

Reglementarea „vieții familiale” în Noul Cod Civil

Prof. univ. dr. ALEXANDRU-VIRGIL VOICU

Precizări introductive

Dreptul familiei s-a constituit ca ramură de drept și subramură a științei dreptului ulterior datei intrării în vigoare a Codului familiei. Reglementările privind persoanele și relațiile de familie au fost cuprinse inițial în Codul civil din 1864 (în vigoare anterior instaurării regimului comunist) în Cartea I „Despre persoane” (art. 6-126 și respectiv, art. 127-460)¹.

Este unanim recunoscut că *Dreptul familiei* reunește normele juridice care reglementează raporturile personale și cele patrimoniale izvorâte din căsătorie, rudenie, adopție, precum și din alte relații asimilate de lege, sub unele aspecte, relațiilor de familie.

În cele care urmează ***vom examina normele juridice care reglementează raporturile personale și cele patrimoniale izvorâte din căsătorie, rudenie (firească și adoptivă), adopție, precum și din alte relații asimilate de lege, sub unele aspecte, relațiilor din familie*** [cuprinse în Codul familiei (adoptat prin Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1953, cu modificările și completările ulterioare), întregite, în special, de dispozițiile Decretului nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și la persoanele juridice, Decretului nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului nr. 31/1954, Legii nr. 119/1996 privind actele de stare civilă, Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, Legii nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, Legii nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, precum și cele cuprinse în actualul Cod civil – ***transpuse în corpul Noului Cod civil (NCC) – Legea nr. 287/2009.***

¹ Cartea I a Codului civil (art. 6-640) a suferit abrogări succesive. Începutul acestora a fost marcat de abrogările art. 1–16 (petrecute prin Legea 24/1924 privind dobândirea și pierderea naționalității române) și s-au încheiat odată cu intrarea în vigoare a Decretului 31/1954 și Decretului 32/1954.

Studiul nostru va trebui să evidențieze, în mod firesc, viabilitatea în viitor a principiilor generale ale realizării „dreptului familiei”. Dreptul, privit ca fenomen normativ, trebuie să reprezinte și activitatea de realizare a dreptului într-un amplu și foarte important segment al vieții sociale și anume „Viața familială”. Viața familială, înțeleasă ca legătură substanțială și efectivă între persoanele care constituie o familie de *facto* se bucură de protecție specială, art. 26 alin. (1) din Constituție stabilind imperativ obligația autorităților publice de a respecta și a ocroti „viața intimă, familială și privată”². Instrumentalizarea excesivă a dreptului (inflația legislativă, excesul de normativism ca tendință de autodistrugere, posibilitatea separației și agravării conflictului între valorile ordinii publice și valorile statului de drept în procesul aplicării legii) nu trebuie să altereze normativitatea dreptului³.

² Florian Emese op.cit., p. 9: „Se bucură de ocrotire juridică viața de familie, înțeleasă în sens larg, ca legătură biologică și/sau juridică, acompaniată de o relație personală reală, efectivă. Altfel spus, în interpretarea Curții Europene, viața de familie **nu presupune neapărat existența unei legături juridice recunoscute oficial, de tipul căsătoriei**. Pe de altă parte, „viața de familie” acoperă nu doar relațiile dintre soți, ci și acelea dintre părinți și copii – fie aceștia din căsătorie sau din afara căsătoriei, relațiile dintre frați, dintre bunici și nepoți, sau chiar dintre unchi și nepoți, dintre adoptator și adoptat. În viziunea judecătorilor europeni cuplurile homosexuale nu pot pretinde existența, deci nici protecția cuvenită vieții familiale. Pe larg (nota E. Florian), a se vedea C. Bîrsan, *Protecția dreptului la viață privată și familială, la corespondență și domiciliu în Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, P.R. nr. 1/2003, p. 54 și urm.”

² Potrivit art. 8 din Convenția Europeană, „Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale (pct. 1). Nu este admis amestecul nici unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei ori protejarea drepturilor și a libertăților altora (pct. 2)”; „Protecția vieții familiale are în vedere, potrivit jurisprudenței Curții Europene, viața de familie existentă și nu o viață de familie aflată în stadiu de proiect, de aceea art. 8 din Convenția Europeană nu este acoperitor pentru dreptul de a divorța. Astfel, în cauza *Johnston c. Irlandei*, față de plângerea reclamantilor care nu se puteau căsători între ei deși conviețuiau de mai bine de 15 ani, dată fiind starea de persoană căsătorită a unuia dintre concubini și inadmisibilitatea divorțului în dreptul irlandez, Curtea a decis că nu se poate deduce din art. 8 al Convenției Europene (o dispoziție cu caracter general) un drept pe care nu îl recunoaște art. 12 din aceeași convenție (dispoziție cu caracter special), anume dreptul de a se căsători – hotărârea din 18 decembrie 1986. Pe larg, (nota E. Florian) a se vedea C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 853-854”.

³ Craiovan, I., „Tratat de Teoria generală a dreptului”, Ediția a II – revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 214.

Astfel, în acest context, este necesară „asigurarea unei cât mai depline armonii între drept și familie, chiar dacă, la un moment dat, eforturile în această direcție s-ar face cu sacrificiul autonomiei dreptului familiei ca ramură de drept”.⁴ În considerarea celor mai sus prezentate, în legătură cu juridicizarea vieții familiale reglementată în Noul Cod civil, putem reține ca viabile în viitor obiectul și principiile generale ale dreptului familiei (privit în perspectivă ca disciplină didactică și subramură a științei dreptului *compline* cu principiile care se desprind din: Capitolul I – „Dispoziții generale” ale NCC.

1. Cartea I „Despre persoane”

Cartea I – „Despre persoane” are ca obiect de reglementare capacitatea civilă a persoanei fizice și juridice și a reintrodus în NCC dispozițiile principalelor legi speciale (Decretul 31/1954 și Decretul 32/1954) în această materie. S-a urmărit recunoașterea, ocrotirea și apărarea, în mod egal și efectiv, a drepturilor și libertăților civile ale **persoanei fizice**, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, precum și crearea unui cadru legal general, modern și unitar, aplicabil tuturor persoanelor juridice, indiferent de regimul lor juridic (persoane juridice de drept public sau persoane juridice de drept privat) ori de categoria sau forma lor juridică – ținându-se seama de necesitatea armonizării soluțiilor cu cele cuprinse în alte reglementări interne și internaționale referitoare la instituția **persoanei fizice** și a celei juridice, din perspectiva creării unui cadru legislativ unitar care să constituie dreptul comun în materie, cu respectarea particularităților juridice și a normelor speciale aplicabile fiecărei categorii de persoane, în special celor aflate într-un dinamism accentuat, determinat de evoluția dreptului comunitar și a altor norme internaționale incidente⁵.

Cartea I – „Despre persoane” (Titlul I – „Dispoziții generale”, Titlul II – „Persoana Fizică”, Titlul III – „Ocrotirea persoanei fizice”, Titlul V – „Apărarea drepturilor nepatrimoniale”) cuprinde reglementări importante care privesc „viața familială”. „**Noutatea**” reglementărilor constă în intenția legiuitorului de a: **1.** regândi capacitatea de folosință anticipată a copilului conceput; **2.** perfecționa regimul lipsei capacității de exercițiu; **3.** revizui

⁴ Florian Emese, op.cit. p. 7.

⁵ H. G. nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege – Codul civil.

instituțiile tutelei și curatelei, în scopul asigurării unei protecții reale a minorului; **4.** include unele reglementări specifice referitoare la ocrotirea drepturilor la viață, la sănătate și integritate, a dreptului la viața privată și la demnitatea persoanei, precum și la respectul memoriei persoanei decedate; **5.** consacra dreptul la domiciliu și reședință, a unicității domiciliului și reședinței și consolida protecția drepturilor personal-nepatrimoniale, prin reglementarea expresă a dreptului celui vătămat ori amenințat cu o atingere ilicită adusă personalității sale; **6.** revizui dispozițiile referitoare la starea civilă.

În NCC, persoanele vătămate ori amenințate cu o atingere ilicită aduse personalității lor vor putea cere: **a)** interzicerea încălcării, dacă ea este iminentă; **b)** încetarea încălcării și interzicerea ei pentru viitor, dacă ea durează încă; **c)** constatarea caracterului ilicit al încălcării aduse, dacă tulburarea pe care ea a creat-o subzistă încă; **d)** consacarea, ca mijloc specific de apărare, a dreptului la replică; **e)** instituirea unor măsuri provizorii specifice.

În ceea ce ne privește, reglementările privind raporturile personale și cele patrimoniale izvorâte din căsătorie, precum și din alte relații asimilate de lege, sub unele aspecte, relațiilor din familie – cuprinse în NCC – au fost impuse de următoarele: **1.** totalitatea acestor norme juridice la care ne referim – cuprinse în prezent în mai multe acte normative (Codul familiei, Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și la persoanele juridice, Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului nr. 31/1954, Legea nr. 119/1996 privind actele de stare civilă, Codul civil din 1864) – necesitau a fi cuprinse într-un tot unitar, în corpul unui Nou Cod civil (NCC) – Legea nr. 287/2009; **2.** necesitatea reglementării unei noi instituții – „Consiliul de familie”; **3.** consolidarea protecției drepturilor personal-nepatrimoniale (a drepturile subiective cu privire la ocrotirea personalității umane).

2. Cartea a II – a „Despre familie”

Cartea a II-a „Familia”, din NCC – Legea nr. 287/2009, consacrată relațiilor de familie, propune o viziune adaptată realității sociale contemporane și tendințelor de evoluție ale acesteia, în acord cu standardele europene în materie, precum și convențiile internaționale la care România este parte.⁶

⁶ H. G. nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege – Codul civil.

Deja, în doctrina de specialitate, se pune întrebarea: „Să fie acesta semnalul dispariției dreptului familiei ca ramură autonomă a sistemului nostru de drept? Nu neapărat... Recunoașterea unei ramuri de drept nu rezultă neîndoios din existența unui cod, după cum nici existența unei ramuri de drept nu este contrazisă de lipsa unui cod distinct. Criteriul obiectului reglementării este unanim admis în doctrină ca fundamental în constituirea și delimitarea ramurilor de drept. Din acest punct de vedere, atât dreptul civil, cât și dreptul familiei, supun reglementării raporturile patrimoniale și cele nepatrimoniale în care părțile figurează pe poziții de egalitate juridică.”⁷

Cartea a II-a a NCC reprezintă „regândirea modalității de reglementare a materiei familiei, renunțându-se la ideea unui cod distinct care să guverneze acest domeniu, așa cum există în prezent”⁸, concretizată prin: **1.** întărirea obligației statului de a sprijini, prin măsuri economice și sociale, încheierea căsătoriei, precum și dezvoltarea și consolidarea familiei; **2.** consacrarea principiului interesului superior al copilului în concordanță cu prevederile Convenției O.N.U. cu privire la drepturile copilului și cu cele ale Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului; **3.** stabilirea competenței privind aplicarea dispozițiilor din materia familiei în sarcina instanței tutelare.

⁷ Florian Emese, „Dreptul Familiei, Ediția 3, cu referiri la Noul Cod Civil”, Editura C.H.Beck, București, 2010, p. 5 cu trimitere la: Reghini, I., Diaconescu, Ș., Vasilescu, P., „Introducere în dreptul civil”, ed. a 2-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 2, nota nr. 5; P. Murrat (coordonator), în „Droit de la familie”, 4e ed., Ed. Dalloz, 2007, p. 14-16, nr. 1.43.

⁸ H. G. nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil.

2.1. Instituția logodnei în Noul Cod civil

Condițiile pentru încheierea logodnei⁹ vor fi, în principiu, similare celor cerute pentru încheierea căsătoriei, cu excepția avizului medical și a autorizării date de organul administrativ; nu sunt prevăzute formalități speciale pentru logodnă, aceasta putând fi dovedită cu orice mijloc de probă; sunt prevăzute reglementări cu privire la restituirea darurilor făcute în considerarea logodnei, precum și sancționarea ruperii abuzive (intempestive) a acesteia.

Căsătoria, în vechea familie românească, era precedată de *logodnă*, considerată ca o „promisiune” însă producând efecte juridice atât în ce privește situația tinerilor, cât și a bunurilor avansate cu această ocazie¹⁰. În regiunile cu

⁹ Florian Emese, op.cit., p. 20: „Prevederi asemănătoare sunt cuprinse în Codul civil elvețian (art. 90), precum și în Codul civil italian (art. 79). „Logodna franceză” are același înțeles de promisiune reciprocă de a încheia căsătoria, ce-i drept, deslușit doctrinar și jurisprudential, întrucât legea civilă păstrează tăcerea în privința logodnei”, cu trimiteri la J.-J. Lemouland, în „Droit de la famille”, op.cit., p. 53-58, nr. 111.70 - 111.81 precum și soluțiile de practică judiciară indicate de autor; P. Courbe, „Droit de la famille”, 2e ed., Ed. Armand Colin, 2001, p. 35-38, nr. 63-71; X. Labbee, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Presses Univ. Septentrion, 1996, p. 119. Pentru o amplă dezvoltare a instituției logodnei reglementată de NCC a se vedea Florian Emese *Considerații asupra logodnei reglementată de Noul Cod civil român*, în *Curierul Judiciar*, nr. 11/2009, p. 628-634; Avram M., Nicolescu, C. „Regimuri matrimoniale”, Ed. Hamangiu, 2010, p.74-80.

¹⁰ Voicu, A. V., op.cit., p. 80 și urm., cu trimitere la Hanga, V., „Istoria dreptului românesc, Vol. I. Editura Academiei, București, 1980, „Logodna era o formalitate denumită și „promisiune” sau „învoială” este arătarea și făgăduiala unei căsătorii viitoare (*Syntagma* lui Matei Vlastarie, col. 1189-1192), și ce cerea: consimțământul celor ce urmau a se căsători și consimțământul părinților, iar atunci când se iveau neînțelegeri între părinți, se impunea părerea tatălui. Fiii și fiicele se puteau împotrivi la logodnă când părinții le alegeau logodnice sau logodnici necinstiți și nevrednici prin purtarea lor. A se vedea *Îndreptarea legii* (sau *Pravila cea Mare* tipărită la Târgoviște în 1652), glava 173, 200, 203”; „În sistemul dreptului transilvănean, legătura încheiată între bărbat și femeie, în scopul întemeierii unei familii, a fost considerată în perioada feudalismului ca o taină bisericească (*sacramentum*) și era în general precedată de logodnă (*sponsalia*), promisiunea reciprocă de căsătorie fiind însoțită obișnuit de un schimb de inele. Aceasta, ca și căsătoria, se încheia prin învoiala celor ce se logodeau și a celor în a căror putere ei se aflau (în caz de minoritate și tutelă), și avea drept consecință obligația de a se căsători; „La românii din Munții Apuseni, regiune unde în sec. al II-lea e.n. a avut loc o puternică colonizare ilirică, s-a păstrat (și, sub influența acestor români „moți”, prin iradiere, și la țărănimea română și maghiară din apropiere) până în secolul al XIX-lea, străvechiul obicei de origine ilirică, atestat de Herodot, al contractării căsătoriilor cu prilejul unor reuniuni periodice ale populației muntene de ambele sexe, reuniuni ținute, într-un loc determinat, odată pe an, cu care prilej flăcăii își alegeau fetele cu care voiau să se căsătorească, având loc învoiala, după care urma căsătoria...”

puternice tradiții patriarhale, inițiativa logodnei o luau, de regulă, părinții, uneori fără a mai întreba pe tineri – câteodată chiar înainte de nașterea copiilor – în timp ce în cele mai multe cazuri înțelegerea se făcea cu acordul tinerilor. În unele regiuni ale țării se obișnuia să se dea cu ocazia logodnei o sumă de bani „căpara”, amintind de *arra sponsalicia* din dreptul roman; suma aceasta, considerată ca o arvună, trebuia restituită în caz de desfacere a logodnei.¹¹ Reglementată prin art. 266-270 NCC, logodna – instituție de drept (neconstituind o inovație absolută în istoria dreptului românesc) revine în peisajul noii legislații civile românești.

Eșecul proiectului marital prin despărțirea logodnicilor are totuși urmări juridice de natură patrimonială, anume obligația de restituire a darurilor de logodnă (art. 268) iar dacă ruperea logodnei este abuzivă sau culpabilă, atrage obligația desdăunării în sarcina logodnicului „vinovat” atât pentru cheltuielile făcute sau contractate în vederea căsătoriei, cât și pentru orice alte prejudicii cauzate (art. 269), pentru ambele categorii de pretenții dreptul la acțiune fiind supus unui termen de prescripție de un an de la data ruperii logodnei (art. 270). În opinia unor autori, „aceste consecințe nu sunt efecte propriu-zise ale logodnei, ci mai curând pseudo-efecte, generate nu prin încheierea logodnei, ci prin soluția sa”.¹²

2.2. Instituția căsătoriei în reglementarea Noului Cod

2.2.1. Definiția căsătoriei

Potrivit art. 259, alin. (1) NCC „Căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii”. Art. 259 și urm. stabilesc condiția diferenței de sex, perioada posibilă a celebrării căsătoriei

¹¹ Florian Emese, op. cit. p. 20: „în vechiul drept românesc - Codul Calimach, art. 83, 85 - logodna a fost reglementată în termeni care purtau marca acelor vremuri: un „preambul marital” obligatoriu, urmată de încheierea căsătoriei în termen de 2-4 ani; desfacerea logodnei era admisă doar în mod excepțional. Cu trimitere la C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, „Tratat de drept civil român”, vol. III, Ed. ALL, Seria „Restitutio”, București, 1998, p. 188, nr. 395; „Logodna a fost readusă în atenție prin Proiectul Codului civil de la 1940 și găzduită de dispozițiile art. 154-159 care, fără a-i conferi forță obligatorie, stabileau obligația de restituire a darurilor de logodnă în cazul ruperii acesteia, iar dacă ruptura era nejustificată, obligau la plata cheltuielilor făcute în vederea căsătoriei de logodnic, de părinți sau de alte persoane, precum și la despăgubiri pentru prejudiciul material și moral suferit de logodnicul părăsit” cu trimitere la (A.R. Ionașcu, op. cit, p. 19-20).

¹² Florian Emese, op.cit., p. 21.

religioase, condițiile de încheiere, încetare și desfacere a căsătoriei și cauzele de nulitate ale căsătoriei.

2.2.2. Condițiile de fond ale căsătoriei

Condițiile de fond cerute pentru valabilitatea căsătoriei, prevăzute de art. 271-277 NCC, nu sunt esențial diferite de cele stabilite de Codul familiei¹³. Consimțământul la căsătorie al fiecăruia dintre viitorii soți, personal și liber exprimat (art. 271), își păstrează statutul de cerință fundamentală, indispensabilă. Vârsta matrimonială rămâne de 18 ani, atât pentru bărbat, cât și pentru femeie dar, pentru motive temeinice, minorul se poate căsători de la vârsta de 16 ani împliniți, în temeiul unui aviz medical, având încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui ori a persoanei sau autorității care exercită drepturile părintești, precum și autorizarea instanței de tutelă (art. 272). Cerința privitoare la comunicarea reciprocă de către viitorii soți a stării lor de sănătate este rânduită printre formalitățile de îndeplinit în vederea căsătoriei (art. 278).

Impedimentele la căsătorie, așa cum le cunoaștem din Codul familiei, sunt și ele reluate: starea de persoană căsătorită (art. 273); rudenia firească sau adoptivă, în linie dreaptă, precum și în linie colaterală până la al patrulea grad inclusiv, cu precizarea că, între rudele colaterale de gradul al patrulea – adică între verii primari – rude firești sau adoptive, pentru motive temeinice căsătoria poate fi autorizată de către instanța de tutelă în baza unui aviz medical special dat în acest sens (art. 274); tutela (art. 275), cu deosebirea că, față de reglementarea acum în vigoare, nesocotirea interdicției, adică mariajul tutorelui cu persoana minoră aflată sub tutela sa, este sancționată cu nulitatea relativă (art. 300); starea de alienație sau de debilitate mintală (art. 276).

Ceea ce ar fi de semnalat este maniera tranșantă în care legiuitorul își afirmă atașamentul față de căsătoria tradițională, încheiată între un bărbat și o femeie. Dacă prevederile Codului familiei sunt, în ceea ce privește cerința diferenței biologice de sex între viitorii soți vag-sugestive, Noul Cod civil este mai mult decât explicit și de o fermitate de neclintit: termenul „soți” din cuprinsul său desemnează bărbatul și

¹³ Ibidem, p. 45, cu trimitere la T. Bodoașcă, Examen de ansamblu și observații critice privind familia și căsătoria în reglementarea noului Cod civil, Dreptul nr. 11/2009, p. 11-33.

femeia uniți prin căsătorie [art. 258 alin. (4)], căsătoria este uniunea dintre un bărbat și o femeie [art. 259 alin. (1)], căsătoria se încheie între bărbat și femeie (art. 271) și, în fine, este interzisă căsătoria între persoane de același sex [art. 277 alin. (1)]. „Cu toate acestea, în mod surprinzător, căsătoria încheiată cu „neobservarea” impedimentului în discuție – enunțat ca atare prin art. 277 alin. (1) – nu figurează printre cele sancționate expres cu nulitatea absolută de art. 293 alin. (1). Neîndoielnic, legiuitorul respinge căsătoria homosexuală și o sancționează cu nulitatea absolută, temeiul de drept fiind art. 293 alin. (1) coroborat cu art. 271 NCC.”¹⁴ Căsătoria fiind singura formă de uniune acceptată de legea română, nici o altă formă de conviețuire oficializată în afara țării nu este recunoscută, indiferent dacă a fost încheiată între persoane de sex diferit sau de același sex, între cetățeni români (în străinătate), între străini sau de un cetățean român și un străin [art. 277 alin. (3)].

2.2.3. Formalitățile cerute pentru încheierea căsătoriei

Formalitățile cerute pentru încheierea căsătoriei sunt stabilite prin art. 278-289. Declarația de căsătorie se face personal de viitorii soți, la sediul primăriei unde urmează a fi oficiată căsătoria; în cazul viitorului soț minor, părinții sau, după caz, tutorele, vor face, de asemenea personal, o declarație prin care încuviințează căsătoria (art. 280). În cuprinsul declarației, viitorii soți vor indica numele de familie pe care îl vor purta în timpul căsătoriei, precum și regimul matrimonial ales (art. 281). În ceea ce privește numele de familie, **ca inovație**, afară de opțiunile consacrate de Codul familiei – păstrarea de către fiecare dintre soți a numelui de la data încheierii căsătoriei sau nume de familie comun, care poate fi al oricărui dintre soți ori numele lor reunite – este permisă și o construcție „hibridă”, anume ca unul dintre soți să-și păstreze numele de dinaintea căsătoriei, iar celălalt să poarte numele lor reunite (art. 282). Regimul matrimonial ales poate fi acela al comunității legale, al separației de bunuri sau al comunității convenționale (art. 312), cu precizarea că alegerea altui regim decât cel al comunității legale se face prin încheierea unei convenții matrimoniale (art. 329), în forma înscrisului autentificat de notarul public (art. 330). În cazul în care căsătoria nu s-a încheiat în termen de 30 de zile de la data afișării în extras a declarației, sau dacă viitorii soți doresc să modifice declarația

¹⁴ Ibidem, p. 46.

inițială, este necesară depunerea unei noi declarații de căsătorie (art. 284). Orice persoană interesată poate face opoziție la căsătorie, în scris și cu arătarea dovezilor cerute de lege (art. 285). Momentul încheierii căsătoriei rămâne neschimbat: acela în care, după ce ia consimțământul fiecăruia dintre viitorii soți, ofițerul de stare civilă îi declară căsătoriți (art. 289). Ca formalitate ulterioară încheierii căsătoriei, ofițerul de stare civilă, întocmind actul de căsătorie, va face mențiune pe acesta despre regimul matrimonial ales; o copie de pe actul de căsătorie se comunică, din oficiu și de îndată, la Registrul național notarial al regimurilor matrimoniale [pentru opozabilitatea față de terți, art. 334 alin. (1)], precum și, după caz, notarului public care a autentificat convenția matrimonială (art. 291). Căsătoria se dovedește cu actul de căsătorie și prin certificatul de căsătorie eliberat pe baza acestuia; în situațiile prevăzute de lege, căsătoria poate fi dovedită prin orice mijloc de probă (art. 292).

