

Cuprins

CODUL FAMILIEI	7
Unele aspecte critice sau controversate în legislația și doctrina românească din domeniul dreptului familiei.....	9
Contribuții la definirea juridică a familiei și la stabilirea conținutului acesteia.....	20
Opinii privind nulitatea actelor juridice prin care sunt nesocotite unele dispoziții legale ce reglementează regimul juridic matrimonial.....	40
Contribuții la studiul obligației legale de întreținere a copilului de către părinți.....	48
Reglementarea divorțului prin acordul soților după modificarea Codului de procedură civilă și a Codului familiei prin Gegea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor.....	59
CODUL CIVIL	75
Analiză de ansamblu și unele observații critice privind familia și căsătoria în reglementarea noului Cod civil.....	77
Opinii privind semnificația juridică a termenului „copil”.....	97
Despre căsătorie și familie în legislația română și internațională.....	104
Discuții despre definiția familiei și conținutul acesteia.....	118
Observații critice în legătură cu egalitatea în fața legii a copiilor din afara căsătorie cu cei din căsătorie.....	128
Opinii privind reglementarea logodnei în Codul civil român.....	138
Contribuții la studiul dispozițiilor legale referitoare la interzicerea căsătoriei dintre tutore și persoana aflată sub ocrotirea sa, precum și la cele privind opoziția la căsătoria persoanei care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială.....	152
Contribuții la studiul normelor juridice interne și internaționale referitoare la diferențierea sexuală a soților.....	166
Opinii privind căsătoria persoanelor de același sex în România din perspectivă exclusiv juridică.....	175
Opinii despre concubinaj și căsătorie în dreptul român.....	186
Considerații referitoare la căsătoria putativă în reglementarea Codului civil român.....	202
Locuința familiei și bunurile care o mobilează sau decorează în reglementarea Codului civil.....	211
Clauza de preciput în reglementarea noului Cod civil român.....	232

Veniturile soților din muncă și cele asimilate acestora în reglementarea Codului civil.....	247
Partajul bunurilor comune în devălmășie în timpul regimurilor matrimoniale de comunitate	256
Analiză parțial critică a posesiei de stat în reglementarea noului Cod civil.....	267
Opinii privind timpul legal al concepțiunii și prezumțiile de paternitate în reglementarea Codului civil	278
Recunoașterea de filiație în reglementarea Legii nr. 287/2009 privind Codul civil	290
Acțiunea în contestația filiației în reglementarea Codului civil (Legea nr. 287/2009)	306
Discuții în legătură cu reproducerea umană asistată medical cu terț donator în reglementarea Codului civil	315
Opinii privind autoritatea părintească în reglementarea Codului civil.....	336
Opinii privind drepturile și îndatoririle părintești ale părintelui minor conform art. 490 C. civ.	346
Decăderea din exercițiul drepturilor părintești în reglementarea actualului Cod civil	354
Aspecte critice privind obligația legală de întreținere în reglementarea noului Cod civil.....	371
Discuții privind posibilitatea obligării la muncă a debitorului obligației legale de întreținere, apt de muncă, dar care, din motive imputabile lui, nu obține venituri din muncă și nici nu dispune de alte mijloace pentru executarea acesteia	382
Contribuții la studiul reglementărilor legale referitoare la încuviințarea și revocarea mandatului de ocrotire	390
CODUL DE PROCEDURĂ CIVILĂ.....	405
Unele aspecte privind procedura divorțului în reglementarea noului Cod de procedură civilă.....	407
Discuții în legătură cu competența teritorială a judecătoriei de a soluționa cererile de divorț	420
LEGI SPECIALE	427
Condițiile de fond pentru instituirea tutelei copilului în noul context juridic determinat de intrarea în vigoare a pachetului legislativ privind protecția și promovarea drepturilor copilului.....	429

Unele aspecte critice referitoare la necorelarea unor dispoziții ale Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului cu anumite norme din Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției.....	444
Unele aspecte controversate în doctrina românească în legătură cu condițiile de fond pentru încuviințarea adopției în reglementarea Legii nr. 273/2004	453
Opinii în legătură cu dreptul comun al dovedirii stării civile după intrarea în vigoare a Legii nr. 119/1996 privind actele de stare civilă.....	463
Contribuții la studiul competenței instanțelor judecătorești române în materie de adopție.....	477
Opinii privind nelegalitatea delegării atribuțiilor Consiliului județean și ale Consiliului local al Sectorului Municipiului București referitoare la ocrotirea copilului față de care instanța de judecată a dispus deschiderea procedurii adopției interne sau încredințarea în vedere adopției.....	489
Opinii referitoare la concursul dintre unele prevederi ale Legii nr. 287/2009 privind Codul civil și diverse dispoziții ale Legii nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă	495
Contribuții la studiul procedurii de judecată în cazul cererilor din materia adopției.....	506
Aspecte privind competența instanțelor judecătorești române în materie de adopție.....	519
Concediul de acomodare și indemnizația lunară pentru adoptator sau oricare dintre soții din familia adoptatoare în reglementarea Legii nr. 273/2004 privind procedura adopției.....	528
Considerații privind libertatea copilului de a-și exprima opinia și dreptul acestuia de a fi ascultat	538
Opinii cu privire la căsătoria dintre un bărbat și o femeie în jurisprudența Curții Constituționale a României	548
Opinii privind familia și viața de familie în reglementările internaționale, europene și ale României, precum și în jurisprudența din materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Constituționale a României.....	556

