CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 53.915/2
du 16 octobre 2013

sur

un avant-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'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.915/2
van 16 oktober 2013

over

een voorontwerp van wet 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de invoering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de wijze van naamsoverdracht aan het kind en aan de geadopteerde'

Le 24 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-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'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 16 octobre 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 16 octobre 2013.

*

Op 24 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de invoering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de wijze van naamsoverdracht aan het kind en aan de geadopteerde'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 16 oktober 2013. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Christian BEHRENDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 oktober 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

RAPPEL DES RÈGLES ACTUELLEMENT APPLICABLES

1. Il paraît utile, pour l'examen de la réforme que porte l'avant-projet de loi, de rappeler les dispositifs aujourd'hui applicables en matière d'attribution du nom en ce qui concerne tant la filiation biologique [1] que l'adoption.

2. Les règles de transmission du nom patronymique à l'enfant dans la filiation biologique sont actuellement contenues dans l'article 335 du Code civil.

Ces règles sont les suivantes :

- Si la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses auteurs, il porte le nom de cet auteur [2].

- Si les filiations paternelle et maternelle sont toutes deux établies, il faut distinguer la séquence temporelle de leur établissement :

a) si les deux filiations sont établies en même temps [3], le nom du père l'emporte ;

b) si la filiation paternelle est établie en premier lieu, l'enfant porte le nom du père ;

c) si c'est la filiation maternelle qui est d'abord établie, l'enfant porte le nom de la mère.

[1] Au sens du présent avis, la notion de « filiation biologique » est entendue comme étant celle réglée par le titre VII (« De la filiation »), du livre Ier du Code civil. L'adoption est réglée par le titre VIII du même livre.

[2] C'est-à-dire quasi toujours le nom de la mère : les cas où seule la filiation paternelle est établie sont statistiquement négligeables, sauf dans le cas d'une reconnaissance anténatale du père seul (ce qui est encore très rare, la mère enceinte reconnaissant alors presque toujours son enfant dans le même acte) et, dans ce cas, pour la période très courte qui va de cette reconnaissance à la naissance de l'enfant et l'établissement de son acte de naissance.

[3] C'est le cas d'un enfant issu d'un couple marié, ou qui est reconnu par son père anténatalement ou dans l'acte de naissance.

Dans ce dernier cas, les père et mère peuvent, dans un délai d'un an à partir du moment où ils ont connaissance de l'établissement de la filiation [4], opérer, s'ils le veulent, un changement du nom de l'enfant, du nom de la mère vers le nom du père, par déclaration à l'officier de l'état-civil, qui l'acte [5] en marge de l'acte de naissance de l'enfant et des autres actes concernant l'enfant.

Il est à noter :

- que les deux parents ne peuvent pas, lorsque l'enfant porte le nom du père parce que la filiation paternelle est établie avant ou simultanément à la filiation maternelle, décider d'attribuer à l'enfant le nom de la mère ;

- qu'ils ne peuvent pas attribuer à l'enfant un double nom, composé du nom du père et de celui de la mère [6] ;

- qu'aucun recours n'est ouvert au père qui est confronté au refus de la mère d'opérer le changement de nom, alors même qu'un recours lui est ouvert contre le refus de la reconnaissance lui-même [7] ; la Cour constitutionnelle, saisie de la question, n'y a pas vu de discrimination [8] ;

- que, si l'enfant est majeur, aucune modification ne peut plus être apportée à son nom, même de son consentement alors même qu'il peut consentir à son changement de nom en cas d'adoption et qu'en cas de suppression de sa filiation paternelle après sa majorité, il peut demander à conserver son nom inchangé [9] ; la Cour constitutionnelle n'a pas estimé qu'il y ait là une discrimination [10].

3. L'attribution du nom dans l'adoption apparaît moins conflictuelle, sans nul doute parce que l'établissement de cette filiation civile procède nécessairement d'un accord préalable entre les deux adoptants.

---

[4] Concrètement, un an à partir de la reconnaissance si elle est consensuelle, un an à partir du moment où le jugement établissant la filiation paternelle est coulé en force de chose jugée après avoir été signifié, si cet établissement est litigieux, un an à partir de la notification ou signification à l'épouse, dans le cas d'un enfant adultérin *a patre* (article 319*bis*, alinéa 2, du Code civil).

[5] La loi ne prévoit pas d'acte d'état civil spécifique pour cette déclaration « pure », mais en pratique, elle est presque toujours contenue dans l'acte de reconnaissance (article 62 du Code civil). Il semble que les officiers de l'état civil ne donnent pas systématiquement une information complète aux parents sur cette possibilité (laissant à l'enfant le nom de la mère), ou inversement sur son caractère facultatif (indiquant automatiquement le nom du reconnaissant comme le nom de l'enfant). Une fois le délai passé, seul le changement administratif du nom sera encore possible.

[6] Comme le prévoient les systèmes espagnol et portugais.

[7] Article 329*bis* du Code civil.

[8] C.C., 28 novembre 1995, n° 79/95 ; C.C., 7 novembre 1996, n° 64/96 (répondant à une question spécialement claire en rapport avec la problématique faisant l'objet de l'avant-projet de loi à l'examen dans le présent avis) ; C.C., 6 novembre 1997, n° 68/97 ; C.C., 12 mai 2004, n° 82/2004 ; C.C., 21 octobre 2010, n° 114/2010.

[9] Article 335, § 4, du Code civil.