2.2.4. Cazurile de nulitate a căsătoriei în reglementarea Noului Cod Civil

Nulitatea absolută a căsătoriei în reglementarea Noului Cod civil – urmând indicațiile art. 293-295 NCC, constituie motiv de nulitate absolută a căsătoriei: **1.** lipsa consimțământului la căsătorie; **2.** imputeritatea legală, altfel spus, căsătoria încheiată de persoana care nu a împlinit vârsta de 16 ani; nulitatea absolută se acoperă dacă, până la data rămânării definitive a hotărârii instanței, ambii soți au împlinit 18 ani sau dacă soția a născut ori a rămas însărcinată [art. 294 alin. (2)]; **3.** bigamia; asemănător normei din art. 22 C.fam., prin art. 293 alin. (2) NCC se precizează că atunci când soțul unei persoane declarate moarte s-a recăsătorit și, după aceasta, hotărârea declarativă de moarte este anulată, noua căsătorie rămâne valabilă, dacă soțul celui declarat mort a fost de bună-credință, prima căsătorie considerându-se desfăcută pe data încheierii noii căsătorii; **4.** rudenia, firească sau adoptivă, în grad interzis de lege; căsătoria între rudele colaterale de al patrulea grad poate primi derogare – la fel ca în prezent – dar în lipsa autorizării încheierii căsătoriei de către instanța de tutelă, nulitatea absolută este de neevitat; **5.** alienația sau debilitatea mintală; **6.** nesocotirea cerințelor de solemnitate și de publicitate a celebrării căsătoriei; **7.** fictivitatea căsătoriei – validând teza doctrinar cvasiunanimă a nulității absolute a căsătoriei fictive, exprimată sub regimul Codului familiei, noile reglementări civile sancționează expres căsătoria „încheiată

în alte scopuri decât acela de a întemeia o familie” [art. 295 alin. (1)]. Nulitatea absolută se acoperă dacă au survenit oricare din următoarele situații indicate de art. 295 alin. (2) NCC: conviețuirea soților; soția a născut sau a rămas însărcinată; au trecut 2 ani de la data încheierii căsătoriei.¹⁵

Cât privește nesocotirea cerinței diferenței de sex a soților, sancțiunea nulității absolute a căsătoriei, deși nu este la fel de răspicat afirmată precum cerința protejată, poate fi „ancorată” în prevederile art. 271 NCC („Căsătoria se încheie între bărbat și femeie prin consimțământul personal și liber al acestora” – n.n.), la care face trimitere art. 293 din materia nulității absolute a căsătoriei. Acțiunea în constatarea nulității absolute a căsătoriei, la îndemâna oricărei persoane interesate (art. 296) nu are de suportat constrângerea termenului de prescripție.¹⁶

Nulitatea relativă a căsătoriei în reglementarea Noului Cod civil¹⁷ – **inovațiile** NCN în materie de nulitate relativă a căsătoriei (art. 297-303) sunt de substanță, atât în planul cauzelor de nulitate, cât și al regimului juridic al anulabilității actului juridic. Cazurile de nulitate relativă, mai numeroase decât în actuala reglementare, sunt: **1.** vicierea consimțământului la căsătorie prin eroare, doi sau violență, cu aceeași particularitate a viciului erorii de a viza identitatea fizică a celuilalt soț (art. 298); **2.** lipsa încuviințării părinților sau, după caz, a tutorelui, precum și lipsa autorizării încheierii căsătoriei minorului în vârstă de 16 ani împliniți (art. 297); nulitatea poate fi invocată numai de către cel a cărui încuviințare sau autorizare era necesară – ceea ce, în cazul autorizării, de competența instanței de tutelă, este ceva mai greu de tradus în practică – și se acoperă dacă, până la rămânerea definitivă a hotărârii, s-au obținut încuviințările și autorizarea cerute [art. 303 alin. (1)]; **3.** lipsa vremelnică a discernământului (art. 299), subînțelegem, la momentul încheierii căsătoriei; **4.** starea de tutelă, sancțiunea fiind incidentă în cazul căsătoriei dintre tutore și persoana minoră aflată sub tutela sa (art. 300).

Dreptul la acțiune are caracter personal, astfel că nu se transmite moștenitorilor însă, dacă a fost pornită de către unul dintre soți, poate fi continuată de către oricare din moștenitorii săi (art. 302). Termenul de prescripție alocat exercitării dreptului la acțiune este de 6 luni [art. 301

¹⁵ Ibidem, p. 71.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem, p. 72-73.

alin. (1)], socotit diferențiat, în funcție de cauza de nulitate relativă invocată [art. 301 alin. (2)-(3)]: dacă acțiunea părții a avut ca temei un viciu de consimțământ sau lipsa vremelnică a discernământului, de la data încetării violenței, a descoperirii dolului, erorii sau a lipsei vremelnice a discernământului; dacă s-a urmărit sancționarea căsătoriei minorului, încheiată în lipsa încuviințării părinților sau, după caz, a tutorelui, ori fără autorizarea instanței de tutelă, de la data la care cei a căror încuviințare sau autorizare era necesară au luat cunoștință de încheierea căsătoriei; în fine, pentru nesocotirea impedimentului rezultând din starea de tutelă, termenul curge de la data încheierii căsătoriei.

Afară de posibilitatea acoperirii nulității relative a căsătoriei minorului pentru lipsa încuviințărilor sau autorizării – obținute însă mai înainte de rămânerea definitivă a hotărârii în desființarea căsătoriei, de care aminteam mai sus – art. 303 NCC mai stabilește următoarele situații care împiedică anularea căsătoriei: **1.** soții au conviețuit timp de 6 luni de la data încetării violenței, a descoperirii erorii, a dolului sau a lipsei vremelnice a facultăților mintale – nu reușim să deslușim dacă legiuitorul are în vedere conviețuirea soților timp de 6 luni premergător promovării acțiunii sau rămânerei definitive a hotărârii; pe de altă parte, întrucât durata conviețuirii soților, 6 luni, coincide cu durata termenului de prescripție al dreptului la acțiune, mai mult, cele două termene au același moment de start, iar împlinirea termenului de prescripție stinge dreptul la acțiune, în opinia noastră utilitatea practică a cauzei de acoperire a nulității relative a căsătoriei prin conviețuirea soților este neglijabilă.¹⁸ **2.** în toate cazurile, nulitatea relativă se acoperă dacă ambii soți au împlinit 18 ani sau dacă soția a născut ori a rămas însărcinată.

¹⁸ Florian Emese, op.cit., p. 73: „în dreptul francez, nulitatea relativă a căsătoriei pentru vicierea consimțământului se acoperă prin faptul conviețuirii, cu caracter de continuate, timp de cel puțin 6 luni de la data descoperirii erorii, respectiv a încetării violenței (art. 181 C.civ. fr.), dar termenul de prescripție al dreptului la acțiune este cel de drept comun, adică 5 ani (1304 C.civ.fr.) socotit, în funcție de viciul de consimțământ, din momentul nașterii dreptului la acțiune”.

2.2.5. Efectele nulității căsătoriei în reglementarea Noului Cod civil

Excepțiile de la regula desființării retroactive a căsătoriei sunt reiterate de Noul Cod civil.¹⁹ Căsătoria putativă, adică aceea nulă sau anulată la încheierea căreia cel puțin unul dintre soți a fost de bună-credință, asigură soțului de bună-credință, la fel ca în actuala reglementare, avantajul de a conserva, până la data rămânerii definitive a hotărârii, situația de soț dintr-o căsătorie valabilă; în consecință, raporturile patrimoniale ale căsătoriei putative se supun dispozițiilor din materia divorțului (art. 304). Efectele desfacerii căsătoriei în relațiile patrimoniale dintre foști soți sunt privitoare la regimul matrimonial (art. 385-387), dreptul la despăgubiri (art. 388), obligația de întreținere între foștii soți (art. 389) și prestația compensatorie (art. 390-395), aceasta din urmă de interes practic neglijabil în cazul nulității sau anulării căsătoriei, întrucât dreptul la prestație compensatorie presupune o căsătorie care a durat cel puțin 20 de ani ceea ce, dat fiind regimul juridic al nulităților în materie de căsătorie are șanse teoretice de împlinire în cazul nulității pentru bigamie, pentru rudenie în grad interzis de lege, precum și pentru lipsa diferenței de sex. Cu referire la regimul matrimonial, acesta încetează prin nulitatea sau anularea căsătoriei [art. 319 alin. (1) NCC] și se lichidează prin bună învoială sau, în caz de neînțelegere, prin hotărâre judecătorească (art. 320 NCC). Dacă amândoi soții au fost de bună-credință la încheierea căsătoriei, din perspectiva efectelor patrimoniale ale desființării căsătoriei, ambii vor avea situația de soți divorțați; o singură observație, legată de prestația compensatorie care, chiar cu șanse reduse de valorificare în practică din cauza condiției duratei minime a căsătoriei (de 20 de ani), oricum nu poate profita ambilor soți de bună-credință din căsătoria desființată, pentru că este un drept recunoscut exclusiv soțului care a câștigat divorțul, constatându-se culpa exclusivă a celuilalt soț [art. 390 alin. (1) NCC], or, dacă amândoi soții au fost de bună-credință este inacceptabilă orice apropiere de condiția soțului vinovat exclusiv pentru soluția căsătoriei.

Când numai unul dintre soți a fost de bună-credință, dispoziția cuprinsă în art. 304 alin. (2) NCC („raporturile patrimoniale dintre foștii soți sunt supuse, prin asemănare, dispozițiilor privitoare la divorț”) nu are darul să

¹⁹ Florin Emese, op.cit., p. 84.

lămurească dacă beneficiul patrimonial al putativității profită sau nu, indirect, și soțului de rea-credință; fără îndoială, soțul de rea-credință nu poate invoca drepturi decurgând din regimul matrimonial sau fondate pe starea de căsătorie, însă când soțul de bună-credință, în virtutea acestei calități, inițiază lichidarea regimului matrimonial [art. 319 alin. (1) și art. 320 NCC], demersul său pornește de pe platforma existenței unui regim matrimonial ce „leagă” amândoi soții. Trimiterea generică din cuprinsul art. 304 alin. (2) la „raporturile patrimoniale” dintre foștii soți care sunt supuse, prin asemănare, dispozițiilor privitoare la divorț va primi, cu siguranță, interpretări contradictorii.

Nulitatea căsătoriei atrage nulitatea relativă a donației făcute soțului de rea-credință (art. 1.032 NCC). În privința copiilor nulitatea căsătoriei nu are niciun efect, aceștia păstrează situația de copii din căsătorie; urmarea firească este că, în privința drepturilor și obligațiilor dintre părinți și copii se aplică, prin asemănare, dispozițiile privitoare la divorț (art. 305), adică: în baza art. 396 alin. (1), instanța de tutelă, statuând asupra nulității căsătoriei, va hotărî asupra raporturilor dintre părinți și copiii lor minori – exercitarea autorității părintești, potrivit distincțiilor din art. 397-399 NCC, locuința copilului (art. 400 NCC), drepturile părintelui separat de copil (art. 401), stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copilului (art. 402) – ținând seama de interesul superior al copiilor, de concluziile raportului de anchetă psiho-socială, precum și, dacă este cazul, de învoiala părinților, pe care îi ascultă. Drepturile succesoriale între părinți și copii se mențin.

2.3. Drepturile și îndatoririle personale ale soților în reglementarea Noului Cod civil

Dispozițiile ce interesează drepturile și îndatoririle personale ale soților sunt găzduite de art. 307-311 din Noul Cod civil.²⁰ Stabilind, în aplicarea principiului deplinei egalități în drepturi a soților [art. 258 alin. (1)], regula codeciziei în tot ceea ce privește căsătoria (art. 308), legea nouă proclamă independența soților – în sensul că niciunul nu este împuternicit să cenzureze corespondența, relațiile sociale sau alegerea profesională a celuilalt, art. 310 – și instituie în sarcina fiecăruia dintre soți, oricare ar fi regimul

²⁰ Ibidem, p. 95-96.

lor matrimonial (art. 307), datoria de respect, de fidelitate și de sprijin moral [art. 309 alin. (1)], precum și îndatorirea de a locui împreună [art. 309 alin. (2)], îndatoriri care, împreună, asigură latura moral-afectivă a comuniunii de viață. Numele declarat la încheierea căsătoriei este obligatoriu în timpul căsătoriei, dar schimbarea pe cale administrativă este posibilă, inclusiv în cazul numelui comun (art. 311).

Datoria de respect este expresia sintetică a îndatoririi de fidelitate și de asistență morală și, de asemenea, indicatorul calitativ al echilibrului reciprocității între soți. Ea vizează persoana, personalitatea celuilalt soț, inclusiv viața privată a acestuia, nefiind îngăduit niciunui dintre soți să cenzureze corespondența, relațiile sociale sau alegerea profesională a celuilalt soț (art. 310). Îndatorirea de fidelitate ține, înainte de toate, de sfera intimă a vieții conjugale. În accepțiunea sa fizică, „datoria de credință” implică două aspecte: unul pozitiv, anume îndeplinirea de către fiecare dintre soți a îndatoririlor conjugale, altul negativ, de a nu întreține relații sexuale în afara căsătoriei. Infidelitatea, ca antonim al fidelității, are însă și o accepțiune intelectuală, mai subtil conectată datoriei de respect, manifestată printr-un comportament public dezagreabil celuilalt, amicitiei echivoce etc.²¹

Datoria de sprijin moral evocă asistența afectivă reciprocă dintre soți. De esență morală și presupunând reciprocitate, datoria de respect, de fidelitate și de sprijin moral la care îndreptățește calitatea de soț nu are, niciuna în parte și nici toate la un loc vreo „garanție” *manu militari*; conduita conformă nu poate fi obținută silit, dar purtarea neconformă este sancționabilă, indirect, prin desfacerea căsătoriei, inclusiv din vina exclusivă a aceluia dintre soți are a nesocoti oricare dintre aceste datorii. Profitând de context, amintim că în cazul divorțului din culpă, dacă în cursul judecății survine decesul soțului reclamant, moștenitorii acestuia pot continua acțiunea de divorț, care va fi admisă de instanță numai dacă se constată culpa exclusivă a soțului pârât (art. 380); pe de altă parte, vinovăția exclusivă a unuia dintre soți are urmări dintre cele mai consistente în planul raporturilor patrimoniale dintre foștii soți: cel găsit în culpă exclusivă pierde drepturile pe care legea sau convențiile încheiate anterior cu terții i le atribuiam [art. 384 alin. (2)], poate fi obligat la plata unei prestații compensatorii menite să ajusteze dezechilibrul semnificativ cauzat prin divorț condițiilor de viață

²¹ Ibidem, cu trimitere la *M. Lamarche* în *Droit de la famille*, de *P. Murat* (coordonator), op.cit., p. 168-169, nr. 116.92.

ale consortului său [art. 390, cu precizarea că, potrivit alin. (2) al textului, prestația compensatorie poate fi acordată numai în cazul căsătoriilor care au avut o durată de cel puțin 20 de ani], poate fi obligat la plata despăgubirilor pentru prejudiciul suferit prin desfacerea căsătoriei (art. 388), aceasta distinct de dreptul la plata prestațiilor compensatorii (art. 338), dreptul său la întreținere se stinge prin împlinirea termenului de un an de la data desfacerii căsătoriei [art. 389 alin. (4)]. Îndatorirea soților de a locui împreună, enunțată de art. 309 alin. (2) ca regulă ce ține de domeniul relațiilor personale dintre soți, este un element substanțial al comunității de trai al soților ce oferă ambianță și prilej de exprimare a coeziunii conjugale și familiale. Locuința comună nu este de esența căsătoriei²², astfel că pentru motive temeinice, soții pot hotărî să locuiască separat [art. 309 alin. (2) teza a II-a]. Evaluarea temeiniciei motivelor, imputabile sau nu unuia ori altuia dintre soți, este lăsată la aprecierea acestora care, în acord cu art. 308 NCC, hotărăsc de comun acord în tot ceea ce privește căsătoria. În caz de divergență, în tăcerea legii, apreciem că oricare dintre soți se poate adresa instanței de tutelă (în exercițiul dreptului constituțional al liberului acces la justiție) sau cei doi pot opta pentru calea medierii.²³ Oricum, în numele îndatoririi de coabitare unul dintre soți nu poate obține constrângerea judecătorească a celuilalt de a locui împreună, în schimb soțul abuziv împiedicat să vină ori să revină în locuința familiei poate primi, în opinia noastră, sprijinul instanței de tutelă.²⁴ Separația faptică, convenită sau nu, survenită din cauze străine sau nu de conduita soțului/soților, poate avea urmări cu conotații sancționatoare. Astfel, despărțirea în fapt care a durat cel puțin 2 ani, constituie motiv de divorț [art. 373 lit. c)], cu ocazia desfacerii căsătoriei, oricare dintre soți ori aceștia împreună pot solicita instanței să constate încetarea regimului matrimonial pe data separației în fapt [art. 385 alin. (2) NCC].

Deosebit de îndatorirea soților de a locui împreună, Noul Cod civil reglementează detaliat regimul juridic al locuinței familiei (321-324) ca parte a regimului primar impus soților indiferent de regimul lor matrimonial [art. 312 alin. (2)]. Locuința familiei este locuința comună a soților sau,

²² Ibidem, cu trimitere la Avram M., Nicolescu, C. „Regimuri matrimoniale”, Ed. Hamangiu, 2010, p. 116.

²³ Ibidem, cu trimitere la Avram M., Nicolescu, C. „Regimuri matrimoniale”, Ed. Hamangiu, 2010, p. 117.

²⁴ Ibidem, cu trimitere la Avram M., Nicolescu, C. „Regimuri matrimoniale”, Ed. Hamangiu, 2010, p. 118

în lipsă, locuința soțului la care se află copii [art. 312 alin. (1) NCC], ca atare coabitarea soților într-un anume imobil poate conferi acestuia statut de locuință conjugală²⁵ și prin aceasta protecția specială a legii. În sine, separația faptică a soților nu înlătură calitatea familială a locuinței dacă sunt copii care au rămas la unul dintre soți; apar însă dificultăți în stabilirea locuinței familiale în cazul soților fără copii și cu reședințe diferite sau a soților despărțiți faptic având fiecare în îngrijire copii din această căsătorie sau copii cu statut asimilat, precum și a soților care, separându-se, părăsesc fiecare locuința familială.²⁶ Pe de altă parte, în opinia noastră, îndatorirea de coabitare, explicit enunțată de lege, nu exclude posibilitatea evacuării unuia dintre soți la cererea celuilalt dacă pârâtul, prin comportamentul său, face imposibilă conviețuirea.

2.4. Revitalizarea principiului libertății convențiilor matrimoniale

Cum era de așteptat, Noul Cod civil abandonează concepția intransigentă a Codului familiei și revitalizează principiul libertății convențiilor matrimoniale. Câteva precizări de ordin terminologic și conceptual sunt indispensabile. Convenția matrimonială²⁷ este actul juridic prin care viitorii soți își stabilesc propriul regim matrimonial sau, după caz, prin care soții modifică regimul matrimonial sub care s-au căsătorit. Este un act juridic solemn care, sub sancțiunea nulității absolute, se încheie prin înscriș autentificat de notarul public, cu consimțământul tuturor părților exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predeterminat [art. 330 alin. (1)]. În principiu, convenția matrimonială

²⁵ Ibidem, p. 96: „Ca element al regimului primar, locuința familiei se definește prin două criterii cumulative: unul material, obiectiv, reprezentat de imobilul locuit, cel de-al doilea subiectiv, presupunând afectarea acelui imobil, destinat a servi intereselor locative ale familiei”, cu trimitere la Vasilescu, P., „Regimuri matrimoniale”, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 39; Avram, M., Nicolescu, C., „Regimuri matrimoniale, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 118. Alegerea locuinței familiale se face de soți de comun acord; acordul se cere a fi efectiv și poate fi exprimat expres sau tacit - P. Courbe, op.cit., p. 86.

²⁶ Ibidem, cu trimitere la Avram, M., Nicolescu, C., op.cit., p. 118-119.

²⁷ Florian Emese, op.cit., p. 103: „Numită și „convenție de căsătorie”, „contract matrimonial”, „contract de căsătorie” - P. Vasilescu, op.cit., p. 201-202. Pentru a nu deruta printr-o terminologie ce ar putea sugera sinonimia căsătoriei cu convenția, contractul de căsătorie, ceea ce este cu desăvârșire fals, preferăm în acest context sintagma „convenție matrimonială”.

se încheie de viitorii soți, adică înainte de căsătorie și este producătoare de efecte juridice numai de la data încheierii căsătoriei; ea poate fi încheiată și în timpul căsătoriei, producându-și efectele de la data prevăzută de părți sau, în lipsă, de la data încheierii [art. 330 alin. (2) și (3)].

Convenția matrimonială are caracter facultativ, viitorii soți și, cu atât mai puțin soții, nu sunt obligați să realizeze o atare convenție. Pe de altă parte, fiecărei căsătorii i se aplică un regim matrimonial. Cum se conciliază cele două enunțuri? Convenția matrimonială se încheie numai dacă se dorește un alt regim matrimonial decât acela al comunității legale (art. 329 NCC). În lipsa convenției, precum și în cazul nulității convenției încheiate, între soți se aplică regimul comunității legale, fără a fi afectate drepturile dobândite de terții de bună-credință (art. 338 NCC). Pe scurt și în esență, regimul matrimonial însoțește, precum umbra, fiecare căsătorie, doar că „umbra” poate fi legală sau convențională. Raportată la căsătoria în serviciul căreia se află, convenția matrimonială are caracter accesoriu, în sensul că efectele sale nu se produc decât pe fundalul căsătoriei părților: pe de o parte, convenția matrimonială încheiată înainte de căsătorie este și rămâne în stare latentă până la momentul încheierii căsătoriei, abia la acest semnal începe să-și producă efectele [art. 330 alin. (2)], iar dacă părțile renunță la proiectul marital, convenția matrimonială devine caducă; pe de altă parte, limitele temporale ale căsătoriei se imprimă efectelor convenției, care vor opera în intervalul cuprins între data încheierii căsătoriei și data încetării sau, după caz, a introducerii cererii de divorț.

Libertatea de a contracta, exercitată prin convenția matrimonială încheiată, are propriile restrângeri. La un nivel maxim de generalitate, principiul libertății actului juridic lasă în seama părților decizia de a încheia sau nu o convenție matrimonială, nu și puterea de a refuza orice regim matrimonial. Decizia favorabilă reglementării convenționale a unora din aspectele patrimoniale ale căsătoriei are terenul său de manifestare, delimitat prin norme imperative atât în ceea ce privește obiectul convenției matrimoniale, cât și conținutul acesteia. Aceasta deoarece, în primul rând, optând pentru un regim matrimonial convențional, părțile au de ales între regimul separației de bunuri și regimul comunității convenționale – mai largă sau, dimpotrivă, mai restrânsă decât cea legală [art. 312 alin. (1) NCC]. Legiuitorul nu are de gând să ofere prilej de etalare a „imaginației” contractuale a părților prin construcția de regimuri matrimoniale „personalizate”, cum ar

fi un regim care să împrumute câte ceva de la diferite tipuri de regim sau un regim cu totul nou, creat de către aceștia.²⁸ În al doilea rând, fie că alegerea s-a făcut pentru regimul separației de bunuri, fie pentru acela al comunității convenționale, conținutul, clauzele convenției, sunt ghidate de o întreagă listă de reguli imperative specifice care se adaugă principiului de aplicabilitate generală în materie contractuală conform căruia părțile sunt libere să încheie orice contract și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri (art. 1169 NCC). Astfel, ca îngrădiri extrinseci regimului matrimonial, convenția părților nu poate aduce atingere egalității în drepturi între bărbat și femeie, autorității părintești, devoluțiunii succesoriale legale [art. 332 alin. (2)] și nici efectelor nepatrimoniale ale căsătoriei. Cât privește restricțiile ce țin propriu-zis de regimul matrimonial, mai întâi, părțile nu pot înlătura așa-numitul „statut imperativ de bază” iar derogările nu sunt îngăduite decât atunci când legea însăși permite [art. 312 alin. (2) NCC], apoi ele, părțile, sub sancțiunea nulității absolute, nu pot deroga de la dispozițiile legale privind regimul matrimonial ales decât în cazurile anume prevăzute de lege [art. 332 alin. (1) NCC].

„Statutul imperativ de bază” sau „regimul primar” este, în opinia autoarei Florian Emese, cheia oricărei discuții – chiar elementare, cum este cea de față – pe tema liberalizării convențiilor matrimoniale. Ce este acest regim primar și care sunt rosturile sale? Regimul primar este, cum plastic s-a spus, „constituția” regimurilor matrimoniale²⁹, un set de norme juridice aplicabile raporturilor patrimoniale dintre soți, precum și raporturilor dintre soți și terți, oricare ar fi regimul matrimonial aplicabil. Este esențial să reținem că această „cartă” se aplică tuturor căsătoriilor, fără a distinge după cum regimul matrimonial este legal sau convențional, în alte cuvinte indiferent dacă s-a încheiat sau nu o convenție matrimonială, caracteristică ce explică epitetul de „primar” sau de „bază”, nelipsit din compunerea termenilor care o desemnează. Cu valoare de efect legal al căsătoriei, aplicabil imediat și automat, regimul primar este impus soților, normele sale fiind de

²⁸ Florian Emese, op.cit., p. 104: „în legislațiile contemporane regula este suplețea, viitorii soți putându-și croi propriul regim matrimonial, diferit de tiparul modelului „standard” oferit de lege. Pentru detalieri, trimitere la CM. Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenționale reglementate de Noul Cod civil. Abordare comparativă*, R.R.D.P., nr. 4/2009, p. 121-122.”

