Urteilskopf

100 II 290

42. Arrêt de la IIe Cour civile, du 4 juillet 1974, dans la cause Zürcher contre Zürcher.
Regeste (de):
Art. 44 OG; Art. 324 Abs. 1 ZGB

1. Die Klage, die nicht nur auf die Berichtigung des Familiennamens eines Kindes im Sinne von Art. 45 Abs. 1 ZGB, sondern auf die endgültige Feststellung des umstrittenen Namens des Kindes durch den Richter (Art. 29 ZGB) gerichtet ist, betrifft eine Zivilrechtsstreitigkeit.

2. Ist eine geschiedene Frau von der Regierung ihres Heimatkantons berechtigt erklärt worden, den Namen ihres früheren Ehemannes zu tragen, und bringt sie nachträglich ein ausserehelliches Kind zur Welt, so trägt dieses nicht den gleichen Namen wie seine Mutter, sondern den Namen, den sie vor ihrer Heirat besass.

Regeste (fr):
Art. 44 OJ; 324 al. 1 CC

1. L'action qui ne tend pas seulement à la rectification du nom de famille d'un enfant au sens de l'art. 45 al. 1 CC, mais qui vise à faire statuer définitivement par le juge sur le nom, contesté, d'un enfant (art. 29 CC) est une contestation civile.

2. Lorsqu'une femme divorcée a été autorisée par le Gouvernement de son canton d'origine à porter le nom de son ex-mari et qu'elle a ultérieurement un enfant naturel, celui-ci ne porte pas le même nom que sa mère, mais le nom qu'elle avait avant le mariage.

Regesto (it):
Art. 44 OG; 324 cpv. 1 CC

1. L'azione che non tende unicamente alla rettifica del cognome di un figlio nel senso dell'art. 45 cpv. 1 CC, ma a far statuire definitivamente dal giudice sul nome contestato (art. 29 CC) è una causa civile.

2. Allorquando una donna divorziata, autorizzata dal governo del suo Cantone d'origine a portare il cognome dell'ex-marito, ha ulteriormente un figlio naturale, questi non porta lo stesso cognome della madre ma quello che essa aveva prima del matrimonio.

Sachverhalt ab Seite 291

A.- Les époux Jean-Paul et Simone Zürcher-Mathez ont divorcé le 2 février 1968. L'épouse, neuchâteloise d'origine, mais devenue bernoise lors de son mariage, a obtenu du Conseil d'Etat bernois, le 23 avril 1968, l'autorisation de porter le nom de son ex-mari. Le 12 avril 1970, elle a donné naissance à un enfant illégitime, qui a été inscrit dans les registres de l'état civil de Neuchâtel sous le nom d'Igor Mathez. Simone Zürcher exerce la puissance paternelle.

B.- Le 24 mai 1972, Simone Zürcher a demandé à l'officier de l'état civil neuchâtelois d'inscrire son fils sous le nom de Zürcher. Le préposé a rejeté cette requête, en se fondant sur la circulaire B 7 du Département fédéral de justice et police, selon laquelle l'enfant naturel d'une femme divorcée, autorisée par décision de changement de nom à conserver le nom de son ex-mari, porte, comme nom de famille, le nom de jeune fille de sa mère. L'autorité de surveillance des offices de l'état civil, saisie d'un recours de Simone Zürcher, n'est pas entrée en matière, considérant que le juge était seul compétent, en application de l'art. 45 CC, pour ordonner la rectification requise. Par requête du 12 février 1973, fondée sur les art. 45 et 324 CC, Simone Zürcher a demandé au Tribunal cantonal de Neuchâtel d'ordonner que son enfant soit inscrit sous le nom de Zürcher. Le 12 mars 1973, le Tribunal s'est déclaré incompétent et a écarté la requête. Le 5 juillet 1973, la IIe Cour civile du Tribunal fédéral a annulé cette décision, déclaré le Tribunal cantonal neuchâtelois compétent pour statuer sur la requête de dame Zürcher et lui a renvoyé le dossier pour qu'il "statue sur la question litigieuse, qui reste ouverte".

C.- Le 14 février 1974, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a admis les conclusions de dame Zürcher, prononcé que

l'enfant Igor devait être inscrit sous le nom de Zürcher, et non pas de Mathez, et ordonné la rectification de l'inscription portée dans les registres de l'état civil.