[10] C.C., 14 juillet 1994, arrêt n° 65/94, *J.T.*, 1995, p. 701, note A.-Ch. VAN GYSEL, « Le droit belge de la filiation décomposé ».

Cependant, la dissymétrie relevée plus haut se marque également ici, à l'avantage du nom de l'homme adoptant : ce n'est que lorsque l'enfant est adopté par deux femmes ou deux hommes, qu'il y a réellement égalité.

Les règles d'attribution du nom sont différentes, suivant le type d'adoption, simple ou plénière.

Dans l'adoption simple, l'adoption a un effet sur le nom de l'adopté [11], suivant des modalités extrêmement complexes [12], qui envisagent plusieurs hypothèses : conservation du nom d'origine [13], attribution du nom de l'adoptant à l'adopté (qui peut être majeur et avoir lui-même des enfants) – et en cas de pluralité d'adoptants, attribution du nom de l'homme adoptant et même possibilité de double nom, ce qui est exceptionnel en Belgique.

Le choix des adoptants n'est toutefois pas totalement libre, et la Cour constitutionnelle condamne le fait que, lorsque l'on adopte l'enfant de son conjoint ou cohabitant, il n'est pas possible que l'enfant conserve son nom ou un nom composé [14].

En cas d'adoption par un couple homosexuel, un choix doit être réalisé. La Cour constitutionnelle a estimé que le fait qu'un tel choix n'était pas possible dans un couple hétérosexuel, n'était pas discriminatoire [15].

Dans l'adoption plénière, le nom de l'adoptant est nécessairement transmis à l'adopté.

En cas d'adoption par un couple de sexe différent, c'est le nom de l'homme qui est transmis [16]. Et en cas d'adoption par un couple de même sexe, un choix doit aussi être réalisé sur ce point.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Les articles 2 et 3 de l'avant-projet (articles 335 et 335*bis* en projet du Code civil) contiennent les règles de transmission du nom de famille dans le cadre de la filiation biologique.

L'idée fondamentale est d'offrir aux deux parents d'un enfant mineur, un large choix entre le nom du père, celui de la mère, et enfin un double nom composé des noms du père et de la mère dans l'ordre qu'ils déterminent – ou d'un élément de ceux-ci une fois que ces noms composés se seront répandus dans la population –, ce nom, une fois choisi, s'étendant aux enfants futurs du couple.

[11] Il n'y a pas d'effet sur le titre de noblesse, ce que l'article 353-7 du Code civil appelle les « droits nobiliaires », nonobstant l'article 113 de la Constitution.

[12] Voir les articles 353-1 à 353-6 du Code civil.

[13] Certes à titre exceptionnel (voir l'article 353-1, actuel, du Code civil).

[14] C.C., 16 septembre 2010, n° 104/2010.

[15] C.C., 1er mars 2012, n° 26/2012.

[16] Article 356-2 du Code civil.

En tant que telle, la règle qu'énonce l'avant-projet à l'examen est égalitaire et n'appelle pas d'observation.

En revanche la manière dont l'avant-projet résout les conflits appelle des réserves.

5. Si l'exposé des motifs aperçoit bien la possibilité de tels conflits et convient que ce n'est pas à l'officier de l'état civil de les trancher, l'avant-projet laisse cependant ceux-ci sans autre solution que celles qui prévalent aujourd'hui : le choix établi par la loi fait prévaloir le nom du père pour les enfants dont la filiation paternelle et maternelle est établie simultanément.

Ce faisant, l'avant-projet à l'examen ne réalise pas entièrement l'objectif qu'aux termes de l'exposé des motifs, son auteur s'est fixé, à savoir « instaurer une transmission égalitaire du nom entre l'homme et la femme, quelles que soient les conditions de l'établissement de la filiation ou les modalités de l'adoption ».

Certes, le législateur se doit, en cas de conflits de dégager une solution qui permette de les trancher. Il ne semble cependant pas que maintenir la situation telle qu'elle est aujourd'hui c'est-à-dire faire primer le nom du père pour les enfants issus de parents mariés et le nom de la mère pour ceux issus de parents non-mariés, est nécessairement la seule qui doive être privilégiée.

6. La section de législation du Conseil d'État attire ainsi l'attention sur les solutions qui ont été adoptées, dans la législation de pays voisins de la Belgique [17], pour assurer le règlement de cette question dans le respect de l'intérêt de l'enfant.

Les exemples de la législation française et luxembourgeoise peuvent plus spécialement être relevés à cet égard :

- l'article 311-21 du Code civil français dispose en effet qu'

> « [e]n cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ».

- l'article 57 du Code civil luxembourgeois énonce une autre règle également soucieuse de l'égalité entre les parents de l'enfant :

> « [e]n cas de désaccord entre les parents sur le nom à attribuer à l'enfant, celui-ci porte le nom ou le premier nom de sa mère et le nom ou le premier nom de son père, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'officier de l'état civil, en présence de la personne qui déclare la naissance de l'enfant ».

[17] Par ailleurs cités dans l'exposé des motifs de l'avant-projet sous l'intitulé « Les évolutions à l'étranger ».

7. Si l'auteur devait décider de ne pas dégager, dans l'avant-projet, une solution des conflits qui serait plus conforme à ses intentions, la question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas d'envisager qu'un recours judiciaire soit organisé en cas de conflits entre les parents. Ce recours serait logiquement porté devant le Tribunal de la Famille, puisqu'il s'agit d'une matière ressortissant de l'état des personnes [18]. Compte tenu de la nécessité de fixer au plus vite le nom de l'enfant, la cause devrait faire partie de celles que la loi répute urgentes [19] et le juge pourrait statuer en premier et dernier ressort, une dérogation à la règle de l'appel pouvant parfaitement se concevoir dans des affaires où l'intérêt de l'enfant est en jeu et appelle une solution rapide aux différends qui opposent ses parents.

8. Les articles 4 à 10 de l'avant-projet (articles 353-1 à 353-5 et 356-2 du Code civil en projet) concernent la transmission du nom dans la cadre de la parenté adoptive.

L'article 353-1, alinéa 2, dernière phrase, en projet du Code civil prévoit une règle similaire à celle énoncée dans le régime de la filiation biologique en ce qu'en l'absence d'accord entre les adoptants ou lorsque ceux-ci ne se sont pas exprimés, c'est le nom de l'homme adoptant qui prévaut. Dans cette mesure, la disposition appelle, sur ce point, les mêmes observations que celles formulées sous les points 5 à 7 ci-avant.

9. Les articles 4 à 10 de l'avant-projet de loi ne paraissent cependant régler la question de conflits surgissant dans l'attribution de nom qu'en ce qui concerne les couples d'adoptants de sexes différents.

L'exposé des motifs précise qu'

> « [a]ucune distinction de régime n'est nécessaire entre l'adoption par des époux ou cohabitants et l'adoption par des personnes de même sexe dès lors qu'est supprimée la prévalence du nom de l'homme sur (celui) de la femme (...).
>
> Il en va de même dans le cadre de l'adoption de l'enfant ou de l'enfant adoptif du conjoint ou du cohabitant ou en cas d'adoption « nouvelle » (article 347-1 C.civ.). Que le nom de l'adoptant ait remplacé ou soit accolé au nom de l'adopté lors de l'adoption antérieure, il n'est nul besoin d'établir une distinction entre les conjoints et cohabitants de même sexe ou non dès lors qu'il ne s'agit plus de faire prévaloir le nom de l'homme sur celui de la femme ».

Dès lors que les adoptants sont d'accord sur le choix du nom, l'exposé des motifs et le dispositif de l'article 353-1, alinéa 2, première phrase, en projet du Code civil sont cohérents. Il en va autrement lorsque cet accord fait défaut car, dans ce cas, c'est le même article 353-1, alinéa 2, deuxième phrase, en projet du Code civil qui trouve à s'appliquer. Or, dans l'hypothèse de couple d'adoptants de même sexe, la règle de prévalence du nom de l'homme adoptant est, par définition, inopérante, et ce indépendamment des observations formulées ci-avant sur le principe même de cette prévalence.

[18] Article 572*bis*, 1°, nouveau, du Code judiciaire.

[19] Article 1253*ter*/4, § 2, nouveau, du Code judiciaire.

10. L'avant-projet de loi ne détermine aucune règle de résolution des conflits en cas de désaccord des deux personnes de même sexe adoptant un enfant.

En tant qu'il vise l'adoption simple, l'actuel article 353-1, § 2, alinéa 1er, du Code civil dispose :

> « En cas d'adoption simultanée par deux personnes de même sexe, celle-ci déclarent devant le tribunal, de commun accord, laquelle des deux donnera son nom à l'adopté. Le jugement mentionne cette déclaration ».

Une disposition analogue est prévue, à l'actuel article 356-2, § 2, alinéa 1er, du Code civil en ce qui concerne l'adoption plénière.

Il en résulte donc que les adoptants doivent être d'accord quant au choix du nom et que celui-ci fait l'objet d'une déclaration mentionnée dans le jugement prononçant l'adoption. De la sorte, cet article 353-1, § 2, du Code civil aboutit à faire de l'accord sur le nom une des conditions de l'adoption.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de prévoir une telle solution, pour les adoptants de même sexe. À cet effet, il peut se référer soit aux solutions énoncées aux points 6 et 7 ci-avant, soit à celle qui découle du droit actuel. Si cette dernière option est choisie, il veillera à adapter l'actuel article 1231-3, alinéa 2, première et deuxième phrases, du Code judiciaire qui dispose :

> « La requête précise si elle porte sur une adoption simple ou sur une adoption plénière, et les raisons pour lesquelles l'adoptant ou les adoptants ont choisi ce type d'adoption. Elle mentionne également les nom et prénoms choisis, dans la mesure permise par la loi, pour l'adopté ».

11. L'article 353-2 du Code civil en projet à l'article 5 concerne l'adoption de l'enfant ou de l'enfant adoptif d'un époux ou d'un cohabitant.

Aux termes de l'article 353-2, § 1er, alinéa 2, en projet du Code civil, lorsque, lors d'une adoption antérieure, le nom de l'adoptant a remplacé celui de l'adopté, les parties peuvent solliciter du tribunal que l'adopté conserve son nom, outre la possibilité d'obtenir du tribunal que le nouveau nom de l'adopté soit désormais composé du nom qu'il tient de cette adoption antérieure, précédé ou suivi de celui du nouvel adoptant.

Par contre, aux termes de l'alinéa 3 du même article 353-2, § 1er, lorsque, lors d'une adoption antérieure, le nom de l'adopté est devenu un nom composé d'un des noms de l'adoptant et d'un des noms de l'adopté, les adoptants ne peuvent pas solliciter du tribunal que l'enfant conserve son nom : leur demande en ce cas doit se limiter à celle tendant à ce que le nom de l'adopté soit désormais composé d'un des noms de l'adopté et d'un des noms du nouvel adoptant, dans l'ordre qu'ils déterminent.

En d'autres termes, dans la première hypothèse, deux possibilités sont offertes, alors que, dans la seconde, qui semble pourtant comparable, seule la deuxième possibilité l'est, consistant à donner un nom composé issu de l'adoption antérieure et de l'adoption nouvelle, sans possibilité de conserver le nom antérieur de l'adopté.

Le commentaire de l'article précise :

« […]. (L'avant-projet de loi) distingue deux hypothèses.

D'une part, il se peut que l'adopté, au moment de l'adoption antérieure, ait reçu le nom de l'adoptant. Le texte envisage cette première hypothèse et encadre l'autonomie des adoptants en énumérant les prérogatives que la loi leur confèrera. Le projet de loi insiste toutefois sur la faculté pour les parties en cas d'adoption successive de solliciter du tribunal de la jeunesse que l'adopté puisse conserver son nom antérieur. La raison en est que les auteurs entendent assurer une certaine continuité dans le port du nom antérieur pour des considérations sociétales et de sécurité juridique.

D'autre part, si lors de la première adoption, le nom de l'adoptant a été accolé au nom de l'adopté, comme le permet l'article 353-1, alinéa 3, proposé (art. 353-1, § 1er, alinéa 2 et § 2, alinéa 2 *ancien* C.civ.), il convient de permettre aux adoptants qui le souhaitent, lors de la seconde adoption, de conserver un de ces noms et de le faire suivre ou précéder du nom de l'adoptant, moyennant l'autorisation du tribunal.

Toutes les possibilités de composition de nom sont envisageables à partir du nom d'origine de l'adopté et du nom du nouvel adoptant. Pourtant, il n'y a pas lieu de reconnaître, au moment de la seconde adoption, un droit à la combinaison du nom avec celui du premier adoptant, ce dernier ayant déjà eu l'occasion d'exprimer son choix au moment de la première adoption, en conférant son nom ou un de ses noms à l'adopté ».

La section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi cette dernière explication suffirait à justifier que l'adopté ne puisse choisir de maintenir le nom composé du sien et de celui ou d'un de ceux du premier adoptant, le plaçant ainsi dans une situation similaire qu'il soit dans l'hypothèse de l'article 353-2, § 1er, alinéa 2 ou dans celle de l'alinéa 3.

Il conviendrait que l'auteur réexamine la question et modifie, le cas échéant, l'article 352-3, § 1er, alinéa 3, en projet du Code civil.

La question se pose par ailleurs de savoir pourquoi, aux articles 353-4*bis* et 353-5, en projet du Code civil (articles 8 et 9 de l'avant-projet), il n'est pas renvoyé à cet article 353-2, § 1er, alinéa 3, du Code civil.

12. En prévoyant de manière absolue l'irrecevabilité de toute demande de changement de nom introduite sur la base de la loi du 15 mai 1987 'relative aux noms et prénoms' « dont le seul motif est de pouvoir bénéficier, pour une personne née avant l'entrée en vigueur de la présente loi, des règles d'attribution du nom prévues par la présente loi », l'article 12 crée une différence de traitement entre les personnes qui, pouvant se fonder sur « des motifs sérieux » autres que liés au souhait de bénéficier des règles d'attribution du nom prévues par la loi en projet, peuvent solliciter un changement de leur nom et celles qui, pouvant se fonder sur des motifs tout aussi sérieux, pouvant se rattacher même, le cas échéant, à des considérations liées à l'intérêt supérieur de l'enfant sur la base de ces nouvelles règles d'attribution, ne peuvent pas solliciter un changement de nom.

Il est rappelé sur ce point qu'en vertu de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution,

« [d]ans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

La section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas la justification de pareille différence de traitement, d'autant qu'aux termes de l'article 3, alinéa 3, de la loi précitée du 15 mai 1987 ce n'est qu'« exceptionnellement » que le Roi peut autoriser le changement de nom. Compte tenu de la nature des principes en cause, il ne suffit pas à cet égard de se fonder, comme le fait le commentaire, sur le risque de surcharge des services administratifs devant l'afflux de dossiers pouvant résulter de pareille disposition.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

MEMORERING VAN DE THANS GELDENDE REGELS

1. Het lijkt voor het onderzoek van de hervorming die in het voorontwerp van wet aan de orde is, nuttig de thans geldende regels in herinnering te brengen inzake de toekenning van de naam, zowel wat de biologische afstamming[1] als wat de adoptie betreft.

2. Momenteel zijn de regels voor de overdracht van de geslachtsnaam in de biologische afstamming aan het kind vervat in artikel 335 van het Burgerlijk Wetboek.

Deze regels zijn de volgende:

- Indien de afstamming van het kind slechts ten aanzien van een van zijn ouders is vastgesteld, draagt het de naam van die ouder.[2]

- Indien de afstamming zowel van vaderszijde als van moederszijde allebei is, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang van het ogenblik waarop de afstamming is vastgesteld:

a) indien de afstamming van vaderszijde en die van moederszijde tegelijk worden vastgesteld,[3] draagt het kind de naam van de vader;

b) indien de afstamming van vaderszijde eerst is vastgesteld, draagt het kind de naam van de vader;

c) indien de afstamming van moederszijde eerst is vastgesteld, draagt het kind de naam van de moeder.

Indien de vader en de moeder dat wensen, kunnen ze in dat laatste geval binnen een termijn van een jaar vanaf het ogenblik waarop ze kennis hebben van de vaststelling van de

[1] Het begrip "biologische afstamming" wordt in dit advies opgevat zoals het door titel VII ("Afstamming") van boek I van het Burgerlijk Wetboek is geregeld. Titel VIII van hetzelfde boek regelt de adoptie.

