

Éclairages

Droit des personnes

Référence de la décision:

[5A_805/2020](#)

Mots-clés:

Nom, Nom de l'enfant, État civil, Rectification, Autorité parentale conjointe

Articles de loi:

[art. 30 CC](#) | [art. 42 CC](#) | [art. 43 CC](#) | [art. 270a CC](#)

iusNet DC 24.01.2022

Le choix du nom de l'enfant né de parents de nationalités différentes au moment de la reconnaissance de paternité

Réflexions sur l'art. 37 al. 2 LDIP fondées sur le principe d'autonomie familiale

[Anne Reiser](#)

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

[Alexandre Tondina](#)

Avocat

La lecture des arrêts du Tribunal fédéral rassasie notablement tout lecteur avide d'édification juridique. Celle de l'arrêt TF 5A_805/2020 du 8 décembre 2021, cependant, laisse le lecteur sur sa faim.

C'est l'histoire d'un enfant né en 2016 dans le canton de Vaud, d'une mère hongroise qui y vit et d'un père français résidant à l'étranger, non mariés entre eux. Sa mère a agi, le 21 décembre 2016, en reconnaissance de paternité à l'encontre du père présumé, en demandant que le registre de l'état civil soit ainsi rectifié, et elle réclamait l'autorité parentale exclusive sur l'enfant, dont les visites avec le père devaient se cantonner à une périodicité d'une fois tous les deux mois en sa présence, à un Point Rencontre.

Le 12 janvier 2017, le père a reconnu l'enfant devant l'officier de l'état civil en présence de la mère, et à cette occasion les deux parents ont complété et signé une déclaration concernant le nom de l'enfant sur un formulaire fédéral no 4.0.1 que l'auteur de ces lignes est vainement allé rechercher sur le site de l'État de Vaud. Sur ce site se trouve un formulaire intitulé « Demande d'ouverture de dossier, déclaration du nom » qui ne comprend aucune mention de la possibilité des parents de préciser le droit national déterminant de l'enfant, présidant à leur déclaration. Ce formulaire détaille en revanche la liste des documents devant être joints au formulaire à remplir devant être présenté par les parents à l'officier de l'État civil, qui comprend, outre une copie d'une pièce d'identité en cours de validité pour chacun des parents et pour l'enfant, une attestation de domicile de moins de six mois pour chacun des parents résidant en dehors du

canton et une copie de la décision d'attribution de l'autorité parentale conjointe. Le formulaire précise que d'autres documents d'état civil pourront être demandés par l'Office compétent.

A ce stade, l'auteur de ces lignes rappelle au lecteur qu'à teneur de l'art. 41 CC, lorsque les données relatives à l'état civil doivent être établies par des documents, l'autorité cantonale de surveillance peut admettre que la preuve repose sur une déclaration faite à l'officier de l'état civil, pour autant que les données ne soient pas litigieuses et que la présentation des documents s'avère impossible ou ne puisse raisonnablement pas être exigée.

A une date non autrement précisée dans l'arrêt commenté que « par la suite » (lettre B), la mère de l'enfant a vainement adressé à la Direction de l'état civil du Canton de Vaud une requête fondée sur l'art. 43 CC visant à rectifier d'office l'inexactitude du nom de famille de l'enfant pour qu'il soit à nouveau celui qui précédait la déclaration conjointe des parents du 12 janvier 2017, soit celui de sa mère, en tant que l'inscription aurait résulté d'une inadvertance ou d'une erreur manifeste.

