

# LES LIMITES DU DROIT AU MARIAGE DANS LE DROIT ROUMAIN ET DANS LE DROIT FRANÇAIS

ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU

La Faculté de Sciences Juridiques, L'Université „Constantin Brâncuși” de Targu-Jiu,  
département de Gorj, Roumanie

## Abstract

Le droit au mariage n'a pas un caractère absolu, mais il connaît certaines limites qui découlent de la nécessité de l'accomplissement de certaines conditions établies pour la conclusion valable du mariage. Ces conditions ne sont pas de nature à restreindre l'exercice du droit au mariage, de manière qu'il soit vidé de son propre contenu, mais elles représentent des éléments constitutifs du mariage, qui ne sera pas licite dans le cas de leur usurpation. Les limites du droit de conclure le mariage concernent le manque de la différenciation de sexe, l'impossibilité de la conclusion du mariage par une personne qui est déjà mariée ou par des personnes entre lesquelles il y a des rapports de parenté naturelle ou adoptive.

## 1. NOTIONS INTRODUCTIVES

L'un des droits fondamentaux dont l'être humain se réjouit est le droit de se marier. L'exercice de ce droit conduit à la réalisation d'un autre droit fondamental reconnu à la personne, respectivement le droit de se fonder une famille. Le droit au mariage et le droit de se fonder une famille se trouvent en étroite relation, parce que le deuxième est d'habitude analysé, en tant que corollaire du premier<sup>1</sup>. La conclusion d'un mariage<sup>2</sup> occupe la place centrale dans la constitution d'une famille, mais il ne signifie pas que le droit de se fonder une famille est conditionné par le droit au mariage<sup>3</sup>.

La création d'une famille par mariage est réglementée par l'article no. 12 de la Convention pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>4</sup> qui prévoit le fait qu'à

---

<sup>1</sup> J. Velu, R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 576.

<sup>2</sup> Le mariage est l'acte juridique solennel, conclu par le plein libre accord de deux personnes qui accomplissent les conditions demandées par la loi pour pouvoir se marier; à l'entremise de cet acte, elles établissent, d'un commun accord de vivre ensemble, en fondant une famille et en se soumettant à un statut légalement préétabli. Le mariage est l'expression de la liberté individuelle de chacun d'entre les futurs mariés, qui ont non seulement le droit, mais aussi la pleine liberté de décider, d'une partie, de se marier (en ayant aussi la pleine liberté de refuser la conclusion du mariage) et de l'autre partie, d'épouser l'un l'autre. Etant donné le fait que le mariage est un acte fondamental pour chacun d'entre les futurs mariés, il est bien normal qu'ils aient une pleine liberté pour prendre une décision à l'égard de sa conclusion. La volonté des futurs mariés joue, donc, le rôle décisif à l'égard de la réalisation du mariage, qui sera conclu par leur plein libre accord, sans qu'aucun facteur extérieur n'influence leur décision. A la conclusion du mariage, la liberté assure une vie commune solide et elle représente une garantie de la réalisation du but pour lequel ce mariage a été conclu, c'est-à-dire la création d'une famille. Par ailleurs, au moment où à la conclusion du mariage, le plein libre accord des futurs mariés manque, on ne peut pas parler d'un mariage valablement conclu.

<sup>3</sup> C. Bârsan, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire par article, Vol. I, Droits et libertés*, La maison d'Édition C.H. Beck, Bucarest, 2005, p. 856.

<sup>4</sup> Adoptée à Rome, le 4 novembre 1950 la Convention a été amendée par le Protocole no. 3 entré en vigueur le 21 septembre 1970, le Protocole no. 5 entré en vigueur le 20 décembre 1971 et le Protocole no. 8 entré en vigueur le 1 janvier 1990 et complété par le Protocole no. 2 et le Protocole no. 11 entré en vigueur le 1 novembre 1998. La

partir de l'âge établi par loi, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de se fonder une famille, en conformité avec la législation nationale, qui régit l'exercice de ce droit. Les prévoyances de l'article no. 12 de la Convention ont leur origine dans l'article no. 16, premier paragraphe de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui dispose qu'à partir de l'atteinte de l'âge légal, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de se fonder une famille, sans aucune restriction concernant la race, la nationalité ou la religion. Les deux droits sont consacrés aussi par l'article no. 23 du Pacte international à l'égard des droits civils et politiques<sup>5</sup> qui, après avoir donné la définition de la famille en tant qu'élément naturel et fondamental de la société et après avoir montré qu'elle devait bénéficier de protection de la part de la société et de l'Etat, établissait que le droit de se marier et de se fonder une famille était reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.

## **2. LA CAPACITÉ DE CONCLURE LE MARIAGE**

### **2.1 LA SITUATION DE LA PERSONNE MAJEURE**

Le mariage est un acte juridique qui doit être conclu entre deux personnes capables d'exprimer une volonté consciente, de comprendre sa signification et de s'assumer personnellement et librement l'état de mariage (le statut légal des maris). Pour que les futurs époux puissent se rendre compte de l'importance de l'acte qu'ils concluent et des conséquences qui en découlent, mais aussi pour qu'ils puissent exprimer un accord conscient qui assure la formation valable du mariage, la loi établit un âge minimum à partir duquel le mariage peut être conclu. L'âge minimum au mariage, appelé aussi âge matrimonial (de matrimonium), l'âge légal au mariage ou l'âge de la puberté légale coïncide, d'habitude, à l'âge du majorat civil, à partir duquel une personne physique devient pleinement capable de participer à la vie juridique, en concluant personnellement et toute seule tout acte juridique qui ne soit pas interdit par la loi. Par exception, le mariage peut être valablement conclu aussi par des personnes qui n'ont pas accompli cet âge, si certaines conditions établies par la loi sont accomplies.

Dans le droit roumain, l'âge de la majorité est réglementé par l'article no 8, l'alinéa no. 2 du Décret no. 31/1954 concernant les personnes physiques et les personnes juridiques qui montrent que la personne devient majeure à l'âge de 18 ans. Le législatif français considère que c'est le même âge celui à partir duquel l'homme est capable de tous les actes de la vie civile, établissant dans l'article no. 488, l'alinéa no. 1 C. civ. fr. que la majorité est fixée à 18 ans accomplis.

Dans le droit roumain antérieur à l'entrée en vigueur de la Loi no. 288/2007<sup>6</sup> pour la modification et le complètement de la Loi no. 4/1953-le Code de la famille, les dispositions de l'article no. 4 l'alinéa no.1 le Code de la famille faisaient la distinction entre la capacité matrimoniale de l'homme et celle de la femme, en fixant à 18 ans l'âge à partir duquel l'homme pouvait se marier et à 16 ans accomplis l'âge à partir duquel la femme pouvait se marier

---

Roumanie a ratifié la Convention par la Loi no. 30/1994 publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie», première partie, no. 135 de 31. 05. 1994.

<sup>5</sup> Adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies le 16. 12. 1966, ratifié par la Roumanie par le Décret du Conseil d'Etat no. 212/1974 publié dans le «Bulletin officiel» no. 146 de 20. 11. 1974

<sup>6</sup> Publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie», première partie, no. 749/5. 11. 2007

Le législatif a considéré qu'à partir de ces âges, les futurs époux ont tant la maturité psychique nécessaire pour exprimer un accord conscient à la conclusion du mariage et pour être en mesure de s'assumer les droits et les obligations que sa conclusion génèrent, mais aussi l'aptitude physique pour le mariage, en arrivant à l'âge de la puberté<sup>7</sup>. En même temps avec la modification et le complètement du Code de la famille par la Loi no. 288/2007 le législatif a fixé dans l'article no. 4 l'alinéa no. 1 du Code de la famille l'âge minimum de mariage à 18 ans, tant pour l'homme, que pour la femme, en faisant de manière qu'on applique le principe constitutionnel de la pleine égalité entre l'homme et la femme dans le domaine de l'âge matrimonial aussi. Le même âge est demandé par les prévoyances de l'article no. 144 du Code civil français qui dispose que l'homme et la femme ne peuvent pas conclure le mariage avant d'avoir accompli l'âge de 18 ans. Donc, à partir du moment où l'homme et la femme deviennent majeurs, en ayant une pleine capacité d'exercice, à l'âge de 18 ans, ils ont la liberté de se marier sans avoir besoin d'une autorisation de la partie de leurs parents ou de toute autre personne et même malgré leur volonté.

