformément aux lois luxembourgeoises par les agents diplomatiques ou par les consuls) n'offre pas de succédané auquel les parents puissent avoir recours dans tous les cas. Une possibilité serait d'autoriser les parents à effectuer le choix au moment de la transcription, sur les registres de l'état civil luxembourgeois, des actes de naissance dressés par les autorités compétentes étrangères (article 47, alinéa 2 du Code civil). Encore faut-il que les parents soient domiciliés au Luxembourg. De plus faudrait-il préciser dans quel laps de temps il devrait être procédé à cette transcription.

B) Exercice par les parents de leur autonomie dans le choix du nom de leurs enfants

La proposition de loi prévoit uniquement que les parents se mettront d'accord, et il y a lieu de partir de la prémisse que cet accord doit être intervenu au plus tard au moment de la déclaration de naissance (au regard de l'exposé des motifs qui retient que, au cas où les parents ne se prononcent pas au moment de la déclaration de naissance ou ne se mettent pas d'accord ...).

Le projet de loi distingue suivant qu'il s'agit de l'enfant commun d'époux, ou de l'enfant commun de parents non mariés. Dans le premier cas, les auteurs du projet de loi entendent voir formaliser l'accord des (futurs) parents au moment de la célébration du mariage. Dans le second cas, l'accord doit intervenir au plus tard au moment de la déclaration de naissance. Il prend la forme d'une déclaration conjointe, signée par les père et mère de l'enfant, indiquant le nom à conférer à l'enfant.

Le Conseil d'Etat considère qu'il ne saurait être fait abstraction, dans les futures dispositions légales, de toute indication quant à la forme que doit revêtir l'accord des parents. Il ne saurait être laissé à l'officier d'état civil le soin de vérifier la volonté conjointe des parents. Comment d'ailleurs le pourrait-il si cette volonté conjointe n'est pas autrement officialisée?

La solution envisagée par les auteurs du projet de loi, pour ce qui est des parents mariés, présente sans aucun doute en pratique des avantages indéniables, au point de vue vérification de la volonté conjointe et d'accessibilité ultérieure à l'accord des parents.

La solution présente encore un autre avantage: des cas peuvent se présenter où au moment de la naissance de l'enfant, l'un des époux est décédé, absent (au sens des articles 112 et suivants du Code civil) ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Le choix initialement opéré d'un commun accord et documenté au moment de la célébration du mariage permet néanmoins l'exercice de l'autonomie des parents quant au choix du nom de leur enfant. Il n'est donc pas nécessaire d'envisager spécialement ces hypothèses, ainsi que le fait par exemple la proposition de loi belge.

Le Conseil d'Etat est néanmoins à se demander si cette exigence de formaliser l'accord au moment de la célébration du mariage ne va pas trop loin: qu'en est-il en effet si les époux, au moment de la célébration du mariage, n'ont pas effectué le choix que le nouvel article 76 leur prescrit? Y aura-t-il alors présomption irréfragable que les époux sont en désaccord sur le choix du nom à donner à leurs enfants communs? Il peut paraître quelque peu irréaliste de dire „que le moment du mariage se prête mieux que la naissance de l'enfant pour opérer un tel choix en toute sérénité“? Il se peut en effet que de futurs époux estiment prématuré un tel choix du nom, alors qu'ils ne se sentent point encore concernés par leur éventuelle progéniture. Pour d'autres la question du choix du nom ne se pose pas, alors que pour une raison ou une autre ils ont décidé qu'ils vivront leur vie de couple sans enfants. Pour autant, en cas de survenance ultérieure d'enfant, rien ne les empêche de s'accorder sur le nom à donner à cet enfant.

Se pose finalement la question des époux qui contractent mariage à l'étranger: qu'en est-il si l'autorité compétente étrangère refuse d'acter dans l'acte de mariage le choix des futurs époux quant au nom de leurs enfants?