²⁹ Ibidem, p. 145, cu trimitere la autorii acolo citați.

ordine publică, cu excepțiile indicate de legiuitor. Rațiunea regimului primar este aceea de a asigura, pe timp de „pace conjugală”, minima coeziune patrimonială a soților, lăsând loc unei oarecare independențe economice și sociale a fiecăruia, iar în vremuri de „criză conjugală”, de pildă în condiții de separație faptică, echilibrarea puterilor dintre soți.³⁰

Rostul de a fi al regimului primar odată lămurit, conținutul său este previzibil: reglementarea regimului juridic al locuinței familiei (art. 321-324), a obligațiilor fiecăruia dintre soți în legătură cu sarcinile căsniciei (325-328), stabilirea coordonatelor generale ale independenței economice și sociale a fiecăruia dintre soți (art. 317, art. 327-328), precum și a mecanismelor de dozare a puterilor soților (art. 315-316).³¹

Protecția „intraconjugală” a locuinței familiei, prin maniera și fermitatea ce dau expresie acestei preocupări, este cu totul nouă în peisajul nostru legislativ. Definită ca locuință comună a soților sau, în lipsă, locuința soțului la care se află copiii [art. 321 alin. (1) NCC], locuința familiei este ocrotită ca stare de fapt, indiferent de natura dreptului, real sau de creanță, sub care unul dintre soți sau aceștia împreună l-ar deține, și – fiind vorba de un element ce intră în construcția regimului primar – fără vreo distincție în funcție de regimul matrimonial aplicabil soților.³² Cu privire la drepturile asupra locuinței familiei, niciunul dintre soți nu poate dispune, chiar dacă este proprietar exclusiv, fără consimțământul scris al celuilalt soț [art. 322 alin. (1) NCC], sub sancțiunea nulității relative a actului juridic încheiat [art. 322 alin. (4) NCC].³³ Regula este de asemenea aplicabilă locuinței familiei deținută în temeiul unui contract de închiriere, chiar dacă numai unul dintre soți este titularul contractului sau acesta a fost încheiat înainte de căsătorie (art. 323 NCC). Afară de actele de dispoziție privind

³⁰ Ibidem, cu trimitere la Avram, M., Nicolescu, C., op. cit., p. 113.

³¹ Ibidem, cu trimitere la Avram, M., Nicolescu, C., op. cit., p. 115-170.

³² Florian Emese, op. cit., p. 106: „Criteriile cumulative în determinarea locuinței sunt: existența imobilului de locuit (criteriul obiectiv); afectarea acelui imobil, destinat a servi interesele locative ale familiei (criteriul subiectiv). A se vedea Vasilescu, P., „Regimuri matrimoniale”, op. cit., p. 39.

Trebuie spus că anularea actului juridic încheiat poate fi cerută de soțul care nu și-a dat consimțământul numai dacă în privința respectivei locuințe familiale au fost îndeplinite formalitățile de publicitate prin notarea în cartea funciară conform art. 321 alin. (2) NCC sau dacă, în lipsa notării, terțul a cunoscut calitatea de locuință a familiei; altminteri, în lipsa notării, în principiu, soțul poate obține numai obligarea consortului său la daune-interese [art. 322 alin. (5) NCC].

drepturile asupra locuinței familiei, se cere consimțământul expres al soțului, exprimat în formă scrisă, în vederea deplasării din locuință, de către celălalt soț, a bunurilor care o mobilează sau decorează, precum și în cazul actelor de dispoziție având ca obiect asemenea bunuri [art. 322 alin. (2)]; soțul neparticipant la operațiunea materială sau juridică poate cere obligarea celuilalt la daune-interese sau, după caz, anularea actului încheiat [art. 322 alin. (6) NCC].

Cât privește cheltuielile căsătoriei (art. 325-238), soții sunt ținuti la sprijin material reciproc [art. 325 alin. (1)] și, de asemenea, obligați să contribuie la cheltuielile menajului comun [art. 325 alin. (2)]. Stabilirea contribuției fiecăruia la susținerea cheltuielilor căsniciei – a criteriilor de contribuție, a proporției etc. – se poate face prin acordul soților consemnat în convenția matrimonială, cu amendamentul că este lovită de nulitate înțelegerea soților în sensul exonerării totale a unuia dintre ei [art. 325 alin. (3)]. Dacă soții nu au propria înțelegere, fiecare va contribui la cheltuielile casei în raport cu mijloacele sale [art. 325 alin. (2)]; apreciem precizarea legală conform căreia munca oricărui dintre soți în gospodărie și pentru creșterea copiilor reprezintă o contribuție la cheltuielile căsătoriei (art. 326).

Independența economică și socială a soților are, în principal, următoarele repere: **a.** fiecare dintre soți este liber să exercite o profesie și să dispună de veniturile sale desigur, în condițiile legii și cu respectarea obligațiilor ce-i revin privind cheltuielile menajului (art. 327); **b.** soțul care a participat efectiv la activitatea profesională a celuilalt, depășind limitele obligației de sprijin material și ale obligației de a contribui la susținerea cheltuielilor căsniciei, poate obține o compensație în măsura îmbogățirii acestuia din urmă (art. 328); **c.** dacă prin lege nu se prevede altfel, fiecare soț poate încheia orice acte juridice, atât cu celălalt soț – bunăoară, contract de vânzare-cumpărare, contract de muncă – cât și cu terțe persoane [art. 317 alin. (1)]; **d.** fiecare soț poate face singur depozite bancare, precum și orice alte operațiuni în legătură cu acestea, inclusiv după desfacerea sau încetarea căsătoriei – afară numai dacă prin hotărâre executorie s-a decis altfel [art. 317 alin. (2) și (3)]. Cu toată independența patrimonială, la cerere, soțul este dator să-și informeze partenerul conjugal cu privire la bunurile, veniturile și datoriile sale; în caz de refuz nejustificat, asemenea informații pot fi obținute cu sprijinul instanței (art. 318).

Întinderea drepturilor ce revin fiecăruia dintre soți potrivit regimului matrimonial poate suferi modificări fie în sensul extinderii, fie în sensul restrângerii acestora. Extensia puterilor unuia dintre soți prin preluarea exercițiului unor drepturi ale celuilalt poate fi de sorginte convențională (art. 314), sau judiciară, în această din urmă variantă mandatarea unuia dintre soți poate interveni dacă celălalt soț se află în imposibilitatea de a-și manifesta voința, hotărârea instanței stabilind condițiile, limitele și perioada de valabilitate a mandatului (art. 315). Restrângerea, limitarea puterilor unuia dintre soți este o măsură excepțională ce poate fi dispusă numai de instanța de tutelă „împotriva” soțului care încheie acte juridice prin care pune în pericol grav interesele familiei și constă în aceea că, pentru o durată determinată (ce nu poate depăși 2 ani), dreptul acestuia de a dispune de anumite bunuri va fi exercitat numai cu consimțământul expres al celuilalt soț, sub sancțiunea nulității relative (art.316 NCC). Astfel, se poate reține că *ideea de libertate a convențiilor matrimoniale trebuie receptată adecvat contextului a cărei parte este: fiecare căsătorie are un regim matrimonial, fie convențional, fie legal și, indiferent de regim, fiecărei căsătorii îi sunt aplicabile setul de norme imperative ale statutului (regimului) primar.*³⁴

2.5. Condițiile de validitate ale convenției matrimoniale

Pentru prima dată după 1954 se oferă soților posibilitatea de a alege între *a) regimul comunității legale; b) cel al comunității convenționale* și *c) cel al separației de bunuri*. Spre deosebire de reglementarea în vigoare, cei care nu vor dori să li se aplice comunitatea legală *vor putea încheia convenții matrimoniale*, care vor fi autentificate de notar și care, pentru a fi opozabile terților, *vor fi înscrise în Registrul național al regimurilor matrimoniale* (la cererea soților, convențiile vor putea fi notate și în cartea funciară sau înscrise în registrul comerțului, precum și în alte registre de publicitate prevăzute de lege); Sunt reglementate efectele patrimoniale generale ale căsătoriei (așa numitul regim primar imperativ), cum sunt cele privitoare la locuința familiei, care va avea un regim identic, indiferent de regimul matrimonial ales de soți; Potrivit regimului separației de bunuri, fiecare dintre soți va fi proprietar exclu-

³⁴ Florian Emese, op.cit., p. 107.

siv asupra bunurilor dobândite înainte de încheierea căsătoriei, precum și a celor pe care le dobândește în nume propriu după această dată; în timpul regimului comunității, bunurile comune vor putea fi împărțite fără nici o restricție; regimul matrimonial va putea fi modificat fie pe cale convențională, fie pe cale judiciară; „în acest sens, introducerea pluralității regimurilor matrimoniale, care va conferi soților posibilitatea alegerii între regimul matrimonial legal și unul dintre regimurile matrimoniale convenționale prevăzute de lege (respectiv, regimul separației bunurilor și regimul comunității convenționale), constituie pasul decisiv în reformarea relațiilor patrimoniale specifice căsătoriei”³⁵. Și în cazul convenției matrimoniale, ca și în dreptul comun al contractelor, condițiile de validitate pe care acest act juridic trebuie să le îndeplinească sunt de două feluri: **1. condiții de fond și 2. condiții de formă.**

2.5.1. Condiții de fond

În ceea ce privește condițiile de fond, acestea se referă la capacitatea părților contractante, consimțământul acestora, obiectul și cauza actului juridic. Părțile convenției matrimoniale sunt fie soț și soție în cadrul aceleiași căsătorii, fie două persoane de sex opus care îndeplinesc condițiile de vârstă și de capacitate necesare pentru valabilitatea unei căsătorii pe care intenționează să o încheie și care doresc să adopte un regim matrimonial convențional sau convin asupra unor aspecte patrimoniale aplicabile căsătoriei lor, cum ar fi adoptarea unei clauze de preciput.³⁶ Având în vedere obiectul specific, legat intim de existența unei căsătorii, nu ar fi posibil ca o astfel de convenție să fie încheiată între alte părți, ele trebuind să coincidă cu persoanele care vor încheia și căsătoria. Spre deosebire de căsătorie însă, la încheierea căreia soții trebuie să fie prezenți personal în fața ofițerului de stare civilă, convenția matrimonială poate fi încheiată și prin reprezentant, nefiind obligatorie prezența personală a soților sau a viitorilor soți. Această posibilitate este prevăzută de art. 330 N.C.C., potrivit căruia consimțământul părților poate fi exprimat personal sau prin

³⁵ Crăciunescu Cristiana-Mihaela, *Convenția matrimonială. Considerații critice*, în Noul Cod Civil. Comentarii, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 340-376.

³⁶ Craciunescu C. M., *Convenția matrimonială. Considerații critice*, în „Noul Cod civil. Comentarii”, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 355, cu trimitere la A.-F. Dobre, *Convențiile și regimurile matrimoniale sub imperiul noului Cod civil*, în „Dreptul” nr. 3/2010, p. 14.

mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predeterminat. Ni se pare neclară sintagma „conținut predeterminat” utilizată de legiuitor aici; considerăm că ar putea fi vorba de însuși conținutul convenției matrimoniale pentru a cărei încheiere se dă consimțământul.

1. Capacitatea – având în vedere accesorialitatea față de căsătorie a acestui act juridic, capacitatea părților de a încheia o convenție matrimonială este apreciată potrivit *principiului habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, ceea ce înseamnă că orice persoană care se poate căsători în mod valabil are și capacitatea de a încheia o convenție matrimonială.³⁷ Nu trebuie uitat însă că momentul încheierii convenției matrimoniale este diferit de cel al căsătoriei, capacitatea părților fiind apreciată, pentru fiecare dintre acestea, la momentul încheierii respectivului act. Spre deosebire de dreptul comun privind capacitatea de a contracta, potrivit căruia regulile aplicabile se bazează pe capacitatea de folosință și de exercițiu a persoanei fizice, în cazul convenției matrimoniale factorul determinant îl constituie vârsta. Întrucât condițiile privind capacitatea persoanei contractante trebuie să fie îndeplinite la data încheierii actului, vârsta matrimonială este necesar să fie împlinită la data încheierii convenției matrimoniale, nu doar la data celebrării căsătoriei.³⁸ Vârsta matrimonială rămâne de 18 ani pentru ambii soți și în noua reglementare; art. 272 N.C.C. prevede, totodată, posibilitatea minorului care a împlinit vârsta de 16 ani de a se căsători „pentru motive temeinice”. Pentru acesta este necesară îndeplinirea unor condiții suplimentare, respectiv: existența unui aviz medical, încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui și autorizarea instanței de tutelă. Pentru situația în care unul dintre părinți refuză să încheie căsătoria, competența de soluționare a acestei neînțelegeri va reveni instanței de tutelă, care va hotărî potrivit interesului superior al copilului. Legea prevede și modul de soluționare a unor situații speciale care ar putea să apară, respectiv decesul unuia dintre părinți sau exercitarea autorității părintești de către un singur părinte, situații în care, potrivit dispozițiilor art. 272 alin. (3) și (4), încuviințarea unuia singur dintre părinți este suficientă. De asemenea, dacă nu există nici părinți, nici tutore, căsătoria minorului poate fi încuviințată de persoana sau

³⁷ Craciunescu C. M., op.cit., cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 81; P. Vasilescu, op. cit, p. 235.

³⁸ Ibidem, cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 81.

autoritatea care este abilitată să exercite drepturile părintești. În ceea ce privește capacitatea minorului de a încheia o convenție matrimonială, art. 337 alin. (1) N.C.C. prevede că: „Minorul care a împlinit vârsta matrimonială poate încheia sau modifica o convenție matrimonială numai cu încuviințarea ocrotitorului său legal și cu autorizarea instanței de tutelă.” Remarcăm, așadar, că minorul care nu a împlinit vârsta de 16 ani nu poate încheia o convenție matrimonială în vederea încheierii ulterioare a căsătoriei după împlinirea acestei vârste, vârsta matrimonială constituind elementul esențial în aprecierea capacității la momentul încheierii convenției. Totodată, în lipsa încuviințării sau a autorizării prevăzută de lege, convenția matrimonială încheiată de minor va putea fi anulată în condițiile art. 46 N.C.C, care se vor aplica în mod corespunzător, însă acțiunea în anularea convenției poate fi formulată numai în termen de un an de la încheierea căsătoriei (termen stabilit în art. 337 alin. (3) N.C.C.), indiferent după cât timp de la data încheierii convenției matrimoniale se va celebra căsătoria. Este o soluție care contribuie la asigurarea siguranței circuitului civil, terții care vor contracta cu soții fiind protejați după trecerea unui an de la încheierea căsătoriei;

2. Consimțământul. În principiu, consimțământul celor care doresc să încheie o convenție matrimonială se va supune regulilor generale de validitate necesare pentru încheierea actelor juridice, reglementate de dispozițiile art. 1204 N.C.C., respectiv: să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză.³⁹ La încheierea convenției matrimoniale, consimțământul trebuie dat în fața notarului public, de ambii soți, personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predeterminat, respectiv cuprinzând în detaliu clauzele ce vor fi inserate în convenție. Deși legea nu precizează, considerăm că la încheierea convenției matrimoniale consimțământul trebuie dat simultan în fața notarului public, părțile trebuind să fie prezente împreună în acest scop, întrucât doar în acest fel soții sau viitorii soți pot conveni împreună asupra modului în care relațiile lor patrimoniale se vor desfășura în timpul căsătoriei. Este o condiție existentă și în alte sisteme de drept, cum ar fi dreptul francez, unde obligația viitorilor soți de

³⁹ Ibidem, cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 83. A se vedea și P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 236-237; pentru dezvoltări privind consimțământul și viciile de consimțământ: D. Cosma, *op. cit.*, p. 137; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, voi. 11, *Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 144 și urm.

a asista la întocmirea contractului lor de căsătorie a fost confirmată de jurisprudență. În ceea ce privește viciile care pot afecta consimțământul părților care încheie o convenție matrimonială, în doctrină au existat două opinii. Astfel, în doctrină, s-a considerat că, având în vedere caracterul accesoriu al convenției matrimoniale, cazurile de anulabilitate ale acesteia trebuie să coincidă cu cele ale căsătoriei. În altă opinie, cu care suntem de acord, individualitatea convenției matrimoniale presupune necesitatea aplicării regulilor specifice dreptului comun al contractelor în această materie.⁴⁰ Astfel, ca și în dreptul comun al contractelor, consimțământul părților care încheie o convenție matrimonială poate fi afectat de eroare, dol sau violență. O dovadă în plus că viciile de consimțământ care pot afecta valabilitatea convenției matrimoniale nu coincid cu cele care pot afecta valabilitatea căsătoriei, o constituie faptul că, în dreptul francez, dolul este considerat viciu de consimțământ la încheierea contractului de căsătorie, dar nu constituie viciu de consimțământ la încheierea căsătoriei. Considerăm, așadar, că în cazul încheierii convenției matrimoniale, și în dreptul românesc vor putea fi constatate viciile clasice de consimțământ, respectiv eroare, dol și violență, chiar dacă prezența și exprimarea simultană a consimțământului de către soți sau viitorii soți în fața notarului public scade considerabil astfel de riscuri;

3. Obiectul – Art. 332 N.C.C. ar părea, după denumirea marginală, „Obiectul convenției matrimoniale”, că reglementează exhaustiv acest aspect; în realitate însă, acest articol completează cu unele interdicții dispozițiile art. 329 N.C.C, care prevăd faptul că prin convenția matrimonială pot fi adoptate cele două regimuri matrimoniale convenționale, respectiv separația de bunuri și comunitatea convențională. Este vorba de interdicția derogării de la dispozițiile legale privind regimul matrimonial ales, sub sancțiunea nulității absolute, deși în alte sisteme de drept libertatea soților de a-și construi regimul matrimonial dorit de fiecare cuplu este mult mai mare, singura interdicție fiind, de multe ori, doar aceea de a încălca normele legale imperative privind regimul primar sau bunele moravuri. Tot acest articol cuprinde și interdicția de a se aduce atingere, prin convenția matrimonială, egalității dintre soți, autorității părintești și devoluțiunii succesoriale legale. Constatăm, așadar, existența a două categorii de limite

⁴⁰ Craciunescu C. M., *op.cit.*, p. 358, cu trimitere la C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 32; M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 84.

ale libertății viitorilor soți sau soților de a dispune prin intermediul convenției matrimoniale: **limite generale** și **limite speciale**.⁴¹ Limitele generale se referă la interdicțiile de generală aplicare în domeniul contractual, potrivit cărora nu se poate deroga de la dispozițiile imperative ale legii și de la bunele moravuri. Iar dispozițiile imperative ale legii sunt reprezentate, în această materie, de efectele patrimoniale generale ale căsătoriei, grupate în doctrină sub denumirea de regim primar⁴², respectiv: egalitatea între soți, reglementarea autorității părintești și a devoluțiunii succesoriale legale. Tot dispoziții imperative ale legii în acest domeniu sunt și cele privind efectele nepatrimoniale ale căsătoriei, însă acestea nu au o incidență evidentă în conținutul convenției matrimoniale. Libertatea alegerii regimului matrimonial este, așadar, departe de a fi deplină, viitorii soți trebuind să se încadreze în tiparele strâmte ale celor două regimuri matrimoniale convenționale reglementate expres de lege. Este adevărat că, în cadrul comunității convenționale, deși clauzele care pot fi inserate în convenția matrimonială și care se bucură de o enumerare limitativă a tipurilor în art. 367 N.C.C. par destul de puține, ele pot însă conferi o libertate relativ mare celor care doresc să adopte acest regim, cuprinzând, în fapt, aproape toate aspectele asupra cărora se poate deroga de la regimul legal sub forma unui regim de comunitate.⁴³ Potrivit dispozițiilor noului Cod civil, mai poate face obiectul convenției matrimoniale și **clauza de preciput**, stipulată în baza dispozițiilor art. 333 și art. 367 N.C.C. **Clauza de preciput reprezintă acordul de voință al soților ori, după caz, al viitorilor soți, încheiat în condițiile prevăzute de lege, cuprins în convenția matrimonială, în virtutea căruia soțul supraviețuitor este îndrituit să preia, fără plată, înainte de partajul**

⁴¹ Ibidem, p. 359, cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 84 și urm.

⁴² Ibidem, p. 360: „Unii autori îl numesc și „regim primar imperative”; cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 111 și urm.; P. Vasilescu, op. cit, p. 37 și urm. Alți autori l-au numit „statut matrimonial de bază”; în acest sens, a se vedea A. Benabent, *Droit civil de la famille*, 9-me ed., Ed. Litec, Paris, 2000, p. 155.

⁴³ Ibidem: „Prin art. 50 pct. 12 din proiectul Legii privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil au fost lărgite posibilitățile de dispoziție a soților la adoptarea regimului matrimonial al comunității convenționale prin modificarea prevederilor art. 367 lit. a) și b), astfel: a) includerea în comunitate, în tot sau în parte, a bunurilor dobândite sau a datoriilor proprii născute înainte ori după încheierea căsătoriei, cu excepția bunurilor prevăzute la art. 340 lit. b) și c); b) restrângerea comunității la bunurile sau datoriile anume determinate în convenția matrimonială, indiferent dacă sunt dobândite sau, după caz, născute înainte sau în timpul căsătoriei, cu excepția datoriilor prevăzute la art. 351 lit. c).

moștenirii, unul sau mai multe bunuri comune, deținute în devălmășie ori în coproprietate. Cine va putea beneficia de această clauză? La prima vedere, de ea va putea beneficia soțul supraviețuitor⁴⁴ care a încheiat o convenție matrimonială prin care a adoptat un regim în care există bunuri comune, fără a se face deosebire între bunurile comune aflate în devălmășie, specifice regimului comunității legale sau convenționale, și bunurile comune aflate în coproprietate pe cote-părți, care pot fi întâlnite în oricare dintre regimurile matrimoniale reglementate de noul Cod civil. Dacă privim dispozițiile care reglementează regimul comunității convenționale, vom observa că natura juridică a comunității de bunuri rămâne, în principiu, aceea prevăzută pentru bunurile comune din cadrul regimului comunității legale, respectiv de bunuri comune în devălmășie ale soților (art. 367 N.C.C. coroborat cu art. 368 N.C.C). Prin art. 367 N.C.C. se prevede doar posibilitatea schimbării întinderii masei bunurilor comune specifice regimului comunității de bunuri, nu și al naturii juridice a acesteia. Prin urmare, în cadrul regimului comunității convenționale, avem bunuri comune ale soților în devălmășie. Pot exista însă și bunuri comune achiziționate înainte de încheierea căsătoriei, acestea putând fi în coproprietatea pe cote-părți a soților. Aceasta înseamnă că, în cadrul acestui regim matrimonial, această clauză s-ar putea aplica oricărei categorii de bunuri comune. Potrivit dispozițiilor art. 362 alin. (1) N.C.C, „Bunurile dobândite împreună de soți aparțin acestora în proprietate comună pe cote-părți, în condițiile legii”. Așadar, constatăm că și soții care au optat pentru regimul separației de bunuri au posibilitatea de a beneficia de *clauza de preciput* inserată în convenția matrimonială. Constatăm însă că această clauză nu se poate aplica și soților care au optat pentru regimul matrimonial legal, deoarece aceștia nu trebuie să încheie o convenție matrimonială la încheierea căsătoriei, comunitatea legală fiind aplicată tuturor celor care nu au optat pentru unul dintre cele două regimuri convenționale. Pentru a elimina această discriminare, s-ar putea interpreta prevederile art. 329 N.C.C. ca o prevedere expresă a situațiilor în care viitorii soți au obligația de a încheia o astfel de convenție, fără a exclude însă posibilitatea ca soții care optează

⁴⁴ Prin art. 50 pct. 6 din proiectul Legii privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, prin modificarea art. 333 s-a stipulat posibilitatea ca beneficiar al clauzei de preciput să fie fiecare dintre soți sau doar unul dintre aceștia, în noul Cod civil, astfel cum a fost adoptat, fiind prevăzută doar prima posibilitate.

pentru regimul comunității legale să poată, la rândul lor, să încheie o convenție matrimonială în care să prevadă și asemenea clauze. Autoarea Florian Emese consideră că o precizare în acest sens a legiuitorului ar fi binevenită, pentru a se înlătura posibilitatea unei interpretări discriminatorii a acestei dispoziții legale, o astfel de interpretare fiind în dezavantajul unei părți importante a cuplurilor căsătorite, având în vedere faptul că, de regulă, regimul legal este regimul matrimonial cel mai des adoptat în țările în care există posibilitatea alegerii. În cadrul unei convenții matrimoniale, soții sau viitorii soți mai pot să prevadă, alături de regimul matrimonial ce va fi aplicabil căsătoriei lor, și alte clauze, reprezentând diverse acte, cum ar fi donații făcute viitorilor soți sau chiar recunoașterea unui copil, acte care nu sunt prevăzute expres de lege, dar nici nu este interzisă includerea lor în convenția matrimonială.⁴⁵ Valabilitatea acestor acte va fi apreciată separat, în funcție de specificul fiecăruia dintre ele;

4. Cauza. Convenția matrimonială constituie materializarea voinței soților sau viitorilor soți de a-și organiza raporturile patrimoniale care vor caracteriza viața lor de familie, având, prin urmare, o cauză specială – *affectio conjugalis*. Aceasta înseamnă că părțile oricărei convenții matrimoniale intenționează să se căsătorească și să întemeieze împreună o familie sau, dacă sunt deja căsătorite, să continue viața de familie modificând regimul matrimonial aplicabil căsniciei lor, astfel încât să își creeze cadrul cel mai potrivit pentru prosperitatea menajului viitor. În lipsa unei astfel de voințe juridice, încheierea unei convenții matrimoniale nu ar putea avea o cauză licită. Faptul că, în unele cazuri, căsătoria proiectată nu va mai fi încheiată, conduce, inevitabil, la imposibilitatea aplicării convenției matrimoniale, care rămâne lipsită de cauză sau, mai exact, cauza, ca element constitutiv al actului juridic, devine inexistentă, iar potrivit dispozițiilor art. 966 C. civ., „obligația fără cauză sau fondată pe o cauză falsă sau nelicită nu poate avea niciun efect”. Noul Cod civil reglementează lipsa cauzei în art. 1238, potrivit căruia „lipsa cauzei atrage nulitatea relativă a contractului, cu excepția cazului în care contractul a fost greșit calificat și poate produce alte efecte juridice”. Existența unei cauze licite și morale se apreciază însă la încheierea convenției; intenția de a forma o familie prin căsătorie trebuie să existe în acest moment pentru ca actul să fie valabil încheiat. Dispariția ulterioară a acestei intenții considerăm că nu poate

⁴⁵ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 363, cu trimitere la P. Vasilescu, op. cit, p. 238.

afecta însăși valabilitatea actului, însă constituie o cauză de ineficacitate stricto sensu⁴⁶, convenția nemaigăsindu-și aplicarea și devenind caducă. În cazul caducității convenției, vor rămâne totuși valide și îi vor supraviețui actele pe care aceasta le conține și care nu au legătură cu căsătoria sau cu regimul matrimonial (de exemplu, o recunoaștere de filiație sau o donație care nu este dispusă *propter nuptias*).⁴⁷ Caducitatea convenției matrimoniale intervine și în alte cazuri în care, pentru ca terții să știe că respectiva convenție matrimonială a devenit caducă, este însă necesară o manifestare a voinței părților de a renunța la căsătoria proiectată, cum ar fi, de exemplu, căsătoria uneia dintre părțile acestei convenții cu o altă persoană. Dimpotrivă, dacă părțile nu încheie căsătoria, dar nici nu manifestă intenția de a se despărți, convenția matrimonială rămâne susceptibilă de a-și produce efectele fără o limită în timp, doar dacă și atunci când căsătoria va avea loc.⁴⁸ Dispare cauza care a animat încheierea acesteia, respectiv în cazul constatării nulității sau al anulării căsătoriei, cu excepția căsătoriei putative. Caducitatea convenției matrimoniale poate interveni însă și pentru alte motive decât lipsa cauzei; astfel, atunci când instanța de tutelă pronunță modificarea judiciară a regimului matrimonial, convenția matrimonială prin care soții au adoptat un regim de comunitate va deveni caducă, soților aplicându-li-se regimul separației de bunuri. Caducitatea convenției matrimoniale, în acest caz, intervine ca efect al acestei hotărâri judecătorești și privește numai clauza privind alegerea regimului matrimonial, alte eventuale clauze putând să rămână valabile și aplicabile, în măsura în care sunt compatibile cu noul regim matrimonial care va governa relațiile patrimoniale ale soților (de exemplu, clauza de preciput). Prin urmare, ineficacitatea convenției matrimoniale este diferită față de ineficacitatea căsătoriei; în timp ce lipsa încheierii căsătoriei conferă ineficacitate convenției matrimoniale încheiate în scopul organizării efectelor sale patrimoniale, ineficacitatea convenției matrimoniale nu influențează valabilitatea căsătoriei.⁴⁹

⁴⁶ Cu privire la ineficacitatea actului juridic, a se vedea D. Cosma, *op. cit.*, p. 417 și urm.