En établissant l'âge minimum du mariage à 18 ans tant pour les hommes que pour les femmes, les deux législations respectent les prévoyances de l'article no. 2 de la Convention de New York, à l'égard de l'accord au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages<sup>8</sup> qui précise que les Etats participants à cette convention prendront les mesures législatives nécessaires pour préciser un âge minimum pour le mariage, mais aussi les règlements internationaux qui consacrent l'égalité des époux à l'égard leur droits à la conclusion du mariage, pendant le mariage et au divorce<sup>9</sup>.

Dans le cas où on ne respecterait pas les règlements légaux qui limitent le droit au mariage par l'établissement d'un âge minimum à partir duquel le mariage peut être conclu et on réaliserait un mariage avant d'avoir accompli l'âge matrimonial, celui-ci serait caractérisé par la nullité absolue. (l'article no. 19 du Code de la famille et l'article no. 184 du Code civil français)

## **2.2 LA SITUATION DE LA PERSONNE MINEURE**

### **2.2.1 PRECISIONS PRÉALABLES.**

Dans le droit roumain antérieur à la modification et au complètement du Code de la famille par la Loi no. 288/2007 le mariage pouvait être conclu avant que seule la femme eut atteint la

---

<sup>7</sup> T. R. Popescu, *Le Droit de la famille. Traité*. vol. I, Bucarest, La Maison D'Édition Didactique et Pédagogique, 1965, p. 110; I. P. Filipescu, *Traité du droit de la famille.*, Edition V-ème, la Maison d'Édition All Beck, Bucarest, 2000, p. 16.

<sup>8</sup> La Convention concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages a été adoptée à l'Assemblée générale de L'Organisation des Nations Unies le 10 décembre 1962 et elle a été ratifiée par la Roumanie par la Loi no. 116/1992, publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie», première partie, no. 330 de 24. 12. 1992 mais en ayant la réserve suivante inscrite dans l'article no. 2 de cette loi: „ La Roumanie n'appliquera pas les dispositions du paragraphe no. 2 de l'article no. 1 de la convention à l'égard de la célébration du mariage en l'absence de l'un d'entre les futurs époux.”

<sup>9</sup> Conformément à l'article no.16 le paragraphe no. 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 10.12. 1948 l'homme et la femme ont des droits égaux à la conclusion du mariage, pendant le mariage et au divorce. Par ailleurs, l'égalité des droits des époux à l'égard du mariage, pendant le mariage et au divorce résulte aussi des prévoyances de l'article no. 23 le paragraphe 4 du Pacte international concernant les droits civils et politiques et des prévoyances du paragraphe no. 1 du Préambule de la Convention concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages.

majorité. Les dispositions de l'article no. 4, le Code de la famille faisaient la distinction entre la femme qui a accompli l'âge de 16 ans qui pouvaient se marier sans avoir besoin de consentement et celle qui a accompli l'âge de 15 ans pour le mariage de laquelle, l'article no.4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille exigeait le consentement du Président du Conseil du Département où la femme avait son domicile ou, selon le cas, celui du Maire général du municipe de Bucarest, si la petente habitait à Bucarest; le consentement était donne s'il y avait de bonnes raisons qui justifiassent la conclusion du mariage, en même temps avec un avis donné par un médecin officiel qui attestât l'état de santé de la femme. De ce point de vue, le Code de la famille roumain contenait des prévoyances distinctes par rapport à celles contenues par l'article no. 184 du Code civil français, qui statue le fait que les mineurs ne peuvent pas contracter un mariage sans avoir le consentement du père et de la mère. Après l'entrée en vigueur de la Loi no. 288/2007 on a donné la possibilité tant à la femme qu'à l'homme aussi, de se marier avant d'avoir accompli l'âge de 18 ans, l'article no. 4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille disposant, sans faire aucune distinction, que le mineur qui a accompli l'âge de 16 ans<sup>10</sup>, pouvait se marier, ayant un avis médical, s'il y avait de justes raisons, en ayant aussi le consentement de ses parents ou selon le cas, celui de son tuteur et avec l'autorisation de la direction générale d'assistance sociale et la protection de l'enfant du territoire où il avait son domicile<sup>11</sup>. Par l'adoption de la Loi no. 288/2007 on a éliminé la

---

<sup>10</sup> Un mineur qui a accompli l'âge de 16 ans est tant la personne qui a une capacité restreinte d'exercice, mais aussi la personne mineure qui, en obtenant par mariage la pleine capacité d'exercice à la base de l'article no. 8, l'alinéa no. 3 du Décret no. 31/1954, garde cette capacité après le moment où le mariage qu'il avait conclu cesse, suite au décès de l'autre mari ou le mariage a été rompu pendant la période où il est encore mineur. On a montré que dans le cas du mineur dont le mariage a cessé ou dont il a été annulé, qui a gardé sa pleine capacité d'exercice et qui désire se marier, les prévoyances de l'article no. 4, l'alinéa no. 2-4 du Code de la famille ne sont plus incidentes, en proposant que, dans un futur règlement, l'article no. 4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille soit reformulé, de manière qu'il fasse référence seulement au «mineur ayant une capacité restreinte d'exercice» (T. Bodoaşcă, *Contributions à l'étude des exigences légales concernant l'âge minimum pour la conclusion du mariage*, dans le Courriel Judiciaire, no. 2/2008, p. 53 et la suivante). En ce qui nous concerne, nous n'embrassons pas cette proposition de *loi ferenda*, car une telle inégalité de traitement conduirait, dans l'hypothèse où les deux époux sont mineurs, mais seulement l'un a la pleine capacité d'exercice qu'il a gardée après la cessation ou l'annulation du mariage antérieur, à l'usurpation du principe réglementé tant sur le plan international, que dans le droit intérieur, que l'homme et la femme ont des droits égaux à l'égard de la conclusion du mariage. De plus, il résulte des prévoyances de l'article no 4, l'alinéa no. 1 du Code de la famille qu'un mariage peut être conclu, sans avoir besoin d'un consentement ou d'une autorisation, dès la date où les futurs époux ont accompli l'âge minimum de mariage de 18 ans, date depuis laquelle ils deviennent majeurs. Et le fait que le mineur a obtenu la pleine capacité d'exercice par la conclusion du mariage ne signifie pas qu'il devient majeur, parce que, conformément à l'article no. 8, l'alinéa no. 2 du Décret no. 31/1954, la personne devient majeure au moment où elle accomplit l'age de 18 ans. De l'autre partie, il n'est pas moins vrai le fait que, suite à la conclusion du mariage par le mineur qui a accompli l'âge de 16 ans, il peut participer librement à la vie juridique, en devenant de la même manière qu'une personne majeure, capable à acquérir et à exercer des droits, respectivement à s'assumer et à exécuter des obligations, en concluant personnellement et tout seul tous les actes permis par la loi. C'est d'ailleurs la raison principale pour laquelle le législatif a établi dans l'article no. 8, l'alinéa no. 3 du décret no. 31/1954 que le mineur qui se marie obtient la pleine capacité d'exercice. Par rapport à ce qu'on a montré, on pense que les dispositions de l'article no. 8, l'alinéa no. 3 du Décret no. 31/1954 devraient être révisées par rapport aux dispositions de l'article no. 4 du Code de la famille et qu'il ne devrait pas faire l'inverse, et qu'on devrait prévoir dans un futur règlement le fait que le mineur perdra temporairement la capacité obtenue par mariage, dans le cas où jusqu'à l'atteinte de la majorité, le mariage cesserait ou il serait annulé.

<sup>11</sup> Ces prévoyances par lesquelles on institue une spéciale capacité matrimoniale restreinte (Voir F. A. Baias, M. Avram, C. Nicolescu, Les modifications apportées au *Code de la famille par la Loi no. 288/2007*, la Revue „Le Droit” no. 3/2008 p. 11.) pour le mineur ayant l'âge de 16 ans accomplis, font référence tant à la femme qu'à l'homme aussi, parce que si le législatif avait eu en vue seulement la femme qui a accompli l'âge de 16 ans, il l'aurait clairement prévu, en maintenant les dispositions de l'ancien règlement. De plus, l'égalité en droits à la

possibilité que la femme qui avait accompli l'âge de 15 ans, eut pu se marier en ayant l'accord préalable donné dans les conditions présentées ci-dessus. En même temps, la Loi no. 288/2007 complète les anciennes prévoyances de l'article no. 4 du Code de la famille par certains nouveaux éléments à l'égard des conditions où le mineur qui a accompli l'âge de 16 ans peut conclure le mariage. Ainsi celui-ci, peut-il se marier seulement si les conditions suivantes sont accomplies:

- Il y a de justes raisons<sup>12</sup>;
- Il y a un avis médical <sup>13</sup>;
- Il y a le consentement de ses parents ou selon le cas, celui de son tuteur;
- Il y a l'autorisation de la Direction générale d'assistance sociale et la protection de l'enfant sur le territoire où il a son domicile.

