



Chambre des notaires
de l'Isère

Les Affiches
DE GRENOBLE ET DU DAUPHINÉ



Le même mariage pour tous



Avec la participation d'Erwann BINET

Député de la 8^{ème} circonscription de l'Isère - Rapporteur du Projet de loi « mariage pour tous »

<http://chambre-38.notaires.fr>

QUELLES OBLIGATIONS - QUELLES PRECAUTIONS

Nicolas JULLIARD, notaire

Il y a encore un peu moins d'un an, le mariage était l'union d'un homme et d'une femme exclusivement. Aujourd'hui, le mariage est l'union de personnes de sexes différents ou de même sexe.

Evolution sociale, idéologique, et sociétale, le mariage pour tous ouvre la possibilité pour les personnes de même sexe de construire leur vie familiale dans une structure, qui, jusqu'à présent était ouverte uniquement aux couples hétérosexuels. Dès lors qu'il y a mariage, il y a famille.

Le parti pris par les rédacteurs du projet de loi a été la réalisation de coordinations *a minima*. Il convenait d'adapter des dispositions jusqu'alors réservées aux couples hétérosexuels sans pour autant les dénaturer.

Le Gouvernement avait précisé qu'il « *conviendrait de procéder aux seules adaptations logistiques strictement nécessaires afin d'adapter les textes qui visent actuellement « le père » ou « la mère » et de permettre qu'ils puissent aussi régir la situation des parents de même sexe* ».

Le mariage pour tous nécessitait un toilettage que les auteurs ont pu qualifier d'asexualisant notamment par la disparition des termes père et mère. Il y a création d'un nouvel ordre familial et social.

L'idée principale de la loi sur le mariage pour tous était de mettre sur un pied d'égalité les couples quel que soit leur orientation sexuelle.

L'Article 6 – 1 du Code Civil illustre parfaitement cette volonté et pose le cadre, l'esprit de la loi. « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, [...] que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* »

Si chacun de nous est capable de définir les contours du mariage, sait-on réellement la portée du consentement à celui-ci ?

Consentir à une demande en mariage ou tout simplement la formuler ne va pas avoir pour seul effet d'officialiser une relation sentimentale mais va faire naître des engagements importants entre les époux.

Si le mariage est certes générateur de droits, il va également être la source d'obligations envers son conjoint ou conjointe, dont l'importance doit être appréhendée préalablement à l'union.

Au fonds qu'est-ce que le mariage : est-ce uniquement un contrat ?

Le mariage n'est pas qu'un simple contrat. C'est une institution pour notre droit et pour la société française depuis toujours. Cet aspect institutionnel a conduit le législateur à encadrer, à réglementer les conditions de formation du mariage et les effets de celui-ci sur la vie des époux au quotidien tant du point de vue social que pécuniaire.

On ne peut déroger au caractère impératif de celui-ci et aux règles qui l'encadrent. Le choix de tel ou tel régime matrimonial ne permettra en rien de déroger aux règles d'ordre public. Le régime primaire impératif regroupe l'ensemble des règles qui s'imposeront aux époux, et constitue le socle commun à tous les futurs époux.

LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Les conditions liées aux futurs époux

Le mariage c'est la solennité, l'engagement que prennent les époux de constituer une famille, de créer un lien juridique à la différence du concubinage qui est une situation de fait.

Qui aujourd'hui peut se marier ?

Aujourd'hui pour pouvoir prétendre au mariage, les futurs époux :

1°) Peuvent être de même sexe, ou de sexes différents,

Pour les mariages internationaux, les qualités et conditions requises pour contracter mariage sont régies pour chacun des époux par sa loi personnelle.

En effet, l'article 202 - 1 du Code civil dispose que « *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* » .

Reste le problème de fonds : que faire si la loi nationale d'un des époux ou des deux exige la déférence de sexe ?

Par souci d'égalité, un second aliéna a prévu que « *deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* »

Ainsi, un français pourra épouser librement un ressortissant homosexuel étranger ou deux ressortissants étrangers homosexuels pourront se marier en France quand bien même la loi de leur(s) pays d'origine(s) interdît le mariage de personne de même sexe, dès lors qu'au moins l'un des pays dont est ressortissant l'un époux ou sur le territoire duquel il a son domicile autorise le mariage entre personne de même sexe.

Le mariage sur le territoire français sera donc possible. Les époux devront cependant se rendre en France pour célébrer le mariage car les autorités consulaires françaises ne pourront célébrer le mariage sur le territoire d'un pays interdisant le mariage entre personne de même sexe.

2°) Doivent avoir l'aptitude psychologique pour consentir au mariage et être avoir 18 ans révolus sauf accord du procureur de la république pour motif grave et légitime ou consentement expresse de l'enfant mineur,

3°) Ne doivent pas être déjà engagés dans les liens matrimoniaux non dissous. La polygamie étant interdite en France, Ainsi, il conviendra d'être célibataire, veuf ou divorcé, Cette condition sera notamment vérifiée par la production d'un extrait d'acte de naissance auprès du service de la commune qui célébrera le mariage.

4°) Ne doivent pas avoir un lien de parenté ou d'alliance

Le mariage est ainsi prohibé à tous les degrés en ligne directe (parents) et en ligne collatérale (frère, sœur, oncle, nièces, neveu, petit neveu grand oncle, petit neveu, mais également avec son adoptant.

5°) Pour les militaires en exercice à l'étranger, l'accord du ministre de la défense est requis

L'annonce du mariage

Le mariage pour être célébré devra avoir fait l'objet de publications par un affichage dans la commune ou sera célébré le mariage mais également dans la commune ou chaque futur époux à son domicile ou sa résidence.

