



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.387/2
du 1^{er} décembre 2016

sur

un avant-projet de loi
'modifiant les articles 335
et 335ter du Code civil relatifs
au mode de transmission du
nom à l'enfant'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.387/2
van 1 december 2016

over

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de artikelen 335
en 335ter van het Burgerlijk
Wetboek betreffende de wijze
van naamsoverdracht aan het
kind'

Le 31 octobre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant les articles 335 et 335^{ter} du Code civil relatifs au mode de transmission du nom à l'enfant'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre les 30 novembre et 1^{er} décembre 2016. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Bernadette VIGNERON, 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 Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} décembre 2016.

*

Op 31 oktober 2016 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 de artikelen 335 en 335^{ter} van het Burgerlijk Wetboek betreffende de wijze van naamsoverdracht aan het kind'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 30 november en 1 december 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Marianne DONY, assessor, en Bernadette VIGNERON, 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 Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 1 december 2016.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet¹, 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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Comme l'indique l'exposé des motifs,

« Le présent projet de loi vise à modifier les articles 335 et 335^{ter} du Code civil relatifs au mode de transmission du nom à l'enfant, suite à l'arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016 de la Cour constitutionnelle qui annule l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil, tel qu'il a été remplacé par l'article 2 de la loi du 8 mai 2014 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, tout en maintenant les effets de la disposition annulée jusqu'au 31 décembre 2016 ».

Le présent avis porte sur l'avant-projet à l'examen dans les limites de sa portée ainsi définie, liée à l'annulation par la Cour constitutionnelle de l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil, et aux implications directes de cette annulation pour les situations que cet arrêt envisage, et tenant compte également du choix fait par l'auteur de l'avant-projet d'étendre à l'article 335^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil, les solutions qu'il tire de l'arrêt précité. La disposition transitoire envisagée par l'avant-projet sera également examinée dans ce contexte.

2. Selon la Cour constitutionnelle,

« B.6. L'attribution d'un nom de famille repose principalement sur des considérations d'utilité sociale. Elle est, contrairement à l'attribution du prénom, déterminée par la loi. Celle-ci vise, d'une part, à déterminer le nom de famille de manière simple, rapide et uniforme et, d'autre part, à conférer à ce nom de famille une certaine invariabilité.

B.7.1. Contrairement au droit de porter un nom, celui de donner son nom de famille à son enfant ne peut être considéré comme un droit fondamental. En matière de réglementation de l'attribution du nom, le législateur dispose par conséquent d'un pouvoir d'appréciation étendu, pour autant qu'il respecte le principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec le droit au respect de la vie privée et familiale.

[...]

B.8.3. En ce qu'il dispose que 'l'enfant dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies simultanément porte soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux' (§ 1^{er}, alinéa 1^{er}) et que 'les père et mère choisissent le nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance' (§ 1^{er}, alinéa 2, première phrase), l'article 335

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

nouveau du Code civil organise un mode de transmission du nom qui permet de déterminer le nom de famille de manière simple et uniforme lors de la déclaration et de conférer à ce nom de famille une certaine invariabilité. Le législateur a, en outre, veillé à garantir l'unité du nom au sein d'une même fratrie (article 335*bis* du Code civil inséré par l'article 3 de la loi attaquée). Par ailleurs, il a pu estimer que les parents sont les mieux à même d'apprécier l'intérêt de l'enfant. Enfin, ces dispositions sont conformes à la volonté du législateur d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme.

[...]

B.8.5. Puisqu'il privilégie l'autonomie de la volonté des parents pour le choix du nom de famille, le législateur doit aussi déterminer la manière d'attribuer le nom de famille dans l'hypothèse où les parents sont en désaccord ou n'opèrent pas de choix, même s'il a par ailleurs veillé à limiter les cas de désaccord en permettant aux parents d'opter pour l'un ou l'autre nom de famille ou pour les deux noms dans l'ordre qu'ils déterminent. Il peut se justifier qu'il fixe lui-même le nom que portera l'enfant, lorsqu'il y a désaccord ou absence de choix, plutôt que d'accorder à cet égard un pouvoir d'appréciation au juge. Il importe en effet en cette matière de fixer de manière simple, rapide et uniforme le nom d'un enfant dès sa naissance. L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose, à cet égard, que l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom »².

Comme le relève ainsi la Cour, il se justifie que la loi fixe elle-même le nom que portera l'enfant en cas de désaccord ou d'absence du choix des parents, dès lors qu'il est un droit fondamental de l'enfant d'être enregistré aussitôt sa naissance et qu'il reçoive un nom lors de son enregistrement.

La faculté donnée aux parents de choisir le nom de leur enfant n'est pas pour eux un droit fondamental, contrairement au droit de l'enfant de recevoir un nom dès son enregistrement, lequel doit intervenir le plus tôt possible après sa naissance. Si donc il est admissible que la loi laisse aux parents le choix du nom de leur enfant dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies simultanément, à savoir le choix entre le nom du père, celui de la mère, ou celui des deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux, cette liberté n'est admissible que dans la mesure où elle ne porte pas atteinte au droit fondamental de l'enfant de porter un nom le plus tôt possible dès sa naissance. La loi du 8 mai 2014 garantissait ce droit en décidant du nom de l'enfant en cas d'absence de choix de commun accord des parents. Elle le faisait toutefois de manière discriminatoire en attribuant dans cette hypothèse le seul nom du père.

En revanche, le texte en projet ne prévoit l'attribution d'un nom par la loi que dans l'hypothèse d'un désaccord exprimé par les parents. Elle ne prévoit pas d'attribution du nom lorsque les parents n'expriment ni un choix ni un désaccord.

Selon l'exposé des motifs,

« Il ressort des statistiques disponibles [...] et des informations fournies par les officiers de l'état civil que les cas d'absence de choix sont très nombreux (une minorité des parents introduisent une déclaration de choix du nom), mais il y a peu de désaccord entre les parents.

² C.C., arrêt n° 2/2016, 14 janvier 2016.

Dans l'hypothèse envisagée, les parents seront toujours invités à exprimer leur choix quant au nom transmis à l'enfant en application de l'article 335, § 1^{er}, du Code civil ».

Selon le commentaire de l'article toutefois,

« La disposition proposée remplace la règle par défaut par une règle applicable au seul cas de désaccord entre les parents. L'hypothèse de l'absence de choix est, quant à elle, supprimée et assimilée à un désaccord entre les parents. Le fait de ne pas choisir équivaldra dès lors à l'avenir à un désaccord entre les parents. Seules deux hypothèses seront donc envisageables : soit les parents choisissent le nom de leur enfant conformément à l'article 335, § 1^{er}, du Code civil, soit ils ne sont pas d'accord sur ce choix et la disposition proposée est applicable. Des instructions seront adressées aux officiers de l'état civil afin d'éviter autant que possible les cas d'absence de choix ».

