

LA TRANSMISSION DU PATRONYME S'OPÈRE SUR LA BASE D'UNE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE DES PARENTS CEDH, CUSAN ET FAZZO C ITALIE, 7 JANVIER 2014

DROIT DE LA FAMILLE
ET DES PERSONNES

*THE TRANSMISSION OF A SURNAME IS BASED
ON A DISCRIMINATION ON THE GROUND OF THE PARENTS'
SEX, CEDH (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS),
CUSAN AND FAZZO VS ITALY, 7 JANUARY 2014*

Par **Maryline BRUGGEMAN***

RÉSUMÉ

Le 7 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention la règle italienne imposant de transmettre à l'enfant « légitime » le nom du mari. Elle condamne ainsi toute inégalité de traitement entre l'homme et la femme mais ignore les difficultés que pourraient susciter d'éventuels désaccords entre les parents, chacun d'eux se voyant désormais reconnaître un droit égal de transmettre son nom.

MOTS-CLÉS

Nom de famille, inégalité de traitement, vie privée et familiale, patronyme, égalité homme-femme.

* MCF - HDR UT1 - maryline.bruggeman@ut-capitole.fr

SUMMARY

On January 7th, the European Court of Human Rights decided that the Italian law on transmission of the father's surname is a violation of Article 14 taken together with Article 8 of the European Convention on Human Rights. Therefore, the Court held that the decision to name a child based on transmission of the father's surname was based solely on discrimination on the ground of the parents' sex, and was incompatible with the principle of non-discrimination but it doesn't offer any solution when parents disagree; each of them have an equal right to give their own surname.

KEYWORDS

Surname, discrimination, right to respect for private and family law, father's surname, equality between women and men.

83% des enfants nés en France en 2012 ont été inscrits sous le nom de leur père (1) ; seuls 9% bénéficiaient du double nom... Ces chiffres montrent, s'il en était besoin, que, dix ans après qu'a été offert aux parents le choix du nom de leur enfant (2), la tradition patronymique n'a pas perdu de sa vigueur. Ils donnent un relief particulier à l'arrêt rendu le 7 janvier dernier par la Cour européenne des droits de l'homme condamnant l'Italie pour avoir conservé le principe patronymique (3). Madame Cusan et Monsieur Fazzo, ressortissants italiens mariés, souhaitaient que leur fille fût inscrite dans les registres de l'état civil sous le nom de sa mère. Leur demande fut rejetée par l'officier de l'état civil ainsi que par les juridictions internes. Les époux se tournèrent alors vers la CEDH qui conclut – à la majorité de 6 voix contre 1 – à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

La règle italienne en cause rappelle celle qui était en vigueur en France avant la réforme de 2002. Outre la faveur qu'elle donne au nom du père, il s'agit, comme l'ancienne règle française, d'une coutume résultant d'une combinaison d'articles. Son caractère impératif et absolu ne pouvait manquer d'attirer les foudres des juges européens. Suivant les recommandations du Conseil de l'Europe (4) qui invite régulièrement les États à abandonner le principe patronymique, la Cour y voit un traitement discriminatoire, attentatoire à l'égalité entre l'homme et la femme (I). La Cour constitutionnelle italienne, qui avait été saisie de la constitutionnalité du dispositif, a elle-même reconnu que le système en vigueur procède d'une « conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari » incompatible avec le principe constitutionnel d'égalité homme – femme (5). Pourtant, la portée de cette décision demeure incertaine tant l'égalité qu'elle promet entre les parents de l'enfant se heurte à des difficultés concrètes (II).

(1) Ined, *Le nom de famille des enfants nés en 2012*, 2013, www.ined.fr.

(2) L. n°2002-304, 4 mars 2002, JO 5 mars ; Art. 311-21 C. civ.

(3) CEDH, *affaire Cusan et Fazzo c. Italie*, requête n°77/07, 7 janvier 2014.

(4) Comité des ministres du Conseil de l'Europe, résolution 37, 27 septembre 1978 sur l'égalité des époux en droit civil ; Comité des ministres, 5 février 1985, recommandation 2, relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe – 18 mars 1998 recommandations 1362 relatives aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants (V. Saint-Pau (dir), *Droits de la personnalité*, Lexisnexis, coll. Traité 2013, n°739).

