

N° 4843⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**relatif au nom des enfants**

* * *

AVIS DES FEMMES JURISTES

(4.12.2001)

Dès sa constitution le 12.1.00, l'Association des Femmes Juristes s'est penchée sur la problématique relative à l'attribution du nom aux enfants en vue de clarifier la situation juridique ambiguë actuelle.

Celle-ci provient de ce que, notre loi étant muette sur l'attribution du nom, l'usage qui la supplée, suivant lequel le nom du père est donné aux enfants, est contraire au principe de l'égalité des sexes tel qu'il se dégage de notre Constitution et est proclamé par des Conventions internationales et européennes approuvées par notre Etat. Il en va de même de certains textes de loi, tels les articles 359 et 368,1 du code civil, pour autant qu'ils confèrent à l'adopté le nom du père adoptif et l'article 334-2 du code civil disposant que „l'enfant naturel acquiert le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents“.

Notre association a donc constitué un groupe de travail avec l'objectif d'élaborer des propositions propres à adapter notre législation à la vie moderne.

Déjà dans les années 90, un groupe de femmes s'était attelé à cette tâche et Lydie Err avait rédigé une étude, suivie le 20.1.94 du dépôt d'une proposition de loi conférant aux deux parents le droit de donner à leurs enfants soit le nom du père, soit celui de la mère, soit leurs deux noms accolés.

Cette proposition de loi n'a jamais été avisée par le Conseil d'Etat.

Il a fallu la résolution du Conseil de l'Europe sur l'égalité des époux en droit civil recommandant aux gouvernements de prendre les mesures nécessaires afin de conférer aux deux époux des droits égaux dans le choix du nom des enfants, ainsi que la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe aux Etats membres de supprimer la discrimination entre époux dans le choix du nom de leurs enfants ainsi qu'une nouvelle recommandation de cette institution le 18.3.98 aux ministres concernés, les mettant en demeure de réaliser cette égalité sous peine de voir recensé leur pays comme Etat maintenant des discriminations sexistes, pour qu'enfin le gouvernement luxembourgeois bouge. Il a fallu surtout la pression exercée sur notre gouvernement par le CEDAW (comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes) pour l'obliger à lever les réserves faites par lui lors de la ratification de la Convention de New York sur l'égalité entre hommes et femmes, qui empêchent notamment l'application des dispositions de cette Convention au choix du nom des enfants.

C'est ainsi que, lors de sa dernière réunion en juillet 1997, ce comité a déclaré „qu'il comprenait mal pourquoi tout n'avait pas été mis en oeuvre pour que soient supprimées ces réserves“ et qu'il „ne comprenait pas que, nonobstant les engagements pris par le gouvernement dans son „plan d'action 2000“, aucun effort n'a été fait pour abolir les réserves relatives ... à l'article 16 qui concerne le choix du nom des enfants“. Il a exprimé „sa préoccupation relative à l'absence de volonté de notre gouvernement de faire des efforts afin d'influencer les traditions et attitudes culturelles en vue d'abolir ces réserves“.

A l'approche de la nouvelle réunion du CEDAW en 2002, notre gouvernement se rend compte qu'il est obligé d'honorer ses engagements, cela d'autant plus que nos pays voisins ont déjà mis en oeuvre la réforme en question.

C'est pourquoi que, harcelé de toute part, le Premier Ministre a, dans sa déclaration sur la situation de l'Etat du 3.5.01, annoncé qu'une réforme sur le „nom patronymique des enfants“ était envisagée.

Le projet annoncé fut déposé le 13.9.01 et c'est sur ce texte que portera la présente étude.

*

CONTEXTE HISTORIQUE ET SOCIAL

Avant d'analyser les dispositions inscrites dans ce texte il semble indispensable à une bonne compréhension des différents enjeux en discussion, de placer cette réforme dans son contexte historique et social.

Il y a lieu de retenir d'abord que la matière visée, à savoir l'attribution du nom, fait partie du droit familial, c'est-à-dire des mesures inscrites dans un cadre législatif qui règlent le mode de vie des familles.