La question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas de viser expressément l'absence de choix exprimé par les parents dans le texte de l'avant-projet plutôt que de se limiter à assimiler, dans le commentaire de l'article, cette hypothèse à celle d'un désaccord exprimé par les parents.

Interrogé sur cette question, le fonctionnaire délégué a répondu ce qui suit :

« L'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, première phrase, du Code civil (qui n'est pas modifié par le présent projet de loi) prévoit : 'Les père et mère choisissent le nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance'. Cette disposition ne prévoit non pas une faculté mais une obligation pour les parents de choisir le nom de leur enfant. Cette obligation est de même nature que celle que les père et mère ont de choisir un prénom pour leur enfant (cf. art. 57 du Code civil qui prévoit que l'acte de naissance doit mentionner, notamment, les prénoms de l'enfant). Ainsi, du fait du caractère obligatoire du choix du prénom par les parents, la doctrine n'envisage pas l'absence de choix de prénom, mais uniquement l'hypothèse où il y aurait conflit entre les parents quant au choix du prénom : 'en pratique, le déclarant choisira le prénom mais l'autre titulaire de l'autorité parentale aura un recours contre ce choix, conformément au droit commun (art. 373 du Code civil)'. La doctrine relève cependant que 'comme la naissance doit être déclarée dans un délai très bref, on n'aperçoit pas comment le conflit pourrait être tranché en temps utile par le juge'. Dès lors, la doctrine propose en pareille hypothèse d'ajouter aux prénoms choisis par le déclarant ceux que l'autre titulaire voudrait donner à l'enfant, ce dernier pouvant ainsi choisir, quand il sera majeur, le prénom qu'il entend porter usuellement'. (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. I, Les personnes, volume 1, 4^{ème} éd., 1990, p. 128, n° 117).

En ce qui concerne le présent projet de loi, celui-ci ne retient plus que l'hypothèse du désaccord entre les père et mère quant au nom à donner à leur enfant et ce, pour être cohérent avec l'obligation qu'ont les père et mère de choisir un nom pour leur enfant. Si aucun choix n'est exprimé lors de la déclaration de naissance, cette absence de choix sera considérée comme un désaccord entre les père et mère. Une circulaire sera adressée aux officiers de l'état civil pour rappeler l'obligation pour les père et mère de choisir un nom pour leur enfant. Si les père et mère refusent de répondre à la demande de l'officier de l'état civil de choisir un nom pour leur enfant, ce refus sera considéré comme un désaccord entre les père et mère quant au nom à donner à leur enfant. Dans ce cas, c'est la solution supplétive prévue par l'article 2 du présent projet de loi qui sera d'application. Ainsi, l'intérêt de l'enfant est préservé puisqu'il portera un nom dès la naissance, dans le

respect de l'article 7.1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ».

Dans une matière qui, telle l'attribution du nom, relève de l'état des personnes et donc de l'ordre public, mettant en jeu, en outre, le droit fondamental de l'enfant d'avoir un nom le plus tôt possible après sa naissance de manière simple, rapide et uniforme, il appartient au législateur de régler lui-même les cas de figure susceptibles de se présenter sans recourir en principe à des présomptions et en évitant en tout cas de les régler par la voie de simples circulaires administratives.

Interrogé devant la Commission de la Justice de la Chambre après l'arrêt de la Cour constitutionnelle, le Ministre de la Justice a notamment donné l'explication suivante sur la manière dont se déroulaient en pratique les déclarations de naissance depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 mai 2014 :

« Ik kom dan bij de vragen met betrekking tot de praktische toepassing van de wet en de rondzendbrief. Op basis van een eerste snelle bevraging van de ambtenaren van de burgerlijke stand kan ik u voor het overige het volgende antwoorden. De ambtenaren van de burgerlijke stand vereisen de indiening van een gemeenschappelijke verklaring van beide ouders indien slechts een ouder de aangifte komt doen. Veel gemeenten hanteren evenwel de volgende werkwijze, waarbij in bepaalde situaties geen gemeenschappelijke verklaring wordt afgegeven: wanneer beide ouders samen komen, wordt de keuze geacteerd en ondertekenen beiden de geboorteakte. Wanneer een van beide ouders alleen komt, wordt in veel gevallen het ingevulde model van gemeenschappelijke verklaring meegebracht waarin de keuze wordt gemaakt. Wanneer een van beide ouders alleen komt en de aangever het ingevulde model van gemeenschappelijke verklaring niet bij zich heeft, zal de ambtenaar van de burgerlijke stand de aangever vragen welke naam de ouders wensen. Indien dat de naam van de vader is, zal dat als een gebrek aan keuze beschouwd worden en krijgt het kind de naam van de vader. Indien het de naam van de moeder of een dubbele naam is, zal de aangever teruggestuurd worden om het model van gemeenschappelijke verklaring in te vullen en te laten ondertekenen door beide ouders. Die werkwijze doet in de praktijk geen problemen rijzen »³.

Ces explications montrent qu'en pratique, lorsqu'un des parents se présente seul pour déclarer l'enfant auprès de l'officier de l'état civil et qu'il n'est pas porteur d'une déclaration signée par les deux parents quant au choix du nom de l'enfant, l'enfant peut immédiatement recevoir un nom s'il demande que le nom soit celui prévu par la loi en cas de désaccord des parents ou d'absence de choix. Dans l'hypothèse où le parent se présente sans déclaration conjointe mais souhaite que le nom ne soit pas celui prévu par la loi en cas d'absence de choix, il est alors invité à revenir accompagné d'une déclaration conjointe.

Contrairement à ce que laisse entendre le commentaire de l'article, actuellement le fait pour le parent de se présenter sans une déclaration conjointe des deux parents, ce qui correspond, selon l'exposé des motifs, à la majorité des cas, n'est donc nullement assimilé à un désaccord des parents sur le choix du nom et la seule mention de cette assimilation dans ce commentaire ne peut suffire à ce qu'une telle assimilation soit de droit.

³ C.R.I. de la Commission de la Justice de la Chambre du 3 février 2016, (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, p. 14).

Dès lors que ces pratiques se fondent sur les dispositions non annulées de l'article 335, § 1^{er}, du Code civil telles qu'insérées par la loi du 14 janvier 2016 et que ces dispositions ne sont pas modifiées par la loi en projet, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi les modifications en projet changeraient ces pratiques.