⁴⁷ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 243; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 36; M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁸ Ibidem: „Pentru eventuale efecte ale perioadei de incertitudine cu privire la soarta convenției matrimoniale în cazul în care trece o perioadă mai mare de timp fără ca părțile să încheie căsătoria – a se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁹ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 243.

Convenția matrimonială prin care se adoptă un regim matrimonial pentru prima dată se încheie, de regulă, înaintea celebrării căsătoriei, legea neprevăzând un termen în acest sens. Ea se va aplica însă numai de la data celebrării căsătoriei, astfel cum prevede art. 330 alin. (2) N.C.C, până atunci neputând produce niciun efect. Dat fiind caracterul accesoriu al convenției matrimoniale față de căsătorie, considerăm că interpretarea care ar trebui dată dispoziției potrivit căreia convenția matrimonială încheiată înainte de căsătorie produce efecte numai „de la data încheierii căsătoriei” s-ar referi strict la momentul celebrării căsătoriei; astfel, un act de dispoziție încheiat de unul dintre viitorii soți în ziua celebrării căsătoriei, dar înaintea acestui eveniment, va fi considerat ca fiind încheiat de o persoană necăsătorită, fapt care va face să nu se aplice regulile regimului matrimonial convențional adoptat prin convenția matrimonială încheiată anterior acestui moment. În ceea ce privește convenția matrimonială prin care se modifică regimul matrimonial adoptat în mod convențional înainte de celebrarea căsătoriei, ea poate fi, de asemenea, încheiată oricând anterior acestui moment, cu respectarea aceluiași forme de încheiere și de publicitate. Pentru modificarea regimului matrimonial aplicabil, soții pot încheia o convenție matrimonială în timpul căsătoriei, dar efectele acesteia nu se vor putea produce mai devreme de un an de la încheierea căsătoriei, astfel cum este stipulat în art. 369 alin. (1) N.C.C. Este un termen minim pe care legea îl prevede pentru aplicarea regimului matrimonial adoptat la încheierea căsătoriei, indiferent dacă soților li se aplică regimul matrimonial legal sau un regim convențional.

2.5. 2. Condiții de formă

Convenția matrimonială este un act juridic solemn, pentru a cărui valabilitate este necesară încheierea în formă autentică. Potrivit dispozițiilor art. 330 alin. (1) N.C.C, convenția matrimonială se încheie prin înscris autenticat de notarul public. Această condiție este prevăzută de lege *ad validitatem*, sancțiunea nerespectării formei autentice fiind nulitatea absolută. Fiind vorba despre reglementări noi, notarul public va avea și rolul de a consilia părțile în vederea cunoașterii avantajelor și dezavantajelor fiecărui regim matrimonial, astfel încât să poată alege modalitatea cea mai potrivită pentru relațiile patrimoniale ale familiei lor. Tot notarul public va lua consimțământul părților, verificând dacă sunt îndeplinite condițiile de fond pentru încheierea unei astfel de convenții de către viitorii soți.

2.5.3. Condiții de publicitate

Caracterul public al convenției matrimoniale are drept scop protecția terților care vor contracta cu aceștia. În acest sens, regimul matrimonial aplicabil unei anumite căsătorii poate prezenta interes pentru anumite persoane, în vederea protejării siguranței și fluidității circuitului civil. În art. 313 N.C.C. se prevede că „față de terți, regimul matrimonial este opozabil de la data îndeplinirii formalităților de publicitate prevăzute de lege”, lipsa acestora făcând ca soții „să fie considerați, în raport cu terții de bună credință, ca fiind căsătoriți sub regimul matrimonial al comunității legale”. Se instituie, așadar, sistemul publicității bazat pe cunoașterea efectivă, izvorât din concepția subiectivă a publicității regimului matrimonial.⁵⁰ Publicitatea regimului matrimonial, în reglementarea noului Cod civil român, aplicabil oricărei căsătorii, va fi realizată atât prin **mențiune pe actul de căsătorie**, făcută de ofițerul de stare civilă, după încheierea căsătoriei, în condițiile art. 291 N.C.C, precum și **prin formalitățile** prevăzute de art. 334 N.C.C. cu privire la publicitatea convenției matrimoniale. De menționat este faptul că ofițerul face mențiune pe actul de căsătorie în acest sens și cu privire la regimul matrimonial al comunității legale, chiar dacă pentru adoptarea acestuia nu este necesară încheierea unei convenții matrimoniale. Potrivit acestui articol, pentru opozabilitate față de terți, convenția matrimonială trebuie să fie înscrisă în **Registrul național notarial al regimurilor matrimoniale**, ținut în format electronic. Acest lucru se realizează prin transmiterea convenției matrimoniale de către notarul public instrumentator, din oficiu. Este o modalitate modernă și eficientă de publicitate, care va conferi tuturor celor interesați posibilitatea de a cunoaște statutul patrimonial al căsătoriei celor cu care vor să încheie anumite acte juridice. Interesul major în acest sens aparține creditorilor chiro-grafari ai soților, care pot astfel să cunoască întinderea gajului lor, în funcție de regimul matrimonial aplicabil căsătoriei acestora. Întrucât acest registru național constituie principalul instrument de publicitate în materia regimurilor matrimoniale, ofițerul de stare civilă are obligația legală, instituită de dispozițiile art 291 N.C.C, de a comunica, din oficiu și de îndată, și o copie de pe actul de căsătorie, astfel încât și publicitatea regimului comunității legale să se bucure de aceeași publicitate ca și regimurile

⁵⁰ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 367, cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 102.

convenționale. Publicitatea prin înscrierea unei mențiuni pe actul de căsătorie și prin publicarea în Registrul național notarial al regimurilor matrimoniale se completează, în funcție de natura bunurilor⁵¹, cu notarea convenției matrimoniale în cartea funciară, înscrierea acesteia în registrul comerțului, precum și în alte registre de publicitate prevăzute de lege, în baza dispozițiilor art. 334 alin. (4) N.C.C.

Apreciem că legiuitorul a avut în vedere doar bunurile pe care soții le aveau în momentul încheierii căsătoriei, însă a omis să dispună cu privire la obligația realizării aceluiași forme de publicitate în cazul în care, ulterior căsătoriei, apar situații care ar face necesară publicitatea convenției matrimoniale într-un anumit registru (de pildă, unul dintre soți devine comerciant, sau soții achiziționează anumite bunuri supuse anumitor forme de publicitate). Oricum, având în vedere caracterul constitutiv al înscrierilor în cartea funciară, instituit prin dispozițiile cuprinse în art. 877² și art. 885 alin. (1) și (2)³ N.C.C, înscrierea în cartea funciară a convenției matrimoniale nu constituie singura formă de publicitate cu privire la bunurile soților, aceasta fiind completată cu intabularea drepturilor reale imobiliare. Cu privire la aceste bunuri, constatăm, așadar, că notarea în cartea funciară devine necesară pentru însăși validitatea transferului dreptului de proprietate, nu doar pentru opozabilitatea față de terți, ceea ce va conferi un plus de siguranță circuitului civil. De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 321 alin. (2) N.C.C, soții pot realiza notarea în cartea funciară a imobilului care constituie locuința familiei ca având această destinație, pentru a beneficia de drepturile legale pe care această notare le conferă. De altfel, chiar în enumerarea actelor sau faptelor supuse notării în cartea funciară, cuprinsă în art. 902 alin. (1) N.C.C, există menționate: calitatea de bun comun a unui imobil; convenția matrimonială precum și modificarea sau, după caz, înlocuirea ei; destinația unui imobil de locuință a familiei. La prima vedere, ar părea inutilă menționarea calității de bun comun a unui imobil, atâta vreme cât există convenția matrimonială, însă, având în vedere înlăturarea interdicției privind vânzarea între soți a bunurilor, regimul juridic al acestora nu mai este la fel de ușor de identificat. Publicitatea se realizează,

⁵¹ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 368: „Așa cum bine s-a observat, redactarea textului noului Cod civil în această materie este improprie, întrucât înscrierea în registrele speciale se poate face și în baza altor criterii decât natura bunurilor, cum ar fi, de exemplu, înscrierea în registrul comerțului, care ține de calitatea de comerciant a persoanei; în acest sens, a se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 105”.

în aceleași forme, și la modificarea convenției matrimoniale. Consultarea registrului național notarial al regimurilor matrimoniale va putea fi făcută de orice persoană, fără a fi ținută să justifice vreun interes. Posibilitatea solicitării de extrase certificate, în condițiile legii, de către persoane care nu justifică un interes, ni se pare totuși exagerată, având în vedere și protecția datelor cu caracter personal.⁵²

2.6. Nulitatea convenției matrimoniale

Nulitatea constituie o sancțiune care se aplică și convenției matrimoniale, atunci când aceasta este încheiată cu nerespectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de lege.

Nulitatea absolută va sancționa încălcarea condițiilor de ordine publică privind încheierea convenției matrimoniale, cum ar fi: lipsa consimțământului, adoptarea unor clauze prin care se derogă de la dispozițiile legale privind regimul matrimonial ales⁵³ sau se aduce atingere egalității dintre soți, autorității judecătorești sau devoluțiunii succesoriale legale. Tot cu nulitatea absolută este sancționată și nerespectarea formei solemne a convenției matrimoniale. Pentru viciile de consimțământ existente la încheierea convenției matrimoniale, regulile aplicabile nu pot fi decât cele de drept comun, astfel de vicii fiind sancționate cu nulitatea relativă a actului.⁵⁴ Cauze speciale de nulitate se vor putea întâlni în cazul încheierii convenției matrimoniale de către minor. În această ipoteză s-ar putea întâlni două situații: încheierea convenției matrimoniale de către minorul care nu a împlinit vârsta matrimonială și încheierea convenției matrimoniale de către minorul de 16 ani fără încuviințarea părinților și autorizarea instanței de tutelă. În prima ipoteză, aceea a încheierii convenției matrimoniale de către minorul care nu a împlinit încă vârsta de 16 ani, se pune întrebară: nulitatea aplicabilă va fi relativă sau absolută? Considerăm, (nota Crăciunescu, C.M.)⁵⁵ alături de alți autori, că, deși legea nu instituie în

⁵² Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 369: „Din păcate, nici prin proiectul Legii de punere în aplicare a noului Cod civil român nu se aduc amendamente care să tempereze acest exces de publicitate”.

⁵³ Pentru astfel de încălcări, sancțiunea este prevăzută expres în art. 332 alin. (1) N.C.C.

⁵⁴ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 370, cu trimitere la P. Vasilescu, op. cit, p. 244; M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 92.

⁵⁵ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 370.

mod expres sancțiunea nulității absolute pentru neîndeplinirea condiției privind vârsta matrimonială, aceasta fiind prevăzută în art. 294 N.C.C., doar pentru încheierea valabilă a căsătoriei, aceeași sancțiune va fi aplicabilă și convenției matrimoniale. Susținem acest punct de vedere deoarece, potrivit dispozițiilor art. 337 N.C.C., doar minorul care a împlinit vârsta matrimonială poate încheia o astfel de convenție, cel care nu are această vârstă confruntându-se cu o veritabilă lipsă a capacității de folosință în privința dreptului de a încheia convenția matrimonială.⁵⁶ Pentru cazul în care minorul a încheiat convenția matrimonială înainte de împlinirea vârstei matrimoniale, dar a încheiat căsătoria căreia respectiva convenție ar trebui să i se aplice după împlinirea acestei vârste, în doctrină s-a considerat că, totuși, convenția matrimonială rămâne lovită de nulitate, chiar dacă acea căsătorie este valabilă sau chiar dacă, ulterior, cauza de nulitate a căsătoriei pentru lipsa capacității matrimoniale se acoperă, deoarece este vorba de o cauză de nulitate proprie convenției matrimoniale.⁵⁷ Suntem de acord cu această soluție, întrucât cauzele de nulitate specifice convenției matrimoniale sunt proprii și se apreciază la momentul încheierii actului. În ceea ce privește nerespectarea condițiilor prevăzute de lege în legătură cu încuviințarea părinților și autorizarea instanței de tutelă, în alin. (2) al art. 337 se prevede posibilitatea anulării convenției matrimoniale încheiate de minor în condițiile art. 46² N.C.C, care se aplică în mod corespunzător. Prin urmare, acțiunea în anulare pentru lipsa încuviințării sau autorizării prevăzute de lege va putea fi formulată de către reprezentantul legal al minorului, de ocrotitorul său legal sau chiar de minorul care a împlinit vârsta matrimonială, însă minorul va putea invoca și singur, în apărare, nulitatea convenției matrimoniale, pentru incapacitatea sa izvorâtă din minoritate. De asemenea, instanța care va constata existența unei convenții matrimoniale încheiate fără încuviințarea și autorizarea prevăzute de lege, va sesiza procurorul pentru exercitarea acțiunii în anulare. În cazul anulării convenției matrimoniale, căsătoriei respective i se va aplica regimul matrimonial al comunității legale.

⁵⁶ Ibidem, cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op.cit., p. 93.

⁵⁷ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 371, cu trimitere la C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit, p. 18. în acest sens, a se vedea și M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 93.

2.7. Simulația convenției matrimoniale

Potrivit dispozițiilor art. 331 N.C.C., „actul secret prin care se alege un alt regim matrimonial sau se modifică regimul matrimonial pentru care sunt îndeplinite formalitățile de publicitate prevăzute de lege produce efecte numai între soți și nu poate fi opus terților de bună-credință.” Prin urmare, soluția pe care noul Cod civil o prevede pentru simulația convenției matrimoniale este aceea a inopozabilității actului secret față de terții de bună-credință. Ca efect, regimul matrimonial convenit de soți prin actul secret se poate aplica între aceștia, însă în raporturile cu terții de bună-credință se va aplica întotdeauna regimul matrimonial prevăzut în actul aparent, pentru care s-au realizat formalitățile de publicitate prevăzute de lege.

2.8. Modificarea convenției matrimoniale

Modificarea convenției matrimoniale comportă unele diferențe, după cum este realizată înainte de încheierea căsătoriei sau ulterior acestei date. Astfel, înainte de încheierea căsătoriei, atâta vreme cât convenția matrimonială încheiată de viitorii soți nu a intrat încă în vigoare și nu și-a produs niciun fel de efecte, aceasta poate fi modificată oricând, în totalitate sau în parte, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege cu privire la forma și publicitatea acesteia. După încheierea căsătoriei însă, potrivit dispozițiilor art. 369 N.C.C., soții vor putea modifica regimul matrimonial care li se aplică doar după cel puțin un an de la încheierea căsătoriei, cu respectarea dispozițiilor legale specifice încheierii convenției matrimoniale, conform principiului simetriei actelor juridice. Modificarea regimului matrimonial nu este posibilă înaintea împlinirii a cel puțin un an de la încheierea căsătoriei. Primul regim matrimonial aplicabil unei căsătorii va putea fi, așadar, modificat abia după ce a fost aplicat cel puțin un an. În lipsa unei dispoziții legale contrarii, considerăm că nimic nu se opune ca soții să încheie, înainte de scurgerea acestui termen, o nouă convenție matrimonială în care să prevadă schimbarea regimului matrimonial, însă data stipulată pentru punerea în aplicare a acestei noi convenții trebuie să fie ulterioară acestui termen. După scurgerea acestui termen, modificarea regimului matrimonial poate fi realizată de câte ori doresc soții, fără nici o restricție, în afara celor privind forma și publicitatea convenției matrimoniale. Nu este opozabilă terților însă nici o modificare a convenției matrimoniale care este făcută în fraudă intereselor acestora. În acest sens, legea pune la înde-

mâna creditorilor prejudiciați prin schimbarea sau lichidarea regimului matrimonial două instrumente. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 369 N.C.C, creditorii prejudiciați prin schimbarea sau lichidarea regimului matrimonial pot formula acțiune revocatorie în termen de un an de la data la care au fost îndeplinite formalitățile de publicitate sau, după caz, de când au luat cunoștință mai înainte de aceste împrejurări pe altă cale. În al doilea rând, creditorii respectivi pot invoca și pe cale de excepție, oricând, inopozabilitatea modificării sau a lichidării regimului matrimonial făcute în fraudă intereselor lor. Firește că, în situația în care acțiunea creditorilor prejudiciați este admisă, față de aceștia își va produce efectele vechiul regim matrimonial, pe care ei l-au cunoscut și l-au avut în vedere în momentul contractării, indiferent dacă este vorba de regimul matrimonial al comunității legale sau de un regim matrimonial convențional, pe care soții îl adoptaseră printr-o convenție matrimonială încheiată cu respectarea dispozițiilor legale. Art. 337 N.C.C. conține o prevedere specială cu privire la încheierea convenției matrimoniale de către minor, lucru posibil doar cu încuviințarea ocrotitorului legal și a instanței tutelare. Considerăm că această dispoziție este aplicabilă numai convențiilor matrimoniale încheiate înaintea încheierii căsătoriei, deoarece prin căsătorie minorul dobândește capacitate deplină de exercițiu.

2.9. Efectele convenției matrimoniale

2.9.1. Conținutul efectelor convenției matrimoniale

Efectele convenției matrimoniale se confundă, în principiu, cu cele ale regimului matrimonial ales prin aceasta. Pot fi însă și situații în care efectele convenției matrimoniale să fie diferite; un astfel de exemplu l-ar constitui efectele unei convenții matrimoniale prin care nu se stabilește un regim matrimonial convențional, ci soții hotărăsc să li se aplice regimul matrimonial legal, ale cărui efecte se vor produce, practic, în virtutea legii⁵⁸, însă includ și o clauză de preciput, a cărei aplicare va avea loc la decesul unuia dintre soți. În afara efectelor de substanță, convenția matrimonială produce și efecte probatorii, datorită formalităților de publicitate pe care le presupune, ea fiind valorificată și ca mijloc de probă cu privire la regimul matrimonial aplicabil soților sau al celorlalte acte pe care le poate

⁵⁸ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 374, cu trimitere la P. Vasilescu, op. cit, pp. 239-240.

îngloba. Firește că fiecare dintre celelalte acte pe care le poate cuprinde convenția matrimonială (donații, recunoașteri de filiație) își vor produce efectele specifice potrivit dreptului comun.

2.9.2. Întinderea în timp a efectelor convenției matrimoniale

Astfel cum s-a afirmat în doctrină⁵⁹, în timp, efectele convenției matrimoniale coincid cu aplicarea regimului matrimonial pe care îl cuprinde. Fiind un act accesoriu căsătoriei, convenția matrimonială nu poate produce efecte legate de aplicarea regimului matrimonial în afara limitelor temporale ale căsătoriei, nefiind de conceput aplicarea unui regim matrimonial în afara căsătoriei, după cum este greu de imaginat o căsătorie în care să nu se aplice niciun regim matrimonial. Astfel, convenția matrimonială încheiată înainte de încheierea căsătoriei își va produce efectele între soți de la data încheierii căsătoriei, iar față de terți, de la data îndeplinirii formalităților de publicitate prevăzute de lege. Încetarea aplicării respectivului regim matrimonial va avea loc, între soți, fie la data stabilită de părți prin convenție matrimonială care respectă formalitățile de publicitate prevăzute de lege, fie la data introducerii cererii de divorț ori de la data separării în fapt a soților în condițiile legii, fie de la data anulării ori a constatării nulității căsătoriei, fie de la data încetării căsătoriei prin decesul unuia dintre soți, fie, în sfârșit, de la data rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești prin care a fost dispusă modificarea judiciară a regimului matrimonial. Acesta nu este însă și momentul în care vor înceta efectele convenției matrimoniale, acestea producându-se în continuare, până la terminarea lichidării regimului matrimonial aplicat. De asemenea, vor rămâne în vigoare unele prevederi care reprezintă alte acte juridice înglobate în aceasta, care își pot produce efectele independent de aplicarea regimului matrimonial. Față de terți, perioada producerii efectelor convenției matrimoniale este condiționată de data la care se realizează formele de publicitate prevăzute de lege sau la care terții au cunoscut-o pe altă cale; ideal ar fi ca aceste date să coincidă, astfel încât să nu existe perioade în care între soți să se aplice convenția matrimonială, iar față de terți aceasta să nu își găsească aplicare, consecința constând în aplicarea între soți a unui regim matrimonial convențional, iar față de terți, a regimului matrimonial legal. „Posibilitatea oferită de noul Cod civil tuturor soților de a-și organiza

⁵⁹ Ibidem, cu trimitere la M. Avram, C. Nicolescu, op. cit, p. 109.

relațiile patrimoniale din cadrul căsătoriei potrivit propriei lor voințe, constituie un mare pas înainte în reglementarea raporturilor de familie în dreptul românesc. Este adevărat că libertatea de mișcare a soților pe acest teren este destul de limitată în comparație cu alte sisteme de drept, însă progresul față de actuala reglementare oferită de Codul familiei este evident. Convenția matrimonială, care reînvie vechiul contract de căsătorie, constituie instrumentul cu ajutorul căruia soții pot să convină cu privire la cartea patrimonială a propriei lor familii, iar terții sunt protejați în raporturile contractuale pe care le vor avea cu soții. Respectarea condițiilor de validitate, precum și a celor de publicitate, pentru încheierea valabilă a convenției matrimoniale, reprezintă garanția unei reale protecții a siguranței circuitului civil, conferindu-i acestuia stabilitate. Chiar dacă reglementarea noului Cod civil este departe de a fi perfectă, cel puțin pe planul dreptului familiei constituie un demers necesar și binevenit.”⁶⁰

2.10. Desfacerea căsătoriei – noile modalități de desfacere a căsătoriei⁶¹

Se va introduce instituția divorțului notarial sau administrativ (reglementată anticipat prin „mica reformă în justiție” potrivit art. XXIII din Legea nr. 202 din 2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor⁶², prin introducerea în Codul familiei a art. 38¹-38⁴, respectiv prin modificarea art. 39⁶³) – competența pronunțării acestuia va aparține ofițerului de stare civilă de la locul căsătoriei sau de la ultima locuință comună a soților;⁶⁴

⁶⁰ Crăciunescu, C.M., op.cit., p. 375 și urm.

⁶¹ Gherghe Aurelian, *Noile modalități de desfacere a căsătoriei*, în „Noul Cod civil. Comentarii”, op. cit., 2009, p. 377-400

⁶² Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 414 din 26 octombrie 2010.

⁶³ Modificarea constă în adăugarea unui alineat nou care reglementează data de la care este desfăcută căsătoria în cazul divorțului pe cale notarială sau administrativă. Textul are în vedere corelarea cu dispozițiile art. 38¹-38⁴ din Codul familiei, nou introduse prin Legea nr. 202/2010.

