

## **Les sources du droit pour le juge de la famille dans le droit roumain**

Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU

### ***Le contexte***

Le droit de la famille a connu, dans le système de droit roumain, une évolution dont l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, le 1 octobre 2011, a imprimé une nouvelle dynamique, sans précédent. Par cet acte normatif, les dispositions du droit de la famille reprennent leur place historique, qu'elles ont eues avant le 1954, dans le Code civil.

D'ailleurs, cette évolution est normale, vu que ce domaine du droit a été, par excellence, comme Mr. M. Djuvara caractérisait le droit positif : „perfectible et mobile comme la vie”<sup>1</sup> et que le droit de la famille implique la réglementation des relations de famille, domaine dans lequel l'évolution de la société et de ses mentalités spécifiques est très dynamique et intéressante.

Dans ce contexte-là, le juge de la famille et de tutelle est mis devant des nouvelles institutions, dont l'inspiration vient des autres systèmes de droit, qu'il doit appliquer dans des nombreux cas d'espèces au spécifique roumain.

Nous assistons, par cela, à la nécessité d'une application qui doit rejoindre une nouvelle conception sur les relations de famille, l'autorité parentale et les autres notions spécifiques avec la mentalité traditionnelle du droit roumain de la famille, qui a été gouverné par l'ancien Code de la famille.

Cela conduit à une interaction spécifique des différentes sources formelles de droit positif contemporaine, générée par le besoin de compréhension, d'interprétation et d'application des réglementations du droit de la famille. Par conséquent, à côté des sources principales caractéristique au droit positif, qui sont la Constitution et la loi, dans l'interprétation des nouvelles institutions du droit de la famille nous assistons aujourd'hui à des nouvelles dimensions de l'interaction spécifique et constructive entre la coutume, la jurisprudence et la doctrine, avec de plus en plus des références au droit comparé. On ne doit oublier, aussi, l'influence décisive, dans ce domaine, du droit européen et de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et du droit européen.

### ***La coutume, dans le droit roumain de la famille***

La coutume est la plus ancienne source de droit, dans le droit de la famille, comme, d'ailleurs, dans n'importe quel domaine. Dans le droit roumain, la coutume formait le dit *Jus Valachorum* (lex terrae) et a gardé une forte tradition jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle. Son rôle a beaucoup diminué à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code civil de 1964.

Même si son importance est beaucoup diminuée dans le droit contemporain, elle reste une source des pratiques sociales qui ont des conséquences sur le plan du droit. Dans ce sens, dans le domaine du droit de la famille on peut avoir des coutumes qui sont introduites par le législateur dans la loi, en leur donnant une valeur juridique. C'est le cas, par exemple, des fiançailles, qui n'étaient pas réglementées par le Code de la famille, mais, en pratique, elles trouvaient application. Le code civil donne une réglementation très étendue à cette institution traditionnelle.

La coutume pourrait trouver, aussi, son application, dans des situations dont la réglementation n'est pas complète, quand les parties invoquent la tradition pour régler des détails, conformément à l'ancien texte de Ulpian : „*Diuturna consuetudo pro jure et lege in his quae non exscripto descendunt observati solet*”<sup>2</sup> (La longue tradition est observée en tant que droit et loi dans les questions qui ne se retrouvent pas dans le droit écrit). Bien sûr, l'application de la coutume ne pourra pas être faite au-delà des limites de la loi.

### ***La Constitution et la loi, les principales sources formelles du droit de la famille***

Comme dans tous les systèmes de droit positif, *jus scriptum* constitue la principale source de droit et comprend la totalité des actes normatifs d'un système de droit.

---

<sup>1</sup> M. Djuvara – „Drept rațional. Izvoare și drept pozitiv, Ed. All Beck, București, 1999, p. 530.

<sup>2</sup> Nicolae Popa-, „Teoria generală a dreptului”, Ed. ALL BECK, București, 2002, p. 180.