Selon l'exposé des motifs, cette suppression de l'hypothèse d'absence de choix vise à

« inciter les parents à choisir le nom attribué à leur enfant lorsque la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies simultanément, ce qui permettra non seulement de tendre vers l'objectif recherché par le législateur (égalité entre les hommes et les femmes en favorisant l'autonomie de la volonté des parents dans la détermination du nom de famille de l'enfant commun) mais aura également pour effet de supprimer l'hypothèse d'absence de choix (et donc la majorité des cas encore visés par l'attribution automatique du nom du père) ».

Ce faisant l'auteur de l'avant-projet perd de vue que, dans la logique de l'avant-projet, l'absence de choix par les parents n'aurait plus pour effet discriminatoire l'attribution du nom du père mais conduirait à l'attribution d'un nom résultant d'une règle ne créant aucune discrimination entre les hommes et les femmes.

En outre, l'autonomie de la volonté des parents dans la détermination du nom de famille de l'enfant commun n'est qu'un moyen parmi d'autres, et pas nécessairement le plus adéquat, pour atteindre l'objectif de l'égalité entre les hommes et les femmes.

On peut certes partager le souci de l'auteur de l'avant-projet d'éviter la généralisation de l'attribution du double nom selon l'ordre alphabétique, telle que prévue par l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, en projet, dans la mesure où une telle attribution non seulement peut ne correspondre au souhait d'aucun des deux parents, mais en outre appelle les objections qui seront évoquées ci-dessous⁴. L'omission pure et simple dans le texte de la loi de l'hypothèse de l'absence de choix et l'assimilation de cette hypothèse à celle du désaccord exprimé des parents dans le commentaire de l'article ne paraît toutefois pas être un moyen adéquat pour atteindre cet objectif.

Au demeurant, la question se pose de savoir s'il est bien conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de soumettre ses parents à une forte incitation tendant à ce qu'ils fassent un choix conjoint et donc à ce que, le cas échéant, ils soient amenés à exprimer entre eux des désaccords et à entamer des discussions sur ce point plutôt que, spécialement dans les circonstances de l'arrivée au monde d'un enfant, de leur permettre de ne pas entamer pareil processus et de se contenter, à défaut de consensus spontané sur le choix du nom de l'enfant conformément au paragraphe 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, deux premières phrases, des articles 335 et 335ter du Code civil, non modifiés par l'avant-projet, de se fonder sur la solution donnée par la loi à pareille situation.

Ceci n'empêche évidemment pas le législateur d'encadrer la procédure de déclaration du nom de l'enfant des garanties nécessaires permettant à chaque parent d'exprimer

⁴ Voir l'observation générale n° 3.

son choix de manière effective sur la base des possibilités que lui offrent les dispositions précitées, ce qui ne paraît pas être le cas actuellement dans la pratique selon les explications fournies par le Ministre de la Justice dans sa réponse prérappelée du 3 février 2016.

Il est également renvoyé sur ce point à l'observation générale n° 4.

Il y a donc lieu de prévoir dans la loi elle-même, et non dans une circulaire, la procédure à suivre lorsque les parents ne déclarent pas ensemble l'enfant auprès de l'officier de l'état civil et que la personne qui déclare l'enfant n'est pas en possession d'une déclaration signée par les deux parents quant au choix du nom de leur enfant. Il importe d'autant plus d'organiser légalement cette procédure qu'il s'agit de mettre en œuvre le droit fondamental de l'enfant, garanti notamment⁵ par l'article 7 de la Convention 'relative aux droits de l'enfant' d'avoir un nom, ce qui implique notamment qu'il convient de garantir qu'un nom lui soit attribué de manière simple, rapide et uniforme et d'éviter autant que possible tout litige postérieur à l'attribution du nom.

C'est également à la loi elle-même qu'il revient, à l'issue de la procédure dont il vient d'être question, laquelle doit être fortement limitée dans le temps, de préciser les effets du maintien par les parents d'une absence de choix quant à l'attribution du nom, à l'instar de ce qui est envisagé en cas de désaccord exprimé entre eux.

3. La règle proposée par l'article 2 du projet « en cas de désaccord entre les parents » tend à rencontrer l'objection d'inconstitutionnalité qu'a suscitée celle qui prévoyait que, dans cette hypothèse, le nom de l'enfant était celui du père, une telle règle constituant, comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle, une discrimination injustifiée en fonction du sexe des parents.

Si la règle proposée garantit que les parents ont tous les deux la possibilité de transmettre le nom à leur enfant et supprime toute discrimination en fonction du sexe, elle introduit toutefois une autre différence de traitement, quant à la préséance du nom dans le double nom que portera l'enfant, en fonction d'un critère, à savoir l'ordre alphabétique, qui est certes objectif mais qui est sans pertinence aucune avec l'objectif poursuivi par l'attribution à un enfant du nom de ses parents. Les parents dont le nom commence par une des premières lettres de l'alphabet se voient en effet favorisés dans la préséance de leur nom dans celui de leur enfant sans qu'aucune justification ne puisse être donnée à cette faveur. Ce parent aura en effet la garantie qu'en cas d'absence d'accord avec l'autre parent, son nom aura la préséance dans le double nom attribué à son enfant, sans que cette faveur ne résulte d'un critère pertinent au regard des considérations d'utilité sociale sur lesquelles repose principalement l'attribution d'un nom de famille.

Le choix d'un critère neutre et ne favorisant aucun des deux parents n'est certes pas aisé. À cet égard toutefois, l'option du tirage au sort est rejetée par l'auteur de l'avant-projet pour une considération inexacte en droit. L'ordre public invoqué ne s'oppose pas en effet à ce que l'ordre du nom des parents dans le double nom de leur enfant résulte d'un tirage au sort.

⁵ L'article 24, § 2, du Pacte international 'relatif aux droits civils et politiques' dispose également que « [t]out enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom ».

4. L'auteur de l'avant-projet est invité à réexaminer son avant-projet pour rencontrer ces observations.

Dans le cadre de ce réexamen, il gardera à l'esprit que, si le libre choix des parents pour le nom de leur enfant est une option qui permet d'atteindre l'objectif poursuivi d'une égalité des sexes, ce libre choix ne constitue nullement un droit fondamental dans le chef des parents et ne peut en tout état de cause pas porter préjudice aux droits de l'enfant d'une part, à porter un nom dès sa naissance et, d'autre part, à ce que, conformément à l'article 22bis de la Constitution, son intérêt supérieur soit pris en considération de manière primordiale dans l'attribution de son nom.

En poursuivant l'objectif de réduire les cas dans lesquels le nom de l'enfant est attribué sans que ce nom résulte d'un choix conjoint exprimé des parents, la loi en projet augmente paradoxalement le risque que le nom de l'enfant résulte d'un désaccord exprimé de ses parents. Ce risque est en effet moins grand si les parents, plutôt que de devoir exprimer leur désaccord devant l'officier de l'état civil, peuvent s'en remettre à la loi sans devoir exprimer un choix.