Or, force est de constater que la famille s'est fortement transformée. Cette mutation se traduit chez nous, comme dans tous les autres pays européens, par une baisse notable des mariages et une augmentation du nombre des couples non mariés, des divorces et des couples remariés ainsi que des naissances hors mariage.

Si les sociologues, juristes, politiques et autres moralistes ne s'accordent pas dans l'appréciation de ce phénomène, toujours est-il qu'ils sont unanimes à reconnaître que cette mutation de la famille est intimement liée à l'un des traits majeurs de l'évolution des sociétés démocratiques, à savoir l'accès des femmes à l'égalité et à la dignité de sujet de droit.

En effet, le mariage du code Napoléon était conçu comme seul et unique cadre de la famille. Celle-ci était basée sur la hiérarchie des sexes. Le mari en était le chef, la femme et les enfants, civilement incapables, lui étaient soumis. C'est ainsi que, dans l'esprit du Code Civil, le mariage n'a pas le caractère d'un vrai contrat, c'est-à-dire d'un acte consensuel liant les parties sur base d'obligations librement acceptées, mais qu'il est une institution, ce qui veut dire un acte qui oblige les deux parties à accepter et à respecter des obligations qui leur sont imposées par la loi. Or, c'est à ce sujet qu'un profond changement de mentalité de la société s'est opéré.

Jusqu'à une époque récente, le pouvoir, s'appuyant sur le présupposé de la division et de l'inégalité des rôles des sexes, appliquait les principes de la liberté individuelle et de l'égalité, déjà proclamés par la Déclaration des droits de l'homme de 1789, la Déclaration Universelle des droits de l'homme ainsi que notre Constitution, au seul genre masculin. Vers la fin du dernier siècle, des femmes se sont unies dans tous les pays d'Europe pour revendiquer cette liberté et cette égalité et c'est par la force de leurs mouvements qu'elles ont obtenu la réalisation de réformes garantissant aux femmes un statut plus ou moins égal à celui des hommes.

Ce mouvement s'est forcément répercuté sur la conception du mariage et de l'organisation de la vie privée.

C'est ainsi qu'on constate aujourd'hui une redéfinition du couple, plus individuel, plus privé, plus consensuel, conséquence directe de l'égalité des hommes et des femmes. Cette évolution explique pourquoi les nouvelles générations récusent toujours davantage le mariage – statut qui tranche à l'avance et irrémédiablement les événements et conflits futurs sur base d'un modèle de catéchisme des moeurs, définissant autoritairement le bien et le mal. Elles lui préfèrent un contrat librement choisi qui préserve leur autonomie et elles refusent toute réglementation non justifiée par l'ordre public comme une immixtion insupportable dans l'espace privé de leur liberté individuelle. C'est la raison pour laquelle beaucoup de jeunes d'aujourd'hui, pour échapper à cette emprise, boudent le mariage, ce qui explique la diversification des types de famille. On assiste donc à un processus de désinstitutionnalisation de la famille et à l'apparition d'une famille individualiste et relationnelle.

Qu'on regrette cette évolution ou qu'on s'en félicite, toujours est-il que le législateur doit la prendre en considération s'il a à coeur d'élaborer une politique familiale en fonction des besoins ressentis par la population auxquels il doit chercher à répondre et non en fonction de principes idéologiques qu'il veut autoritairement lui imposer. C'est d'ailleurs un leurre que de croire que l'évolution sociale se laisse ainsi guider à contre-courant. La réalité nous montre que dans ce cas les concernés passent tout simplement à côté des interdits.

Pour ce qui est plus spécialement du domaine qui nous occupe, à savoir l'attribution du nom, il y a donc lieu de se demander s'il requiert une réglementation pour des raisons d'ordre public, la protec-

tion de celui-ci étant, dans une démocratie, la seule justification de l'ingérence de l'Etat dans la sphère privée.