[2] Dat is bijna altijd de naam van de moeder: de gevallen waarin alleen de afstamming van vaderszijde vastgesteld is, zijn uit statistisch oogpunt verwaarloosbaar, behalve in het geval waarin enkel de vader het kind vóór de geboorte erkent (wat nog steeds zeldzaam is, aangezien de zwangere moeder haar kind dan bijna altijd in dezelfde akte erkent) en, in dat geval, voor de zeer korte tijdspanne tussen enerzijds deze erkenning en anderzijds de geboorte van het kind en het opmaken van zijn geboorteakte.

[3] Dat is het geval van een kind van een gehuwd koppel of een kind dat voor de geboorte of in de geboorteakte door zijn vader is erkend.

afstamming,[4] de naam van het kind wijzigen van de naam van de moeder in de naam van de vader, door middel van een verklaring aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze vermeldt de wijziging op de kant van de geboorteakte van het kind en van de andere akten die op het kind betrekking hebben.[5]

Hierbij moet het volgende worden opgemerkt:

- wanneer het kind de naam van de vader draagt omdat de afstamming van vaderszijde vóór of gelijktijdig met de afstamming van moederszijde is vastgesteld, kunnen de beide ouders niet beslissen het kind de naam van de moeder te geven;

- de ouders kunnen het kind geen dubbele naam geven die is samengesteld uit de naam van de vader en die van de moeder;[6]

- alhoewel de vader een beroep kan instellen tegen de weigering tot erkenning zelf, staat voor hem geen beroep open wanneer de moeder de naamsverandering weigert;[7] volgens het Grondwettelijk Hof dat inzake deze vraag is geadieerd, levert dat geen discriminatie op;[8]

- wanneer het kind meerderjarig is, kan zijn naam niet meer worden gewijzigd, zelfs niet met zijn instemming, terwijl hij er wel mee kan instemmen zijn naam te wijzigen in het geval van adoptie en terwijl hij erom kan verzoeken zijn naam onveranderd te behouden wanneer zijn afstamming van vaderszijde na zijn meerderjarigheid wordt opgeheven;[9] het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat zulks geen discriminatie oplevert.[10]

3. Bij adoptie lijkt de toekenning van de naam minder conflictueus te zijn, ongetwijfeld omdat de vaststelling van deze burgerlijke afstamming noodzakelijkerwijs voortvloeit uit een voorafgaand akkoord tussen de beide adoptanten.

---

[4] Concreet gaat het om een jaar vanaf de erkenning indien deze consensueel is; indien de vaststelling betwist wordt, gaat het om een jaar vanaf het ogenblik waarop het vonnis dat de afstamming van vaderszijde vaststelt in kracht van gewijsde is gegaan nadat het is betekend; indien het een uit overspel *a patre* geboren kind betreft, gaat het om een jaar vanaf de kennisgeving of betekening aan de echtgenote (artikel 319*bis*, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek).

[5] Voor deze "zuivere" verklaring voorziet de wet niet in een specifieke akte van de burgerlijke stand, maar in de praktijk is ze bijna altijd vervat in de akte van erkenning (artikel 62 van het Burgerlijk Wetboek). Naar het zich laat aanzien, lichten de ambtenaren van de burgerlijke stand de ouders niet systematisch volledig in over deze mogelijkheid (om het kind de naam van de moeder te laten behouden), of, omgekeerd, over het feit dat het facultatief is, (waarbij ze automatisch de naam van de erkennende persoon aan het kind geven). Eenmaal de termijn is verstreken, kan de naam alleen nog langs administratiefrechtelijke weg worden gewijzigd.

[6] Zoals in het Spaanse en het Portugese systeem.

[7] Artikel 329*bis* van het Burgerlijk Wetboek.

[8] GwH 28 november 1995, nr. 79/95; GwH 7 november 1996, nr. 64/96 (antwoord op een bijzondere duidelijke vraag in verband met de problematiek waarover het voorliggende voorontwerp van wet handelt) dat in dit advies wordt onderzocht; GwH 6 november 1997, nr. 68/97; GwH 12 mei 2004, nr. 82/2004; GwH 21 oktober 2010, nr. 114/2010.

[9] Artikel 335, § 4, van het Burgerlijk Wetboek.

[10] GwH 14 juli 1994, nr. 65/94, *J.T.* 1995, 701, noot A.-Ch. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé".

Toch kan de dissymetrie waarop hierboven is gewezen ook hier worden vastgesteld, ten voordele van de naam van de adopterende man: alleen wanneer het kind door twee vrouwen of door twee mannen wordt geadopteerd, is er werkelijk sprake van gelijkheid.

De regels voor de toekenning van de naam verschillen volgens de soort adoptie: gewone of volle adoptie.

Bij gewone adoptie heeft de adoptie gevolgen voor de naam van de geadopteerde[11], volgens uiterst ingewikkelde regels[12] die op verschillende gevallen betrekking hebben: behoud van de oorspronkelijke naam,[13] toekenning van de naam van de adoptant aan de geadopteerde (die meerderjarig kan zijn en zelf kinderen kan hebben) – en, wanneer er meerdere adoptanten zijn, toekenning van de naam van de adopterende man en zelfs de mogelijkheid van een dubbele naam, wat in België uitzonderlijk is.

