

# Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 1995 p. 5

L'adjonction de son patronyme par le mari au nom commun de la famille emprunté à sa femme et la Convention européenne des droits de l'homme

**Jean-Pierre Marguénaud**

## NOTE

Décidément, les juridictions européennes s'intéressent beaucoup à l'état civil. Après le sexe et le prénom <sup>(1)</sup>, elles ont en effet mis le nom patronymique à l'honneur : la CJCE a commencé par protéger son intégrité en se fondant sur la liberté d'établissement des personnes physiques <sup>(2)</sup> ; maintenant la Cour européenne des droits de l'homme, par un arrêt *Burghartz c/ Suisse* du 22 févr. 1994 <sup>(3)</sup>, vient de l'annexer à la Convention européenne des droits de l'homme, pourtant muette à son sujet. Ce nouveau coup d'audace des juges de Strasbourg mérite une attention d'autant plus grande qu'il a été porté contre une législation déjà beaucoup plus libérale que la nôtre.

En 1984, Albert Schnyder, citoyen suisse, avait épousé Susanna Burghartz qui avait, elle, les nationalités suisse et allemande. Le mariage ayant été célébré en RFA, les époux, conformément au droit de ce pays, avaient choisi le nom de l'épouse, Burghartz, comme nom de famille. Dans le même temps, le mari avait usé de son droit de faire précéder le nom de famille du sien propre pour s'appeler Schnyder Burghartz. Or, en Suisse, où ils résidaient, l'état civil avait enregistré Schnyder comme patronyme commun aux époux. Cette asymétrie les choqua beaucoup. Aussi sollicitèrent-ils l'autorisation de donner à la famille et au mari les mêmes noms qu'en Allemagne soit Burghartz pour la première et Schnyder Burghartz pour le second. Ils essuyèrent plusieurs refus catégoriques avant que le tribunal fédéral, interprétant de façon très extensive une nouvelle disposition du code civil suisse, ne leur permette de substituer Burghartz à Schnyder comme nom de famille. En définitive, leur demande ne fut cependant que partiellement satisfaite car le mari n'obtint pas l'autorisation de porter le double nom auquel il prétendait. En effet, selon le tribunal, accéder à cette partie de la requête était juridiquement impossible et pratiquement inutile. Juridiquement impossible car en modifiant les règles relatives au nom, le Parlement suisse, « soucieux de préserver l'unité de la famille et d'éviter une rupture avec la tradition, n'avait jamais consenti à introduire l'égalité absolue entre les époux dans le choix du nom, et avait ainsi délibérément limité à la femme le droit d'ajouter le sien à celui de son mari ». Pratiquement inutile dans la mesure où, à défaut de double nom légal, il existe, pour un mari suisse, d'autres moyens moins officiels de placer son nom avant celui de son épouse. Ces succédanés ne consolèrent ni M. Burghartz dont le diplôme de docteur en histoire ne mentionnait même plus la composante Schnyder de son nom, ni M<sup>me</sup> Burghartz, effondrée à l'idée d'avoir contribué à dépouiller son mari du nom sous lequel il s'était fait connaître dans les milieux académiques où il faisait carrière. C'est donc ensemble que les deux époux saisirent la Commission européenne des droits de l'homme le 26 janv. 1990 en invoquant la violation des art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Commission retint la requête en février 1992 et, dans son rapport rendu quelques mois plus tard, elle conclut à la violation des articles invoqués. L'affaire fut ensuite portée devant la Cour européenne des droits de l'homme par la Commission puis par la Confédération suisse.

Sur le fond, la Cour européenne des droits de l'homme affirme, à la faible majorité de cinq voix contre quatre, qu'il y a eu violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8.

Il s'agit là d'une nouvelle manifestation du rôle autonome de l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le principe de non-discrimination. Certes, cet article n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut seulement pour la jouissance des droits et libertés garantis dans la Convention <sup>(4)</sup>. Cependant, son autonomie se manifeste

1

lorsque, combiné avec un autre article, il permet de sanctionner une situation qui, en elle-même, ne constituerait pas une violation du droit garanti par cet autre article (5). Autrement dit, le principe de non-discrimination n'apporte rien à lui seul, mais il permet d'élargir la protection des droits et libertés déjà garantis par la Convention et les Protocoles additionnels. C'est dire que pour pouvoir, en l'espèce, sanctionner la discrimination instaurée au détriment du mari (II) il fallait d'abord que la cour plaçât le nom sous la bannière du droit au respect de la vie privée et familiale (I).