Près de trois ans plus tard, le 13 décembre 2019, la mère déposa une requête concluant à ce qu'il soit ordonné à l'officier de l'état civil de procéder à la rectification du nom de son fils pour qu'il ne porte plus le nom de son père mais celui de sa mère. Le 13 mars 2020, le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête. A lire la décision HC / 2020 / 568 du 14 septembre 2020 de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois qui a confirmé cette décision sur appel de la mère, « le magistrat a considéré en premier lieu que la simple utilisation, le 12 janvier 2017, du formulaire 4.0.1 de déclaration de changement de nom de l'enfant, dépourvu de toute précision, ne paraissait pas suffisante pour admettre que L. _____ et A. _____, père de l'enfant, auraient, conformément aux art. 37 al. 2 LDIP (Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 ; RS 291) et 14 al. 1 OEC (Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 ; RS 211.112.2), déclaré par écrit à l'officier de l'État civil leur souhait de soumettre le nom de leur fils au droit national de son père, de sorte qu'il convenait d'admettre que le droit suisse était applicable au cas d'espèce. L'autorité précédente a ensuite retenu que même si L. _____ et A. _____ n'avaient pas formellement convenu d'une autorité parentale conjointe sur l'enfant, ils avaient fait usage de la prérogative prévue à l'art. 270a al. 1, 2e phrase, CC en décidant conjointement le 12 janvier 2017 que leur fils porterait le nom de son père. Elle a ainsi considéré que L. _____ ne pouvait pas par la suite se prévaloir de l'art. 270a al. 1, 1re phrase, CC pour demander le changement de nom de son fils, un tel comportement relevant manifestement d'un abus de droit. » (Arrêt cantonal lettre A) En outre, on apprend que « Par courrier du 19 janvier 2018, la Direction de l'état civil a à nouveau refusé de rectifier l'état civil de l'enfant dans le sens requis. En substance, elle a soutenu que lors du changement de nom en date du 12 janvier 2017, les parents avaient été informés qu'il était nécessaire pour cela de faire application du droit étranger et que le formulaire 4.0.1 de déclaration de changement de nom rempli par les parents contenait implicitement l'option d'appliquer le droit étranger pour déterminer le nom de l'enfant, raison pour laquelle celui-ci avait été désigné sous le nom « [...] », en application du droit français. » (Arrêt cantonal lettre C 5.). Enfin, l'arrêt cantonal indique ceci : « l'enfant, né le [...] 2016, a été inscrit au registre d'état civil suisse comme ayant la nationalité hongroise, puis, dès sa reconnaissance par son père le 12 janvier 2017, comme ayant également la nationalité française » (Arrêt cantonal c. 4.3.1.) ; et il précise encore cela : « selon le §4-150 par. 1 de la loi 2013 sur la « Bürgerliche Gesetzbuch » hongroise, l'enfant de parents non mariés porte le nom de l'un ou de l'autre de ses parents, selon l'accord trouvé par ses parents (cf. Bergman/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, ad Hongrie, état au 30 avril 2017, p. 117, également commentaire, p. 66 let. c). »

Le raisonnement tenu dans l'arrêt cantonal pour refuser la modification de l'inscription à l'état civil, retenu par le Tribunal fédéral (c. 3.1.), est en résumé le suivant : Selon l'art. 37 al. 2 LDIP, les parents étaient en droit de demander pour leur fils l'application d'un de ses droits nationaux ; celui qui est pertinent pour l'appréciation du cas est le droit hongrois de la mère « à savoir celle du parent avec lequel l'enfant a les relations les plus étroites (art. 23 al. 2 LDIP) » ; ce droit permet aux parents d'opter pour le nom du père. Cependant la « Déclaration concernant le nom » (formulaire utilisé) signée par les parents le jour de la reconnaissance de la paternité ne permet pas de déterminer quel droit a été choisi par eux (hongrois ou français) ; dès lors le nom de l'enfant aurait dû être régi, au moment de la reconnaissance par le droit suisse (art. 37 al. 2 LDIP), « ce qui pourrait conduire à admettre que les données soient litigieuses au sens de l'art. 42 al. 1 CC » (c. 3.1.). Cela dit, l'intérêt « personnel légitime » de la requérante, « pour son fils » à la modification du nom n'était pas réalisé ; les parents avaient tout loisir, à l'issue de la procédure touchant au sort de l'enfant, « si l'autorité parentale conjointe, qui est désormais la règle, était instituée » de faire usage de l'art. 270a al. 1 CC en déclarant que, désormais, l'enfant porterait le nom de son père. Or les parents avaient déjà fait usage de cette faculté en dépit de leur litige important au sujet de l'autorité parentale. Sauf à voir dans la déclaration de la mère à l'état civil, du 12 janvier 2017, « un bas calcul pour obtenir la reconnaissance de l'enfant par l'intimé », on ne discernait pas quel intérêt légitime imposerait de revenir sur ce choix, « d'autant que l'enfant, qui porte son nom actuel depuis plus de trois ans, a des relations avec son père – « qui se bat dans ce sens » - et porte le nom de celui-ci en accord avec la volonté clairement exprimée par sa mère. L'intérêt de l'état civil à l'exactitude des données ne serait pas pertinent, et la mère n'invoque aucun intérêt légitime propre.