Parmi les actes normatifs, la loi fondamentale constitue une très importante source de droit, qui établit des normes à valeur de principe. Dans le droit de la famille, la Constitution assure la protection des valeurs fondamentales, comme la vie intime, familiale et privée (art. 26), la famille (art. 48), la protection des enfants et des jeunes (art. 49). Les principes constitutionnels sont transposés dans des lois, qui représentent les sources les plus importantes de droit pour les juges roumains de la famille.

Le Code civil de 2009, qui vient de remplacer le Code de la famille, apporte dans notre droit de la famille une nouvelle réglementation, tant dans le domaine des droits et obligations personnelles et patrimoniales entre les époux que dans la problématique de la filiation et de l'autorité parentale. Parmi les nouvelles dispositions prévues par le Code civil dans ce domaine on peut rappeler la possibilité de choix du régime matrimonial applicable dans chaque mariage, l'exercice conjoint de l'autorité parentale de l'enfant commun, l'hébergement de l'enfant, la procréation médicalement assistée au tiers donneur, la contestation de la paternité par le père biologique, etc. Ce sont des réglementations qui répondent aux nouveaux besoins générés par l'évolution de la société roumaine et du contexte européen dans le domaine des relations de famille.

Ces réglementations ont été inspirées des autres différents systèmes de droit, comme, par exemple, le droit français, le droit du Québec, le droit suisse, et autres.

Un nombre important de ces réglementations ont été modifiés déjà par la Loi pour la mise en application du Code civil<sup>3</sup> et par d'autres actes normatifs.

Les réglementations du droit de la famille qu'on peut retrouver dans le Code civil sont complétées par d'autres lois, comme, par exemple, la loi sur la protection des droits de l'enfant<sup>4</sup>, la loi sur l'adoption<sup>5</sup>, la loi sur la violence en famille, etc.

Il faut mentionner, aussi, les ordonnances du Gouvernement et les actes normatifs adoptés dans l'application des lois sur le domaine du droit de la famille.

En même temps, l'application de ces dispositions devient possible à l'aide de la procédure, réglementée par le Code de la procédure civile. Depuis le 1 février 2013, un nouveau Code de procédure civile entrera en vigueur mais, du point de vue du droit de la famille, la réglementation procédurale ne sera encore suffisante, parce que le tribunal des tutelles et de famille, prévu par le Code civil, sera réglementé ultérieurement, par une autre loi.

### ***Le rôle de la doctrine, parmi les sources du droit de la famille***

La doctrine, qui comprend des opinions des différents juristes sur l'interprétation et la systématisation des dispositions de la loi, constitue une importante source de droit pour le juge de la famille, surtout dans le contexte des nombreuses institutions nouvelles que le Code civile a apporté dans ce domaine.

Le but de la formation d'une jurisprudence unitaire est difficilement à réaliser sans une interprétation unitaire des dispositions de la loi. Dans ce contexte, la doctrine joue un rôle très important par le fait qu'elle donne des interprétations inspirées par l'application des institutions similaires des systèmes de droit qui ont constitué les sources d'inspiration du législateur roumain. On a eu et on a encore des grands débats sur le contenu et sur l'application des nouvelles institutions comme, par exemple, l'autorité parentale et l'hébergement de l'enfant et c'est le rôle de la jurisprudence de donner des explications et des interprétations inspirés du droit comparé.

C'est vrai qu'on peut avoir, parfois, même des interprétations légales pour des dispositions qui ne sont pas très claires, comme, par exemple, on a eu dans le domaine du divorce pour faute de l'époux demandeur<sup>6</sup>, mais la doctrine garde son importance. Comme chaque fois quand on a une nouvelle réglementation, il va couler beaucoup d'encre!

