**Droits du couple : mariage pour tous, ce qui change au sein de la famille**

Le Particulier n° 1087, article complet.
Auteur : SCHMIDIGER (Frédérique)

**La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe accorde aux couples homosexuels des droits identiques à ceux des hétérosexuels. Mais elle comporte également de nombreuses dispositions concernant l’ensemble des familles : adoption, nom d’usage de l’époux, choix de celui des enfants.**

Le premier mariage entre deux hommes a été célébré le 29 mai à Montpellier, 10 jours à peine (le temps de publier les bans) après la promulgation de la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe. L’image a fait le tour du monde, la France rejoignant 13 autres pays ayant déjà reconnu aux couples homosexuels le droit de se marier. Avec l’accès au mariage, c’est aussi l’adoption qui s’ouvre à eux. Ils pourront adopter l’enfant de leur conjoint ou en couple.

Par contre, la voie de la procréation médicalement assistée (PMA) reste fermée, en France, aux couples de femmes. La PMA étant réservée aux couples hétérosexuels dont l’infertilité pathologique est médicalement établie, les couples de femmes qui veulent recourir à une insémination artificielle avec le sperme d’un donneur anonyme continueront à se rendre en Belgique, où elle est légale. La loi sur le mariage pour tous sécurise, néanmoins, leur projet parental puisque, à la naissance de l’enfant, l’épouse qui ne l’aura pas porté pourra l’adopter afin de créer un lien de filiation avec lui. Les deux femmes (la mère biologique et le « parent social ») partageront ainsi l’autorité parentale.

Reste la question du recours à une mère porteuse pour les couples d’hommes, la gestation pour autrui (GPA) étant prohibée en France. Or, cette pratique fait encore bien trop débat pour que le gouvernement envisage de lever cette interdiction au cours de ce quinquennat.

**Le statut conjugal , une protection irremplaçable en cas de décès**

Les membres d’un couple homosexuel pacsés pouvaient déjà se transmettre la totalité de leur patrimoine, sans avoir à acquitter des droits de succession. Encore fallait-il qu’ils aient pris soin de rédiger un testament, car même pacsé, le partenaire n’est pas un héritier légal. « Le mariage apporte deux grandes avancées aux couples homosexuels, en matière de succession. L’époux survivant va bénéficier, d’une part, de la réversion des retraites du conjoint décédé et, d’autre part, de tous les droits héréditaires accordés au conjoint survivant, qu’il s’agisse du droit au logement ou de la quotité disponible spéciale entre époux », souligne Me Jacques Combret, notaire à Rodez et président de la section famille de l’Institut d’études juridiques, auditionné par les sénateurs au cours des débats parlementaires.

Le statut de conjoint survivant s’avère particulièrement protecteur, surtout si le couple a des enfants. La loi lui attribue, en effet, le droit de continuer, sa vie durant, à occuper le logement commun  et la possibilité de recueillir le quart des biens de la succession du défunt en pleine propriété ou la totalité de ces biens en usufruit (cette option n’est ouverte que si tous les enfants sont ceux du couple). En outre, un couple marié peut encore augmenter les droits accordés par la loi au survivant en se consentant une donation au dernier vivant ou en rédigeant un testament réduisant d’autant la part qui revient aux enfants (c’est ce que l’on appelle la quotité disponible spéciale entre époux).

**Le contrat de mariage, un outil de gestion du patrimoine accessible à tous**

Par ailleurs, le mariage autorise également les époux à aménager les conditions d’acquisition et de gestion de leur patrimoine commun grâce au choix de leur régime matrimonial et à la rédaction de leur contrat de mariage. En adoptant le régime de la communauté universelle, il est même possible de transmettre l’intégralité du patrimoine du couple au conjoint survivant. À l’inverse, les couples qui souhaitent conserver deux patrimoines rigoureusement indépendants, comme lorsqu’ils étaient concubins ou pacsés, devront impérativement établir un contrat de mariage avant de se marier pour adopter un régime de séparation de biens. Sinon, ils seront automatiquement mariés sous le régime de la communauté légale. Tous les biens achetés pendant le mariage constitueront alors, sauf à de rares exceptions, des biens communs