(5) Arrêt du 16 février 2006 cité par la CEDH.

I. LA CONDAMNATION D'UNE INÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE L'HOMME ET LA FEMME

Une différence de traitement jugée discriminatoire. En Italie, seul le nom du mari est transmis à l'enfant. Une différence de traitement apparaît donc avec l'épouse dont le nom ne peut même d'un commun accord être transmis. Seule une « justification objective et raisonnable » aurait permis à l'Italie d'échapper à une condamnation, ce qui était peu probable, « seules des considérations fortes [pouvant] amener la cour à estimer compatible avec la convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe » (§64). A cet égard, la seule justification avancée par le Gouvernement paraît passer à côté de sa cible : selon lui, l'existence d'un dispositif de changement de nom, dispositif dont avaient bénéficié les requérants (6), suffirait à écarter tout grief. La Cour écarte cet argument en rappelant que le choix du nom de famille au jour de la déclaration de naissance doit être distingué du changement postérieur de nom (§49). Or c'était bien l'interdiction d'inscrire l'enfant sous le nom Cusan dans les registres de l'état civil qui était contestée en l'espèce. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas tenté de contester l'affirmation, pourtant peu étayée dans l'arrêt, selon laquelle l'homme et la femme sont dans une situation similaire s'agissant de la transmission de leur nom à l'enfant. Cette analyse conduit pourtant à ignorer la fonction traditionnelle attachée au nom de famille.

L'effacement de la fonction généalogique du nom. En Italie comme en France, le nom de l'enfant trouve son fondement dans le lien de filiation : l'enfant ne peut porter que le nom de ses parents désignés par le lien juridique de filiation. Or la filiation maternelle n'est pas parfaitement identique à la filiation paternelle : la maternité, traduction d'un fait aisément vérifiable, l'accouchement, est toujours certaine alors que la paternité ne repose que sur des présomptions – la présomption *pater is est* au premier chef. Transmettre son nom peut donc paraître répondre alors à un impératif pour l'homme alors qu'il ne s'agit pour la mère que de satisfaire un désir – tout à fait respectable au demeurant – de transmettre son nom ; il est donc possible de considérer qu'au regard de la fonction traditionnelle du nom consistant à afficher socialement le rattachement familial, la mère et le père ne sont pas dans une situation similaire. À cet égard, l'argument du gouvernement italien pour qui l'une des conséquences de l'inscription de l'enfant sous le nom de sa mère en lieu et place du nom du père aurait été « la non reconnaissance de l'enfant par son père » (§51) s'entend parfaitement. Il tentait ainsi de faire valoir que, par l'apposi-

(6) Ils avaient été autorisés par décret à ajouter au nom de leurs enfants légitimes celui de leur mère (art. 153 à 164 du Décret royal n°1238 du 9 juillet 1939).

tion du nom du père, est affichée sa paternité ; faire prévaloir le nom du père se justifierait par l'« inégalité » des situations entre le père et la mère. Dans cette perspective, on comprend pourquoi, pour le gouvernement, la possibilité dont a bénéficié le couple d'accoler le nom de la mère à celui du père suffisait à satisfaire aux exigences de la Convention, le dispositif de changement de nom venant atténuer la rigueur du principe patronymique (7). Mais, en refusant d'envisager que les situations en cause puissent différer, la CEDH ignore la fonction généalogique du nom et déplace le débat sur le terrain de l'autorité parentale dont le choix du nom de l'enfant est désormais l'expression.