A cette fin il importe de s'interroger sur

la nature du nom

Si, avant l'ère industrielle, le prénom suffisait pour identifier les individus, la nécessité de l'adjonction d'un nom s'était sentie avec l'accroissement de la population, les migrations toujours plus fréquentes, le développement de structures administratives toujours plus complexes.

Le nom était donc jusqu'à une époque récente, le seul moyen d'individualiser chaque personne au sein de ses diverses manifestations dans la vie sociale. Il est évident que le bon fonctionnement de la société étant intéressé par l'identification de ses membres, l'Etat avait le devoir de la réglementer. Il est d'autant plus étonnant que, dans les pays régis par le code Napoléon, il ne l'ait pas fait par un texte législatif exprès énonçant, entre autres, la voie de transmission du nom. Or, le seul texte important en cette matière est la loi du 6 fructidor an II, posant le principe de l'interdiction du changement du nom. Il faut croire que la vision patriarcale de la famille était enracinée à tel point que l'idée de la transmission du nom autrement que par le père n'était jamais venue à l'esprit des politiques, que ce fussent les révolutionnaires de 1789, chantres de l'Egalité, ou les grands hommes des deux siècles suivants dont beaucoup, pourtant, proclamaient des idéaux de justice sociale et de respect de l'homme.

Depuis plusieurs décennies, cependant, un changement important en matière d'identification des individus s'est amorcé, puis stabilisé et généralisé avec le développement de l'informatique: l'instauration de la matricule comme moyen fiable d'identification.

Cette petite révolution a fait changer le nom de nature. Avec la disparition de son utilité comme moyen d'identification il est sorti de la sphère administrative pour ne conserver que son caractère de droit personnel, d'où il suit que l'ingérence de l'Etat dans ce domaine ne se justifie plus, sauf pour le protéger dans l'intérêt de l'individu, sujet du droit en question.

C'est en partant de ces considérations que notre Association fera l'analyse du projet.

*

ANALYSE ET DISCUSSION DU PROJET

Nous avons constaté avec satisfaction que théoriquement le texte proposé respecte le principe de la sauvegarde de l'égalité des sexes, puisqu'il soumet le choix du nom aux deux parents et que le nom peut être celui du père ou de la mère.

Nos critiques porteront cependant sur les points suivants:

1. L'intitulé du projet
2. Différence entre enfants légitimes et enfants naturels
3. Moment du choix du nom
4. Nom double
5. Solution en cas de désaccord des parents
6. Choix donné à l'enfant
7. Même nom pour les enfants issus du même couple
8. Rétroactivité

1. L'intitulé du projet

est le suivant: „Projet de loi relatif au nom patronymique des enfants“

Or, de toute évidence, le mot „patronymique“ vient de pater(père) et se définit comme étant le nom de famille en ce qu'il est transmis par le père. Ce vocable constitue ainsi l'une des expressions de la conception patriarcale de la famille. C'est donc un contresens d'employer ce terme dans un projet ayant pour objet d'abolir ce privilège patriarcal en donnant le choix aux parents d'attribuer à leurs enfants le nom de la mère aussi bien que celui du père. On ne saura plus parler à l'avenir que de nom et de prénom de sorte qu'il faudra intituler le projet: „*Projet de loi relatif au nom des enfants*“.

2. Différence entre enfants légitimes et naturels

Nous regrettons que le projet établisse une différenciation entre enfants légitimes et naturels nonobstant les recommandations répétées des Institutions internationales aussi bien qu'euro-péennes de faire disparaître de nos lois cette inégalité contraire aux droits de l'homme (cf. entre autres, la convention relative aux droits de l'enfant du 20.11.89, l'avis du Conseil d'Etat quant aux réserves).

Il n'est donc pas admissible que, dans une nouvelle loi, cette inégalité soit maintenue et réglementée, ceci d'autant moins qu'une uniformisation la rendra plus simple. Ainsi, il faudra éliminer de tous nos textes législatifs, et donc du présent projet, le terme même d'„enfant naturel“, chargé de tout son passé de mépris et de relents malsains et peu glorieux pour une société qui, durant des siècles, a injustement déconsidéré et mis au ban les enfants qu'elle considérait comme étant le fruit du péché.