Le désir des auteurs du projet de loi de soustraire la question du choix du nom à conférer aux enfants aux vicissitudes de la vie conjugale est en soi compréhensible et certainement bien intentionné. Est-ce pour autant nécessaire de donner à cet accord de volontés un caractère immuable? Pour de multiples raisons, des époux peuvent désirer apporter une modification au choix initialement opéré. Si les époux ont, lors de la célébration du mariage, indiqué à l'officier de l'état civil qu'ils ont passé des conventions spéciales régissant leur association conjugale, quant aux biens, ils n'en perdent pas pour autant le droit

d'apporter ultérieurement des modifications à leur régime matrimonial. Faut-il leur refuser ce droit, s'agissant du nom à conférer à leurs enfants, si par ailleurs ils n'ont pas encore d'enfant commun?

Il n'y a pas non plus lieu de perdre de vue que cette formalisation, dans l'acte de mariage, de l'accord des époux quant au choix du nom à conférer à leurs futurs enfants, risque de poser problème à l'officier de l'état civil: est-ce que des époux de nationalité non luxembourgeoise peuvent demander à l'officier de l'état civil luxembourgeois qu'il mentionne dans l'acte de mariage leur accord quant au choix du nom? L'officier d'état civil doit-il alors au préalable vérifier si ce choix est conforme à la loi du statut personnel, ou considérera-t-il que l'exigence de l'article 76, point 6 nouveau du Code civil participe du domaine de la forme, et donc de la loi locale?

Le Conseil d'Etat préconise en conséquence des développements qui précèdent l'abandon de l'exigence d'une formalisation de l'accord des (futurs) parents au moment de la célébration du mariage.

Reste la question du moment de la déclaration conjointe, question qui est spécifique aux enfants déclarés à l'état civil de père et de mère inconnus. Le Conseil d'Etat n'entend pas aborder ici la problématique de l'accouchement anonyme, dans le contexte du droit, reconnu à un enfant par la Convention relative aux droits de l'enfant, de connaître, dans la mesure du possible, ses parents et d'être élevé par eux (voir article 7 de ladite Convention, et la réserve faite à l'article 2, sous 4) de la loi du 20 décembre 1993 portant approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant). Il entend signaler qu'il ne peut pas être exclu que la filiation d'un tel enfant soit simultanément établie à l'égard de ses deux parents après la déclaration de naissance. Les parents ont-ils alors encore le droit de choisir le nom qui sera donné à l'enfant?

C) Désaccord des parents quant au choix du nom de leurs enfants communs

Les textes sous examen prévoient qu'en cas de désaccord entre les parents, soit le sort décidera du nom à donner à l'enfant, soit l'ordre alphabétique des noms des parents décidera du nom que portera l'enfant.

Ni l'une ni l'autre de ces solutions ne paraît satisfaisante au Conseil d'Etat.

A l'heure actuelle, la dévolution du nom est considérée comme relevant de l'ordre public. Il est difficilement imaginable qu'on passe d'un régime actuel très strict à un régime futur marqué par un désintérêt total pour la question, abandonnant au sort de décider du nom de l'enfant.

L'autre solution envisagée, qui consiste à procéder à l'attribution du nom du parent qui figure en premier dans l'ordre alphabétique, aboutit à réduire à l'absurde dans bien des cas le principe de l'égalité des parents dans le choix du nom à donner aux enfants communs: celui des parents dont le nom figure en premier dans l'ordre alphabétique ne sera pas concerné par les nouvelles dispositions sur le choix du nom à donner à l'enfant, puisqu'il est de toute façon sûr que l'enfant portera son nom, que l'autre parent y consente ou non.

Le législateur français avait opté en 2002 pour l'attribution à l'enfant du nom du père, en cas de désaccord des parents quant au choix du nom, et ce à l'initiative du Sénat français. L'Assemblée nationale française s'y était ralliée (afin que la loi puisse encore être définitivement adoptée avant la fin de la législature), le rapport fait au nom de la Commission compétente de l'Assemblée retenant toutefois que „l'application par défaut du nom du père en cas de désaccord entre les parents ne recueille pas l'agrément du rapporteur: qu'il s'agisse d'une prime à la tradition ... ou du maintien de la suprématie de l'homme sur la femme ... , le résultat est le même ... Il s'agit de freiner une évolution inéluctable en préservant la supériorité du nom du père, ce qui contrevient à l'objectif d'égalité poursuivi par les députés“. La loi française du 18 juin 2003 n'est pas revenue fondamentalement sur la solution retenue en 2002: il est désormais précisé qu'en cas d'absence de déclaration conjointe à l'officier d'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre.