Cette publication a pour effet d'annoncer le mariage et de permettre l'opposition des personnes disposant du droit à s'opposer au mariage pour un motif légitime.

Les personnes bénéficiant de ce droit sont :

- Les ascendants,
- Les collatéraux jusqu'aux cousins germains,
- Au conjoint du futur époux qui invoquerait notamment la bigamie,
- Au tuteur du mineur, au curateur ou tuteur du majeur protégé,
- Au ministère public.

L'opposition formulée obligatoirement par voie d'huissier aura pour conséquence d'empêcher la célébration du mariage jusqu'à la mainlevée de l'opposition dans l'hypothèse d'une opposition infondée.

Une audition des futurs époux sera réalisée par l'officier d'état civil afin que celui-ci s'assure que l'intention des époux ne réside pas dans un simulacre afin d'obtenir artificiellement certains avantages attachés à la qualité d'époux.

L'échange des consentements

L'échange des consentements des futurs époux pourra intervenir dans la commune du domicile ou de la résidence de l'un d'eux soit de l'un de leurs parents.

Le consentement au mariage sera recueilli par l'officier d'état civil en charge de la célébration du mariage. Les futurs époux seront personnellement présents. L'échange des consentements au mariage par représentation étant prohibé.

Le mariage à titre posthume est possible sur accord du Président de la République, à la condition que les formalités préalables au mariage aient été réalisées par le défunt et témoignent d'un consentement non équivoque du défunt au mariage.

Les effets du mariage remonteront à la veille du décès du défunt.

Les personnes placées sous un régime de protection pourront consentir au mariage à la condition pour le régime de la curatelle, que le curateur y consente également et pour les personnes placées sous le régime de la tutelle l'autorisation du juge des tutelles sera requise après audition des futurs époux. Le conseil de famille, s'il en existe un pourra également consentir au mariage pour le compte du majeur protégé.

Sanction du non-respect des conditions de formation du mariage

La nullité du mariage est encourue si celui-ci est célébré en violation des règles de formation du mariage. La nullité n'est pas systématique du fait de la gravité de celle-ci. En effet, parce que la nullité du mariage réduit à néant l'acte constitutif de la famille, certaine omission ou négligence n'entraîneront pas systématiquement la nullité du mariage comme par exemple le défaut de publication du mariage ou l'existence d'un lien de parenté adoptive entre les futurs époux ou encore le défaut d'autorisation militaire.

La nullité du mariage pourra être également demandée par l'un des époux pour vice du consentement.

LES EFFETS DU MARIAGE

Le mariage en lui-même produit des effets sur la situation personnelle et patrimoniale des époux. Les époux ne peuvent aménager à leur guise les effets de leurs accords. Le consentement au mariage déclenche l'application d'un statut impérativement réglé par la loi car c'est l'acte constitutif d'une famille. Ce statut appelé régime primaire impératif va poser les règles de bases applicables à tous les époux quel que soit le régime matrimonial qu'ils ont choisi.

Ce régime primaire impératif va régir les rapports personnels et pécuniaires des époux et cela indépendamment du régime matrimonial auquel ils ont voulu se soumettre.

Concernant les rapports personnels

L'idée principale est la communauté de vie « **les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie** ». Parce qu'elle vise l'intimité du couple, la notion de communauté de vie est nécessaire imprécise.

La communauté de vie implique, l'habitation du couple sous le même toit, des rapports sexuels entre les époux, des activités communes et des loisirs partagés, des échanges intellectuels et des marques d'affections réciproques.

La loi met en relief des devoirs personnels entre les époux résultant du lien conjugal, ce qu'implique une communauté de vie. Les époux se doivent respect, assistance et fidélité.

Mais la violation des devoirs personnels est de moins en moins sanctionnée par les juges et le libéralisme législatif. L'adultère consommé ou tout simplement tenté ne constitue désormais qu'une faute simple qui peut être considérée comme insuffisante pour provoquer la rupture du mariage alors qu'auparavant le juge était tenu de prononcé le divorce sur le plan civil et condamné pénalement l'époux qui avait fauté jusqu'en 1975.

Concernant les rapports pécuniaires

Les époux se doivent mutuellement secours, c'est-à-dire qu'ils sont réciproquement tenus de se fournir les ressources qui leur sont nécessaires et contribuer ainsi aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives.

Pendant la vie commune, les époux doivent ainsi payer chacun leur part des dépenses ordinaires de la vie courante, nécessaires à leur propre entretien et à celui de la famille. Le devoir de secours se confond avec l'obligation de contribuer aux charges du mariage en cas de vie commune.

Lorsque les époux ont des ressources il leur incombe de prélever sur celles-ci leur part contributive aux charges du mariage et ce tant que le mariage subsiste et que les époux vivent ensemble ou séparément.

Ainsi lorsqu'un époux est démuné de ressources propres ou que celles-ci sont insuffisantes, son conjoint doit au titre de l'obligation de secours lui fournir ce qui est nécessaire à ses besoins.

C'est en cas de séparation de fait ou de désaccord sur le choix de la résidence familiale, que le devoir de secours prendra toute son importance et notamment la forme d'une pension

alimentaire. S'il va de soi que l'époux qui a abandonné le domicile conjugal, ne peut prétendre à cette pension.

A l'inverse, l'époux abandonné ou qui ne peut rejoindre le domicile conjugal du fait de la violence de son époux ou épouse pourra prétendre au versement de cette pension.

De même l'époux en instance de divorce pourra également y prétendre.

Enfin, en cas de désaccord des époux, le juge pourra fixer le montant de cette contribution.

Les époux se devront également assistance, c'est-à-dire qu'ils devront veiller l'un envers l'autre à prodiguer les soins nécessaires à son conjoint dans les difficultés de l'existence.