Dans cet ordre d'idées, nous proposons d'apporter au projet No 4843 les changements suivants:

- supprimer l'avant-dernier alinéa de l'art. 57 et ajouter au 4ième alinéa le dernier alinéa actuel modifié comme suit, le 4ième alinéa étant alors de la teneur suivante:

„Lorsque la filiation est établie à l'égard d'un seul parent, il acquiert le nom de celui-ci. Dans ce cas l'officier de l'état civil en donne, dans le mois, avis au juge des tutelles compétent du lieu de naissance. Si l'enfant ... 24 heures.“

Par voie de conséquence il y aura lieu de supprimer l'art. 334-2. Quant à l'art. 334-3, il faudra y supprimer le mot „naturel“.

Nous proposons en outre d'ajouter à l'article 57 du projet une partie de la disposition contenue à l'article 334-2, à savoir: *„Celui qui déclare la naissance à l'officier de l'état civil en application de l'article 56, remet à ce dernier une déclaration conjointe, signée par le père et la mère de l'enfant indiquant le nom à conférer à celui-ci“*

Cette formalité semble essentielle, qu'il s'agisse d'enfants de parents mariés ou non.

3. Moment du choix du nom

Il est clair qu'en cas de suppression de la différence entre enfants légitimes et naturels, le choix du nom ne peut pas se faire lors du mariage, mais à la naissance. Cette solution paraît de toute façon préférable, puisqu'il est aberrant d'obliger quelqu'un à faire un choix irrémédiable par rapport à un événement futur, incertain, sans être à même de tenir compte des données au moment où il se concrétisera (- p. ex: couple séparé au moment de la naissance). Nous ne comprenons pas quelle a pu être à ce sujet la motivation des auteurs du projet, ceux-ci n'ayant justifié cette solution que par l'argument peu convaincant „qu'il a été jugé (par qui?) que le moment du mariage se prête mieux que la naissance de l'enfant pour gérer un tel choix en toute „sérénité“ (pour quelle raison?)“.

Le projet français fixe le choix au moment de la naissance et si la loi allemande fixe le choix du nom de famille au mariage, c'est qu'il est porté à partir de ce moment par les deux époux.

Il est donc certainement faux d'adopter une solution qui concerne une situation juridique différente. Elle soulève d'ailleurs d'autres questions:

Est-ce que le choix du nom des enfants constitue une condition du mariage sans l'accomplissement de laquelle celui-ci n'est pas possible? Qu'en est-il des couples qui savent qu'ils ne peuvent pas avoir d'enfants?

Beaucoup de couples ne ressentiront-ils pas cette exigence comme une contrainte supplémentaire liée au mariage. Ne préféreront-ils pas préserver leur liberté en vivant ensemble sans se marier, ce qui leur permettra, entre autres, de choisir le nom de leurs enfants au moment de leur naissance.

Nous plaidons donc pour la suppression de l'alinéa 6 de l'article 76 du projet.

4. Nom double

Les auteurs du projet se prononcent contre le choix d'un nom formé par celui des deux parents, accolés dans l'ordre choisi par eux, au motif que „non seulement le nom double est peu en usage dans notre pays, mais surtout crée de nombreux problèmes d'ordre administratif“.

Faut-il s'étendre sur le premier argument? Comment serait-ce possible que le double nom soit en usage chez nous, alors que l'usage justement impose le nom du père? Il importe d'ailleurs peu de savoir si le double nom est actuellement en usage ou non, mais il échet de décider s'il faut le mettre en usage.

Or, nous ne voyons aucune raison juridique d'interdire aux parents de donner leurs deux noms à leurs enfants, tel que le prévoit d'ailleurs le projet français. C'est même un moyen pour eux d'exprimer de façon affective que l'enfant leur appartient à tous les deux ou, du moins, de trouver une solution en cas de désaccord.

On se demande d'ailleurs pourquoi un individu ne pourrait pas porter deux noms alors que le nombre des prénoms n'est aucunement limité.