**Du mariage découlent aussi de nouvelles obligations**

Le mariage crée des droits, mais aussi des obligations, auxquelles échappent les concubins et les partenaires de pacs. Qui dit mariage dit, en cas de séparation, divorce et prestation compensatoire. Les couples homosexuels mariés devront passer devant le juge pour rompre leur union. « Le divorce constitue, pour certains couples, un frein au mariage. Les procédures de divorce sont perçues comme une contrainte, certains préférant ne pas se marier pour rompre plus librement. Pourtant, ce n’est pas le divorce qui est compliqué, ce sont les conséquences de la rupture. Les concubins et les partenaires de pacs ne règlent pas plus facilement que les couples mariés le partage des biens achetés à deux ou la garde de leurs enfants. Le divorce a le mérite d’encadrer ces répercussions, sous le contrôle d’un juge, et de protéger l’époux le plus fragile, avec une prestation compensatoire qui atténue les effets financiers de la rupture », analyse Me Combret.

Autre nouvelle contrainte, inconnue jusqu’alors des couples homosexuels, l’obligation alimentaire qui lie les membres, une fois mariés, aux parents de leur conjoint. Même si leurs rapports sont exécrables, un conjoint peut avoir à payer la maison de retraite de ses beaux-parents et ces derniers peuvent avoir à verser une pension alimentaire à un gendre ou à une belle-fille dans le besoin. Cette obligation disparaît si le couple divorce, mais la loi prévoit qu’elle survit au décès du conjoint si le couple a des enfants issus du mariage. Or, si le couple a adopté un enfant ou si l’un des conjoints a adopté l’enfant de l’autre, ce sera le cas. De nombreux notaires et avocats estiment que cette obligation alimentaire entre gendre ou belle-fille et beaux-parents n’est plus adaptée à la société. Beaucoup espèrent que la loi sur la famille en préparation (voir interview : "L'avis du pro : Me Paule Aboudaram,   avocate spécialiste du droit de la famille et vice-présidente du Conseil national des barreaux.") la réformera.

**L’adoption pour tous, adoption de l’enfant de l’autre ou adoption en couple**

Une personne homosexuelle célibataire pouvait déjà adopter seule un enfant. Par contre, si elle vivait en couple, il lui était impossible d’adopter un enfant avec son compagnon ou sa compagne ou d’adopter l’enfant de celui-ci ou de celle-ci. Désormais, dès lors qu’il est marié, le couple peut adopter à deux un enfant, en étant soumis à la procédure d’agrément préalable prévue, jusqu’à présent, pour les couples hétérosexuels. Selon le rapport n° 437 de la commission des lois du Sénat, ces adoptions resteront très marginales. Il s’agit, pour les deux tiers d’entre elles, d’adoptions internationales. Or, peu de pays acceptent de confier des enfants à des couples homosexuels. L’adoption sera, le plus souvent, le fait du parent social, qui adoptera l’enfant biologique de son époux. Dans tous les cas, l’adoption fait obligatoirement l’objet d’un jugement et est soumise au contrôle du juge aux affaires familiales, qui doit veiller à ce qu’elle soit conforme à l’intérêt de l’enfant. Cette exigence a, d’ailleurs, été rappelée par le Conseil constitutionnel (décision n° 2013-669 DC du 17.5.13).

L’adoption plénière, qui rompt et efface totalement le lien de filiation avec les parents biologiques en lui substituant le lien adoptif, sera possible dans certains cas seulement : si l’enfant du conjoint n’a pas de filiation établie avec un autre parent ; si ce dernier s’est vu retirer l’autorité parentale ou est décédé et que les grands-parents se désintéressent de l’enfant ; si le conjoint avait adopté seul l’enfant par adoption plénière. L’adoption simple, qui ajoute le lien de filiation adoptive sans effacer la filiation biologique, est moins restrictive, mais elle suppose l’accord des parents biologiques et le consentement de l’enfant s’il a plus de 13 ans. Par ailleurs, des adoptions successives (par les époux de chacun des parents biologiques, par exemple) ne seront pas possibles. L’enfant ne pourra être adopté que par un seul conjoint d’un de ses parents.