Concernant la vie courante des époux, chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage, ou l'éducation des enfants. Les époux ont donc pouvoir pour s'engager mutuellement et solidairement sur les dettes simplement contractées pour les besoins du ménage ce qui exclut par conséquent les dettes personnelles et professionnelles des époux. Les emprunts contractés pour les besoins du couple sont soumis également à ses règles.

Ainsi et même si la lecture de l'article 220 du Code civil a été supprimé des articles lus lors de la célébration du mariage, chacun des époux peut être poursuivi personnellement pour le paiement des dettes nécessaires à l'entretien du ménage sauf s'il est avéré que la dette est manifestement excessive eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération et à la bonne ou mauvaise foi du cocontractant.

Du point de vue fiscal et notamment de la déclaration des revenus des époux, les conjoints ne sont plus imposés individuellement mais sur la base d'un revenu imposable commun. Une seule déclaration contenant les revenus et charges du couple sera déposée, et les époux bénéficieront de deux parts.

Une exception demeure toutefois pour les époux mariés sous le régime de la séparation de biens et ayant des domiciles séparés. Dans ce cas, les époux pourront faire 2 déclarations.

Pour l'année du mariage, les époux pourront sur option choisir de faire une déclaration commune ou deux déclarations séparés.

Sur le plan social, le conjoint qui n'a pas de couverture sociale pourra être rattaché en qualité d'ayant droit à son conjoint et bénéficier du remboursement de ses soins en cas de maladie ou de maternité.

En cas de décès du conjoint, le survivant pourra bénéficier de :

- L'allocation veuvage s'il a moins de 55 ans, qu'il dispose de 700 € par mois de revenus et qu'il n'est ni remarié, ni pacsé,
- D'une pension de réversion de 55 % de la retraite dont bénéficiait ou aurait pu bénéficier l'époux décédé, s'il a plus de 55 ans, et que ses revenus sont inférieurs à 1.500,00€ par mois.

LE CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL

Les futurs époux devront préalablement à leur union choisir le régime matrimonial qui leur semble le plus correspondre à leur situation personnelle, professionnelle et patrimonial. Les époux disposent d'une grande latitude pour organiser au sein du contrat de mariage leur régime matrimonial à partir du moment où la convention n'est pas contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

Le choix du régime matrimonial devra intervenir préalablement au mariage. Les époux devront donc se rendre chez leur Notaire pour déterminer avec celui-ci le régime matrimonial correspondant le plus à leur situation.

A défaut de contrat de mariage les époux seront soumis au régime légal de la communauté réduite aux acquêts.

Les époux disposent d'un libre choix par les régimes matrimoniaux. Les régimes matrimoniaux les plus rencontrés sont le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, la séparation de biens et la participation aux acquêts.

Le régime de la communauté réduite aux acquêts s'appliquera à défaut de contrat de mariage. Les biens acquis par les époux à compter du mariage constitueront des acquêts de communauté sur lequel les époux auront droit à la moitié lors de la liquidation du mariage par divorce ou décès. Le patrimoine des époux sera constitué de trois blocs. Les patrimoines personnels de chacun des époux composé des biens acquis avant le mariage ou pendant le mariage par donation ou succession. Le patrimoine commun aux époux sera composé des biens acquis pendant le mariage et notamment par les gains et salaires des époux et les biens acquis grâce à ceux-ci.

Ainsi, et contrairement à une idée reçue, chacun des époux a droit en cas de divorce ou de décès à la moitié des économies réalisées par un époux dès lors que ces économies ont pour origine le salaire d'un époux et cela quand bien même le compte soit au nom d'un seul époux. Concernant les dettes de l'un des époux, le patrimoine commun pourra être affecté par celles-ci.

Seul le patrimoine personnel de l'époux n'ayant pas contracté la dette sera protégé.

D'où l'intérêt pour les professions dites à risque comme les commerçants de choisir un régime matrimonial plus protecteur comme la séparation de biens.

Le patrimoine des époux mariés sous le régime de la séparation de biens se décompose en deux blocs. Il n'y a pas de patrimoine commun. Chaque époux a un patrimoine personnel et reste libre d'en disposer librement sans l'intervention de l'autre époux.

Il peut ainsi acheter seul, souscrire des prêts, vendre des biens personnels sans l'intervention du conjoint à l'exception du bien constituant le logement de la famille pour lequel, l'intervention de son conjoint sera nécessaire.

Les créanciers d'un des époux ne pourront appréhender que le patrimoine de l'époux débiteur.

Le régime de la séparation de biens présente cependant un inconvénient en cas de revenus sensiblement différents entre les époux car à l'occasion du divorce ou du décès, l'époux qui dispose de revenus modestes ne pourra pas profiter de l'enrichissement de son conjoint auquel il aura peut-être participé.

La solution reste alors le recours au régime de la participation aux acquêts. Durant le mariage, le régime de la séparation de biens s'appliquera. C'est au moment de la liquidation du régime que le conjoint qui s'est le moins enrichi va pouvoir profiter d'une partie de l'enrichissement de son conjoint. En effet lors de la signature du contrat de mariage, un état du patrimoine des époux sera dressé. Lors de la liquidation du régime, un second état sera à nouveau dressé. L'époux qui se sera alors le moins enrichi aura droit à la moitié de l'enrichissement constitué par son conjoint pendant le mariage.

Le contrat de mariage va permettre aux époux par le choix de tel ou tel régime de répondre à leur attente. Il pourra également être la source de mesure de protection, d'avantage matrimoniaux qui pourront être insérer dans le contrat de mariage. On pourra ainsi prévoir au sein du contrat de mariage une clause permettant à l'époux survivant de prélever avant tout partage un ou plusieurs bien comme la résidence principale par exemple ou le fonds de commerce constituant l'activité des époux.