S'agissant de l'état de la procédure touchant au sort de l'enfant, le 4 mai 2017 le père a répondu, en première instance aux conclusions dont le tribunal était toujours saisi, en demandant que « l'autorité parentale soit conjointement attribuée aux deux parents » (à lire l'arrêt commenté du Tribunal fédéral), que la garde de fait de l'enfant soit attribuée à la mère et qu'un droit de visite usuel lui soit accordé à défaut d'entente avec elle. En septembre 2020, la lecture de l'arrêt cantonal enseigne en outre que « par ordonnance de mesures provisionnelles du 3 mars 2020, la présidente a notamment défini le droit de visite d'A. _____ sur l'enfant Z. _____. Le droit de visite avait été préalablement réglé par conventions des 22 août 2017 et 29 mars 2018, ratifiées pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, puis par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 17 janvier 2020. Il ressort de cette procédure qu'A. _____ entend obtenir un droit de visite de plus en plus large. » (Arrêt cantonal lettre C 7.). L'arrêt du Tribunal fédéral indique (c. 2) que le jugement rendu le 17 décembre 2020 par le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, acheminé au Tribunal fédéral postérieurement à la décision attaquée devant le Tribunal fédéral, et, ainsi irrecevable (ATF 143 V 19 c. 1.2. et citations) attribue finalement l'autorité parentale exclusive de l'enfant à la mère.

Devant le Tribunal fédéral, la Direction de l'État civil (État de Vaud) soutenait que l'action prévue à l'art. 42 CC était subsidiaire à la procédure en changement de nom de l'art. 30 CC et concluait au rejet du recours (c. 4.1.). Le Tribunal ne lui donne pas raison en tant que la procédure de l'art. 30 CC vise à modifier un nom ou un prénom valablement inscrit à l'état civil, et non pas à faire rectifier une inscription inexacte (c. 4.2.). Quant à la mère, son premier grief d'arbitraire dans l'appréciation des faits portait essentiellement sur l'existence d'un intérêt personnel légitime à la rectification de l'inscription litigieuse et son second grief sur la violation de l'art. 270a al. 1 CC (c. 5).

Au c. 6.1., le Tribunal fédéral rappelle que la procédure de l'art. 42 al. 1 CC a pour but de corriger une inscription qui était déjà inexacte lorsqu'elle a été effectuée, parce que l'officier de l'état civil a commis une erreur, fondée notamment sur une mauvaise interprétation de la loi, ou a été tenu dans l'ignorance de faits importants (ATF 135 III 389 c. 3 notamment).

Au c. 6.3, après avoir rappelé les critères de rattachement quant au droit applicable en matière de nom et relevé que, en tant que titulaire de la double nationalité hongroise et française, l'enfant - par l'intermédiaire de ses représentants légaux - bénéficiait de la prérogative de choix conférée par l'art. 37 al. 2 LDIP, le Tribunal fédéral relève que la Cour cantonale, comme le premier juge, a admis que la « déclaration concernant le nom » signée par les parents le jour de la reconnaissance de l'enfant « ne permet pas de retenir une expression suffisante de la volonté de ceux-ci d'appliquer le droit national déterminant de l'enfant ». Il indique ensuite qu'il s'agit là d'une constatation fondée sur la volonté interne des intéressés, qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF et ATF 147 III 153 c. 5.1.), considérant au surplus que, au regard des faits ressortant de la décision entreprise (art. 105 al. 1 LTF), il est manifeste que l'enfant entretient avec la Suisse ses relations les plus étroites (cf. art. 20 al. 1 let a LDIP ; BUCHER ; CR LDIP-CL no 9 ad art. 37 LDIP).