La proposition de loi belge, dont question ci-dessus, opte, en cas de désaccord des parents, pour l'attribution à l'enfant du nom de sa mère et du nom de son père, donc un double nom, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'officier de l'état civil. La proposition de loi belge rejoint sur ce point la version initiale de la proposition de loi française, à la base de la loi française No 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille.

Les auteurs de la proposition de loi belge font valoir qu'en l'absence de choix des parents, le nom de l'enfant doit être déterminé légalement. Dans ce cas, il y a lieu que la loi évite toute discrimination. La formule légale qui répond le mieux à cet objectif d'égalité entre les parents semble être celle du double nom dont l'ordre est déterminé par tirage au sort par l'officier d'état civil.

Aux yeux du Conseil d'Etat, il peut être retenu des discussions menées tant en France qu'en Belgique que le nom de l'enfant doit être légalement déterminé, lorsque ses parents n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le choix d'un nom (ou même plus simplement lorsqu'ils n'ont pas fait de tel choix). Prévoir dans ce cas, par défaut, l'attribution du nom de l'un ou de l'autre des parents, ne peut pas être une solution satisfaisante au regard de l'objectif poursuivi (égalité et libre choix des parents).

Le Conseil d'Etat donne dès lors à considérer s'il n'y aurait pas lieu de s'orienter vers la solution du double nom, composé du nom (ou du premier nom) de chacun des parents, dans un ordre qui resterait à déterminer (soit que la loi détermine l'ordre dans lequel ce double nom sera composé, soit qu'on se rabatte sur la solution alphabétique).

D) Situation des enfants naturels

a) L'avancée réalisée par les textes sous avis (suppression de l'attribution automatique du nom du père en cas d'établissement simultané de la filiation) risque d'avoir des effets pervers, non désirés et non désirables. Tant la proposition de loi que le projet de loi ne semblent envisager l'établissement simultané de la filiation qu'en tant que la filiation est établie à un même moment du temps, par opposition précisément à l'établissement successif de la filiation, c'est-à-dire à différents moments du temps. La législation française, par contre, envisage l'établissement simultané de la filiation au plus tard au moment de la déclaration de naissance de l'enfant: il est nécessaire, mais aussi suffisant, qu'au moment de la déclaration de naissance la filiation de l'enfant soit établie et à l'égard du père et à l'égard de la mère.

Si l'interprétation des textes sous examen, comme retenant un critère chronologique dans l'établissement de la filiation, devait s'avérer exacte, des conflits entre parents risquent d'être programmés, à l'effet de tenter d'établir en premier lieu le lien de filiation. Le Conseil d'Etat rappelle que la reconnaissance peut avoir lieu en faveur d'un enfant simplement conçu (article 336 du Code civil); l'ordre des reconnaissances serait déterminant en ce qu'il déterminerait le nom de l'enfant. Il y aurait, de l'avis du Conseil d'Etat, lieu d'éviter de telles „courses à la reconnaissance“.

De ce fait une plus grande égalité entre enfants naturels et enfants légitimes (article 334-1 du Code civil: l'enfant naturel a les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime) serait assurée du point de vue dévolution du nom.

Le Conseil d'Etat recommande en conséquence de suivre en l'espèce le législateur français en ce qu'il exige l'établissement simultané de la filiation à l'égard des père et mère au plus tard au moment de la déclaration de naissance, sans égard à l'ordre chronologique.

b) Il y aurait lieu d'éviter que l'établissement de la filiation à l'égard des père et mère ne conduise à des solutions disparates s'agissant de la dévolution du nom, d'un côté, s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale, d'un autre côté. Le Conseil d'Etat entend dans ce contexte relever que l'article 380 du Code civil, qui, suivant arrêt de la Cour constitutionnelle No 7/99 du 26 mars 1999, n'est pas conforme à l'article 11(2) (l'actuel article 10bis, point 1) de la Constitution en ce qu'il attribue, en son alinéa 1, l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'a à ce jour pas été modifié.