Le mariage constitue la base du couple. Les règles qui l'encadrent servent de base à la construction de la famille.

LA VIE DE LA FAMILLE

Emmanuelle MOLLET, notaire

Une fois le mariage célébré, la famille peut souhaiter s'agrandir et accueillir un enfant.

Les techniques de procréation médicalement assistée n'étant pas ouvertes aux couples homosexuels, l'entrée d'un enfant dans la famille ne peut se concrétiser qu'à travers l'adoption.

Il peut alors s'agir :

- soit de l'adoption de l'enfant du conjoint que l'un des époux a pu avoir d'une précédente union,
- soit de l'adoption par le couple d'un enfant étranger à la famille.

La loi du 17 mai 2013 n'a pas bouleversé les règles en la matière car en réalité, l'adoption par une personne homosexuelle était possible avant son entrée en vigueur mais elle ne pouvait être qu'individuelle. Ce n'était que par une application restrictive des textes que la jurisprudence déboutait les homosexuels de leurs demandes d'adoption. L'argumentation des juges n'était pas fondée sur l'homosexualité mais sur l'absence de figure paternelle ou maternelle selon le cas.

La Cour Européenne des droits de l'homme a d'ailleurs sanctionné la France en janvier 2008 pour avoir débouté une femme homosexuelle alors que le droit français autorisait l'adoption d'un enfant par un célibataire. Le refus a donc été jugé discriminatoire par la CEDH.

Par contre, l'adoption par un couple n'est autorisée que si celui-ci est marié. C'est en cela que la loi a été novatrice puisqu'en ouvrant le mariage aux couples homosexuels, la loi a autorisé du même coup l'adoption « à deux » par le couple.

Pour tous ceux qui l'envisagent ou s'y intéressent, il faut savoir qu'on distingue deux types d'adoption en droit français : L'adoption simple et l'adoption plénière.

Nous étudierons dans un premier temps les conditions pour qu'une adoption soit possible ainsi que la procédure à mettre en œuvre pour qu'elle soit prononcée.

Puis dans un second temps, nous analyserons les effets juridiques de l'adoption sur le nom et les obligations des membres de la famille.

LE COUPLE ET L'ENFANT - L'ADOPTION

Il existe deux types d'adoptions : L'adoption simple et l'adoption plénière.

La procédure est assez proche pour les deux types d'adoptions mais leurs effets diffèrent.

Adoption plénière

Conditions relatives à l'adoptant

Peut être demandée conjointement par deux époux ou individuellement par une personne seule.

Si l'adoption est demandée par un couple, ce couple doit obligatoirement être marié (article 346 alinéa 1^{er}).

La demande ne peut pas être acceptée si le couple est en concubinage ou pacsé.

Cette exigence peut sembler archaïque car pour avoir recours à la PMA, aucune condition de forme du couple n'est requise. Il suffit que la PMA soit demandée par un couple hétéro. Mais le couple peut être marié, pacsé ou même en concubinage. Les conditions relatives à la durée du concubinage ont même été supprimées récemment. On se demande si cette exigence va perdurer.

Conditions communes aux adoptions individuelles ou en couple,

Par un couple

- Les adoptants doivent avoir plus de 28 ans sauf en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.
- le mariage doit avoir été célébré il y a plus de deux ans
- la différence d'âge entre l'enfant et chaque adoptant doit être d'au moins 15 ans sauf pour l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans ce cas, la différence d'âge est ramenée à 10 ans. Mais cette disposition n'est pas d'ordre public c'est-à-dire que les juges peuvent y déroger en fonction du cas de l'espèce.

Par une personne seule

Si l'adoption est demandée par une personne seule, si celle-ci est mariée, l'adoptant potentiel doit obtenir l'accord de son conjoint.

Conditions relatives à l'adopté

Pour l'adoption plénière, l'enfant doit avoir moins de 15ans et exceptionnellement l'adoption peut être autorisée jusqu'aux 20 ans de l'enfant

Il existe trois catégories d'enfants adoptables :

- Les enfants dont le père et la mère ont valablement consenti à l'adoption
- Les enfants pupilles de l'Etat (c'est-à-dire les enfants nés sous X ou recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance)
- Les enfants déclarés judiciairement abandonnés.

Dans tous les cas, si l'enfant adopté a plus de 13 ans, il doit personnellement consentir à son adoption.

En pratique, il faut savoir qu'il y a très peu d'enfants adoptables en France et de moins en moins à l'étranger.

La portée pratique de l'ouverture de l'adoption par les couples homo risque donc d'être très limitée.

Procédure

Obtention d'un agrément

Les adoptants doivent faire parvenir une demande d'agrément au Président du Conseil Général du Département de leur Résidence.

C'est le service responsable de l'aide sociale à l'enfance qui statue après réalisation d'une enquête sur le futur cadre de vie de l'enfant et la réalisation de bilans psychologiques de l'adoptant.

La décision est en principe rendue dans les neuf mois suivant la confirmation de la demande d'agrément. L'agrément, s'il est délivré, a une durée de validité de 5 ans sur le territoire français.

La décision de refus d'agrément est susceptible de recours.

Placement de l'enfant

L'enfant est ensuite placé chez les adoptants et la demande d'adoption plénière ne peut pas être examinée avant 6 mois. Pendant toute cette période, l'enfant reste sous le contrôle du service qui l'a confié aux adoptants.

Requête et jugement

Les adoptants doivent ensuite déposer une requête auprès du Tribunal de Grande Instance de leur domicile. Un jugement est rendu dans les 6 mois suivant le dépôt de la requête.