**L’adoption permet le partage de l’autorité légale**

L’adoption va permettre à tous les couples d’avoir les mêmes droits et les mêmes devoirs vis-à-vis de l’enfant qu’ils élèvent. Les conjoints partageront l’autorité parentale (sortie d’école, décision médicale…), disposeront de droits identiques en cas de séparation, et l’enfant sera l’héritier de chacun d’eux. Les parents respectifs du couple seront ses grands-parents. Ces mesures faciliteront, notamment, la transmission du patrimoine familial, car, une fois adopté, l’enfant du conjoint bénéficiera des mêmes droits à hériter et de la même fiscalité favorable qu’un enfant biologique.

**Le choix du nom, le nom du père garde sa primauté pour les enfants biologiques**

Les règles déterminant le nom de l’enfant ont été modifiées par la loi sur le mariage pour tous. Les changements concernent toutes les familles, que les parents soient mariés ou non, hétérosexuels ou homosexuels. La tradition voulant que l’enfant porte le seul nom de son père n’est pas remise en cause : à défaut de choix des parents, le nom du père prévaudra. La loi innove, en revanche, en cas de conflit entre les parents. S’ils sont en désaccord, l’un d’eux pourra le signaler, au plus tard le jour de la déclaration de la naissance de l’enfant, à l’officier de l’état civil de son choix. Selon les précisions données par le ­ministère de la Justice, ce parent présentera au fonctionnaire un écrit dans lequel il fera état du désaccord. L’officier apposera son visa sur le document, qui sera remis par le parent au moment de la déclaration de naissance. L’acte de naissance sera alors établi avec le nom des deux parents accolés suivant l’ordre alphabétique. Si l’officier de l’état civil du lieu de naissance a eu connaissance de ce désaccord après avoir établi l’acte de naissance (avec le seul nom du père), il devra saisir le procureur pour faire rectifier l’état civil de l’enfant.

La situation se révèle, en fait, un peu plus complexe, car le choix du nom dépend aussi de la manière dont l’enfant a été reconnu par ses deux parents. Si la filiation est établie vis-à-vis des deux parents en même temps – c’est, en général, le cas des couples mariés (le mari de la mère est présumé être le père de l’enfant) et des parents non mariés qui reconnaissent l’enfant simultanément –, le couple peut choisir de donner à l’enfant le nom de famille du père, celui de la mère ou leurs deux noms accolés (si l’un des parents a lui-même deux noms, il n’en transmet qu’un seul) dans l’ordre qu’ils souhaitent. S’ils n’expriment pas leur choix, l’enfant prend le nom du père (en cas de désaccord des parents, voir ci-dessus).

Lorsque l’enfant est reconnu par l’un de ses parents avant l’autre, il prend le nom de ce parent. Par exemple, si la mère fait une reconnaissance seule avant la naissance de l’enfant, celui-ci portera le patronyme maternel. Si le père le reconnaît plus tard, les parents ont la possibilité, tant que l’enfant est mineur, de changer le nom ou d’accoler les deux noms dans l’ordre qu’ils veulent. Une simple déclaration conjointe à l’officier de l’état civil suffira, mais l’accord de l’enfant sera nécessaire s’il a plus de 13 ans.