D.- Jean-Paul Zürcher recourt en réforme contre ce jugement. Il conclut à sa réforme en ce sens que l'inscription figurant dans les registres de l'état civil ne doit pas être rectifiée. Simone Zürcher conclut à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Selon l'art. 44 OJ, le recours en réforme est recevable dans les contestations civiles portant sur un droit de nature non pécuniaire ainsi que dans les cas relevant de la juridiction gracieuse énumérés limitativement aux lettres a, b, c et d. Aucun de ces cas n'est réalisé en l'espèce. Ce qui est litigieux, c'est le nom de famille de l'enfant illégitime de dame Zürcher. La cause porte ainsi sur un droit de nature non pécuniaire. La recevabilité du recours en réforme dépend de la question de savoir si l'on est en présence d'une contestation civile. La jurisprudence entend par contestation civile une procédure qui vise à provoquer une décision définitive sur des rapports de droit civil et qui se déroule en contradiction, devant un juge ou toute autre autorité ayant pouvoir de statuer, entre deux personnes physiques ou morales agissant comme titulaires de droits privés, voire entre une telle personne et une autorité à laquelle le droit civil confère la qualité de partie (RO 98 II 275, 149, 97 II 13/14, 94 II 57, 92 II 130, 91 II 396, 139). Dans de nombreux cas, les requêtes en rectification de noms selon l'art. 45 al. 1 CC ne sont dirigées contre personne et tendent à obtenir du juge un acte de la juridiction gracieuse, qui n'est pas susceptible du recours en réforme (RO 81 II 252). En l'espèce, l'instance pendante entre les parties ne porte pas seulement sur la question de la rectification du nom de famille de l'enfant Igor (art. 45 al. 1 CC), mais elle vise à faire statuer définitivement par le juge sur le nom contesté de cet enfant: l'intimée, représentante légale de son fils mineur, demande que le droit de celui-ci de porter le nom de famille

Zürcher soit reconnu et que, partant, les inscriptions dans les registres de l'état civil soient rectifiées; le recourant conteste ce droit, prétend que le nom de famille de l'enfant est Mathez et s'oppose à la rectification requise. Il ne s'agit donc pas d'une simple procédure gracieuse en rectification du nom inscrit dans les registres de l'état civil (art. 45 al. 1 CC), mais d'une contestation civile concernant le nom, au sens de l'art. 29 CC (cf. RO 81 II 252). Le recours en réforme est dès lors recevable.

2. Aux termes de l'art. 324 al. 1 CC, les enfants naturels qui restent à leur mère portent "le nom de sa famille (...)". Fondée sur cette disposition, la cour cantonale a estimé logique, dès lors que l'intimée avait été autorisée à changer de nom et à reprendre celui de son ex-mari, que l'enfant Igor porte le nom de famille que sa mère avait au moment de la naissance, soit Zürcher. Le bien-fondé de cette appréciation dépend de l'interprétation donnée à l'art. 324 CC. Les avant-projets du code civil prévoyaient uniquement que "l'enfant naturel qui reste à la mère porte son nom" (avantprojet de 1896: art. 346 al. 1; 1900 et 1903: art. 350 al. 1; 1904: art. 331 al. 1). Une proposition, qui visait à exprimer dans la loi le droit de l'enfant à porter dans tous les cas le même nom de famille que sa mère, fut écartée en 1901 (Travaux préparatoires du code civil, protocole des travaux de la commission d'experts 1901/02 I, p. 320/21). En 1905, la c'ommission du Conseil national proposa une rédaction faisant ressortir que l'enfant naturel d'une veuve doit porter le nom que sa mère portait avant son mariage et pas celui qu'elle portait au moment du décès de son mari (Travaux préparatoires, protocole des délibérations de la commission du Conseil national du 7 février 1905). Le texte de l'art. 331 reçut alors la teneur de l'actuel art. 324 al. 1 CC et ne fit plus l'objet de discussions ultérieures. Il ressort ainsi des travaux préparatoires que le législateur n'a pas entendu accorder à l'enfant naturel le droit de porter dans tous les cas le même nom que sa mère, veuve ou divorcée.

3. Lors de la naissance de son fils Igor, l'intimée portait le nom de famille Zürcher, soit celui de son ex-mari, en vertu d'une autorisation accordée deux ans auparavant par le gouvernement de son canton d'origine, en application de l'art. 30