Le jugement est susceptible de recours.

Adoption simple

Conditions relatives à l'adoptant

L'adoptant doit remplir les mêmes conditions que pour l'adoption plénière.

Conditions relatives à l'adopté

Comme pour l'adoption plénière, l'adopté doit consentir à son adoption s'il a plus de 13 ans. S'il est mineur, ses parents par le sang doivent également y consentir ce qui peut faire l'objet d'une rétractation dans les deux mois suivant l'acte de consentement à adoption.

Procédure

En ce qui concerne la procédure, pour l'adoption simple, l'agrément n'est requis que si l'adopté est :

- un pupille de l'Etat,
- un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption
- un enfant étranger.

L'adoption simple n'impose pas le placement de l'adopté chez les adoptants pendant au moins six mois.

LES CONSEQUENCES DE L'ADOPTION

Effets juridiques de l'adoption plénière

Il se produit :

- une rupture des liens avec la famille d'origine :
 - Disparition de l'autorité parentale des parents naturels.
 - Disparition du droit à hériter de la famille d'origine.
- l'entrée de l'enfant dans la famille adoptive :
 - L'autorité parentale est exercée par le ou les adoptants,
 - L'enfant adopté devient héritier de l'adoptant au même titre que l'enfant par le sang : Sur le plan fiscal, il est totalement assimilé à l'enfant biologique.

L'adoption crée une obligation alimentaire entre l'adoptant et l'adopté.

Cela veut dire que l'adoptant doit survenir aux besoins de l'adopté mais à l'inverse, l'adopté doit une aide matérielle et financière à l'adoptant, notamment à ses vieux jours si sa situation l'exige.

De même, puisqu'il est principalement question du mariage aujourd'hui, il faut savoir qu'une obligation alimentaire existe par alliance entre les époux et leurs beaux-parents... Cette obligation existe tant que le conjoint fils ou fille de la belle-mère ou du beau-père dans le besoin n'est pas décédé

→ L'adoption crée également une interdiction à mariage entre :

- . l'adoptant et l'adopté et ses enfants,
- . l'adoptant et le conjoint de l'adopté
- . le conjoint de l'adoptant et l'adopté

L'adoption plénière est IRREVOCABLE !

Effets juridiques de l'adoption simple

L'adoption simple ne fait pas disparaître le lien existant entre l'enfant et sa famille d'origine. Elle crée un lien de filiation artificiel supplémentaire avec la famille adoptive.

L'enfant adopté simple hérite dans les deux familles biologiques et adoptives.

Il se produit donc :

- la disparition de l'autorité parentale des parents naturels.
- Si l'enfant est mineur, les parents adoptifs exercent l'autorité parentale. Toutefois, dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, le parent par le sang conserve l'autorité parentale sauf si il a réalisé une déclaration conjointe avec l'adoptant auprès du Greffier du Tribunal de Grande Instance aux fins de l'exercice en commun de cette autorité.
- maintien du lien successoral entre l'enfant et sa famille d'origine.
- Un lien supplémentaire de filiation se crée entre l'enfant et la famille adoptive c'est-à-dire que l'enfant hérite dans les deux familles.
- Création d'une obligation alimentaire entre l'adoptant et l'adopté.
Particularité : Si l'adopté est dans le besoin, il peut réclamer à sa famille d'origine une créance d'aliment mais seulement s'il justifie ne pas avoir pu l'obtenir de l'adoptant.

L'adoption est éventuellement révocable mais seulement pour motif grave : Mécontentement profond entre l'adoptant et l'adopté, violence de l'adopté...

L'ADOPTION ET LE NOM

Dans le cadre de l'adoption plénière, l'adopté prend le nom de l'adoptant et éventuellement le prénom si le jugement en attribue un nouveau à l'enfant.

En cas de désaccord entre les parents, l'enfant prend les deux noms des adoptants dans l'ordre alphabétique.

- Dans le cas de l'adoption simple, en principe, l'adopté conserve son nom d'origine, auquel est ajouté le nom de l'adoptant. Mais il est possible que l'adopté ne conserve que le seul nom de l'adoptant.

Si l'adopté est majeur, il doit personnellement consentir à son changement de nom.

LE NOM DES EPOUX

La loi prévoit expressément que chacun des époux pourra porter à titre d'usage le nom de l'autre par substitution ou adjonction au sien et dans l'ordre choisi.

On ne sait pas encore si en cas de séparation, les époux auront le droit de conserver le nom du conjoint.

La loi ne l'indique pas mais je ne vois pas pourquoi cela serait interdit aux couples homosexuels puisque le mariage pour tous leur ouvre également la porte du « Divorce pour tous »...

LA DISSOLUTION DU MARIAGE

David AMBROSIANO, notaire

Depuis l'adoption de la loi sur le "mariage pour tous" nos études n'ont pas été prises d'assaut, comme certains le prédisaient, par des couples homosexuels bien décidés à se marier et en quête de renseignements sur les différents contrats de mariage possibles.

Si nous avons pu noter une augmentation des consultations sur le sujet c'est surtout sous un angle différent et inattendu, de la part de couples de même sexe ou non, déjà engagés dans un Pacs ou non, et qui n'hésitent pas à nous interroger, parfois de manière très précise sur le bilan "*avantages/inconvénients*" du mariage et du Pacs.

Par définition, "*un même mariage pour tous*" signifie nécessairement un même divorce, un même règlement des successions, en résumé une façon identique de dissoudre l'union de deux personnes avec des conséquences juridiques et financières qui sont loin d'être neutres.