## **2.2.2 L'APPROBATION DU MARIAGE DU MINEUR**

### *2.2.2.1. Les personnes autorisées à approuver le mariage du mineur*

#### *a) la situation de l'approbation du mariage par les deux parents*

Etant donné le fait que l'article no. 4 l'alinéa no. 2 du Code de la famille exige qu'il y ait le consentement des parents pour le mariage du mineur, sans faire aucune distinction, il en résulte que les deux parents vont donner leur accord au mariage de leur enfant mineur, qui a accompli l'âge de 16 ans, même s'ils sont des parents naturels ou adoptifs, et sans faire aucune distinction concernant leur qualité d'époux<sup>14</sup>, s'il vivent ensemble ou ils sont séparés

---

conclusion du mariage, consacrée par la loi roumaine, en accord avec les dispositions des actes normatifs internationaux à l'égard de futurs époux majeurs, doit exister aussi dans le cas où ceux qui veulent se marier n'ont pas accompli l'âge de 18 ans.

<sup>12</sup> Cette condition était aussi demandée antérieurement à l'adoption de la Loi no. 288/2007 pour le consentement du mariage de la femme mineure ayant l'âge de 15 ans accomplis. Dans le silence de la loi on peut considérer de fortes raisons qui justifient la conclusion du mariage avant avoir atteint la majorité, des circonstances telles que l'état gravidité de la future épouse, l'accouchement d'un enfant etc.

<sup>13</sup> Cette exigence était aussi réglementée avant l'entrée en vigueur de la Loi no. 288/2007. De cette manière, au fondement de l'article no. 4, l'alinéa no. 2 le Code de la famille, le consentement au mariage était donné si, avec les justes raisons, il y avait aussi un avis donné par un médecin officiel. Le règlement actuel exige qu'il y ait un avis médical, qui va être donné par le médecin de famille. L'avis médical doit attester l'état de santé du mineur qui désire se marier, sa capacité d'entretenir des relations sexuelles normales, mais aussi le fait qu'il est capable, du point de vue psychique et intellectuel d'exprimer un consentement valable au mariage et de pouvoir surmonter les obligations qui reviennent à chacun d'entre les époux pendant le mariage. De la même manière, on a montré dans la doctrine que l'avis médical devait constater que la personne en cause était capable du point de vue psychique, intellectuel, physique et sexuel de faire face aux tâches du mariage et premièrement d'exprimer un consentement valable au mariage (Voir T. Bodoaşcă, *Le Droit de la famille*, La maison d'Édition All Beck, Bucarest, 2005, p. 74-75), ou qu'il devrait attester l'état de santé de celui en cause, le degré de maturité physiologique, physique et intellectuelle qui lui permette de s'assumer les devoirs spécifiques pour un mariage et toutes ses conséquences (y compris l'accouchement des enfants), mais aussi l'expression d'un consentement au mariage et si c'est le cas, de certifier aussi l'existence de certaines justes raisons, telles que: l'état de gravidité de la future épouse. (Voir F. A. Baias, M. Avram, C. Nicolescu, *œuvres citées*, p. 13-14).

<sup>14</sup>Dans le cas où le mariage est rompu, on perd la qualité de mari, mais on garde celle de parent, de manière que, par rapport aux prévoyances de l'article no. 4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille, qui demandent l'approbation

en fait. La seule condition pour que les deux parents consentent au mariage est que l'enfant respectif ait établie l'affiliation envers sa mère et envers son père aussi.

Dans le contexte où la loi roumaine ne prévoit clairement, on soulève le problème de savoir quelle est solution applicable dans la situation où entre les parents il y a des dissensions, c'est à dire l'un d'entre eux refuse à consentir à la conclusion du mariage, ou dans la situation où les deux parents refusent d'exprimer leur accord à l'égard de la conclusion du mariage. Une telle solution est réglementée, pour l'hypothèse où l'un d'entre les époux refusent à consentir à la conclusion du mariage, par les dispositions de l'article no. 148 du Code civile français, qui montrent que, dans le cas du désaccord entre le père et la mère, l'incompréhension entre les deux est considérée consentement. La loi française ne fait aucune référence à l'égard du cas où les deux parents refuseraient de consentir au mariage de leur enfant mineur<sup>15</sup>. Etant

---

des parents de l'enfant sans distinguer s'ils sont mari et femme ou anciens époux, on soulève la question si dans le cas de la scission de la protection parentale suite au divorce, le mariage du mineur doit être approuvé par les deux parents ou il suffit d'avoir l'approbation du parent auquel l'enfant a été confié, dans les conditions de l'article no 42 du Code de la famille. La même question est posée dans la situation où le mariage a été rompu, et l'enfant a été confié à l'un d'entre les parents, mais aussi dans le cas où l'enfant du dehors le mariage a établi sa filiation envers les deux parents et il a été confié à l'un d'entre eux. La cessation du mariage produit des effets à l'égard de l'exercice de la protection parentale, l'article no. 24, l'alinéa no. 2 du Code de la famille établissant que dans le cas de la déclaration de la nullité ou de l'annulation du mariage on appliquera par ressemblance les dispositions prévues au divorce en ce qui concerne les droits et les obligations d'entre les parents et les enfants. De la même manière, dans le cas où l'enfant du dehors du mariage a établi sa filiation envers les deux parents, alors, conformément à l'article no.65 Code de la famille, sa confiance et la contribution des parents aux frais d'élévation, éducation, enseignement et préparation professionnelle seront décidés par l'instance, en appliquant par ressemblance les dispositions de l'article no. 42 et les conséquences du Code de la famille. Dans toutes ces situations, le législatif établit dans l'article no. 43 l'alinéa no. 1 du Code de la famille la règle conformément à laquelle le parent auquel on a confié l'enfant exerce les droits parentaux à l'égard de celui-ci. Ayant en vue ces prévoyances dans la littérature juridique, on a montré qu'on pouvait conclure le mariage ayant seulement l'approbation du parent auquel l'enfant<sup>14</sup> a été confié. En ce qui nous concerne, on pense que la scission de la protection parentale suite au divorce est de nature à produire des modifications sur la manière d'exercer les droits et d'accomplir les obligations parentales, sans déterminer la cessation des droits et des obligations parentales de n'importe lequel d'entre les parents. D'ailleurs, en lisant les dispositions de l'article no. 5 l'alinéa no. 2 et celles de l'article no.31 de la Loi no.272/2004 il résulte que la responsabilité pour assurer l'élévation et le développement de l'enfant revient, d'abord à ses deux parents (l'article no. 5, l'alinéa no. 2 et l'article no. 31 de la loi), sans faire distinction entre les situations où les parents de l'enfant ont aussi la qualité d'époux où ils ont perdu cette qualité, suite à leur divorce, ou ils n'ont jamais eu de qualité d'époux, puisqu'ils n'ont pas été mariés, ou bien qu'ils aient été mariés, le mariage respectif a été rompu. Par conséquent, si les parents sont également responsables pour l'élévation et l'assurance du développement de l'enfant, sans faire aucune distinction, alors, on doit leur reconnaître les mêmes droits, à l'égard de l'enfant, sans faire aucune distinction. C'est vers la même solution que les prévoyances de l'article no. 97, l'alinéa no. 1 du Code de la famille, conduisent; en conformité avec ces prévoyances les deux parents ont les mêmes droits et devoirs envers leurs enfants mineurs, sans tenir compte s'ils sont du mariage, du dehors du mariage ou s'ils sont adoptés. Donc, le texte consacre d'une partie l'égalité de l'enfant adopté et celle du celui du dehors le mariage avec celui du mariage et de l'autre partie, l'égalité des parents à l'égard des droits et des obligations parentales sans faire aucune distinction entre la situation où l'enfant est élevé près de ses deux parents ou il a été confié à l'un d'entre ses parents. . Par rapport à ce qu'on a montré, on considère que les deux parents devraient approuver le mariage de leur enfant mineur, même dans le cas où la protection parentale est scindée et l'enfant est confié à l'un d'entre eux.