c) Les solutions existantes en matière de dévolution du nom restent inchangées dans les cas où la filiation est établie successivement à l'égard des deux parents: c'est le maintien de l'article 334-2, alinéa 1 actuel du Code civil. Les correctifs actuels, consistant dans la possibilité d'une substitution ou d'un changement de nom, restent maintenus. Il est à signaler que le correctif de la substitution de nom moyennant requête conjointe constitue une possibilité pour les parents d'un enfant naturel de déterminer le nom de leur enfant en dehors des conditions fixées normalement à l'exercice de ce droit (établissement simultané de la filiation à l'égard des père et mère au plus tard au moment de la déclaration de la naissance).

S'agissant du correctif prévu à l'article 334-3 actuel du Code civil, repris par le projet de loi, le Conseil d'Etat est à se demander s'il n'y aurait pas lieu d'abaisser l'âge à partir duquel le consentement

de l'enfant mineur est requis. Il n'y a en effet pas lieu d'appréhender la question du nom de l'enfant dans la seule perspective des parents: il ne faut pas oublier que l'enfant a dès sa naissance droit à un nom (article 7 Convention relative aux droits de l'enfant), et qu'il a le droit de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi (article 8 de la Convention). De plus, l'article 388-1 du Code civil, qui ne fait que traduire les engagements assumés par le Luxembourg au titre de la précitée convention, prévoit que dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Une procédure en substitution de nom est certainement une procédure qui concerne l'enfant. Le Conseil d'Etat signale que le Code civil français a ramené à 13 ans la limite d'âge à partir de laquelle le consentement de l'enfant est requis (article 334-2 Code civil français).

d) Finalement se pose la question si, au titre des correctifs précités, il y a lieu d'admettre les demandes qui tendraient, par substitution ou par changement, à donner à l'enfant un double nom, composé du nom de chacun des parents dans l'ordre qu'ils indiqueront. La jurisprudence française semble exclure cette possibilité, sauf de rares exceptions. La question se posera le cas échéant différemment au Luxembourg si le nom double était retenu en tant que solution par défaut.

E) *L'enfant légitimé*

Le projet de loi aborde la question dans le commentaire relatif aux nouveaux articles 57 et 76: „si un couple marié a déjà un ou plusieurs enfants naturels communs au moment de son mariage, le choix du nom des futurs enfants – donc des enfants légitimes – ne peut être que le nom patronymique du premier enfant naturel commun, ceci en application de l'article 57, alinéa 5 nouveau. En d'autres termes, le choix du nom du premier enfant commun détermine impérativement et nécessairement le nom des enfants suivants du couple, peu importe la nature de la filiation (légitime, naturelle ou adoptive).

Qu'en est-il des cas où la filiation n'a été établie que successivement à l'égard des père et mère (l'hypothèse visée à l'article 330 du Code civil de la reconnaissance au moment de la célébration du mariage, l'hypothèse visée à l'article 331 du Code civil de l'établissement de la filiation postérieurement au mariage)?

Les parents n'ont pas pu exercer, dans les hypothèses visées, de choix quant au nom à donner à l'enfant, puisque la filiation de cet enfant n'était pas simultanément établie à l'égard de ses père et mère au plus tard au moment de la déclaration de naissance. Ils devraient donc être à même d'exercer un choix quant au nom à donner à leurs enfants à naître: on voit d'ailleurs difficilement, dans l'hypothèse visée à l'article 331 du Code civil, comment il pourrait être refusé aux parents de faire acter, dans l'acte de mariage, leur choix quant au nom de leurs enfants communs à naître, alors que l'enfant né avant le mariage n'est pas, en droit, leur enfant commun. Se pose alors la question du nom de l'enfant né avant le mariage. Puisque l'enfant légitimé se voit conférer les droits et devoirs de l'enfant légitime, son nom devrait pouvoir être modifié selon les mêmes conditions qui sont prévues pour la détermination du nom de l'enfant légitime. Il y aurait lieu de s'inspirer de la loi française du 18 juin 2003 qui, en la matière, a tenté de combiner les règles sur l'unicité du choix des parents (pour les enfants naturels, le choix ne s'exerce pas nécessairement lors de la déclaration de naissance, il peut encore s'exercer ultérieurement dans le cadre de la substitution de nom par déclaration conjointe) et sur l'unicité du nom d'une fratrie. Il y aurait par ailleurs lieu de s'interroger si le consentement de l'enfant doit être requis (et si oui, à partir de quel âge), et ce par analogie avec l'article 334-3 du Code civil, ce d'autant plus que si les parents ont usé de la faculté que leur offre ledit article, il ne pourra pas y avoir un nouveau changement de nom par légitimation subséquente. Or, si l'usage de la faculté ouverte aux parents par l'article 334-3 est le cas échéant subordonné au consentement de l'enfant, il devrait en être de même en cas de changement de nom par légitimation.