Il ne faut pas négliger le rôle de la doctrine en tant que source d'inspiration pour le législateur, dans les nouvelles réglementations. Dans le droit de la famille, le Code civil reprenne des institutions qui ont trouvé, antérieurement, leur application en tant que créations de la doctrine, comme, par exemple, la contestation de la paternité de l'enfant, dans les situations ou la présomption de paternité

---

<sup>3</sup> Loi no. 71/2011

<sup>4</sup> Loi no. 272/2004

<sup>5</sup> Loi no. 273/2004, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>6</sup> Par l'art. III p. 4 de la Loi no. 60/2012, le législateur roumain a donné une interprétation légale à l'art. 42 de la Loi no. 71/2011, qui réglementait la mise en application de l'art. 379 alinéa. (3) du Code civil.

a été appliquée par erreur, ou bien reprenne des solutions que la doctrine a trouvé pour une plus complète et une plus claire réglementation des différents institutions juridiques (par exemple, sur la situation des biens communs des époux dans la période située entre le fin du régime matrimonial et la liquidation de celui-ci).

### ***Les documents internationaux***

Dans le domaine du droit de la famille, sur le plan européen ont été adoptés un grand nombre des documents internationaux, qui établissent des règles de droit applicables dans les pays qui en adhèrent. C'est le cas, par exemple, des Conventions internationales et des Règlements européens, applicables aussi en Roumanie.

De ces catégories des sources internationales du droit roumain de la famille font partie, par exemple<sup>7</sup>:

- La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme;
- La Convention sur le consentement au mariage, l'âge de mariage, et l'enregistrement des mariages;
- La Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;
- La Convention sur les droits de l'enfant;
- La Convention européenne sur l'adoption des enfants;
- La Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine;<sup>8</sup>
- Le Règlement européen (CE) no. 2201/2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière matrimoniale et sur la responsabilité parentale, etc.

Même la Constitution de la Roumanie prévoit que: „*Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie*”.

Dans la situation de manque de concordance entre les réglementations internationales et les lois internes, on applique avec priorité les réglementations internationales, sauf dans les situations dont la Constitution roumaine ou les lois internes contient des dispositions plus favorables. Même le Code civil, qui comprend le droit de la famille, prévoit, dans l'art. 5, le fait que les dispositions du droit de l'Union Européenne s'appliquent avec priorité.

Les relations de famille entre des personnes de différents nationalités, ou bien le nombre de plus en plus grand des familles qui changent du pays confèrent aux dispositions des actes normatifs internationaux une importance sans précédent. La coopération internationale en matière civile devient un instrument indispensable du juge de la famille.

### ***La jurisprudence interne et des autres systèmes de droit***

Bien sûr, le rôle de la jurisprudence en tant que source de droit ne peut pas être négligé. Le rôle de la jurisprudence est celui d'interpréter et d'appliquer la loi.<sup>9</sup>

C'est vrai le fait que le rôle de la jurisprudence dans les systèmes de droit positif est beaucoup moins important que dans les systèmes de common law. Mais, dans notre droit de la famille, le rôle de la jurisprudence dans l'interprétation unitaire de la loi garde son importance. Même si le juge n'est pas lié a une solution donnée par un tribunal dans l'application d'une disposition légale, le précédent judiciaire peut l'aider à trouver la meilleure interprétation de celle-ci et de réaliser l'unité de la jurisprudence dans le but d'accroître la confiance des justiciables dans la justice dans son ensemble. Bien-sûr, dans le droit roumain, le principal rôle dans le domaine de l'unification de la jurisprudence revient à la Haute Cour de Cassation et Justice.

Une très grande utilité présente l'application des différentes nouvelles institutions du droit de la famille dans la jurisprudence des pays d'origine (pays duquel nôtre législateur c'est inspiré). La consultation de cette jurisprudence par le juge roumain de la famille lui offre le vrai sens de

---

<sup>7</sup> Dan Lupașcu, Cristiana-Mihaela Crăciunescu – „Dreptul familiei”, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 15.

<sup>8</sup> Signé à Oviedo en 4 avril 1997.

<sup>9</sup> Nicolae Popa-„Teoria generală a dreptului”, Ed. ALL BECK, București, 2002, p. 187.

l'institution de droit, au-delà de n'importe quelle interprétation doctrinale. C'est le cas, par exemple, de la clause du préciput et de l'autorité parentale, des institutions nouvelles dans le droit roumain, qui ont été inspirées du droit civil français.