<sup>15</sup> Des règlements concernant l'hypothèse où les parents ou l'un d'entre les parents refusent d'approuver le mariage de leur enfant mineur, on en rencontre aussi dans le Code civil belge, dont les dispositions établissent que si le père et la mère ou l'un d'entre les deux refusent d'approuver le mariage, l'instance judiciaire (le tribunal) prendra une décision, en ayant la possibilité d'autoriser la conclusion du mariage, si elle apprécie que le refus est abusif, non justifié (l'article no. 148 l'alinéa no. 3 et 4), c'est -à dire, de la manière où on a montré dans la littérature juridique belge, ce refus est contraire à l'intérêt de l'enfant (Voir *Précis de droit de la famille*, par les membres de L'unité de droit familial du Centre de droit privé de L' Université Libre de Bruxelles, sous la direction d' A.-C. Van Gysel, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.176).

donné le manque d'une prévoyance précise, dans la littérature juridique française on a souligné que le refus des parents de consentir au mariage était un droit absolu, qui ne peut pas faire l'objet d'une action en justice, car il s'agit d'un attribut de l'autorité parentale<sup>16</sup>. En revenant au droit roumain, on pense que pour l'hypothèse où les deux parents refusent à donner leur accord pour le mariage on devrait adopter, dans un futur règlement, la solution prévue par l'article no. 13 de la Loi no. 273/2004 concernant le régime juridique de l'adoption<sup>17</sup>, conformément auquel l'instance peut passer exceptionnellement, sur le refus des parents naturels de consentir à l'adoption de l'enfant, si on prouve, par toute sorte de preuve, qu'ils refusent abusivement à consentir à l'adoption de l'enfant et si l'instance apprécie que l'adoption est réalisée pour l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le cas où seul un parent refuse de consentir au mariage de son enfant mineur, c'est toujours l'instance judiciaire celle qui va décider, si on accepte que l'approbation du mariage de l'enfant mineur est un droit parental, parce que, conformément à l'article no. 31, l'alinéa no. 3, de la Loi no. 272/2004 concernant la protection et la promotion des droits de l'enfant<sup>18</sup>, dans le cas de l'existence des incompréhensions entre les parents à l'égard de l'exercice des droits et de l'accomplissement des obligations parentales, l'instance judiciaire, après avoir écouté les deux parents, décide en conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### *b) la situation de l'approbation du mariage par un seul parent*

En conformité avec l'article no. 4 l'alinéa no. 3 du Code de la famille, l'approbation de l'un d'entre les parents est suffisante pour la conclusion du mariage par son enfant mineur ayant accompli 16 ans, si l'autre parent est décédé ou il se trouve en impossibilité de manifester sa volonté.<sup>19</sup> Les prévoyances du texte cité sont identiques aux prévoyances de l'article no. 149 l'alinéa no. 1 du Code civil français.

---

<sup>16</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, 1956, Quadriga, 2004, p.1178; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Éditions Dalloz, Paris, 2005, p. 323; C. Renault-Brahinsky, *Droit de la famille*, 6<sup>e</sup> édition, Gualino éditeur, Paris, 2006, p 86;

<sup>17</sup> Publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie », première partie, no.. 557 de 13. 06. 2004.

<sup>18</sup> Publiée dans le „Moniteur officiel de la Roumanie”, première partie, no. 557 de 13. 06. 2004.

<sup>19</sup> Ces situations où le droit d'approuver le mariage du mineur sont exercées par un seul parent sont aussi prévues par l'article no. 98 l'alinéa no. 2 Code de la famille, qui, en réglementant l'exercice unilatéral de la protection parentale montre que l'un d'entre les parents exerce tout seul les droits parentaux si l'autre est mort, il est déchu de ses droits parentaux, il est mis sous l'interdiction ou il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, quelle que soit la circonstance. Parce que le droit d'approuver le mariage du mineur est reconnu par la loi au tuteur aussi et l'article no. 40, l'alinéa no. 1 de la Loi no. 272/2004 prévoit que la tutelle est instituée si les deux parents sont décédés, inconnus, déchus de l'exercice des droits parentaux ou on leur a appliqué la punition de l'interdiction des droits parentaux, mis sous l'interdiction, déclarés judiciairement morts ou disparus, on pense que pour l'identité de raisonnement, on aurait du prévoir que le consentement d'un parent est suffisant chaque fois que l'autre se trouve dans l'un de ces cas, mais aussi dans la situation où il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté. En l'absence d'une telle prévoyance, il suit à accepter que l'approbation d'un seul parent est suffisant dans le cas où l'autre est décédé, soit que son mort a été physiquement constaté, soit qu'il a été déclaré mort par une décision judiciaire, mais aussi quand il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, soit à cause de son absence physique (il est disparu, malgré que sa disparition ait été déclarée par une décision judiciaire, ou elle constitue seulement un état de fait, il est inconnu, il exécute une punition privative de liberté ) soit à cause de son incapacité psychique (tant dans le cas où il est aliéné ou débile mental et il n'a pas de discernement pour se soigner de ses intérêts, de manière que, conformément à l'article no, 142 l'alinéa no. 1 le Code de la famille, il est mis sous interdiction même dans le cas où il est aliéné ou débile mental mais il n'a pas été mis sous interdiction ou il souffre d'une autre maladie psychique ou d'un handicap mental qui le

*c) la situation de l'approbation du mariage par le tuteur*

Dans l'hypothèse où l'enfant est dépourvu de la protection de ses parents ou si pour protéger ses intérêts on ne peut pas le laisser au soin de ses parents et que la tutelle ait été instituée, le tuteur approuvera le mariage du mineur. Si la tutelle est exercée par le mari et la femme, situation qui peut être possible, conformément à l'article no. 41, l'alinéa no. 1 de la Loi no. 272/2004, et entre eux il y a des incompréhensions à l'égard de l'approbation du mariage du mineur qui se trouve sous la tutelle, alors, de la même manière que dans le cas des parents, l'instance judiciaire décidera, en tenant compte, de l'intérêt supérieur du mineur. De la même manière, on peut annoncer l'instance judiciaire si le tuteur refuse de consentir au mariage du mineur, l'action suivant à être admise si l'instance constatera que le refus est abusif, puisque la conclusion du mariage ne contrevient pas à l'intérêt supérieur de l'enfant.

*d) la situation de l'approbation du mariage par la personne ou l'autorité qui a été habilité d'exercer les droits parentaux*

Les nouvelles dispositions de l'article no. 4, l'alinéa no. 4 du Code de la famille montrent le fait qu'en l'absence des parents et du tuteur, il est nécessaire d'avoir le consentement de la personne ou de l'autorité qui a été habilitée à exercer les droits parentaux<sup>20</sup>, respectivement la

---

met dans l'impossibilité de se manifester la volonté), soit à cause de sa punition (on lui a appliqué la punition complémentaire ou accessoire à l'interdiction des droits parentaux à la base de l'article no. 64 respectivement 71 C. pen., ou il a été déchu de ses droits parentaux à la base de l'article no. 109 Code de la famille et de l'article no. 36 et les suivants de la Loi no. 272/2004) soit grâce à d'autres causes qui résultent des prévoyances légales (comme par exemple le cas réglementé par l'article no. 152 lettre c Code de la famille quand, à cause de la maladie ou pour d'autres raisons, le parent est empêché à accomplir un certain acte au nom du mineur qu'il représente ou dont les actes il approuve).