F) *Les enfants adoptifs*

a) *Adoption plénière*

Le projet de loi prévoit expressément que le nom de l'adopté sera déterminé selon le droit commun (article 57 nouveau dans la teneur proposée par le projet de loi; le Conseil d'Etat ne revient pas sur ses développements en relation avec les possibilités de choix offertes aux parents, et se borne à y renvoyer).

La proposition de loi prévoit que l'adopté se verra conférer le nom d'un des époux. Le cas échéant, il y aurait lieu d'envisager que l'adopté se verra conférer un double nom composé du nom de chacun des époux, si une telle ouverture était envisagée au titre de l'autonomie des parents dans le choix du nom à conférer à leur enfant.

Une première observation s'impose: l'existence d'enfants légitimes ou naturels n'étant pas un obstacle à l'adoption plénière (article 347 du Code civil), un choix, par les adoptants, quant au nom à conférer à l'adopté ne saurait être exercé que dans le respect de l'unicité du nom des enfants communs d'un même couple. Il en résulte que si les parents adoptifs ont exercé leur choix quant au nom à conférer à leur(s) enfant(s) légitime(s) ou naturel(s) commun(s), l'adopté ne pourra se voir conférer que le nom ainsi choisi.

La question se pose ensuite, s'agissant de parents adoptifs qui n'ont pas d'enfant commun, s'il ne faut pas leur imposer le choix du nom à conférer à l'adopté, et exclure en conséquence toute solution subsidiaire pour le cas de désaccord des parents. Le principe posé par l'article 343 du Code civil est que l'adoption ne peut avoir lieu que s'il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté: ne peut-on pas raisonnablement demander à des époux, qui se sont mis d'accord pour adopter un enfant, qu'ils s'accordent également sur le nom à conférer à l'enfant? Il serait en tout cas quelque peu paradoxal d'affirmer qu'une adoption présente des avantages pour l'adopté, si les parents adoptifs ne réussissent déjà pas à se mettre d'accord sur le nom à conférer à l'enfant.

S'agissant de l'adoption plénière par une personne mariée de l'enfant de son conjoint, les proposition et projet de loi divergent:

Le projet de loi retient comme principe que l'adopté garde son nom. Toutefois et sur demande, le tribunal peut conférer le nom de l'adoptant ou de son conjoint à l'adopté. Le Conseil d'Etat part de la prémisse (au regard de l'emploi des termes „sur demande“) que le nom du conjoint de l'adoptant ne pourra être conféré à l'adopté que du consentement du conjoint. Se pose encore la question si l'adopté doit consentir à ce qu'un autre nom lui soit conféré. Il est renvoyé aux développements ci-dessus en relation avec le droit de l'enfant à son nom.

D'après la proposition de loi, ce n'est que le nom de l'adoptant qui peut être donné à l'enfant, et encore uniquement avec le consentement de celui ou de celle dont l'adopté porte actuellement le nom. L'adoption n'est possible que moyennant le consentement de l'auteur dont l'enfant porte le nom (l'enfant ne peut en porter le nom que si sa filiation à l'égard de cet auteur est établie, de sorte que l'article 351 du Code civil s'applique), ce consentement à l'adoption implique aussi consentement aux effets de l'adoption. Il ne semble dès lors pas nécessaire d'exiger un double consentement.