Il ne suffit pas non plus de proclamer qu'un double nom créerait des problèmes d'ordre administratif pour qu'il en soit ainsi. Comme expliqué ci-dessus, le nom ne joue plus de rôle d'identification en matière administrative. Cet argument du désordre administratif, qui a également été avancé pour s'opposer au droit des femmes de porter leur propre nom, s'est révélé par après totalement non fondé dans la pratique. S'il est vrai qu'un double nom est généralement plus long et donc plus encombrant qu'un nom simple, il appartient cependant aux seuls parents d'en mesurer l'inconvénient éventuel et de faire leur choix en conséquence.

La loi ne saurait en aucun cas se substituer à eux en leur interdisant cette possibilité.

5. Solution en cas de désaccord des parents

Comme déjà énoncé ci-dessus, laisser aux parents la possibilité de donner à leurs enfants leurs deux noms accolés aurait l'avantage de constituer une solution au cas où ils ne sauraient trouver un accord pour leur donner le nom de l'un ou de l'autre. En ce qui concerne cette problématique, il y a cependant lieu, d'abord, de la dédramatiser. Ces cas seront certainement très rares, tout comme sont rares déjà actuellement les désaccords en matière de choix du prénom. Là encore, c'est au couple de régler ce conflit. Pour ces cas rarissimes la solution prônée par les auteurs du projet français de donner à l'enfant les noms des deux parents, accolés dans l'ordre alphabétique, nous semble la plus équitable, d'autant plus, si, comme il est exposé dans le chapitre suivant, on accordera à l'enfant devenu adulte, le droit de choisir.

Voilà pourquoi nous proposons de modifier les deux dernières phrases de l'alinéa 2 de l'art. 57 de la façon suivante:

„L'enfant peut acquérir soit le nom de son père, soit celui de sa mère, soit les deux noms des père et mère accolés dans l'ordre choisi par eux.

En cas de désaccord sur le nom à conférer à l'enfant, celui-ci acquiert les deux noms des parents accolés dans l'ordre alphabétique. Au cas où une personne a un double nom, elle ne peut en transmettre qu'un seul à ses enfants.“

6. Choix donné à l'enfant

Il nous semble absolument indispensable que la loi donne aux enfants le droit d'exprimer leur propre volonté dans une matière qui concerne leur statut personnel.

Au bout d'une longue évolution du statut des enfants allant de l'enfant-objet soumis au droit absolu du père, traversant un stade de prise de conscience de la protection des mineurs, a surgi récemment leur reconnaissance comme des sujets dont les droits sont proclamés par la Convention des Nations Unies de 1989, ratifiée par notre pays le 21.3.90.

Cette convention proclame principalement, qu'en tant qu'être humain l'enfant jouit des droits de l'homme. Elle leur garantit notamment le droit au nom, la liberté d'expression, et, à l'enfant capable de discernement, le droit d'exprimer librement son opinion sur toutes les questions l'intéressant.

Il est impératif que, dans le domaine du nom, la loi respecte ce principe. Si les parents doivent attribuer un nom à leur enfant, incapable à sa naissance de ce faire, il est toutefois nécessaire de lui conférer le droit de choisir son nom lui-même à partir de l'âge de la majorité. (Le droit de consentir au changement de son nom lui est d'ailleurs déjà accordé actuellement dans certaines situations particulières tout comme le droit de choisir, le cas échéant, sa nationalité.)

Si le législateur ne veut pas franchir le pas d'accorder au jeune de 18 ans le droit de choisir un nom quelconque, même en dehors de ceux de ses parents, ce qui serait logique et qui se pratique dans d'autres pays, tel l'Angleterre par exemple, il devra pour le moins lui reconnaître le droit de choisir son nom parmi ceux de ses parents, et ceci par déclaration devant l'officier de l'état civil.

Pour les motifs exposés ci-dessus, l'argument d'un désordre administratif, ici comme ailleurs, n'est pas fondé.