<sup>20</sup> Le Code de la famille, dans son 4-ième article prévoit le fait que l'approbation pour le mariage peut être donnée par:

- le président du conseil du département, respectivement par le maire du secteur du municipe de Bucarest, dans la situation de l'enfant qu'on n'a pas pu mettre en tutelle et pour lequel l'instance a disposé la mesure du placement. (En conformité avec l'article no. 62 l'alinéa no. 2 de la Loi no. 272/2004 les droits et les obligations parentales dans la situation de l'enfant qu'on n'a pas pu mettre en tutelle et pour lequel l'instance a disposé la mesure du placement sont exercées et respectivement accomplies par le président du conseil du département, respectivement par le maire du municipe du Bucarest);

- la personne, la famille, l'assistant maternel ou le chef du service de type résidentiel qui a reçu l'enfant en placement en régime d'urgence (Si on a disposé la mesure du placement en régime d'urgence, l'article no. 64, l'alinéa no. 3 de la Loi no. 272/2004 établit que l'exercice des droits parentaux est suspendu de droit jusqu'à ce que l'instance décide à l'égard du maintien ou du remplacement de cette mesure et à l'égard de l'exercice des droits parentaux, et pendant la période de la suspension des droits et des obligations parentales à l'égard de l'enfant sont exercées et elles sont accomplies par la personne, la famille, l'assistant maternel ou le chef du service de type résidentiel qui a reçu l'enfant en placement en régime d'urgence

- le président du conseil du département ou par celui local du secteur du municipe de Bucarest, sur le territoire ou la personne ou la famille à laquelle l'enfant a été confié en vue de l'adoption habite (En conformité avec les dispositions de l'article no. 30, l'alinéa no. 2 de la Loi no. 273/2004 le président du conseil du département ou du conseil local du secteur du municipe de Bucarest du territoire où la personne ou la famille à laquelle l'enfant a été confié en vue de l'adoption habite, exerce le droit de représenter l'enfant dans les actes juridiques ou selon le cas, d'approuver les actes qu'il conclut, mais aussi le droit de gérer les biens de l'enfant

- la personne, parenté ou non du mineur, ou l'institution de protection à laquelle il a été confié à l'annulation du mariage dans les conditions de l'article no. 42, l'alinéa no. 2, Code de la famille (conformément à l'article no. 43, l'alinéa no. 2 Code de la famille la personne ou l'institution de protection sociale à laquelle le mineur a été confié aura envers lui seulement les droits et les devoirs qui reviennent aux parents concernant la personne de l'enfant).

personne ou l'institution à laquelle l'enfant a été confié, dans les conditions de la loi. Par rapport à la solution réglementée par notre législation, l'article no. 150 C. civ. fr. établit la règle conformément à laquelle si les deux parents sont décédés ou ils se trouvent en impossibilité de manifester leur volonté, le consentement au mariage sera donné par les grands-parents et si les grands-parents n'existent pas, il sera donné par le conseil de famille.

Dans le cas où la personne ou l'autorité habilitée à exercer les droits parentaux refuse de consentir au mariage, le mineur peut choisir la voie de l'action en justice<sup>21</sup>.

Le non respect de la limitation du droit au mariage, issu de la nécessité de son approbation par les personnes habilitées par la loi fait que le mariage respectif soit atteint par la nullité. Etant donné le fait que l'approbation du mariage du mineur représente un prérogatif issu de la protection/ de l'autorité parentale, fondée sur l'idée de la protection du mineur, le manque de l'approbation du mariage du mineur ne peut attirer que la nullité relative du mariage, qui est une nullité de protection.

### **2.2.3 L'OBTENTION DE L'AUTORISATION DE LA PARTIE DE LA DIRECTION GÉNÉRALE D'ASSISTANCE SOCIALE ET DE LA PROTECTION DE L'ENFANT DU TERRITOIRE OU IL A SON DOMICILE**

En réglementant cette condition, le législatif roumain respecte les prévoyances de l'article no. 2 de la Convention de New York concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages qui montrent que la dispense d'âge doit être approuvée par l'autorité compétente. Mais ayant en vue le fait que dans le domaine de la protection du mineur, le Code de la famille contient des prévoyances<sup>22</sup> dont on peut conclure que le mineur ayant une capacité restreinte d'exercice peut exercer certains actes juridiques avec l'accord préalable des parents et de l'autorité tutélaire, il aurait été indiqué que le législatif restât conséquent à l'égard d'une telle solution et qu'il réglementât la compétence de l'autorité tutélaire d'autoriser la conclusion du mariage du mineur qui a accompli l'âge de 16 ans.

Si les deux époux sont mineurs, chacun présentera au service d'état civil compétent à conclure le mariage, l'autorisation de la Direction générale d'assistance sociale et de la protection de l'enfant du territoire où il a le domicile.

Dans le cas d'un refus de la part de la Direction générale d'assistance sociale et de protection de l'enfant d'autoriser la conclusion du mariage, on pense que le mineur peut s'adresser à l'instance judiciaire compétente<sup>23</sup> qui va décider en tenant compte de son intérêt.

---

<sup>21</sup> Si le refus non justifié provient d'une autorité publique on peut formuler contre un tel refus, une action dans le contentieux administratif du tribunal du territoire où le mineur a son domicile. (L'article no. 2 point 1 lettre. d C. proc. civ. et l'article no.10 l'alinéa no. 1 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, avec les modifications et les compléments ultérieurs, publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie» première partie, no. 1154/07. 12. 2004).

<sup>22</sup> L'Article no. 105 l'alinéa no. 2 et 3, l'article no. 129 l'alinéa no. 2, l'article no. 133 l'alinéa no. 1 Code de la famille.

<sup>23</sup> Etant donné le fait qu'il s'agit d'un acte d'une autorité publique, le mineur peut adopter la voie de l'action dans le contentieux administratif.

Dans la situation de la conclusion du mariage sans avoir l'autorisation de la Direction générale d'assistance sociale et de protection de l'enfant, la sanction qui intervient est toujours la nullité relative.

### 2.3 LA SITUATION DE L'INCAPABLE MAJEUR

Dans le droit roumain, l'article no. 9 C. fam. prévoit le fait qu'il est interdit que l'aliéné mentale, le débile mental et que celui qui est têt dépourvu de ses facultés mentales se marie, tant qu'il n'a pas de discernement sur ses faits..

Dans le cas de l'aliéné et du débile mental, leur grave état pathologique, contraire à la finalité du mariage, détermine l'interdiction de leur mariage. L'aliéné et le débile mental sont empêchés de se marier, tant pour des raisons concernant le consentement, car ils ne peuvent pas exprimer un consentement valable, mais aussi pour des raisons d'ordre biologique et social, car ils peuvent naître des descendants malades. Ils ne peuvent se marier non plus pendant leur moment de clarté passagère<sup>24</sup>, car le mariage ne doit pas être analysé comme un simple acte juridique dont la validité dépend seulement de l'existence d'un moment de raisonnement au moment où il a fini. Le mariage suppose des relations de famille basées sur l'amitié, l'affection et l'aide réciproque et, dans le cas de l'aliénation et de la débilité mentale on ne peut pas parler d'une famille saine, car la communication de pensées et des sentiments est impossible entre les maris. De plus, l'aliéné et le débile mental est une personne qui a elle-même besoin de soin, de manière qu'il ne puisse pas s'occuper de l'élévation et de l'éducation des enfants auxquels il donnerait naissance.

Sous l'aspect juridique de cet impediment au mariage, l'existence de l'aliénation ou de la débilité mentale représente la cause d'une incapacité spéciale d'utilisation en ce qui concerne le droit de conclure un mariage<sup>25</sup>

L'aliéné et le débile mentale ne pourront pas se marier, même s'ils ont été ou s'ils n'ont pas été mis sous interdiction<sup>26</sup>. De la même manière, la circonstance conformément à laquelle le mari (soit qu'il s'agit du mari de celui qui souffre, soit qu'il s'agit du mari qui souffre) a connu ou il n'a pas connu antérieurement au mariage l'existence de l'état d'aliénation ou de débilité mentale<sup>27</sup> est non pertinente, puisque l'interdiction prévue par la loi ne représente seulement une mesure de protection du mari sain, mais aussi une disposition impérative étant dictée tant par des intérêts d'ordre social et biologique<sup>28</sup>, mais aussi par des raisons qui tiennent de l'existence du discernement dont l'absence conduirait à un manque total de consentement.

---

<sup>24</sup> Sc. Șerbănescu, le *Code de la famille commente et annoté*, Bucarest, La Maison d'Édition Scientifique, 1963, p. 24; T. R. Popescu, *œuvres citées.*, p.114; le Tribunal Suprême, la section civile, des. civ. no. 816/1985, dans la «Revue roumaine Droit » no. 1/1986, p. 60; le Tribunal Suprême, le collège civile, la décision no.1517/1967, en Recueil de Décisions pour l'année 1967, p.157.

<sup>25</sup> I. P. Filipescu, P. Anca, M.-I. Eremia, *La conclusion du mariage et ses effets*, Bucarest, La Maison d'Édition de l'Académie R.S.R., 1981, p. 41.

<sup>26</sup> Le Tribunal Supreme, la section civile, la décision no. 1517/1967, en Recueil de décisions pour l'année 1967, p.157-159.

<sup>27</sup> Le Tribunal Suprême, la section civile, la décision no. 1873/1974, dans la "Revue Roumaine de Droit", no. 3/1974, p. 57; le Tribunal Suprême, la décision civile, no. 356/1976, en Recueil de Décisions pour l'an 1977, p.159.

<sup>28</sup> Le Tribunal Suprême, la décision civile no. 251/1970, en Recueil de Décisions pour l'an 1970, p.174.