⁶⁴ „Potrivit art. XXIII alin. (2) din Legea nr. 202/2010, procedura divorțului notarial sau administrativ se aplică și în cazul căsătoriilor încheiate înainte de intrarea în vigoare a acestei legi. Spre deosebire de toate celelalte dispoziții ale Legii nr. 202/2010, care intră în vigoare în termen de 30 de zile de la data publicării acesteia în Monitorul Oficial, dispozițiile referitoare la divorțul pe cale administrativă sau pe cale notarială intră în vigoare în termen de 60 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial. în acest interval de timp, Ministerul Justiției, Uniunea Națională

Dincolo de schimbarea modalității de reglementare, noul Cod civil propune societății românești o reglementare adaptată în raport cu realitățile actuale, introducând noutăți dintre care evidențiem divorțul prin acordul soților (pe cale administrativă sau prin procedura notarială), divorțul la cererea unuia dintre soți (după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani), divorțul prin cerere acceptată de pârât, dreptul la despăgubiri al soțului nevinovat care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei sau dreptul la prestația compensatorie. Doctrina modernă deosebește trei tipuri principale de soluție maritală: **despărțirea în fapt**, dar cu locuință comună, **separarea totală** (și în ceea ce privește locuința), dar fără desfacerea căsătoriei, și **divorțul**.⁶⁵ Desfacerea căsătoriei prin divorț produce consecințe multiple, care se răsfrâng asupra întregului complex de relații de natură personală și de natură patrimonială generate prin încheierea căsătoriei, atât între soți, cât și între aceștia, pe de o parte, și copiii lor, pe de altă parte.⁶⁶ Toate efectele divorțului se vor produce numai pentru viitor, spre deosebire de cele ale desființării căsătoriei, care, în principiu, operează atât pentru trecut, cât și pentru viitor.⁶⁷ Divorțul fiind singurul mijloc de desfacere a căsătoriei reprezintă punctul final al unui proces de soluție maritală ce este admis însă, în mod diferit, de majoritatea legislațiilor contemporane. În literatura juridică sunt evidențiate trei concepții (sisteme) privind divorțul: **sistemul divorțului-remediu**, **sistemul divorțului-sanctiune** și **concepția mixtă a divorțului remediu-sanctiune**.⁶⁸ În concepția *divorțului-remediu*, divorțul este o soluție, un remediu menit să pună capăt căsătoriei devenită imposibilă, fie datorită unor

a Notarilor Publici din România și Ministerul Administrației și Internelor au obligația de a propune măsurile necesare pentru punerea în aplicare a prevederilor privind divorțul prin acordul soților pe cale administrativă sau prin procedură notarială, conform art. XXIII alin. (3) al legii” – a se vedea, Atasiei, D., Țiț, H., „Mica reformă în justiție – Legea nr. 202/2010 comentată”, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 140-148.

⁶⁵ Gherghe, A., op. cit., p. 378, „Primul caz se întâlnește mai des în țări mai puțin dezvoltate, unde locuința este o problemă, un al doilea caz (separarea în fapt), în țări dezvoltate în care locuința nu este o problemă; în schimb, divorțul și efectele sale prezintă anumite particularități în funcție de spiritul și de tradiția fiecărui popor”.

⁶⁶ Ibidem, p. 379, cu trimitere la: Florian Emese, *Dreptul familiei*, Ed. Limes, Cluj-Napoca, 2003, pp. 191-199.

⁶⁷ A se vedea A. Gherghe, *Dreptul familiei*, Ed. Europolis, Constanța, 2010, p. 191.

⁶⁸ Această clasificare a fost avută în vedere și de legiuitorul român la elaborarea proiectului noului Cod de procedură civilă.

motive imputabile soților, fie datorită unor motive neimputabile acestora. Spre exemplu, boala unuia dintre soți, care face imposibilă continuarea căsătoriei, justifică, în această concepție, desfacerea căsătoriei la cererea oricărui dintre soți. În concepția *divorțului-sanctiune*, divorțul este o sancțiune ce se pronunță pentru culpa unuia dintre soți și împotriva acestuia, la cererea soțului inocent. Divorțul poate fi pronunțat și datorită culpei ambilor soți, însă nu este admis exclusiv datorită culpei soțului reclamant, în baza principiului *nemo censetur propriam turpitudinem allegans*.⁶⁹ Concepția mixtă, în forma sancțiune-remediu, consideră divorțul ca o sancțiune, de regulă, iar prin excepție este admis și divorțul-remediu, în timp ce în varianta remediu-sanctiune se consideră divorțul întotdeauna ca un remediu, și numai excepțional ca o sancțiune.⁷⁰

Noul Cod civil aduce o reglementare modernă și reformatoare, în acord cu teoria contractualistă a căsătoriei, prin înlăturarea sistemului formalist și limitativ al Codului familiei și prin instituirea posibilității de a divorța prin acordul părților **pe cale judiciară, pe cale administrativă și prin procedură notarială**. Noul Cod civil promovează o nouă concepție cu privire la desfacerea căsătoriei prin divorț. Apreciem că această concepție este modernă și liberală, fiind expresia afirmării drepturilor personalității și a dreptului soților la viață privată. Astfel, această reglementare pune la îndemâna soților, fără îngrădirile din prezent, mai multe forme de desfacere a căsătoriei. În Capitolul al VII-lea („Desfacerea căsătoriei”), la art. 373 N.C.C., sunt reglementate motivele de divorț, legiuitorul dispunând că divorțul poate avea loc: prin acordul soților, la cererea ambilor soți sau a unuia dintre soți, acceptată de celălalt soț; atunci când, din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămate și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă; la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani; la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei.

Astfel, noul Cod civil instituie **patru modalități de soluționare a divorțului**. După cum se poate observa, și după cum sunt reglementate în articolele ulterioare, motivele sunt grupate pe **categorii de divorț**, și anume: **1.** divorțul prin acordul soților pe cale judiciară; **2.** divorțul prin acordul

⁶⁹ Gherghe, A., op. cit., p. 379.

⁷⁰ Ibidem, cu trimitere la: A. Corhan, *Dreptul familiei, Teorie și practică*, ed. a II-a, revăzută și completată, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 191.

soților pe cale administrativă sau prin procedură notarială; **3.** divorțul din culpă; **4.** divorțul din cauza stării sănătății unuia dintre soți. În realitate, noul Cod civil stabilește **două tipuri de divorț**, și anume: **divorțul-remediu (fără culpă)** și **divorțul din culpa soților**.⁷¹ În această viziune, divorțul reprezintă disoluția căsătoriei valabile survenită în timpul vieții soților⁷², fie datorită unor motive temeinice, imputabile soțului pârât sau ambilor soți, fie datorită bolii unuia dintre soți ce face imposibilă continuarea căsătoriei, fie, în anumite condiții, datorită consimțământului exprimat de ambii soți. Noul Cod civil, prin art. 373 lit. a), promovează o nouă concepție cu privire la divorțul prin acordul soților, inspirată din dreptul francez.⁷³ Astfel, în noua reglementare, spre deosebire de legislația actuală în care divorțul prin consimțământ trebuie solicitat de către ambii soți, se instituie și posibilitatea solicitării divorțului de către unul singur dintre soți, în condițiile în care cererea este acceptată și de către celălalt soț. Prima modalitate de desfacere a căsătoriei prevăzută de art. 373 lit. a) N.C.C., și anume **divorțul prin acordul soților**, are două forme: o formă simplă, pe care o denumim **divorț prin cerere comună**, și o altă variantă, denumită **divorț prin cerere acceptată de pârât**. În ceea ce privește **divorțul prin cerere comună**, părțile nu trebuie să releve niciun fapt obiectiv sau subiectiv care a dus la hotărârea lor de a solicita desfacerea căsătoriei. În opinia noastră, denumirea marginală dată articolului 373 din Noul Cod civil, respectiv „Motivele de divorț”, nu este la adăpost de critică, deoarece, în cazul prevăzut, la lit. a), consimțământul (acordul) soților în vederea desfacerii căsătoriei este doar temeiul (fundamentul) divorțului. În această ipoteză, cauzele reale ale destrămării căsătoriei (motivele de divorț) sunt, de fapt, ascunse sub acoperirea acordului de voință al soților.

Pentru aceste considerente, în literatura juridică franceză această formă de soluționare a divorțului a fost denumită și „divorțul misterios” sau

⁷¹ Gherghe, A., op. Cit., p. 381: „în categoria **divorțului remediu (fără culpă)** includem divorțul din motive de sănătate și divorțul prin acordul soților, iar în categoria **divorțului din culpă**, includem divorțul din vina soților pentru motive temeinice și divorțul pentru separarea în fapt”.

⁷² Ibidem, cu trimitere la M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, LGDJ, Paris, 1926, p. 391, („Le divorce est la rupture d'un mariage valable du vivant des deux époux”).

⁷³ Ibidem, p. 383: „în prezent, în dreptul francez, art. 229 C. civ. prevede explicit trei cazuri de desfacere a căsătoriei: **prin consimțământ mutual, prin ruperea vieții comune și pentru greșeală**”.

„secret”.⁷⁴ În cazul în care cererea de divorț se întemeiază, în condițiile prevăzute de noul Cod Civil, pe acordul părților, ea va fi semnată de ambii soți sau de către un mandatar anume, cu procură specială autentică.⁷⁵ Dacă mandatarul este avocat, el va certifica semnătura soților, potrivit legii. Atunci când este cazul, în cererea de divorț, soții vor stabili și modalitățile în care au convenit să fie soluționate cererile accesorii divorțului. Singurele condiții impuse de legiuitor sunt ca ambii soți să aibă capacitate deplină de exercițiu și consimțământul lor să nu fie viciat, instanța de judecată având obligația de a verifica existența consimțământului soților, după care va fixa termen pentru soluționarea cererii în camera de consiliu.

Cea de-a doua formă de divorț prin consimțământ mutual, **divorțul prin cerere acceptată de pârât**, numit în doctrina franceză și **divorț cu dublă mărturisire**, debutează prin formularea unei cereri de divorț întemeiată pe culpa soțului pârât, iar dacă acesta recunoaște faptele care au dus la destrămarea vieții conjugale, instanța de judecată, dacă reclamantul este de acord, va pronunța divorțul fără a cerceta temeinicia motivelor de divorț și fără a face mențiune despre culpa pentru desfacerea căsătoriei.⁷⁶ În cazul acestui tip de divorț, trebuie să arătăm că, în situația în care reclamantul nu este de acord cu pronunțarea divorțului în condițiile arătate mai sus, cererea de divorț va fi soluționată potrivit dreptului comun, prin administrarea dovezilor cu privire la culpa soților în destrămarea relațiilor de familie.

Anterior intrării în vigoare a Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, desfacerea căsătoriei prin divorț se putea obține **exclusiv pe cale judiciară**, instanța judecătorească fiind singura autoritate competentă să verifice îndeplinirea condițiilor cerute de lege pentru soluționarea divorțului. În această materie, noul Cod civil aduce o reglementare modernă și reformatoare în acord cu teoria contractualistă a căsătoriei prin **abandonarea** sistemului formalist și limitativ al Codului familiei și prin instituirea posibilității de a divorța prin acordul părților,

⁷⁴ Ibidem, p. 384, cu trimitere la: A. Benabent, *Droit Civil, La famille*, 8^{ème} éd., Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1997, p. 237.

⁷⁵ A se vedea art. 897 și art. 898 din *Proiectul Noului Cod Civil de procedură civilă* (prefață de conf. univ. dr. M. Nicolae), Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 315-316.

⁷⁶ A se vedea art. 899 din *Proiectul Noului Cod de Procedură Civilă*, *op. cit.*, p. 316.

atât pe cale judiciară, cât și pe cale administrativă sau prin procedură notarială.

Pentru prima dată în legislația românească este consacrat **divorțul extrajudiciar**, acesta putând fi soluționat prin constatarea desfacerii căsătoriei prin acordul soților de către ofițerul de stare civilă sau de către notarul public de la locul căsătoriei ori al ultimei locuințe comune a soților prin emiterea unui certificat de divorț, în condițiile legii. Acest tip de divorț va putea fi obținut pe cale administrativă sau prin procedură notarială, numai dacă soții sunt de acord și nu au copii minori, născuți din căsătorie sau adoptați [art. 375 alin. (1) N.C.C.].

Literatura juridică recentă a evidențiat că scoaterea divorțului prin acordul soților din competența exclusivă a instanțelor de judecată, în condițiile în care aceștia nu au copii minori născuți din căsătorie sau adoptați, constituie o soluție pentru degrevarea instanțelor judecătorești de o serie de cauze simple în care judecătorul nu are decât rolul de a constata acordul soților și de a pronunța divorțul în baza acestui acord, fără să verifice dacă există motive temeinice de desfacere a căsătoriei.⁷⁷ Observăm că a fost eliminată și condiția termenului de un an de la încheierea căsătoriei prevăzută în legislația în vigoare pentru introducerea unei cereri de divorț prin acordul soților, singura condiție impusă fiind aceea ca soții să nu fie puși sub interdicție [art. 375 alin. (2) N.C.C.]. În cazul divorțului prin acordul soților pe cale administrativă sau prin procedură notarială, potrivit dispozițiilor art. 376 alin. (1) N.C.C, cererea de divorț se depune de soți împreună. Ofițerul de stare civilă sau notarul public înregistrează cererea și le acordă un termen de 30 de zile pentru eventuala retragere a cererii de divorț. În opinia noastră, termenul acordat de ofițerul de stare civilă sau de notarul public după înregistrarea cererii de divorț este un **termen de reflecție cu caracter obligatoriu**, ce dă posibilitatea soților de a încerca depășirea nemulțumirilor, neînțelegerilor și a conflictelor ivite, fiind acordat în scopul unei eventuale retrageri a cererii de divorț. Pe perioada celor 30 de zile, termenul are efect suspensiv, în sensul că soluționarea cererii de divorț este amânată până la împlinirea lui. La expirarea acestui termen,

⁷⁷ Ibidem, p. 386, cu trimitere la: C.-M. Crăciunescu, *Reglementarea divorțului în Proiectul noului Cod Civil și în dreptul comparat*, în vol. *Dreptul românesc în contextul exigențelor Uniunii Europene* - Academia Română. Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu”, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 121.

ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public verifică dacă soții stăruie să divorțeze și dacă, în acest sens, consimțământul lor este liber și neviciat [art. 376 alin. (2) N.C.C.]. Dacă soții stăruie în divorț, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public constată desfacerea căsătoriei prin acordul soților și eliberează certificatul de divorț fără să facă vreo mențiune cu privire la culpa soților.

În ceea ce privește efectele divorțului pe cale administrativă sau prin procedură notarială cu privire la raporturile nepatrimoniale dintre soți, aceștia pot conveni să păstreze numele purtat în timpul căsătoriei, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public luând act de această înțelegere. Dacă nu a intervenit o înțelegere, fiecare dintre foștii soți va purta numele dinaintea căsătoriei. Dacă soții nu se înțeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorț, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public emite o dispoziție de respingere a cererii de divorț și îndrumă soții să se adreseze instanței de judecată. Ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public nu are competența de a soluționa cererile privind alte efecte ale divorțului asupra cărora soții nu se înțeleg, fiind obligat să îndrume soții să se adreseze instanței judecătorești competente. În cazul în care cererea de divorț este depusă la primăria unde s-a încheiat căsătoria, ofițerul de stare civilă, după emiterea certificatului de divorț, va face mențiune despre acest lucru în actul de căsătorie. Când cererea de divorț a fost depusă la primăria în a cărei rază teritorială soții au avut ultima locuință comună, ofițerul de stare civilă va emite certificatul de divorț și va înainta, de îndată, o copie certificată de pe acesta la primăria locului unde s-a încheiat căsătoria, în scopul efectuării mențiunii în actul de căsătorie [art. 377 alin. (1) și (2) N.C.C.]. În cazul constatării divorțului de către notarul public, acesta va emite certificatul de divorț și va înainta, de îndată, o copie certificată de pe acesta la primăria locului unde s-a încheiat căsătoria, spre a se face mențiune în actul de căsătorie.

Certificatul de divorț eliberat în condițiile arătate mai sus, de către ofițerul de stare civilă sau, după caz, de notarul public, este opozabil față de terți, în condițiile legii. Căsătoria este considerată desfăcută la data eliberării certificatului de divorț. Deși legiuitorul nu a prevăzut o cale de atac împotriva certificatului de divorț, fiind vorba despre un act juridic, apreciem că acesta va putea fi atacat în condițiile dreptului comun (de exemplu, anulat pentru nerespectarea condițiilor de fond sau a condițiilor

de formă). În ipoteza în care nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege cu privire la divorțul prin acordul soților pe cale administrativă sau prin procedură notarială, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public va respinge cererea de divorț. În acest caz, soții nu au la dispoziție nici o cale de atac, însă se pot adresa cu cererea de divorț instanței de judecată, pentru ca aceasta să dispună desfacerea căsătoriei prin acordul lor, în condițiile art. 374 N.C.C. sau în baza unui alt temei prevăzut de lege. Oricare dintre soți se poate adresa însă, pe cale separată, instanței competente, în scopul obținerii de **daune-interese** pentru repararea prejudiciului cauzat **prin refuzul abuziv** al ofițerului de stare civilă sau al notarului public de a constata desfacerea căsătoriei prin acordul soților și de a emite certificatul de divorț. Astfel, legiuitorul recunoaște dreptul oricărui soț de a pretinde și de a obține de la ofițerul de stare civilă sau de la notarul public, echivalentul prejudiciului pe care l-a suferit prin săvârșirea unui fapt ilicit ce constă într-o omisiune (refuzul abuziv al ofițerului de stare civilă sau al notarului public), caz în care ne aflăm în prezența **răspunderii civile delictuale**, izvor distinct de obligații. Aceste **despăgubiri (daune-interese)** pot fi acordate, în condițiile dreptului comun, fie sub forma unei sume globale de bani, fie sub forma unor sume prestate periodic.

În ceea ce privește **divorțul prin acordul soților pe cale judiciară**, observăm că această modalitate de desfacere a căsătoriei *nu mai este supusă limitărilor din legislația actuală*. **Prin procedura judiciară**, soții pot divorța prin consimțământ mutual, indiferent dacă există sau nu copii minori rezultați din căsătorie și indiferent de data încheierii căsătoriei [art. 374 alin. (1) N.C.C.]. Singura condiție restrictivă a acestei forme este punerea sub interdicție a unuia dintre soți, restricție logică având în vedere că interzisul nu-și mai poate exprima valabil consimțământul. De altfel, instanța de judecată este obligată să verifice dacă există consimțământul liber și neviciat al fiecăruia dintre soți. La termenul de judecată, instanța va verifica dacă soții stăruie în desfacerea căsătoriei pe baza acordului lor și, în caz afirmativ, va pronunța divorțul, fără a face mențiune despre culpa soților. Prin aceeași hotărâre, instanța va lua act de învoiala soților cu privire la cererile accesorii, în condițiile legii. Hotărârea pronunțată în aceste condiții este definitivă. Căsătoria este desfăcută din ziua în care hotărârea prin care s-a pronunțat divorțul a rămas definitivă.

În cazul în care soții nu se învoiesc asupra cererilor accesorii, instanța va administra probele prevăzute de lege pentru soluționarea acestora și, la cererea părților, va pronunța o hotărâre cu privire la divorț (ce va fi definitivă numai în ceea ce privește divorțul), soluționând totodată și cererile privind exercitarea autorității părintești, contribuția părinților la cheltuielile de creștere și educare a copiilor și numele soților după divorț. Dacă va fi cazul, cu privire la celelalte cereri accesorii, instanța va continua judecata pronunțând o hotărâre supusă căilor de atac prevăzute de lege.⁷⁸ Evidențiem că, în cazul **divorțului prin acordul soților**, niciunul dintre soți nu pierde drepturile pe care legea sau convențiile încheiate anterior cu terții le conferă fiecăruia dintre ei [art. 384 alin. (2) N.C.C. instituie **regula generală** potrivit căreia soțul împotriva căruia a fost pronunțat divorțul pierde drepturile pe care legea sau convențiile încheiate anterior cu terții le atribuie acestuia]. Hotărârea judecătorească prin care s-a pronunțat divorțul este opozabilă *erga omnes*, în condițiile legii.

Divorțul din cauza stării sănătății unuia dintre soți – de lege lata, motivele de natură obiectivă, independente de conduita culpabilă a vreunuia dintre soți, constituie temei de desfacere a căsătoriei și „*oricare dintre soți poate cere divorțul atunci când starea sănătății sale face imposibilă continuarea căsătoriei*” [art. 38 alin. (3) C. fam.]. În ceea ce privește desfacerea căsătoriei motivată de starea sănătății unuia dintre soți, noul Cod civil dispune în art. 373 lit. d) că „*divorțul poate avea loc la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei.*” Observăm că, în acest caz, divorțul intervine datorită imposibilității continuării căsătoriei, indiferent dacă această situație este imputabilă sau nu vreunuia dintre soți. Divorțul apare ca un remediu al unei situații ce nu mai poate continua, fără a se căuta culpa vreunuia dintre soți. Astfel, desfacerea căsătoriei se pronunță de instanța de judecată fără a se face mențiune despre culpa soților [art. 381 N.C.C.]. În ipoteza prevăzută de art. 373 lit. d) N.C.C., divorțul poate fi cerut numai de către soțul bolnav, singura condiție fiind ca, datorită stării sănătății acestuia, continuarea căsătoriei să fi devenit imposibilă. Având în vedere că legiuitorul nu a făcut referiri la natura afecțiunii sau la gravitatea bolii, și întrucât divorțul în acest caz are rolul de a soluționa o situație considerată ca intolerabilă,

⁷⁸ în acest sens, a se vedea art. 898 din *Proiectul Noului Cod de procedură civilă*, op. cit, p. 315.

permanentă și de neînălțurat, apreciem că au fost avute în vedere atât afecțiunile de natură fizică, cât și cele de natură psihică. În acest sens, instanța de judecată este obligată să administreze probe privind existența bolii și starea sănătății soțului bolnav și va pronunța divorțul fără a face mențiune despre culpa pentru desfacerea căsătoriei.

Potrivit dispozițiilor art. 373 lit. b) N.C.C., „divorțul poate avea loc atunci când, din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămăte și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă.” În acest caz divorțul se pronunță dacă instanța stabilește culpa unuia dintre soți în destrămarea căsătoriei. Cu toate acestea, dacă din probele administrate, rezultă culpa ambilor soți, instanța poate pronunța **divorțul din culpa lor comună**, chiar dacă numai unul dintre ei a făcut cerere de divorț. În ipoteza prevăzută de art. 373 lit. b) N.C.C., legiuitorul nu arată nici măcar exemplificativ care sunt motivele de divorț. Din analiza textului rezultă că divorțul din culpa soților este admis dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele trei condiții: **1.** motivele de divorț să existe și să fie temeinice; **2.** raporturile dintre soți (personale sau patrimoniale) să fie grav vătămăte; **3.** continuarea căsătoriei să nu mai fie posibilă. Astfel, **culpa** ce determină divorțul se apreciază în raport cu îndeplinirea obligațiilor impuse soților. Fapta culpabilă a unuia dintre soți ori a ambilor soți trebuie să conștie în încălcarea drepturilor celuilalt soț ori în neîndeplinirea obligațiilor ce le revin fiecăruia.

Suntem de părere (nota – Gherge, A.)⁷⁹ că în sistemul noului Cod civil crește importanța și rolul culpei în destrămarea relațiilor de căsătorie, deoarece se conferă o miză deosebită stabilirii culpei în pronunțarea divorțului, luându-se în considerare efectele desfacerii căsătoriei cu privire la relațiile personale și patrimoniale dintre soți. În această concepție, divorțul este considerat pronunțat împotriva soțului din a cărui culpă exclusivă s-a desfăcut căsătoria. Astfel, potrivit art. 384 alin. (2) N.C.C., „soțul împotriva căruia a fost pronunțat divorțul pierde drepturile (s.n.) pe care legea sau convențiile încheiate anterior cu terții le atribuie acestuia.” Apreciem⁸⁰ că **în această situație, divorțul se pronunță ca o sancțiune față de soțul în culpă.** Acesta pierde drepturile „pe care legea sau convențiile încheiate anterior cu terții le atribuie” ca efect al pronunțării divorțului,

⁷⁹ Gherge, A., op. cit., p. 393.

⁸⁰ Ibidem.

fiind sancționat în acest mod. Considerăm că textul art. 384 alin. (2) N.C.C. a fost conceput și redactat în mod defectuos, ambiguu, deoarece nu este clar care sunt „drepturile” pe care le pierde soțul vinovat.⁸¹ Sperăm ca prin Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil legiuitorul să precizeze sau să explice care sunt „drepturile” pe care le pierde soțul culpabil, cu titlu de sancțiune, odată cu pronunțarea divorțului. Culpă este luată în considerare cu privire la efectele ei după pronunțarea divorțului, distinct de **dreptul la prestația compensatorie** prevăzut de art. 390 – soțul nevinovat, care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei, poate cere soțului vinovat să îl despăgubească. În acest caz, instanța de tutelă⁸² soluționează cererea prin hotărârea de divorț (art. 388 N.C.C.). În opinia lui Gherge Aurelian, dispoziția cuprinsă în art. 388 este inoportună, deoarece favorizează încheierea căsătoriei din interes prin accentuarea caracterului material (pecuniar) al relațiilor dintre soți, fiind de natură să îl constrângă pe soțul care nu mai dorește continuarea căsătoriei și are o situație materială precară, să continue această căsătorie de teamă că va fi obligat la despăgubiri pe care nu are posibilitatea de a le plăti.