À cet égard, on peut s'interroger si le fait de porter un nom qui résulte du désaccord exprimé de ses parents plutôt que d'un choix général et abstrait du législateur correspond bien à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme l'a relevé la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 2/2016,

« l'attribution d'un nom de famille repose principalement sur des considérations d'utilité sociale. Elle est, contrairement à l'attribution du prénom, déterminée par la loi. Celle-ci vise, d'une part, à déterminer le nom de famille de manière simple, rapide et uniforme et, d'autre part, à conférer à ce nom de famille une certaine invariabilité »⁶.

Par ailleurs, selon la Cour européenne des droits de l'homme,

« si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux 'enfants légitimes' peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention, l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes »⁷.

Dès lors que, contrairement au choix antérieurement posé par le législateur en insérant, par la loi du 8 mai 2014, l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, dans le Code civil, le nom attribué par l'avant-projet de loi à l'examen ne privilégie pas de manière exclusive le nom du père, le principe fondamental d'égalité entre les sexes ne paraît pas s'opposer à ce que la loi établisse une préséance en faveur du nom du père ou de la mère dans le nom de l'enfant, pourvu que cette préséance du nom du père ou de la mère n'aboutisse pas à exclure que l'autre parent puisse également transmettre son nom à son enfant et qu'en tout état de cause le premier ne puisse s'y opposer. Une telle préséance, même si elle crée une légère différence de traitement entre le père et la mère, peut se justifier au regard de la fonction d'utilité sociale du nom de famille et de l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir un nom qui ne soit pas le résultat d'un

⁶ C.C., arrêt n° 2/2016, 14 janvier 2006, B.6.

⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014, § 67.

désaccord entre ses parents ou du hasard. Une telle différence de traitement peut en effet se justifier au regard de l'utilité sociale du nom de famille puisqu'elle tend à indiquer dans le nom de l'enfant dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents, le nom respectif de son père ou de sa mère ou, si telle est l'option retenue par le législateur, de sa mère ou de son père. Elle permet d'éviter que les parents n'aient à faire obligatoirement un choix, qu'ils pourraient avoir des difficultés à assumer tant vis-à-vis de leur enfant que vis-à-vis de leur famille.

Si, comme l'a relevé la Cour constitutionnelle, « ni la tradition, ni la volonté d'avancer progressivement ne peuvent être tenues pour des considérations très fortes justifiant une différence entre les pères et les mères », pouvant justifier de donner « un droit de veto au père d'un enfant dans l'hypothèse où la mère de l'enfant manifeste la volonté de donner à cet enfant son propre nom ou un double nom et où le père n'est pas d'accord avec ce choix », en revanche l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas recevoir un nom résultant de l'expression du désaccord de ses parents paraît pouvoir justifier que le législateur opère lui-même le choix de la préséance du nom du père ou de la mère, dans l'hypothèse où les deux parents soit sont en désaccord, soit ne souhaitent pas devoir exprimer un choix quant au nom de famille de leurs enfants, dans la mesure où une telle règle ne porte pas préjudice à l'intérêt de chacun des deux parents à ce que leur enfant porte leur nom.

5. Les observations particulières qui suivent sont formulées sous la réserve de ces observations générales.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

Dès lors que la Cour constitutionnelle a annulé l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil, il ne convient pas de remplacer cette phrase annulée mais bien de compléter l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, remplacé par la loi du 8 mai 2014, et partiellement annulé par la Cour constitutionnelle.

Article 4

Le renvoi fait à « l'ancien article 335, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil » n'est pas précis.

Mieux vaut écrire :

« Lorsque l'enfant porte le nom de son père en raison du désaccord ou de l'absence de choix de ses parents par application de la troisième phrase de l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, telle qu'elle avait été insérée par la loi du 8 mai 2014, et qui a été annulée par l'arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016 de la Cour constitutionnelle, mais dont les effets ont été maintenus par le même arrêt jusqu'au 31 décembre 2016, la mère ou le père ... [la suite comme dans l'avant-projet].

Lorsque l'enfant porte le nom de la coparente en raison du désaccord ou de l'absence de choix de ses parents par application de la troisième phrase de l'article 335^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, telle qu'elle avait été insérée par la loi du 5 mai 2014, modifiée par celle du 18 décembre 2014, avant le remplacement de cette troisième phrase par la présente loi, la mère ou la coparente ... [la suite comme dans l'avant-projet] ».

*

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

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

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Zoals in de memorie van toelichting wordt vermeld,

“beoogt [dit ontwerp van wet] de wijziging van de artikelen 335 en 335^{ter} van het Burgerlijk Wetboek betreffende de wijze van naamsoverdracht aan het kind, naar aanleiding van arrest nr. 2/2016 van 14 januari 2016 van het Grondwettelijk Hof tot vernietiging van artikel 335, § 1, tweede lid, derde zin, van het Burgerlijk Wetboek, zoals vervangen door artikel 2 van de wet van 8 mei 2014 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, waarbij de gevolgen van de vernietigde bepaling tot 31 december 2016 worden gehandhaafd.”

Dit advies heeft betrekking op het voorliggende voorontwerp binnen de perken van de aldus omschreven draagwijdte ervan, die verband houdt met de vernietiging van artikel 335, § 1, tweede lid, derde zin, van het Burgerlijk Wetboek door het Grondwettelijk Hof en met de rechtstreekse gevolgen van die vernietiging voor de situaties waarvan sprake is in dat arrest, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de keuze van de steller van het voorontwerp om de oplossingen die hij aan het voornoemde arrest ontleent uit te breiden tot artikel 335^{ter}, § 1, tweede lid, derde zin, van het Burgerlijk Wetboek. De in het voorontwerp vervatte overgangsbepaling zal eveneens in die optiek worden onderzocht.

2. Het Grondwettelijk Hof heeft het volgende gesteld:

“B.6. De toekenning van een familienaam berust in hoofdzaak op overwegingen van sociaal nut. In tegenstelling tot de toekenning van de voornaam wordt zij door de wet bepaald. Die wet strekt ertoe, enerzijds, de familienaam op een eenvoudige, snelle en eenvormige wijze te bepalen en, anderzijds, aan die familienaam een zekere onveranderlijkheid te geven.

B.7.1. Anders dan het recht om een naam te dragen, kan het recht om zijn familienaam aan zijn kind te geven niet als een grondrecht worden beschouwd. Wat de regeling van de naamgeving betreft, beschikt de wetgever derhalve over een ruime beoordelingsbevoegdheid, voor zover hij het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, in acht neemt.

[...]