II. LA PROMOTION D'UNE ÉGALITÉ ABSOLUE DES PARENTS DANS LE CHOIX DU NOM DE FAMILLE

Le choix du nom de l'enfant, élément du droit à la vie privée et familiale des parents. C'est en justifiant de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention que la Cour révèle le fondement de sa condamnation. L'interdiction de la discrimination édictée à l'article 14 complète les autres clauses de la Convention et ne vaut que pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent (§54). Pour conclure à la violation de l'article 14, les règles de dévolution du nom doivent entrer dans le champ d'application de la Convention alors même que celle-ci n'y fait nullement référence. La Cour se fonde sur la jurisprudence inaugurée avec l'arrêt *Burghartz c. Suisse* (8), et selon laquelle il s'agit d'un « moyen déterminant d'identification personnelle et de rattachement à une famille » concernant la vie privée et familiale de la personne. Le nom est depuis « annexé » à la Convention européenne (9). La Cour étaye par ailleurs son raisonnement en faisant référence à deux autres décisions relatives au nom concluant à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Ces rapprochements sont toutefois sources de confusion,

ces décisions étant toutes relatives au nom du conjoint (10). Celui-ci doit être distingué du nom de l'enfant car si le nom « marital » obéit à des règles différentes en Europe – nom d'usage pour certains États, le nom matrimonial commun a dans d'autres une véritable portée onomastique, les époux pouvant le conserver après la dissolution de l'union (11) – il s'agit toujours de permettre aux époux d'afficher l'unité de la cellule familiale créée en choisissant le « nom de la famille ». Le « nom de famille » en revanche est le nom donné à l'enfant issu du couple. En s'appuyant sur ces affaires relatives au nom du conjoint, la Cour rend le fondement de sa décision ambigu alors qu'à l'évidence, en concluant à la discrimination, l'arrêt reconnaît à chacun des parents un droit égal de transmettre leur nom à l'enfant qu'elle rattache non plus à la filiation – ce qui aurait permis d'envisager une différence de situations entre le père et la mère – mais à l'autorité parentale. Cette égalité des prérogatives parentales est alors nécessairement source de difficultés lorsque les deux parents, à la différence des requérants, sont en désaccord sur le choix du nom à transmettre à l'enfant.

Des possibilités infinies.... Le fait qu'en l'espèce, le père et la mère étaient d'accord pour choisir le nom de la mère explique que la CEDH n'ait pas abordé cet aspect du problème or il est évidemment essentiel. Dans l'hypothèse d'un désaccord, doit être tranché un conflit entre des droits fondamentaux concurrents et égaux ce qui paraît pour le moins délicat, la Cour prônant une égalité parfaite entre les deux parents... Certes, la portée de la condamnation prononcée paraît au premier abord limitée : comme elle se fonde sur le caractère absolu et impératif de la règle italienne, il devrait suffire de permettre aux parents, sous réserve de leur volonté commune, de choisir le nom de la mère en lieu et place du nom du père pour satisfaire aux exigences de la Cour. Rien n'interdit *a priori* à l'Italie d'imposer le nom du père dans le cas de désaccord ou d'absence de choix de la part des parents ainsi que le sous-entend la décision en précisant que « la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux enfants légitimes peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention », seule « l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés [étant] excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes » (§67). Enfin, rien ne paraît l'obliger à

(7) V. l'opinion dissidente du juge Popovic selon lequel les requérants avaient perdu leur qualité de victime en obtenant un changement administratif de nom.

(8) CEDH, 22 février 1994, D. 1995, J., p.5, note Marguénaud.

(9) Obs. Marguénaud, précit.

(10) L'arrêt *Burghartz c. Suisse* dénonçait le refus opposé à la demande du mari souhaitant faire précéder le nom de famille – celui de son épouse – du sien propre. L'affaire *Ünal Tekeli c. Turquie* (CEDH, req. n°29865/96, 16 nov. 2004, RTD civ. 2005. 343 obs. Marguénaud) concernait la règle interdisant à la femme mariée d'utiliser son nom de jeune fille alors que le mari conserve son nom de famille après le mariage. Enfin, l'affaire *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (CEDH, req. n°664/06, 9 novembre 2010 : Dr. Fam. 2010 Alerte 83, obs. Bruggeman ; Brière, « Les couples binationaux et le choix du nom de famille », D. 2011, chron. p. 804) concernait la nécessité pour les époux souhaitant adopter le nom de l'épouse comme nom commun, de soumettre aux autorités une demande commune, le nom du mari leur étant attribué par défaut comme nouveau nom de famille après le mariage.

(11) Not. en Allemagne. V. E – SDC, Etudes Suisses de Droit comparé, 2006-1, www.isdc.ch; Furkel, « le modèle allemand : le nom, marque individuelle », in C. Neirinck (dir), *L'État civil dans tous ses états*, LGDJ, coll. Droit et société, Série Droit, vol. 47, 2008, p. 159.

adopter le « double nom » : l'arrêt n'y fait pas référence et n'évoque même pas sa progression pourtant évidente en Europe (12).

Pourtant, même si l'arrêt ne le dit pas expressément, à partir du moment où le choix du nom de l'enfant relève du droit à la vie privée et familiale de chacun des parents, leur égalité impose de leur offrir non seulement une grande liberté de choix – entre le nom de la mère, le nom du père ou les deux, ou pourquoi pas n'importe quelle composition qui plairait aux deux parents (13) – mais en outre à refuser le recours à une règle supplétive imposant le nom du père – ce qui serait faire prévaloir une conception patriarcale de la famille – ou le nom de la mère – ce qui, soyons logique, serait évoluer vers le matriarcat... Seul le double nom satisfait pleinement à l'égalité prônée et ce même s'il se révèle totalement artificiel car ne correspondant à aucune tradition onomastique dans la plupart des pays européens (14) et aboutit à une

(12) Au Luxembourg, depuis le 1^{er} mai 2006, les parents peuvent choisir de donner à l'enfant, soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs 2 noms accolés (sans trait d'union) dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun des parents. En Belgique, « [l]'enfant dont seule la filiation paternelle est établie ou dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies en même temps, porte le nom de son père » mais est actuellement en discussion un projet de loi « modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté » – art. 335 C. civ. – mais une réforme est en cours (projet de loi adopté en séance plénière, mars 2014. V. *Le Monde* 27 février). (V. sur l'influence de la CJUE, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul / Standesamt Niebüll*, aff. C-353/06, AJ fam. 2008, p.481, obs. Boiché ; D. 2009, p. 845, note Boulanger).

(13) À l'instar de ce qui a pu être décidé s'agissant du choix du prénom : CEDH, *Affaire Guillot c. France*, req. n°15773/89 ; 15774/89, 24 oct 1996.

(14) À l'exception de l'Espagne et du Portugal. V. Hualde Sanchez, « le modèle espagnol : le double nom », in Neirinck (dir), *L'État civil dans tous ses états*, op.cit. p. 151.

palette infinie de possibilités (15). Apparaît alors un nouveau dilemme pour les États, celui du choix de l'ordre des composantes de ce double nom, choix dont dépend bien souvent la survie du nom de famille transmis. Sur ce point, le législateur français vient d'opter pour la solution la plus artificielle qui soit en privilégiant l'ordre alphabétique en cas de désaccord...

L'Italie tente depuis plusieurs mois de réformer ses règles de dévolution du nom de famille sans y parvenir. Elle n'est pas la seule à se heurter à des difficultés pour respecter les exigences européennes (16). Peut-être serait-il temps de voir que ces difficultés récurrentes expriment les hésitations des législateurs nationaux, contraints de modifier des dispositifs traditionnels au nom d'un principe d'égalité parfois désincarné et excessif. A trop parler d'égalité, on en oublie que toutes les situations ne sont pas interchangeables, en particulier en droit de la famille, et que les règles qui ont résisté au temps répondent souvent à une nécessité, ainsi que le révèlent les choix faits encore aujourd'hui par une majorité de français lors de la déclaration de naissance de leur enfant... ■

(15) Art. 311-21 C. civ. et Circ. d'appl. 6 déc. 2004 (n°CIV/18/04, www.justice.gouv.fr) concluant à l'existence de 16 noms possibles lorsque les parents portent des noms doubles.

(16) La France a retouché son dispositif à 4 reprises pour remédier à ses imperfections initiales (L. n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille ; ordo. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ; L. n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance précitée ; n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) créant ainsi des conflits aigus de loi dans le temps dont la CEDH a été récemment saisie (CEDH, *De Ram c/ France*, 27 août 2013 n°38275/10 : AJ fam. 2013, 645 obs. Doublein ; RTD civ. 2013.812, obs. Marguénaud et 817 obs. Hauser).