Le Tribunal fédéral conclut ainsi à l'application du droit suisse sur la base de l'art. 37 al. 1 LDIP, rappelant en outre que l'art. 270a CC est clair et que, faute d'autorité parentale conjointe, les parents ne peuvent pas conjointement choisir le nom de l'enfant, même en cas de reconnaissance de l'enfant par son père. Il souligne que le changement de nom ressortit à l'ordre public et tient pour erronée, puisque contraire au droit, l'inscription litigieuse, dans la mesure où elle se fonde sur la déclaration concernant le nom du 12 janvier 2017. Au c. 6.4. enfin, le Tribunal fédéral, citant encore BUCHER (Droit international privé suisse, t. II, 1992, no 210), indique qu'en tant que composante de la personnalité, le nom constitue un facteur d'intégration dans la vie sociale ; il est destiné en général à reconnaître l'appartenance à une relation familiale déterminée, en particulier à la suite d'une filiation, et conclut « de ce point de vue, l'intérêt de l'enfant est de figurer dans le registre de l'état civil sous le nom de la mère avec laquelle il vit depuis sa naissance » ; en effet, il ne ressort pas de l'arrêt entrepris que l'enfant et le père auraient noué des liens vivants (droit de visite, lettres, appels téléphoniques, conversations via Skype etc.), et la procédure qui oppose actuellement les parents devant les juridictions vaudoises concernant la réglementation des droits parentaux n'infirmes pas l'intérêt de l'enfant à porter d'ores et déjà le nom de sa mère ; l'hypothèse selon laquelle les parents pourraient décider à l'avenir que l'intérêt de l'enfant est de porter le nom du père apparaissant pour le moins théorique, au vu du conflit.

Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours de la mère et invite la Direction de l'état civil de l'État de Vaud à procéder à la rectification du nom de l'enfant dans le registre de l'état civil pour qu'il porte désormais le nom de sa mère.

L'arrêt interpelle fondamentalement sur deux points principaux.

Le premier point touche à l'interprétation des conventions parentales.

Tout d'abord, l'état de fait persuade le lecteur que la volonté claire des parents, telle que manifestée par la déclaration de changement de nom qu'ils ont signée, était que l'enfant concomitamment reconnu par son père, porte le nom de ce dernier, et il apparaît que cette volonté était reconnaissable pour l'officier de l'état civil qui n'a pas requis d'eux un quelconque document établissant l'autorité parentale conjointe des parents – et, ainsi, leur pouvoir de

procéder à ce changement de nom de leur enfant en vertu du droit suisse. Il apparaît ainsi qu'il était clair, au moment du changement de nom par déclaration de volonté concordante des parents, que ce n'était pas en vertu du droit suisse que ce changement était opéré, puisqu'aucune déclaration d'autorité parentale conjointe conforme au droit suisse n'a été requise des parents. C'était donc en application d'un droit étranger que cette déclaration commune a été faite. La déclaration signée n'indiquant pas ce droit « déterminant », les juges cantonaux en ont conclu que, puisqu'elle ne permettait pas de désigner le droit choisi avec certitude, le droit suisse devait s'appliquer par application des art. 20 al. 1 let a LDIP et 37 al. 1 LDIP. Il suit que ce n'est pas la volonté subjective des parents qui a été recherchée et établie par les juges du fait, mais bien la volonté objective de ceux-ci, telle que reflétée par le document qu'ils ont signé, qui a été déterminante pour les juges cantonaux. Or les principes qui gouvernent l'interprétation des accords, même civils (art. 7 CC), ont été rappelés par le Tribunal fédéral dans le récent arrêt en langue italienne publié au répertoire sous ATF 147 III 153, qui renvoie pour l'essentiel aux considérants 5.2.1 et 5.2.2 de l'arrêt ATF 144 III 93 : En procédure, le juge doit donc rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 c. 2.3.2, ATF 132 III 626 c. 3.1 p. 632; ATF 131 III 606 c. 4.1). L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (arrêts 4A_508/2016 du 16 juin 2017 c. 6.2 et les arrêts cités ; 4A_98/2016 du 22 août 2016 c. 5.1). Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il s'agit de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elles ne soient manifestement inexactes (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 144 III 93 c. 5.2.1.). Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (arrêts 4A_508/2016 déjà cité c. 6.2 et les arrêts cités ; 4A_98/2016 déjà cité c. 5.1). Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 c. 3.2 p. 424 et les arrêts cités).

La détermination de la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance, est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement (ibid. c. 5.2.3.).

S'il avait fait usage de son pouvoir de cognition, le Tribunal fédéral n'aurait pas manqué de contrôler l'interprétation objective (ou l'absence d'interprétation objective) de la volonté des parents par la juridiction de dernière instance cantonale, puisqu'il s'agit d'une question ressortant au droit. Il aurait pu ainsi rappeler, en application de l'art. 16 al. 2 LDIP cum art. 296 CPC (maxime inquisitoire illimitée s'appliquant à toutes les questions touchant aux enfants) que, même si les parties n'apportent pas la preuve du droit étranger, le juge doit, conformément au principe *iura novit curia*, chercher à déterminer ce droit dans la mesure où cela n'apparaît pas disproportionné (arrêts du TF 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 ; 5A_193/2010 du 7 juillet 2010 c. 2.3). Le Tribunal fédéral aurait ainsi pu constater que la dernière juridiction cantonale de dernière instance n'a pas déployé les efforts que la jurisprudence fédérale exige d'elle pour déterminer le contenu des droits étrangers pertinents, et pour vérifier qu'aussi bien le droit français que le droit hongrois (i) attachent à la reconnaissance de l'enfant non seulement l'octroi