CC. La question de savoir quel est en l'espèce le nom de la famille de la mère au sens de l'art. 324 CC, que l'enfant Igor doit porter, dépend des effets attachés à cette autorisation. a) Les opinions divergent et la pratique des autorités de l'état civil a varié au sujet du nom de famille de l'enfant illégitime né d'une femme divorcée portant le nom de son exmari en vertu d'une autorisation fondée sur l'art. 30 CC. Dans une circulaire du 20 décembre 1945, le Département fédéral de justice et police a déclaré que le nom de famille de l'enfant illégitime est en ce cas celui que porte la mère, soit le nom de son ex-mari; en effet, à la suite de l'autorisation de changer de nom et de porter celui de son ex-mari, la mère ne possède plus le nom originaire de sa famille et ne peut plus le transmettre à l'enfant (Circulaire du Département fédéral de justice et police aux autorités cantonales de surveillance de l'état civil, du 20 décembre 1945, FF 1946 I p. 265/66 ch. 10, ou Revue de l'état civil - REC - 1946 p. 65/66; cf. Revue du droit de tutelle p. 142 no 61). Des auteurs et des autorités cantonales de l'état civil se sont prononcés dans le sens de cette circulaire, soit avant soit après sa publication (E.G., Von der Namensänderung für die geschiedene Frau, Schweizerisches Zentralbaltt für Staats- und Gemeindeverwaltung ZBl - 1942. p. 212-215; E.G., Name des ausserehelichen Kindes einer Geschiedenen, die den Ehenamen trägt, ZBl 1944 p. 47/48; RINIKER H., Name des ausserehelichen Kindes einer geschiedenen Frau, REC 1944 p. 27; Namensänderung, ihre Wirkung, REC 1962 p. 46/47; NICOLLIER M. P., Exposé de quelques cas tirés de la pratique des autorités de surveillance, ch. 14 Nom de l'enfant naturel d'une femme divorcée ayant changé

de nom, REC 1948 p. 211/212; HEGNAUER, n. 20 ad art. 324-327 CC; cf. HUBER TRAUGOTT, enfant illégitime de la femme divorcée qui a été autorisée à porter son nom d'alliance, REC 1950 p. 198-200). Le Département fédéral de justice et police a modifié par la suite sa position (cf. REC 1962 p. 338) dans une circulaire B 7, qui a la teneur suivante (Recueil des circulaires fédérales en matière d'état civil, 1963): "Nom de famille de l'enfant naturel d'une femme divorcée qui a été autorisée par décision de changement de nom à conserver le nom de son ex-mari.

BGE 100 II 290 S. 295

Un tel enfant porte le nom de jeune fille de sa mère, lorsque cette dernière a été autorisée à changer de nom, et non pas le nom de son exmari." La solution adoptée par le Département fédéral de justice et police, dans cette circulaire, avait déjà été préconisée par des auteurs (EGGER n. 4 ad art. 324 CC; E.G., Familienname des ausserehelichen Kindes einer geschiedenen Frau, die zur Führung ihres Ehenamens ermächtigt ist, ZBl 1940 p. 171-173; HOERNI MARGRIT, Die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem ausserehelichen Kinde und seinen Eltern in rechtsvergleichender Darstellung, thèse Zurich 1943 p. 121; WIRTH J. A., Der Name des ausserehelichen Kindes einer Geschiedenen, REC 1943 p. 253-255; SCHNYDER HANS RUDOLF, Das Namensrecht ausserehelichen Kinder, RJB 1945 p. 246-249; RINIKER H., Nom de famille de l'enfant naturel d'une femme divorcée autorisée à conserver le nom de son exmari, REC 1954 p. 345/346). Dans sa circulaire B 7, qui n'est pas motivée, le Département fédéral de justice et police rejette implicitement mais clairement l'argumentation selon laquelle la femme divorcée autorisée à porter le nom de son ex-mari, en application de l'art. 30 CC, ne peut plus transmettre à un enfant illégitime le nom de sa famille, car elle ne le possède plus (FF 1946 I p. 266). b) La circulaire précitée ne lie pas le juge appelé à statuer sur le nom de famille de l'enfant d'une femme divorcée qui a repris le nom de son ex-mari en vertu d'une autorisation fondée sur l'art. 30 CC. Le juge n'est soumis qu'à la loi (cf. art. 21 al. 2 OJ), dont il interprète et applique librement les dispositions. L'autorisation qu'obtient une femme divorcée, du gouvernement de son canton d'origine, de reprendre le nom de famille de son ex-mari est accordée dans le cadre de l'art. 30 CC. Du point de vue de la compétence, de la procédure et des conditions de fond, il s'agit d'un changement de nom, mais qui présente des particularités. Le recours au changement de nom selon l'art. 30 CC pour permettre à une femme divorcée de conserver le nom de famille qu'elle avait acquis par mariage est un moyen trouvé par la pratique pour parer aux inconvénients que peut entraîner l'art. 149 CC (cf. RO 81 II 404 s.; Circulaire du Département