**Des règles spécifiques pour les enfants adoptés**

Que le couple adoptif soit homosexuel ou hétérosexuel, les règles relatives au choix du nom de famille de l’enfant sont identiques. Elles diffèrent, par contre, selon qu’il s’agit d’une adoption simple ou plénière. Si l’adoption est plénière, le couple adoptant à deux un enfant choisit, par une déclaration conjointe, le nom de l’enfant : soit le patronyme de l’un seulement des parents, soit leurs deux noms accolés dans l’ordre qu’ils souhaitent. Il en est de même lorsque l’un des époux adopte l’enfant de son conjoint. En l’absence de déclaration conjointe, l’enfant prend le nom de ses deux parents dans l’ordre alphabétique (art. 357 du nouveau du code civil). S’il s’agit d’une adoption simple, le nom d’origine de l’adopté ne disparaît pas. Le patronyme de l’adoptant s’y ajoute, sous réserve, si l’enfant est majeur, qu’il l’accepte. Si le couple adopte à deux, les époux doivent choisir le nom de l’un d’eux seulement pour l’accoler à celui de l’adopté. Le nouvel article 363 du code civil détaille les différents cas de figure, notamment ceux dans lesquels les parents portent eux-mêmes des noms composés.

**Le parent socialen dehors de l’adoption, un droit de visite ouvert**

Le législateur s’est également penché sur la situation des femmes ayant élevé ensemble un enfant, et qui se sont séparées avant l’entrée en vigueur de la loi. Après la séparation, la garde de l’enfant revenait, dans la plupart des cas, à sa mère biologique. Celle-ci pouvait alors écarter son ex-compagne, qui, n’ayant pas le droit d’adopter l’enfant, n’avait aucun lien juridique avec lui. La loi y remédie en accordant au parent social le droit de maintenir des liens affectifs avec l’enfant, sur le modèle de celui accordé aux grands-parents. Il pourra saisir le juge aux affaires familiales afin d’obtenir un droit de visite (art. 371-4 du nouveau du code civil). Pour garantir l’exercice effectif de ce droit, la loi lui a ouvert la faculté de contester l’adoption de l’enfant par la nouvelle compagne ou le nouveau compagnon de la mère biologique, si l’existence de cette personne a été dissimulée au magistrat qui a prononcé le jugement d’adoption (art. 353-2 du nouveau du code civil).

**Une ébauche de statut pour les beaux-parents de l’enfant**

Ces textes ne s’appliquent pas exclusivement aux couples homosexuels. Toute personne qui a résidé de manière stable avec l’enfant et l’un de ses parents, qui a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et qui a noué avec lui des liens affectifs durables pourra saisir le juge pour maintenir ces liens. L’ébauche d’un statut de beau-parent prend ainsi forme. Il devrait être complété par une prochaine loi sur la famille, sur laquelle travaille actuellement le ministère chargé de la Famille.

**les droits sociaux, congés indemnisés et droit de refuser une mutation**

Les parents homosexuels ont, désormais, les mêmes droits sociaux que les parents hétérosexuels. La compagne d’une femme qui vient d’avoir un enfant pouvait déjà demander un congé de paternité et d’accueil à l’enfant, ouvert au partenaire de pacs ou au concubin même sans lien biologique avec l’enfant. La loi poursuit cet alignement en permettant, sans distinction de sexe, aux couples qui adoptent à deux de bénéficier d’un congé d’adoption indemnisé. Ils pourront soit partager ce congé, soit en faire bénéficier l’un d’eux seulement. Concernant la retraite, ils pourront également désigner celui qui obtiendra la majoration de la durée d’assurance de 4 trimestres attribuée pour l’éducation de l’enfant ou les partager.

**Une protection accrue des salariés homosexuels**

Les salariés homosexuels pourront refuser une mutation dans un pays réprimant l’homosexualité. Leur refus ne constituera pas un motif de licenciement. Les salariés mariés ou pacsés sont particulièrement exposés puisque leur statut conjugal et le nom de leur conjoint figurent sur leur état civil. Un simple extrait d’acte de naissance révèle leur orientation sexuelle. La protection a été élargie aux concubins afin que la faculté de refuser ouverte aux couples mariés ou pacsés ne puisse pas être interprétée pour ceux vivant en concubinage comme l’obligation d’accepter une telle mutation. Le code du travail et le code de la Sécurité sociale feront, d’ici à 6 mois, l’objet d’autres mesures d’adaptation. La loi prévoit, en effet, que le gouvernement procédera à ces ajustements législatifs par ordonnance.

Frédérique Schmidiger