En ce qui concerne celui qui est tôt dépourvu de ses facultés mentales, il ne peut pas conclure un mariage valable, tant qu'il n'a pas le discernement de ses faits. Celui qui est tôt dépourvu de ses facultés mentales se trouve dans la même situation que l'aliéné ou le débile mental, parce que dans son cas aussi il s'agit d'un manque total de discernement, mais si dans la situation de l'aliéné ou du débile mental l'interdiction est absolue, dans l'hypothèse de celui qui est tôt dépourvu de ses facultés mentales, l'interdiction fonctionne exclusivement pour les périodes où la personne n'a pas le discernement de ses faits, parce qu'on suppose que pendant les périodes de remissions elle agit avec du discernement et elle exprime un consentement valable au mariage.<sup>29</sup>

Dans le droit roumain, le mariage conclu par l'aliéné et le débile mental, mais aussi par celui tôt dépourvu de ses facultés mentales, tant qu'il n'ait pas de discernement de ses faits, est atteint par la nullité absolue. (L'art. 19 Code de la famille).

Dans le droit français, il y a la règle conformément à laquelle il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement. (Art. 146 C. civ. fr.). On montre dans la doctrine française que l'existence d'une maladie mentale au moment de la conclusion du mariage fait qu'il n'y ait pas de consentement et le mariage conclu sans la volonté consciente sera atteint par la nullité absolue<sup>30</sup>. Celui qui prétend que le consentement n'a pas existé doit prouver l'absence de la lucidité au moment de la célébration du mariage<sup>31</sup>. La loi française permet pourtant le mariage de l'incapable majeur qui, à cause de l'altération de ses facultés mentales (art. 490 C. civ. fr.) est mis sous un régime de protection, c'est-à-dire la tutelle ou la curatelle. Dans ces situations, le consentement de l'incapable majeur au mariage est insuffisant, étant nécessaire d'obtenir une autorisation pour pouvoir se marier. De cette manière, s'il est protégé par la tutelle, le père et la mère doivent autoriser le mariage (l'article no. 506 l'alinéa no. 2 C. civ. fr.) et en leur absence, l'autorisation doit être donnée par le conseil de famille qui décidera après avoir écouté les futurs maris. (L'article no. 506 l'alinéa no. 1 C. civ. fr.). Il est nécessaire dans les deux situations d'avoir un certificat médical qui contienne l'avis du médecin qui le soigne (l'article no. 506 l'alinéa no. 3 C. civ. fr.). La décision du conseil de famille peut être attaquée par un recours au Tribunal de grande instance (l'article no. 1222 NCPC). Dans le cas où la curatelle a été instituée, le curateur doit consentir au mariage et en son absence, l'autorisation est accordée par le juge des tutelles (l'article no. 514 C. civ. fr.). Sa décision peut être attaquée avec un recours au Tribunal de grande instance (l'article no. 1215 l'alinéa no. 1 NCPC).

### **3. LE MANQUE DE LA DIFFÉRENCE DE SEXE**

La différenciation de sexe constitue un élément fondamental du mariage, étant l'une de ses conditions dirimantes de fond, qui n'est pas prévue par la loi, mais qui est issue de nombreuses dispositions du code de la famille, parmi lesquelles on mentionne

---

<sup>29</sup> Le Tribunal Suprême, la décision civile no. 254/1970; le Tribunal Suprême, la section civile, la décision no. 779/1981 dans la *Législation de la famille et la pratique judiciaire en matière*, le Ministère de la Justice, 1987, p. 257-258; la Cour Suprême de Justice, la section civile, la décision no. 76/1993 dans la revue "Le Droit" no. 12/1993, p. 85-86.

<sup>30</sup> Voir J. Carbone, *Le Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, œuvres citées.*, p. 1170; P Courbe, *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éditions, Armand Colin, Paris, 2005, p. 44.

<sup>31</sup> Voir F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées*. p. 363; C. Renault-Brahinsky, *œuvres citées*, p. 98

- l'article no. 1 l'alinéa no. 4 du Code de la famille qui régleme l'égalité des droits entre l'homme et la femme, tant dans leurs relations, de mari et de femme, que dans l'exercice des droits par rapport aux enfants;
- l'article no. 24 l'alinéa no. 1 C. fam. qui fait référence aux rapports patrimoniaux entre l'homme et la femme dans le cas du mariage putatif
- l'article no. 25 C. fam. qui consacre l'égalité en droits et obligations entre l'homme et la femme pendant le mariage
- l'article no. 53 qui institue les présomptions de paternité à la base desquelles l'enfant né pendant le mariage a comme père le mari de sa mère (l'article no. 53 l'alinéa no. 1 C. fam.), et celui qui est né après la rupture, la déclaration de la nullité ou après l'annulation du mariage a comme père l'ancien mari de sa mère s'il a été conçu pendant le mariage et sa naissance s'est produite avant que la mère entrât dans un nouveau mariage (l'article no. 53 l'alinéa no. 2 C. fam.);
- l'article no. 86 C. fam. qui, en réglementant les personnes entre lesquelles il y a l'obligation d'entretien, prouve le fait qu'elle existe entre le mari et la femme;

Cette condition n'est précisément réglementée ni dans le droit français, mais elle résulte des prévoyances de l'article no. 144 C. civ. fr. qui dispose le fait que l'homme et la femme ne peuvent pas conclure le mariage avant d'avoir accompli 18 ans.

L'idée de mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent est énoncée aussi dans les règlements internationaux. De cette manière, l'article no. 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dispose que, partant du moment où ils ont accompli l'âge légal, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de créer une famille sans aucune restriction en ce qui concerne la race, la nationalité ou le religion. De la même manière, le droit de l'homme et de la femme de fonder une famille est consacré par les prévoyances de l'article no. 23, le paragraphe no. 2 du Pacte international à l'égard des droits civils et politiques de l'article no. 12 de la Convention pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par celles du paragraphe no. 1 du Préambule de la Convention concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages. .

On peut parler sur le manque de la différenciation du sexe dans le cas des mariages des personnes de même sexe et des personnes dont le sexe n'est pas suffisamment différencié. En ce qui concerne ce dernier cas, on a décidé dans la pratique judiciaire que le hermaphroditisme constituât une anomalie génitale définitive, qui empêchait la possibilité de procréation et des rapports normaux entre les maris<sup>32</sup>.

L'inexistence de la différenciation de sexe conduit à la nullité absolue du mariage, car elle représente un cas de nullité virtuelle. Même dans la doctrine française le manque de la

---

<sup>32</sup> Le Tribunal Suprême, la section civile, la décision no. 974/1972, en I.G. Miđuă, Al. Lesvioudax, *Répertoire de pratique judiciaire dans le domaine civil du Tribunal Suprême et d'autres instances judiciaires pour les années 1969-1975*, la Maison d'Édition Scientifique et Encyclopédique, Bucarest, 1976, p. 16.

différentiation de sexe est considéré une cause de nullité absolue du mariage<sup>33</sup>, bien qu'il ne soit pas prévu par l'article no.184 du Code civile français.

Une situation différente du point de vue de la différenciation de sexe est celle des personnes transsexuelles, qui se sont changé le sexe, en posant le problème sur leur possibilité ou sur leur impossibilité de se marier avec une personne de sexe opposé par rapport à celui dont elles appartiennent suite au changement du sexe. A l'égard de ce problème, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a décidé que l'impossibilité pour les transsexuels de se marier avec une personne de même sexe ne constitue pas une usurpation du droit au mariage garanti par l'article no. 12 de la Convention européenne pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La cour est ultérieurement revenue sur la pratique initiale, en prouvant que l'article no. 12 garantissait le droit fondamental entre l'homme et la femme de fonder une famille, mais le deuxième aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de pouvoir concevoir ou d'élever des enfants ne doit pas priver une personne de son droit au mariage<sup>34</sup>.