I. - Nom et droit au respect de la vie privée et familiale.

Puisqu'il fallait trouver dans la Convention européenne des droits de l'homme une sorte de parrain pour le nom, c'est avec le droit garanti par l'art. 8 que le rattachement était encore le moins artificiel (A). Cette annexion n'aurait cependant présenté aucune utilité en l'espèce si elle n'avait pu se conjuguer avec une extension de la notion de vie privée aux activités professionnelles et commerciales (B).

A. - *Raccordement du nom à l'art. 8.* - L'établissement d'un lien entre le nom et le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 se heurtait à un certain nombre d'obstacles techniques. La Cour européenne des droits de l'homme les a énergiquement contournés, contribuant ainsi à jeter un éclairage moderne sur les aspects théoriques d'une vieille institution.

Un premier obstacle à l'applicabilité de l'art. 8 tenait à l'art. 5 du Protocole n° 7 relatif à l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre les époux. Selon l'Etat défendeur, ce texte, ratifié avec une réserve, se serait substitué à l'art. 8 pour régir seul les questions relevant de son champ d'application, particulièrement celle de l'égalité des époux dans le choix de leur nom.

L'argumentation était cohérente mais elle sous-tendait une idée fort pernicieuse : celle suivant laquelle les Protocoles additionnels sont susceptibles de conduire à une régression de la protection des droits de l'homme déjà assurée par la Convention elle-même. La Cour de Strasbourg, grande promotrice de méthodes d'interprétation progressiste ou évolutive, ne pouvait tolérer de tels retours en arrière. Elle avait déjà laissé entendre qu'elle ne les admettrait pas, dans un arrêt *Ekbatani* du 26 mai 1988 (6). En l'espèce, elle les condamne beaucoup plus énergiquement en énonçant qu'une clause additionnelle à la Convention ne saurait se substituer à un des articles originaires ni en réduire la portée. Aucune réserve suisse ne pouvait donc faire obstacle à l'application de l'art. 8 à la question de l'égalité des époux dans le choix de leur nom.

Ce qui aurait pu l'empêcher, en revanche, c'est que, contrairement à la plupart des autres instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme ne contient, en son art. 8, aucune disposition explicite relative au nom. L'argument est traité presque avec dédain par la Cour. En effet, elle ne se donne même pas la peine de le réfuter puisqu'elle se borne à proclamer : « 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 ». L'affirmation n'est pas surprenante ; la démarche l'est davantage. L'étonnement vient de ce que, dans l'arrêt *Johnston* du 18 déc. 1986 (7), la Cour de Strasbourg avait déclaré avec une certaine vigueur, à propos du droit au divorce, qu'elle ne saurait dégager de la Convention et de ses protocoles un droit qui n'y avait pas été inséré au départ particulièrement lorsque son omission en avait été délibérée. On est fondé à se demander si cette limite à la méthode d'interprétation évolutive (8) ne vient pas d'être supprimée par cet arrêt *Burghartz*. Il est en effet difficile de croire que l'omission du nom par les Etats signataires de la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas délibérée quand on sait l'intérêt jaloux qu'ils lui portent en tant qu'institution de police civile.

Cette fonction policière du nom est-elle encore assez vivace pour justifier en elle-même l'inapplicabilité de l'art. 8 ? C'est ce qu'ont apparemment estimé les juges Pettiti et Valticos puisque, dans leur opinion dissidente (9), ils écrivent notamment : « comme en matière de détermination de la nationalité, la législation sur l'attribution des noms doit rester du domaine de l'Etat et n'entre pas dans le champ d'application de la Convention ». Pour la Cour, en

revanche, ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée si bien qu'ils n'empêchent pas le nom de relever de l'art. 8. De ce rattachement un peu péremptoire, on peut tenter de dégager quelques enseignements théoriques.

