

Article 264 alinéa 2 : pas de continuité parentale par le nom

Younes Bernand

Docteur en droit

Par jugement du 9 mai 2014, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Lyon a prononcé le divorce des époux L. sur le fondement des articles 233 et 234 du Code civil. L'épouse a été autorisée à conserver l'usage du nom marital à l'issue du prononcé du divorce et ce, jusqu'à la majorité de l'enfant le plus jeune, soit le 21 décembre 2022. Rappelons que dans son alinéa 2, l'article 264 permet à l'un des époux de conserver à titre d'usage le nom du conjoint, soit avec l'autorisation de ce dernier, soit s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour ses enfants. En l'espèce, c'est la présence de quatre enfants dont trois mineurs (16, 12 et 11 ans) qui a motivé la décision du juge en première instance. C'est précisément ce que conteste l'époux qui va être entendu par la juridiction d'appel. En effet, dans son arrêt du 24 novembre 2015, la cour d'appel de Lyon juge que **le port par les enfants d'un nom différent de celui de leur mère est inhérent à leur situation d'enfants de divorcés et ne suffit pas à caractériser un intérêt particulier au sens de l'article 264 du Code civil permettant à la femme d'être autorisée à conserver l'usage du nom du mari.**

Pour mieux appréhender la portée de cette décision, il convient de restituer le contexte juridique dans lequel s'inscrit l'exception prévue à l'article 264 al. 2 *in fine*, qui appelle quelques détours par le droit de l'autorité parentale.

Avant la loi du 4 juin 1970, l'ancien article 302 du Code civil prévoyait qu'en cas de divorce, les enfants étaient, en principe, confiés à l'époux qui avait obtenu le divorce. Si, ensuite, la loi de 1970 a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale, mettant ainsi l'accent sur la vocation égalitaire de la mission parentale des époux, l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne s'étendait pas encore à la famille désunie. L'exercice était confié à celui des père et mère à qui la garde de l'enfant était accordée. L'autre parent devait donc se contenter d'un droit de visite et de surveillance, sans hébergement, qui se limitait, le plus souvent, à un simple droit de contrôle sans ingérence. C'est ainsi qu'à la veille de la loi de 1987, dans la famille légitime comme dans la famille naturelle, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale s'imposait comme la règle de répartition des droits parentaux après la rupture, ce qui, en pratique, a largement contribué à instituer un « matriarcat judiciaire ». La

séparation conjugale devait permettre à l'enfant de recouvrer un pôle référentiel principal. **Dès lors que le nouveau foyer était reconstruit à partir de la mère, l'idée que cette dernière puisse conserver, à titre d'usage, le même nom que celui de ses enfants mineurs se justifie pleinement. Il s'agissait ainsi de maintenir la cohérence du nouveau foyer grâce un emprunt du nom patronymique de l'ex-époux.**

Les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale ont, par la suite, été profondément remaniées. La loi Malhuret du 22 juillet 1987 a permis au juge de choisir entre les différentes modalités d'exercice. L'autorité parentale conjointe est, dans la pratique, devenue majoritaire (H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993 », *D.* 1997, p. 363). La loi du 8 janvier 1993 a élevé l'exercice en commun de l'autorité parentale post-divorce ou séparation en principe général, et la loi du 4 mars 2002 a achevé cette séquence égalitaire en consacrant la coparentalité. On s'attache désormais à préserver l'unité familiale autour de deux foyers, deux pôles de référence et non plus un seul, celui du parent gardien, donc de la mère. La résidence alternée est instaurée et permet un partage du temps parental passé auprès de l'enfant. Les parents ont désormais la possibilité de transmettre leurs deux noms de famille à l'enfant. L'exception posée à l'article 264 du Code civil doit donc être interprétée à la lumière de ces mutations importantes et sans doute plus largement de celles du droit de la conjugalité. Il est vrai aussi que, socialement, la société tend à mieux assumer le statut des « enfants du divorce » et le droit tente de dépasser le modèle biographique, fondé sur un cycle de vie unique au profit d'un modèle de vie conjugale et familiale séquentielle. **Il n'est donc pas surprenant que la cour d'appel de Lyon invite l'ex-épouse à assumer pleinement le fait de porter un nom différent de celui de ses enfants (et inversement). Cette situation est inhérente au divorce qui est tout à la fois synonyme de rupture avec le passé et de changements présents et futurs.** La possibilité pour un enfant de résider habituellement chez un parent qui n'a pas le même nom que le sien est importante. Il s'agit là d'une réalité sociale de plus en plus vécue.

Une autre interprétation reste toutefois envisageable. L'évolution de la législation familiale laisse apparaître un parti pris législatif très affirmé en faveur de l'indissolubilité du couple parental qui, d'une certaine façon, tend à nier la réalité des divorces et des séparations. En concourant à la survivance du couple parental, le droit tente d'exorciser le désordre causé par la désunion. L'enfant devient le substitut des illusions familiales, celui qu'il convient de préserver des effets néfastes de la

politique de libéralisation du droit conjugal. La loi du 4 mars 2002 affirme même que la « séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ». Derrière l'exception posée par l'article 264, il y a donc, à notre sens, un moyen d'affirmer la **continuité du couple parental par le nom**, et dès lors, une entrée pour justifier une position contraire à celle adoptée par la cour d'appel (en ce sens, not. : CA Aix-en-Provence, 2 avril 2005, n° 0409337, *JurisData* n° 2005-272610).

Arrêt commenté :

CA Lyon, 24 novembre 2015, n° 14/0503