A l'égard du problème en discussion, on a montré dans la littérature juridique que la personne transsexuelle qui a souffert une opération de modification de sexe sera capable d'exercer le droit au mariage garanti par l'article no. 12 de la Convention soit depuis la date de la décision définitive par laquelle on a autorisé le changement du sexe par les instances nationales, soit depuis la date où on a effectué dans le registre d'état civil la mention concernant le changement de sexe<sup>35</sup>. Au moment où la modification de l'état civil est autorisée, on doit reconnaître au transsexuel la possibilité d'épouser une personne dont le sexe physiologique est opposé, même si son sexe génétique est identique. En prenant en compte le sexe légal, c'est-à-dire celui constaté dans l'acte d'état civil on doit accepter que dans notre droit, la personne dont le sexe a été changé après la décision judiciaire définitive et irrévocable concernant le changement du sexe, peut se marier avec une personne de sexe opposé par rapport à celui auquel elle appartient suite au changement de sexe, parce que l'article no. 44 la lettre i de la Loi no. 119/1996 a l'égard des actes d'état civil permet l'inscription dans l'acte de naissance des mentions concernant les modifications intervenues dans l'état civil de la personne dans le cas du changement du sexe.

Si la modification du sexe intervient pendant le mariage, on se trouve dans la situation où le mariage réunit deux personnes de même sexe du point de vue de l'état civil. Mais le mariage ne sera pas atteint par la nullité car il a été valablement conclu entre deux personnes de sexe différent au moment de sa célébration. Mais rien n'empêche le mari de celui qui a changé son sexe, de demander l'annulation du mariage, dans le cas où il ne désire plus rester dans une telle union, en invoquant comme raison de divorce la modification du sexe de son mari.

#### **4. L'IMPOSSIBILITÉ DE SE MARIER POUR UNE PERSONNE QUI EST DÉJÀ MARIÉE**

L'un des principes de base du mariage dans le droit roumain, est le principe de la monogamie qui résulte des dispositions de l'article no. 5 Code de la famille. Conformément à ce texte il est interdit que l'homme qui est déjà marié se marie et que la femme qui est déjà mariée se marie. Le principe de la monogamie est exprimé dans le droit français par l'article no. 147 C. civ. fr. dont les prévoyances soutiennent qu'il est impossible qu'une

---

<sup>33</sup> Voir F. Eudier, *Droit de la famille*, Armand Colin, Dalloz, Paris, 2005, p. 59.

<sup>34</sup> Voir C. Bârsan, *, œuvres citées.*, p. 850.

<sup>35</sup> Voir C. Bârsan, *, œuvres citées* p. 853.

personne mariée réalise le deuxième mariage tant que le premier mariage est encore valable (on a en vue tant la cessation du mariage par le décès du mari du premier mariage et la rupture du mariage par le divorce).

Donc pour pouvoir se marier, aucun d'entre les époux ne doit être marié, étant célibataire, ancien mari d'un mariage annulé, divorcé ou veuf.

Le moment en fonction duquel on vérifie l'état de bigamie est celui de la conclusion du second mariage. Il y aura la bigamie si la conclusion du second mariage se produit avant que le premier mariage soit annulé par le divorce. Dans une telle situation l'instance annoncée pour annuler le deuxième mariage d'une personne qui était déjà mariée, est obligée de prononcer la nullité de ce mariage, même si, entre temps, le premier mariage a été annulé par une décision de divorce, non définitive.<sup>36</sup> D'ailleurs, rien ne s'oppose qu'un mariage annulé par un divorce soit déclaré nul parce que c'est la seule manière dont tous les effets qu'il a rétroactivement produits<sup>37</sup> disparaissent.

Si une personne a conclu un nouveau mariage et le premier est déclaré nul même après la date de la conclusion du second mariage, il n'y a pas de bigamie. De cette manière, il peut arriver qu'après avoir introduit l'action pour constater la nullité ou pour annuler le deuxième mariage, les maris de ce mariage invoquent la nullité du premier mariage; dans ce cas, conformément à l'article no. 244, l'alinéa no. 1 point. 1 du Code roumain de procédure civile, l'instance suspendra le jugement de l'action pour constater la nullité ou pour annuler le premier mariage, et dans le cas de l'annulation du mariage, l'état de bigamie n'existe plus.

Une telle situation est précisément réglementée par les dispositions de l'article no. 189 C. civ. fr. qui établissent que si les époux du second mariage invoquent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être préalablement jugée.

Si le deuxième mariage n'est déclaré nul, mais pour une autre raison que l'usurpation du principe de la monogamie, il n'y a pas de bigamie.

Dans la situation de la déclaration de la mort par la décision judiciaire, le deuxième mariage est valable s'il a été conclu pendant la période comprise entre la date de la déclaration de la mort par une décision judiciaire et la date où la décision qui déclare le mort<sup>38</sup> reste définitive. Si le mari de celui qui est déclaré mort se remarie et puis, celui qui est déclaré mort réapparaît, alors, conformément à l'article no. 22 C fam. la décision déclarative de mort est annulée, le deuxième mariage restant valable et le premier mariage est considéré supprimé dès le moment de la conclusion du deuxième mariage. Mais si le mari de celui déclaré mort est de mauvaise foi, en connaissant au moment de la conclusion du deuxième mariage que celui déclaré mort est en fait vif, alors celui-ci en se remariant, devient coupable de bigamie. En ce cas, si celui déclaré mort revient, la décision déclarative de mort est annulée et le deuxième mariage conclu de mauvaise foi est nul. Dans la situation où la date établie comme celle de la mort est modifiée de manière qu'elle soit ultérieure au nouveau mariage conclu par le mari de celui déclaré mort, le premier mariage est considéré supprimé à la date de la conclusion du

---

<sup>36</sup> Le tribunal du département de Caraş-Severin, la décision civile no. 1/1982, dans la «Revue Roumaine de Droit» no. 9/1982, p. 66.

<sup>37</sup> La Cour Suprême de Justice, la section civile, la décision no. 1572/1995, non publiée, en F. Ciutacu, *Le Droit de la famille. Recueil de d'espèces*, Bucarest, La Maison d'Édition Lucman, 2000, p.55.

<sup>38</sup> A. Bacaci, V. Dumitrache, C. Hageanu *Le Droit de la famille*, La maison d'Édition All Beck, Bucarest, 2005, p. 124; I. P. Filipescu, , *œuvres citées* ., p.21.

nouveau mariage. Si le mari de celui déclaré mort et qui se remarie est de mauvaise foi, alors le deuxième mariage est nul pour la bigamie.

En vue de respecter la restriction du droit au mariage, issu de l'existence d'un mariage antérieur au moment de la conclusion du nouveau mariage, tant la législation roumaine, que celle française aussi, contiennent des règlements sur le plan civil, qui montrent que la conclusion d'un mariage par une personne qui est déjà mariée attire la sanction de sa nullité absolue. (L'article no. 19 du Code de la famille et l'article no. 184 du Code civil français ).

Le mariage conclu par le mari de celui déclaré mort par une décision judiciaire est atteint par la nullité pour la bigamie, parce que conformément à l'article no. Du Décret no. 31/1954 celui disparu est considéré encore vif s'il n'y a pas de décision déclarative de mort, définitive, qui soit intervenue. En l'absence d'une telle décision le mariage antérieur n'a pas cessé, de manière que si le mari de celui déclaré disparu se remarie, il usurpe le principe de la monogamie protégé par les prévoyances de l'article no. 5 C. fam. Dans le droit français l'absence déclarée par une décision judiciaire produit les effets d'un décès (l'article no. 128 l'alinéa no. 1 C. civ. fr.) et le mari de celui déclaré absent peut contracter un nouveau mariage (l'article no. 128 l'alinéa no. 3 C. civ. fr.) qui reste valable, même si la décision par laquelle on a déclaré l'absence est annulée, par le retour du mari absent (l'article no. 132 C. civ. fr.).

## **5. L'IMPOSSIBILITÉ DE LA CONCLUSION DU MARIAGE PAR LES PERSONNES QUI ONT DES RAPPORTS DE PARENTE**

### **5.1 LA PARENTÉ DE SANG**

La parenté de sang est l'obstacle le plus ancien pour le mariage<sup>39</sup> et elle est fondée sur les raisons suivantes<sup>40</sup>: d'ordre biologique, médical, car les unions entre les parentes proches peuvent conduire à la naissance des descendants malades et d'ordre moral, parce que cette sorte de relations entre les parentes proches influenceraient négativement la famille.