BGE 100 II 290 S. 296

fédéral de justice et police, du 26 juillet 1919, FF 1919, vol. 4, p. 313; KOLLBRUNNER HANS RUDOLF, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, thèse Berne 1933, p. 54 s.; WIRTH A., Praxis der Kantone bei Namensänderungsgesuchen geschiedener Frauen (Beibehaltung des Ehenamens), REC 1962 p. 391 ss.; BOURNOUD DANIEL, Le changement de nom des femmes divorcées, REC 1963 p. 211 ss.; MÜLLER PAUL, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, thèse Zurich 1972, p. 53 ss.). Dans la majorité des cas, la femme divorcée reçoit l'autorisation de reprendre le nom de famille de son ex-mari, généralement avec le consentement de celui-ci, pour qu'elle ait le même nom que les enfants qui lui sont attribués. Une telle autorisation est aussi parfois accordée à une femme qui a exercé une profession ou une industrie sous le nom acquis par le mariage, qui continue cette activité et à qui le fait de reprendre son nom antérieur serait de nature à causer un préjudice économique. Lorsqu'une personne change de nom en application de l'art. 30 CC, son nom précédent disparaît et il est remplacé par le nouveau; le changement est définitif et le droit à l'ancien nom s'éteint (MÜLLER, op.cit. p. 37). L'autorisation accordée à une femme divorcée, par la voie du changement de nom selon l'art. 30 CC, de reprendre le nom de famille de son ex-mari n'a pas en tous points les mêmes effets. Certes la femme

divorcée porte désormais ce nom. Au feuillet qui lui est ouvert dans le registre des familles (art. 115 al. 1 ch. 2 de l'ordonnance sur l'état civil, du 1er juin 1953, ci-après OEC), le changement de nom est inscrit (art. 117 al. 2 ch. 18 OEC). Mais le nom précédent ne disparaît pas définitivement (RINIKER H., REC 1954 p. 345; GÖTZ, REC 1960 p. 100, 1962 p. 190; MÜLLER, op.cit. p. 57). L'art. 52 ch. 1 OEC dispose notamment que le changement de nom est mentionné en marge dans le registre des naissances; il prévoit cependant une exception pour le changement de nom de la femme divorcée et statue expressément qu'il n'est pas inscrit dans ce registre. Lorsqu'une femme divorcée qui porte le nom de son ex-mari, à la suite d'une autorisation accordée selon l'art. 30 CC, se remarie, son nom d'alliance est composé du nom de son nouveau mari et du nom qu'elle avait avant cette autorisation, c'est-à-dire en règle générale son nom de jeune fille (REC 1954 p. 346, 1960 p. 100, 1962 p. 190; MÜLLER, op.cit. p. 57).

L'autorisation octroyée, dans le cadre de l'art. 30 CC, à une femme divorcée de porter le nom de son ex-mari est ainsi un changement de nom de caractère spécial, qui ne fait pas disparaître définitivement son nom précédent. c) "Le nom de sa famille" (angestammter Familienname, cognome di nascita) au sens de l'art. 324 CC est généralement celui que la mère a acquis lors de sa naissance; mais c'est aussi le nom qu'elle a acquis ultérieurement par suite de légitimation, adoption ou changement de nom entraînant la disparition définitive du nom précédent (EGGER, n. 4 ad art. 324 CC: HOERNI, op.cit. p. 132; SCHNYDER, op.cit. p. 248). La femme divorcée, qui a été autorisée à reprendre le nom de son exmari, ne transmet dès lors pas ce nom à son enfant illégitime mais le nom qu'elle avait acquis à sa naissance ou postérieurement selon l'un des modes précités. C'est ainsi le patronyme Mathez qui est, en l'espèce, le nom de la famille de la mère, au sens de l'art. 324 CC, et que doit porter l'enfant Igor.

4. La comparaison des intérêts en présence ne conduit guère à une solution différente de celle qui découle de l'interprétation de l'art. 324 CC en accord avec les travaux préparatoires de la loi. Pour l'enfant illégitime qui reste à sa mère, il est certes préférable d'avoir le même nom que celle-ci. L'identité des patronymes est en effet l'expression, la plus immédiatement perceptible pour les tiers, d'un rapport de parenté. L'intérêt de l'enfant illégitime d'une femme divorcée, qui a été autorisée à reprendre le nom de son ex-mari, est ainsi de porter ce nom. Cette solution est aussi la plus favorable pour la mère. Mais, inversement, l'ex-mari a intérêt à ce que son nom ne soit pas transmis à un enfant illégitime de son ex-femme, en raison de l'apparence d'une filiation que peut susciter ce nom. Il est d'autres cas où des enfants ont un nom différent de celui de la mère avec laquelle ils vivent, par exemple lorsqu'elle a repris son nom de jeune fille à la suite du divorce, comme aussi lorsque, veuve ou divorcée, elle se remarie. L'enfant illégitime d'une veuve porte le nom de la famille de sa mère, soit le nom qu'elle avait avant le mariage (EGGER, n. 4, HEGNAUER, n. 19 ad art. 324 CC). Il en est de même de l'enfant désavoué par le mari (EGGER n. 9, HEGNAUER n. 41 ad art. 253 CC). Rien ne justifie une différence de traitement entre ces enfants, d'une part, et l'enfant illégitime d'une femme divorcée, qui a obtenu l'autorisation de reprendre le

nom de son ex-mari, d'autre part. Dans chacun de ces cas, l'enfant n'a aucun rapport de parenté avec le mari ou l'ex mari.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Admet le recours.