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

B.8.3. In zoverre het bepaalt dat ‘het kind wiens afstamming van vaderszijde en afstamming van moederszijde tegelijkertijd komen vast te staan (...) ofwel de naam van zijn vader [draagt], ofwel de naam van zijn moeder, ofwel één die samengesteld is uit hun twee namen, in de door hen gekozen volgorde met niet meer dan één naam voor elk van hen’ (§ 1, eerste lid) en dat ‘de ouders (...) de naam van het kind [kiezen] op het ogenblik van de aangifte van de geboorte’ (§ 1, tweede lid, eerste zin), stelt het nieuwe artikel 335 van het Burgerlijk Wetboek een wijze van naamsoverdracht in die het mogelijk maakt de familienaam op eenvoudige en eenvormige wijze te bepalen bij de aangifte en aan die familienaam een bepaalde onveranderlijkheid te verlenen. De wetgever heeft bovendien erop toegezien de eenheid in de naam van broers en zussen te waarborgen (artikel 335*bis* van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij artikel 3 van de bestreden wet). Daarenboven vermocht de wetgever ervan uit te gaan dat de ouders zich in de beste positie bevinden om het belang van het kind te beoordelen. Die bepalingen zijn ten slotte in overeenstemming met de wil van de wetgever om de gelijkheid tussen mannen en vrouwen in te voeren.

[...]

B.8.5. Nu hij voor de keuze van de familienaam de voorrang geeft aan de wilsautonomie van de ouders, dient de wetgever ook de wijze te bepalen waarop de familienaam wordt toegekend voor het geval dat de ouders het oneens zijn of geen keuze maken, ook al heeft hij voor het overige erop toegezien de gevallen van onenigheid te beperken door de ouders de mogelijkheid te bieden te kiezen voor de ene of de andere familienaam of voor de twee namen in de door hen bepaalde volgorde. Het kan worden verantwoord dat hij zelf de naam vastlegt die het kind zal dragen wanneer er onenigheid of afwezigheid van keuze is, veeleer dan dienaangaande aan de rechter een beoordelingsbevoegdheid te verlenen. Het is immers in die aangelegenheid van belang de naam van een kind vanaf zijn geboorte op een eenvoudige, snelle en eenvormige wijze te bepalen. Artikel 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind bepaalt dienaangaande dat het kind onmiddellijk na de geboorte wordt ingeschreven en vanaf de geboorte het recht op een naam heeft.”²

Zoals aldus door het Hof wordt opgemerkt, is het verantwoord dat de wetgever zelf de naam vastlegt die het kind zal dragen ingeval de ouders het oneens zijn of geen keuze maken, aangezien het een grondrecht van het kind is dat het onmiddellijk na zijn geboorte wordt ingeschreven en dat het een naam krijgt wanneer het wordt ingeschreven.

De mogelijkheid die aan de ouders wordt verleend om de naam van hun kind te kiezen is voor hen geen grondrecht, in tegenstelling tot het recht van het kind om vanaf zijn inschrijving een naam te krijgen, welke inschrijving zo spoedig mogelijk na zijn geboorte dient te gebeuren. Hoewel dus aanvaard kan worden dat de wetgever de ouders de naam van hun kind laat kiezen, indien zijn afstamming van vaderszijde en zijn afstamming van moederszijde tegelijkertijd komen vast te staan – ze hebben daarbij de keuze tussen ofwel de naam van de vader, ofwel de naam van de moeder, ofwel een naam die samengesteld is uit hun twee namen, in de door hen gekozen volgorde, met niet meer dan één naam voor elk van hen – is die vrijheid slechts aanvaardbaar in zoverre ze geen inbreuk maakt op het grondrecht van het kind om zo spoedig mogelijk na zijn geboorte een naam te dragen. De wet van 8 mei 2014 waarborgde dat recht door te bepalen welke naam het kind kreeg ingeval de ouders het niet eens geraakten. De wetgever deed dat evenwel op discriminerende wijze, aangezien in dat geval enkel de naam van de vader werd toegekend.

² GwH arrest nr. 2/2016, 14 januari 2016.

In de ontworpen tekst wordt daarentegen bepaald dat de wet slechts een naam toekent ingeval de ouders te kennen geven het oneens te zijn. De wet voorziet niet in de toekenning van een naam wanneer de ouders geen keuze meedelen noch te kennen geven dat ze het oneens zijn.

In de memorie van toelichting wordt het volgende gesteld:

“Uit de beschikbare statistieken (...) en de informatie van de ambtenaren van de burgerlijke stand blijkt immers dat de gevallen van afwezigheid van keuze zeer talrijk zijn (een minderheid van de ouders dient een verklaring van de naamkeuze in), terwijl er slechts weinig gevallen van onenigheid tussen de ouders zijn.

In de beoogde hypothese zullen de ouders steeds uitgenodigd worden om aan te geven welke naam zij aan het kind willen doorgeven overeenkomstig artikel 335, § 1, van het Burgerlijk Wetboek.”

In de bespreking van het artikel staat evenwel het volgende:

“De voorgestelde bepaling vervangt de standaardregel door een regel die enkel geldt in geval van onenigheid tussen de ouders. De hypothese van afwezigheid van keuze wordt geschrapt en gelijkgesteld met onenigheid tussen de ouders. Het niet maken van een keuze zal in de toekomst derhalve gelijkstaan aan onenigheid tussen de ouders. Er zullen dus slechts twee hypothesen mogelijk zijn: ofwel kiezen de ouders de naam van hun kind overeenkomstig artikel 355, § 1, van het Burgerlijk Wetboek, ofwel zijn zij het niet eens met die keuze en is de voorgestelde bepaling toepasbaar. Er zullen aan de ambtenaren van de burgerlijke stand instructies worden gegeven teneinde de gevallen van afwezigheid van keuze zoveel mogelijk te voorkomen.”

De vraag rijst of het niet beter zou zijn om in de tekst van het voorontwerp het uitdrukkelijk te hebben over het feit dat de ouders geen keuze opgeven, in plaats van er zich in de bespreking van het artikel toe te beperken dat geval gelijk te stellen met het geval waarbij de ouders te kennen geven het oneens te zijn.