Le Conseil d'Etat marque sa préférence au texte gouvernemental, quitte à ce que les auteurs devront l'étayer pour ce qui est des consentements requis.

b) *Adoption simple*

Les solutions proposées de part et d'autre concordent, dans une large mesure. S'agissant du cas de figure de l'adoption simple par deux époux, il y aurait lieu de maintenir la possibilité actuelle de voir le tribunal, à la demande des parties, décider que l'adopté gardera son nom.

La possibilité de voir choisir un nom double reste en suspens.

Pour ce qui est des points sur lesquels la proposition de loi se distingue du projet de loi, le Conseil d'Etat entend faire les observations suivantes:

- il ne semble pas y avoir lieu de maintenir, en le généralisant, l'article 359, alinéa 2 du Code civil. Le texte actuel s'explique par le fait que nonobstant le décès du mari, l'enfant adopté par la veuve pouvait se voir conférer le nom du mari. Puisque désormais l'adopté ne pourra se voir conférer que le nom de l'adoptant, il n'y a pas lieu de maintenir l'exigence d'une consultation des héritiers ou des successibles les plus proches du conjoint décédé.
- S'agissant de l'adoption par une personne mariée de l'enfant de son conjoint, il est renvoyé aux développements ci-dessus en relation avec la même hypothèse envisagée dans le cadre de l'adoption plénière.

Les deux textes sous avis se proposent encore de modifier l'article 321 du Code civil relatif à la preuve de la filiation légitime par la possession d'état.

Aux termes de l'article 322-1 du Code civil, tout intéressé peut, par tous les moyens, contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état. Cette disposition, insérée par voie d'amendement gouvernemental dans le projet de loi portant réforme du droit de la filiation, devenu la loi du 13 avril 1979, est justifiée comme suit: „L'enfant (légitime) qui n'a pas de possession d'état à l'égard du mari de sa mère, n'est pas, au fond des choses, un véritable enfant légitime, même si le mari est désigné dans l'acte de naissance ...“ (*doc. parl. 2020-1*). Les auteurs de l'amendement ont eu le souci de ne pas faire dépendre l'état d'un enfant des contingences de la déclaration à l'état civil; ces déclarations peuvent, en effet, être faites en considération de l'état de mariage de la mère, mais ne point traduire la vérité de la filiation, ce que l'absence de possession d'état vient faire présumer (*ibidem*).

Il n'est dès lors pas étonnant que le législateur, en précisant ce qu'il y a lieu d'entendre par possession d'état d'enfant légitime, a retenu, parmi d'autres éléments, le fait que l'individu a toujours porté le nom du père dont on le dit issu.

Avec les nouvelles règles de dévolution du nom à l'enfant, il devient difficile, voire impossible, de faire du nom d'un des parents une condition de l'établissement de la filiation, en raison précisément de la suppression de toute prééminence du nom patronymique de l'un ou de l'autre des parents. Dans le cadre des nouvelles dispositions sur le nom des enfants, le nom ne devrait plus être déterminant de l'existence de la possession d'état. Réciproquement, l'absence de cet élément n'implique pas l'absence de possession d'état.

L'élément „nom“ ne devrait plus pouvoir jouer de rôle qu'en l'absence d'acte de naissance. Même dans ce cas, il y aurait lieu de se référer non pas au nom de l'un ou de l'autre des parents, mais plutôt au nom „de ceux dont on le dit issu“: le nom d'usage par lequel l'enfant est désigné dans la vie courante peut aussi être un indice de possession d'état, si par ailleurs il correspond au nom d'usage par lequel ses père et mère sont communément désignés.

*

Le Conseil d'Etat n'entend en l'état pas formuler de propositions de texte alternatives, la modification des règles de dévolution du nom ne relevant pas uniquement de la technique juridique: il faudra au préalable clarifier certaines options qui relèvent, sinon d'un choix de société, en tout cas d'un choix politique.