UNELE ASPECTE CRITICE SAU CONTROVERSATE ÎN LEGISLAȚIA ȘI DOCTRINA ROMÂNEASCĂ DIN DOMENIUL DREPTULUI FAMILIEI

Articol publicat în Dreptul nr. 3/2004

1. Dreptul fundamental al ființei umane de a se căsători. În dreptul internațional, *căsătoria* este calificată, *expressis verbis*, un drept *fundamental al omului*¹. Astfel, în temeiul art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului², cu începere de la vârsta nubilă, *bărbatul și femeia, fără nicio restricție în privința rasei, cetățeniei sau a religiei, au dreptul să se căsătorească și să întemeieze o familie* (s.n.). În același sens sunt, spre exemplu, și prevederile art. 23 par. 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice³, ale art. 12 din Convenția pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale⁴ și ale par. 1 din preambulul Convenției Organizației Națiunilor Unite privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor⁵.

A. Abordând *primul aspect*, dedus din conținutul acestor reglementări internaționale, constatăm că, în planul legislației interne a României, dreptul fundamental al ființei umane de a se căsători și de a întemeia o familie nu-și găsește o consacrare explicită, ci numai una implicită.

Într-adevăr, art. 48 din Constituție, consacrat familiei, chiar dacă nu nominalizează dreptul cetățeanului român de a se căsători și de a întemeia o familie, este plasat în Titlul II, destinat drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale și, oricum,

¹ *Căsătoria* poate fi abordată și în alte sensuri, și anume: de act juridic, de stare juridică a soților, de ceremonie și de instituție juridică a dreptului familiei. Pentru unele detalii, în acest sens, a se vedea: T. Bodoașcă, *Dreptul familiei*, Ed. Burg, Sibiu, 2003, pp. 25-27; T. Bodoașcă, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 44 și urm.; T. Bodoașcă, *Unele aspecte critice sau controversate în legislația și doctrina românească din domeniul dreptului familiei*, în *Dreptul nr. 3/2004*, p. 106 și urm.

² *Declarația universală a drepturilor omului* a fost adoptată și proclamată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite prin Rezoluția nr. 217A (III) din 10 decembrie 1948.

³ *Pactul* a fost adoptat și deschis semnării, ratificării și aderării de către Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite prin Rezoluția nr. 2200A (XX) din 16 decembrie 1966 și a intrat în vigoare la data de 23 martie 1976. România a semnat Pactul la 27 iunie 1968 și la ratificat prin Decretul nr. 212/1974 (publicat în B. Of. nr. 135 din 31 mai 1994).

⁴ *Convenția* a fost elaborată în cadrul Consiliului Europei, semnată la 4 noiembrie 1950 și intrată în vigoare la data de 3 septembrie 1953. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 30/1994 (publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1954).

⁵ *Convenția* a fost adoptată de Organizația Națiunilor Unite la New York, la 10 decembrie 1962. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 116/1992 (publicată în M. Of. nr. 330 din 24 decembrie 1992).

reglementează coordonatele generale ale exercitării acestui drept. Astfel, textul acestuia evocă următoarele aspecte în legătură cu căsătoria: condițiile de încheiere, de desfacere și de nulitate ale căsătoriei [alin. (2)]⁶; principiul căsătoriei liber consimțite între soți și principiul egalității acestora [alin. (1)]; dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor [alin. (1); egalitatea în fața legii a copiilor din afara căsătoriei cu cei din căsătorie [alin. (3)].

Codul familiei, de asemenea, nu se referă explicit la acest drept, dar, după ce reia principiile constituționale ale exercitării lui [art. 1 alin. (3) și (4)], reglementează în detaliu condițiile pentru încheierea căsătoriei (art. 3-18), nulitatea căsătoriei (art. 19-24), efectele căsătoriei (art. 25-36) și desfacerea căsătoriei (art. 37-44).

Mai mult, art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992 se referă, implicit, la *libertatea persoanei de a se căsători*. Astfel, potrivit textului respectiv, în cazul căsătoriilor încheiate în România, dacă unul dintre viitorii soți este cetățean român și legea națională a celuilalt soț prevede un impediment la căsătorie care, potrivit dreptului român, este incompatibil cu *libertatea de a încheia o căsătorie* (s.n.) acel impediment va fi înlăturat ca inaplicabil.

Cu toate acestea, în opinia noastră, pentru simplul motiv că ne aflăm în prezența unui drept fundamental, *de lege ferenda*, s-ar impune ca atât Constituția, cât și Codul familiei să prevadă expres acest drept. S-ar impune acest demers și datorită importanței covârșitoare pe care căsătoria și familia le au pentru societate, importanță oficializată chiar de Declarația universală a drepturilor omului. Astfel, potrivit art. 16 par. 3 din Declarație, familia, care este unicul scop și consecința necesară a căsătoriei⁷, este *elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului* (s.n.). Evident, ocrotirea la care se referă Declarația se realizează, mai întâi, prin instrumente juridice.

În opinia noastră, o viitoare reglementare internă expresă trebuie să rezolve tranșant și problema calificării căsătoriei, ca *drept fundamental* sau ca *libertate fundamentală*, deoarece, după cum s-a subliniat anterior, există reglementări interne care evocă căsătoria și ca o libertate fundamentală.