Dans le droit roumain, l'article no. 6 du Code de la famille interdit le mariage entre les parentés proches, en ligne droite quel que soit le degré, ce qui signifie que le père ne peut pas épouser sa fille, la mère ne peut pas épouser son fils, le grand-père ne peut pas épouser sa petite-fille, la grand-mère ne peut pas épouser son petit fils, etc., mais il l'interdit aussi entre les parentés en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré y compris, c'est-à-dire entre le frère et la sœur (sans faire aucune différence, s'ils sont de bons frères ou ils sont seulement des frères consanguins ou utérins), entre l'oncle et sa nièce, la tante et son neveu, et entre les

---

<sup>39</sup> L'obstacle provenant de la parenté de sang fait référence tant à la parenté du mariage qu'à la parenté du dehors du mariage établie conformément à la loi. En ce qui concerne la parenté du dehors le mariage non établi, on a soutenu, dans la littérature juridique concernant le droit antérieur au Code de la famille, l'opinion conformément à laquelle la parenté du dehors du mariage ne constitue pas d'obstacle pour le mariage qu'au moment où elle est légalement établie. ( Voir D. Alexandresco, *op. cit.*, p.21). Bien qu'on puisse affirmer que de la même manière que la filiation de l'enfant du dehors du mariage ne produit pas d'effets juridiques, la parenté du dehors du mariage non établie ne produit pas d'effets juridiques, donc elle ne constitue pas d'impedimenta pour la conclusion du mariage; pourtant l'opinion dominante est celle conformément à laquelle la parenté du dehors du mariage constate même non légalement, mais qui a une notoriété publique et se reflète dans une possession d'état civile évident constitue un obstacle légal à la conclusion du mariage ( Voir T. R. Popescu, *op. cit.*, p.119; C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Droit civil roumain*, vol. I, Bucarest, Maison d'Édition „La Nationale” S. Ciornei, 1928, p. 316; I. Rucăreanu, *Les Conditions de fond de du mariage*, en *Le mariage dans le droit R.P.R.*, Bucarest, , La Maison d'Édition de l'Académie R.P.R, 1964, p.49). D'ailleurs, il est inadmissible à approuver le mariage entre le père et sa fille, ayant comme seule raison le fait qu'il n'y a pas eu de reconnaissance de filiation de la part du père ou que la fille n'a pas intenté d'action en justice, en vue d'établir la filiation..

<sup>40</sup> F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées* ., p. 347.

cousins germains. On peut approuver, ayant de justes raisons, le mariage entre les parentés collatérales de quatrième degré, la dispense de parenté étant accordée par le maire général du municipale de Bucarest ou par le président du conseil du département ou celui qui sollicite l'approbation habite. Le mariage conclu entre les parentes et qui est interdit par la loi, est atteint par la nullité absolue. (L'article no. 19 du Code de la famille).

Dans le droit français, le mariage entre tous les ascendants, les descendants, et entre les alliés de la même ligne est interdit (l'article no. 161 C. civ. fr.) et en ligne collatérale entre le frère et la sœur (l'article no. 162 C. civ. fr.), l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (l'article no. 163 C. civ. fr.). L'interdiction de conclure le mariage entre l'oncle et sa nièce ou entre la tante et son neveu peut être éliminée par une dispense accordée par le Président de la République s'il y a de justes raisons. C'est toujours par la dispense accordée par le Président de la République qu'on peut éliminer l'interdiction du mariage entre les alliés en ligne directe si la personne qui a créé l'alliance a décédé (l'article no. 164 C. civ. fr.). Dans le système du Code civile français, le mariage conclu au moment où entre les époux il y a une relation de parenté qui constitue un obstacle pour ce mariage, est atteint par la nullité (l'article no. 161, 162, 163 et l'article no. 184 C. civ. fr.) même s'il s'agit d'un obstacle de sorte à être éliminé par une dispense, car la loi ne fait aucune distinction<sup>41</sup>.

## **5.2 LA PARENTÉ ISSUE PAR L'ADOPTION**

Dans le droit roumain antérieur à l'entrée en vigueur de la Loi no. 273/2004 concernant le régime juridique de l'adoption, l'article no. 7 l'alinéa no. 1 du Code de la famille interdisait le mariage entre:

1. l'adopteur ou ses ascendants d'un côté et celui adopté de l'autre côté
2. les enfants de celui qui adopte d'un côté et celui adopté de l'autre côté;
3. ceux adoptés par la même personne.

Bien qu'en principe le mariage fut interdit entre ces catégories de personnes, seul le mariage entre l'adopteur et ses ascendants d'un côté et celui adopté et ses descendants de l'autre côté était un impedimenta dirimant, étant sanctionné par la nullité absolue conformément aux prévoyances de l'article no. 19 du Code de la famille. De plus, l'article no 7, l'alinéa no. 2 C. fam. prévoyait le fait que, pour de justes raisons, le mariage entre les enfants de l'adopteur d'un côté et celui adopté ou ses enfants de l'autre côté ou entre ceux adoptés par la même personne pouvait être approuvé par le président du conseil du département ou selon le cas, par le maire général du municipale de Bucarest.

A présent, l'article no. 50 l'alinéa no. 4 de la Loi no. 273/2004 prévoit le fait que l'obstacle pour le mariage issu de la parenté existe entre celui adopté et ses descendants d'un côté et les personnes qui sont devenues ses parentés par l'effet de l'adoption, de l'autre côté. Puisque les dispositions de l'article no.1 et celles de l'article no. 50 l'alinéa no. 2 de la loi établissent qu'à l'entremise de l'adoption on crée la relation de filiation entre l'adopté et l'adopteur, mais aussi des relations de parenté entre celui adopté et les parentés de l'adopteur, il suit à admettre que le mariage entre l'adopté et ses parentes d'adoption, de la même manière qu'entre les parentés de sang, est interdit. Par conséquent, étant donné le fait que la parenté adoptive

---

<sup>41</sup> Voir F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées*, p.363 ; P Courbe, *œuvres citées*, p. 66

remplace la parenté naturelle, le mariage conclu entre les parentés en ligne droite, mais aussi entre les parentés en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré y compris, sera atteint par la nullité<sup>42</sup>.

Dans le droit français, on fait la distinction entre la pleine adoption et la simple adoption. Dans le cas de la pleine adoption les interdictions sont absolues, de la même manière que dans la famille légitime. Cette règle n'est pas précisément énoncée dans un texte du Code civil français, mais on peut déduire des prévoyances de l'article no. 356 l'alinéa no. 1 C. civ. fr. qui établissent que l'adoption offre à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation naturelle et de celles de l'article no. 358 C. civ. fr. qui dispose que l'adopté a dans la famille de l'adopteur les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime<sup>43</sup>. La conclusion du mariage sans respecter l'obstacle concernant la parenté issue d'une pleine adoption attire la sanction de la nullité absolue.<sup>44</sup> Dans le cas de la simple adoption, l'article no. 366 l'alinéa no. 2 C. civ. fr. prévoit le fait qu'il est interdit de conclure un mariage entre:

4. l'adopteur, l'adopté et ses descendants;
5. l'adopté et le mari de l'adopteur et entre l'adopteur et le mari de l'adopté;
6. les enfants adoptifs de la même personne ;
7. l'adopté et les enfants de l'adopteur.

A la suite, l'alinéa no. 3 du même article montre que les impedimenta prévus aux points 3 et 4 de l'alinéa no. 2 peuvent être éliminés par une dispense accordée par le Président de la République, s'il y a de justes raisons. De la même manière, dans l'alinéa no. 4 de l'article no.366 on prévoit le fait que l'impedimenta prévu au point no. 2 de l'alinéa no. 2 peut être éliminé dans les mêmes conditions si la personne qui a créé la relation d'affinité a décédé. Puisque l'article no. 184 C. civ. fr. ne prévoit pas entre les causes de nullité du mariage l'usurpation d'impedimenta prévus par l'article no. 366 l'alinéa no. 2, on a deux opinions dans la littérature juridique française: l'une qui soutient que la nullité peut être prononcée dans le cas de la conclusion du mariage en usurpant les impedimenta prévus par l'article no. 366 l'alinéa no. 2<sup>45</sup>, opinion qu'on approuve en raison de moralité sociale, et une autre opinion, contraire, qui montre que les impedimenta issus de la parenté adoptive ne sont pas dirimantes, mais prohibitives et ils n'attirent pas la nullité du mariage<sup>46</sup>

**Kontaktní údaj na autora – email:**

*alin77gav@yahoo.com*

---

<sup>42</sup> Voir dans le même sens D. Lupaşcu, *Le Droit de la famille*, La Maison d'Édition Rosetti, Bucarest, 2005, p. 108.

<sup>43</sup> Voir P. Corbe, *œuvres citées.*, p. 41, F. Eudier, *œuvres citées* . p. 48

<sup>44</sup> P. Courbe, *œuvres citées.*, p. 58.

<sup>45</sup> P. Courbe, *œuvres citées.*, p. 66.

<sup>46</sup> F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées.*, p.363