au père de l'autorité parentale sur l'enfant mais aussi le droit de choisir son nom de famille et (ii) prévoient la transmission à l'enfant de la nationalité du père et de la mère par la filiation.

Le second point principal touche **au critère de rattachement pour déterminer l'intérêt de l'enfant non suisse** de parents de nationalités non communes **à porter le nom de l'un ou l'autre de ses parents.**

L'arrêt commenté détermine cet intérêt par application de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP. Or, la question des « relations les plus étroites » est en principe examinée à l'occasion de l'application de l'art. 23 al. 2 LDIP, ce qui n'est manifestement pas le cas dans les circonstances de l'enfant dès lors que l'enfant concerné n'a pas la nationalité suisse. Si l'on peut comprendre les préoccupations qui s'esquissent derrière le motif avancé par Tribunal fédéral, à savoir l'application uniforme des règles en matière de nom selon les règles du nouveau droit suisse en matière d'autorité parentale, l'on peut toutefois mettre en doute la pertinence de l'argument selon lequel l'enfant concerné serait né et grandirait en Suisse pour écarter la prérogative accordée en vertu de l'art. 37 al. 2 LDIP dès lors qu'il apparaît clair que les parents ont fait le choix d'écarter l'application du droit suisse.

Selon le raisonnement tenu du Tribunal fédéral, l'attribution du nom de l'enfant en tant qu'il constitue un facteur d'intégration dans la vie sociale, n'est pas laissée au libre choix des parents. Il serait de l'intérêt de l'enfant de figurer dans le registre de l'état civil sous le nom de la mère avec laquelle il vit depuis sa naissance, étant relevé que l'enfant n'a avec son père que des relations probablement épisodiques, vu le conflit parental. Suffirait-il ainsi que les parents soient en conflit et qu'une mère rechigne à partager avec le père une autorité sur l'enfant pour qu'elle obtienne la protection du droit suisse, s'agissant des droits de la personnalité de son enfant ? On rappellera au lecteur que le Tribunal a tranché la question dans un arrêt 5A_73/2019 du 21 novembre 2019, dans lequel il a considéré que ni l'art. 3 ni l'art. 7 de la Convention des Nations Unies relative au droit de l'enfant n'impose aux États parties que le nom de famille d'un enfant soit nécessairement identique à celui de ses parents ou d'au moins l'un d'eux. Selon le Tribunal fédéral, **il n'existe, au contraire, pas de principe général ou de règle selon laquelle l'enfant doit porter le même patronyme que (l'un de) ses parents.** Notre haute Cour explique cette assertion en illustrant le fonctionnement d'ordres juridiques concrets, et notamment les systèmes désignés comme « latins/de tradition romane » (Espagne notamment), où le nom de l'enfant se compose de « parties » du nom de famille de chacun de ses parents mariés, si bien qu'il ne porte pas exactement le même nom de famille que ses parents. Il est également fait référence aux systèmes de droit de tradition musulmane dans lesquels le patronyme de l'enfant peut dériver du prénom du père (« fils/fille de ... » / « ibn/ben/bin... » / etc.) (c. 4.3). Or, une brève incursion dans le droit hongrois de la famille enseigne même que, si, à la naissance, l'identité du père n'est pas fournie, l'État semblerait tout mettre en œuvre pour doter l'enfant d'un nom de père fictif...

L'on ne saurait conclure sans rappeler que le Tribunal fédéral a, par le passé, posé que le principe de l'autonomie familiale, largement reflété par notre droit international privé, était au cœur du droit suisse (ATF 144 III 481 c. 4.5.), ni regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas suivi ses précédents arrêts dans la décision commentée, ni, surtout, suggérer que le formulaire à remplir pour choisir le nom de famille de l'enfant contienne une case permettant aux parents de nationalité étrangère de choisir le droit national déterminant et de préciser quel droit a été choisi, s'ils n'ont pas de nationalité commune.