Prestația compensatorie este o instituție juridică nouă ce are ca finalitate compensarea, în măsura în care este posibil, a unui dezechilibru semnificativ pe care divorțul l-ar determina în condițiile de viață ale celui care o solicită.⁸³ Aceasta poate fi acordată, în cazul în care divorțul se pronunță din culpa exclusivă a soțului pârât, soțului reclamant care a suferit prin desfacerea căsătoriei o modificare a modului de viață, care să determine scăderea nivelului de trai sub un nivel decent, chiar dacă nu se află în incapacitate de muncă. De altfel, soțul reclamant are un drept de opțiune între a solicita dreptul la prestația compensatorie sau dreptul la pensia de întreținere.⁸⁴ Noul Cod civil reglementează atât condițiile în care

⁸¹ Potrivit art 384 alin. (3) N.C.C., „*aceste drepturi nu sunt pierdute în cazul culpei comune sau al divorțului prin acordul soților.*”

⁸² Noul Cod civil stabilește o competență unică în rezolvarea cauzelor privind aspectele de dreptul familiei, care aparține instanței de tutelă.

⁸³ **Prestația compensatorie** este o instituție juridică existentă în prezent și în dreptul francez (art. 270 și urm. C. civ. fran.), de unde s-au inspirat și autorii noului Cod civil român.

⁸⁴ Potrivit art. 390 alin. (3) N.C.C., „*soțul care a solicitat prestația compensatorie nu poate cere de la fostul său soț și pensie de întreținere, în condițiile art 389.*” Spre deosebire de **prestația compensatorie**, dreptul la întreținere nu poate fi conceput în cazul foștilor soți decât în prezența **stării de nevoie**, determinată de **incapacitatea de a munci**.

poate fi acordată prestația compensatorie, cât și criteriile obligatorii care trebuie avute în vedere la stabilirea cuantumului acesteia. Soțul reclamant (nevinovat) poate beneficia, la cerere, de dreptul la prestația compensatorie dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele trei condiții: **1.** să existe un dezechilibru semnificativ pe care divorțul l-ar determina în condițiile de viață ale celui care solicită prestația compensatorie; **2.** divorțul să fi fost pronunțat din culpa exclusivă a soțului pârât; **3.** căsătoria să fi durat cel puțin 20 de ani.

Prestația compensatorie are ca scop compensarea **pe cât posibil** a unui dezechilibru semnificativ creat prin desfacerea căsătoriei și nu se poate solicita decât odată cu divorțul. Observăm că legiuitorul român nu a enumerat faptele ce justifică prestația compensatorie, stabilind însă criteriile care trebuie avute în vedere la stabilirea prestației compensatorii.⁸⁵ Astfel, la stabilirea prestației compensatorii, instanța de judecată va ține seama atât de resursele soțului care o solicită, cât și de mijloacele celuilalt soț din momentul divorțului, precum și **de efectele pe care le are sau le va avea lichidarea regimului matrimonial.**⁸⁶ În caz de **încetare** (regimul matrimonial încetează prin constatarea nulității, anularea, desfacerea sau încetarea căsătoriei) sau **de schimbare** (regimul matrimonial se poate modifica pe cale convențională sau pe cale judiciară), regimul matrimonial se lichidează potrivit legii, prin buna învoială sau, în caz de neînțelegere, pe cale judiciară. Hotărârea judecătorească definitivă, respectiv înscrisul întocmit în formă autentică notarială, constituie act de lichidare. De asemenea, vor fi avute în vedere orice alte împrejurări previzibile, de natură să modifice resursele și mijloacele ambilor soți, cum ar fi: **a.** vârsta și starea de sănătate a soților; **b.** contribuția la creșterea

⁸⁵ Gherghe, A., p. 395: „în dreptul american, se manifestă tendința eliminării **divorțului pentru culpă**, stabilirea culpei fiind relevantă doar pentru obținerea prestației compensatorii. Faptele care justifică prestația compensatorie sunt: adulterul, abandonul, încălcarea obligațiilor conjugale, consumul exagerat de alcool, violența fizică sau psihică, condamnarea pentru crimă. Spre exemplu, Statul California a abolit culpa drept cauză de desfacere a căsătoriei încă din anul 1969. În acest sens, a se vedea A. A. Lavasseur, *Droit des Etats-Unis*, 2^{eme} Ed., Dalloz, Paris, 1994, pp. 176-177”.

⁸⁶ Noul Cod civil consacră **principiul libertății de opțiune cu privire la alegerea regimului matrimonial**, renunțând la exclusivismul regimului comunității din legislația actuală. Astfel, se trece la un sistem de drept cu pluralitate de regimuri matrimoniale aplicabile, viitorii soți putând alege ca regim matrimonial **comunitatea legală, separația de bunuri** sau **comunitatea convențională**.

copiilor minori pe care a avut-o și urmează să o aibă fiecare soț; **c.** pregătirea profesională a fiecăruia dintre soți; **d.** posibilitatea de a desfășura o activitate producătoare de venituri, și altele, asemenea.

Prestația compensatorie poate fi stabilită **în bani** sau **în natură**. Prestația compensatorie poate fi stabilită în bani, sub forma unei sume globale sau a unei rente viagere. Renta poate fi stabilită într-o cotă procentuală din venitul debitorului sau într-o sumă de bani determinată. Prestația compensatorie poate fi stabilită și în natură, sub forma uzufructului asupra unor bunuri mobile sau imobile care aparțin debitorului. Renta și uzufructul se pot constitui pe toată durata vieții celui care solicită prestația compensatorie sau pentru o perioadă mai scurtă, care se stabilește prin hotărârea de divorț. La cererea soțului creditor, instanța de judecată îl poate obliga pe soțul debitor să constituie **o garanție reală** sau să dea **cauțiune** pentru a asigura executarea rentei. Constatăm că hotărârile judecătorești ce vor fi pronunțate în materia prestației compensatorii nu se vor bucura de **autoritate de lucru judecat absolută, ci relativă**. Consecința este că, ori de câte ori se schimbă împrejurările care au determinat pronunțarea hotărârii, instanța de tutelă poate mări sau micșora prestația compensatorie dacă se modifică, în mod semnificativ, mijloacele debitorului și resursele creditorului. În cazul în care prestația compensatorie constă într-o sumă de bani, aceasta se indexează de drept, trimestrial, în funcție de rata inflației.

Potrivit dispozițiilor prevăzute în art. 395 N.C.C., prestația compensatorie încetează: **a.** Prin decesul unuia dintre soți (această împrejurare duce la încetarea prestației compensatorii datorită caracterului *intuitu personae* al acesteia); **b.** prin recăsătorirea soțului creditor – în acest caz, legiuitorul a considerat că intrarea într-o nouă căsătorie a soțului creditor îi asigură acestuia un mod de viață asemănător celui din timpul primei căsătorii, astfel că nu se mai justifică compensarea dezechilibrului creat prin divorț; **c.** atunci când soțul creditor obține resurse de natură să-și asigure condiții de viață asemănătoare celor din timpul căsătoriei. Se apreciază că⁸⁷, în cazul situațiilor prevăzute la lit. a) și b), încetarea dreptului la prestația compensatorie operează de drept (*ope legis*), în temeiul legii, iar în cazul de la lit. c) încetarea prestației compensatorii ar trebui pronunțată de instanța de tutelă după administrarea probelor la cererea debitorului prestației

⁸⁷ Gherghe, A., op. cit., p. 397.

compensatorii (de exemplu, în cazul în care creditorul prestației moștenește o avere importantă ce îi asigură condiții de viață asemănătoare celor din timpul căsătoriei]. În concluzie, evidențiem că reglementarea prestației compensatorii accentuează caracterul pecuniar (material) al relațiilor dintre soți și conferă o miză importantă aspectelor privind stabilirea culpei la desfacerea căsătoriei. În mod tradițional, literatura juridică română⁸⁸ a considerat că acțiunea de divorț are caracter strict personal, astfel că ea nu poate fi promovată decât de către unul dintre soți contra celuilalt soț, iar moștenitorii soțului decedat în timpul procesului nu pot continua acțiunea soțului decedat, deoarece căsătoria încetează prin decesul unuia dintre soți și, într-o asemenea ipoteză, acțiunea de divorț rămâne fără obiect. În art. 894 alin. (1) din **Proiectul Noului Cod de procedură civilă** se stipulează că „dacă în timpul procesului de divorț unul dintre soți decedează, instanța va lua act de încetarea căsătoriei și va dispune, prin hotărâre definitivă, închiderea dosarului.”

Noul Cod civil reglementează o instituție juridică nouă, și anume, **continuarea acțiunii de divorț de către moștenitorii soțului decedat** (art. 380). Astfel, în mod excepțional, când cererea de divorț se întemeiază pe culpa pârâtului și reclamantul decedează în cursul procesului, lăsând moștenitori, aceștia vor putea continua acțiunea, pe care instanța de tutelă o va admite numai dacă va constata culpa exclusivă a soțului pârât. În caz contrar, instanța va dispune, prin hotărâre definitivă, închiderea dosarului. În opinia autorului Gherghe Aurelian, introducerea acestor dispoziții legale privind continuarea procesului de divorț din considerente de ordin exclusiv material, cu nesocotirea impedimentului de natură morală, poate afecta grav principiile fundamentale ale vieții de familie, iar adoptarea unei instituții juridice de acest gen poate da naștere la abuzuri și arbitrarium. Sepa-

⁸⁸ Ibidem, p. 397. A se vedea N. Titulescu, *Dreptul Civil*, Fundația Europeană Titulescu, ediție îngrijită și postfață de prof. univ. dr. V. Popa, cerc. pr. dr. M. Christi, Ed. AH Beck, București, 2004, p. 332. în acest sens, autorul arată că: „Acțiunea de divorț este refuzată moștenitorilor unuia dintre soți; și această restricțiune este foarte interesantă. Într-adevăr, se poate întâmpla ca în cursul acțiunii de divorț unul dintre soți să moară, moștenitorii au mare interes ca divorțul să continue, ca o hotărâre de despărțenie să se pronunțe în favoarea celuilalt soț, pentru a înlătura dreptul lui de succesiune sau diferitele avantaje matrimoniale ce li s-ar cuveni. Totuși, interesul pur matrimonial al moștenitorilor n-a fost ținut în seamă de legiuitor, de parcă acesta a socotit că el nu prezintă o gravitate suficientă pentru a permite și după moartea unui soț dezbaterile penibile ale unui divorț și deci acțiunea nu va putea fi continuată de el.”

rarea în fapt a soților poate fi determinată de dorința ambilor soți de a se separa pentru a avea posibilitatea de a reflecta asupra relației lor, de refuzul unuia dintre ei de a coabita cu celălalt sau de părăsirea domiciliului conjugal.⁸⁹ Despărțirea în fapt a soților poate avea loc în același domiciliu sau în domiciliu separate. Noul Cod civil nu reglementează instituția juridică a **separației de corp**, care se deosebește de **separarea în fapt**.⁹⁰ Cu toate că separarea în fapt afectează relațiile personale și patrimoniale dintre soți, starea juridică de persoană căsătorită ființează încă. Conform art. 373 lit. c) N.C.C., divorțul poate avea loc la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani. În această ipoteză, divorțul se pronunță **din culpa exclusivă a soțului reclamant**, cu excepția situației în care pârâtul se declară de acord cu divorțul, când desfacerea căsătoriei se pronunță fără a se face mențiune despre culpa soților. Pentru această ipoteză, în mod justificat, în doctrina juridică recentă⁹¹ s-a pus problema ce se întâmplă în situația în care soțul reclamant care solicită divorțul în temeiul art. 373 lit. c) N.C.C. nu este vinovat de separare? Cu alte cuvinte, poate el solicita desfacerea căsătoriei pe temeiul art. 373 lit. c) N.C.C. din culpa exclusivă a pârâtului? Apreciem că legiuitorul a avut în vedere situația în care soțul reclamant își asumă responsabilitatea pentru eșecul căsătoriei, invocând propria culpă; în acest caz, instanța va verifica numai existența și durata despărțirii în fapt și va pronunța divorțul din culpa exclusivă a reclamantului.⁹² În această ipoteză este încălcat un principiu fundamental al dreptului civil ce statuează faptul că nimeni nu poate invoca propria culpă pentru a-și valorifica un drept (*nemo auditur pro-*

⁸⁹ în acest sens, a se vedea A. Corhan, *Dreptul familiei, teorie și practică*, ed. a II-a, revăzută și completată, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 186.

⁹⁰ în dreptul francez, **separația de corp** reprezintă starea soților care au obținut prin decizie judiciară autorizarea de a fi exonerati de obligația de a duce o viață în comun.

⁹¹ în acest sens, a se vedea M. Uliescu, *Codul Civil adoptat prin Legea nr. 287/2009. O perspectivă viabilă în raporturile de drept european?*, în vol. *Perspectivile dreptului românesc în Europa Tratatului de la Lisabona*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 28. Autoarea arată că formularea corectă a art. 379 N.C.C. ar trebui să fie: „în ipoteza prevăzută la art 373 lit c), divorțul se pronunță din culpa exclusivă a soțului vinovat de separarea în fapt, cu excepția situației în care pârâtul se declară de acord cu divorțul, când acesta se pronunță fără a se face mențiune despre culpa soților.”

⁹² în acest sens, a se vedea și art. 902 alin. (1) din *Proiectul Noului Cod de procedură civilă, op. cit.*, p. 316.

priam turpitudinem allegans). Noul Cod civil conține, în materia desfacerii căsătoriei, soluții novatoare, inspirate din alte sisteme de drept, a căror punere în aplicare presupune modificarea și adaptarea instituțiilor juridice existente, dar și revizuirea legislației speciale din acest domeniu.

2.11. Rudenia în reglementarea Noului Cod civil

În materia rudeniei, elementele de noutate sunt următoarele: **1.** lărgirea sferei subiectelor care pot fi titulare ale acțiunii în tăgăda paternității, respectiv: soțul mamei, mama, precum și copilul în cauză; **2.** reglementarea reproducerii umane asistate medical cu terț donator; **3.** reglementarea detaliată a condițiilor de fond, efectelor și încetării adopției.

2.12. Filiația față de mamă în Noul Cod civil

Raportul de filiație față de mamă rezultă din faptul nașterii – confirmă Noul Cod civil – și se dovedește prin actul de naștere; nici o persoană nu poate reclama o altă maternitate decât cea rezultând din actul de naștere și posesia de stat conformă acestei și, de asemenea, nicio persoană nu poate contesta maternitatea astfel stabilită, cu excepția substituirii de copii sau a înregistrării ca mamă a altei femei decât cea care a dat naștere copilului [art. 408 alin. (1), art. 409 alin. (1) și art. 411]. Filiația față de mamă mai poate fi stabilită prin recunoașterea mamei sau prin hotărâre judecătorească [art. 408 alin. (1)]. „Mărturisirea” de filiație, maternă sau paternă, nu suferă modificări de substanță față de actuala reglementare; sunt însă unele nuanțări, cu vocația de a pune capăt controverselor doctrinare de natura celor evocate și de noi în cele ce preced.⁹³ Astfel, incidența nulității, absolute și relative, este explicită, indicându-se și cazurile în care intervine sancțiunea (art. 418-419). Nulitatea absolută lovește recunoașterea de filiație care se referă la un copil (în sensul de descendent, minor sau major, conform art. 413 NCC) a cărui filiație legal stabilită nu a fost înlăturată, recunoașterea privitoare la copilul decedat care nu a lăsat descendenți fi-rești, precum și cea care nu îmbracă forma solemnă cerută de art. 416 alin. (1) NCC, adică nu s-a făcut prin declarație la serviciul de stare civilă, prin înscris autentic sau prin testament (art. 418); de asemenea, întrucât minorul necăsătorit poate recunoaște singur pe copilul său dacă are discernă-

⁹³ Florian Emese, op. cit., p. 299.

mânt la momentul recunoașterii (art. 417), suntem de părere (nota Florian Emese, op. cit., p. 299 și urm.) că lipsa discernământului atrage nulitatea relativă a recunoașterii în temeiul prevederilor dreptului comun în materie de nulitate a actului juridic. Se mai precizează, că în cazul nulității absolute a recunoașterii care se suprapune unei filiații stabilite legal și „active”, recunoașterea devine producătoare de efecte dacă filiația anterioară este înlăturată prin hotărâre judecătorească [art. 418 lit. a) teza a II-a]. Nulitatea relativă a recunoașterii intervine pentru vicierea consimțământului autorului prin eroare, dol sau violență; dreptul la acțiune este prescriptibil în termenul general de 3 ani (art. 2517), socotit, după caz, de la data încetării violenței, al descoperirii erorii sau a dolului (art. 419). Recunoașterea de filiație – maternă sau paternă – poate fi contestată dacă nu corespunde adevărului. Dreptul la acțiune este recunoscut oricărei persoane interesate și nu este prescriptibil extinctiv, cu sublinierea că, dacă cel care contestă este celălalt părinte, copilul sau descendenții acestuia, dovada filiației cade în sarcina autorului recunoașterii sau a moștenitorilor acestuia (art. 420). Maternitatea poate fi stabilită pe cale judecătorească dacă, din orice motiv, dovada filiației materne nu se poate face prin certificatul de naștere, precum și dacă se contestă realitatea celor cuprinse în certificatul de naștere (art. 422). Dreptul la acțiune aparține copilului, se transmite moștenitorilor săi, și se exercită împotriva pretinsei mame sau a moștenitorilor acesteia. Dreptul la acțiune al copilului nu se prescrie în timpul vieții acestuia; moștenitorii săi nu au această favoare, ei nu pot iniția acțiunea decât în termen de 1 an de la data decesului copilului (art. 423).

2.13. Filiația față de tată în reglementarea Noului Cod civil

2.13.1. Filiația față de tatăl din căsătorie⁹⁴

Prezumția de paternitate rămâne, firește, mijlocul de stabilire a paternității copilului din căsătorie [art. 408 alin. (2) C.civ.]. Într-o formulare (prea) succintă, Noul Cod civil, prin art. 414, dispune: „Copilul născut sau conceput în timpul căsătoriei are ca tată pe soțul mamei. (1) Paternitatea poate fi tăgăduită, dacă este cu neputință ca soțul mamei să fie tatăl copilului (2)”, cu precizarea că timpul legal al concepțiunii are înțelesul neschimbat, de interval cuprins între a trei sute și a o sută optzecea zi

⁹⁴ Florian Emese, op. cit., p. 351-358.

dinaintea nașterii copilului [art. 412 alin. (1)]. Din punctul de vedere al copiilor acoperiți de beneficiul prezumției de paternitate, intră în această categorie, fără dificultate, atât copilul conceput și născut în timpul aceleiași căsătorii a mamei, cât și copilul conceput în perioada celibatului mamei și născut ulterior căsătoriei acesteia; în privința paternității copilului conceput în timpul căsătoriei și născut ulterior desfacerii, constatării nulității sau anulării ori încetării căsătoriei, ca și în cazul copilului conceput în timpul unei căsătorii și născut în timpul căsătoriei subsecvente a mamei, indicațiile cuprinse în art. 414 alin. (1) NCC sunt, în aprecierea noastră, insuficiente, dacă nu chiar contradictorii, resimțindu-se lipsa unei dispoziții similare aceleia din art. 53 alin. (2) C.fam. care, în ceea ce privește acțiunea prezumției de paternitate fondată pe faptul concepțiunii în timpul căsătoriei, stabilea condiția negativă ca mama, la data nașterii copilului, să nu fi fost recăsătorită. Consecința este că, în absența condiției negative ca la data nașterii copilului mama să nu fi intrat într-o nouă căsătorie, în situația copilului conceput în timpul căsătoriei anterioare și născut în cursul căsătoriei subsecvente a mamei, operează concomitent două prezumții de paternitate, ceea ce, evident, este o stare absurdă. Răsturnarea prezumției de paternitate are caracter judiciar. Acțiunile privind filiația față de tatăl din căsătorie (art.429-434 NCC, completate de prevederile art. 435-440 NCC, comune tuturor acțiunilor privitoare la filiație) urmează un regim juridic esențial diferit de cel actual. Dreptul la acțiune este recunoscut soțului mamei, mamei, tatălui biologic, copilului, precum și moștenitorilor fiecăruia din cei indicați [art. 429 alin. (1)]; cu atât mai mult, moștenitorii pot continua acțiunea pusă în mișcare de autorul lor. În numele titularului aflat sub interdicție poate acționa tutorele sau, în lipsă, curatorul numit de instanță. Titularul „tradițional” al acțiunii, bărbatul prezumat a fi tatăl copilului, este menționat în acest context ca „soț” al mamei, redactarea dată textului sugerând – deși nu credem (nota Florian Emese, op. cit., p. 352 și urm.) că s-a dorit – că cel devenit fost soț – prin desfacerea, încetarea, nulitatea sau anularea căsătoriei, nu ar avea legitimare procesuală. Neașteptată și extrem de discutabilă este poziția „ultimului venit” în rândul celor ce au permisiunea legii de a declanșa acțiunea în tăgada paternității, anume „tatăl biologic”, numit uneori în cuprinsul legii, mai potrivit cu statutul său, pretins tată biologic. Trebuie spus că acțiunea pornită de acesta (sau de moștenitorii săi) poate fi admisă numai dacă

reclamantul face dovada paternității pretinsului tată biologic, cu alte cuvinte paternitatea prezumată a soțului mamei (fostului soț) nu poate fi înlăturată, la inițiativa sau în numele tatălui biologic, decât în cazul în care, concomitent cu pierderea paternității prezumate, are loc și stabilirea paternității din afara căsătoriei [art. 432 alin. (1)]. După părerea noastră⁹⁵, consacrară dreptului la acțiune al tatălui biologic, mai mult, și al moștenitorilor acestuia, este nejustificată și excesivă. În condițiile în care același drept la acțiune se află la îndemâna soțului (fostul soț), al mamei, al copilului, precum și al moștenitorilor fiecăruia dintre aceștia, acțiunea pornită de cel care se pretinde tatăl copilului așează între paranteze dreptul la protecția vieții familiale a persoanelor din „trilaterală” care a generat prezumția de paternitate, drept fundamental garantat prin art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului, art. 26 din Constituția României. Faptul că, potrivit art. 432 alin. (1), acțiunea tatălui biologic va fi admisă numai dacă acesta face dovada paternității sale față de copil este, în acest context, irelevant în caz de eșec al demersului celui ce se pretinde adevăratul tată, cu toată buna-credință a reclamantului și cu tot interesul, să presupunem, exclusiv de natură morală al acestuia. Contraargumentele, favorabile dreptului la acțiune al celui ce se pretinde tatăl biologic, vor fi, probabil, clădite pe ideea supremației adevărului biologic. Însă, încă o dată, adevărul biologic poate triumfa nestingherit și în condițiile accesului la acțiune în tăgadă limitat la ceilalți titulari – soțul mamei (fostul soț), mama, copilul și moștenitorii fiecăruia dintre cei indicați. S-ar fi asigurat în acest fel echilibrul necesar între interesul incontestabil al tuturor celor implicați, inclusiv al tatălui biologic, de a fi constatată și consacrată o filiație reală în locul celei legale, prezumate, pe de o parte, și dreptul fiecăruia la protecția vieții familiale împotriva oricărei intruziuni nedorite, pe de altă parte. Acțiunea pornită de soțul (fostul soț) al mamei se îndreaptă împotriva copilului sau, dacă acesta este decedat, împotriva mamei și, atunci când este cazul, a altor moștenitori ai copilului [art. 429 alin. (2)]. Termenul de prescripție este de 3 ani, socotit de la data la care soțul (fostul soț) a cunoscut faptul că este prezumat tată al copilului, sau de la o dată ulterioară, la care a aflat că prezumția nu corespunde adevărului [art. 430 alin. (1)]. Mama, în calitate de reclamantă va acționa împotriva soțului (fostului soț) sau al moștenitorilor acestuia, de asemenea în termen de 3 ani

⁹⁵ Ibidem, p. 352 și urm.

socotit de la data nașterii copilului [art. 429 alin. (4), art. 431]. În acțiunea pornită de copilul beneficiar al prezumției de paternitate, pârât este tatăl prezumat; dreptul la acțiune nu se prescrie în timpul vieții copilului – termen generic prin care este desemnat descendentul, minor sau major (art. 413). Pe durata minorității, dreptul la acțiune al copilului se valorifică prin reprezentantul său legal [art. 433 alin. (1)]; cum, de regulă, mama deține calitatea de reprezentant legal al copilului (minor), ne îndoim de utilitatea practică a termenului de prescripție alocat dreptului mamei de a ataca în nume propriu prezumția de paternitate a copilului său, la fel ca și a dreptului la acțiune al acesteia. Pretinsul tată biologic are o poziție privilegiată sub aspectul termenului; spre deosebire de soțul (fostul soț) al mamei, precum și de mamă, al căror drept la acțiune este prescriptibil, acest titular se bucură de imprescriptibilitatea dreptului său la acțiune în timpul vieții sale [art. 432 alin. (2)], adică de un regim identic aceluia recunoscut copilului beneficiar al prezumției de paternitate, ceea ce, în opinia noastră, nu poate primi o explicație morală și rațional deopotrivă acceptabilă. După cum am văzut, moștenitorii au îndrituirea de a porni ei înșiși acțiunea dacă titularul a decedat mai înainte de a-și fi exercitat dreptul la acțiune. În toate cazurile, dreptul moștenitorilor se prescrie în termen de 1 an de la decesul autorului lor [art. 430 alin. (3), art. 423 alin. (5)]. Când pârâtul sau potențialul pârât nu se mai află în viață, acțiunea poate continua, respectiv poate fi pornită, împotriva moștenitorilor săi, iar dacă moștenirea este vacantă, acțiunea poate fi introdusă împotriva comunei, orașului sau municipiului de la locul deschiderii succesiunii (art. 439). Acestea fiind zise, tatăl „reputat” are șanse de „repudiere” inclusiv în „dispozitive” procesuale dintre cele mai bizare: moștenitorii pretinsului tată biologic triumfând în procesul în tăgăda paternității unui bărbat oarecare, soț sau fost soț al mamei, purtat împotriva comunei, orașului sau al municipiului, în calitate de pârât. Indiferent de părțile între care se leagă procesul, obiectul probațiunii este același, anume faptul că este cu neputință ca bărbatul prezumat să fie tatăl copilului [art. 414 alin. (2)]. Starea de neputință, de natură obiectivă ori subiectivă, este de raportat la timpul legal al concepțiunii; reamintim că, prin mijloace de probă științifice, este îngăduit să se dovedească faptul concepțiunii într-o anumită perioadă a timpului legal, sau chiar în afara acestuia [art. 412 alin. (2)]. Pentru situația copilului care deși nu s-a născut și nici nu a fost conceput în timpul

căsătoriei mamei, figurează în actele de stare civilă ca fiind din căsătorie – copilul este, cu alte cuvinte, aparent din căsătorie – legea nouă „validează” acțiunea în contestarea filiației față de tatăl din căsătorie afirmată, în tăcerea Codului familiei, sub titulaturi diferite, de întreaga literatură de specialitate. Așa cum stabilește art. 434, orice persoană interesată poate cere, oricând, să se constate că nu sunt întrunite condițiile pentru ca prezumția de paternitate să se aplice unui copil înregistrat în actele de stare civilă ca fiind născut din căsătorie.