Daarover om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende geantwoord:

“L'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, première phrase, du Code civil (qui n'est pas modifié par le présent projet de loi) prévoit: 'Les père et mère choisissent le nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance'. Cette disposition ne prévoit non pas une faculté mais une obligation pour les parents de choisir le nom de leur enfant. Cette obligation est de même nature que celle que les père et mère ont de choisir un prénom pour leur enfant (cf. art. 57 du Code civil qui prévoit que l'acte de naissance doit mentionner, notamment, les prénoms de l'enfant). Ainsi, du fait du caractère obligatoire du choix du prénom par les parents, la doctrine n'envisage pas l'absence de choix de prénom, mais uniquement l'hypothèse où il y aurait conflit entre les parents quant au choix du prénom: 'en pratique, le déclarant choisira le prénom mais l'autre titulaire de l'autorité parentale aura un recours contre ce choix, conformément au droit commun (art. 373 du Code civil)'. La doctrine relève cependant que 'comme la naissance doit être déclarée dans un délai très bref, on n'aperçoit pas comment le conflit pourrait être tranché en temps utile par le juge'. Dès lors, la doctrine propose en pareille hypothèse d'ajouter aux prénoms choisis par le déclarant ceux que l'autre titulaire voudrait donner à l'enfant, ce dernier pouvant ainsi choisir, quand il sera majeur, le prénom qu'il entend porter

usuellement'. (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. I, Les personnes, volume 1, 4^{ème} éd., 1990, p. 128, n° 117).

En ce qui concerne le présent projet de loi, celui-ci ne retient plus que l'hypothèse du désaccord entre les père et mère quant au nom à donner à leur enfant et ce, pour être cohérent avec l'obligation qu'ont les père et mère de choisir un nom pour leur enfant. Si aucun choix n'est exprimé lors de la déclaration de naissance, cette absence de choix sera considérée comme un désaccord entre les père et mère. Une circulaire sera adressée aux officiers de l'état civil pour rappeler l'obligation pour les père et mère de choisir un nom pour leur enfant. Si les père et mère refusent de répondre à la demande de l'officier de l'état civil de choisir un nom pour leur enfant, ce refus sera considéré comme un désaccord entre les père et mère quant au nom à donner à leur enfant. Dans ce cas, c'est la solution supplétive prévue par l'article 2 du présent projet de loi qui sera d'application. Ainsi, l'intérêt de l'enfant est préservé puisqu'il portera un nom dès la naissance, dans le respect de l'article 7.1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant".

Inzake een aangelegenheid als de toekenning van de naam, die verband houdt met de staat van de personen en dus met de openbare orde, waarbij ook het grondrecht van het kind in het geding is om zo spoedig mogelijk na zijn geboorte op een eenvoudige, snelle en eenvormige wijze een naam te krijgen, staat het aan de wetgever om zelf de gevallen te regelen die zich kunnen voordoen waarbij hij niet in beginsel mag uitgaan van vermoedens en waarbij hij zich er in elk geval voor moet hoeden die gevallen louter via administratieve circulaire te regelen.

De minister van Justitie heeft, toen hem naar aanleiding van het arrest van het Grondwettelijk Hof vragen zijn gesteld in de Commissie voor de Justitie van de Kamer, inzonderheid de volgende toelichting gegeven bij de wijze waarop geboorteaangiften sinds de inwerkingtreding van de wet van 8 mei 2014 in de praktijk verliepen:

"Ik kom dan bij de vragen met betrekking tot de praktische toepassing van de wet en de rondzendbrief. Op basis van een eerste snelle bevraging van de ambtenaren van de burgerlijke stand kan ik u voor het overige het volgende antwoorden. De ambtenaren van de burgerlijke stand vereisen de indiening van een gemeenschappelijke verklaring van beide ouders indien slechts een ouder de aangifte komt doen. Veel gemeenten hanteren evenwel de volgende werkwijze, waarbij in bepaalde situaties geen gemeenschappelijke verklaring wordt afgegeven: wanneer beide ouders samen komen, wordt de keuze geakteerd en ondertekenen beiden de geboorteakte. Wanneer een van beide ouders alleen komt, wordt in veel gevallen het ingevulde model van gemeenschappelijke verklaring meegebracht waarin de keuze wordt gemaakt. Wanneer een van beide ouders alleen komt en de aangever het ingevulde model van gemeenschappelijke verklaring niet bij zich heeft, zal de ambtenaar van de burgerlijke stand de aangever vragen welke naam de ouders wensen. Indien dat de naam van de vader is, zal dat als een gebrek aan keuze beschouwd worden en krijgt het kind de naam van de vader. Indien het de naam van de moeder of een dubbele naam is, zal de aangever teruggestuurd worden om het model van gemeenschappelijke verklaring in te vullen en te laten ondertekenen door beide ouders. Die werkwijze doet in de praktijk geen problemen rijzen."³

³ *Integraal verslag* van de Commissie voor de Justitie van de Kamer van 3 februari 2016 (*Parl.St.* Kamer 2015-16, 14).

Blijkens die toelichting is het in de praktijk zo dat, wanneer één van de ouders alleen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand aangifte komt doen van het kind en geen door beide ouders ondertekende verklaring met betrekking tot de keuze van de naam van het kind bij zich heeft, het kind onmiddellijk een naam kan krijgen als de ouder vraagt dat de naam wordt toegekend waarin de wet voorziet ingeval de ouders het oneens zijn of geen keuze maken. Indien de ouder geen gemeenschappelijke verklaring bij heeft maar niet wil dat de naam wordt toegekend waarin de wet voorziet wanneer de ouders geen keuze maken, wordt hem in dat geval verzocht om terug te komen met een gemeenschappelijke verklaring.

In tegenstelling tot wat de bespreking van het artikel laat uitschijnen, is het thans dus zo dat het feit dat een ouder aangifte komt doen zonder dat hij een gemeenschappelijke verklaring van beide ouders bij zich heeft – wat volgens de memorie van toelichting het merendeel van de gevallen uitmaakt – geenszins wordt gelijkgesteld met onenigheid tussen de ouders over de keuze van de naam en is het louter vermelden van die gelijkstelling in die bespreking ontoereikend opdat een dergelijke gelijkstelling van rechtswege geldt.

Aangezien die werkwijze steunt op de niet-vernietigde bepalingen van artikel 335, § 1, van het Burgerlijk Wetboek, zoals ingevoegd bij de wet van 14 januari 2016, en die bepalingen niet bij de ontworpen wet worden gewijzigd, is het de Raad van State niet duidelijk in welk opzicht de ontworpen wijzigingen iets zouden veranderen aan die werkwijze.

Volgens de memorie van toelichting wil men door het schrappen van het geval waarbij geen keuze wordt gemaakt

“de ouders aanzetten om de naam die aan hun kind wordt toegekend te kiezen wanneer de afstamming van vaderszijde en de afstamming van moederszijde tegelijkertijd komen vast te staan, waardoor niet alleen het door de wetgever beoogde doel wordt nagestreefd (gelijkheid tussen mannen en vrouwen door voorrang te geven aan de wilsautonomie van de ouders bij de bepaling van de familienaam van het gemeenschappelijk kind), maar ook de hypothese van afwezigheid van keuze (en dus de meerderheid van de gevallen waarin de naam van de vader automatisch zou worden toegekend) wordt geschrapt.”