Adoptanten hebben nochtans geen geheel vrije keuze, en het Grondwettelijk Hof veroordeelt het feit dat wanneer een kind door de echtgenoot of samenwonende partner wordt geadopteerd, het zijn eigen naam of een samengestelde naam niet kan behouden.[14]

In het geval van adoptie door een koppel van hetzelfde geslacht moet er een keuze worden gemaakt. Dat een dergelijke keuze niet mogelijk is bij een koppel van verschillend geslacht, levert volgens het Grondwettelijk Hof geen discriminatie op.[15]

Bij de volle adoptie wordt de naam van de adoptant noodzakelijkerwijs aan de geadopteerde overgedragen.

In het geval van een adoptie door een koppel van verschillend geslacht wordt de naam van de man overgedragen,[16] en in het geval van een adoptie door een koppel van hetzelfde geslacht moet dienaangaande ook een keuze worden gemaakt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. De artikelen 2 en 3 van het voorontwerp (de ontworpen artikelen 335 en 335*bis* van het Burgerlijk Wetboek) bevatten regels inzake de overdracht van de familienaam in het kader van de biologische afstamming.

De basisidee is de beide ouders van een minderjarig kind een ruime keuze te bieden tussen de naam van de vader, de naam van de moeder en, ten slotte, een dubbele naam, samengesteld uit de namen van de vader en van de moeder in de volgorde die ze zelf vastleggen

[11] Ondanks het bepaalde in artikel 113 van de Grondwet, zijn er geen gevolgen voor de adellijke titel, in artikel 353-7 van het Burgerlijk Wetboek "adelrechtelijk" genoemd,

[12] Zie de artikelen 353-1 tot 353-6 van het Burgerlijk Wetboek.

[13] Weliswaar uitzonderlijk (zie het huidige artikel 353-1 van het Burgerlijk Wetboek).

[14] GwH 16 september 2010, nr. 104/2010.

[15] GwH 1 maart 2012, nr. 26/2012.

[16] Artikel 356-2 van het Burgerlijk Wetboek.

of, wanneer deze samengestelde namen wijder verbreid zijn onder de bevolking, uit een bestanddeel ervan. Als deze naam eenmaal gekozen is, wordt hij ook voor de toekomstige kinderen van het koppel gebruikt.

Als zodanig is de regel die in het voorliggende voorontwerp wordt gesteld, egalitair en geeft hij geen aanleiding tot opmerkingen.

De wijze waarop het voorontwerp conflicten oplost, noopt daarentegen tot voorbehoud.

5. Alhoewel in de memorie van toelichting de mogelijkheid van dergelijke conflicten wordt ingezien en wordt erkend dat het niet aan de ambtenaar van de burgerlijke stand staat deze conflicten op te lossen, brengt het voorontwerp geen andere oplossing voor deze conflicten aan dat die welke thans de voorkeur krijgen: de wet kiest ervoor voorrang te geven aan de naam van de vader voor kinderen van wie de afstamming van vaderskant en van moederskant gelijktijdig is vastgesteld.

Zodoende verwezenlijkt het voorliggende voorontwerp niet volledig het doel dat de steller ervan luidens de memorie van toelichting nastreeft, te weten de "invoering van de gelijkheid tussen man en vrouw bij de wijze van naamsoverdracht, ongeacht de wijze waarop de afstammingsband tot stand kwam of de adoptievorm".

Wanneer er conflicten rijzen, moet de wetgever weliswaar een oplossing aanbrengen die deze conflicten kan beslechten. Maar de huidige gang van zaken behouden, en dus voorrang geven aan de naam van de vader voor kinderen van gehuwde ouders en aan de naam van de moeder voor kinderen van niet-gehuwde ouders, lijkt niet noodzakelijkerwijs de enige oplossing te zijn die in aanmerking moet worden genomen.

6. De afdeling Wetgeving van de Raad van State vestigt aldus de aandacht op de oplossingen die in de wetgeving van buurlanden van België[17] zijn gevonden om deze aangelegenheid met inachtneming van de belangen van het kind te regelen:

In dat verband kunnen inzonderheid de voorbeelden van de Franse en Luxemburgse wetgeving worden vermeld:

- artikel 311-21 van het Franse Burgerlijk Wetboek luidt immers als volgt:

> "[e]n cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique".

[17] Deze worden overigens vermeld in de memorie van toelichting van het voorontwerp, onder het opschrift "Evoluties in het buitenland".

- in artikel 57 van het Luxemburgse Burgerlijk Wetboek wordt een andere regel gesteld, die evenzeer naar gelijkheid tussen de ouders van het kind streeft:

> "[e]n cas de désaccord entre les parents sur le nom à attribuer à l'enfant, celui-ci porte le nom ou le premier nom de sa mère et le nom ou le premier nom de son père, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'officier de l'état civil, en présence de la personne qui déclare la naissance de l'enfant".

7. Indien de steller zou beslissen geen oplossing voor de conflicten op te nemen in het voorontwerp die meer overeenstemt met zijn bedoeling, rijst de vraag of niet overwogen moet worden te voorzien in een gerechtelijk beroep voor het geval van conflicten tussen de ouders. Dat beroep zou logischerwijze behandeld moeten worden door de familierechtbank, aangezien het gaat om een aangelegenheid die valt onder de staat van personen[18]. Gelet op de noodzaak om zo snel mogelijk de naam van het kind vast te stellen, zou dit soort zaken moeten vallen onder die welke de wet spoedeisend acht[19] en zou de rechter in eerste en laatste instantie uitspraak kunnen doen: een afwijking van de regel dat beroep kan worden ingesteld is zeer goed denkbaar in zaken waarbij het belang van het kind in het geding is en dit belang een snelle oplossing vereist voor de geschillen die de ouders van het kind verdeeld houden.