### ***La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme***

La Cour Européenne des Droits de l'homme joue un rôle de plus en plus important dans le droit de tous les pays de l'Europe.

Dans l'activité du juge de la famille, les décisions de la cour Européenne des Droits de l'Homme constituent des sources de droit concernant l'interprétation des dispositions de la Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On retrouve des décisions très importantes sur l'art. 8 de la Convention, dans le domaine du droit au respect de la vie privée et familiale et de l'art. 12, sur le droit au mariage. Par exemple, les décisions: Johnson et autres contre l'Irlande, F. Contre la Suisse, Marcks contre la Belgique, Vermeire contre la Belgique, Kroon et autres contre l'Hollande, Hoffmann contre l'Autriche offrent les interprétations de la Cour des situations de non-respect des principes de la Convention.

La C.E.D.H. a prononcé plusieurs décisions contre le Roumanie dans le domaine du droit de la famille, parmi lesquels on peut mentionner: Ignacolo-Zenide contre la Roumanie, Lafargue contre la Roumanie et autres, peuvent aider le juge de la famille à donner la juste interprétation des modalités de protection des droits de l'homme.

On trouve souvent, dans la motivation des décisions du juge de la famille des références aux solutions et aux motivations de la C.E.D.H., pour apporter une contribution utile et constructive au développement du respect des droits de l'homme.

### ***Le rôle de la coopération civile internationale***

L'internationalisation du mariage, qui constitue le résultat d'une grande mobilité des citoyens dans le monde entier, a généré le besoin de réglementation approprié concernant les éléments nécessaires pour le fonctionnement des familles multinationaux. Les règlements européens en matière de coopération judiciaire civile, qui s'appliquent aux citoyens des pays membres de l'Union Européenne, constituent des instruments indispensables pour le bon fonctionnement des tribunaux de la famille des pays de l'Europe.

Dans cet esprit de collaboration, le rôle du Réseau de Coopération Judiciaire Internationale en matière civile connaît un développement sans précédent et constitue un instrument indispensable pour le juge national de la famille.

### **Conclusions**

Vu la complexité et le changement des réglementations qui concernent son activité, les sources de droit nécessaires au juge de la famille sont de plus en plus diversifiées et de plus en plus riches.

L'unification de la jurisprudence, condition d'une plus grande confiance dans le système de justice, impose une interprétation unitaire des nouvelles réglementations et une internationalisation du droit de la famille, dans le contexte de la société contemporaine.

## **Sursele de drept pentru judecătorul de familie în dreptul românesc**

### *Rezumat*

*Judecătorul instanței de tutelă și familie este unul dintre cei mai importanți actori ai lumii judiciare din România. Specificul foarte complex al activității sale impune o mare diversitate a izvoarelor dreptului aplicabil. Dispozițiile Constituției și cele ale legii românești rămân principalul izvor de drept pentru judecătorul de familie. Cu toate acestea, nu putem omite nici rolul pe care obiceiul, doctrina și jurisprudența instanțelor judecătorești din România continuă să îl dețină în aplicarea dispozițiilor dreptului familiei. Dar, având în vedere complexitatea noilor instituții reglementate de Codul civil, în acest domeniu, cercetarea legilor străine care au constituit sursele sale de inspirație, a reglementărilor dreptului Uniunii Europene și a jurisprudenței generate de acestea, precum și a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului își afirmă importanța și utilitatea.*

## **Sources of law for the family court judge in the Romanian law**

### *Abstract*

*The family and guardianship court judge is one of the most important actors in the Romanian judicial system. The peculiarity of its very complex activity requires a great diversity of sources of applicable law. The provisions of the Constitution and those of the Romanian law remain the main source of law for the family and guardianship court judge. However, we cannot ignore any role that custom, doctrine and case law of the Romanian courts continue to hold under the provisions of family law. But, given the complexity of the new institutions governed by the Civil Code in this field, it is very important and useful to investigate the foreign laws which represented its sources of inspiration, the European Union law regulations and the case law they generated, as well as the European Court of Human Rights case law.*