Il nous a donc semblé intéressant d'aborder le sujet de la dissolution du mariage en effectuant un parallèle avec le Pacs

Sans être exhaustif, car le temps imparti ne nous le permettra pas, nous allons nous attarder sur les aspects les plus marquants de la "désunion" d'un couple, que celle-ci soit volontaire en se traduisant par un divorce ou la rupture d'un pacs, ou subie par le décès de l'un des membres du couple.

LA RUPTURE

Nous aborderons successivement trois aspects :

- l'anticipation "contractuelle" de la rupture,
- les modalités de la rupture,
- et la question hautement "sensible" des compensations pouvant être octroyées à l'un des membres du couple.

L'anticipation de la rupture

La rupture est aujourd'hui clairement identifiée par les couples comme un risque, qui au fil des ans s'est banalisé pour se voir intégré à l'idée même de vie en couple.

Le professeur Pierre MURAT écrivait en 2011 dans une étude consacrée à la question, que "*le divorce n'est pas un accident, mais un risque « normal » du mariage, une probabilité statistique que les époux doivent prendre en considération dès le début*".

A fortiori il doit en être de même pour les autres modes de conjugalité que sont le concubinage et le pacs.

C'est pour cela que l'anticipation de la rupture est une préoccupation de plus en plus présente en devenant la "réponse" au risque.

En mariage, malgré quelques zones d'ombre, des clauses insérées dans les contrats de mariage permettent cette anticipation dans l'hypothèse d'un divorce.

Mais curieusement, cette grande liberté contractuelle ne se retrouve pas en matière de Pacs.

Lorsque les époux ou les partenaires font le choix d'un régime séparatiste pur et dur cela ne semble pas poser de difficultés particulières. Les choses sont claires depuis le départ et le *"bons comptes feront les bons amis"*. Chacun conservera ses revenus, ses biens et ses dettes. L'aspect communautaire n'existera que pour les dépenses liées à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

Mais lorsque le couple fait le choix d'une plus grande fusion patrimoniale les choses se compliquent singulièrement pour les partenaires pacsés.

En effet, les contrats de mariage sont riches de clauses permettant à la fois la fusion des patrimoines, mais également une réversibilité de cette fusion lorsque l'espérance d'une union *"à la vie à la mort"* se trouvera déçue...

Je citerai pour seul exemple parmi d'autres la clause dite "Alsacienne" des contrats de mariage de communauté comportant l'apport par les époux de biens immobiliers personnels.

Cette clause permet en effet à l'époux apporteur d'effectuer la reprise du ou des biens apportés en mariage si ce dernier devait se dénouer par un divorce. En revanche, en cas de décès de l'un des conjoints l'apport effectué sera consolidé de manière définitive et le survivant, s'il n'était pas l'apporteur, verra ses droits de propriété sur le bien consacrés.

Il ne sera absolument pas possible en matière de pacs de stipuler dans le contrat une telle clause, car le pacte, malgré une liberté contractuelle parfois trompeuse, reste enfermé dans son régime légal de la séparation pure et simple des biens, ou dans celui optionnel et parfois complexe de l'indivision, sans autoriser de telles conventions.

Cela semble démontrer que le pacs a été conçu comme un contrat nécessairement précaire, des *"fiançailles modernes"* en quelque sorte, pour lesquelles il n'était pas besoin d'anticiper la fin puisque par définition elles étaient appelées à disparaître pour autre chose. La loi sur le *mariage pour tous* ne fait que consolider cet argumentaire.

A l'inverse, le mariage avait besoin de cette anticipation de la rupture car on pouvait lui prêter un caractère d'éternité, et comme le disait si bien Woody Allen *"l'éternité c'est long, surtout vers la fin !"*.

Sur la question de l'anticipation de la rupture nous pouvons donc donner un avantage incontestable au mariage.

Les modalités de la rupture

Depuis la réforme du divorce entrée en application le 1er janvier 2005, le divorce peut être prononcé dans les quatre cas suivants :

- consentement mutuel,
- acceptation du principe de la rupture du mariage,
- altération définitive du lien conjugal (en cas de séparation de fait des époux depuis plus de deux ans),
- et enfin en cas de faute,

La rupture du Pacs, quant à elle est libre. Totalement. Tellement libre d'ailleurs que pour se "dépacser" il n'est même pas utile que les deux partenaires soient d'accord, l'un pouvant seul officialiser la rupture alors que l'autre le refuse.

La dissolution du mariage est judiciaire à la différence de la dissolution du Pacs qui doit être enregistrée par le greffier du tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du Pacs ou par le notaire qui a procédé à l'enregistrement du Pacs.

Si l'un des partenaires a entrepris seul la démarche de rupture, l'autre en sera informé par l'autorité qui a enregistré cette rupture, par lettre recommandée avec AR. La démarche manque certes d'élégance, mais elle a au moins le mérite de la simplicité et de l'efficacité...

La spécificité du Pacs par rapport au mariage est que la liquidation des intérêts patrimoniaux des partenaires doit être faite à l'amiable ; à défaut d'accord entre eux c'est le juge aux affaires familiales qui est compétent pour trancher les différends.

Pour les époux leur situation différera selon la procédure de divorce choisie :

Le divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel a ceci d'exceptionnel qu'il implique une seule et unique comparution devant le juge qui prononcera le divorce et homologuera l'accord des époux.

Mais la contrepartie de cette apparente simplicité se traduit par l'exigence pour les époux de produire au juge une convention réglant toutes les conséquences du divorce.

Cette convention doit être un produit "fini" et "parfait", sans quoi le magistrat pourra refuser l'homologation ainsi que le divorce.

Dans tous les cas, le recours à un notaire est obligatoire pour liquider le régime matrimonial des époux s'ils possèdent au moins un bien immobilier.