8. De artikelen 4 tot 10 van het voorontwerp (ontworpen artikelen 353-1 tot 353-5 en 356-2 van het Burgerlijk Wetboek) hebben betrekking op de overdracht van de naam in het kader van het adoptieouderschap.

Het ontworpen artikel 353-1, tweede lid, laatste zin, van het Burgerlijk Wetboek voorziet in een soortgelijke regel als die genoemd in de regeling die geldt bij biologische afstamming, in zoverre, wanneer de adoptieouders het onderling niet eens zijn, of wanneer ze geen keuze hebben gemaakt, de naam van de mannelijke adoptant primeert. In dat opzicht geeft de bepaling, wat dat aspect betreft, aanleiding tot dezelfde opmerkingen als die gemaakt in de punten 5 tot 7 hierboven.

9. De artikelen 4 tot 10 van het voorontwerp van wet lijken evenwel het vraagstuk betreffende conflicten die ontstaan bij de toekenning van de naam enkel te regelen voor adoptiekoppels, van verschillend geslacht.

In de memorie van toelichting staat:

> "Gezien er geen onderscheid meer gemaakt moet worden tussen de adoptie door echtgenoten of samenwonenden en de adoptie door personen van hetzelfde geslacht wordt de voorrang van de naam van de man op deze van de vrouw afgeschaft. (…)
>
> Hetzelfde geldt in het kader van een adoptie van het kind of het adoptief kind door de echtgenoot, echtgenote of samenwonende, of in het geval van een nieuwe adoptie (art. 347-1 BW). Of de naam van de adoptant de naam van de geadopteerde toegekend bij de vorige adoptie, vervangt of eraan toegevoegd wordt, een onderscheid tussen echtgenoten of samenwonenden van verschillend of gelijk geslacht is niet nodig gezien het niet meer gaat om de naam van de man te laten voorgaan op deze van de vrouw."

[18] Artikel 572*bis*, 1° (nieuw), van het Gerechtelijk Wetboek.

[19] Artikel 1253*ter*/4, § 2 (nieuw) van het Gerechtelijk Wetboek.

Wanneer de adoptanten het eens zijn over de keuze van de naam, zijn de memorie van toelichting en het bepaalde van het ontworpen artikel 353-1, tweede lid, eerste zin, van het Burgerlijk Wetboek consistent. Dat is niet het geval wanneer die eensgezindheid ontbreekt, aangezien, in dat geval, hetzelfde ontworpen artikel 353-1, tweede lid, tweede zin, van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is. In het geval echter van een adoptiekoppel van het zelfde geslacht, verliest de regel dat de naam van de mannelijke adoptant primeert per definitie zijn gelding, en dit ongeacht de opmerkingen die hierboven zijn gemaakt aangaande het principe zelf van die voorrang.

10. Het voorontwerp van wet bevat geen enkele regel inzake de oplossing van de conflicten ingeval de twee personen van hetzelfde geslacht die een kind adopteren het niet eens zijn met elkaar.

Het huidige artikel 353-1, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt, voor zover het betrekking heeft op de gewone adoptie, het volgende:

> "In geval van gelijktijdige adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht, verklaren die personen, in onderlinge overeenstemming, voor de rechtbank wie van beiden zijn naam zal geven aan de geadopteerde. Van die verklaring wordt melding gemaakt in het vonnis."

Het huidige artikel 356-2, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziet in een soortgelijke bepaling wat de volle adoptie betreft.

Daaruit volgt dus dat de adoptanten het met elkaar eens moeten zijn over de keuze van de naam en dat daarover een verklaring wordt afgelegd, die vermeld wordt in het adoptievonnis. Aldus maakt dat artikel 353-1, § 2, van het Burgerlijk Wetboek van het bereiken van overeenstemming omtrent de naam, één van de voorwaarden voor adoptie.

Het staat aan de steller van het voorontwerp om te voorzien in zulk een oplossing voor adoptanten van hetzelfde geslacht. Hij kan daartoe teruggrijpen op de oplossingen vermeld in de hierboven genoemde punten 6 en 7, ofwel op de oplossing die voortvloeit uit het huidige recht. Indien voor die laatste optie wordt gekozen, moet hij ervoor zorgen dat het huidige artikel 1231-3, tweede lid, eerste en tweede zin, van het Gerechtelijk Wetboek aangepast wordt. Dat artikel luidt als volgt:

> "Het verzoekschrift vermeldt of het een gewone of volle adoptie betreft en de redenen waarom de adoptant of adoptanten voor deze adoptievorm hebben gekozen. Het vermeldt tevens de naam en voornamen die, voorzover toegestaan door de wet, voor de geadopteerde zijn gekozen."

11. Het ontworpen artikel 353-2 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorontwerp) heeft betrekking op de adoptie van een kind of van een adoptiekind van een echtgenoot of een samenwonende.

Luidens het ontworpen artikel 353-2, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek kunnen de partijen, indien de naam van de geadopteerde bij een vorige adoptie vervangen is door die van de adoptant, de rechtbank vragen dat de geadopteerde zijn naam behoudt. Daarnaast kunnen zij de rechtbank ook vragen dat de nieuwe naam van de geadopteerde samengesteld zal

zijn uit de naam die hij bij die vorige adoptie heeft gekregen, voorafgegaan of gevolgd door die van de nieuwe adoptant.