*

Reste la question de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions: tandis que la proposition de loi prévoit une entrée en vigueur dans le mois de sa publication au Mémorial (c'est une formule qui aux yeux du Conseil d'Etat est à proscrire: la date d'entrée en vigueur reste en effet indéterminée), le projet de loi prévoit une date fixe, quelle que soit par ailleurs la date de la publication de la future loi au Mémorial. La date proposée du 1er janvier 2002 ne peut évidemment pas être maintenue.

Le législateur français avait initialement prévu comme date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 4 mars 2002 le 1er septembre 2003. Cette date d'entrée en vigueur a été reportée, par la loi du 18 juin 2003, au 1er janvier 2005.

Les discussions sur l'entrée en vigueur des futures dispositions légales devront nécessairement prendre en considération l'ampleur des adaptations qu'elles nécessiteront sur un plan pratique. A signaler qu'en France, c'est l'ampleur de ces adaptations qui a conduit le législateur à repousser la date d'entrée en vigueur au 1er janvier 2005.

Le Conseil d'Etat ignore si les services de l'état civil ont d'une manière ou d'une autre été associés à l'élaboration du projet de loi. Il ne saurait être contesté que ce seront ces services qui auront à assurer l'application parfaite des nouvelles dispositions. Cette application doit se faire sans heurts, alors qu'on ne saurait se permettre une quelconque „phase expérimentale“ en cette matière. Il n'y a en effet pas lieu d'oublier que les actes d'état civil sont des actes en principe intangibles. Est-il prévu de doter les services de l'état civil d'une sorte de guide pratique? Quelles adaptations sur le plan informatique seront le cas échéant nécessaires?

Une fois les implications pratiques et techniques des nouvelles dispositions légales évaluées, il sera possible de se prononcer en connaissance de cause sur une date d'entrée en vigueur.

Il y aura alors également lieu d'aborder la question dans quelle mesure la future loi produira des effets rétroactifs, ou du moins prendra en considération des situations qui se sont créées avant son entrée en vigueur. La proposition de loi n'aborde pas la question. Le projet de loi exclut toute rétroactivité des nouvelles dispositions. Il va même plus loin, limitant le champ d'application *ratione personae* en raison de situations qui se sont créées avant l'entrée en vigueur: c'est ainsi que les anciennes dispositions devraient rester applicables aux époux déjà mariés; on leur refuserait donc la possibilité d'exercer un libre choix quant au nom à conférer à leurs enfants à naître après l'entrée en vigueur de la loi, au seul motif que les époux n'ont pas (et n'ont bien sûr pas pu) faire connaître leur choix à l'officier d'état civil au moment de la célébration du mariage. Seraient pareillement exclus les frères et sœurs (à naître) d'un enfant déjà né au moment de l'entrée en vigueur, dans la mesure où tous les enfants ont un père et une mère communs: l'automatisme de la dévolution du nom que le projet de loi entend précisément abolir, est donc maintenu au-delà de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi et pour les enfants nés après cette date, et ce par le souci d'assurer que tous les enfants communs d'un même couple portent le même nom. Il est donc dans l'intérêt des enfants à naître que la filiation de leur aîné ne se trouve pas établie à l'égard de ses père et mère: au moins les puînés conserveront-ils pour le moins la vocation de bénéficiaire des nouvelles règles sur la dévolution du nom. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes: le Conseil d'Etat renvoie à ses observations ci-dessus en relation avec précisément l'exigence de formaliser dans l'acte de mariage l'exercice du libre choix des parents quant au nom à conférer à leurs (futurs) enfants.

Ne pourrait-on pas par ailleurs envisager de faire bénéficier (dans des limites restant à déterminer) l'enfant premier-né des possibilités qui seraient offertes aux puînés (s'il n'y avait pas ce frère ou cette sœur déjà nés), plutôt que d'exclure les puînés du bénéfice des nouvelles dispositions en raison de l'existence de cet enfant premier-né?

*

Le Conseil d'Etat part de l'idée que la Chambre des députés ne pourra voter tels quels ni l'un ni l'autre texte en présence. Si tel était néanmoins, et par impossible, le cas, le Conseil d'Etat se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 novembre 2003.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