Les autres cas de divorce

Dans les divorces dits "contentieux" deux passages minimum devant le juge sont obligatoires :

- le premier pour l'audience de conciliation à l'issue de laquelle le juge rendra presque toujours une ordonnance de non conciliation et fixera des mesures provisoires qui s'appliqueront pendant l'instance en divorce (jouissance du domicile conjugal, prise en charge des crédits, garde des enfants, pensions alimentaires etc...);
- le deuxième pour l'audience à l'issue de laquelle le magistrat rendra le jugement de divorce;

Les époux n'ont pas ici l'obligation de régler leurs intérêts patrimoniaux durant l'instance en divorce. Ils peuvent le faire mais ce n'est pas une obligation.

Mais ils devront de toute façon le faire une fois le divorce prononcé.

Le magistrat peut toutefois les inciter à régler la liquidation de leur régime matrimonial en désignant un notaire "expert" en cours de procédure, dont le rôle sera de préparer un projet de liquidation.

Par son travail, le notaire va pouvoir éclairer le juge sur la consistance exacte du patrimoine des époux et ce qui leur reviendra après le divorce, afin qu'il puisse fixer de la manière la plus juste possible la prestation compensatoire qui sera éventuellement demandée par l'un des époux.

Mais l'ADN du notaire étant par nature celle d'un conciliateur, il parviendra bien souvent à trouver un accord entre les époux pendant l'instance en divorce. Ainsi, une fois le jugement prononcé la question du partage des biens sera déjà réglée.

Si aucun accord n'a été trouvé en cours d'instance, le juge prononcera le divorce et ordonnera la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux, et désignera un notaire pour ce faire si les époux en font la demande.

Pour plus de détails sur ces questions le compte rendu d'une conférence/débat qui s'est tenue à la chambre des notaires le 23 mai dernier est disponible en téléchargement sur le site de la chambre. <http://chambre-38.notaires.fr/fr/journal-notaires/compte-rendu-conference.html>

Comme nous venons de le voir la judiciarisation du divorce rend celui-ci *à priori* plus complexe, plus long et plus coûteux que la rupture du Pacs. Mais cela ne vaut que lorsque le couple est d'accord sur tout ou qu'en tout cas il ne lui manque pas grand-chose pour trouver un accord.

En revanche, en cas de conflit dur la rupture ne sera pas moins longue ni moins coûteuse pour les partenaires d'un Pacs. Bien au contraire.

Le Pacs aurait donc les défauts de ses avantages. A être trop souple dans son adoption et dans sa dissolution on en oublie qu'il a pu créer des droits patrimoniaux non négligeables, notamment si les partenaires se sont placés sous un régime d'indivision, voire parfois d'indivision « universelle ».

Sur cette question des modalités de la rupture nous pouvons accorder de justesse l'avantage au mariage, pour le cadre juridique « balisé » et protecteur qu'il confère au conjoint le plus "affaibli" par la rupture.

Les compensations de la rupture

Une différence notable existe entre le mariage et le Pacs au niveau des effets de la rupture : seul le divorce peut conduire à une prestation compensatoire dont l'objectif est de réduire la disparité dans les conditions de vie respectives créée par cette rupture.

Pour fixer la prestation compensatoire le juge prendra notamment en compte les éléments suivants :

- la durée du mariage ;
- l'âge et l'état de santé des époux ;
- leur qualification et leur situation professionnelles ;
- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.

En matière de Pacs il n'existe rien de similaire, même ne serait-ce qu'approchant.

Le partenaire qui s'estimerait victime de la rupture devra pour obtenir une réparation se placer sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle. Il devra donc démontrer la faute de son partenaire dans la rupture, le préjudice dont il est victime, et un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice. Autant dire que cela sera extrêmement difficile.

La preuve en est : depuis 14 ans d'existence du Pacs on ne dénombre pas à ma connaissance de décisions judiciaires en la matière, et en tout cas aucune décision qui pourrait laisser entrevoir une quelconque ressemblance, même très lointaine avec la prestation compensatoire.

Le mariage offre indéniablement une protection efficace pour l'époux à l'égard duquel la rupture va causer une disparité importante dans ses conditions de vie, notamment du fait des sacrifices consentis durant le mariage, et ce sans qu'il ait besoin de démontrer une quelconque faute ou un quelconque préjudice.

Une fois de plus, force est de constater un avantage certain au mariage.

Analysons à présent les conséquences du décès de l'un des membres du couple.

LE DECES

Commençons tout d'abord par l'aspect le plus simple et totalement commun au mariage et au Pacs, celui de la fiscalité.

Depuis la loi TEPA du 22 août 2007, le conjoint marié ou le partenaire Pacsé est totalement exonéré de droits de succession lors du décès de son conjoint ou de son partenaire, pour peu qu'il soit héritier bien entendu.

Autre point commun : le survivant bénéficie automatiquement d'un droit temporaire au logement d'un an à compter du décès. Cette disposition est d'ordre public et ne peut être supprimée.

Mais ce sont bien là les deux seuls points communs entre le mariage et le Pacs.

En effet, mariage et Pacs ne suivent pas les mêmes règles en ce qui concerne la détermination de la qualité d'héritier du survivant, le calcul de la quotité disponible, et le bénéfice de la pension de réversion en cas de retraite.

La qualité d'héritier du conjoint ou du partenaire survivant

Il faut tout d'abord rappeler qu'en présence de descendants la dévolution de la succession sera exactement la même, que le mariage soit homo ou hétérosexuel.

De plus, il semble parfois nécessaire de réaffirmer que l'on n'hérite pas de son beau-père ou de sa belle-mère, à moins qu'il y ait eu adoption bien entendu.