A l'évidence, l'arrêt *Burghartz* ne manquera pas de renforcer la thèse de ceux qui, en France, sont de plus en plus nombreux à considérer que le nom est un élément de la personnalité (10). Entre le patronyme et les droits de la personnalité, ils ne pouvaient sans doute espérer agents de liaison plus éclatants que les droits de l'homme (11). Cependant, d'aucuns seront sans doute un peu agacés de constater que le médiateur est ici le droit au respect de la vie privée. En effet, en France, le droit au respect de la vie privée consacré par l'art. 9 c. civ. sert essentiellement à la protection du secret de la vie privée (12). Au contraire, le nom est d'abord un signe sous lequel on se fait connaître et reconnaître (13) même si c'est parfois en masquant son état (14). Dès lors, il est tout à fait exceptionnel, voire accidentel, qu'il soit pris en compte au titre de l'art. 9 c. civ. (15). On pourrait donc penser que la Cour européenne des droits de l'homme a marié la cave et le grenier. En réalité, il n'en est rien car l'art. 8 de la Convention ne sert pas seulement à protéger le secret de la vie privée : il permet, lui, d'assurer aussi la liberté de la vie privée (16). Cette autre fonction de l'art. 8 a été particulièrement bien mise en évidence par la Cour de Strasbourg dans un récent arrêt *Niemietz* (17) où elle énonce : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de *vie privée*. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un *cercle intime* où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine mesure le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables ».

Le nom étant un moyen privilégié de nouer et de développer des relations avec ses semblables, il participe pleinement de cette conception extensive de la vie privée. Somme toute, son rattachement à l'art. 8 aura donc été un moyen un peu brutal mais efficace de mise en lumière de sa dimension personnelle. En outre, sa dimension familiale (18) ne sera pas pour autant occultée puisque l'art. 8 consacre aussi le droit au respect de la vie familiale.

Théoriquement révélateur, il reste que le rattachement du nom à l'art. 8 risquait fort d'être inutile dans la mesure où la discrimination dont se plaignait le requérant ne touchait ni à sa vie privée ni à sa vie familiale mais à sa vie professionnelle : la conservation du nom Schnyder pouvait influencer sa carrière de manière non négligeable.

#### B. - *Extension de la notion de vie privée aux activités professionnelles et commerciales.* -

Dans un système qui se borne à protéger le secret de la vie privée, les aspects professionnels et économiques de l'existence d'une personne n'ont pas beaucoup de place (19). Ils tendraient même à en avoir de moins en moins (20). En revanche, ils peuvent s'intégrer à une construction qui s'ouvre à la protection de la liberté de la vie privée, entendue comme le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables. C'est bien ce que la Cour européenne des droits de l'homme a admis, toujours dans son important arrêt *Niemietz* rendu à propos d'une perquisition au cabinet d'un avocat allemand. En effet, après avoir estimé que l'art. 8 s'étendait à la protection de la liberté, elle a ajouté qu'il lui paraissait, en outre, « n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de *vie privée* comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur » (21). Il a donc suffi à la Cour de reprendre cette jurisprudence extensive pour que la conservation du nom à des fins purement professionnelles se trouve automatiquement intégrée à la notion de vie privée. La démonstration des juges de Strasbourg est séduisante même s'il est à craindre que face à des intérêts moins académiques et plus mercantiles elle ne les entraîne un jour à protéger le nom commercial au titre de la défense de la liberté de la vie privée (22).

Ayant solidement arrimé le nom patronymique à la notion de vie privée, les juges ont décidé à l'unanimité qu'il ne s'imposait pas de rechercher s'il y avait eu violation de l'art. 8 pris isolément. Tout ce travail de qualification ne leur servait qu'à préparer la combinaison avec l'art. 14.

## II. - Nom et discrimination.

Les conditions de mise en oeuvre du principe de non-discrimination consacré par l'art. 14 étant réunies, la Cour européenne des droits de l'homme en a fait une application vétilleuse (A), lourde de menaces pour la France (B).