Luidens het derde lid van hetzelfde artikel 352-2, § 1, kunnen adoptanten de rechtbank daarentegen niet vragen dat het geadopteerde kind zijn naam behoudt wanneer het bij een vorige adoptie een naam heeft gekregen die is samengesteld uit een van de namen van de adoptant en een van de namen van de geadopteerde. In dat geval kunnen ze alleen vragen dat de naam van de geadopteerde voortaan is samengesteld uit een van de namen van de geadopteerde en een van de namen van de nieuwe adoptant, in de volgorde die zij bepalen.

Met andere woorden: het eerste geval biedt twee mogelijkheden terwijl het tweede geval, dat er nochtans vergelijkbaar mee lijkt, enkel de mogelijkheid biedt een samengestelde naam te geven die voortkomt uit de vorige en de nieuwe adoptie, maar niet de mogelijkheid dat de geadopteerde zijn vorige naam behoudt.

De bespreking van het artikel luidt als volgt:

> "[In het voorontwerp van wet] word[t] een onderscheid gemaakt tussen twee gevallen.
>
> In de eerste plaats is het mogelijk dat de geadopteerde op het ogenblik van de vorige adoptie de naam van de adoptant heeft gekregen. De tekst beoogt die mogelijkheid en beperkt de autonomie van de adoptanten met een opsomming van de voorrechten die de wet hun zal toekennen. Het ontwerp van wet benadrukt echter dat de partijen in het geval van opeenvolgende adopties de mogelijkheid hebben om de jeugdrechtbank te vragen dat de geadopteerde zijn vorige naam kan behouden. De reden daarvoor is dat de auteurs uit maatschappelijke overwegingen en met het oog op de rechtszekerheid een zekere continuïteit willen waarborgen inzake het dragen van de vorige naam.
>
> In de tweede plaats kan het zijn dat bij de eerste adoptie de naam van de adoptant aan die van de geadopteerde werd toegevoegd, wat overeenkomstig het voorgestelde artikel 353-1, derde lid, (oud art. 353, § 1, tweede lid, en § 2, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek) mogelijk is. In dat geval moeten de adoptanten die dat wensen, de mogelijkheid krijgen om bij de tweede adoptie een van die namen te behouden en die door de naam van de adoptant te laten volgen of voorafgaan, zulks met toestemming van de rechtbank.
>
> Alle mogelijkheden voor de samenstelling van de naam zijn denkbaar op basis van de naam van de oorspronkelijke naam van de geadopteerde en de naam van de nieuwe adoptant. Nochtans moet op het tijdstip van de tweede adoptie geen recht op de combinatie van de naam met die van de eerste adoptant worden erkend, aangezien laatstgenoemde reeds de gelegenheid heeft gehad om zijn keuze kenbaar te maken op het tijdstip van de eerste adoptie, door zijn naam of een van zijn namen aan de geadopteerde te verlenen".

De afdeling Wetgeving van de Raad van State begrijpt niet hoe deze laatste toelichting genoegzaam zou kunnen rechtvaardigen dat de geadopteerde er niet voor kan opteren de naam te behouden die is samengesteld uit zijn eigen naam en de naam of een van de namen van de eerste adoptant, zodat hij zich aldus zou bevinden in een soortgelijke situatie als die welke is beschreven in artikel 353-2, § 1, tweede lid, of in artikel 353-2, § 1, derde lid.

De steller zou de kwestie opnieuw moeten onderzoeken en indien nodig het ontworpen artikel 352-3, § 1, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek wijzigen.

Voorts rijst de vraag waarom in de ontworpen artikelen 353-4*bis* en 353-5 van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 8 en 9 van het voorontwerp) niet naar dat artikel 353-2, § 1, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt verwezen.

12. Artikel 12 voorziet op absolute wijze in de niet-ontvankelijkheid van elk verzoek tot naamsverandering, ingediend op grond van de wet van 15 mei 1987 'betreffende de namen en de voornamen', "met als enige drijfveer dat een persoon die geboren is vóór de inwerkingtreding van deze wet, zou vallen onder de bepalingen inzake de toekenning van de naam bedoeld in deze wet". Aldus doet dat artikel een verschillende behandeling ontstaan tussen enerzijds personen die een verandering van hun naam kunnen vragen omdat ze kunnen steunen op "ernstige gronden", die niet samenhangen met de wens dat de bepalingen inzake de toekenning van de naam waarin de ontworpen wet voorziet, op hen worden toegepast en anderzijds personen die even ernstige gronden kunnen aanvoeren, die in voorkomend geval zelfs in verband kunnen worden gebracht met overwegingen ingegeven door het hoger belang van het kind op basis van deze nieuwe regels voor de toekenning, en die geen naamverandering kunnen vragen.

Dienaangaande wordt erop gewezen dat artikel 22*bis*, vierde lid, van de Grondwet luidt als volgt:

> "Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat".

De afdeling Wetgeving van de Raad van State begrijpt niet hoe een dergelijk verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd, temeer daar de Koning luidens artikel 3, derde lid, van de voornoemde wet van 15 mei 1987 de naamsverandering slechts "uitzonderlijk" kan toestaan. Gelet op de aard van de desbetreffende principes, is het risico dat de administratieve diensten overbelast raken door de toevloed van dossiers die uit een dergelijke bepaling zou kunnen voortvloeien, zoals de bespreking van het artikel aangeeft, geen voldoende rechtvaardiging.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Yves KREINS