2.13.2. Filiația față de tatăl din afara căsătoriei⁹⁶

Față de tatăl din afara căsătoriei, legătura de filiație se stabilește fie pe cale de recunoaștere, fie pe cale judecătorească (art. 424). Cât privește recunoașterea de paternitate, sediul materiei este „în devălmășie” cu recunoașterea de maternitate (art. 415-420 NCC), singura deosebire de semnalat fiind în legătură cu beneficiarii recunoașterii: maternitatea nu poate privi decât copilul a cărui naștere nu a fost înregistrată sau copilul înregistrat ca fiind născut din părinți necunoscuți, în vreme ce recunoașterea de paternitate poate viza copilul conceput și născut în afara căsătoriei [art. 415 alin. (1) și (2)]. Legătura juridică față de tată poate fi stabilită, în subsidiar, prin hotărâre judecătorească (art. 424-428). Dreptul la acțiune având un atare obiectiv aparține copilului (adică descendentului, minor sau major – art. 413) și se pornește, în numele său, de către mamă chiar dacă este minoră, sau de către un alt reprezentant legal; de asemenea, acțiunea poate fi declanșată sau, după caz, continuată, de către moștenitorii copilului. Poziția procesuală de pârât este rezervată pretinsului tată sau, dacă acesta este decedat, moștenitorilor săi (art. 425).

Dreptul la acțiune este imprescriptibil în timpul vieții copilului; moștenitorii săi vor putea iniția judecata în termen de 1 an de la data decesului copilului (art. 427).

Una dintre cele mai interesante și consistente inovații s-a produs în materie de probațiune: dacă se dovedește faptul conviețuirii pretinsului tată cu mama în perioada legală de concepție a copilului, paternitatea se prezumă; prezumția este înlăturată dacă pretinsul tată dovedește că este exclus ca el să fi conceput copilul (art. 426]. Spre deosebire de art. 60 alin. (3) C.fam. potrivit căruia faptul conviețuirii mamei cu pretinsul tată

⁹⁶ Ibidem, p. 353-355.

constituie cauză specială de întrerupere a termenului de prescripție al dreptului la acțiune în stabilirea paternității din afara căsătoriei, aceeași împrejurare de fapt – conviețuirea mamei cu pretinsul tată – este investită de legea nouă cu efecte sensibil mai ferme, pentru că odată dovedită conviețuirea, paternitatea se prezumă. Dispoziția prin care, practic, o prezumție simplă e ridicată la rang de prezumție legală este, în opinia noastră, judicioasă, pentru că simplifică probațiunea în această materie într-o manieră care exclude riscul consacării unei filiații ce nu corespunde realității. Prezumția de paternitate a pretinsului tată este un instrument conceput să înlesnească probațiunea, iar nu ca unic mijloc de probă a paternității din afara căsătoriei. Cu alte cuvinte, dacă faptul conviețuirii nu este invocat sau nu a fost dovedit, prezumția nu își găsește aplicare, dar aceasta nu înseamnă că pretinsul tată nu poate fi stabilit ca fiind tatăl copilului, în temeiul altor probe administrate în cauză. Este de reținut că prezumția de filiație a copilului din afara căsătoriei nu se confundă cu prezumția de paternitate a copilului din căsătorie, între cele două prezumții asemănările sunt mai degrabă de natură fonetică decât de substanță. Astfel, dacă în cazul copilului din afara căsătoriei, prezumția de paternitate este un mijloc de probă a filiației, fondat pe dovada faptului conviețuirii mamei cu pretinsul tată, probă a cărei valorificare presupune un context judiciar – acțiunea în stabilirea paternității, în ceea ce privește copilul din căsătorie, prezumția de paternitate este modul (singurul) de stabilire a filiației și operează deplin drept, făcând inutilă (de fapt, lipsită de obiect) orice formalitate judiciară sau extrajudiciară de confirmare și nu poate fi înlăturată decât prin hotărâre judecătorească. Ori de câte ori mama, în numele copilului, este nevoită să recurgă la calea judiciară de stabilire a filiației copilului său din afara căsătoriei – pentru că tatăl nu și-a asumat de bună-voie paternitatea prin recunoaștere – aceasta, mama, poate solicita despăgubiri pretinsului tată, reprezentând jumătate din cheltuielile nașterii și ale lehuziei, jumătate din cheltuielile făcute cu întreținerea sa în perioada de sarcină și lehuzie, precum și desdăunări pentru orice alte prejudicii, potrivit dreptului comun [art. 428 alin. (1) lit. a) și b), alin. (5) NCC]. Perspectiva unei atare „condamnări” va avea cu siguranță efect mobilizator asupra presupusului tată.

Dreptul la despăgubiri este un drept propriu al mamei, condiționat însă de promovarea acțiunii în stabilirea paternității copilului [art. 428 alin. (4)]

și, subînțelegem, cererea în despăgubiri nu poate fi admisă dacă acțiunea în stabilirea paternității a fost respinsă; este supus prescripției extinctive, cu o durată de 3 ani, socotit de la data nașterii copilului [art. 428 alin. (3)]. Dreptul mamei nu se pierde în cazul decesului copilului survenit înainte de pronunțarea hotărârii și, paradoxal – dată fiind relația de dependență dintre dreptul la despăgubiri și valorificarea dreptului la acțiune în stabilirea paternității, nici în situația copilului născut mort [art. 428 alin. (2)]. Așa cum am înțeles noi, obligarea tatălui la despăgubiri are sens numai dacă el ar fi avut în mod obiectiv posibilitatea de a recunoaște copilul, prevenind astfel o acțiune în stabilirea paternității or, în cazul copilului născut mort, acesta nu a avut răgazul necesar dobândirii capacității de folosință, prin urmare presupusul tată se găsea în imposibilitatea absolută de a recunoaște paternitatea unei persoane care nici nu a existat vreodată; mai mult, chiar și în privința copilului născut viu care mai apoi a decedat, recunoașterea exprimată ulterior decesului este lovită de nulitate absolută, art. 418 lit. b) NCC condiționând valabilitatea recunoașterii post-mortem de existența descendenților firești ai copilului, ceea ce în cazul unui nou născut este exclus. În componenta privitoare la alte despăgubiri, altele decât cele pricinuite de sarcină, naștere și lehozie, dreptul la acțiune al mamei trece asupra moștenitorilor săi [art. 428 alin. (5)], subînțelegem, condiționat de exercitarea de către moștenitori a dreptului la acțiune privind stabilirea paternității. Prin dispoziții comune aplicabile tuturor acțiunilor privitoare la filiație – maternă sau paternă, în acest din urmă caz, din căsătorie sau din afara căsătoriei – este stipulată explicit inadmisibilitatea renunțării la drept precum și, în cazul dreptului la acțiune exercitat singur de copilul minor și al acțiunii exercitate în numele minorului sau al persoanei aflate sub interdicție judecătorească, inadmisibilitatea renunțării la judecată (art. 437). Dacă hotărârea este în sensul admiterii acțiunii, instanța este obligată să se pronunțe cu privire la stabilirea numelui copilului, exercitarea autorității părintești și obligația de întreținere a părinților; în cazul admiterii unei acțiuni în contestarea filiației, instanța poate stabili, dacă este cazul, modul în care copilul va păstra legăturile personale cu cel care l-a crescut (art. 438).

2.14. Reproducerea umană asistată medical cu terț donator⁹⁷

Reproducerea umană asistată medical cu terț donator este reglementată în coordonatele sale generale prin art. 441-447 NCC, urmând ca legea specială să detalieze regimul său juridic, precum și aspectele care țin de asigurarea confidențialității informațiilor privitoare la reproducerea umană asistată cu terț donator și modul de transmitere a acestora (art. 447). În esență, posibilitatea de a recurge la reproducere umană asistată cu terț donator este recunoscut unui cuplu format din bărbat și femeie, căsătoriți între ei sau nu – întrucât legea nu impune statutul de soți –, precum și femeii singure [art. 441 alin. (3)]. Realizarea procedurii medical presupune consimțământul viitorilor părinți, exprimat în fața unui notar public care le-a explicat în prealabil consecințele actului lor asupra filiației copilului. Acest consimțământ poate fi revocat oricând, inclusiv în fața medicului chemat să asigure asistența medicală în vederea intervenției. În cazul decesului, al divorțului sau al separației viitorilor părinți survenite anterior momentului concepției, manifestarea de voință rămâne fără efect (art. 442).

În ceea ce privește filiația copilului astfel conceput, interesează numai paternitatea sa, întrucât maternitatea rezultă, la fel ca în cazul copilului conceput pe cale naturală, din faptul nașterii [art. 408 alin. (I)]. Mijlocul de stabilire a paternității diferă după cum viitorii părinți erau sau nu căsătoriți la data concepției sau la data nașterii copilului. În situația părinților căsătoriți care și-au dat consimțământul în vederea realizării procedurii medical, soțul mamei este prezumat tată al copilului, cu singura și esențiala deosebire față de prezumția de paternitate a copilului conceput pe cale naturală, că nimeni nu poate contesta filiația copilului, nici însuși copilul, din rațiuni ce țin de caracterul medical-asistat al concepției. Doar soțul mamei are la îndemână o așa-numită acțiune în tăgăduirea paternității, pentru motive limitativ prevăzute ce nu au legătură cu filiația biologică a copilului: soțul mamei nu a consimțit la reproducerea umană asistată; se contestă faptul concepției medicale a copilului [art. 443 alin. (2) și (3)]. Desigur, unele dezvoltări pe marginea acestor ipoteze ale acțiunii

⁹⁷ Ibidem, p. 355-358; 356: Controversatul procedeu de reproducere umană asistată cunoscut sub denumirea „maternitate de substituție”, „maternitate surogat” nu intră în preocupările legiuitorului și, dacă ne este îngăduit, credem că s-a procedat cu înțelepciune. În legătură cu acest subiect, a se vedea *E. Florian*, Considerații asupra filiației în cadrul procreației medical asistate, în *Revista de drept internațional privat și drept privat comparat*, 2006, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, p. 633-652.

în „dezavuarea” paternității sunt inevitabile. Astfel, referitor la primul motiv de admisibilitate, se poate discuta pe marginea înțelesului cerinței ca soțul să nu-și fi dat consimțământul. Din punctul nostru de vedere, exigența legală este îndeplinită atât în cazul în care soțul mamei, având această calitate raportat la momentul concepțiunii copilului – suficient pentru a atrage incidența prezumției legale de paternitate – nu și-a dat consimțământul prealabil în vederea realizării procedurii medical, cât și în cazul în care deși inițial a consimțit, fie și-a revocat acordul mai înainte de concepțiunea copilului, fie consimțământul său a rămas fără efect prin introducerea unei cereri de divorț sau prin separația în fapt a părților, de asemenea mai înainte de concepțiunea copilului [art. 442 alin. (2)]. Consimțământul nerevocat în mod expres sau tacit până la data realizării concepțiunii face inadmisibilă cererea soțului sau al fostului soț – avem în vedere divorțul pronunțat în cererea introdusă ulterior concepțiunii copilului. Atunci când la data exprimării consimțământului, bărbatul în cauză și-a dat acordul în calitate de partener al mamei necăsătorite, menținându-1, și ulterior concepțiunii copilului dar înainte de nașterea acestuia părțile s-au căsătorit, credem că eventuala acțiune în tăgada paternității soțului mamei este inadmisibilă, întrucât ceea ce întreprinde este asumarea de către acesta, prin consimțământul exprimat, a responsabilităților părintești, iar nu calitatea de partener sau de soț în care le-a asumat. Când acțiunea în tăgada paternității se fondează pe cel de-al doilea motiv, prevăzut de art. 443 alin. (3), adică se contestă însuși faptul că nașterea copilului ar fi consecința concepțiunii în afara procesului natural, prin ipoteză, soțul mamei și-a exprimat consimțământul, procedurii medical a fost realizat, dar există îndoieli asupra faptului că respectivul copil ar fi fost într-adevăr conceput în acest fel. Cu alte cuvinte, temeiul de fapt al cererii în tăgada paternității este relația extraconjugală a mamei, ale cărei consecințe – concepțiunea copilului – ar fi fost disimulate de către soție prin recursul la reproducere medical asistată. Indicația legală, cuprinsă în art. 443 alin. (3), făcând trimitere la aplicabilitatea prevederilor din materia tăgăduirii paternității „de drept comun”, dacă se traduce în practică fără unele corecții – ce exceder puterilor interpretului – riscă să compromită rațiunile care au condus la instituirea principiului imutabilității stării civile a copilului conceput prin reproducere asistată medical cu terț donator. Dreptul la acțiune în tăgada paternității la care se face referire aparține soțului mamei, mamei, copilului, pretinsului tată biologic, precum și moștenitorilor fiecăruia dintre

aceștia [art. 429 alin. (1)]. Oricine să fie reclamantul în acțiunea în tăgada paternității, va putea dovedi fără nicio dificultate, prin probe științifice, că este cu neputință ca soțul mamei să fie tatăl copilului [art. 414 alin. (2)] obținând astfel înlăturarea prezumției de paternitate a copilului, fără ca faptul probat – lipsa legăturii de sânge dintre copil și soțul mamei – să lămurească în vreun fel dacă nașterea copilului se datorează sau nu concepțiunii medical asistate. Dacă este îndeajuns ca oricare dintre titularii dreptului la acțiune în tăgada paternității să pretindă că beneficiarul prezumției de paternitate nu a fost conceput prin procedeul medical realizat pentru a se obține dezavuarea paternității soțului mamei (sau a fostului soț), este în pericol însuși principiul incontestabilității stării civile a copilului consacrat prin art. 443 alin. (1). Pentru a menține acest risc în limite rezonabile, prin compromisul cerut de interesul legitim al soțului al cărui consimțământ ar fi fost manipulat, deturnat de către soție, era necesar ca legiuitorul să circumstanțieze – în maniera art. 539 C.civ. al Provinciei Quebec – dreptul la acțiune în tăgada paternității pentru motivul că un copil născut de soție (fosta soție) nu a fost conceput pe cale medicală, eventual rezervând această îndrituire exclusiv soțului sau fostului soț al mamei. În cazul părinților necăsătoriți, copilul conceput prin reproducere umană asistată cu terț donator are situația de copil din afara căsătoriei, iar paternitatea sa – față de bărbatul care a consimțit, alături de mamă – se stabilește fie prin recunoaștere, fie pe cale judecătorească (art. 444). Recunoașterea de paternitate poate îmbrăca oricare din formele prescrise pentru mărturisirea filiației de sânge, adică declarația la serviciul de stare civilă, înscrisul autentic și testamentul. Omisiunea bărbatului care a consimțit la concepțiunea medical asistată cu terț donator de a recunoaște paternitatea copilului născut atrage răspunderea acestuia față de mamă, precum și față de copil (art. 444 teza I). Răspunderea de care se face vorbire este atât de natură morală, concretizată prin posibilitatea „impunerii” paternității prin hotărâre judecătorească, cu toate consecințele calității de părinte (art. 446), cât și de natură patrimonială. Referitor la stabilirea paternității pe cale judiciară, aceasta presupune promovarea unei acțiuni în stabilirea paternității având caracteristicile acțiunii „de drept comun”, adică ale acțiunii în stabilirea paternității copilului născut prin concepțiune naturală, atât sub aspectul dreptului la acțiune și al imprescriptibilității acestuia, cât și al exercitării dreptului la acțiune [art. 425 și art. 427]; cererea se îndreaptă împotriva bărbatului al cărui consimțământ exprimat a fost menținut și producător

de efecte la data concepțiunii copilului sau, după caz, a moștenitorilor acestuia [art. 425 alin. (3)]. Obiectul probațiunii însă este esențial diferit față de acțiunea în stabilirea paternității copilului conceput pe cale naturală, întrucât nu se tinde la dovedirea legăturii biologice dintre presupusul tată și copilul născut în urma intervenției medicale cu terț donator – o astfel de legătură este exclusă prin definiție – ci a faptului existenței și eficacității consimțământului bărbatului care a fost parte a proiectului parental la data realizării procedurii medical.⁹⁸

Răspunderea față de mama copilului are în vedere, în opinia noastră (nota Florian Emese), dreptul la despăgubiri al mamei conform art. 428 din materia stabilirii paternității copilului din afara căsătoriei pe cale judecătorească; o indicație expresă privind aplicabilitatea prin analogie a dispoziției amintite ar fi necesară pentru a risipi orice îndoială, inclusiv în ceea ce privește caracterul subsidiar al acțiunii în despăgubiri față de acțiunea principală în stabilirea paternității copilului, după modelul art. 428 alin. (4).

În ceea ce privește răspunderea față de copil, sub aspect patrimonial, este evocată posibilitatea obligării bărbatului în cauză la plata unor despăgubiri reprezentând cheltuielile făcute cu întreținerea copilului până la data introducerii acțiunii în stabilirea paternității; prin hotărârea de admitere, instanța se va pronunța, chiar și din oficiu, asupra obligației de întreținere față de copil [art. 438 alin. (1)].

Odată stabilită paternitatea soțului sau, după caz, al partenerului mamei în temeiul consimțământului exprimat de acesta și menținut până la data concepțiunii copilului, bărbatul în cauză este, din punct de vedere legal, tatăl copilului, iar calitatea de părinte conferă acestuia toate drepturile și obligațiile părintești recunoscute părintelui biologic (art. 446).

Cât privește terțul donator, față de el nu se poate stabili nici o legătură de filiație a copilului și împotriva sa nu se poate porni nici o acțiune în răspundere [art. 441 alin. (1) și (2)]; este corelativul indispensabil al principiului confidențialității informațiilor privind reproducerea umană asistată (art. 445), inclusiv a datelor referitoare la identitatea donatorului.

⁹⁸ Florian Emese, op. Cit., p. 358, cu trimitere la *F. Granet-Lambrechts*, în *Droit de la famille de P. Murat* (coordonator), op. cit., p. 602, nr. 215.25.

2.15. Adopția în reglementarea Noului Cod civil⁹⁹

Dispozițiile de drept substanțial referitoare la adopție sunt cuprinse în art. 451-482 NCC; procedura adopției face obiectul unei legi speciale [art. 454 alin. (2)]. Condițiile de fond ale operațiunii juridice nu sunt esențial diferite de cele stabilite de Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, deși există unele „ajustări”, inclusiv de redactare, acolo unde dispozițiile acum în vigoare lasă loc de interpretare. Astfel, în ceea ce privește consimțământul părinților firești, în situația în care părinții sunt decăzuți din drepturile părintești ori li s-a aplicat pedeapsa interzicerii acestor drepturi, alături de manifestarea de voință a părinților firești ai copilului adoptat este de asemenea obligatoriu consimțământul la adopție al celui care exercită autoritatea părintească a aceluși copil [art. 464 alin. (2)]; refuzul de a consimți al părinților firești sau al tutorelui poate fi înlăturat de instanță doar în cazul copilului abandonat și numai în mod excepțional, dacă se dovedește prin orice mijloc de probă că împotrivirea ocrotitorului este abuzivă și instanța apreciază că adopția este în interesul copilului (art. 467); adopția succesivă sau concomitentă de către două persoane care nu sunt căsătorite împreună este pe mai departe interzisă, cu toate acestea se precizează că nu pot adopta împreună două persoane de același sex [art. 462 alin. (3)]. Cât privește efectul primordial al adopției, acela al rudeniei civile create concomitent cu stingerea rudeniei firești, Noul Cod civil are aceeași viziune monistă, a unui singur tip de adopție – iar acesta este cu efecte depline de filiație firească; adopția cu efecte restrânse, varietate a rudeniei prin „înfier” reglementată de Codul familiei până la apariția O.U.G. nr. 25/1997, pare definitiv repudiată din sistemul nostru de drept. Adopția este producătoare de efecte de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care a fost încuviințată (art. 469). Informațiile privitoare la adopție sunt confidentiale; modul în care adoptatul este informat cu privire la adopție și la familia sa de origine, precum și regimul general al informațiilor referitoare la adopție vor fi detaliate prin lege specială (art. 474). Semnalăm în acest context ceea ce, în opinia noastră (nota Florian Emese), este o „scăpare” a legii: nu există nici un indiciu în sensul interzicerii căsătoriei între adoptat, descendenții săi, pe de o parte, și o rudă firească în grad prohibit în materie de căsătorie. Prevederea din art. 274 alin. (3) NCC,

⁹⁹ Florian Emese, op. cit., p. 608-611.

cuprinsă în secțiunea dedicată condițiilor de fond pentru încheierea căsătoriei, potrivit căreia cele stabilite în legătură cu interzicerea căsătoriei între rude sunt aplicabile și în cazul rudeniei din adopție, este insuficient lămuritoare în această privință pentru că, într-o interpretare riguroasă, nu face decât să indice sfera persoanelor între care este oprită căsătoria strict din perspectiva rudeniei civile generate prin adopție, lăsând să se insinueze concluzia potrivit căreia în cazul rudeniei din adopție impedimentul ar fi operant numai față de rudele din adopție, nu și față de rudele firești, ca și cum prin adopție legătura de sânge s-ar anula, făcând posibilă căsătoria adoptatului, precum și a descendenților săi cu oricare din rudele firești. Nu avem motive să credem că legiuitorul contestă rațiunile exogamiei, de aceea ar fi necesar un enunț explicit în sensul că, în cazul adopției, se menține interdicția căsătoriei între rudele firești. Portofoliul de drepturi și îndatoriri părintești recunoscute părintelui (părinților) adoptatori este identic cu acela al părintelui (părinților) firești. Pe linia deplinei asimilări nu doar a condiției juridice a copilului adoptat cu cea a copilului firesc –reiterată și prin prevederea conform căreia adoptatul are față de adoptator drepturile și îndatoririle pe care le are orice persoană față de părinții săi [art. 471 alin. (3)] – ci și a situației juridice a părintelui adoptator cu cea atașată calității de părinte firesc – adoptatorul are față de copilul adoptat drepturile și îndatoririle părintelui față de copilul său firesc [art. 471 alin. (1)] –, incidența sancțiunii decăderii adoptatorului din drepturile părintești devine certă, urmând ca într-o asemenea situație instanța de tutelă să aprecieze dacă este cazul să instituie una din măsurile de protecție a copilului (art. 472).

Modificări semnificative sunt de semnalat referitor la încetarea adopției. Aceasta intervine fie prin desfacerea adopției, fie prin anularea ori constatarea nulității acesteia (art. 475). Desfacerea adopției poate fi de drept, prin încuviințarea unei noi adopții consecutiv decesului părintelui sau părinților adoptatori [art. 276 coroborat cu art. 262 alin. (2) lit. a)] sau cu titlu de sancțiune, dispusă la cerere, pentru fapte grave, de natură penală, săvârșite cu vinovăție: adoptatul a atentat la viața adoptatorilor sau a ascendenților ori descendenților lor, precum și atunci când adoptatul s-a făcut vinovat față de adoptatori de fapte penale pedepsite cu o pedeapsă privativă de libertate de cel puțin 2 ani; dacă adoptatorul a decedat ca urmare a faptelor adoptatului, adopția poate fi desfăcută la cererea celor care ar fi venit la moștenire împreună cu adoptatul sau în lipsa acestuia (art. 477).

Dacă părintele adoptator se face vinovat față de adoptat de faptele arătate, adoptatul (sau moștenitorii săi) poate cere desfacerea adopției (art. 478). Dreptul adoptatorului sau al familiei adoptatoare de a cere desfacerea adopției pentru ingratitudea adoptatului, o premieră în legislația modernă a României, este o soluție judicioasă pentru care s-a pledat constant în literatura de specialitate.¹⁰⁰ Dreptul adoptatului de a solicita aceeași măsură pentru fapte de aceeași natură și gravitate îndreptate împotriva sa sunt expresia caracterului reciproc și echivalent al drepturilor și îndatoririlor decurgând din rudenția civilă.