A. - *Une application vétilleuse du principe de non-discrimination.* - En Suisse sont entrées en vigueur, le 1<sup>er</sup> janv. 1988, de nouvelles règles relatives au nom patronymique des époux. Le principe, posé par le nouvel art. 160, al. 1<sup>er</sup>, c. civ., reste que « le nom de famille des époux est le nom du mari ». Il reçoit cependant de sérieux tempéraments. C'est ainsi que selon l'al. 2 du même article, la fiancée peut déclarer à l'officier de l'état civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors suivi du nom de famille. Surtout, le nouvel art. 30 prévoit que s'ils font valoir des intérêts légitimes, les époux peuvent être autorisés à porter, dès la célébration du mariage, le nom de la femme comme nom de famille ¶(23). Le droit suisse s'est ainsi sensiblement rapproché du droit allemand ¶(24) pour instaurer en la matière plus d'égalité entre époux : le nom de famille peut aussi être celui de la femme. Il subsiste néanmoins quelques inégalités. Une au détriment de la femme dont le nom ne deviendra nom de famille qu'avec accord du conjoint, autorisation administrative et justification d'intérêts légitimes. Une au désavantage du mari qui, pour le cas où l'autorisation de porter le nom de l'épouse comme nom de famille aurait été obtenue, ne peut, lui, conserver le sien en surplus. C'est cette discrimination qui était au coeur du débat. Le Gouvernement suisse soutenait qu'elle n'était pas si grave d'abord parce qu'elle est déclenchée en connaissance de cause par le mari lui-même au moment où il consent à laisser le nom de sa femme se substituer au sien comme nom de famille, ensuite parce qu'elle peut être aisément compensée. Rappelant que la progression vers l'égalité des sexes est un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour balaye ces arguments.

Il convient de l'approuver d'avoir fait litière du premier en affirmant qu'il ne se justifie pas de faire varier les conséquences du choix du nom de famille suivant qu'il distingue l'homme ou la femme. S'agissant, en revanche, de la réfutation du second par l'idée suivant laquelle les autres types de nom double ne sauraient passer pour équivalents au nom de famille légal, on peut partager les opinions dissidentes ¶(25) des juges Pettiti, Valticos, Russo et Vilhjalmsson. En effet, s'il est vrai qu'il y avait discrimination, il faut bien admettre qu'elle avait des conséquences dérisoires puisque le requérant pouvait encore rappeler à ses collègues, d'ailleurs peu oublieux par profession, qu'il était toujours Schnyder, le docteur en histoire. Ainsi, il semblerait que la Cour européenne des droits de l'homme aura fait une application un peu sourcilleuse du principe de non-discrimination. Dans ces conditions, que ne déciderait-elle pas à l'encontre de pays qui, à la différence de la Suisse, n'admettent même pas que le nom de l'épouse puisse être choisi comme nom de famille transmissible aux enfants ?

B. - *Une décision lourde de menaces pour la France.* - En France, la femme mariée est toujours placée en état d'infériorité du point de vue de la transmission du nom aux enfants. A cet égard, la demi-mesure de la loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 encore édulcorée par les circulaires du 26 juin 1986 et du 4 nov. 1987 n'a rien changé : le nom d'usage laisse subsister l'inégalité au préjudice des femmes car « leurs enfants ne sont pas tenus de porter leur nom et aucun de leurs petits-enfants ne le portera » ¶(26). Peut-être même a-t-elle entraîné une aggravation en exilant le nom maternel « au pays des apparences et des illusions » ¶(27). Cette situation, prolongeant une grave discrimination au détriment de la femme, est à l'évidence incompatible avec la jurisprudence *Burghartz* ¶(28) qui fustige une discrimination d'opérette au préjudice de l'homme.

Dès lors, cet arrêt de la Cour de Strasbourg, porté par « l'autorité de la chose interprétée », devrait renforcer les arguments déjà invoqués depuis longtemps par une partie de la doctrine et par des parlementaires tenaces pour enclencher au plus vite une réforme législative.

D'ailleurs, la seule hésitation qui subsiste encore touche le point de savoir si cette réforme législative se limiterait à un inéluctable établissement de l'égalité entre époux dans la transmission du nom ou si elle devrait déjà aménager la liberté du changement de nom

☞(29). Les organes de contrôle de l'application de la Convention commencent en effet à aborder une question dont il faudra sans doute reparler : le droit de changer de nom de famille doit-il être considéré en principe comme faisant partie du droit au respect de la vie privée garantie par l'art. 8 ? ☞(30).