Jusque-là les règles sont les mêmes, que l'on soit marié ou Pacsé.

Mais il en va différemment pour ce qui est des droits du conjoint ou du partenaire survivant.

Le conjoint survivant marié bénéficie automatiquement de par la loi de la qualité d'héritier, dans des proportions qui varient selon que le défunt laisse ou non des descendants. De même, il bénéficie automatiquement d'un droit viager au logement commun, c'est à dire jusqu'à la fin de ses jours, et ce même si ce logement appartenait en totalité à son conjoint décédé.

Il ne pourra se voir priver de ses droits que si le défunt avait laissé un testament à cet effet, et même un testament authentique pour ce qui est de le priver du droit viager au logement.

En revanche, la position du partenaire Pacsé est toute autre car hormis le droit temporaire au logement d'une année il n'a en aucun cas la qualité d'héritier.

Il ne pourra se voir conférer la qualité de légataire qu'à la condition que le défunt l'ait institué par testament, à défaut de quoi il n'aura rien.

Mais comme nous allons le voir, même en disposant d'un testament à son profit sa protection ne pourra être équivalente à celle d'un conjoint marié lorsque le défunt laisse des descendants.

Le calcul de la quotité disponible

Comme vous le savez certainement il n'est pas possible en droit Français de déshériter ses enfants, la loi leur réservant une part appelée "réserve héréditaire". La seule fraction disponible qu'il est possible de laisser au profit de qui que ce soit se dénomme "quotité disponible".

Cette quotité est variable et dépend du nombre d'enfants que laisse le défunt.

Mais si le couple est marié, il dispose alors d'une "quotité disponible spéciale entre époux" par laquelle il sera possible de venir empiéter sur la réserve héréditaire des enfants sans qu'ils puissent s'y opposer, à condition toutefois si l'un ou l'autre des époux a des enfants issus d'une précédente union, d'avoir pris soin de faire établir par un notaire une donation entre époux.

Cette quotité spéciale entre époux n'existe pas pour les partenaires Pacsés, si bien que si en valeur le legs fait au profit du partenaire survivant venait à dépasser cette quotité disponible, les descendants pourraient alors s'opposer à l'exécution du testament en demandant sa réduction à la stricte quotité disponible.

Il n'est pas possible de revenir en détail ce soir sur cette question qui nécessiterait presque à elle seule un 18/20. Retenez simplement que seul le mariage pourra assurer une protection efficace au survivant en cas de décès.

La pension de réversion

La pension de réversion est la possibilité pour le survivant de pouvoir bénéficier au décès de son conjoint, et à la condition que ses propres ressources n'excèdent pas un certain montant, d'une réversion à son profit de la retraite du défunt jusqu'à son propre décès, dont le montant sera au moins de 50%, et peut-être plus en fonction du régime de retraite du défunt.

Ce droit à réversion est exclusivement réservé aux couples mariés, les partenaires Pacsés étant totalement exclus du dispositif.

Une fois de plus le mariage marque un point, et au final remporte le match haut la main !

Conclusion

Pour conclure je reprendrai les propos tenus en début d'année par l'un de nos confrères Me Wilfried Baby : Lors de sa création en 1999 le Pacs était le moyen discret d'éviter l'ouverture du mariage à tous les couples.

Par suite, avec la consécration du « mariage pour tous » pourrait-il ou même devrait-il disparaître ?

Cela pourrait sembler logique car sa fonction première n'existe plus à priori.

Il ne nous semble toutefois pas possible d'adhérer à cette position car cela poserait tout d'abord la question du sort des Pacs déjà conclus, qu'il est impossible d'anéantir, en «abandonnant dans la nature» nombre de couples.

De plus la suppression du Pacs semblerait pour le moins paradoxale au regard de son immense succès auprès des couples hétérosexuels.

Même s'il ne s'agissait pas de son objet premier, il est indiscutable que celui-ci a révélé une attente dans la population, un besoin de pouvoir formaliser sa relation dans des conditions de fond et de forme différentes de celle du mariage.

Cette dualité ne doit pas être vécue comme un affaiblissement du mariage, mais au contraire comme un facteur de son renforcement, ce dernier étant désormais choisi par des couples qui ont la réelle volonté de conférer une troisième dimension à leur union.

En effet, quand le Pacs propose une vision en deux dimensions, «nous» et «maintenant», le mariage en ajoute une troisième, celle du « toujours ». Il ne s'agit pas ici de verser dans une vision romantique et naïve, mais c'est bien parce que cette troisième dimension existe que la parenthèse du mariage ne se referme réellement jamais, même après le divorce ou le décès. C'est bien à cause ou grâce à elle (selon l'angle adopté) qu'existent la prestation compensatoire, destinée à tenir compte de la perte de train de vie de l'époux le plus fragile, mais aussi les droits du conjoint survivant, et notamment celui de demeurer dans son logement sa vie durant.

Le Pacs, lui, ne s'inscrit pas dans le temps, les partenaires souhaitant pouvoir clore définitivement la parenthèse de la vie commune. Cela ne signifie pas que le Pacs ne se terminera pas par le décès de l'un d'eux, mais simplement que les partenaires ne veulent pas s'engager sur ce sujet.

Autrement dit, si la durée est partie intégrante du mariage, elle est exclue de celui du Pacs. Il ne serait donc pas cohérent de faire produire à ce dernier des effets dans le temps, après sa dissolution.

Comme il m'incombait dans ce débat de traiter des sujets les moins joyeux que sont la rupture et la mort, je terminerai sur une phrase plus légère de l'écrivain *Yvan Audouard* :

"Quoi qu'on en dise, un mariage raté est quand même plus joyeux qu'un enterrement réussi."