Nous proposons d'ajouter un dernier alinéa à l'article 57 du projet:

„Par déclaration devant l'officier de l'état civil qui en fera mention en marge de l'acte de naissance, l'intéressé-e pourra, à partir de l'âge de 18 ans opter pour un nom autre que celui déclaré à sa naissance.“

7. Même nom pour les enfants issus du même couple

Pour les mêmes raisons n'est pas valable l'argument avancé par les auteurs du projet que la possibilité accordée aux parents de ne pas donner à tous leurs enfants le même nom „ferait désordre“. Ou n'est-ce pas l'ordre administratif qu'ils visent ici, mais plutôt l'ordre moral?

Pensent-ils pouvoir préserver de cette sorte l'unité de la famille?

Qu'on soit partisan d'une philosophie considérant la famille comme cellule essentielle constitutive de la société étatique ou qu'on renie une telle conception, toujours est-il qu'il faut être conscient de ce que ce n'est pas par la loi qu'on pourra arrêter l'évolution de la société, et en particulier, rétablir l'unicité de la famille.

La réalité nous montre l'augmentation du nombre de familles monoparentales et de familles dites „recomposées“, dans lesquelles plusieurs enfants, portant chacun un nom différent, vivent ensemble sans que cela ne dérange ni les parents ni les enfants en question ni ne crée des difficultés sur le plan administratif.

La restriction proposée ne changera d'ailleurs rien à une situation présumée de „désordre“, puisqu'elle ne concernera que les enfants nés du même couple, alors que le „désordre“ invoqué pour la justifier provient du fait de l'augmentation des désunions de couples suivies d'unions nouvelles.

Le législateur devra donc permettre aux parents de donner des noms différents aux enfants issus de leur couple. Cela permettra, en plus, à certains de trouver plus facilement un accord en convenant de leur donner alternativement le nom de l'un et de l'autre.

En conséquence, nous proposons de supprimer l'alinéa 5 de l'article 57 du présent projet.

8. Rétroactivité

Le premier argument invoqué dans le commentaire du projet contre la rétroactivité de la loi projetée est d'éviter que des enfants nés d'un même couple portent des noms différents. Or, si l'on suit notre raisonnement développé ci-dessus, cette argumentation devient caduque.

En plus, la nécessité de la rétroactivité de cette loi est tellement importante qu'on ne saurait la repousser en vertu du principe de l'unicité du nom de la fratrie. Il serait, en effet, au plus haut degré inéquitable et choquant de ne laisser bénéficier de l'acquis du respect de l'égalité que les couples n'ayant pas encore d'enfants ou n'étant pas encore mariés au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et d'en exclure la grande majorité des citoyens déjà parents ou déjà mariés à ce moment.

Est-ce possible, dans un Etat de droit, qu'un usage contraire à l'égalité des sexes, condamné par les autorités internationales et nationales, continuera pendant des années encore à s'appliquer à la quasi-totalité de la population après la mise en vigueur d'une loi faite pour l'abolir. Devant un tel constat on est tenté de se demander si les initiateurs du projet ont vraiment à coeur d'instaurer l'égalité ou si plutôt

ils cherchent à donner l'apparence d'avoir satisfait aux exigences relatives à l'instauration du principe de l'égalité tout en limitant autant que possible les effets par le truchement de la non-rétroactivité.

L'argument avancé dans le commentaire des articles, selon lequel il ne faudrait pas remettre en cause les situations acquises sous la législation actuelle, tombe à faux, vu que le changement n'affectera que ceux qui, par leur propre volonté, choisiront de renoncer à leur situation acquise et non pas ceux qui préfèrent la conserver.

Ici encore le législateur doit avoir à coeur de laisser aux individus leur libre choix, puisque l'ordre public ne justifie pas son intervention.

Pour conclure, nous exprimons le voeu que ce principe du libre choix domine la présente réforme, car c'est ainsi que nous imaginons un Etat de droit tel que nous le souhaitons pour notre pays.

Luxembourg, le 4 décembre 2001

*Femmes Juristes,
a.s.b.l.*