Facem precizarea că, sub acest aspect, Proiectul noului Cod civil, în art. 198, care poartă titlu marginal „libertatea căsătoriei”, va soluționa această problemă, deoarece prevede *expressis-verbis* că bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători în scopul de a întemeia o familie [alin. (1)].

B. *Sub al doilea aspect*, art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului coroborat cu art. 11 alin. (1) din Constituție interzice, practic, ca prin legislația noastră internă să se instituie, pentru exercitarea dreptului persoanei de a se căsători și de a întemeia o familie, restricții fondate pe criterii de rasă, cetățenie sau religie.

⁶ Alin. (2) al art. 48 din Constituție se mai referă și la celebrarea căsătoriei religioase, care poate avea loc însă numai după încheierea căsătoriei civile.

⁷ A se vedea: art. 1 alin. (3) C. fam. *Bravitudis-causa*, pentru evitarea repetărilor și ușurința exprimărilor, atunci când, în cuprinsul studiului, vom evoca un text de lege fără să indicăm actul normativ, avem în vedere *Codul familiei*.

În dreptul românesc, chiar dacă nu există un text legal care să interzică expres astfel de restricții, art. 20 alin. (1) din Constituție asigură totuși *cadrul constituțional general* pentru exercitarea acestui drept fără îngrădiri bazate pe criterii de rasă, cetățenie sau religie. Astfel, potrivit textului respectiv, dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația universală a drepturilor omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte.

Mai mult, potrivit art. 20 alin. (2) din Legea fundamentală, dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile⁸.

Însă, contrar celor stipulate în Constituție și reglementările internaționale, în legislația românească sunt două situații în care căsătoria anumitor cetățeni români este restricționată tocmai pe criterii de cetățenie.

Astfel, în temeiul art. 29 lit. f) din Legea nr. 80/1995⁹ și art. 18 lit. a) din Legea nr. 195/2000¹⁰, cadrele militare în activitate¹¹ și, respectiv, preoții militari se pot căsători cu o persoană apatridă sau care nu are exclusiv cetățenia română numai cu aprobarea ministrului apărării naționale sau, după caz, a conducătorului autorității publice ce are în componență structura militară în care funcționează cadrul militar sau preotul militar în cauză¹².

Neîndoielnic, textele respective sunt *neconstituționale* și, oricum, *ineficiente*.

Cât privește *neconstituționalitatea*, chiar dacă art. 48 alin. (2) din Constituție face trimitere la lege, în ceea ce privește condițiile de încheiere, de desfacere și de nulitate a căsătoriei, legea trebuie să fie conformă cu tratatele la care România este parte.

În acest sens sunt dispozițiile art. 11 alin. (1) din Constituție, potrivit cărora România se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte. Astfel spus, prin restricționarea căsătoriei, prevăzută de cele două texte legale, România, împotriva celor stipulate de art. 11 alin. (1) din Constituție, nu-și respectă, sub acest aspect, obligațiile ce-i incumbă din Declarația universală a drepturilor omului și din ratificarea Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice, a Convenției pentru protecția drepturilor omului și a

⁸ Textul art. 20 alin. (2) din Constituție a fost reprodus astfel cum a fost modificat prin Legea de revizuire a Constituției (publicată în M. Of. nr. 669 din 22 septembrie 2003).

⁹ Legea nr. 80/1995 privind statutul cadrelor militare a fost publicată în M. Of. nr. 155 din 20 iulie 1995.

¹⁰ Legea nr. 195/2000 privind constituirea și organizarea clerului militar a fost publicată în M. Of. nr. 561 din 13 noiembrie 2000.

¹¹ Potrivit art. 2 din Legea nr. 80/1995, sunt cadre militare în activitate subofițerii, maiștrii militari și ofițerii care ocupă o funcție militară. Nu au această calitate următoarele categorii de militari: militarii în termen, militarii cu termen redus, elevii și studenții din instituțiile militare de învățământ.

¹² Spre exemplu, alături de Ministerul Apărării Naționale, următoarele autorități au în componență structuri militare: Ministerul Administrației și Internelor, Serviciul Român de Informații, Serviciul de Protecție și Pază, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Telecomunicații Speciale etc. A se vedea art. 11 din Legea apărării naționale a României nr. 45/1994 (publicată în M. Of. nr. 172 din 7 iulie 1994).

libertăților fundamentale și a Convenției privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor.

Neconstituționalitatea celor două texte legale poate fi analizată chiar și în raport cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din Constituție, deoarece, practic, se creează o situație discriminantă pentru persoanele care urmează să se căsătorească și care au calitatea de cadre militare active sau preoți militari, deoarece sunt supuse unor cerințe legale suplimentare în raport cu ceilalți cetățeni.

Cele două texte legale sunt și *ineficiente*, deoarece, fiind evident nefavorabile în raport cu acte normative internaționale, la care România este parte sau la care a aderat, în temeiul art. 20 alin. (2) din Constituție, au prioritate în aplicare reglementările internaționale respective.

Ineficiența poate fi privită și sub un alt aspect. Astfel, dacă restricția în cauză a fost determinată de preocuparea legiuitorului pentru eliminarea riscurilor ce pot să apară pentru securitatea¹³ și apărarea națională, urmare stabilirii raporturilor juridice de familie între cadre militare active și preoți militari, pe de o parte, și persoane apatride sau care nu au exclusiv cetățenia română, pe de altă parte, este de constatat că sunt și alte persoane sau raporturi juridice ce presupun același risc sau, chiar, mai mare, dar față de care restricția nu este instituită.

Astfel, spre exemplu, persoane, chiar din sistemul securității și apărării naționale, care nu au calitatea de cadre militare sau preoți militari, dar care gestionează, în ultimă instanță, cvasitotalitatea aspectelor privind securitatea și apărarea națională, nu sunt supuse acestei restricții. Evocăm, în acest context, situația ministrului apărării naționale și a directorului Serviciului Român de Informații, care, fiind persoane civile, se pot căsători cu persoane de orice cetățenie sau apatride.

De asemenea, elevii și studenții militari nu cad sub incidența acestei restricții cu toate că, după absolvirea instituțiilor militare de învățământ, devin cadre militare active.

Oricum, astfel de riscuri subzistă chiar dacă preotul sau cadrul militar nu este căsătorit cu o asemenea persoană, deoarece raporturile de familie nu sunt singura posibilitate faptică de natură să faciliteze punerea în pericol, în orice mod, a securității sau apărării naționale. Același risc îl comportă, spre exemplu, raporturile de filiație, de concubinaj sau de prietenie pentru care legea nu impune persoanelor în cauză nicio restricție întemeiată pe astfel de criterii.

Față de cele prezentate considerăm că, *de lege ferenda*, se impune eliminarea, pur și simplu, din cele două legi, a textelor în cauză.

2. Diferențierea sexuală a soților. Unanim este admis în doctrină că *diferențierea sexuală a soților*, chiar dacă nu este prevăzută expres de lege, este o *condiție de fond* pentru încheierea valabilă a căsătoriei¹⁴. Se susține că această condiție, fiind atât de

¹³ După revizuire, textele constituționale nu se mai referă la *siguranța națională*, ci la *securitatea națională* (în acest sens, a se vedea, spre exemplu, art. 49 alin. (1) și art. 118 din Constituție).

¹⁴ A se vedea: I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a 5-a, Ed. All Beck, București, 2000, p. 16; I. Albu, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1975, p. 59; Al. Bacaci, V. Dumitrache și C. Hageanu, *op. cit.*, 19.

evidentă și, oricum, de esența căsătoriei, legiuitorul a găsit de cuviință să nu o reglementeze expres. Se constată totuși că ea rezultă implicit din prevederile art. 1, art. 4-5, art. 25, art. 47-52 și art. 53-60 C. fam.¹⁵.

În opinia noastră, ne aflăm în prezența unei *lacune legislative* generatoare de *ambiguitate* în legătură cu prohibirea, în sistemul de drept românesc, a căsătoriilor dintre persoane de același sex.

Deși această situație nu a devenit încă acută, este de natură să încurajeze, și la români, preocupările pentru legalizarea căsătoriilor monosexuale, așa după cum, de altfel, s-a întâmplat deja în unele țări europene.

Fără a fi panicarzi, atragem atenția că, în lipsa unor demersuri legislative urgente și tranșante pentru conservarea tradiției noastre creștine în materie de căsătorie, liberalizarea raporturilor sexuale între persoane de același sex¹⁶ este numai preludiul legalizării căsătoriilor dintre astfel de persoane¹⁷.

Revenind la *diferențierea sexuală*, ca atare, constatăm că numai art. 25 și art. 53 C. fam.¹⁸ au în vedere expres căsătoria dintre un bărbat și o femeie, fără însă să excludă celălalt tip de căsătorie. Într-adevăr, cele două texte, referindu-se explicit la *egalitatea bărbatului și a femeii în căsătorie*, respectiv la prezumția conform căreia *copilul din căsătorie are ca tată pe soțul sau pe fostul soț al mamei*, au în vedere, în primul rând, căsătoria dintre un bărbat și o femeie, dar, evident, nu exclud (*de iure*) căsătoriile dintre persoane de același sex.

Astfel, art. 25 are rolul de a da eficiență, *in concreto*, la relațiile de familie, principiului general al egalității dintre bărbat și femeie și nicidecum semnificația de a interzice, chiar și implicit, căsătoriile monosexuale. Cât privește art. 53, acesta este folosit pentru a facilita stabilirea paternității copiilor din căsătorie, fiind inefficient în acele cazuri în care, din căsătorie, nu au rezultat copii sau copiii sunt din afara căsătoriei. Lipsa copiilor din căsătorie poate avea diverse cauze, printre care poate fi și existența unei căsătorii între persoane de același sex. Oricum, evident, nici acest text nu are semnificația instituirii unei interdicții privind căsătoriile între persoane de același sex.

Pe de altă parte, textele din Codul familiei care se referă la *bărbat și la femeie*, fără a preciza că este vorba despre căsătoria dintre ei¹⁹ sau la *soț*²⁰ ori la *părinți*²¹, fără a face distincție în legătură cu sexul lor, respectiv modalitatea juridică prin care au dobândit calitatea de părinți, sunt, în lipsa unui text legal expres care să interzică căsătoriile monosexuale, de asemenea, de natură să producă ambiguitate sub aspectul analizat.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ În temeiul art. I pct. 3 din O.U.G. nr. 89/2001 (publicată în M. Of. nr. 338 din 26 iunie 2001), a fost abrogat art. 200 C. pen., care incrimina relațiile sexuale între persoane de același sex.

¹⁷ A se vedea T. Bodoașcă, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸ *Brevitatis causa*, pentru evitarea repetărilor și ușurința exprimărilor, atunci când, în cuprinsul studiului, ne vom referi la un text legal fără să indicăm actul normativ, avem în vedere Codul familiei.

¹⁹ A se vedea, spre exemplu: art. 4 și art. 5.

²⁰ A se vedea, spre exemplu: art. 1 alin. (3) și (4), art. 4, art. 10, art. 12-13¹, art. 16-17, art. 20-21, art. 23-24, art. 26-38, art. 46-41 etc.

²¹ A se vedea, spre exemplu: art. 1 alin. (5), art. 42-44, art. 62 etc.

Într-adevăr, noțiunea juridică de *soț* poate indica atât femeia, cât și bărbatul, iar aceea de *părinte* poate desemna atât părintele natural, cât și părintele adoptiv, adică părintele civil.

Mai mult, chiar și art. 48 alin. (1) din Constituție, consacrat familiei, alimentează aceasta ambiguitate. Astfel, după ce se prevede că familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între *soți* și pe egalitatea acestora, se instituie dreptul și obligația *părinților* de a asigura creșterea, educația și instruirea *copiilor*.

Textul constituțional citat, reglementând dreptul și obligația părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor, are în vedere, în primul rând, copiii rezultați din căsătoria dintre un bărbat și o femeie, fiindcă, evident, numai din unirea lor biologică pot rezulta copii.

Însă, tot atât de adevărat este și faptul că persoanele, în speță soții, pot dobândi calitatea de părinți și pe cale civilă, adică prin adopție²², fără să fie necesară procrearea. De asemenea, calitatea de părinte se poate dobândi și urmare *asistenței medicale a procreării*, adică fără să fie necesară unirea biologică naturală dintre bărbat și femeie²³.

Uneori, chiar familia poate fi alcătuită numai din soți²⁴, deoarece, pentru întemeierea acesteia, după cum rezultă din cuprinsul art. 48 alin. (1) din Legea fundamentală, este suficient consimțământul viitorilor soți. Altfel spus, pentru existența valabilă a familiei, nu este necesară și existența, alături de părinți, a copiilor. Inexistența copiilor, la rândul ei, se poate datora și împrejurării că soții sunt persoane de același sex.

În opinia noastră, ambiguitatea reglementărilor interne este în dezacord cu prevederile art. 16 din Declarația universală a drepturilor omului și ale altor acte normative internaționale²⁵. Astfel, art. 16 din Declarație, statuând că *familia este elementul natural și fundamental al societății* (par. 3), iar aceasta (familia) este consecința exercitării *dreptului fundamental al femeii și al bărbatului de a se căsători* (par. 1), are în vedere, în opinia noastră, numai căsătoria dintre un bărbat și o femeie. Într-adevăr, calificarea familiei drept *elementul natural și fundamental al societății*, în același context cu *instituirea dreptului bărbatului și al femeii de a se căsători și de a întemeia o familie*, exclude ipoteza căsătoriilor dintre persoane de același sex, care, *de facto*, nu pot determina apariția unei *familii firești* (naturale).

Cu toată ambiguitatea existentă, fiind de acord că diferențierea sexuală este o *condiție de fond (esențială), naturală (firească) și evidentă*, lipsa unui text legal expres care să

²² A se vedea: art. 1 și urm. din Legea nr. 273/2004 cu privire la regimul juridic al adopțiilor (publicată în M. Of. nr. 557 din 23 iunie 2004. Prin art. 75 alin. (3) lit. a), Legea nr. 273/2004 a abrogat expres O.U.G. nr. 25/1997 cu privire la regimul juridic al adopției (publicată în M. Of. nr. 120 din 12 iunie 1997).

²³ Pentru unele detalii, a se vedea: V. Dobozi, *Filiația în cadrul asistenței medicale a procreării*, în *Dreptul nr. 9/2001*, p. 42 și urm.; T. Bodoașcă, *op. cit.*, p. 249 și urm.

²⁴ Pentru unele detalii, a se vedea: T. Bodoașcă, *Conținutul juridic al noțiunii de familie*, în *Analele Universității Româno-Germane*, nr. 1/2002, Ed. Burg, Sibiu, 2002, pp. 144-158.

²⁵ A se vedea: art. 12 din Convenția pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale; pct. 1 din preambulul Convenției O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor (Convenția a fost adoptată de Adunarea Generală a O.N.U., la New York, la data de 10 decembrie 1962. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 116/1992, publicată în M. Of. nr. 330 din 24 decembrie 1992).

interzică căsătoriile între persoane de același sex generează serioase dificultăți în ceea ce privește stabilirea naturii și, mai ales, a temeiului juridic al nulității unei astfel de căsătorii.

În opinia noastră, *căsătoria încheiată între persoane de același sex este lovită de nulitate absolută.*

Cel puțin patru argumente pledează pentru această concluzie.

În primul rând, o astfel de căsătorie nesocotește interese generale, deoarece proximal și necesarul efect al căsătoriei este întemeierea unei familii, iar familia reprezintă, conform reglementărilor internaționale²⁶, *elementul natural și fundamental al societății, ce are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului.*

În al doilea rând, după cum am evocat anterior, căsătoria între persoane de același sex, prin ea însăși, este incompatibilă cu întemeierea unei familii care să constituie *elementul natural al societății.* Pe cale de consecință, această căsătorie nu se bucură de ocrotire din partea societății și a statului. Sub acest aspect, o astfel de căsătorie, ca act juridic, este fondată pe o cauză ilicită.

În al treilea rând, în ultimă instanță, este vorba despre nesocotirea unei condiții de fond (esențiale) pentru încheierea valabilă a căsătoriei și care, de regulă, se sancționează cu nulitatea absolută.

În al patrulea rând, acceptarea nulității relative ar nesocoti fundamentul nulității și, mai grav, ar deschide, practic, cale liberă pentru căsătoriile între persoane de același sex. Într-adevăr, în general, nulitățile relative, ocrotind interese particulare, pot fi acoperite și, în particular, în temeiul art. 21 alin. (2), anularea căsătoriei se poate cere numai pentru vicii de consimțământ de către soțul al cărui consimțământ a fost viciat și numai în termen de șase luni, după caz, de la descoperirea erorii sau vicleniei ori încetarea violenței. Altfel spus, lipsa cererii de anulare, introdusă de soțul interesat, sau introducerea acesteia după împlinirea termenului de prescripție, ar transforma căsătoria anulabilă într-o căsătorie valabilă.

Pe de altă parte, teza nulității relative nu rezolvă problema nici în acele situații în care soții sunt de rea-credință, fiindcă, de principiu, nimănui nu-i este îngăduit să ceară anularea unui act juridic invocând propria turpitudine²⁷.

Cât privește temeiul juridic al nulității căsătoriei între persoane de același sex, acesta este determinat tocmai de împrejurarea că o astfel de căsătorie este incompatibilă cu cauza (scopul)²⁸ prevăzută de reglementările internaționale. Într-adevăr, este mai mult decât evident faptul că această căsătorie este incompatibilă cu nașterea unei familii ce poate fi calificată drept *elementul natural al societății.* Altfel spus, căsătoria între persoane de același sex, fiind împotriva firescului, nu dă naștere familiei ca element natural și fundamental al societății și, pe cale de consecință, este fondată pe o cauză ilicită.

Facem precizarea că și legislația internă a României prevede, implicit, cauza (scopul) căsătoriei. Astfel, în temeiul art. 48 alin. (1) din Constituție, *familia se întemeiază*

²⁶ A se vedea: art. 16 par. 3 din Declarația universală a drepturilor omului.

²⁷ A se vedea: Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 661/1979, în RRD nr. 11/1979, p. 63.

²⁸ *Cauza sau scopul* împreună cu *consimțământul* alcătuiesc *voința juridică*, element esențial pentru existența valabilă a oricărui act juridic (pentru unele detalii în acest sens, a se vedea Gh. Beleiu, *Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2000, pp. 142-143.

pe căsătoria liber consimțită între soți (s.n.) și, potrivit art. 1 alin. (3) C. fam., familia are la bază căsătoria liber consimțită între soți (s.n.). Deci, și în dreptul românesc, scopul (cauza) căsătoriei este întemeierea unei familii, numai că, spre deosebire de reglementările internaționale, familia nu mai este calificată drept elementul natural și fundamental al societății, împrejurare de natură să inducă o oarecare incertitudine în legătură cu admisibilitatea acțiunii în anulare întemeiată pe textele legale interne evocate mai sus.

De fapt, după revizuirea Constituției²⁹, chiar și textele din reglementările internaționale pot deveni ineficiente pentru motivarea, în drept, a cererii de declarare a nulității căsătoriei între persoane de același sex. Astfel, potrivit art. 20 alin. (2) din Constituție, dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile (s.n.). Evident, Constituția și Codul familiei, referindu-se la familie fără să facă distincție după cum aceasta reprezintă sau nu elementul natural și fundamental al societății, așa cum o fac reglementările internaționale, creează, sub acest aspect, un cadru juridic mai larg. O eventuală opunere a soților de același sex la anularea căsătoriei dintre ei ar fi, în opinia noastră, susținută tocmai de excepția instituită în finalul art. 20 alin. (2) din Constituție.

În concluzie, pentru estomparea ambiguităților și eliminarea inconvenientelor generate de acestea, *de lege ferenda*, se impune introducerea în Codul familiei a unei norme prin care să se interzică expres căsătoriile între persoane de același sex, iar încălcarea acesteia să fie prevăzută sub sancțiunea nulității absolute a căsătoriei.

3. Condițiile de fond ale căsătoriilor cu element de extraneitate. În temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 105/1992³⁰, în cazul căsătoriilor cu element de extraneitate, condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei sunt determinate de legea națională a fiecăruia dintre soți (s.n.)³¹. În același sens sunt, implicit, și dispozițiile art. 33 din Legea nr. 119/1996³². Astfel, potrivit acestora, ofițerul de stare civilă român poate încheia căsătoria între cetățeni străini numai dacă viitorii soți prezintă dovezi eliberate de misiunile diplomatice sau oficiile consulare ale țărilor ai căror cetățeni sunt din care să rezulte că sunt îndeplinite condițiile de fond cerute de legea lor națională, pentru încheierea căsătoriei³³.

Facem precizarea că normele juridice evocate mai sus sunt aplicabile și în ipoteza în care elementul de extraneitate constă în împrejurarea că unul dintre viitorii soți sau ambii

²⁹ Constituția a fost publicată în M. Of. nr. 233 din 21 noiembrie 1991 și, după modificarea și completarea ei prin Legea de revizuire nr. 429/2003 (publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003), a fost republicată în nr. 767 din 31 octombrie 2003, dându-se articolelor o nouă numerotare.

³⁰ Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat a fost publicată în M. Of. nr. 245 din 1 octombrie 1992.

³¹ În ceea ce privește *statutul civil al persoanei fizice*, legea națională, în raporturile de drept internațional privat român, se stabilește conform regulilor prevăzute de art. 12 din Legea nr. 105/1992.

³² Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă a fost publicată în M. Of. nr. 282 din 11 noiembrie 1996.

³³ Deși art. 33 din Legea nr. 119/1996 are în vedere numai ipoteza căsătoriei între cetățeni străini, pentru identitate de rațiune, regula înscrisă în acesta se va aplica și în cazul căsătoriei dintre un cetățean român și un cetățean străin.

sunt persoane fără cetățenie (apatride) cu domiciliul sau reședința în străinătate, deoarece, sub aspectul statutului lor civil, aceste persoane sunt supuse, conform art. 12 alin. (4) din Legea nr. 105/1992, legii statului de domiciliu sau de reședință. Deci, legea națională a acestor persoane nu este legea română, ci legea străină, adică legea statului în care ele domiciliază ori au reședința.

În cazul acestor căsătorii, în temeiul art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992, dacă legea națională a unuia dintre viitorii soți prevede un impediment la căsătorie care, potrivit dreptului român, este incompatibil cu libertatea de a încheia căsătoria, acel impediment va fi înlăturat ca inaplicabil în cazul în care unul dintre viitorii soți este cetățean român și căsătoria se încheie în România.

Textul citat comportă unele explicații particulare.

În primul rând, impedimentele incompatibile cu libertatea de a încheia căsătoria sunt, în opinia noastră, împrejurări de fapt³⁴ legate, după caz, de *rasa, cetățenia sau religia* persoanei, ce se opun unor dispoziții din legea națională a viitorului soț cetățean străin, lege ce contravine, sub acest aspect, reglementărilor internaționale. Se impune această concluzie, deoarece, conform art. 16 par. 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, dreptul fundamental al bărbatului și al femeii de a se căsători și de a întemeia astfel o familie nu poate fi restricționat pe criterii de rasă, cetățenie sau religie. Altfel spus, numai impedimentele la căsătorie fondate pe criterii de rasă, cetățenie sau religie sunt incompatibile cu libertatea de a încheia căsătoria. Deci, în cazul acestor căsătorii, autoritatea românească este în drept și obligată să înlătore normele juridice din legea străină (legea națională a soțului străin), care restricționează căsătoria pe criterii de rasă, cetățenie sau religie.

În al doilea rând, deși textul se referă expres numai la căsătoria dintre un cetățean străin și un cetățean român, în opinia noastră, va fi implicit aplicabil și în situația în care, după caz, unul dintre viitorii soți este o persoană apatridă cu domiciliul sau reședința în străinătate, iar celălalt este cetățean român sau unul dintre viitorii soți este cetățean străin, iar celălalt este o persoană apatridă cu domiciliul sau reședința în România. Concluzia ce o promovăm se impune deoarece, în temeiul art. 12 alin. (4) din Legea nr. 105/1992, persoana apatridă, sub aspectul statutului ei civil, este supusă tratamentului juridic aplicabil străinilor, dacă are domiciliul sau reședința în străinătate sau celui aplicabil cetățenilor români, dacă domiciliază ori are reședința în România.

În al treilea rând, art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992 se referă impropriu la *dreptul român*, deoarece restricționările, ce sunt incompatibile cu dreptul (libertatea) persoanei de a se căsători, nu sunt stipulate în vreo lege internă a României, ci, după cum s-a evocat deja, în art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului și par. 1 al preambulului Convenției O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor³⁵. Evident, textele din Declarație și

³⁴ Pentru unele detalii privind înțelesul sintagmei *impedimente la căsătorie*, a se vedea T. Bodoască, *Unele aspecte critice sau controversate în legislația și doctrina românească din domeniul dreptului familiei*, în *Dreptul nr. 3/2004*.

³⁵ *Convenția* a fost adoptată de Adunarea Generală a O.N.U., la New York, la 10 decembrie 1962. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 116/1992 (publicată în M. Of. nr. 330 din 24 decembrie 1992).

Convenție vor avea eficiență și pe teritoriul României în temeiul principiului înscris în art. 11 alin. (2) din Constituție. Cu toate acestea, pentru evitarea interpretărilor diverse³⁶, *de lege ferenda*, s-ar impune, fie eliminarea din cuprinsul art. 18 alin. (2) al Legii nr. 105/1992 a referirii la dreptul intern, fie introducerea în Codul familiei sau chiar în Constituție a unui text prin care să se interzică restricționarea pe criterii de rasă, cetățenie sau religie a dreptului persoanei de a se căsători.

În *al patrulea rând*, prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992, interpretate *per a contrario*, nu sunt aplicabile în ipoteza în care căsătoria se încheie în România, în fața ofițerului de stare civilă român, dar între persoane cetățeni străini ori apatride cu domiciliul sau reședința în străinătate și nici în ipoteza în care căsătoria se încheie în străinătate, în fața reprezentanților misiunilor diplomatice sau ai oficiilor consulare ale României, indiferent de cetățenia viitorilor soți. Evident, având în vedere caracterul de universalitate și generalitate a normei prevăzute de art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului și a celei stipulate în par. 1 al preambulului Convenției O.N.U., cantonarea prevederilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992 la căsătoriile încheiate în România, în fața ofițerului de stare civilă român, între o persoană cetățean străin și o persoană cetățean român, este o măsură discriminatorie. Drept urmare, *de lege ferenda*, propunem reformularea acestui text legal, astfel încât să cadă sub incidența lui și căsătoriile între persoane din cele două ipoteze, evocate mai sus.

În legătură cu astfel de căsătorii se mai pune și problema dacă sunt lovite de nulitate absolută în situația în care viitorul soț, cetățean străin sau apatrid cu domiciliul ori reședința în străinătate, îndeplinește condițiile de fond prevăzute de legea lui națională, dar nu le îndeplinește pe cele stipulate în legea română.

Față de formularea lipsită de echivoc a normei prevăzute de art. 18 alin. (1) din Legea nr. 105/1992, s-ar părea că neîndeplinirea condițiilor de fond prevăzute de legea română, în ipoteza analizată, nu atrage nulitatea absolută a căsătoriei.

Cu toate acestea, în opinia noastră, legea străină va fi înlăturată pe motiv că încalcă *ordinea publică de drept privat român*, evocată de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 105/1992.

Într-adevăr, legea străină, pentru a nu încălca *ordinea publică de drept privat român*, trebuie să cuprindă, sub acest aspect, cel mult deosebiri de reglementare neesențiale și nicidecum aspecte care să vină în coliziune cu legea română. Spre exemplu, legea străină, care permite bigamia sau care nu prevede obligativitatea consimțământului la căsătorie, nu poate fi aplicată tocmai datorită împrejurării că în Codul familiei se interzice expres să se căsătorească persoana căsătorită (art. 5) și, respectiv este cerut imperativ consimțământul viitorilor soți la căsătorie [art. 1 alin. (3) și art. 16].

De fapt, unele condiții pentru încheierea căsătoriei, prevăzute de legea română, *se impun* datorită caracterului lor de universalitate și generalitate, ca *principii fundamentale*

³⁶ Astfel, s-ar putea contesta calitatea de *element al dreptului intern* a Declarației universale a drepturilor omului pentru motivul că aceasta este, de fapt, o rezoluție a O.N.U. [nr. 217A (III) din 10 decembrie 1948] și care, oricum, nu este ratificată de Parlament, așa cum expres se cere de art. 11 din Constituție (pentru unele detalii în acest sens, a se vedea S. Scăunaș, *Drept internațional public*, Ed. All Beck, București, 2002, pp. 59-60).

ale dreptului familiei, principii care, ca regulă generală, înlătură aplicarea legii străine³⁷. Evocăm, spre exemplu, condiția consimțământului la căsătorie [art. 1 alin. (3) și art. 16)], condiția împlinirii vârstei matrimoniale (art. 4) și condiția încheierii căsătoriei în fața ofițerului de stare civilă (art. 3, art. 16 și art. 17). Împrejurarea că astfel de condiții sunt de ordine publică derivă și din faptul că sunt consfințite în importante reglementări internaționale³⁸.

Pe de altă parte, majoritatea condițiilor de fond, încorporând interese generale (publice), sunt prevăzute de Codul familiei sub sancțiunea nulității absolute a căsătoriei³⁹. Drept urmare, și astfel de condiții intră în conținutul ordinii publice de drept internațional privat român și, în măsura în care legea străină contravine lor, va fi înlăturată.

Concluzia ce o promovăm se impune și din nevoia imperioasă a respectării principiului egalității juridice dintre soți, principiu universal care, prin el însuși, exclude tratamentul juridic diferit al soților, chiar dacă aceștia sunt de cetățenii diferite. Astfel, potrivit art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului, bărbatul și femeia, fără nicio distincție, au drepturi egale la încheierea căsătoriei, pe durata căsătoriei și la desfacerea ei. În același sens sunt și prevederile art. 23 par. 4 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, ale par. 1 din preambulul Convenției O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor, ale art. 48 alin. (1) din Constituție și ale art. 1 alin. (4) C. fam.

Deci, neîndeplinirea de către soțul străin a condițiilor de fond pentru încheierea căsătoriei, prevăzute de Codul familiei român, va determina nulitatea căsătoriei, nulitate motivată în drept tocmai pe textul respectiv încălcat și pe prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 105/1992.

³⁷ A se vedea I.P. Filipescu, *Drept internațional privat*, vol. I, Ed. Actami, București, 1997, p. 136 și urm.

³⁸ A se vedea: art. 16 din Declarația universală a drepturilor omului; art. 23 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice [Pactul a fost adoptat și deschis semnării, ratificării și aderării de către Adunarea Generală a O.N.U. prin Rezoluția nr. 2200 A (XX) 19 din 16 decembrie 1996. Pactul a intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform prevederilor art. 49. România a semnat Pactul la 27 iunie 1996 și l-a ratificat prin Decretul nr. 212/1974, publicat în B. Of., Partea I, nr. 146 din 20 decembrie 1974]; art. 1 din Convenția O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor.

³⁹ Potrivit art. 19 C. fam., atrag nulitatea absolută a căsătoriei următoarele împrejurări: neîmplinirea vârstei matrimoniale (art. 4); calitatea de persoană căsătorită (art. 5); existența legăturii de rudenie naturală (art. 6) sau civilă [art. 7 lit. a)]; lipsa discernământului (art. 9); lipsa publicității căsătoriei (art. 13¹); lipsa consimțământului la căsătorie (art. 16).