De steller van het voorontwerp ziet daarbij over het hoofd dat het niet-maken van een keuze door de ouders volgens de logica van het voorontwerp niet meer het discriminerend gevolg zou hebben dat de naam van de vader wordt toegekend, maar ertoe zou leiden dat een naam wordt toegekend die volgt uit een voorschrift dat geen enkele discriminatie tussen mannen en vrouwen doet ontstaan.

Daarenboven is de wilsautonomie van de ouders bij het bepalen van de familienaam van het gemeenschappelijk kind slechts één van de middelen, en niet noodzakelijk het meest geschikte middel, om de doelstelling te bereiken die erin bestaat de gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bewerkstelligen.

De betrachting van de steller van het voorontwerp om een algemeen verbreide toepassing te voorkomen van het toekennen van een dubbele naam op basis van de alfabetische volgorde overeenkomstig het ontworpen artikel 335, § 1, tweede lid, derde zin, kan weliswaar onderschreven worden in zoverre het niet alleen mogelijk is dat geen van beide ouders een

dergelijke naamgeving wenst, maar zo'n naamgeving ook de hierna genoemde bezwaren doet rijzen.⁴ Het zonder meer uit de wettekst weglaten van het geval waarbij geen keuze wordt gemaakt, en dat geval in de bespreking van het artikel gelijkstellen met het geval waarin de ouders te kennen geven het oneens te zijn, lijkt echter geen adequaat middel om dat doel te bereiken.

De vraag rijst overigens of het wel in het hogere belang van het kind is om zijn ouders er nadrukkelijk toe aan te zetten tot een gezamenlijke keuze te komen waardoor ze er, in voorkomend geval, toe gebracht worden elkaar te kennen te geven het niet met de ander eens te zijn en daarover in discussie te gaan, veeleer dan, in het bijzonder in het geval van de geboorte van een kind, hen toe te laten om geen dergelijk proces op gang te brengen en, bij ontstentenis van een spontane consensus over de naamkeuze van het kind overeenkomstig paragraaf 1, eerste lid en tweede lid, eerste twee zinnen, van de artikelen 335 en 335ter van het Burgerlijk Wetboek, die niet worden gewijzigd bij het voorontwerp, de oplossing te hanteren waarin de wet in een dergelijk geval voorziet.

Dat belet uiteraard niet dat de wetgever de procedure voor het aangeven van de naam van het kind kan voorzien van de nodige waarborgen opdat elke ouder zijn keuze daadwerkelijk te kennen kan geven op basis van de mogelijkheden die hem bij de voornoemde bepalingen worden geboden, wat blijkens de uitleg verstrekt door de Minister van Justitie in zijn voornoemde antwoord van 3 februari 2016 thans in de praktijk niet het geval lijkt te zijn.

Dienaangaande wordt ook verwezen naar algemene opmerking 4.

De procedure die moet worden gevolgd indien de ouders het kind niet samen aangeven bij de ambtenaar van de burgerlijke stand en de persoon die het kind aangeeft, niet in het bezit is van een door beide ouders ondertekende verklaring omtrent de naamkeuze van hun kind, dient bijgevolg niet in een circulaire, maar in de wet zelf te worden vastgesteld. Een wettelijke regeling van die procedure is des te belangrijker daar het erom gaat uitvoering te geven aan het fundamentele recht van een kind om een naam te krijgen, een recht dat onder meer⁵ bij artikel 7 van het Verdrag 'inzake de rechten van het kind' is gewaarborgd. Dit houdt inzonderheid in dat moet worden gewaarborgd dat het kind op een eenvoudige, snelle en eenvormige wijze een naam krijgt en dat zoveel mogelijk moet worden vermeden dat na de toekenning van de naam een geschil ontstaat.

Het komt ook aan de wetgever zelf toe om nader te bepalen wat, na afronding van de voornoemde procedure, die sterk beperkt moet worden in de tijd, de gevolgen zijn van het uitblijven van een naamkeuze door de ouders, naar het voorbeeld van wat wordt bepaald met betrekking tot het geval waarin de ouders te kennen geven het oneens te zijn.

3. De regel die in artikel 2 van het ontwerp wordt voorgesteld "in geval van onenigheid tussen de ouders", strekt ertoe tegemoet te komen aan het grondwettigheidsbezwaar waartoe de regel aanleiding had gegeven volgens welke het kind in dat geval de naam van de

⁴ Zie algemene opmerking 3.

⁵ Ook artikel 24, § 2, van het Internationaal Verdrag 'inzake burgerrechten en politieke rechten' bepaalt dat "[elk] kind (...) onmiddellijk na de geboorte ingeschreven [wordt] en (...) een naam [krijgt]."

vader krijgt, welke regel, zoals het Grondwettelijk Hof heeft gesteld, een onverantwoorde discriminatie op grond van het geslacht van de ouders uitmaakte.

Hoewel de voorgestelde regel de garantie biedt dat beide ouders hun naam aan hun kind kunnen doorgeven, en elke discriminatie op grond van het geslacht wegneemt, voert hij evenwel een ander verschil in behandeling in door aan één van de twee namen van het kind voorrang te geven op basis van het criterium alfabetische volgorde. Dat criterium is weliswaar objectief, maar houdt geen verband met de doelstelling die wordt nagestreefd door een kind de naam van zijn ouders te geven. De ouders van wie de naam met een van de eerste letters van het alfabet begint, worden immers bevoorrecht wat betreft de voorrang van hun naam in de naam van hun kind, zonder dat die bevoorrechting kan worden gerechtvaardigd. Die ouders zullen immers de garantie hebben dat, indien met de andere ouder geen overeenstemming wordt bereikt, hun naam voorrang zal hebben in de dubbele naam die aan hun kind wordt gegeven, zonder dat die bevoorrechting het resultaat is van een criterium dat relevant is ten aanzien van de overwegingen van sociaal nut waarop het toekennen van een familienaam in hoofdzaak berust.

Het kiezen van een neutraal criterium dat geen van beide ouders bevoorrecht, is inderdaad niet gemakkelijk. In dat verband verwerpt de steller van het voorontwerp echter de optie van de loting op basis van een in rechte onjuiste overweging. De aangevoerde openbare orde staat er immers niet aan in de weg dat de volgorde waarin de namen van de ouders in de dubbele naam van hun kind voorkomen, het resultaat is van een loting.

4. De steller van het voorontwerp wordt verzocht zijn voorontwerp opnieuw te onderzoeken om aan die opmerkingen tegemoet te komen.