**Mots clés :**

**NOM-PRENOM** \* Nom \* Usage \* Convention européenne des droits de l'homme \* Vie privée \* Respect

(1) Cf. CEDH, 25 mars 1992, *B... c/ France*, D. 1993.101 ☞.

(2) Cf. J.-F. Flauss, La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire, obs. sous CJCE, 30 mars 1993, *Konstantidinis*, RTDH 1994.454.

(3) RUDH 31 mars 1994, vol. 6, n° 1-2, p. 27.

(4) Cf. arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, série A, n° 31, paragr. 32 ; arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, série A, paragr. 71 ; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 538.

(5) Cf. G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*

(6) Série A, n° 134, paragr. 26.

(7) Série A, n° 112, paragr. 53.

(8) Sur cette limite et son appréciation critique, V. G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 197-198.

(9) Jointe à l'arrêt *Burghartz*, p. 12.

(10) Cf. P. Kayser, La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative, *RTD civ.* 1959.10 ; E. Agostini, La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom, *D.* 1973. *Chron.* 313 ; P. Jestaz, A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic, *RTD civ.* 1989.269.

(11) Sur les rapports entre droits de l'homme et droits de la personnalité, V. J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, 18<sup>e</sup> éd., PUF, 1992, n° 82.

(12) Cf. G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1993, n° 513, et, plus particulièrement, P. Kayser, *La protection de la vie privée*, 2<sup>e</sup> éd., Economica, 1990, n° 176 s., qui à propos du droit garanti par l'art. 9 parle indifféremment de droit au respect ou de droit au secret de la vie privée.

(13) M. Grimaldi, Patronyme et famille : l'attribution du nom, *Defrénois* 1987.1425, n° 1.

(14) Cf. M. Gobert, Le nom ou la redécouverte d'un masque, *JCP* 1980.I.2966.

(15) Pour illustrer cette exception, V. CA Paris, 15 mai 1970, *D.* 1970.466, concl. Cabannes, note P. A. et H. M.

(16) Cf. P. Kayser, *La protection de la vie privée*, préc., n° 18 s.

(17) 16 déc. 1992, série A, n° 251.b, paragr. 29.

(18) Sur les dimensions personnelle et familiale du nom, V. not. G. Cornu, *op. cit.*, n° 263.

(19) Cf. P. Kayser, *La protection de la vie privée*, n° 148 ; G. Goubeaux, *Droit civil. Les*

*personnes*, LGDJ, 1989, n° 30.

(20) « Notre patrimoine est nu. Pignon sur rue. Que de vertu » écrit le Doyen Cornu (*op. cit.*, p. 188, note 69) à propos de la nouvelle tendance jurisprudentielle à écarter du domaine de l'art. 9 c. civ. les renseignements d'ordre purement patrimonial.

(21) Arrêt précité du 16 déc. 1992, paragr. 29.

(22) Sur L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial, V. F. Pollaud-Dulian, *JCP* 1992.I.3618.

(23) C'est cette règle, prévue pour les fiancés, que le tribunal fédéral avait étendue aux époux mariés avant la réforme pour autoriser la substitution de Burghartz à Schnyder comme nom de famille.

(24) Sur le droit allemand V. F. Furkel, Les dispositions de la loi allemande du 14 juin 1976 relatives au nom : modèle pour une réforme du droit français ?, *RID comp.* 1985.353 ; F. Boulanger, *Droit civil de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1. *Aspects internes et internationaux*, Economica, 1992, n° 222.

(25) Jointes à l'arrêt *Burghartz*.

(26) M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 11. Sur la survie de cette inégalité V. aussi les déclarations du député J.-L. Masson au cours de la discussion de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993, *JOAN CR* 1992, p. 726 s.

(27) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 41, p. 65.

(28) Cf. J. Hauser, obs. *RTD civ.* 1994.563 .

(29) Prônée par le professeur P. Jestaz, *op. cit.*, p. 275.

(30) Cf. J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 466.

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.