Nefiind stabilit vreun termen de prescripție, dreptul la acțiune în desfacerea adopției este imprescriptibil extinctiv, indiferent dacă are ca temei atentatul la viață sau alte fapte penale, pedepsite acestea din urmă cu închisoarea de cel puțin 2 ani; comparativ, în materie de nedemnitate judiciară, pentru fapte asemănătoare – avem în vedere ipoteza prevăzută de art. 959 alin. (1) lit. a) NCC care se referă la persoana condamnată penal pentru săvârșirea, cu intenție, împotriva celui care lasă moștenirea a unor fapte grave de violență, fizică sau morală, ori, după caz, unor fapte care au avut ca urmare moartea victimei – sub sancțiunea decăderii, declararea nedemnității de a moșteni poate fi cerută în termen de un an socotit de la data deschiderii succesiunii sau de la o dată ulterioară, potrivit distincțiilor indicate de legiuitor în cuprinsul art. 959 alin. (2)-(5) NCC.

Nulitatea adopției poate fi relativă sau absolută. Cauzele de nulitate relativă sunt viciile de consimțământ – eroarea asupra identității adoptatului, dolul, violența – care să fi alterat voința oricăreia dintre persoanele chemate să consimtă la adopție. Valorificarea cauzei de anulabilitate este la îndemâna autorului manifestării de voință pretins viciate, în termen de 6 luni de la descoperirea erorii, a dolului sau de la data încetării violenței, dar nu mai târziu de 2 ani de la data încuviințării adopției (art. 479). Sunt cauze de nulitate absolută fictivitatea adopției – este fictivă adopția încheiată în alt scop decât acela al ocrotirii interesului superior al copilului, preci-

¹⁰⁰ Ibidem, cu trimitere la *Gh. Belevu*, Propunere de lege ferenda privind posibilitatea înfiitorului de a cere desfacerea înfierii, R.R.D. nr. 5/1977, p. 40-41; *I. Albu*, *I. Reghini*, *P. A. Szabo*, op.cit., p. 221; *M. Mureșan* în *Filiația de A. Ionașcu*, *M. Mureșan*, *M.N. Costin*, *V. Ursa*, op. cit., p. 162; *M. Avram*, op. cit., p. 251. în dreptul comparat, art. 306 din Codul civil italian conține dispoziții aproape identice aceloră din art. 477 din Noul Cod civil român, cu singura deosebire că, faptele penale pentru care poate fi cerută desfacerea adopției în Italia sunt cele pentru care pedeapsa privativă de libertate este mai mare de 3 ani.

zează art. 480 alin. (2) – precum și nesocotirea oricărei condiții de formă sau de fond, dacă, în acest din urmă caz, legea nu prevede sancțiunea nulității relative; dreptul la acțiune este recunoscut oricărei persoane interesate și nu este supus prescripției extinctive (art. 480). La fel ca în reglementarea actuală, instanța poate respinge cererea în nulitatea adopției dacă apreciază că menținerea acesteia este în interesul celui adoptat (art. 481).

Ca efect al încetării adopției, fie prin desfacere, fie prin nulitate, părinții firești ai adoptatului copil redobândesc drepturile și îndatoririle părintești, afară numai dacă instanța, în interesul superior al copilului, decide instituirea tutelei sau a altei măsuri de protecție – stabilește art. 482 alin. (1).

Consecința principală a încetării adopției, neprevăzută expres dar subînțeleasă, este stingerea legăturii de filiație civilă între adoptat și părintele sau părinții adoptatori, precum și a legăturii de rudenie civilă între adoptat și rudele adoptatorului sau adoptatorilor, ca regulă, concomitent cu „reactivarea” legăturilor de filiație firească, precum și de rudenie firească ale adoptatorului, stinse prin efectul încuviințării adopției, cu alte cuvinte, prin încetarea adopției se suprimă ceea ce s-a creat prin adopție și, în principiu, se regenerează ceea ce s-a stins odată cu adopția. Efectul extinctiv al încetării adopției asupra legăturilor de filiație și de rudenie adoptivă este general, indiferent dacă încetarea adopției are loc prin desfacere sau prin anularea ori constatarea nulității absolute (prin urmare este superfluă și, de asemenea, inexactă, dispoziția din art. 520, având denumirea marginală „întreținerea în cazul desfacerii adopției”, conform căreia „după încetarea adopției, adoptatul poate cere întreținere numai de la rudele sale firești sau, după caz, de la soțul său”); redobândirea concomitentă a legăturilor de filiație firească, precum și de rudenie firească ale fostului adoptat este regula, de la care există însă o importantă abatere, ignorată de legiuitor în contextul dispozițiilor art. 482, anume în cazul desfacerii de drept a adopției, care intervine prin încuviințarea unei noi adopții consecutiv decesului părintelui sau părinților adoptivi, adopția anterioară fiind considerată desfăcută pe data rămânerii definitive a hotărârii de încuviințare a noii adopții [art. 476 corob. cu art. 462 alin. (2) lit. a)]. Întrucât efectele încetării adopției, astfel cum sunt indicate prin art. 482 alin. (1) și (2) sunt, propriu-zis, consecințe ale reluării legăturilor de filiație firească, dacă aceste legături nu sunt reactivate – este cazul desfacerii de drept a adopției – încetarea adopției nu are nici o urmare în privința drepturilor și

îndatoririlor părinților firești. Ca regulă însă, odată cu încetarea adopției fiind restaurate legăturile de filiație firească și de rudenie firească, părinții firești, în virtutea acestei calități, au plenitudinea drepturilor și îndatoririlor ce intră în conținutul autorității părintești ori de câte ori fostul adoptat este copil. Înțelesul dispoziției din art. 482 alin. (1), astfel cum l-am deslășit, este acela că ori de câte ori instanța hotărăște încetarea adopției privitoare la adoptatul-copil la data încetării adopției și, prin aceasta, părinții firești își reintră în drepturi, instanța este obligată să statueze asupra ocrotirii copilului în concordanță cu interesul superior al acestuia, fie în sensul redobândirii autorității părintești de către părinții firești, fie prin instituirea tutelei, sau a unei alte măsuri de protecție a copilului.

2.16. Autoritatea părintească

Este consacrată noțiunea de autoritate părintească (după modelul Codului civil francez și al celui din Québec), iar ca elemente de noutate, se prevede că, în principiu, părinții vor exercita împreună această autoritate, chiar și atunci când sunt divorțați, este definită noțiunea de „locuință a copilului” și este stabilit regimul juridic al administrării bunurilor copilului.

2.17. Ocrotirea părintească a copilului în reglementarea Noului Cod civil¹⁰¹

Autoritatea părintească – termen generic desemnând ansamblul de drepturi și îndatoriri privitoare la persoana și bunurile copilului aparținând ambilor părinți în mod egal [art. 483 alin. (1)] – și exercitată până la dobândirea de către copil a capacității depline de exercițiu (art. 484), este organizată prin art. 483-512 NCC, cuprinzând reglementări privitoare la drepturile și îndatoririle părintești, la exercițiul autorității părintești, precum și la sancțiunea decăderii din exercițiul drepturilor părintești. Printr-o dispoziție expresă se precizează statu-quo-ul părintelui minor care a împlinit vârsta de 14 ani: i se recunosc numai drepturile și îndatoririle părintești privitoare la persoana copilului, cele interesând bunurile minorului urmând a fi exercitate/îndeplinite, subînțelegem temporar, adică până la dobândirea de către părinte a deplinei capacități de exercițiu, de către un tutore sau de către o altă persoană desemnată în condițiile legii (art. 490).

¹⁰¹ Florian Emese, op. cit., p. 508-510

În ceea ce privește drepturile și îndatoririle părintești, „inventarul” acestora nu este – și nici nu poate fi – esențial diferit de cel existent în portofoliul părintesc actual: referitor la persoana copilului, părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor convingeri, însușirilor și nevoilor copiilor; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia (art. 487), iar cu referire la bunurile copilului, au dreptul și îndatorirea de a administra bunurile sale și de a-l reprezenta în actele juridice civile sau de a-i încuviința aceste acte, după caz (art. 501). La rândul său, copilul, indiferent de vârstă, datorează respect părinților săi (art. 485).

Îndeplinindu-și dreptul și îndatorirea de a crește ei înșiși copilul, părinții au, înainte de toate, dreptul de a ține copilul, în consecință regula este că minorul locuiește la părinții săi, iar dacă aceștia nu locuiesc împreună, vor hotărî de comun acord sau, în caz de neînțelegere, va decide instanța de tutelă. Indiferent de modul în care s-a stabilit, locuința copilului nu poate fi schimbată fără acordul părinților decât în cazurile expres prevăzute de lege (art. 496). Schimbarea locuinței copilului, împreună cu locuința părintelui la care se află, dacă prin aceasta este afectat exercițiul autorității sau al unor drepturi parentale de către celălalt părinte, se poate realiza numai cu acordul prealabil al acestui din urmă părinte (art. 497). Copilul poate avea inițiativă, el este îndreptățit să ceară locuința necesară (nu neapărat separată de cea a părinților) desăvârșirii învățăturii sau pregătirii profesionale iar dacă se lovește de refuzul părinților, se poate adresa instanței de tutelă (art. 498). Reamintim că, în cazul părinților căsătoriți, locuința familiei beneficiază de protecție specială instituită prin norme integrate regimului primar imperativ, iar criteriul locuinței familiale, în cazul soților care nu locuiesc împreună, este acela al locuinței părintelui la care se află copiii [art. 321 alin. (1)]. De pe platforma dreptului de a ține copilul, părinții pot cere oricând instanței de tutelă înapoierea acestuia de la orice persoană care îl ține fără drept, iar instanța nu poate refuza o atare cerere decât în mod excepțional, anume atunci când apreciază că reîntoarcerea copilului este vădit contrară interesului său superior (art. 495).

Parte a responsabilității părintești de a crește copilul, atât tatăl, cât și mama sunt obligați, în solidar, să dea întreținere copilului, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa

profesională chiar dacă minorul are un venit propriu, dar care nu este îndestulător; de asemenea sunt obligați la întreținerea descendentului devenit major și aflat în continuarea studiilor, până la terminarea studiilor, fără a depăși însă vârsta de 26 de ani (art. 499).

Felul învățaturii sau al pregătirii profesionale aleasă de către părinți poate fi schimbată la cererea copilului care a împlinit 14 ani, dacă este cazul – dată fiind opoziția părinților – putându-se adresa instanței de tutelă (art. 498).

Dreptul și îndatorirea de a supraveghea copilul este în sarcina părinților (art. 493), dar nu poate servi ca acoperire pentru așa-numita „corecție părintească”, pentru că măsurile disciplinare nu pot fi luate decât cu respectul demnității copilului, fiind interzise aplicarea de pedepse fizice sau de altă natură care să afecteze dezvoltarea fizică, psihică ori starea emoțională a copilului (art. 489). În privința copilului în vârstă de până la 14 ani, supravegherea se extinde asupra corespondenței și relațiilor personale, fără a putea fi împiedicate, afară numai dacă există motive temeinice; soluționarea eventualelor neînțelegeri cade în sarcina instanței (art. 493). Cum lesne se poate observa, dreptul și îndatorirea de supravegheare este o constantă a autorității părintești, cu toate acestea relațiile sociale ale copilului care a împlinit vârsta de 14 ani sunt sustrase „cenzurii” părintești. Componenta patrimonială a autorității părintești este guvernată de principiul independenței patrimoniale dintre părinți și copii enunțat prin art. 500 NCC. Drepturile și îndatoririle părinților sunt aceleași cu cele ale tutorelui, afară de obligația părinților de a întocmi inventarul bunurilor copilului dacă acesta nu are decât bunuri de uz personal (art. 502). Față de terții de bună-credință, părintele care îndeplinește singur un act curent în exercitarea drepturilor și îndatoririlor părintești este prezumat că are și consimțământul celuilalt părinte [art. 503 alin. (2)].

Exercițiul autorității părintești aparține, ca regulă, ambilor părinți, în comun și în mod egal, fie că vorbim de părinți căsătoriți între ei sau nu, ori de părinți divorțați [art. 503 alin. (1), art. 505, art. 397]. Pe linia deplinei asimilări a condiției juridice a copilului din afara căsătoriei cu cea a copilului din căsătorie, în cazul copilului din afara căsătoriei – cu filiația legal stabilită – ai cărui părinți conviețuiesc, autoritatea părintească se exercită în comun și în mod egal, altminteri sunt aplicabile dispozițiile din materia divorțului [art. 505 alin. (2)]. Este de semnalat faptul că, potrivit legiuitorului, desfacerea căsătoriei părinților și, prin analogie, lipsa coabitării

părinților din afara căsătoriei, în sine, nu afectează exercițiul autorității părintești, cu alte cuvinte nu scindează autoritatea părintească decât prin derogare de la regulă, anume atunci când, pentru motive temeinice, în interesul superior al copilului, instanța decide exercitarea autorității de către un singur părinte, cu dreptul celuilalt părinte de a veghea creșterea, educarea copilului, dreptul de a consimți la adopția copilului și de a încuviința căsătoria acestuia (art. 398), precum și dreptul de a avea legături personale cu copilul [art. 262 alin. (2)]. Învoiala părinților privind exercitarea autorității părintești sau luarea unei măsuri de protecție a copilului este supusă încuviințării instanței (art. 506).

Decăderea din drepturile părintești rămâne sancțiunea specifică în cazul distorsiunii autorității părintești de natură să pună în pericol viața, sănătatea sau dezvoltarea copilului prin rele tratamente aplicate acestuia, prin consum de alcool sau stupefiante, prin purtarea abuzivă, prin neglijență gravă în îndeplinirea îndatoririlor de părinte ori prin atingerea gravă a interesului superior al copilului [art. 508 alin. (1)]. Are caracter judiciar și, ca regulă, decăderea este totală, adică se extinde asupra tuturor copiilor născuți până la data pronunțării hotărârii; în funcție de circumstanțe, instanța este îndrituită să dispună o decădere parțială, adică fie numai cu privire la anumite drepturi ale părintelui, fie numai cu privire la unii dintre copii, sub condiția de a nu fi primejduite în acest fel creșterea, educarea, învățătura sau pregătire profesională a copiilor (art. 509). Ori de câte ori prin efectul sancțiunii copilul rămâne lipsit de ocrotire părintească, se instituie tutela (art. 511). Redobândirea drepturilor părintești retrase este posibilă oricând, cel puțin teoretic, pentru că presupune să fi încetat împrejurările care au făcut necesară sancționarea părintelui (art. 512).

2.18. Obligația legală de întreținere în reglementarea Noului Cod Civil

Așa cum am văzut, obligația legală de întreținere este reglementată, în principal, de art. 513-534 din Noul Cod civil, care preia „osatura” instituției din Codul familiei și o „recondiționează” în câteva din elementele sale esențiale.¹⁰²

Obligația legală de întreținere își păstrează caracterul personal – pe cale de consecință, de regulă, este netransmisibilă activ sau pasiv și, de asemenea,

¹⁰² Florian Emese, op. cit., p. 406-407.

este insesizabilă (art. 514) – caracterul reciproc (art. 513) și variabil (art. 529, art. 531), la care se adaugă caracterul de ordine publică, în sensul că nimeni nu poate renunța pentru viitor la dreptul său la întreținere (art. 515).

Fundamentul obligației este solidaritatea intrafamilială, forma activă a principiului îndatoririi de sprijin moral și material reciproc între membrii familiei, dar o „solidaritate echitabilă” care impregnează condițiile sale generale de existență și de funcționare. Are drept la întreținere numai cel aflat în nevoie, neputându-se întreține din munca sau bunurile sale (art. 524), dar nu beneficiază de întreținere cel care se face vinovat față de debitorul său de fapte grave, contrare legii sau bunelor moravuri, iar cel aflat în stare de nevoie din culpa sa, poate cere numai întreținerea de strictă necesitate (art. 526); poate fi obligat la întreținere numai cel care are mijloacele pentru a o plăti sau posibilitatea de a le dobândi (art. 527). În ceea ce privește persoanele între care există obligația de întreținere, ordinea în care se datorează și cuantumul acesteia, se păstrează coordonatele generale din actuala reglementare, grefate cu soluții normative care în prezent sunt numai doctrinare și jurisprudențiale. Statutul legal al dreptului la întreținere al descendentului major aflat în continuarea studiilor – rânduit în contextul drepturilor și îndatoririlor părintești – este, fără îndoială, cel mai elocvent exemplu: părinții sunt obligați să-1 întrețină pe copilul devenit major, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, dar fără a depăși 26 de ani [art. 499 alin. (3) NCC]. Cât privește starea de nevoie a descendentului¹⁰³ – cu referire explicită numai la întreținerea datorată de părinții minorului – ca regulă, este de raportat exclusiv la posibilitatea creditorului de a se întreține din munca sa, nu și la bunurile existente în patrimoniul său; totuși, dacă părinții n-ar putea presta întreținere fără a-și primejdui propria existență, instanța de tutelă poate încuviința ca întreținerea să se asigure prin valorificarea bunurilor copilului, cu excepția celor de strictă necesitate (art. 525).

Obligația de întreținere între foștii soți ocupă, în mod „oficial”, același rang în ierarhia imperativă a debitorilor întreținerii, stabilită prin art. 519, ca și în timpul căsătoriei – adică este prioritară. Condițiile particulare, cuantumul și stingerea obligației de întreținere, cuprinse în art. 389, sunt identice cu cele prevăzute de art. 41 C.fam.

¹⁰³ Ibidem, p. 506.

Întreținerea stabilită pe cale judiciară se datorează de la data cererii de chemare în judecată însă poate fi acordată și pentru o perioadă anterioară, dacă introducerea cererii a fost întârziată din culpa debitorului (art. 532). Referitor la executarea obligației de întreținere decisă prin hotărâre judecătorească, aceasta are loc prin plata unei sume de bani, stabilită sub forma unei sume fixe sau într-o cotă procentuală din venitul net lunar al debitorului [art. 530 alin. (2) și (3) NCC]; pensia de întreținere stabilită sub formă de sumă fixă se indexează de drept, trimestrial, cu rata inflației [art. 531 alin. (2) NCC]. Părțile pot conveni sau, pentru motive temeinice instanța de tutelă poate hotărî, ca întreținerea să se execute prin plata anticipată a unei sume globale, care să acopere nevoile beneficiarului pe o perioadă mai îndelungată sau pe întreaga perioadă pentru care se datorează întreținerea, în măsura în care debitorul întreținerii are mijloacele necesare [art. 533 alin. (3)]. În fine, legea nouă mai lămurește o chestiune, aceea a dreptului la restituirea prestațiilor de întreținere nedatorate: dacă, din orice motiv, se dovedește că întreținerea acordată, fie de bunăvoie, fie în temeiul unei hotărâri judecătorești, nu era datorată, cel care a executat obligația poate să ceară restituirea de la cel care a primit-o sau de la cel care avea, în realitate, obligația să o presteze, în acest din urmă caz, pe temeiul îmbogățirii fără justă cauză (art. 534).

3. CARTEA a VII-a „Dispoziții de drept internațional privat”

Prevederile cuprinse în Cartea a VII-a a NCC cuprind dispoziții de drept internațional privat, ce fac actualmente obiectul unei legi distincte (Legea nr. 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat)¹⁰⁴.

Dacă vechiul Cod civil cuprindea dispoziții sărace ca număr referitoare la dreptul internațional privat, în prezent acestuia i-a fost dedicată ultima carte a noului cod.¹⁰⁵ Anterior acestei reglementări, dreptul internațional privat și-a găsit expresia într-un act normativ distinct, Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat.¹⁰⁶ Modalitatea distinctă

¹⁰⁴ Textul inițial a fost publicat în M. Of., Partea I, nr. 245 din 1 octombrie 1992. Textul legii a suferit modificări și completări aduse de: Rectificarea nr. 105 din 20 septembrie 1992 și de Legea nr. 202 din 25 octombrie 2010.

¹⁰⁵ Păncescu, Flavius George, *Dreptul internațional privat român. Tradiție, Reformă. Tendințe*, în „Noul Cod Civil. Comentarii”, op. cit., 2010, p. 401-420.

¹⁰⁶ Publicată în M. Of. nr. 245 din 1 octombrie 1992, în continuare LDIP.

de reglementare corespundea independenței câștigate de dreptul internațional privat, ca ramură distinctă de drept. Revenirea la încorporarea dreptului internațional privat în cadrul Codului civil suscită unele comentarii. Dincolo de faptul că pe această cale dreptul internațional privat nu și-a pierdut independența, ne întrebăm în privința notei de inspirație a acestei schimbări. Majoritatea statelor care au adoptat recent reglementări de drept internațional privat (LDIP estoniană – 2002, CDIP¹⁰⁷ belgian – 2004 sau CDIP bulgar – 2005¹⁰⁸) au optat pentru o reglementare distinctă. Poate că în privința dreptului internațional privat era preferabilă menținerea unei reglementări unice, care să includă conflictul de legi și competența jurisdicțională – ultima găsindu-se în noul Cod de procedură civilă.¹⁰⁹ Pe de altă parte, nu trebuie scăpat din vedere nici faptul că din ce în ce mai des se face vorbire despre dreptul procesual civil internațional, chiar dacă nu se afirmă o pretenție de ramură de drept.

Dispozițiile de drept internațional privat cuprinse în Cartea a VH-a reprezintă, așa cum mărturisește legiuitorul în Expunerea de motive, o integrare a Legii nr. 105/1992 în corpul noului Cod civil.¹¹⁰ Acolo unde s-a impus, dispozițiile au fost puse în acord cu noua concepție asupra familiei din cod, precum și cu ultimele evoluții la nivel comunitar și internațional din dreptul internațional privat. Ultima parte a afirmației este doar parțial adevărată, fiindcă în materie de bunuri, spre exemplu, s-a păstrat soluția tradițională *lex rei sitae* (art. 2613].¹¹¹

Așadar, nu se poate vorbi de noul drept internațional privat român, ci mai degrabă de o revizuire a celui existent. Sfera raporturilor juridice cu

¹⁰⁷ Flavius, G. P., p. 402: Este vorba de prescurtarea pe care o vom utiliza pentru denumirea de Codul de drept internațional privat.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 402, cu trimitere la J. Zidarova, V. Stanceva-Minceva, în *Rabeis Zeitschrift für internationales und ausländisches Privatrecht* (în continuare *RabelsZ*) nr. 71/2007, Heft 2, pp. 457-593.

¹⁰⁹ Adoptat prin Legea nr. 134/2010, publicat în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010. în continuare, N.C.P.C.

¹¹⁰ Lucru confirmat și de structura Cărții a VII - a, care o preia în linii mari pe cea a Legii nr. 105/1992. În afară de suprimarea dispozițiilor de drept procesual civil internațional, noutățile le reprezintă: 1. împărțirea generală în două titluri (I. – „Dispoziții generale” și II. – „Conflictul de legi”) și 2. inserarea în cadrul Titlului II a capitolului privind fiducia (cap. VIII), între cele privind cambia, biletul la ordin și cecul (Cap. VII) și prescripția extinctivă (Cap. IX).

¹¹¹ Acolo unde se face trimitere la un articol, fără a se indica actul normativ din care face parte, se va reține ca fiind vorba de o dispoziție din noul Cod civil. Nu a fost avută în vedere forma propusă pentru unele articole așa cum au fost modificate prin Proiectul legii de aplicare a Codului civil, datorită caracterului său nedefinitiv.

element de extraneitate a fost restrânsă, nemaifiind menționate raporturile de muncă în enumerarea art. 2557 alin. (2). Cu toate acestea, considerăm că aceste raporturi sunt în continuare incluse, atât timp cât Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale („Roma I”)¹¹², la care face trimitere art. 2640 alin. (1), cuprinde și dispoziții referitoare la contractul individual de muncă. Printre confirmările cuprinse în LDIP se numără și caracterul subsidiar al reglementării, precizat în art. 2557 alin. (3). Regula este actualizată¹¹³, prevăzând faptul că dispozițiile cuprinse în Cartea a VII-a sunt aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale, nu stabilesc o altă reglementare.

Așadar, regulile de drept internațional privat sunt aplicabile în lipsa unui cadru convențional sau legal, aplicabil raportului juridic cu element de extraneitate. Nu mai puțin însă, în asemenea situații, dreptul aplicabil în anumite materii, cum ar fi cea a protecției copiilor, obligația de întreținere, obligațiile contractuale și necontractuale etc, este determinat de dreptul Uniunii Europene sau de dreptul internațional la care se face trimitere [art. 2611, art. 2612, art. 2640 alin. (1) și art. 2641 alin. (1)]. În aceste ultime două situații însă, *„în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor sunt aplicabile dispozițiile prezentului Cod civil privind legea aplicabilă actului juridic, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau prin dispoziții speciale”* [art. 2640 alin. (2) și art. 2641 (2)]. Totodată, Cartea a VII-a acordă prioritate dispozițiilor din legile speciale. Pe această cale, prezentele dispoziții nu vor suferi modificări, însă practicianul va fi supus unui efort de sinteză a tuturor dispozițiilor de drept internațional privat. În ciuda formulării, regula cuprinsă în art. 2557 alin. (3) este aplicabilă nu doar convențiilor la care România este parte, ci și convențiilor viitoare, cu privire specială la cele elaborate în cadrul Conferinței de Drept Internațional Privat de la Haga.¹¹⁴

¹¹² Publicat în JO 177/6 din 4 iulie 2008.

¹¹³ Vechea formulare din art. 10 LDIP era următoarea: *„Dispozițiile prezentei legi sunt aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte nu stabilesc o altă reglementare.”*

¹¹⁴ în continuare HCCH.