Bij dat nieuwe onderzoek mag hij niet uit het oog verliezen dat, hoewel de vrijheid van de ouders om de naam van hun kind te kiezen, een optie is waarmee de nagestreefde doelstelling van gelijkheid tussen mannen en vrouwen kan worden bereikt, die keuzevrijheid geen grondrecht is van de ouders en hoe dan ook geen afbreuk mag doen enerzijds aan het recht van het kind om van bij zijn geboorte een naam te dragen, en anderzijds aan het recht dat hem gewaarborgd wordt bij artikel 22*bis* van de Grondwet, namelijk dat zijn hogere belang de eerste overweging is wanneer hem een naam wordt toegekend.

Door te streven naar een afname van het aantal gevallen waarin de naam van het kind wordt toegekend zonder dat die naam het resultaat is van een te kennen gegeven gezamenlijke keuze van de ouders, verhoogt de ontworpen wet paradoxaal genoeg het risico dat de naam van het kind het resultaat is van een te kennen gegeven onenigheid tussen zijn ouders. Dat risico is immers minder groot indien de ouders, veeleer dan hun onenigheid bij de ambtenaar van de burgerlijke stand te kennen te geven, zich kunnen verlaten op de wet zonder een keuze kenbaar te hoeven maken.

In dat verband rijst de vraag of het dragen van een naam die het resultaat is van een te kennen gegeven onenigheid tussen de ouders, veeleer dan van een algemene en abstracte keuze van de wetgever, wel het hogere belang van het kind dient.

Het Arbitragehof heeft in zijn arrest nr. 172/2005 het volgende gesteld:

“De toekenning van een familienaam berust in hoofdzaak op overwegingen van sociaal nut. In tegenstelling tot de toekenning van de voornaam wordt zij door de wet bepaald. Die wet strekt ertoe, enerzijds, de familienaam op een eenvoudige, snelle en eenvormige wijze te bepalen en, anderzijds, aan die familienaam een zekere onveranderlijkheid te geven.”⁶

Voorts stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het volgende:

“Si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux ‘enfants légitimes’ peut s’avérer nécessaire en pratique et n’est pas forcément en contradiction avec la Convention, l’impossibilité d’y déroger lors de l’inscription des nouveau-nés dans les registres d’état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes.”⁷

In tegenstelling tot de keuze die de wetgever eerder gemaakt heeft door bij de wet van 8 mei 2014 artikel 335, § 1, tweede lid, derde zin, in te voegen in het Burgerlijk Wetboek, wordt bij de naamgeving volgens het voorliggende voorontwerp van wet niet uitsluitend de naam van de vader bevoorrecht. Bijgevolg lijkt het fundamentele beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen er niet aan in de weg te staan dat de wet bij het toekennen van een naam aan een kind de voorrang geeft aan de naam van de vader of van de moeder, zolang die voorrang van de naam van de vader of van de moeder maar niet verhindert dat de andere ouder ook zijn naam aan zijn kind kan doorgeven en dat de eerste ouder zich daar hoe dan ook niet tegen kan verzetten. Ook al leidt een dergelijke voorrang tot een klein verschil in behandeling tussen de vader en de moeder, toch kan hij worden gerechtvaardigd op grond van het sociale nut van de familienaam en van het hogere belang van het kind om een naam te dragen die niet het resultaat is van onenigheid tussen zijn ouders of van het toeval. Een dergelijk verschil in behandeling kan namelijk worden gerechtvaardigd op grond van het sociale nut van de familienaam, aangezien het erop gericht is om in de naam van het kind wiens afstamming ten opzichte van zijn beide ouders vaststaat, de respectieve naam van zijn vader of zijn moeder of, als dit de keuze van de wetgever is, van zijn moeder of zijn vader te vermelden. Aldus kan worden vermeden dat de ouders ertoe verplicht worden een keuze te maken terwijl het voor hen wellicht moeilijk is de verantwoordelijkheid voor die keuze te dragen, zowel ten aanzien van hun kind als ten aanzien van hun familie.

Terwijl, zoals het Grondwettelijk Hof heeft gesteld, “[n]och de traditie, noch de wil om geleidelijk vooruitgang te boeken (...) worden geacht zeer sterke overwegingen te zijn die een verschil tussen de vaders en de moeders verantwoorden”, wat zou rechtvaardigen dat “aan de vader van een kind een vetorecht gegeven wordt in het geval dat de moeder van het kind de wil te kennen geeft aan dat kind haar eigen naam of een dubbele naam te geven en de vader het met die keuze niet eens is”, lijkt het hogere belang van het kind om geen naam te krijgen die het resultaat is van de te kennen gegeven onenigheid tussen zijn ouders, wel te kunnen rechtvaardigen dat de wetgever zelf kiest welke naam, die van de vader of die van de moeder, de voorrang krijgt ingeval beide ouders het oneens zijn of geen familienaam voor hun kinderen wensen te kiezen,

⁶ GwH 14 januari 2016, nr. 2/2016, B.6.

⁷ EHRM 7 januari 2014, *Cusan en Fazzo v. Italië*, § 67.

aangezien een dergelijke regel geen afbreuk doet aan het belang dat elk van beide ouders erbij heeft dat hun kind hun naam draagt.

5. Onder voorbehoud van die algemene opmerkingen worden de volgende bijzondere opmerkingen gemaakt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

Aangezien artikel 335, § 1, tweede lid, derde zin, van het Burgerlijk Wetboek door het Grondwettelijk Hof vernietigd is, behoort die vernietigde zin niet te worden vervangen, maar moet artikel 335, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, vervangen bij de wet van 8 mei 2014 en gedeeltelijk vernietigd door het Grondwettelijk Hof, aangevuld worden.

Artikel 4

De verwijzing naar “het oude artikel 335, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek” is onnauwkeurig.

Men schrijve:

“Indien het kind, wegens de onenigheid tussen zijn ouders of de afwezigheid van keuze, de naam van zijn vader draagt met toepassing van de derde zin van artikel 335, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, zoals die ingevoegd was bij de wet van 8 mei 2014 en vernietigd bij arrest nr. 2/2016 van 14 januari 2016 van het Grondwettelijk Hof, maar waarvan de gevolgen krachtens hetzelfde arrest zijn gehandhaafd tot 31 december 2016, kan de moeder of de vader ... (voorts zoals in het voorontwerp).

Indien het kind, wegens de onenigheid tussen zijn ouders of de afwezigheid van keuze, de naam van zijn meemoeder draagt met toepassing van de derde zin van artikel 335^{ter}, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, zoals die ingevoegd was bij de wet van 5 mei 2014, gewijzigd bij de wet van 18 december 2014, vóór de vervanging van die derde zin bij deze wet, kan de moeder of de meemoeder ... (voorts zoals in het voorontwerp).”

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT