

# Revista de Științe Juridice



Centrul de Cercetări Juridice de Drept Privat – Craiova

---

## STUDII ASUPRA RAPORTURILOR JURIDICE DE FAMILIE

---

*Coordonator număr:*

*Conf. univ. dr. Oana GHIȚĂ*



**Vol. 25, nr. 2/2014**

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al  
**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

**REDACTIE:** tel./fax: **021.314.93.13**  
tel.: **0732.320.666**  
email: **redactie@universuljuridic.ro**

**DEPARTAMENTUL** tel.: **021.314.93.15**  
**DISTRIBUȚIE:** fax: **021.314.93.16**  
email: **distributie@universuljuridic.ro**

**[www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro)**

**ISSN: 1454-3699**

---

**Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:**  
**<http://drept.ucv.ro/RSJ>**

**Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:**  
**[rsj@universuljuridic.ro](mailto:rsj@universuljuridic.ro)**

# REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

## Redactor-șef:

**Prof. univ. dr. SEVASTIAN CERCEL** – Decan al Facultății de Drept și Științe Sociale,  
Universitatea din Craiova

## Editor executiv:

**Conf. univ. dr. LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept și Științe Sociale,  
Universitatea din Craiova

## Secretar de redacție:

**Lect. univ. dr. FLORIN MANGU** – Prodecan al Facultății de Drept și Științe Administrative,  
Universitatea de Vest din Timișoara

---

## COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

Prof. dr. **Patrick Charlot** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii  
Doctorale și al Centrului de Studii Cercetări Juridice și Politice  
Prof. univ. dr. **Yan Laidie** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța  
Prof. univ. dr. **Mihael Martinek** – Universitatea Saarland din Saarbrücken, Germania  
Prof. dr. **Nicolas Queloz** – Universitatea din Fribourg, Elveția, fost Decan al Facultății de  
Drept, Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză

\* \* \*

Conf. univ. dr. **Flavius Baias** – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept  
Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Rector al Universității din Craiova  
Prof. univ. dr. **Gabriel Boroî** – Rector al Universității „Nicolae Titulescu” din București  
Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru** – Universitatea din Pitești, Decan al Facultății de Științe Juridice  
și Administrative  
Prof. univ. dr. **Ion Dogaru** – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei  
Române  
Prof. univ. dr. **Ioan Leș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept  
Prof. univ. dr. **Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de  
Drept și Științe Administrative  
Prof. univ. dr. **Nicolae Popa** – fost Președinte al Curții Constituționale a României, fost  
Președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție  
Prof. univ. dr. **Tudorel Toader** – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Decan al  
Facultății de Drept  
Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca,  
Facultatea de Drept

---

## COLEGIUL DE REDACȚIE:

Prof. univ. dr. **Edmond Gabriel Olteanu** – Prorector  
al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și  
Științe Sociale  
Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea „Lucian  
Blaga” din Sibiu, Decan al Facultății de Drept  
„Simion Bărnuțiu”  
Prof. univ. dr. **Florin Streteanu**,  
Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca  
Decan al Facultății de Drept  
Conf. univ. dr. **Lucian Bercea**, Universitatea de  
Vest Timișoara, Decan al Facultății de Drept și  
Științe Administrative  
Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din  
Craiova, Facultatea de Drept și Științe Sociale  
Lect. univ. dr. **Sebastian Spinei**,  
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu,  
Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”  
Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș**,  
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu  
Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”  
Conf. univ. dr. **Ruxandra Răducanu**,  
Universitatea din Craiova, Facultatea de  
Drept și Științe Sociale  
Prof. univ. dr. **Radu Catană** – Prorector,  
Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca,  
Facultatea de Drept

Editura UNIVERSUL JURIDIC



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice  
conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012*

*Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, Heinonline și Index Copernicus*

# CUPRINS

Marriage, parents and family – constitutional amendments by recent German Federal Constitutional Court’s decisions without legislative participation <i>Christoph GRÖPL</i> .....	9
Competența instanțelor române în materia desfacerii căsătoriei <i>Daniel GHITĂ</i> .....	20
Partajul bunurilor comune în timpul comunității <i>Ioana NICOLAE</i> .....	27
Particularitățile obligației legale de întreținere dintre părinți și copii <i>Andreea DRĂGHICI,</i> <i>Ramona DUMINICĂ</i> .....	34
Instituția logodnei – între tradiție și inovație <i>Lucia IRINESCU</i> .....	47
Transpunerea în legislația internă a răpirii internaționale de copii reglementată în Convenția de la Haga <i>Oana GHITĂ</i> .....	54
Câteva trăsături caracteristice ale vânzării între soți în actuala reglementare <i>Manuela ISTRĂTOAIE</i> .....	65
Convenția matrimonială – o convenție „specială” a Codului civil român <i>Cristina STANCIU</i> .....	76
Aspecte de drept material, procedural și de publicitate imobiliară privind lichidarea comunității prin partajul bunurilor comune soților <i>Raluca Lucia CISMARU</i> .....	87
Câteva considerații cu privire la fundamentul relației dintre părinți și copiii lor minori văzută prin prisma răspunderii civile delictuale <i>Gabriel NAGHI</i> .....	99

Demnitatea umană și reproducerea umană asistată medical cu terț donator <i>Mădălin-Savu TICU</i> .....	103
Considerații asupra clauzei reputeate nescrise <i>Anca Costina GHERGHE</i> .....	116
Divorțul prin acordul soților în reglementarea noului Cod civil (NCC) și implicațiile asupra sistemului administrativ <i>Roxana Gabriela ALBĂSTROIU</i> .....	127

# CONTENTS

Marriage, parents and family – constitutional amendments by recent German Federal Constitutional Court’s decisions without legislative participation <i>Christoph GRÖPL</i> .....	9
Romanian courts competent in matters of marriage disposal <i>Daniel GHITĂ</i> .....	20
The partition of common goods during community <i>Ioana NICOLAE</i> .....	27
The particularities of the parental obligation to financially support their children <i>Andreea DRĂGHICI,</i> <i>Ramona DUMINICĂ</i> .....	34
The engagement institution – between tradition and innovation <i>Lucia IRINESCU</i> .....	47
Transposition into national law of international child abduction regulated in Hague Convention <i>Oana GHITĂ</i> .....	54
A few distinctive features of the sale between spouses in the current regulations <i>Manuela ISTRĂTOAIE</i> .....	65
Matrimonial convention – a „special” convention of the Romanian Civil code <i>Cristina STANCIU</i> .....	76
Material law, procedural and real estate advertising aspects concerning the liquidation of the community through the division of common goods of spouses <i>Raluca Lucia CISMARU</i> .....	87
A few considerations regarding the base of relationship between parents and their minor children seen through the civil liability without fault laid <i>Gabriel NAGHI</i> .....	99

Human dignity and the medically assisted human reproduction with a third party donor <i>Mădălin-Savu TICU</i> .....	103
Considerations on the clause deemed unwritten <i>Anca Costina GHERGHE</i> .....	116
Divorce by agreement between the spouses in NCC regulating and implications of the administrative system <i>Roxana Gabriela ALBĂSTROIU</i> .....	127



# **Marriage, parents and family – constitutional amendments by recent German Federal Constitutional Court’s decisions without legislative participation\***

***Prof. Dr. Christoph GRÖPL***

*Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
deutsches und europäisches Finanz- und  
Steuerrecht, Universität des Saarlandes*

*(Chair of Constitutional and Administrative Law,  
German and European Financial and Taxation Law,  
University of Saarland, Germany)*



## **Marriage, parents and family – constitutional amendments by recent German Federal Constitutional Court’s decisions without legislative participation**

### **Abstract:**

In its recent decisions, the Bundesverfassungsgericht (BVerfG – German Federal Constitutional Court) extended the rights of same-sex partners. Beyond the wording of article 6 of the German Federal Constitution and the picture of a family the drafters of the constitution had in mind, the Court utilised the fundamental right of general equality contained in article 3(1) of the constitution and the requirement of consistency (especially consistent legislature) derived from this article. This gives rise to fear that in terms of “marriage”, “family”, and “parents” the Federal Constitutional Court is gradually becoming a competitive constitutional convention, acting beyond the wording of the constitution and the will of the constitution’s drafters, without being directly legitimised. A methodological review shows that the Court tends to neglect the generally recognized canon of interpretation which the Court itself demands from the ordinary German courts. The Court crosses the line between the interpretation and the revision of the constitution.

---

\* This article is the extended and revised version of a paper delivered by the author at the Fifth Public Romanian-German-Colloquium on European Law held at Saarland University, Saarbrücken, Germany on 30 Oct 2013.

**Keywords:** (successive) adoption by same-sex couples; same-sex marriage; protection of marriage, family, and parents; fundamental right of general equality, methods of interpretation; amendment of the Constitution.

## § 1. Introduction

Article 6(1) of the Basic Law (“*Grundgesetz*” = German Federal Constitution) provides that marriage and family shall enjoy the special protection of the state (“*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung*”). According to article 6(2) of the Basic Law the care and upbringing of children is the natural rights of parents and a duty primarily incumbent on them (“*Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht*”).

Traditionally, marriage has been defined as the life-long relationship between a man and a woman; parents are the father and the mother of a child; the family is the community of parents and children. This view was revised about ten years ago by the coalition of the Social Democrats and the Green Party in two statutes, namely the “Ending the discrimination of same-sex relationships act” of 16 January 2001 and the “Revision of the civil partnership law act” of 15 December 2004.<sup>1</sup> These two statutes passed in the Federal Parliament (“*Bundes-tag*”) and equated homosexual partnerships with marriage in several areas. However, other areas, especially taxation and civil service law, were left unamended, because the “*Bundesrat*” (Federal Council, composed of representatives of the governments of the German federal states – “*Länder*”), which was then dominated by the conservative-liberal opposition, refused to consent. After Angela Merkel had taken over government in November 2005, this kind of legislation came to a halt.

This is when the German Federal Constitutional Court (“*Bundesverfassungsgericht*”) entered the scene. Within the past decade, it has developed its own dynamics in its jurisprudence promoting same-sex equalisation, something that has been impossible to do politically in parliament. This socio-political development is neither embraced nor questioned in this article; the focus is on the exigencies of the constitution and the way in which the Federal Constitutional Court has interpreted and applied the terms “marriage” (“*Ehe*”), “family” (“*Familie*”) and “parents” (“*Eltern*”).

## § 2. Marriage

Unlike in France, in Germany marriage has consistently been considered as a permanent relationship between a man and a woman, even by the Federal Constitutional Court. Same-sex couples have had no access or claim to marriage or the privileges attached to marriage. To the extent that article 6(1) of the Basic Law protected marriage

---

<sup>1</sup> “Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften” of 16-2-2001, *Bundesgesetzblatt (BGBl = Federal Gazette)* I 266 and “Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts” of 15-12-2004 (*BGBl* I 3396).

in the conventional sense, the institutional guarantee that “marriage enjoys a *special* protection by state and law” has been almost completely eradicated by the first senate of the Federal Constitutional Court. In its decision concerning the Civil Partnership Act of 17 July 2002, the “special protection” has been reduced to a mere constitutional protection.<sup>2</sup> Since then the duty – especially of the legislature – to protect marriage has been reduced to providing for this form of cohabitation in the Civil Code to all, to refrain from harming it and not to discriminate legally between it and other forms of cohabitation. Any imperative or at least the option of privileging traditional marriage has been rejected explicitly. The legislature may not protect marriage in the conventional sense more than any other comparable form of cohabitation.

This Constitutional Court thus prepared the ground for going further in making same-sex civil partnerships even more equal than the way in which the red-green coalition handled the issue. To do this, the Federal Constitutional Court utilised the fundamental right of general equality contained in article 3(1) of the Basic Law which provides that “all human beings are equal before the law”. The legislature has to ensure that it treats equal things equally and unequal things unequally. The Federal Constitutional Court considers marriage and civil partnership to be equal institutions, because they both may be intended to last for life and to constitute a social community of mutual responsibility.

However, the ability to produce children has been disregarded by the Federal Constitutional Court. If the legislature wishes to treat marriage and civil partnership in different ways, it has to comply with very strict requirements of proportionality to justify this, because it differentiates on the ground of sexual orientation and therefore on the ground of a personal attribute. So far, the reasons provided by the legislature have almost never been accepted by the Federal Constitutional Court.

In the same way, a very dogmatic feature of article 3(1) of the Basic Law acts as a catalyst: the requirement of consistency (“*Gebot der Folgerichtigkeit*”). It involves congruent action by the legislature: If a systemic decision has been made, it has to be carried through. Here the Federal Constitutional Court takes the “ending the discrimination of same-sex relationships act” as the starting-point: If civil partnerships are recognised in certain parts of the law, this has to be done in all other parts of the legal order. In this way the Federal Constitutional Court used article 3(1) of the Basic Law to equalise civil partnerships in the areas of:

- corporate surviving dependants provision,<sup>3</sup>
- inheritance and donation tax,<sup>4</sup>
- land acquisition tax,<sup>5</sup> and
- income tax splitting.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 105, 313 ff.

<sup>3</sup> *BVerfGE* 124, 199 ff – “*Betriebliche Hinterbliebenenversorgung*”.

<sup>4</sup> *BVerfGE* 126, 400 ff – “*Erbschaft- und Schenkungsteuer*”.

<sup>5</sup> *BVerfGE* 132, 179 ff – “*Grunderwerbsteuer*”.

<sup>6</sup> *BVerfGE* 133, 377 ff – “*Ehegattensplitting*”.

This line of decision is questionable, because particularly not in 2001, the political majorities in parliament have not been able to bring about these far reaching changes by means of legislative measures. Moreover, the majorities in the Federal Parliament changed in November 2005, after which the legislature deliberately decided not to continue on the path of equalisation. A danger therefore exists that the Federal Constitutional Court is not only becoming a competitive legislature but also a sort of competitive constitutional convention.

### § 3. Recognition of same-sex parents in the decision regarding successive adoption

#### ↳ 3.1 *Special relevance regarding questions of adoption of children*

Article 6 of the Basic Law refers not only to the traditional concept of marriage, but also to two much more controversial social-political terms: family and parents. The main question is whether parents and family presuppose man and woman, as well as father and mother, or whether same-sex couples can be deemed parents and constitute a family for the purposes of article 6.

This question is most relevant in the area of adoption: Are gay and lesbian couples allowed to adopt children they have not born? Until now this was difficult to do under German law. It was allowed to adopt the biological child of the other same-sex partner. But it is still illegal for two same-sex partners to adopt a child of a third party. The only way to deal with this would have been that one partner adopts the child, which will then successively be adopted by the other (so called “*Sukzessivadoption*” = successive adoption). But as yet, this was not lawful in Germany either.

In its decision of 19 February 2013, the first senate of the Federal Constitutional Court declared the corresponding provision in § 9(7)<sup>7</sup> of the Civil Partnership Act to be unconstitutional.<sup>8</sup> This was supported again by the fundamental right of general equality in article 3(1) of the Basic Law because successive adoption was legal for married couples and therefore – from the point of view of the first senate of the Federal Constitutional Court – same-sex couples were discriminated against without proper cause. The same arguments apply here as above: By invoking the requirement of consistency, the Federal Constitutional Court considers itself to be the competitive legislature.

What is even more interesting: The *obiter dicta* that the first senate propounds regarding article 6(1) and (2) of the Basic Law, obviously to prepare these norms for future application, are that the terms “family” and “parents” are explicitly extended for the first time to same-sex couples. In detail the senate argues as follows:

#### ↳ 3.2 *The term “parents”*

Admittedly, a person whose registered same-sex partner is an adoptive parent may not by default be protected by parent law, because there is no biological or legal

<sup>7</sup> Most German Acts of Parliament are divided into “Paragrafen” (sections) which are abbreviated by the sign “§”. They usually are subdivided in “Absätze” (subsections).

<sup>8</sup> BVerfGE 133, 59 ff – “*Sukzessivadoption*”.

parent relationship. However, the same sex of two people does not negate the view to see both as parents pursuant to article 6(2) of the Basic Law. As the senate of the court put it, this does not contradict the words of the provision because it does not read “mother” and “father”, but uses the non-sex-specific term “parents”.<sup>9</sup> Apart from that, this neutral interpretation of the term “parents” is, according to the court, not contradictory to “deviating historical ideas”.<sup>10</sup>

It may be presumed that while drafting the constitution in 1948/1949, the drafters only had “different-sex parents” in mind; however this was not a “conscious contraposition to the recognition of same-sex parents”. Rather this has “simply been beyond the imagination of the times”.<sup>11</sup> “The limitations of the imagination back then and the underlying historical understanding of the term” were subsequently abandoned through the change in the legal position of homosexuals in terms of legalisation and the general equalisation in many member states of the European Union.<sup>12</sup>

### ➡ 3.3 The term “family”

When it comes to the term “family”, the Federal Constitutional Court held that the fundamental human right concerning families protects “even the community made up of same-sex partners and a child, as long as it is made to last and consists of an all-embracing community”.<sup>13</sup> The fundamental right concerning families protects the psychological and social functions of familial relations. Therefore the lasting social community, consisting of a same-sex couple and a child, is a family according to the constitution – or at least according to the first senate of the Federal Constitutional Court.

## § 4. The interpretation and application of the constitution

The decision of 19 February 2013 is based upon the senate’s interpretation of articles 6(1) and (2) of the Basic Law and its application to same-sex civil partnerships. It may therefore be interesting to examine if the Federal Constitutional Court lives up to the requirements that the court itself imposes on the ordinary courts for interpreting and applying the law.

### ➡ 4.1 Methods of interpretation

Although Friedrich Carl von Savigny’s contribution<sup>14</sup> – in respect of a logical analysis – has been of special merits regarding a logical penetration and systematisation of legal interpretation,<sup>15</sup> his insights are nowadays often and thoroughly misunderstood.<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 51.

<sup>10</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 54.

<sup>11</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 55.

<sup>12</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 55 and 56.

<sup>13</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 61.

<sup>14</sup> A great German legal scholar and founder of the *Historische Rechtsschule* (1779–1861).

<sup>15</sup> *System des heutigen römischen Rechts* (1840) 206 ff.

<sup>16</sup> Rüthers/Fischer/Birk *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre* (2011) recital 698 ff.

In the “normal” state of law, Savigny distinguished between four “elements” of interpretation: A grammatical, a logical, a historical and a systematic element. The logical element corresponds to a systematic interpretation, rather than to a “teleological”, *i.e.* pragmatic interpretation. A teleological interpretation is only allowed, according to Savigny, when the law is faulty.<sup>17</sup> This Savignian canon of interpretation is disregarded today. The Federal Constitutional Court has taken the liberty of using much “freer” methods of interpretation:

“Only the objective intent of the legislature, as it is derived from the words and logical context, in which it is put, is decisive for the interpretation of a law. The subjective ideas of the bodies involved in the legislation however [...] are not supposed to be decisive. The history of the origin of a provision is only important for the interpretation as long as it confirms the correctness of an interpretation that has been made according to the above mentioned rules, or eliminates doubts, which could not be eliminated in the above mentioned way.”<sup>18</sup>

These four criteria are underscored by the majority of views on legal methodology. The main interpretation today is the teleological way as inspired by the German scholar and legal philosopher Radbruch,<sup>19</sup> who says that “the law may be smarter than the legislature”. But his views have reasonably been criticised for it is not the law which is smarter, it is the interpreter involved who thinks he is smarter than the legislature and who wants to detach the meaning he proposes from the historic provisions of the legislature.<sup>20</sup> The teleological interpretation therefore contains the danger that the interpreter may read his own political pre-understanding and political goals into a legal norm; interpretation may become reading something into the law.

#### ➡ 4.2 *Limits to the broadest possible historical interpretation*

Experience shows that due to the presence of a high measure of subjective pre-understanding, the teleological interpretation particularly leads rarely to uncontested results. The grammatical and historical ways are much less prone to errors. Through those two criteria of interpretation, we can best see where the limit is before we start to replace a term that has to be interpreted with another one. This is especially recognised regarding to the limiting effect of the wording: “The possible literal meaning of a law marks the extreme limits of legal interpretation.”<sup>21</sup> A similar meaning should be assigned to the historical interpretation. This follows from the principles of democracy and rule of law, expressed in the separation of powers, explicitly from the primary function of the legislature to create law, as well as the obligation by executive and judicial branch to adhere to this positive law.

---

<sup>17</sup> N 15, 222.

<sup>18</sup> This has been the consistent approach of the Federal Constitutional Court since the very first volume of its reports: *BVerfGE* 1, 299 (312).

<sup>19</sup> 1878–1949.

<sup>20</sup> Röhl and Röhl *Allgemeine Rechtslehre* (2008) 629.

<sup>21</sup> *BVerfGE* 92, 1 (12).

### ➔ 4.3 *The view of the Federal Constitutional Court in the decision of 25 January 2011*

The Federal Constitutional Court shares the view that the historical criteria of interpretation play an important role. In its decision of 25 January 2011, it says:

“The judge must not put his own material conception of justice in the place of the legislature. [...] The judge may not evade the meaning and purpose of the law as defined by the legislature. He has to respect the basic legal decision of the legislature as truthfully as possible under changed circumstances. [...] Any interpretation, which neglects the wording of the law as judicial legal development, finds no support in the law and is not explicitly or – in case of obviously unplanned legal gaps – tacitly accepted, by the legislature, encroaches unlawfully on the competences of a democratically legitimated legislature.”<sup>22</sup>

For a number of reasons this must be applied even more strictly to the interpretation of the constitution by the Federal Constitutional Court:

- Firstly, the constitution is a legal product like other Acts.
- Secondly – and this is much more relevant – amendments to the constitution cannot simply be made by a simple parliamentary majority, but in terms of article 79(2) of the Basic Law,<sup>23</sup> only by two-thirds of the members of the Federal Parliament (*Bundestag*) and two thirds of the votes of the Federal Council (*Bundesrat*). Additionally, the amendment in content – according to article 79(1) of the Basic Law – must be effected by a modification of the wording.<sup>24</sup> Such exclusive legislative power cannot be exercised by any other constitutional body (organ), especially not by the Federal Constitutional Court.
- Thirdly, the function and position of the Federal Constitutional Court imply the existence of limits on its function to interpret because it is constituted as a body with limited jurisdiction. The constitution does not exempt it from the horizontal division of powers. The Federal Constitutional Court is not a legislative body; its task is to interpret the constitution and to apply it, not to create or amend it.
- Lastly, the judges of the Federal Constitutional Court are elected half by the *Bundestag* (Federal Parliament) and half by the *Bundesrat* (Federal Council).<sup>25</sup> They therefore do not enjoy direct democratic legitimacy in the way members of parliament do. Parliaments represent a much broader and diverse picture of the social diversity than the few judges in the court. In this democracy and in this constitutional state most decisions are to be made by a majority in a democratic directly legitimated legislature.

---

<sup>22</sup> BVerfGE 128, 193 (209 ff).

<sup>23</sup> “Any such law [*viz* a law amending the constitution] shall be carried by two thirds of the members of the *Bundestag* and two thirds of the votes of the *Bundesrat*.”

<sup>24</sup> “This constitution may be amended only by a law expressly amending or supplementing its text.”

<sup>25</sup> Cf Article 94(1)2 of the constitution: Half the members of the *Bundesverfassungsgericht* shall be elected by the *Bundestag* and half by the *Bundesrat*.

## § 5. Application of guidelines of the Federal Constitutional Court to the interpretation of article 6 of the constitution

### ↳ 5.1 Application of the binding guidelines for ordinary courts to the Federal Constitutional Court

It seems to be necessary to apply the interpretation guidelines set up by the Federal Constitutional Court for the ordinary courts to its own interpretation of the constitution. The Federal Constitutional Court should not evade the meaning and purpose of the constitution as determined by the constitutional convention.

### ↳ 5.2 Origin of article 6 of the Basic Law – the debates in the parliamentary council (“Parlamentarischer Rat”)

We have to examine voices from the parliamentary council that drafted the Basic Law in 1948/1949. In its debates the following wording was proposed: “Marriage is the legal partnership of man and woman. It is the foundation of the family.”<sup>26</sup>

The main committee of the parliamentary council would later decide on the much shorter present version. Any explicit reference to man and woman was not regarded as necessary because it was implicated by the term “marriage”. From this historical context it should be clear that the term “man and woman” does not just stand for the term marriage, but can be applied to the family as well.

Regarding the parenting law in article 6(2) of the Basic Law, the parliamentary council discussed a formulation that would have stated that the authority of the parents is exercised by the man and the woman equally.<sup>27</sup> This fell victim to editorial concerns. There can be no doubt however that the parliamentary council assumed the heterosexuality of the partners both in respect of the term family as well as in respect of the term parents.

This was even acknowledged by the first senate of the Federal Constitutional Court in his decision on successive adoption in February 2013, when it stated that the “recognition of same-sex-parents was simply outside of the limits of what had been imagined back then.”<sup>28</sup>

### ↳ 5.3 “The horizon of imagination” of the constituents and the “deliberate contraposition” – constitutional change in respect of the terms parents and family?

The first senate nevertheless did not draw the consequence that an interpretation beyond the limits of imagination should be out of reach, more precisely, out of the reach of the Federal Constitutional Court itself. Does this in return, as an argumentum e contrario, imply that any interpretation outside of the “horizon of imagination” of the creator of the norm is permissible?

---

<sup>26</sup> Matz “Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes” 1951 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (2<sup>nd</sup> ed 2010) a 6, 93.

<sup>27</sup> Matz (n 26), a 6, 100.

<sup>28</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 55.



Such a reasoning might have sinister consequences; examples like the “ethnic” re-inter-pretation of the legal system by the Nazi lawyers, don’t need to be invoked. It may therefore be assumed that the first senate did in fact not intend to have this argumentum e contrario generalised or twisted in this way.

Interestingly, the senate adds another aspect: The wording of article 6(2) of the Basic Law which implies the exclusive idea of heterosexual parents does not permit the conclusion that a “deliberate contraposition” to same-sex parents was intended.<sup>29</sup> This way of reasoning would however permit any kind of interpretation, as long as it was not deliberately contraposed to the imagination of the legislature.

Furthermore, as I see it, the Federal Constitutional Court committed a logical fault here: You can not be in “deliberate contraposition” to what is not within your “horizon of imagination” and therefore outside of your awareness. Such a reasoning leads to begging the question.

But let’s not be too harsh on the Federal Constitutional Court. Perhaps its first senate meant something different when it referred to the imagination horizon of the fathers and mothers of the constitution. Perhaps it simply meant that the judge is supposed to assert the will of the legislature under changed circumstances. Thus the question arises: is constitutional change by interpretation (“*Verfassungswandel*”) permissible, that is, a “change in the content of a constitutional norm, without amending the wording? Can such a constitutional change justify overstepping the border between interpreting and changing the constitution? The following has to be distinguished:

i. Terms that have been deliberately left open by the constitutional convention, which are contingent, may be changed through interpretation. An example is the criterion “moral law” (“*Sittengesetz*”), in terms of which the right to free development of personality under article 2(1) of the Basic Law may be limited. For example, today a kiss between unmarried people in public may be permissible in terms of moral law, an interpretation that was probably unthinkable in 1948/1949.

ii. The position is the same in respect of terms which represent only a framework. An example would be the term “property” (“*Eigentum*”), which has been vastly expanded in the decades past.

iii. Constitutive elements that the constitutional convention has assigned to a certain term are something different. They cannot be replaced by appealing to constitutional change. This is a consequence of the thoughts expressed above about democracy and the division of powers. I submit that this includes the heterosexuality not just in the term “marriage” (“*Ehe*”), but also in the terms “parents” (“*Eltern*”) and “family” (“*Familie*”). For it was outside the “horizon of imagination” of the historical constitutional convention, as the Federal Constitutional Court conceded itself, to see same-sex couples as parents or family. This made the heterosexuality not a contingent feature, but a constitutive element. Here the constitutional change should have found its limits.

#### ➡ 5.4 Ancillary arguments of the Federal Constitutional Court

The First Senate referred to another argument for the constitutional change namely the repeal of the criminal culpability of male homosexuality in (§§ 175 and 175a of the

---

<sup>29</sup> BVerfGE 133, 59 ff, recital 55.

German Criminal Code (the *Strafgesetzbuch – StGB*)<sup>30</sup> and the federal Civil Partnership Acts in 2001 and 2004. This however raises concerns about the *lex-superior* rule,<sup>31</sup> according to which the constitution may not be dominated by the ordinary law. The ordinary law is subordinate to the constitution, not the other way round. This is the only way the authority and function of the constitution as a benchmark to invalidate unconstitutional law can be maintained.

Apart from this, the first senate referred to legislative developments in Europe. Joint adoption and successive adoption are currently legal for same-sex couples in eight states. Stepchild adoption of the biological child of one of the partners is legal in eleven states, individual adoptions by homosexual persons in twenty states.<sup>32</sup> Quantitatively this only means that from the 46 European nations, these possibilities are not given in 38, 35 and 26 nations.

However, the Federal Constitutional Court could have referred to the qualitative aspect: It could have intended to illustrate that the mentioned eight, eleven or twenty nations are more progressive, more humanistic or simply more equitable and fair. The senate did not say so explicitly. Any intention to convey such a thought implicitly calls for a reply: Except for highlighting aspects of legal politics concerning the issue, this contributes nothing in terms of interpreting and applying the constitution. Legal policy is the responsibility of the directly legitimised constitutional bodies, not of the Federal Constitutional Court.

### ➡ 5.5 Legitimation to decide basic questions in a democratic, constitutional state

The protection of permanent partnerships with mutual responsibilities of all sexual preferences may be convincing, may be even desirable. But is the Federal Constitutional Court competent to decide so? The legitimacy of accelerating social development through progressive action by the courts may cause problems: Who decides upon the *Zeitgeist*? When and under which conditions is such a spirit “good”? Where are the limits? Can there be any limits?

If yes: Where and under which conditions may socially familial communities of mutual responsibility be given protection (against discrimination)? Are “parents” to be protected even if a woman wants to found a family with two or three men – or, vice versa, a man with two or more women – or a brother and a sister? Does this constitute a family, even if a father and his stepdaughter or even his biological daughter want to have babies and raise them?

This does not mean that homosexual relationships, in the light of social development, have to be excluded from the right to be (step)parents or to have a family at any rate. But the decision about this seems to be too complex and too controversial in current society to be taken by a senate of the Federal Constitutional Court without a broad public discussion and a more extensive consideration by

<sup>30</sup> § 175 *StGB* was repealed in 1994, § 175a *StGB* was repealed in 1969.

<sup>31</sup> *Lex superior derogat legi inferiori*.

<sup>32</sup> *BVerfGE* 133, 59 ff, recital 56.

specialists, especially psychological and socio-scientific experts. The democratic competence to decide these questions belongs to the directly legitimised bodies, in Germany primarily to the Federal Parliament. When time has come to change the constitutional terms “family” and “parents”, this has to happen by an explicit amendment of the Basic Law in terms of its article 79. Below this bar, the ordinary legislature might progress in these areas with a simple majority, taking into consideration article 6 of the Basic Law and without being put under pressure by the Federal Constitutional Court to conform to its jurisdiction according to § 31(1) of the German Federal Constitutional Court Act.<sup>33</sup>

## § 6. Summary

It has not been my intention to take a stance, politically or legally, against homosexual civil partnerships. What worries me is how the first senate of the Federal Constitutional Court, through teleological interpretation and neglect of the wording and genetics of constitutional norms, makes its own policy and – according to its own views – wants to shape the social circumstances conducive towards the more progressive, the more humanistic, and the more equitable and fair. If the decision on successive adoption of past February had been a judgement of an ordinary court, the passages concerning the interpretation of articles 6(1) and (2) of the constitution would have most probably been overruled by the Federal Constitutional Court. Let me submit five theses:

i. The border between the interpretation and revision of the constitution has to be set where an interpretation contradicts the constitutive, non-contingent elements. Even a constitutional change cannot overrule such features.

ii. The parliamentary council in 1948/1949 understood the feature “heterosexuality” as a necessary ingredient of the terms “marriage”, “parents”, and “family”.

iii. By considering homosexual couples to be protected by the terms “parents” and “family” in articles 6(1) and (2) of the Basic Law, the Federal Constitutional Court oversteps the border between the interpretation and the amendment of the constitution.

iv. It is at least very dubious whether the requirement of consistency is complied with the Federal Constitutional Court’s equalisation of civil partnerships and marriage. The Federal Constitutional Court should show more respect to the changed political circumstances since 2005.

v. It is up to the directly legitimised constitutional legislature to decide in terms of a constitutional amendment whether same-sex-partner-ships should be under the protection of article 6 of the Basic Law.

---

<sup>33</sup> Pursuant to § 31(1) of this act, the decisions of the federal constitutional court shall be binding upon the constitutional bodies as well as the courts and authorities of the federation (“*Bund*”) and the federal states (“*Länder*”).

# Competența instanțelor române în materia desfacerii căsătoriei

*Conf. univ. dr. Daniel GHIȚĂ*  
*Facultatea de Drept și Științe Sociale,*  
*Universitatea din Craiova*



## Romanian courts competent in matters of marriage disposal

### Abstract:

Jurisdiction of the courts in divorce matters with international element creates an uneven practice and a different interpretation of these laws. The different application of provisions from one court to another and poor interpretation of the rules when the rules of priority established by the CPC to intervene and those in the Supplementary Regulations EC 2201/2003 have the effect of declaring the general lack of jurisdiction of the Romanian courts, resulting in negative conflict of competence.

This study aims to analyze the court's jurisdiction in matters of divorce, competence shown in the light of all the acts that are applicable in different situations, in our legislation.

**Keywords:** divorce, Regulation EC 2201/2003, alternative jurisdiction, conflict of jurisdiction, judicial proceedings.

### § Introducere

Cunoscând de-a lungul timpului o traiectorie destul de sinuoasă, prin prisma normelor de dreptul familiei care au resimțit numeroase reforme, divorțul, ca instituție, s-a conturat și completat pe parcursul timpului în funcție de reperele sociale, economice și culturale. În acest moment, Codul de procedură civilă prevede posibilitatea conferită soților de a desface căsătoria atât în fața instanței, cât și prin procedură administrativă, în fața delegatului de stare civilă și prin procedura notarială, în condițiile expres stabilite de lege.

Din punct de vedere procedural, divorțul este redat printr-o procedură specială pe care o regăsim în art. 914-934 C. pr. civ. Specifică procedurilor speciale este lipsa unității și completitudinii reglementărilor, fiind reglementate doar dispozițiile ce derogă de la dreptul comun, acestea completându-se ori de câte ori este necesar cu normele generale.

Regulile privitoare la competență sunt reglementate în dispoziții speciale comune însă tuturor tipurilor de divorț judiciar. Astfel, competența instanțelor române în materia divorțului cu element de extraneitate este stabilită de C. civ. art. 2.597-2.601 în Cartea a VII-a, Dispoziții de drept internațional privat, Cap. II - Familia, secțiunea 1 – Căsătoria și 3 – Desfacerea căsătoriei. Codul de procedură civilă reglementează această materie în Cartea a VII-a, Procesul civil internațional, Titlul I – Competența internațională a instanțelor române, la art. 1.066 alin. (1) referitor la prorogarea voluntară de competență în favoarea instanțelor române coroborat cu art. 914 alin. (2) în materia divorțului.

### § 1. Competența alternativă în materia desfacerii căsătoriei

Potrivit art. 914 alin. (1) C. pr. civ., competența desfacerii căsătoriei aparține **judecătoriei în circumscripția căreia se află cea din urmă locuință comună a soților.**

Observăm că, pentru stabilirea competenței teritoriale, legiuitorul impune unica regulă ca la momentul introducerii cererii de divorț, cel puțin unul dintre soți să locuiască în circumscripția acelei instanțe<sup>1</sup>.

În doctrină<sup>2</sup> s-a statuat că nu interesează dacă soții au avut efectuată mutația în evidențele Serviciului Comunitar de Evidența Populației, ci numai dacă au locuit efectiv acolo. De asemenea, schimbarea domiciliului soților, ulterior introducerii acțiunii de divorț, nu prezintă importanță sub aspectul competenței instanței de divorț.

În același sens dispune și art. 87<sup>1</sup> alin. (6) din Regulamentul de punere în aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995<sup>3</sup> care prin *ultima locuință comună* înțelege locuința în care au conviețuit soții.

Dacă soții nu au avut o locuință comună sau dacă niciunul dintre soți nu mai locuiește în circumscripția judecătoriei în care se află cea din urmă locuință comună, competența revine **judecătoriei în circumscripția căreia își are locuința pârâtul.**

Din textul de lege rezultă utilizarea sintagmei „locuința pârâtului”, iar nu domiciliul acestuia, fapt ce ne îndreptățește să considerăm că poate fi sesizată fie instanța de la domiciliul pârâtului, fie cea de la reședința acestuia. Cu toate acestea este cerută o anumită continuitate și durată în șederea la reședință, de natură să convingă instanța că odată comunicate actele de procedură vor fi primite de către pârât<sup>4</sup>.

Când pârâtul nu are locuința în țară și instanțele române sunt competente internațional, este competentă **judecătoria în circumscripția căreia își are locuința reclamantul.** Dispozițiile acestui text de lege se vor completa ori de câte ori este necesar

<sup>1</sup> M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 646.

<sup>2</sup> O. Ghiță, *Dreptul familiei*, Ed. Universitaria, Craiova, 2007, p. 212.

<sup>3</sup> Adoptat prin Ordinul ministrului justiției nr. 710/C/1995, publicat în M. Of. nr. 176 din 8 august 1995.

<sup>4</sup> M. Tăbărcă, *op. cit.*, p. 646.

cu cele ale Regulamentului CE 2201/2003, astfel cum vom putea observa din regulile instituite de acesta, dar și din jurisprudența enunțată.

Alin. (2) al art. 914 C. pr. civ. dispune că în cazul în care nici reclamantul nici pârâtul nu au locuința în țară, părțile pot conveni<sup>5</sup> să introducă cererea de divorț la orice judecătorie din România. În lipsa acordului cererea de divorț este de competența Judecătoriei Sectorului 5 al Municipiului București.

Suntem în acest caz în prezența unei competențe alternative, dat fiind faptul că părțile pot alege instanța competentă de pe teritoriul României.

Trebuie să subliniem că această competență alternativă este posibilă dacă sunt întrunite cumulativ două condiții:

- niciuna dintre părți să nu locuiască în România,
- să existe acordul părților cu privire la instanța unde va fi depusă cererea de desfacere a căsătoriei.

Potrivit art. 130 alin. (2) C. pr. civ excepția de necompetență teritorială de ordine publică poate fi ridicată până la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe (spre deosebire de vechea reglementare)<sup>6</sup>. Până la acest moment poate interveni și acordul părților privitor la competența teritorială a instanței.

Trebuie subliniat că în cazul reglementării art. 914 C. pr. civ. nu se aduce în discuție o competență teritorială alternativă. Acest fapt rezidă din imposibilitatea soților de a opta pentru instanța competentă teritorial pentru desfacerea căsătoriei, ei trebuind să urmeze - în funcție de criteriul în care se încadrează - dispozițiile în ordinea stabilită de textul de lege. Astfel, nu vor putea, spre exemplu să solicite desfacerea căsătoriei la instanța în circumscripția căreia își are locuința pârâtul atât timp cât desfacerii căsătoriei aparține judecătoriei în circumscripția căreia se află cea din urmă locuință comună a soților și sunt îndeplinite condițiile în acest sens.

## § 2. Sfera de aplicare a Regulamentului CE 2201/2003

Domeniul de aplicare a Regulamentului CE 2201/2003<sup>7</sup> privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești privește hotărârile judecătorești de divorț, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei, fără să dispună asupra cauzelor de divorț, efectele patrimoniale ale căsătoriei sau alte eventuale măsuri accesorii (art. 8), deoarece aceste aspecte sunt reglementate prin legislația internă a fiecărui stat membru.

Potrivit art. 3 lit. a) din Regulamentul CE 2201/2003 sunt competente să:

- hotărască în problemele privind divorțul, separarea de corp și anularea căsătoriei instanțele judecătorești din statul membru pe teritoriul căruia se află:

- reședința obișnuită a soților sau ultima reședință obișnuită a soților în condițiile în care unul dintre ei încă locuiește acolo,

- reședința obișnuită a pârâtului sau în caz de cerere comună, reședința obișnuită a unuia dintre soți,

- reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin un an imediat înaintea introducerii cererii,

- reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin șase luni imediat înaintea introducerii cererii și în cazul în care acesta este fie resortisant al statului membru respectiv, fie, în cazul Regatului Unit și al Irlandei, are domiciliul în acel loc.

Aceeași instanță este competentă, de asemenea, pentru soluționarea cererii reconvenționale, în măsura în care obiectul acesteia nu excede domeniului de aplicare a Regulamentului și nu aduce în acest sens o ingerință legislației naționale a statelor membre (art. 4). În legislația noastră acest text a fost transpus prin art. 1.073 C. pr. civ.

Instanța judecătorească se va considera sesizată la data depunerii la instanță a cererii de chemare în judecată, cu condiția ca reclamantul să nu fi neglijat în continuare să ia măsurile pe care era obligat să le ia pentru ca cererea și documentele depuse să fie notificate sau comunicate pârâtului (în cadrul procedurii de regularizare) în conformitate cu art. 16 din Regulament.

Instanța judecătorească dintr-un stat membru sesizată cu o cauză pentru care nu este competentă potrivit Regulamentului și pentru care este competentă o instanță dintr-un alt stat membru, se declară, din oficiu, incompetentă.

Atunci când pârâtul, care își are reședința obișnuită într-un alt stat decât statul membru în care s-a introdus acțiunea, nu se prezintă, instanța judecătorească competentă este obligată să suspende procedura atâta timp cât nu se stabilește că acest pârât a fost pus în situația de a primi actul de sesizare a instanței sau un act echivalent în timp util pentru a-și asigura apărarea sau că s-au luat toate măsurile necesare în acest scop.

În cazul în care actul de sesizare a instanței sau un act echivalent a trebuit transmis dintr-un stat membru în altul în conformitate cu Regulamentul menționat anterior, art. 19 din Regulamentul (CE) nr. 1348/2000<sup>5</sup> se aplică în locul dispozițiilor mai sus menționate. În cazul în care dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 1348/2000 nu se aplică, art. 15 din Convenția de la Haga din 15 noiembrie 1965 privind notificarea și comunicarea în străinătate a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială se aplică în cazul în care actul de sesizare a instanței sau un act echivalent a trebuit să fie transmis în străinătate în temeiul respectivei convenții.

În cazul în care se introduc cereri de divorț, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei între aceleași părți în fața unor instanțe judecătorești din state membre diferite, instanța sesizată în al doilea rând suspendă din oficiu procedura până când se stabilește

---

<sup>5</sup> A se vedea A. Ștefan, *Propunere de lege ferenda în materia competenței teritoriale a instanțelor în cazul cererii de desfacere a căsătoriei prin acordul ambilor soți*, Dreptul nr. 6/2004, p. 130 și 131.

<sup>6</sup> În acest sens, V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. Național, București, 1997, p. 511.

<sup>7</sup> Regulamentul 2201/2003 din 27 noiembrie 2003 abrogă și înlocuiește ordinul consiliului, p. 1347/2000 din 29 mai 2000 privind jurisdicția, recunoașterea și aplicarea sentințelor din dreptul familiei și cele referitoare la responsabilitățile părinților pentru copiii ambilor soți, care a intrat în vigoare la 1 martie 2001.

<sup>8</sup> Privind notificarea și comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială. Regulamentul (CE) nr. 1393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1348/2000 al Consiliului este publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, nr. L 324 din 10 decembrie 2007.

competența primei instanțe sesizate, transpusă prin art. 1.075 C. pr. civ. În cazul în care se stabilește competența primei instanțe sesizate, instanța sesizată ulterior își declină competența în favoarea acesteia. Astfel, partea care a introdus acțiunea la instanța sesizată în al doilea rând poate intenta respectiva acțiune la prima instanță sesizată (art. 19).

În caz de urgență, dispozițiile Regulamentului nu împiedică instanțele judecătorești dintr-un stat membru să ia măsuri provizorii sau asigurătorii cu privire la persoanele sau bunurile prezente în acest stat, prevăzute de dreptul acestui stat membru, chiar dacă, în temeiul prezentului regulament, o instanță dintr-un alt stat membru este competentă pentru soluționarea cauzei pe fond.

Măsurile luate în conformitate având ca fundament dispozițiile regulamentului încetează să producă efecte atunci când instanța din statul membru, competentă în temeiul prezentului regulament pentru soluționarea cauzei pe fond a luat măsurile pe care le consideră corespunzătoare.

Recunoaștem, astfel, că tendințele de unificare a legislației europene privind competența în materie matrimonială capătă o formă concretă, Regulamentul CE nr. 2201/2003 reprezentând un pas important în acest sens, fapt care reiese nu numai din dispozițiile mai sus prezentate, ci și din jurisprudența deja constituită.

Astfel, B.C. și V.D. s-au căsătorit la data de 7 aprilie 2007 în Italia. În anul 2011 B.C. a fost delegată de firma la care lucra în România pentru a reprezenta interesele acesteia în zona de est a Europei. Acesta este momentul în care începe să se deterioreze relațiile dintre cei doi soți, culminând cu despărțirea în fapt. În aceeași perioadă îl cunoaște pe S.A., coleg de serviciu cu ea și aflat într-o situație similară. La începutul anului 2014 fiecare dintre ei au hotărât să divorțeze în România, deoarece în Italia nu îndeplineau condițiile prevăzute de lege pentru a putea desface căsătoria.

Legea italiană<sup>9</sup> prevede motivele temeinice de divorț, care constituie condiții necesare, dar nu și suficiente pentru acordarea unui divorț. În virtutea competenței sale de apreciere, care poate varia ca întindere, în funcție de motivele specifice ale divorțului, instanța trebuie să decidă faptul că mariajul s-a destrămat iremediabil, fapt ce constituie baza comună a tuturor motivelor de divorț. Aceste verificări sunt necesare chiar și în cazurile în care părțile formulează o acțiune comună de divorț. Acordul soților nu constituie în sine un motiv de divorț (și, prin urmare, în Italia nu există propriu-zis ceea ce se numește divorț prin acordul ambilor soți); înainte de a acorda divorțul, instanța trebuie întotdeauna să stabilească faptele care stau la baza unei cereri de divorț.

Pe rolul Judecătoriei Craiova au fost introduse astfel acțiunile civile de divorț prin acordul soților de către B.C. și V.D.<sup>10</sup>, iar într-un alt dosar de către S.A. și R.V.<sup>11</sup>.

Acțiunea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 2600 lit. b) și alin. (2), art. 374 lit. a) NCC, art. 928-930 NCPC și art. 3 alin. (1) (a) paragraf 2 și 4 din Regulamentul (CE)

---

<sup>9</sup> Actul nr. 898 din 1 decembrie 1970, astfel cum a fost modificat de Actul nr. 436 din 1 august 1978 și Actul nr. 74 din 6 martie 1987, [http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce\\_ita\\_ro.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_ita_ro.htm)

<sup>10</sup> Sentința civilă nr. 4788 din 1 aprilie 2014, Judecătoria Craiova.

<sup>11</sup> Sentința civilă nr. 6592 din 9 mai 2014, Judecătoria Craiova.



nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 potrivit cărora privitor la competența pe fond se dispune: „Sunt competente să hotărască în problemele privind divorțul, separarea de drept și anularea căsătoriei instanțele judecătorești din statul membru: ” [...] ultima reședință obișnuită a soților, în condițiile în care unul dintre ei încă locuiește acolo sau [...] în caz de cerere comună, reședința obișnuită a unuia dintre soți”.

De asemenea, art. 1.078 pct. 5 NCPC prevede că, instanțele române sunt exclusiv competente să judece litigii cu elemente de extraneitate din sfera statutului personal referitoare la desfacerea, nulitatea sau anularea căsătoriei, precum și alte litigii între soți, cu excepția celor referitoare la imobile situate în străinătate, dacă la data introducerii cererii ambii soți domiciliază în România și unul dintre ei este cetățean român sau apatrid. Rezultă, așadar, că judecătoria în raza căreia domiciliază reclamantul este competentă să soluționeze cererea de divorț dacă pârâtul locuiește în străinătate și, indiferent de cetățenia sa, reclamantul a locuit pe teritoriul României cel puțin un an imediat înaintea introducerii cererii sau dacă, fiind cetățean român ori apatrid, a locuit în România cel puțin șase luni imediat înaintea introducerii cererii.<sup>12</sup>

În același sens, nu trebuie ignorată convenția părților în ce privește alegerea competenței instanței, în sensul art. 914 NCPC, care se referă numai la cererea de divorț. Potrivit art. 1.066 NCPC care reglementează prorogarea voluntară de competență în favoarea instanței române, aceasta este competentă atunci când părțile au convenit valabil competența instanțelor române. A fost depusă la dosarul cauzei convenția părților în acest sens.

Pentru a se putea stabili competența instanței a fost administrată proba cu înscrisuri (contractul de muncă al soțului delegat în Craiova și contractul de locațiune pe o durată mai mare de un an) și martori, fiind avută în vedere reședința obișnuită a unuia dintre soți (fiind vorba despre divorț prin acord), astfel cum regulamentul dispune în textul mai sus amintit.

În ambele spețe instanța se constată competentă general, material și teritorial să soluționeze cauza în temeiul art. 131 alin. (1) NCPC, art. 126 alin. (1) Constituția României, art. 914 alin. (1) NCPC raportat la art. 3 alin. (1) lit a) pct. 4 din Regulamentul CE nr. 2201/2003.

În aceste condiții, s-a trecut la judecarea pe fond a acțiunii de divorț, finalizată cu desfacerea căsătoriei cetățenilor italieni și acordarea posibilității de a-și reconsidera dreptul la căsătorie față de persoana aleasă – art. 12 din Convenția europeană a drepturilor omului.

## § Concluzii

Atât din analiza asupra textelor de lege din Codul de procedură civilă, cât și din cea asupra Regulamentului CE 220/2003 rezultă regula potrivit căreia instanța competentă pentru desfacerea căsătoriei este cea de la ultima locuință comună a soților.

---

<sup>12</sup> M. Tăbărcă, *op.cit.*, p. 647.

Posibilitatea de a opta pentru o altă dispoziție privitoare la instanța competentă, adică posibilitatea de a alege instanța nu există, fiind obligatorie aplicarea succesivă a criteriilor prevăzute de lege, în măsura în care situația de fapt a soților se pliază pe una dintre aceste dispoziții. Nu suntem astfel în prezența unei competențe alternative, deoarece reclamantul nu are drept de opțiune între instanțele prevăzute de lege, fiind obligatorie respectarea ordinii în care au fost normate.

Ne putem considera în prezența unei competențe alternative atunci când sunt îndeplinite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 914 alin. (2) C. proc. civ, soții putând opta pentru instanța competentă la desfacerea căsătoriei.

# Partajul bunurilor comune în timpul comunității

*Conf. univ. dr. Ioana NICOLAE*  
*Universitatea „Transilvania” din Brașov*  
*Facultatea de Drept*



## The partition of common goods during community

### Abstract:

The current study presents the regulation of the Romanian civil law regarding the possibility of splitting common goods during marriage, by presenting the matter from a triple perspective: the one which entails material law, the one regarding procedural aspects and the one centered on provision of transitory law. We feel that the comparison to the old regulation is both useful and purposeful, as it turns out to be necessary by pointing out the legislative tendencies in this area. The conclusion is that the new regulations bring about a larger area of possibilities acknowledged to the spouses of splitting common goods.

**Keywords:** partition, community regime, common goods, own goods.

### § 1. Aspecte introductive

Art. 358 C. civ.<sup>1</sup> permite partajarea bunurilor comune în timpul căsătoriei, în următoarele condiții:

„(1) În timpul regimului comunității, bunurile comune pot fi împărțite, în tot sau în parte, prin act încheiat în formă autentică notarială, în caz de bună învoială, ori pe cale judecătorească, în caz de neînțelegere.

(2) Prevederile art. 357 alin. (2)<sup>2</sup> se aplică în mod corespunzător.

---

<sup>1</sup> Legea nr. 287/2009, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>2</sup> Conținutul normativ al art. 357 alin. (2) C. civ. este următorul: „În acest scop, se determină mai întâi cota-parte ce revine fiecărui soț, pe baza contribuției sale atât la dobândirea bunurilor comune, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune. Până la proba contrară, se prezumă că soții au avut o contribuție egală”.

(3) Bunurile atribuite fiecărui soț prin partaj devin bunuri proprii, iar bunurile neîmpărțite rămân bunuri comune.

(4) Regimul comunității nu încetează decât în condițiile legii, chiar dacă toate bunurile comune au fost împărțite potrivit acestui articol”.

O primă observație pe care o aducem este aceea că textul legal citat nu este o noutate radicală față de legislația anterioară. Astfel, Codul civil actual a menținut posibilitatea împărțirii bunurilor comune în timpul căsătoriei, fiind însă, mai puțin restrictiv decât Codul familiei<sup>3</sup>. De altfel, vechile norme din Codul familiei sunt considerate<sup>4</sup> a fi „reguli ce nu mai corespundeau unei societăți în care acumularea personală de bunuri devine deziderat social”.

Se apreciază<sup>5</sup> că redactorii Codului familiei au promovat, în condiții restrictive, posibilitatea soților de a pune capăt devălmășiei dintre ei, în timpul căsătoriei, fundamentat tocmai pe temerea că o eventuală împărțeală a bunurilor comune ar fi condus, de fapt, la încetarea comunității.

Astfel, în lumina Codului familiei, bunurile comune, în întregime sau numai o parte dintre ele, se puteau împărți, pentru motive temeinice, numai prin hotărâre judecătorească.

La nivel comparativ, diferențele dintre vechea și actuala normă în materie, rezidă sub următoarele aspecte:

- *Codul civil în vigoare nu mai condiționează admisibilitatea acțiunii de partaj, în timpul comunității, de dovada unor motive temeinice.* Soluția adoptată de Codul civil este justificată de aceea că potrivit noilor reglementări în materia regimurilor matrimoniale, regimul comunității legale dintre soți poate înceta prin alegerea altui regim matrimonial sau prin modificarea acestuia, în timpul căsătoriei<sup>6</sup>.

Astfel, sub imperiul Codului familiei împărțirea bunurilor comune în timpul căsătoriei era admisă doar în mod excepțional<sup>7</sup>, un examen jurisprudențial și de doctrină<sup>8</sup> arătând că erau socotite a fi motive temeinice pentru obținerea unui atare partaj: “abandonarea forțată a domiciliului comun de unul dintre soți din cauza relexelor tratamente care erau aplicate de celălalt soț; alungarea unui soț de celălalt soț din locuința comună, ceea ce a determinat lăsarea bunurilor comune la domiciliul soților și utilizarea lor exclusiv de soțul care a rămas în locuința comună; necesitatea partajării în scopul ca unele bunuri să revină unuia dintre soți pentru ca acesta să le poată înstrăina din lipsă de mijloace

---

<sup>3</sup> Legea nr. 4/1953, republicată în B. Of. nr. 13 din 18 aprilie 1956, în prezent abrogată prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

<sup>4</sup> O. Ghită, R.G. Albăstroiu, *Dreptul familiei. Regimuri matrimoniale. Sinteze. Teste grilă*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 66.

<sup>5</sup> M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 294.

<sup>6</sup> I. Nicolae, *Dreptul familiei în context național și în raporturile de drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, 2014, p. 159.

<sup>7</sup> A fost identificată, prin cercetarea jurisprudenței, (a se vedea, în acest sens, M. Avram, *op. cit.*, p. 295), extinderea posibilității de partajare în timpul comunității, prin aplicarea legislației speciale, socotindu-se că partajul bunurilor comune poate fi cerut și în cazul confiscării speciale, ca măsură de siguranță dispusă potrivit Codului penal, precum și în cadrul contestației la executare, promovată în condițiile Codului de procedură civilă, respectiv în condițiile Codului procesual fiscal.

<sup>8</sup> G.C. Frențiu, *Comentariile Codului civil. Familia*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 235 și 236.

financiare și ajuta în acest mod copilul dintr-o căsătoriei anterioară; conduita unuia dintre soți de a vinde bunurile comune fără consimțământul celuilalt soț, care a părăsit domiciliul comun; întreținerea de unul dintre soți a relațiilor de concubinaj, după separarea soților în fapt și utilizarea unor bunuri comune, existând astfel pericolul irosirii acestora”.

În prezent, împărțirea bunurilor comune în timpul comunității poate fi cerută și în cazul în care interesele unuia dintre soți susțin partajul, exemplificările oferite de doctrină<sup>9</sup> referindu-se la situația în care unul dintre soți înstrăinează sau distruge bunurile comune rămase în posesia sa sau le ascunde cu intenția de a și le însuși, respectiv dacă unul dintre soți, după despărțirea în fapt, înstrăinează sau degradează bunurile comune.

- *În vechea reglementare, împărțirea bunurilor comune în timpul căsătoriei se putea realiza numai prin hotărâre judecătorească, în schimb, în prezent, acest partaj se poate realiza și amiabil, prin intermediul unui act încheiat în formă autentică, doar în caz de neînțelegere apelându-se la instanță.*

## **§ 2. Despre aplicabilitatea normelor de drept material în materia partajului realizat în timpul comunității**

Lectura și interpretarea textului legal de la art. 358 C. civ. ne prilejuiește următoarele concluzii:

1) În acord cu observațiile aduse de doctrina juridică<sup>10</sup> susținem și noi că libertatea conferită soților, în această materie, prin dispozițiile Codului civil, trebuie exercitată în conformitate cu respectarea principiilor generale de drept civil. Așadar, cererea de partaj nu poate fi una discreționară, ci trebuie circumscrisă „cerințelor bunei-credințe, să fie în acord cu ordinea publică și cu bunele moravuri, ca limite generale în care poate fi exercitat oricare alt drept, conform art. 14 C. civ. Drept urmare, cererea de partaj nu este admisibilă atunci când, spre exemplu, un soț o promovează în scopul de a-l șicana pe celălalt soț ori în situația în care, prin actul de partaj, soții urmăresc fraudarea intereselor creditorilor comuni prin reducerea masei bunurilor comune în devălmășie”.

2) În ciuda topografiei prevederilor art. 358 (ne referim la plasarea acestor dispoziții în cadrul Secțiunii a 2-a „Regimul comunității legale”), acest text de lege devine aplicabil atât în cazul regimului matrimonial al comunității legale, cât și în cel al comunității convenționale<sup>11</sup>, deci este aplicabil exclusiv partajului bunurilor comune în devălmășie<sup>12</sup>. Reținem așadar că regula conținută de art. 358 C. civ. nu este aplicabilă în ipoteza celor căsătoriți sub regimul matrimonial al separației de bunuri<sup>13</sup>. În atari condiții, în literatura de specialitate<sup>14</sup> s-a înaintat propunerea ca prevederile pe care le

<sup>9</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hăgeanu, *Dreptul familiei. ed. a VII-a. În reglementarea noului Cod civil*, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 124.

<sup>10</sup> T. Bodoască, A. Drăghici, *Partajul bunurilor comune în devălmășie în timpul regimurilor matrimoniale de comunitate*, în *Dreptul nr.4/2014*, p. 48.

<sup>11</sup> T. Bodoască, A. Drăghici, *op. cit.*, p. 42 și 43.

<sup>12</sup> Potrivit art. 339 raportat la art. 367 și 368 Cod civil, în cadrul regimurilor matrimoniale de comunitate, soții detin bunurile comune în devălmășie.

<sup>13</sup> T. Bodoască, A. Drăghici, *op. cit.*, p. 42.

<sup>14</sup> *Idem*.

analizăm să devină incidente și în cazul partajului bunurilor comune pe cote-părți ale soților în timpul regimului separației de bunuri.

3) Aceste bunuri comune pot fi împărțite doar în măsura necesității, nefiind obligatorie o împărțire totală a acestora; prin urmare acest partaj poate fi total sau parțial.

4) La împărțirea bunurilor comune se aplică dispozițiile art. 357 alin. (2) C. civ., potrivit cărora „se determină mai întâi cota-parte ce revine fiecărui soț, pe baza contribuției sale atât la dobândirea bunurilor comune, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune. Până la proba contrară, se prezumă că soții au avut o contribuție egală”. Așadar, în favoarea soților operează prezumția relativă a contribuției egale a acestora la dobândirea bunurilor comune, prezumția care poate fi răsturnată prin administrarea probei contrare. Pentru stabilirea cotelor fiecărui soț au fost centralizate de doctrina juridică<sup>15</sup> următoarele criterii de care urmează a se ține seama: “veniturile realizate de fiecare dintre soți, munca depusă de soți în gospodărie și pentru creșterea copiilor, durata separației în fapt a soților, conduita risipitoare a unuia dintre soți”.

5) În raport de cele edictate la alin. (3) și (4) ale art. 358 C. civ. se conturează concluzia că regimul comunității nu încetează decât în condițiile legii<sup>16</sup>, chiar dacă toate bunurile comune au fost împărțite în timpul căsătoriei<sup>17</sup>; de asemenea, nu se schimbă nici regimul matrimonial, ci ca efect al partajului fiecare dintre soți devine proprietar exclusiv al bunurilor care i-au fost atribuite, momentul de la care se produce acest efect fiind diferit funcție de felul partajului – de la data stabilită în actul de partaj, dar nu mai devreme de data încheierii acestuia, în cazul partajului voluntar, respectiv de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești, în cazul partajului judiciar, în acord cu dispozițiile art. 680 C. civ.<sup>18</sup>. Prin urmare, „bunurile care vor fi dobândite după partaj sunt supuse regimului comunității legale, devenind, după caz, bunuri comune sau bunuri proprii”<sup>19</sup>.

6) Se reține<sup>20</sup> formularea impersonală întrebuințată de legiuitor în art. 358, consecința admisă fiind aceea că partajul poate fi solicitat de soți, dar și de alte persoane, cum ar fi creditorii personali ai oricăruia dintre soți. Drept urmare, pentru ipoteza în care partajul bunurilor comune, în timpul comunității, este solicitat de creditorii personali ai unuia dintre soți, se vor aplica prevederile art. 358 C. civ. coroborate cu art. 353 alin. (2) C. civ.<sup>21</sup>, care dispun: „Cu toate acestea, după urmărirea bunurilor proprii ale

---

<sup>15</sup> G. C. Frențiu, *op. cit.*, p. 233 și 234.

<sup>16</sup> Potrivit art. 319 Cod civil, „regimul matrimonial încetează prin constatarea nulității, anularea, desfacerea sau încetarea căsătoriei. În timpul căsătoriei, regimul matrimonial poate fi modificat, în condițiile legii”.

<sup>17</sup> În acest sens și L. Cetean-Voiculescu, *Dreptul familiei. Note de curs și manual de seminar. Conform noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 98.

<sup>18</sup> E. Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea NCC. ed. a IV-a*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. 297.

<sup>19</sup> C.M. Nicolescu, Comentariu (la art. 358 Cod civil), în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2.664* (coordonatori Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei), Ed. C.H. Beck, 2012, p. 380.

<sup>20</sup> T. Bodoască, A. Drăghici, *op. cit.*, p. 48.

<sup>21</sup> Corespondent în vechea reglementare – art. 33 Codul familiei.

soțului debitor, creditorul său personal poate cere partajul bunurilor comune, însă numai în măsura necesară pentru acoperirea creanței sale”.

Pentru a obține aplicarea celor două texte de lege, mai sus citate, doctrina<sup>22</sup> relevă necesitatea îndeplinirii următoarelor condiții:

- “creditorul personal al unuia dintre soți să fi urmărit, în prealabil, bunurile proprii ale debitorului său, ceea ce înseamnă că această acțiune are un caracter subsidiar;
- bunurile proprii ale soțului debitor să se fi dovedit neîndestulătoare pentru acoperirea creanței sale;
- obiectul acțiunii creditorului să îl constituie bunurile comune ale soților, însă numai în măsura acoperirii creanței sale”.

De altfel, art. 353 C. civ. este considerat a fi o aplicare a principiului potrivit căruia “existența proprietății comune asupra bunurilor urmărite poate constitui un impediment temporar în realizarea executării silite.[...] Drept urmare, executarea nu se poate realiza mai înainte de împărțirea bunurilor proprietate comună”<sup>23</sup>. Totodată, se apreciază<sup>24</sup> că “împărțirea bunurilor proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie poate fi dispusă, astfel cum prevede în mod expres art. 711 alin. (4) NCPC, și în cadrul soluționării contestației la executare”.

7) Fiind vorba despre un partaj, se ridică și problema aplicabilității prevederilor de drept substanțial conținute de art. 669-686 C. civ., față de care literatura de specialitate înregistrează o acceptare fără rezerve, mai puțin opinia nuanțată<sup>25</sup> potrivit căreia „art. 669-686 C. civ. ar putea fi incidente numai în cele situații în care, în timpul comunității legale sau convenționale, se pune problema partajului dreptului de proprietate comună a soților asupra diverselor lucruri. În schimb, dacă obiectul partajului privește alte drepturi reale sau diverse drepturi de creanță comune, art. 669-686 C. civ. nu-și găsesc aplicabilitatea, fiindcă, pur și simplu *exceptio est strictissimae interpretationis*”.

Legat de aplicarea dreptului material comun, în materie de partaj, devin relevante regulile privitoare la modul de împărțire ce se regăsesc la art. 676 C. civ., după cum urmează: „(1) Partajul bunurilor comune se va face în natură, proporțional cu cota-parte a fiecărui coproprietar.

(2) Dacă bunul este indivizibil ori nu este comod partajabil în natură, partajul se va face în unul dintre următoarele moduri:

a) atribuirea întregului bun, în schimbul unei sulțe, în favoarea unuia ori a mai multor coproprietari, la cererea acestora;

b) vânzarea bunului în modul stabilit de coproprietari ori, în caz de neînțelegere, la licitație publică, în condițiile legii, și distribuirea prețului către coproprietari proporțional cu cota-parte a fiecăruia dintre ei”.

---

<sup>22</sup> M. Avram, *op. cit.*, p. 298.

<sup>23</sup> I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Art. 1-1.133*, ed. a I-a, Ed. C.H. Beck, 2013 – în baza de date Legalis.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> T. Bodoască, A. Drăghici, *op. cit.*, p. 44.

### § 3. Aspecte de drept procedural privind partajul realizat în timpul comunității

Astfel cum am avut ocazia a arăta mai sus, modalitatea de împărțire a bunurilor comune în timpul căsătoriei este similară celei care intervine la încetarea comunității.

Atunci când soții se înțeleg, forma în care se realizează partajul este cea a actului încheiat în formă autentică, la notarul public. În caz de neînțelegeri, dar și atunci când unul dintre soți dorește partajarea bunurilor comune în timpul comunității, iar celălalt se opune, partajul poate fi realizat de instanța de judecată, procedural devenind incidente dispozițiile art. 979-995 C. pr. civ.<sup>26</sup>, dar și cele ale art. 94 pct. 1 lit. i) C. pr. civ. care atribuie competența materială de soluționare a unor astfel de cereri judecătorești, indiferent de valoarea masei partajabile. Nimic nu exclude, în schimb, ca părțile să împartă aceste bunuri prin bună învoială și în fața instanței, urmând să înfățișeze, în acest sens, contractul de tranzacție instanței.

Prin procedura partajului judiciar se înțelege<sup>27</sup> „ansamblul regulilor prevăzute de lege care trebuie respectate cu prilejul soluționării cererilor care au ca obiect sistarea stării de coproprietate”.

Cererea adresată instanței, va cuprinde<sup>28</sup> pe lângă mențiunile obișnuite oricărei cereri de chemare în judecată, persoanele între care urmează a avea loc partajul, titlul pe baza căruia acesta este cerut, toate bunurile supuse partajului, valoarea lor, locul unde acestea se află, precum și persoana care le deține sau le administrează.

În vederea realizării partajului, instanța va stabili bunurile supuse împărțelii, calitatea de coproprietar, cota-parte ce se cuvine fiecăruia și creanțele născute din starea de proprietate comună pe care coproprietarii le au unii față de alții<sup>29</sup>.

Ulterior stabilirii contribuției soților la dobândirea bunurilor comune ce urmează a se împărți, instanța va proceda la partajarea în natură prin formarea de loturi și atribuirea lor. În cazul în care loturile nu sunt egale ca valoare, ele se întregesc printr-o sumă de bani, denumită sultă. Dacă pentru formarea loturilor sunt necesare operațiuni de măsurare, respectiv de evaluare, instanța va dispune efectuarea unei expertize în respectiva cauză. La formarea loturilor și atribuirea acestora, instanța este ținută de criteriile legale indicate în art. 987 C. pr. civ., adică de: acordul părților, mărimea cotei-părți ce se cuvine fiecăruia din masa bunurilor de împărțit, natura bunurilor, domiciliul și ocupația părților etc.

Potrivit art. 994 C. pr. civ. hotărârea de partaj are efect constitutiv, iar odată rămasă definitivă constituie titlu executoriu și poate fi pusă în executare chiar dacă nu s-a cerut predarea efectivă a bunului ori instanța nu a dispus în mod expres această predare.

---

<sup>26</sup> Adoptat prin Legea nr. 134/2010, republicată în M. Of. nr. 545 din 3 august 2012, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>27</sup> I. Leș, *op. cit.*, în baza de date Legalis.

<sup>28</sup> În conformitate cu art. 980 C. pr. civ.

<sup>29</sup> Potrivit art. 983 alin. (1) C. pr. civ.



#### § 4. Dispoziții de drept tranzitoriu în domeniu

Pentru tratarea aspectelor temporale, urmează să ne raportăm la prevederile Legii nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil<sup>30</sup>, în cadrul căreia identificăm art. 36 ca fiind incident pentru problematica tratată de noi. Astfel, reținem că:

„(1) Dispozițiile art. 358 din Codul civil sunt aplicabile și căsătoriilor în ființă la data intrării în vigoare a Codului civil, dacă actul de împărțire a bunurilor comune se încheie după această dată.

(2) În cazul cererilor de împărțire a bunurilor comune aflate în curs de judecată în primă instanță la data intrării în vigoare a Codului civil, instanța de judecată poate dispune împărțirea bunurilor comune în timpul căsătoriei, fără a mai fi necesară examinarea motivelor temeinice”.

Primul alineat constituie o aplicație a dispozițiilor art. 6 alin. (5) C. civ., conform cărora dispozițiile legii noi se aplică actelor și faptelor încheiate, sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare.

#### § 5. Remarci concluzive

Analiza noastră arată, odată în plus, că, sub semnul unui progres normativ, noul legiuitor a oferit soților o libertate lărgită<sup>31</sup>, aspectele de liberalizare pe care le-am subliniat în cele ce preced fiind: prerogativa de care se bucură soții de a solicita partajul în timpul comunității fără a mai fi condiționați de dovada existenței unor motive temeinice, respectiv posibilitatea acestora de a obține această partajare și pe calea actului autentic notarial, deci nu numai pe cale judecătorească.

De altfel, această libertate se dovedește a fi una firească, în acord cu nevoile oricărui cuplu de a-și stabili și adapta, după necesități, aspectele patrimoniale din timpul conviețuirii.

---

<sup>30</sup> Publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011, rectificată în M. Of. nr. 489 din 8 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare

<sup>31</sup> Astfel de concluzii se degajă și în literatura de profil străină - ne mărginim să indicăm aici sinteza realizată de profesorul universitar Michel Grimaldi în articolul „Les biens du couple”, publicat în Gazette du Palais, Edition spécialisée, vendredi 29-samedi 30 mars 2013, pasaje din această sinteză fiind publicate traduse în Pandectele române nr.7/2013, p.103-114, din care redăm aici: “Dintr-o primă examinare a situației cuplului, bunurilor și contractului, se degajă o tendință clară: cuplul dispune, astăzi, de o libertate contractuală lărgită care, asupra patrimoniilor altfel structurate sau compuse decât înainte, îi permite să își organizeze proprietatea și averea de-a lungul timpului, la formare, în timpul existenței și la dizolvare”.

# Particularitățile obligației legale de întreținere dintre părinți și copii

*Lector univ. dr. Andreea DRĂGHICI*

*Universitatea din Pitești  
Facultatea de Drept și Științe Administrative*

*Asistent univ. dr. Ramona DUMINICĂ\**

*Universitatea din Pitești  
Facultatea de Drept și Științe Administrative*



## The particularities of the parental obligation to financially support their children

### Abstract:

There is a legal obligation between parents and their children, represented by a specific duty, given its purpose, to ensure the material conditions necessary to fulfill their role in the raising, education and professional training of the child. This is also seen as the most important obligation, given a high number of legal suits brought before the courts involve this very obligation.

In this context, the present article seeks to analyse the legal stipulations and the judicial practice in this field, by highlighting the new elements in the current regulation.

**Keywords:** financial support giver, financial support receiver, the object of financial support, the quantum of support.

### § 1. Considerații introductive

Nici Codul Familiei și nici actuala reglementare nu dau o definiție expresă obligației legale de întreținere, limitându-se doar la prezentarea condițiilor în care aceasta se

---

\* Cercetător postdoctoral, Universitatea „Titu Maiorescu”, București. Contribuția mea la elaborarea acestei lucrări a fost finanțată din Contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

datorează și se primește; persoanele între care ia naștere această obligație și implicit ordinea în care se datorează, precum și anumite aspecte legate de data și modalitatea de executare.

Pornind de la precizările legale, în doctrina de specialitate au fost formulate mai multe definiții privitoare la această obligație, toate punând accentul pe ceea ce legea precizează în mod expres<sup>1</sup>.

În acest sens, putem afirma că, obligația legală de întreținere este o sarcină stabilită de lege între anumite categorii de persoane (legate sau nu prin rudenie) în scopul de a asigura la nevoie existența acestora. Succint, s-a afirmat că „obligația legală de întreținere este una dintre îndatoririle elementare de solidaritate familială”<sup>2</sup>.

Și în doctrina franceză se regăsește aceeași idee esențială conform căreia obligația legală de întreținere se bazează pe solidaritatea dintre membri familiei, fiind o obligație alimentară care incumbă unei persoane care dispune de resurse suficiente și care furnizează unei alte persoane, aflate în nevoie, ceea ce îi este necesar pentru a trăi<sup>3</sup>. Totodată, doctrina franceză face diferența între obligația de întreținere și pensia alimentară. Astfel, prima constă în îndatorirea naturală a părinților care trăiesc împreună (legați prin căsătorie sau concubinaj) de a contribui în mod egal la creșterea copiilor lor, în vreme ce cea de-a doua constă în prestația de natură financiară pe care un părinte este obligat legal să o execute atunci când părinții nu mai trăiesc împreună. Cu alte cuvinte, prima se execută în natură, în vreme ce cea de-a doua se execută în bani<sup>4</sup>. Se susține, de asemenea, că această îndatorire legală este fundamentată pe solidaritatea și afecțiunea ce trebuie să existe între persoane legate prin rudenie de sânge sau rudenie civilă ori între care nu există o astfel de legătură dar urmare a aceleiași afecțiuni ori a traiului îndelungat împreună, aceste relații sunt asimilate legăturilor de familie.

Prin reglementarea expresă a obligației legale de întreținere dintre părinți și copii în succesiunea istorică a dispozițiilor legale (Codul civil de la 1864<sup>5</sup>, Codul familiei<sup>6</sup> și actualmente Codul civil<sup>7</sup>), legiuitorul român subliniază importanța funcțiilor familiei și interesul general al societății de a ocroti familia<sup>8</sup> și, în special copii.

---

<sup>1</sup> I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. All, București, 1996, p. 413; Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hăgeanu, *Dreptul familiei*, ed. a VII-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 264.

<sup>2</sup> I. Dogaru, *Întreținerea – drept și obligație legală*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 1978, p. 15; I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *Întreținerea în contextul drepturilor fundamentale*, Ed. Themis, Craiova, 2001, p. 53.

<sup>3</sup> P. Courbe, *Droit de la famille*, 3<sup>ed.</sup>, Éditeur Dalloz, Paris, 2003, p. 425.

<sup>4</sup> G. Cornu, *Droit civil. La famille*, Éditeur Montchrestien, Paris, 2006, p. 213.

<sup>5</sup> Publicat în M. Of. nr. 271 din 4 decembrie 1864, pus în aplicare la 1 decembrie 1965 (abrogat).

<sup>6</sup> Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1954 publicată în B. Of. nr. 13 din 18 aprilie 1956 (abrogată expres prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009).

<sup>7</sup> Legea nr. 287/2009, publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, modificată prin Legea nr. 60/2012 și prin Legea nr. 138/2014.

<sup>8</sup> Și în dreptul românesc vechi sunt întâlnite referințe exprese privitoare la obligația de întreținere și cu atât mai mult a relațiilor dintre membri acesteia. Astfel, Legiuirea Caragea de la 1818 din Țara Românească prevedea: „după despărțirea căsătoriei să fie dator tatăl să poarte de grijă pentru hrana copiilor, iar de va fi el fără stare și mama în bună stare, să fie mama datoare”. Contemporan cu Legiuirea Caragea, Codul Calimah din Moldova de la 1817 face și el referiri la întreținere, astfel că se arată că „tatăl mai ales este îndatorit a se îngriji pentru hrana copiilor, până ce vor veni în vârstă de a se hrăni de sineși, iar mama pentru nevătămarea trupului și sănătății lor”.

În prezent, obligația legală de întreținere dintre părinți și copii este reglementată în Codul civil atât în cadrul capitolului consacrat autorității părintești, mai exact prin dispozițiile art. 499, stabilindu-se în alin. (1) că „tatăl și mama sunt obligați, în solidar, să dea întreținere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională”, dar și prin art. 500, art. 510, art. 516 alin. (1) teza a II-a, art. 525 și art. 529 din același cod.

## § 2. Problema unității sau diversității obligației legale de întreținere dintre părinți și copii

În literatura de specialitate dezvoltată sub imperiul Codului familiei, s-a pus problema unității sau diversității obligației legale de întreținere dintre părinți și copii, conturându-se două puncte de vedere distincte.

Într-o opinie<sup>9</sup> s-a arătat că între părinți și copii există două obligații legale de întreținere diferite: prima fiind aceea dintre părinți și copiii lor minori, iar cea de-a doua între părinți și copiii lor majori, fiind aduse următoarele argumente în susținerea acestui punct de vedere:

- starea de nevoie a copilului se interpretează distinct, după cum el este minor sau este major. Copilul minor este în nevoie dacă nu are venituri din muncă, indiferent dacă are sau nu bunuri care ar putea fi vândute. Copilul major se găsește în nevoie dacă nu are nici venituri din muncă, nici bunuri care ar putea fi vândute pentru procurarea sumelor necesare întreținerii;

- copilul, cât timp este minor, are drept la întreținere de la ascendentul său, fără a se cere condiția incapacității de a munci;

- obligația de întreținere dintre părinți și copiii minori are un caracter unilateral, în timp ce obligația de întreținere dintre părinți și copiii majori are caracter reciproc.

Într-o a doua opinie<sup>10</sup>, s-a susținut că între părinți și copii există o singură obligație legală de întreținere, invocându-se următoarele considerente:

- afirmația că obligația de întreținere dintre părinți și copiii lor majori se bazează exclusiv pe legătura de rudenie nu este corectă întrucât, în unele cazuri, această obligație se fundamentează și pe anumite relații asimilate celor de rudenie;

- obligația de întreținere dintre părinți și copii fiind reciprocă, a accepta opinia în conformitate cu care între părinți și copii există două obligații de întreținere înseamnă că părinții sunt în același timp debitori ai unei obligații de întreținere și creditorii într-o altă asemenea obligație;

- a susține că obligația de întreținere între părinți și copiii lor minori nu are caracter reciproc, care ar exista doar în cazul copiilor majori, înseamnă a nu se ține seama de prevederile legale exprese<sup>11</sup> conform cărora „Părintele nu are niciun drept asupra

<sup>9</sup> I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 465.

<sup>10</sup> T.R. Popescu, *Caracterul reciproc al obligației de întreținere dintre părinți și copiii minori*, L.P. nr. 10/1958, pp. 15-22; I. Dogaru, *op. cit.*, pp. 170-176; Al. Bacaci, *Raporturile patrimoniale în dreptul familiei*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 199; Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hăgeanu, *op. cit.*, 2012, p. 282; E. Florian, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 388 și 389; C. Hăgeanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 316 ș.a.

<sup>11</sup> Art. 106 Codul familiei, respectiv art. 500 din C. civ. în vigoare.

bunurilor copilului și nici copilul asupra bunurilor părintelui, în afară de dreptul la moștenire și la întreținere”. Corelând această dispoziție cu caracterul reciproc al vocației succesoriale, se desprinde concluzia că și obligația de întreținere este reciprocă<sup>12</sup>.

Controversa continuă să existe și în doctrina<sup>13</sup> ce se conturează în materie după intrarea în vigoare a Codului civil, punctul de plecare, constituindu-l tot importanța deosebită ce se atribuie fundamentului acestei obligații.

Astfel, pe de-o parte, pentru copilul major temeiul obligației legale de întreținere îl constituie ideea de procreație (după unii – ideea de filiație), iar, pe de altă parte, pentru copilul major aflat în nevoie fundamentul obligației legale de întreținere îl reprezintă legătura de rudenie. În aceste condiții, diversitatea de fundamente ar antrena diversitatea obligațiilor de întreținere<sup>14</sup>.

În ce ne privește, alături de alți autori<sup>15</sup>, considerăm că suntem în prezența unei obligații legale de întreținere unice, fără a nega existența unor particularități rezultate din natura persoanelor între care se naște. Fondul acestei obligații este unic și rezultă din scopul obligației (asigurarea de mijloace de subzistență unei persoane aflate în nevoie din cauza incapacității de a munci), din variabilele în raport cu care obligația se află în stare latentă sau intră în acțiune și din unitatea caracterelor juridice indiferent de persoanele între care există. De asemenea, temeiul obligației de întreținere între părinți și copii este același indiferent de vârsta copilului, întrucât atingerea vârstei majoratului nu poate modifica decât anumite aspecte, ca starea de nevoie a copilului sau posibilitățile sale materiale, însă nu înlătură filiația și nici nu o transformă într-o simplă legătură de familie.

### § 3. Creditorii și debitorii obligației

Referitor la persoanele între care se naște această obligație, din dispozițiile legale în vigoare<sup>16</sup> rezultă că obligația de întreținere există între părinți și copii minori ori copii majori până la împlinirea vârstei de 26 de ani, dar doar dacă se află în continuarea studiilor.

Orice copil este creditor al obligației de întreținere din partea părinților indiferent că este din căsătorie, din afara căsătoriei sau din adopție.

În cazul copilului din căsătorie, acesta are dreptul la întreținere din partea ambilor părinți, însă problema plății unei pensii de întreținere se ridică doar în contextul în care părinții sunt despărțiți în fapt sau divorțați. Într-o asemenea situație, părintele la care nu locuiește minorul își va îndeplini obligația de întreținere prin plata unei sume de bani. De asemenea, părintele din afara căsătoriei este obligat la întreținere cu condiția stabilirii

---

<sup>12</sup> Pentru caracterul reciproc al obligației legale de întreținere dintre părinți și copii, a se vedea și: I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 253.

<sup>13</sup> Pentru opinia potrivit căreia suntem în prezența a două obligații distincte, a se vedea: D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 450.

<sup>14</sup> În același sens, a se vedea: I. Dogaru, *op. cit.*, p. 174.

<sup>15</sup> Al. Bacaci, *op. cit.*, p. 199; Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hăgeanu, *op. cit.*, 2012, p. 282; E. Florian, *op. cit.*, p. 388 și 389; C. Hăgeanu, *op. cit.*, p. 316 ș.a.

<sup>16</sup> Art. 516 alin. (1), art. 499 alin. (1) și (3) și art. 525 alin. (1) din C. civ.

filiației față de el. Instanța de judecată are obligația de a se pronunța din oficiu asupra pensiei de întreținere, acordând-o de la data introducerii acțiunii dacă prin cererea de stabilire a paternității sau prin cea de divorț nu a fost pretinsă.

Aceleași sunt regulile și în cazul copilului adoptat. Având în vedere că prin adopție încetează rudenția firească, va înceta și obligația de întreținere între adoptat și rudele sale firești, născându-se obligația între adoptat și rudele sale din adopție<sup>17</sup>. Ca atare, debitor al obligației de întreținere va fi adoptatorul, iar nu părintii firești, cu excepția situației în care adoptatorul este soțul părintelui firească al adoptatului, ipoteză în care ambii vor presta întreținere față de copilul lor minor. Categorical, dacă are loc desfacerea adopției sau se constată nulitatea ori este anulată adopția, părinții firești ai copilului vor redeveni debitori ai obligației de întreținere față de copilul lor.

Conform art. 510 C. civ. decăderea din exercitiul drepturilor părintești nu scutește părintele de obligația sa de a da întreținere copilului. Această soluție a fost conturată la nivel doctrinar și jurisprudențial<sup>18</sup> înainte de intrarea în vigoare a Codului civil, arătându-se că decăderea din drepturile părintești antrenează stingerea drepturilor părintelui, însă nu și a drepturilor copilului față de părintele său ceea ce înseamnă că se mențin obligațiile părinților corelative acestor drepturi.

Spre deosebire de reglementarea din Codul familiei potrivit căreia în cazul copiilor minori nu se impunea ca aceștia să se afle în stare de nevoie determinată de incapacitatea de a munci pentru a beneficia de întreținere din partea părinților, ci starea lor de nevoie se prezuma prin simplul fapt al minorității lor, actuala reglementare îi acordă minorului dreptul la întreținere numai în măsura în care acesta nu are putința de a se întreține din munca sa, așa cum rezultă din art. 525 alin. (1) C. civ.: “Minorul care cere întreținere de la părinții săi se află în nevoie dacă nu se poate întreține din munca sa, chiar dacă ar avea bunuri”.

Totodată, legiuitorul civil stabilește expres prin art. 499 alin. (1) că: “Tatăl și mama sunt obligați, în solidar, să dea întreținere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională”, iar alin. (2) al aceluiași articol prevede că: “Dacă minorul are un venit propriu care nu este îndestulător, părinții au obligația de a-i asigura condițiile necesare pentru creșterea, educarea și pregătirea sa profesională”. Prin urmare, în cazul în care minorul are venituri proprii suficiente, părinții sunt scutiți de obligația de a acorda întreținere minorului. Mai mult, s-a susținut<sup>19</sup> faptul că el poate fi chiar obligat la întreținere în favoarea părinților dacă aceștia sunt în nevoie.

Veniturile proprii ale copilului minor pot să provină din munca prestată în baza unui contract individual de muncă, începând cu vârsta de 16 ani sau de la 15 ani, cu acordul părinților sau al reprezentanților legali, pentru activități potrivite cu dezvoltarea fizică, aptitudinile și cunoștințele sale, dacă astfel nu îi sunt periclitată sănătatea,

---

<sup>17</sup> O. Ghită, R.G. Albăstroi, *Dreptul familiei. Regimuri matrimoniale. Sinteze, Teste grilă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 165-168.

<sup>18</sup> Curtea Supremă de Justiție, sect. civ., dec. civ. nr. 3876/1996, BJ Baza de date, în D. Tițian, A. Constantin, M. Cârstea, *Codul familiei adnotat*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 353.

<sup>19</sup> I. Dogaru, *op. cit.*, p. 201 și 202; Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hăgeanu, *op. cit.*, 2012, p. 283.

dezvoltarea și pregătirea profesională<sup>20</sup>, din bursele de studiu ori din valorificarea unor aptitudini personale în domenii precum cel muzical, al artelor plastice, sportiv sau din alte activități asemănătoare.

Dacă însă veniturile minorului nu sunt suficiente, atunci părinții sunt datori să completeze întreținerea lui. Într-o asemenea ipoteză minorul trebuie să facă dovada stării de nevoie rezultată din insuficiența propriilor venituri.

În principiu, având în vedere independența patrimonială dintre părinți și copii<sup>21</sup> caracterul personal al obligației de întreținere, îndatorirea de creștere ce rezultă din exercitarea autorității părintești și necesitatea protejării patrimoniului minorului, părinții nu pot apela la vânzarea bunurilor proprii ale copilului, exceptând cazul la care se referă art. 525 alin. (2) C. civ., respectiv atunci când părinții n-ar putea presta întreținerea fără a-și pune în pericol propria lor existență. În acest din urmă caz, instanța de tutelă poate încuviința ca întreținerea să se asigure prin valorificarea bunurilor pe care minorul le are, cu excepția celor de strictă necesitate.

Prin această modalitate de reglementare a dreptului minorului la întreținere, legiuitorul a urmărit garantarea unui echilibru între nevoile de trai ale părinților și cele ale minorului. Însă, în ce ne privește, considerăm mult prea restrictive aceste dispoziții întrucât aduc atingere principiului independenței patrimoniale dintre părinți și copii, dar și exercitării autorității părintești. În consecință, apreciem că în cazul minorului care are un oarecare patrimoniu sau un câștig din munca proprie, obligația părinților de a-l întreține nu ar trebui să înceteze. Din punctul nostru de vedere, vechea reglementare, potrivit căreia starea de nevoie a minorului se prezuma prin simplul fapt al minorității acestuia, era mult mai potrivită.

În ce privește copilul major, *de lege lata*, acesta are drept la întreținere din partea părinților pe durata studiilor, fără a depăși însă vârsta de 26 de ani. Această soluție consacrată de legiuitor prin art. 499 alin. (3) C. civ. a fost exprimată constant în jurisprudența dezvoltată sub imperiul Codului familiei. Aceste noi dispoziții au fost deja puse în practică, pronunțându-se numeroase hotărâri în această materie<sup>22</sup> după intrarea în vigoare a Codului civil. Și legislația franceză promovează aceeași soluție în această privință<sup>23</sup>.

Descendentul major are dreptul la întreținere, chiar dacă la împlinirea vârstei de 18 ani nu se afla în continuarea studiilor, plata întreținerii, fiind sistată în acest moment, deoarece dreptul său renaște odată cu reluarea studiilor și se va întinde pe toată perioada acestora, dar nu și după împlinirea vârstei de 26 de ani<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Pentru capacitatea juridică a persoanei care urmează a fi încadrată în muncă, a se vedea: C. Nenu, *Contractul individual de muncă*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 29; A. Dascălu (Puran), *Regimul juridic al răspunderii disciplinare în cadrul raporturilor de muncă specifice*, Teză de doctorat, București, 2014, p. 37.

<sup>21</sup> Pentru principiul independenței patrimoniale dintre părinți și copii, a se vedea: O. Ghită, R.G. Albăstroi, *op. cit.*, p. 182.

<sup>22</sup> Judecătoria Bistrița, sect. civ., sent. nr. 11173 din 16 noiembrie 2012, nepublicată; Judecătoria Bistrița, sect. civ., sent. nr. 8409 din 7 septembrie 2012, nepublicată; Judecătoria Beclean, sent. civ. nr. 1128 din 14 septembrie 2012, nepublicată rezumate de G.C. Frențiu, *Dreptul familiei. Practică judiciară conform noului Cod civil. Jurisprudență CEDO*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 161-163.

<sup>23</sup> C. Renault Brahinsky, *Droit de la famille*, 2 éd., Gualino Éditeur, Paris, 2006, p.465.

<sup>24</sup> Din jurisprudența mai veche, a se vedea: Tribunalul Suprem, sect. civ., dec. 877/1989, în *Dreptul nr. 7/1993*, p. 93, iar din practica recentă, a se vedea: *Judecătoria Beclean, sent. civ. nr. 1128 din 14 septembrie 2012*, în Gabriela Cristina Frențiu, *op. cit.*, p. 161.

Întrucât legiuitorul nu face nicio distincție, se bucură de dreptul la întreținere până la atingerea vârstei prevăzute de lege atât majorul care urmează cursurile unei instituții de învățământ de stat, precum și cel care studiază în cadrul unei instituții private de învățământ autorizate sau nu<sup>25</sup> și indiferent de rezultatele obținute<sup>26</sup> sau dacă frecventarea cursurilor este obligatorie sau doar parțial obligatorie<sup>27</sup>. Totuși, dacă datorită studiilor pe care le frecventează copilul major are posibilitatea să obțină venituri, urmând cursuri la fără frecvență, nefiind obligat să meargă în fiecare zi la facultate, în practica judecătorească<sup>28</sup> s-a decis că acesta nu este îndreptățit la pensie de întreținere.

În schimb, considerentul că reclamantul urmează cursurile unei universități particulare și nu o formă de învățământ de stat nu poate fi reținut ca argument în sensul că părintele n-ar datora întreținere, deoarece izvorul obligației de întreținere îl reprezintă obligația de educare și instruire, indiferent de forma îmbrăcată de aceasta<sup>29</sup>.

În afara dreptului la întreținere a copilului minor și a celui major aflat în continuarea studiilor, legislația actuală consacră obligația legală de întreținere și între persoane care nu sunt legate între ele nici prin rudenie și nici prin adopție, respectiv recunoaște dreptul la întreținere și minorilor care nu au calitatea de copii firești ori adoptați. Este vorba despre minorul la a cărui întreținere a contribuit soțul părintelui firesc și despre minorul îndreptățit la întreținere în baza art. 518 C. civ. În anumite condiții, legiuitorul a elaborat în favoarea acestora un regim similar celui al descendenților firești ori adoptați.

Conform art. 517 alin. (1) C. civ.: „Soțul care a contribuit la întreținerea copilului celuilalt soț este obligat să presteze întreținere copilului cât timp acesta este minor, însă numai dacă părinții săi firești au murit, sunt dispăruți ori sunt în nevoie”. Din aceste dispoziții legale se desprind următoarele particularități ale obligației de întreținere în discuție<sup>30</sup>:

- întreținerea apare ca o continuare a contribuției pe care soțul părintelui firesc a prestat-o copilului minor până atunci;
- are un caracter subsidiar, deoarece soțul părintelui firesc este obligat numai dacă părinții firești ai copilului au murit, sunt dispăruți sunt ori în nevoie;
- obligația este datorată numai până la împlinirea majoratului copilului, chiar dacă după această dată copilul îndeplinește condițiile pentru acordarea ei;
- dispozițiile care reglementează această obligație au caracter imperativ;
- obligația devine reciprocă dacă copilul a fost întreținut de către soțul părintelui firesc pe o perioadă de cel puțin 10 ani.

---

<sup>25</sup> Tribunalul București, dec. nr. 409/1994, *Culegere de practică judiciară pe anii 1993-1997*, p. 207; ÎCCJ, S. civ., dec. nr. 3799 din 20 mai 2004, [www.scj.ro](http://www.scj.ro). În același sens, a se vedea: I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 272.

<sup>26</sup> Tribunalul Neamț, dec. civ. nr. 341/1971, în M. Abramovici, S. Munteanu, în RRD nr. 6/1972, p. 131; Tribunalul Olt, dec. civ. nr. 966/1971, în G. Turianu, M. Ionescu, în RRD nr. 3/1973, p. 136.

<sup>27</sup> Curtea de Apel Ploiești, dec. nr. 76/199, *Culegere de practică judiciară pe anul 1997*, p. 131.

<sup>28</sup> Tribunalul București, dec. nr. 1055/1993, *Culegere de practică judiciară pe anii 1993-1997*, p. 202 în C. Turianu, C. Turianu, *Dreptul familiei*, Ed. Press Mihaela S.R.L., București, 1999, p. 486.

<sup>29</sup> Curtea Supremă de Justiție, dec. nr. 1526/1992, în *Dreptul* nr. 7/1993, p. 93.

<sup>30</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 293; p. 284 și 285; I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 279-283.



De asemenea, cu privire la această obligație în literatura de specialitate s-a pus întrebarea dacă acest copil datorează întreținere față de părintele său vitreg și în situația în care acesta are copii firești. Opinia majoritară<sup>31</sup>, la care aderăm și noi este aceea că, având în vedere caracterul ei facultativ ce rezultă din modul de formulare a textului legal [art. 517 alin. (2) C. civ. prevede că el „poate fi obligat să dea întreținere (...)”], precum și caracterul subsidiar, instanța de judecată este cea care vă va putea obliga la întreținere pe copilul vitreg, dar numai atunci când copilul fireesc nu are mijloace sau acestea nu sunt suficiente pentru a acoperi nevoile părintelui său fireesc. O altă problemă pusă în discuție a fost aceea dacă în calculul celor 10 ani intră și perioada în care părintele vitreg a contribuit la întreținerea copilului, înainte ca părinții săi firești să fi murit, să fi dispărut sau să fi ajuns în nevoie. Punctul de vedere care ni se pare justificat<sup>32</sup> și care rezultă din interpretarea dispozițiilor legale este cel potrivit căruia în calculul termenului de 10 ani trebuie luată în considerare doar perioada în care părintele vitreg a întreținut singur minorul deoarece numai pentru această perioadă de timp întreținerea constituie o obligație imperativă de natură a da naștere și unui drept corelativ, respectiv acela de a primi la rândul său întreținere, deși considerente de echitate ar fi impus soluția contrară.

Prin art. 518 C. civ. preluat din legislația anterioară (art. 96 C. fam.) legiuitorul consacră obligația moștenitorilor persoanei care a fost ținută la întreținerea unui minor sau care i-a dat întreținere fără a avea obligația legală, de a continua întreținerea în măsura valorii bunurilor moștenite, dacă părinții minorului au murit, sunt dispăruți sau sunt în nevoie, însă numai cât timp cel întreținut este minor. Dacă sunt mai mulți moștenitori, obligația este solidară, fiecare dintre ei contribuind la întreținerea minorului proporțional cu valoarea bunurilor moștenite. Această prevedere reprezintă o excepție de la caracterul personal al obligației de întreținere și de la caracterul netransmisibil al acesteia, fiind de strictă interpretare.

Așadar, din textul legal rezultă următoarele trăsături<sup>33</sup> ale acestei obligații:

- debitorul obligației de întreținere este moștenitorul sau moștenitorii universali sau cu titlu universal ai celui care a acordat întreținere minorului fără a avea această obligație;
- are un caracter subsidiar, deoarece este datorată numai dacă părinții firești ai copilului au murit, sunt dispăruți, ori în nevoie;
  - obligația există numai pe timpul minorității copilului;
  - în cazul în care există mai mulți moștenitori, obligația este solidară;
  - este reglementată de norme imperative.

Justificarea acestui regim de favoare pentru minorii aflați în nevoie, care nu sunt nici descendenți firești și nici din adopție ai celui obligat la întreținere se găsește în profundul umanism ce caracterizează dreptul la întreținere, în ideea protejării deosebite a intereselor minorului, aceste interese fiind, de altfel, singurul numitor comun al tuturor cazurilor în care un astfel de regim de favoare este recunoscut de către lege. În toate cazurile în care legiuitorul recunoaște acest regim, obligația legală de întreținere se

---

<sup>31</sup> T.R. Popescu, *op. cit.*, vol. II, p. 212; Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 285 ș.a.

<sup>32</sup> I. Dogaru, *op. cit.*, p. 190; Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 285 ș.a.

<sup>33</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 286.

grefează, în general, nu pe starea de drept, ci pe situația de fapt în care, între creditorul și debitorul obligației de întreținere, au existat anterior relații de familie sau alte relații asemănătoare acestora<sup>34</sup>.

#### § 4. Caracterul complex al obiectului obligației de întreținere dintre părinți și copii

Un alt aspect ce particularizează obligația legală de întreținere între părinți și copii este reprezentat de obiectul întreținerii care, având în vedere nevoile speciale ale minorului sau ale copilului major aflat în continuarea studiilor, are un conținut cu mult mai complex<sup>35</sup> decât obligația de întreținere dintre celelalte categorii de persoane, putând cuprinde inclusiv asigurarea unui spațiu locativ<sup>36</sup>, lipsa unei locuințe făcând practic imposibilă îngrijirea unui copil.

Art. 499 alin. (1) C. civ. prevede că tatăl și mama sunt obligați să dea întreținere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională. Aceste prevederi trebuie corelate cu dispozițiile art. 487 din același cod potrivit cărora părinții au atât dreptul, dar și îndatorirea de a crește copilul, îngrijindu-se de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, însușirilor și nevoilor copilului. Aceștia sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia. În consecință, obligația de întreținere prestată de părinți față de copii se caracterizează printr-un conținut nu doar material, ci și moral.

Din perspectivă materială, părinții trebuie să asigure copilului mijloacele de trai – locuință, hrană, îmbrăcăminte, rechizite, uniformă școlară, să asigure accesul la asistență medicală etc., iar sub aspect moral, părinții trebuie să permită, să asigure și să susțină accesul copilului la sistemul de învățământ, atât cel general obligatoriu, cât și la cel liceal, sau pentru însușirea unor aptitudini ori deprinderea unei meserii, care să-l ajute pe copil ca, odată devenit major sau finalizate studiile superioare, să se întrețină singur. Totodată, se mai pot include participarea copilului, în cadrul școlii sau în afara acesteia, la diverse activități sociale, educative, programe în domeniul ecologiei, de implicare socială etc.<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> I. Dogaru, *op. cit.*, p. 186 și 187.

<sup>35</sup> I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 472; I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 253. De asemenea, în Codul civil francez se arată că obiectul obligației de întreținere între părinți și copii prezintă trei aspecte importante: hrana, întreținerea și creșterea copilului, în acest sens părinții fiind obligați în mod egal să furnizeze tot ceea ce este necesar copilului în acest sens. Neîndeplinirea acestor obligații atrage răspunderea părinților. A se vedea, Patrick Courbe, *op. cit.*, p. 429. Pentru dezvoltări, a se vedea și: G. Cornu, *op. cit.*, p. 211.

<sup>36</sup> Tribunalul Municipiului București, sect. a III-a civ., dec. nr. 1725/1990, în I. Mihută, *Culegere de practică judiciară civilă pe anul 1990*, Ed. Șansa, București, 1992, p. 45.

<sup>37</sup> C. Irimia, în Flavius Antoniu Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole* (art. 1-2.664), Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 545.

## § 5. Cuantumul și data de la care se datorează întreținerea

Pentru obligația ce face obiectul analizei prezintă importanță și cuantumul întreținerii, precum și data de la care se datorează întreținerea, acestea remarcându-se prin câteva elemente specifice.

Similar reglementării din Codul familiei, în sistemul Codului civil în vigoare, cuantumul întreținerii se stabilește, în general, conform art. 529 alin. (1) în funcție de nevoia celui care o cere și de mijloacele celui care urmează a o plăti, aspecte asupra cărora ne vom opri pe larg într-o secțiune distinctă. În cazul întreținerii datorate de părinte, întinderea acesteia se determină pe baza criteriilor reglementate expres de art. 529 alin. (2) C. civ., respectiv până la o pătrime din venitul său lunar net pentru un copil, o treime pentru doi copii și o jumătate pentru trei sau mai mulți copii, indiferent dacă aceștia sunt rezultați din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați ori că numai unii dintre ei au solicitat pensie de întreținere.

Instanța de tutelă va putea fixa un quantum al contribuției de întreținere și sub acest plafon stabilit de lege, în condițiile în care nevoile creditorului sunt inferioare și, în același timp, va ține cont și de celelalte obligații ale debitorului. Dacă debitorul obligației de întreținere are și alte bunuri și venituri, în afara celor cu caracter de continuitate, pensia se va calcula avându-se în vedere și aceste mijloace, putându-se, prin urmare, stabili o pensie peste plafoanele indicate de legiuitor<sup>38</sup>. Quantumul întreținerii datorate copiilor, împreună cu întreținerea datorată altor persoane, potrivit art. 529 alin. (3) C. civ., nu poate depăși jumătate din venitul net lunar al celui obligat.

Spre deosebire de reglementarea anterioară care făcea referire la „câștigul din muncă” al debitorului, se observă<sup>39</sup> că textul de lege actual utilizează sintagma „venitul lunar net”, încercându-se eliminarea interpretărilor contradictorii date în jurisprudență cu privire la acest concept până la intrarea în vigoare a Codului civil.

Prin urmare, la stabilirea quantumului întreținerii sunt avute în vedere toate situațiile în care debitorul realizează venituri cu caracter permanent (venituri din muncă, drepturi de autor, cedarea folosinței bunurilor, participare la profit, activități comerciale, onorarii ș.a.), nu și veniturile întâmplătoare, indemnizațiile de transfer, de deplasare, de concediere<sup>40</sup> sau norma de hrană. Cu privire la aceasta din urmă, în jurisprudența recentă<sup>41</sup> s-a stabilit că intenția legiuitorului cu privire la scopul normei de hrană a fost aceea de a asigura pentru anumite categorii de salariați, datorită specificului activității, un anumit necesar caloric prin două modalități: asigurarea de alimente sau o sumă de bani necesară achiziționării alimentelor. Dacă s-ar reține ca echivalentul normei de hrană să fie socotit la veniturile lunare la care se aplică cota pensiei de întreținere, s-ar

<sup>38</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 288.

<sup>39</sup> În același sens, a se vedea și: A.G. Gavrilesco, *Aspecte teoretice și de practică judiciară privind obligația de întreținere dintre părinti și copil în reglementarea Codului familiei și a noului Cod civil*, în *Analele Universității “Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Seria Științe Juridice* nr. 3/2010, p. 130 și 131.

<sup>40</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 289; I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 258; Din jurisprudență, a se vedea: ÎCCJ, S. civ. și de proprietate intelectuală, dec. nr. 3317 din 25 aprilie 2005, [www.scj.ro](http://www.scj.ro).

<sup>41</sup> Judecătoria Bistrița, sect. civ., sent. nr. 242 din 15 ianuarie 2013, nepublicată, rezumată de G.C. Frențiu, *op. cit.*, p. 152.

ajunge la situația deturnării scopului legiuitorului pentru care a fost stabilită această indemnizație cu destinație specială. Totodată, s-a argumentat<sup>42</sup> că alimentația de protecție se acordă în mod obligatoriu și gratuit de către angajatori persoanelor care lucrează în condiții de muncă ce impun acest lucru. Ca atare, echivalentul valoric al acestei indemnizații poate fi considerat indemnizație cu destinație specială, care este exceptată de la orice fel de urmărire, potrivit art. 728 alin. (7) C. pr. civ. Scopul acestei alimentații este acela ca angajatul să se bucure de o sănătate bună pentru a putea presta activitate aducătoare de venituri, din care să fie îndeplinită obligația de plată a întreținerii copilului.

De asemenea, s-a mai arătat<sup>43</sup> că nu se vor lua în calcul nici sporul angajaților care lucrează în condiții deosebite de muncă sau plata orelor suplimentare, întrucât cel care beneficiază de ele își asumă un risc și un efort suplimentar, iar ele nu conferă certitudine și continuitate.

Părintele poate fi obligat la plata pensiei de întreținere și în condițiile în care nu este încadrat în muncă, dar doar dacă este apt să muncească. Ca atare, în practica judecătorească<sup>44</sup> s-a susținut că atâta timp cât părântul este apt de muncă, el nu poate fi exonerat de obligația de a contribui la cheltuielile de creștere și educare a copilului său minor, aflat în stare de nevoie, potrivit prezumției instituite de art. 525 alin. (1) C. civ. Într-o asemenea situație cuantumul întreținerii se va stabili prin raportare la nivelul venitului minim pe economia națională, singurul criteriu obiectiv și general, reprezentând un etalon minim în materia câștigului din muncă ce poate fi realizat de debitorul obligației de întreținere care nu are calitatea de salariat, însă are capacitatea de a munci<sup>45</sup>.

Pe de altă parte, în cazul în care creditorul face dovada veniturilor realizate de către debitor la un alt nivel decât cel al venitului minim pe economie, chiar și în afara existenței unui contract de muncă<sup>46</sup>, iar debitorul nu probează contrariul, atunci pensia de întreținere se va stabili, ținându-se cont și de cuantumul veniturilor probate de creditor, iar nu de nivelul venitului minim pe economia națională.

Totuși, dacă părintele, chiar apt de muncă, nu poate plăti pensia de întreținere, din cauza unor motive justificate, de exemplu, este student la învățământul de zi, instanța nu-l va putea obliga la plată<sup>47</sup>, caz în care se poate pretinde întreținere de la persoanele care o datorează în subsidiar, potrivit art. 519 C. civ.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>43</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 286. Din jurisprudență, a se vedea: Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 2047/1979, CD. 1979, p. 164; Tribunalul București, secția a IV-a civilă, dec. nr. 513/1992, în I. Mihută, *op. cit.*, p. 57.

<sup>44</sup> Tribunalul Bistrița-Năsăud, sect. I civ., dec. nr. 84/R din 8 martie 2012, nepublicată; Tribunalul Bistrița-Năsăud, s. I civ., dec. nr. nr. 42/A din 22 martie 2012, nepublicată, rezumate de G.C. Frențiu, *op. cit.*, p. 156 și 159.

<sup>45</sup> Tribunalul Bistrița-Năsăud, s. I civ., dec. nr. 84/R din 8 martie 2012, nepublicată, rezumată de G.C. Frențiu, *op. cit.*, p. 159. În același sens, a se vedea și: ÎCCJ, S. civ., dec. nr. 3582 din 14 mai 2004, [www.scj.ro](http://www.scj.ro); ÎCCJ, S. civ., dec. nr. 3393 din 6 mai 2004, [www.scj.ro](http://www.scj.ro); ÎCCJ, S. civ., dec. nr. 3795 din 20 mai 2004, în B.J., baza de date rezumată de E. Roșu, *Dreptul familiei. Practică judiciară, Hotărâri CEDO*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 106.

<sup>46</sup> Curtea de Apel Cluj, sect. I civ., dec. nr. 2802/R din 1 iunie 2012, nepublicată; Tribunalul Bistrița-Năsăud, sect. I civ., dec. nr. 65/R din 23 februarie 2012, nepublicată, rezumate de G.C. Frențiu, *op. cit.*, pp. 148-150.

<sup>47</sup> Tribunalul București, sect. a IV-a civilă, dec. nr. 831/1990, în I. Mihută, *op. cit.*, p. 44.

În fine, art. 530 alin. (3) C. civ. prevede că pensia de întreținere se poate stabili sub forma unei sume fixe sau într-o cotă procentuală din venitul net lunar al celui care o datorează.

Cu privire la aceste dispoziții în doctrina de dată recentă s-a susținut, în mod justificat, că „stabilirea pensiei de întreținere sub forma unei sume concrete prezintă mai mari avantaje practice și este mai aproape de spiritul legii pentru următoarele argumente:

- dificultatea executării hotărârii prin care s-a stabilit pensia în cotă procentuală, în situația în care debitorul întreținerii beneficiază și de sume care nu intră în calculul venitului net din care se stabilește întreținerea, anume de acele venituri care nu au caracter de continuitate (de pildă, diurna);

- nu s-ar putea stabili o cotă procentuală în cazul în care debitorul obligației nu lucrează, lucrează doar periodic sau este salariat al mai multor unități economice;

- prin stabilirea pensiei într-o cotă procentuală s-ar transfera organelor de executare un atribut al instanței, anume acela al stabilirii nivelului veniturilor debitorului obligației.

- în cazul în care pensia de întreținere este stabilită într-o sumă fixă, ea se va indexa de drept, trimestrial, în funcție de rata inflației [art. 531 alin. (2) C. civ.]<sup>48</sup>.

Spre deosebire de Codul familiei care nu conținea dispoziții cu privire la data de la care se datorează întreținerea, C. civ. în vigoare reglementează expres prin art. 532 această dată, și anume de la data cererii de chemare în judecată, iar prin excepție se poate acorda potrivit alin. (2) al aceluiași articol și pentru o perioadă anterioară dacă introducerea cererii de chemare în judecată a fost întârziată din culpa debitorului.

## § 6. Convențiile părinților cu privire la întinderea obligației de întreținere datorate copiilor lor

O ultimă particularitate a obligației de întreținere dintre părinți și copii vizează posibilitatea părinților de a încheia convenții cu privire la întinderea obligației de întreținere datorate copiilor lor<sup>49</sup>.

Din interpretarea dispozițiilor art. 499 alin. (4) C. civ. se desprinde ideea că părinții pot, indiferent dacă sunt divorțați sau nu (totuși, considerăm că în caz de divorț, înțelegerea trebuie încuviințată de instanța judecătorească) să se înțeleagă cu privire la quantumul pensiei de întreținere, felul și modalitățile executării, precum și cu privire la contribuția fiecăruia, numai în caz de neînțelegere, intervenind instanța de judecată care se va pronunța pe baza raportului de anchetă psihosocială.

Părintele nu poate renunța la pensia de întreținere cuvenită copilului, deoarece nu suntem în prezența unui drept al său, ci al copilului<sup>50</sup>, iar art. 515 C. civ. prevede că nimeni nu poate renunța pentru viitor la dreptul său la întreținere. În virtutea legii, copilul este beneficiarul întreținerii datorate de părinții săi, iar acest drept există independent de voința părinților. Cu toate acestea, în jurisprudența mai veche<sup>51</sup> s-a

<sup>48</sup> Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C. Hageanu, *op. cit.*, p. 290.

<sup>49</sup> Pentru o analiză a posibilității încheierii de convenții de către părinți cu privire la întreținerea copiilor lor sub imperiul legislației anterioare, a se vedea: I. Dogaru, S. Cercel, D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 261.

<sup>50</sup> În același sens, a se vedea: O. Ghită, R.G. Albăstroi, *op. cit.*, p. 207 și 208.

<sup>51</sup> Tribunalul București, sect. a IV-a civ., dec. nr. 243/1990, în I. Mihută, *op. cit.*, p. 48.

stabilit că părinții se pot înțelege cu privire la scutirea temporară a unuia dintre ei de plata pensiei de întreținere ori unul să fie obligat la o pensie de întreținere mai mică.

De asemenea, în baza art. 533 alin. (3) C. civ. este admisă încheierea unei convenții de către părinți și în ipoteza în care are ca obiect executarea întreținerii prin plata anticipată a unei sume globale care să acopere nevoile de întreținere ale celui îndreptățit pe o perioadă mai îndelungată sau pe întreaga perioadă în care se datorează întreținerea, în măsura în care debitorul întreținerii are mijloacele necesare acoperirii acestei obligații, prin excepție însă, întrucât este de natura întreținerii să fie prestată periodic.

### § 7. Concluzii

Modalitatea în care Codul civil reglementează obligația legală de întreținere dintre părinți și copii se dorește a fi o garanție a aplicării juste a dispozițiilor legale și un mijloc de înlăturare a elementelor care ar putea duce la destrămarea familiei, urmare a faptului că în acest fel ea este executată de bunăvoie, nu prin coerciție. Apreciind elementele de noutate aduse de actuala reglementare, considerăm că există în continuare loc pentru noi completări sau modificări, doctrina și practica sesizând deja elemente importante care au scăpat din vedere legiuitorului.

# Instituția logodnei – între tradiție și inovație

*Lector dr. Lucia IRINESCU*  
*Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași*  
*Facultatea de Drept*



## The engagement institution – between tradition and innovation

### Abstract:

Engagement or promise of marriage has been known since ancient times and has always been interconnected with the institution of marriage. The New Civil Code introduced engagement among institutions of family law, motivated by the fact that “traditional social reality” in our country requires it. Legal acts of engagement have evolved over time, moving from contract rigors to a simple fact, which does not imply the fiances’ obligation to marry one another. For a long period of time, engagement couldn’t be found in legal regulations and it was recently introduced in the legal area as an independent institution.

**Keywords:** engagement, validity conditions, dissolution of engagement, effects.

### § 1. Scurt istoric

Logodna poate fi privită din mai multe perspective. Dacă din punct de vedere sociologic semnifică un legământ sfânt, premergător căsătoriei, logodna religioasă reprezintă actul prin care un bărbat și o femeie își exprimă, în mod public, dorința de a se uni prin taina nunții și constituie o condiție esențială și prealabilă cununiei. Potrivit canoanelor Bisericii Ortodoxe, logodna este obligatorie pentru cei care au încheiat-o, ea trebuind să fie urmată de Taina Nunții.

Logodna civilă are o vechime considerabilă. O regăsim menționată în Digeste și în Codul lui Iustinian, iar în vechiul drept roman preceda căsătoria și constituia un angajament solemn al șefului de familie al fetei. Era cunoscută și sub denumirea de *sponsalia* (denumirea provine de la *sponsio* care era un contract solemn al vechiului *ius civile*) și desemna înțelegerea între doi șefi de familie și pecetluia interese economice și

politice<sup>1</sup>. În Codul Calimah logodna era considerată o stare juridică obligatorie, premergătoare căsătoriei în sensul că încheierea căsătoriei trebuia să aibă loc într-o perioadă de 2 până la 4 ani de la logodnă. Desfacerea logodnei era admisibilă numai în anumite situații<sup>2</sup>.

Codul civil de la 1864 a renunțat la natura contractuală a logodnei în favoarea unei reglementări mai permissive, în sensul că nu mai avea forță obligatorie, logodnicii puteau să rupă logodna, însă le revenea obligația de restituire a darurilor, obligație care era dublată și de plata cheltuielilor ocazionate de logodnă și acoperirea unui prejudiciu material și moral, dacă ruptura era nejustificată<sup>3</sup>. Clauza penală nu era admisă, întrucât s-ar fi putut aduce atingere libertății consimțământului părților la încheierea căsătoriei. Astfel, practica a adoptat un obicei, care presupunea ca logodnicul să ofere logodnicei o arvună, care constituia un fel de gaj pentru executarea promisiunii făcute.

Din vechiul ritual al logodnei, peste timp, s-a păstrat inelul de logodnă dăruit cu această ocazie și o parte din ritualul care presupunea petitul, acordul familiilor în legătură cu zestrea și condițiile nunții.

Ulterior, Codul familiei a preluat modelul Codului civil francez, care nu reglementează logodna. Nici Codul civil din Québec care a stat la baza noului Cod civil român nu a îmbrățișat ideea legiferării logodnei. Prevederi referitoare la logodnă regăsim în sistemul de drept anglo-saxon, italian și elvețian.

## § 2. Noțiunea și natura juridică a logodnei

Instituția logodnei s-a născut din nevoia existenței unei situații premergătoare căsătoriei, care să permită viitorilor soți să se cunoască reciproc<sup>4</sup>.

În art. 266 alin. (1) C. civ. logodna este definită ca fiind *promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria*. Sub imperiul acestor prevederi, în literatura de specialitate au fost enunțate mai multe definiții, toate subliniind aceleași trăsături definitorii pentru logodnă, respectiv: acord de voințe dintre un bărbat și o femeie<sup>5</sup>; promisiunea de a încheia căsătoria în viitor; lipsa oricărei formalități; nașterea unei stări juridice<sup>6</sup>; inexistența unei condiționări între căsătorie și logodnă.

În ceea ce privește natura juridică a căsătoriei, opiniile din doctrină susțin două teze distincte: teza contractualistă și teza potrivit căreia logodna este un simplu fapt juridic. În opinia noastră, teza contractualistă nu este una viabilă, deoarece logodna se

---

<sup>1</sup> Pentru detalii, a se vedea M. V. Jakotă, *Dreptul roman. II*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 242.

<sup>2</sup> C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănesu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All, București, 1996, p. 188.

<sup>3</sup> Matei B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. All, București, 1998, p. 656; A.R. Ionașcu, *Curs de drept civil român*, Vol. II, *Partea I. Dreptul familiei*, Librăria „Cartea românească din Cluj”, Sibiu, 1941, p. 18 și 19.

<sup>4</sup> Th. Petrescu-Proviaan, *Logodna în dreptul vechi, în dreptul actual și în noul cod civil*, Ploiești, 1942, p. 6.

<sup>5</sup> C. Mares, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 24.

<sup>6</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 39.



diferențiază de contractul fundamental prin: calitatea părților, diferențierea sexuală între părți, scop, efecte juridice etc.

Reglementările referitoare la logodnă cuprinse în art. 266-270 ale C. civ. ne îndreptătesc să afirmăm că logodna este o instituție juridică, de dreptul familiei, alcătuită din norme juridice specifice, care reglementează încheierea, efectele, nulitatea, ruperea logodnei.

### § 3. Caracterele juridice ale logodnei

Plecând de la definiția legală, putem extrage caracterele juridice ale logodnei. Astfel:

- *Logodna este o uniune între un bărbat și o femeie*: având în vedere că logodnicii promet că vor încheia în viitor o căsătorie, este firesc ca să existe diferențiere sexuală, pentru a nu contraveni prevederilor art. 266 alin. (5) și art. 277 C. civ.

- *Logodna este liber consimțită*: pentru a fi valabil încheiată, consimțământul la logodnă trebuie să fie liber exprimat și neviciat.

- *Logodna are un caracter consensual*: potrivit art. 266 alin. (3) teza 1 C. civ., încheierea logodnei nu este supusă niciunei formalități, logodnicii fiind liberi să aleagă în ce modalitate urmează să își exprime consimțământul.

- *Logodna se încheie în scopul căsătoriei*.

- *Logodna se încheie, în principiu, până la încheierea căsătoriei*: legiuitorul nu a prevăzut un termen în care trebuie încheiată căsătoria; pe de altă parte, logodna poate fi ruptă, iar logodnicii să nu mai ajungă să se căsătorească.

- *Logodna se întemeiază pe egalitatea în drepturi și obligații a persoanelor logodite*: principiul egalității enunțat în art. 258 alin. (1) C. civ. stă la baza instituției logodnei și efectele lui se regăsesc în relațiile personale și patrimoniale dintre logodnici, precum și la condițiile în care se încheie logodna<sup>7</sup>.

- *Logodna este facultativă*: privită prin prisma căsătoriei, logodna nu este obligatorie și nici nu obligă la încheierea căsătoriei<sup>8</sup>.

### § 4. Condițiile de validitate a logodnei

În mod expres, art. 266 alin. (2) C. civ., prevede că în privința condițiilor de fond la încheierea logodnei se aplică, prin analogie, cele de la încheierea căsătoriei, respectiv: vârsta matrimonială (art. 272); consimțământul la căsătorie (art. 271) și diferența de sex [art. 277 alin. (1)]. Totodată, impedimentele la căsătorie se vor extinde și la instituția logodnei.

Cu privire la vârsta necesară pentru încheierea logodnei, regula este că se pot logodi persoanele care au împlinit vârsta de 18 ani sau au dobândit capacitate de

---

<sup>7</sup> Pentru detalii, a se vedea, A. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a VII-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 17 și 18.

<sup>8</sup> În acest sens, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 16.

exercițiu anticipată. Minorii între 16 și 18 ani se pot logodi cu încuviințarea părinților, a tutorelui, a persoanei sau instituției care exercită drepturile părintești, doar dacă există motive temeinice precum: boala, starea de graviditate a femeii, nașterea unui copil, relațiile intime notorii dintre logodnici<sup>9</sup>. Spre deosebire de încheierea căsătoriei, nu sunt necesare avizul medical și autorizarea instanței de tutelă. Ca și în cazul căsătoriei, legiuitorul nu a prevăzut o diferență de vârstă între logodnici (deși o diferență mare de vârstă poate masca un alt scop) și nicio vârstă maximă până la care se poate încheia logodna<sup>10</sup>.

*Consimțământul* la logodnă este diferit de o cerere în căsătorie, însă, ca și la căsătorie, trebuie să aibă la bază sentimente de afecțiune, de respect și încredere reciprocă între viitorii logodnici. Ne putem pune firească întrebare ce îi determină pe viitorii logodnici doar să se logodească și să nu se căsătorească? Poate faptul că logodna este „o obligație care nu obligă la nimic” așa cum a fost caracterizată în literatura franceză; poate că reprezintă doar o proiecție a căsătoriei (reglementată din punct de vedere al efectelor, desfacerii sau desființării mult mai minuțios de către legiuitor); poate că logodna este privită în mod tradițional ca fiind „o căsătorie de probă” în care cei doi logodnici să aibă răgaz să se „familiarizeze” cu instituția căsătoriei... De la caz la caz, răspunsurile pot diferi, însă numitorul comun este consimțământul, care trebuie să fie liber, deplin, expres, personal și dat de către o persoană cu discernământ.

*Impedimentele* care fac imposibilă încheierea căsătoriei reglementate în art. 273-276 C. civ. își găsesc aplicabilitate și în cazul logodnei: bigamia; rudenia firească; adopția; tutela; alienația sau debilitatea mintală.

Cu privire la starea de persoană căsătorită se impun câteva precizări:

Persoana căsătorită nu se poate logodi cu o altă persoană. Acest impediment a fost extins de doctrină și la starea de persoană logodită<sup>11</sup>. Cu toate acestea, în literatura de specialitate au existat și opinii potrivit cărora logodna s-ar putea încheia și în timpul procesului de divorț, căsătoria subsecventă logodnei urmând să se încheie după rămânerea definitivă a hotărârii de desfacere a căsătoriei<sup>12</sup>.

A considera starea de persoană logodită un impediment la încheierea logodnei este impusă de considerente de ordin moral. Mergând pe firul logicii, nu putem să nu remarcăm faptul că o persoană logodită se poate angaja într-o nouă logodnă, atât timp cât este foarte dificil să facem dovada existenței unei logodne anterioare.

Totodată, o persoană logodită se poate căsători cu o persoană, alta decât logodnicul său, încheierea căsătoriei putând fi calificată drept o rupere a logodnei. În situația în care am admite că o persoană logodită se mai poate logodi, considerăm, ca și în cazul căsătoriei, că prin noua logodnă a fost ruptă abuziv prima logodnă, decurgând astfel toate consecințele legale. Considerăm că legiuitorul trebuia să prevadă soluții pentru astfel de situații practice, una care se impune fiind îndeplinirea unor condiții de formă.

<sup>9</sup> G.C. Frențiu, *Comentariile Codului civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 46.

<sup>10</sup> Pentru mai multe discuții privind vârsta matrimonială, a se vedea T. Bodoască, A. Drăghici, I. Puie, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 44 și urm.

<sup>11</sup> D. Lupașcu, R. Gâlea, *Unele considerații privind reglementarea logodnei în noul Cod civil român și în unele legislații străine*, în LESIJ nr. XVII, vol. 1/2010, p. 183.

<sup>12</sup> C.C. Hageanu, *op. cit.*, p. 15.

Potrivit art. 266 alin. (3) C. civ., logodna nu este supusă niciunei formalități. Cu toate acestea, logodnicii pot opta pentru încheierea logodnei în forma scrisă sau prin act autentic legalizat de notar. De asemenea, logodnicii pot încheia logodna la biserică. Toate aceste formalități îi vor ajuta pe logodnici să poată dovedi încheierea logodnei. În lipsa lor, dovedirea unor împrejurări legate de încheierea logodnei va fi dificilă.

## § 5. Efectele logodnei

În mod paradoxal, legiuitorul a ales să reglementeze efectele ruperii logodnei în detrimentul efectelor logodnei. În mod cert, logodna nu obligă la încheierea căsătoriei pentru că ar contraveni dreptului la căsătorie al unei persoane. Doctrina a remarcat faptul că logodna nu implică o obligație de rezultat, care să constea în încheierea ulterioară a căsătoriei<sup>13</sup>. În tăcerea legii, putem admite că logodna dă naștere la o serie de efecte personale, asemănătoare cu cele ale căsătoriei, precum: obligația de respect, de sprijin moral reciproc, de fidelitate. Din perspectiva logodnei ca și „căsătorie de probă”, logodnicii pot alege să locuiască și să gospodărească împreună, întocmai concubinilor<sup>14</sup>. Păstrând această ipoteză, putem afirma că operează prezumția de paternitate potrivit căreia copilul are ca tată pe concubinul (logodnicul) mamei. Copilul este considerat ca fiind un copil din afara căsătoriei. Logodna nu dă naștere la efecte patrimoniale, toate bunurile dobândite în comun de către logodnici pot fi în proprietate comună pe cote părți, întocmai ca în cazul concubinilor<sup>15</sup>.

## § 6. Ruperea logodnei

Logodna încetează când logodnicii se căsătoresc, în situația morții unuia dintre logodnici sau în cazul ruperii acesteia.

Oricare dintre logodnici sau aceștia, de comun acord, au dreptul să rupă logodna în orice moment, până la încheierea căsătoriei. Ruperea logodnei nu este supusă niciunei formalități; prin urmare, poate fi dovedită prin orice mijloc de probă. Clauza penală pentru ruperea logodnei este lovită de nulitate absolută, întrucât legiuitorul nu recunoaște logodnicilor posibilitatea de a prestabilii cuantumul despăgubirilor datorate în caz de rupere a logodnei. Delimitarea între ruperea logodnei în condițiile art. 267 și ale art. 269 C. civ. o face culpa unuia dintre logodnici.

Ruperea logodnei generează **efecte personale și patrimoniale**. Principalul efect nepatrimonial al ruperii logodnei constă în faptul că logodnicul care a rupt logodna nu poate fi constrâns să încheie căsătoria.

Din punct de vedere patrimonial, ruperea logodnei conduce la restituirea darurilor primite de logodnici, la acoperirea prejudiciului cauzat prin ruperea abuzivă a logodnei

---

<sup>13</sup> E. Florian, *Considerații asupra logodnei reglementată de noul Cod civil român*, în *Curierul Judiciar* nr. 11/2009, p. 628.

<sup>14</sup> În același sens, a se vedea O. Ghiță, R.G. Albăstroi, *Dreptul familiei. Regimuri matrimoniale. Sinteze. Teste grilă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 9.

<sup>15</sup> A se vedea F. Popescu, I. Vidu, *Proprietatea comună a concubinilor asupra bunurilor imobile dobândite împreună prin acte cu titlu oneros. Proba acesteia*, în *Dreptul* nr. 11/2001, pp. 62-68.

și caducitatea donațiilor făcute de un terț viitorilor soți sau unuia dintre ei, sub condiția încheierii căsătoriei. Astfel, căsătoria este asimilată unei condiții suspensive, de care depinde soarta darurilor făcute în timpul logodnei<sup>16</sup>.

Se restituie atât darurile pe care logodnicii și le-au făcut reciproc, precum și cele primite de la terți în considerarea logodnei sau pe durata acesteia, în vederea căsătoriei. Prin urmare, prezintă importanță intenția cu care a fost făcut darul. Prin noțiunea de “daruri” trebuie să înțelegem numai darurile manuale, cu excepția darurilor obișnuite. Darurile sunt calificate ca fiind “obișnuite” în funcție de valoarea bunului, de nivelul de trai al persoanei care l-a făcut. Valoarea economică sau/și afectivă a unui bun oferit ca dar de logodnă este orientativă și trebuie întregită cu elemente de fapt<sup>17</sup>. Darurile se restituie în natură, iar dacă nu mai este cu putință, în măsura îmbogățirii. Ne aliniem și noi autorilor din literatura de specialitate care consideră că se impune restituirea valorii reale a bunului, deoarece în cazul imposibilității de restituire în natură a bunului se nasc soluții inechitabile pentru logodnici<sup>18</sup>. Restituirea darurilor în natură sau prin echivalent se face de bună-voie sau prin acțiune în justiție. Dreptul la acțiune se prescrie în termen de un an și începe să curgă de la data ruperii logodnei. Calitate procesuală activă poate avea orice persoană care justifică un interes, respectiv: cel care a făcut darul, succesorii în drepturi ai acestuia sau creditorii lui. Calitate procesuală pasivă au logodnicii sau logodnicul, donatarii sau moștenitorii acestora, în situația în care ruperea logodnei a avut loc înainte de decesul logodnicului donator împotriva căruia fusese promovată o acțiune în restituirea darurilor<sup>19</sup>. Dovada ruperii logodnei se face prin orice mijloc de probă.

Obligația de restituire nu mai subzistă în cazul în care logodna a încetat prin moartea unuia dintre logodnici.

Art. 269 C. civ. reglementează răspunderea în cazul **ruperii abuzive** a logodnei: *partea care rupe logodna în mod abuziv sau care în mod culpabil l-a determinat pe celălalt să rupă logodna poate fi obligată la despăgubiri.*

Cu privire la determinarea caracterului abuziv, considerăm lacunară reglementarea legală și apreciem că rămâne în sarcina instanțelor judecătorești să aprecieze, de la caz la caz, asupra temeiniciei motivelor invocate. Caracterul abuziv intervine atunci când unul dintre logodnici rupe logodna, în pofida dorinței celuilalt de a o menține sau când este forțat de comportamentul culpabil al logodnicului său.

În tăcerea legii și în lipsa unei jurisprudențe, doctrina a încadrat comportamentul abuziv în sfera relei-credințe<sup>20</sup>. Cu titlu exemplificativ, putem considera comportament abuziv: încălcarea obligației de fidelitate<sup>21</sup>, ruperea logodnei cu puțin timp înainte de data stabilită pentru încheierea căsătoriei, după conviețuirea logodnicilor și finalizarea tuturor pregătirilor pentru nuntă, ascunderea unor împrejurări care constituie

<sup>16</sup> A. Corhan, *Dreptul familiei. Teorie și practică*, ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 64.

<sup>17</sup> E. Florian, *op. cit.*, 2011, p. 18.

<sup>18</sup> C.C. Hăgeanu, *op. cit.*, p. 18.

<sup>19</sup> M.A. Opreșcu, *Logodna în noul Cod civil*, în Revista română de jurisprudență nr. 4/2012, p. 260 și 261.

<sup>20</sup> C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Reglementarea logodnei în noul Cod civil*, în Dreptul nr. 1/2012, p. 82.

<sup>21</sup> Potrivit unei opinii contrare, infidelitatea unuia dintre logodnici poate fi apreciată ca având caracter abuziv dacă nu se dovedește că infidelitatea exista anterior logodnei. Pentru detalii, a se vedea C. Frentiu, *op. cit.*, p. 37.

impedimente la căsătorie<sup>22</sup>, dispariția în ziua stabilită pentru încheierea căsătoriei<sup>23</sup>. Instanțele judecătorești trebuie să analizeze și motivele care l-au determinat pe unul dintre logodnici să rupă logodna, putând reține o culpă comună (de exemplu logodnicii nu se înțeleg cu privire la regimul matrimonial pe care urmează să îl aleagă).

Având în vedere că răspunderea pentru ruperea abuzivă a logodnei intervine numai atunci când logodna este ruptă în mod culpabil și se crează un prejudiciu, putem considera această răspundere ca fiind una delictuală<sup>24</sup>. Logodnicul care introduce acțiune în răspundere pentru ruperea logodnei trebuie să dovedească fapta ilicită (ruperea abuzivă a logodnei), culpa, prejudicial material sau/și moral suferit, precum și legătura de cauzalitate dintre ruperea abuzivă a logodnei și prejudiciu. Acțiunea poate fi pornită de către logodnicul nevinovat de ruperea logodnei împotriva celui vinovat<sup>25</sup>. Termenul de prescripție pentru introducerea acțiunii este de un an și curge de la ruperea logodnei. Data la care a fost ruptă logodna se dovedește prin orice mijloc de probă.

Prejudiciul material solicitat poate să conștina în cheltuielile efectuate sau contractate în vederea căsătoriei (rezervarea sălii unde va avea loc petrecerea; cheltuielile cu invitațiile; cele făcute pentru achiziționarea rochiei de mireasă sau a costumelor mirilor, cheltuieli ocazionate de amenajarea viitorului domiciliu conjugal etc.). Din punct de vedere al probatoriului, pot fi administrate orice mijloace de probă. Prejudicial moral constă în suferința produsă prin ruperea abuzivă a logodnei.

## § 7. Concluzii

Așa cum reiese din Expunerea de motive a Codului civil, instituția logodnei s-a născut din dorința legiuitorului de a reglementa unele situații de fapt care nu existau din punct de vedere juridic și de a implementa norme juridice adaptate realităților sociale. O parte a doctrinei<sup>26</sup> a salutat aceste reglementări, considerându-le utile și benefice, din perspectiva creării unui cadru juridic specific acestei instituții, cu reguli proprii, care pot fi completate cu cele ale dreptului comun. În același timp, alți autori<sup>27</sup> au susținut că reglementarea logodnei nu era una necesară, întrucât în ultimii ani nu a fost creată ideea de vid legislativ. Susținem această din urmă opinie, motivat și de faptul că din momentul intrării în vigoare și până în prezent, jurisprudența în această materie este aproape inexistentă. Omisiunile majore ale legiuitorului constau în precizarea scopului logodnei precum și lipsa formalităților la încheierea logodnei, care fac dificilă dovedirea încheierii ei. Totodată, nu putem să nu remarcăm faptul că spre deosebire de logodnă, concubinajul a căpătat amploare și că de acest fenomen sunt legate efecte juridice, cu implicații directe asupra vieții în comun.

---

<sup>22</sup> Obligația la plata de despăgubiri poate interveni și în cazul constatării nulității logodnei, dacă impediamentele subzistă. În acest sens, C. Frențiu, *op. cit.*, p. 37.

<sup>23</sup> A. Corhan, *op. cit.*, p. 66.

<sup>24</sup> Pentru opinia contrară, a se vedea D. Lupașcu, R. Gâlea, *op. cit.*, p. 190.

<sup>25</sup> Pentru opinia contrară, potrivit căreia oricare dintre logodnici poate introduce acțiunea, a se vedea C.C. Hăgeanu, *op. cit.*, p. 18.

<sup>26</sup> C. Roșu, A. Fanu-Moca, *op. cit.*, p. 83.

<sup>27</sup> C. C. Hăgeanu, *op. cit.*, p. 15.

# Transpunerea în legislația internă a răpirii internaționale de copii reglementată în Convenția de la Haga

*Conf. univ. dr. Oana GHÎȚĂ*  
*Universitatea din Craiova*  
*Facultatea de Drept și Științe Sociale*

## Transposition into national law of international child abduction regulated in Hague Convention

### Abstract:

The Hague Convention – 25 October 1980, about the international child abduction – is the international instrument for the situation in which one of the child's parent changes his usual place against the will of the other parent or refuses to return the child into his usual residence from a member state to another. This law regulates the procedures and the legal adequate solution to prevent the international child abduction, having in view to standardize the legislation of the member states.

Conclusively, this article analyzing a sentence from a Romanian Court enshrines that the legal instruments of the national system are not capable to realize the purpose of the Convention: the return of the abducted child into his residence country.

**Keywords:** the interests of the child, free movement, the consent of a parent for moving children overseas, international kidnapping, parental authority.

### § Introducere

Cadrul legislativ în care sunt reglementate aspectele civile ale răpirii internaționale de copii este reprezentat la nivel internațional de Recomandarea 874/1979 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, de Convenția de la Haga din 25 octombrie 1980, completată ulterior de dispozițiile Raportului explicativ Perez Vera<sup>1</sup> asupra convenției.

---

<sup>1</sup> [http://www.mpublic.ro/jurisprudenta/jurisprudenta\\_2010/jurisprudenta\\_2007\\_2010.pdf](http://www.mpublic.ro/jurisprudenta/jurisprudenta_2010/jurisprudenta_2007_2010.pdf).

România a aderat la Convenție prin Legea nr. 100/1992<sup>2</sup> pentru aderarea României la Convenția de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii, aplicarea Convenției fiind realizată la nivelul intern prin Legea nr. 63/2014<sup>3</sup> pentru modificarea și completarea Legii nr. 369/2004<sup>4</sup> privind aplicarea Convenției asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii.

Convenția se dorește a fi un remediu juridic de bază în privința răpirilor internaționale de copii înfăptuite de părinții acestora, aplicându-se copiilor cu vârsta până la 16 ani, așa cum de altfel este prevăzut chiar în art. 4 al textului legislativ în discuție. Convenția de la Haga este un tratat internațional care dezvoltă procedurile și soluțiile legale adecvate în vederea combaterii fenomenului răpirii, urmărind să conducă la o adevărată uniformizare a textelor legislative în acest domeniu dar mai ales a practicii în cadrul acestui tip de raporturi familiale. Este bine cunoscută dificultatea cu care legislația unitară în materia raporturilor de familie evoluează la nivel european, dată fiind amprenta extrem de puternică a dispozițiilor naționale, încărcate de elemente sociale, tradiționale, culturale și religioase caracteristice fiecărui stat în parte. Tocmai din acest punct de vedere considerăm important a face câteva precizări terminologice înainte de a dezvolta efectiv analiza pe care ne-am propus-o. Astfel, chiar în titlul Convenției regăsim termenul de „răpire”<sup>5</sup>, termen care mai apoi este redat, în cadrul acesteia prin una din acțiunile: deplasare ori reținere (neînapoiere). Această disconcordanță între titlul și textul actului o considerăm voită dată fiind aplicabilitatea restrânsă ce este recunoscută Convenției prin chiar tipul de relații pe care îl normează, fiind vorba despre aspectele civile ale răpirii internaționale de copii și ceea ce în termeni uzuali am putea înțelege prin „răpire”<sup>6</sup>.

De asemenea, prin intrarea în vigoare a noului Cod civil noțiunea de „încredințare” a copilului pierde din „forța” cu care eram obișnuiți și cu care unul dintre părinți era investit în ceea ce îl privea referitor la drepturile și îndatoririle față de minorul aflat în grija sa. Potrivit art. 496 NCC<sup>7</sup> este stabilită la unul dintre părinți, în caz de divorț, numai locuința minorului, autoritatea părintească fiind recunoscută, în prisma art. 483 NCC în mod egal ambilor părinți.

## § 1. Domeniul de aplicare a Convenției de la Haga

Adesea în practică<sup>8</sup> întâlnim interpretarea eronată a dispozițiilor Convenției fiind susținută imposibilitatea aducerii în discuție a răpirii internaționale de minori de către unul dintre părinți, dat fiind dreptul părintesc asupra copilului minor. Or, Convenția de la Haga își găsește aplicabilitate chiar în cazul exercitării abuzive a drepturilor

---

<sup>2</sup> Publicată în M. Of. nr. 243 din 30 septembrie 1992.

<sup>3</sup> Publicată în M. Of. nr. 352 din 1 mai 2014.

<sup>4</sup> Publicată în M. Of. nr. 888 din 29 septembrie 2004.

<sup>5</sup> <http://dexonline.ro/definitie/rapire>: “A lua cu sila pe cineva, a duce cu sine în mod silnic pe cineva; a fura”.

<sup>6</sup> Cunoscut în diverse legislații sub termenii de: “kidnapping” (engl.), “enlèvement” (fr.) sau “secuestro” (span.)

<sup>7</sup> Legea 287/2009 privind noul Cod civil a fost publicată în M. Of. nr. 505 din 1 octombrie 2011.

<sup>8</sup> În acest sens Daniela Brită, *Jurisprudența Convenției de la Haga din 1980. Aspecte civile ale răpirilor internaționale de copii*, [www.mpublic.ro](http://www.mpublic.ro).

părintești de către unul dintre părinți, având ca obiectiv principal interesul superior al copilului.

Conform art. 1, obiectivele principale ale Convenției sunt acelea de a „asigura reîntoarcerea imediată a copilului deplasat sau reținut în mod ilegal în oricare stat contractant și a garanta că drepturile de acces și de custodie acordate de instanțele dintr-un stat contractant sunt respectate în celelalte state contractante”.

Trebuie să subliniem că aceste dispoziții privitoare la aspectele civile ale răpirii de copii prevăzute de Convenția de la Haga se aplică unor situații de urgență, cum de altfel este prevăzut în obiectivul acesteia, acoperind perioada de timp de la momentul deplasării copilului din reședința obișnuită și până la momentul la care minorul este readus în statul membru al Convenției, acolo unde se afla reședința acestuia înainte de deplasarea ilicită. Astfel, distingem un caracter temporar al măsurii de înapoiere a minorului dispusă de instanța statului pe al cărui teritoriu se află copilul la momentul pronunțării hotărârii<sup>9</sup>.

În conturarea obiectivului Convenției trebuie avute în vedere acele situații în care, în scopul de a obține încredințarea unui copil, (ori stabilirea locuinței copilului, pentru a utiliza termenii consacrați în noul Cod civil) s-a avut ca mijloc utilizarea forței în stabilirea unor relații artificiale la nivel internațional între părinte și copil. Din varietatea situațiilor de fapt putem extrage anumite elemente ce caracterizează obiectul răpirii internaționale de minori: copilul este luat din mediul social în care a trăit și s-a dezvoltat, această detașare de familia sa având loc fie prin deplasarea din mediul de viață obișnuit al copilului, fie prin refuzul de a-l înapoia persoanei fizice sau juridice care îl are în îngrijire. De altfel, persoana care deplasează sau reține în mod ilegal copilul dorește, de cele mai multe ori, stabilirea domiciliului legal de către autoritățile din țara în care a fost dus copilul. De cele mai multe ori, situația privește pe unul dintre părinții copilului ca fiind autorul deplasării ori reținerii ilegale a copilului, însă considerăm că trebuie analizate condițiile în care această deplasare se constituie din una absolut normală, ca realizare a unui drept și a unei obligații pe care părinții le au față de copilul lor, în una abuzivă, căpătând caracter ilicit.

## **§ 2. Determinarea caracterului ilicit al deplasării ori reținerii minorului în termenii Convenției de la Haga**

Conform art. 2 pct. 7 din Regulament „răspunderea părintească” semnifică toate drepturile și obligațiile conferite unei persoane fizice sau juridice, în temeiul unei hotărâri judecătorești, de atribuire de plin drept, și include și dreptul de încredințare, adică în prezent cel al stabilirii locuinței minorului (potrivit pct. 9 din Regulament).

În funcție de prevederile Convenției de la Haga, în fiecare situație de fapt instanța trebuie să analizeze elementele care ies din cadrul normal al exercitării dreptului părinților asupra stabilirii locuinței copilului și se transformă într-un abuz. În speță<sup>10</sup>, pe rol se află

---

<sup>9</sup> V. Dobozi, *Aplicarea dispozițiilor Convenției de la Haga privind aspectele civile ale răpirilor internaționale de copii*, Curierul Judiciar nr. 6/2011, p. 318.

<sup>10</sup> Dec. civ. nr. 1799 din 22 octombrie 2012, Curtea de Apel București, Secția civilă pentru cauze cu minori și familie.



cererea formulată de Ministerul Justiției, în calitate de autoritate centrală pentru aducerea la îndeplinire a prevederilor Convenției de la Haga din 1980, pentru petenta E.L., în contradictoriu cu E.G. și Autoritatea Tutelară din cadrul Primăriei X în vederea dispunerii înapoierii copiilor E.A. și E.I.M. la reședința lor obișnuită din Italia.

La data de 21 noiembrie 2011 Ministerul Justiției a fost sesizat de Autoritatea Centrală din Italia cu o cerere formulată de E.L. în temeiul Convenției de la Haga din 1980, prin care solicită înapoierea copiilor săi în Italia, unde își aveau reședința obișnuită înainte de deplasarea și reținerea în România. În februarie 2011 minorii E.A. și E.I.M., rezultați din căsătoria reclamantei E.L. cu pârâtul E.G., locuiau împreună cu mama lor în Italia, tatăl părăsind domiciliul conjugal. În luna august 2011, copiii au fost deplasați de către pârât din Italia în România, fără acordul mamei lor, aceasta aflând ulterior că minorii nu se mai aflau în țară.

Potrivit art. 2 pct. 9 din Regulamentul Consiliului (CE) nr. 2201/2003, dreptul de încredințare a unui minor include în primul rând dreptul de a decide asupra locului reședinței obișnuite a copilului. Totodată, referitor la încredințare, conform art. 2 pct. 11 lit. b) din Regulamentul II bis de la Bruxelles (2201/2003) *va fi considerată a fi exercitată împreună când, urmare a unei hotărâri judecătorești sau operării legii, unul dintre titularii răspunderii părintești nu va putea decide locul de reședință al copilului fără consimțământul celui al titular al răspunderii părintești*”.

În speța de față părinții au drepturi și obligații comune cu privire la copiii lor minori, ceea ce înseamnă că pârâtul nu are dreptul de a decide cu privire la reședința acestora, astfel că reținerea minorilor pe teritoriul României, fără acordul mamei, este ilicită potrivit art. 3 din Convenția de la Haga. Potrivit art. 3 alin. (1) din Convenție, deplasarea sau neînapoierea unui copil se consideră ilicită când are loc prin violarea unui drept privind încredințarea, atribuit unei persoane, unei instituții sau oricărui alt organism acționând fie separat, fie împreună, prin legea statului în care copilul își avea reședința obișnuită, imediat înaintea deplasării sau neînapoierii sale și dacă, la vremea deplasării sau neînapoierii acest drept era exercitat în mod efectiv, acționându-se separat sau împreună ori ar fi fost astfel exercitate, dacă asemenea împrejurări nu ar fi survenit.

Dreptul privind încredințarea poate rezulta, între altele, dintr-o atribuire de plin drept, dintr-o hotărâre judecătorească sau administrativă sau dintr-un acord în vigoare potrivit dreptului aceluși stat.

Instanța a constatat, în raport cu situația de fapt expusă, că sunt întrunite cerințele impuse de Convenția de la Haga din 1980, fiind vorba de o neînapoiere ilicită a copiilor, cu reședința obișnuită în Italia, copii fiind deplasați și apoi reținuți în România, de către tatăl pârât fără acordul mamei încălcându-se astfel dreptul acesteia din urmă de încredințare, stabilit prin efectul legii, drept exercitat efectiv și care include, așa cum s-a arătat mai sus, dreptul cu privire la *îngrijirile cuvenite copilului* și îndeosebi, acela de a hotărî asupra locului reședinței sale. Cum *reședința obișnuită* a copiilor se afla înainte de deplasare, în Italia, și cum, până în prezent nu a intervenit consimțământul mamei cu privire la schimbarea reședinței lor și nu s-a scurs mai mult de *un an* fără ca mama să fi inițiat procedura înapoierii copiilor, reședința lor obișnuită, imediat înaintea deplasării și neînapoierii, se afla în Italia. Trebuie menționat că, potrivit art. 12 din Convenție, autoritatea sesizată dispune înapoierea imediată a copilului dacă s-a scurs o perioadă

de mai puțin de un an cu începere de la deplasare sau neînapoiere în momentul introducerii cererii înaintea autorității judiciare sau administrative a statului contractant unde se află copilul. Chiar după expirarea perioadei de un an, autoritatea judiciară sau administrativă sesizată, urmează de asemenea să dispună înapoierea copilului, exceptând cazul în care se stabilește că acel copil s-a integrat în noul său mediu.

În acord cu scopul Convenției, astfel cum a fost explicat în Raportul Perez Vera, atunci când se constată că deplasarea într-un stat contractant s-a făcut ilicit, instanța de judecată trebuie să dea eficiență mecanismului de returnare, reglementat de Convenția de la Haga din 1980, care nu pune în dezbatere dreptul privind încredințarea copilului către un părinte sau altul, ci doar reintegrarea acestuia în mediul lui obișnuit de viață, din care a fost deplasat, fiind în interesul acestuia de a nu fi deplasat sau reținut în baza unor drepturi mai mult sau mai puțin discutabile asupra persoanei<sup>11</sup>.

Din cele prezentate ca motivare a instanței putem extrage câteva elemente ce constituie principalele criterii legale, în perspectiva Convenției de la Haga pentru determinarea existenței unei situații de răpire internațională de minori:

- a) caracterul ilicit al deplasării sau neînapoierii, corelativ drepturilor părintești aparținând petentului;
- b) reședința obișnuită a minorului înainte de deplasare;
- c) lipsa unui pericol la care ar putea fi expus minorul ca urmare a înapoierii în statul reședinței sale obișnuite.

### § 3. Paradox legislativ – Convenția de la Haga și dreptul de *ne exeat*

Obiectivul propus al Convenției este menționat chiar din preambulul acesteia ca fiind acela de a proteja copiii, la nivel internațional, de consecințele negative ale deplasării sau reținerii ilicite și de a stabili proceduri speciale pentru a asigura înapoierea lor imediată în statul de reședință, precum și de a asigura protecția dreptului de vizitare (...). Acest obiectiv este atins prin restabilirea *status-quo-ului* copilului răpit, înapoierea sa la reședința obișnuită de dinaintea deplasării ori reținerii fiind un element ce susține și rezolvarea problemei stabilirii locuinței minorului. Observăm astfel că restabilirea *status-quo-ului* are ca rezultat direct reîntoarcerea copilului în grija părintelui la care se afla și descurajarea celui alt părinte în alegerea unilaterală a unui for jurisdicțional preferențial – *forum-shopping*<sup>12</sup>.

În vederea uniformizării legislației și a formării unei jurisprudențe unitare, cei care au elaborat Convenția au hotărât că reședința obișnuită a copilului reprezintă cea mai bună jurisdicție pentru a determina interesul superior al copilului, dar au încercat în același timp descurajarea acestui tip de răpiri prin împiedicarea părintelui autor al deplasării ori reținerii ilicite de a obține un avantaj legal în cadrul unui sistem juridic mai

<sup>11</sup> Raportul Vera Perez, Explicativ al Convenției de la Haga din 1980, [http://www.mpublic.ro/jurisprudenta/jurisprudenta\\_2010/jurisprudenta\\_2007\\_2010.pdf](http://www.mpublic.ro/jurisprudenta/jurisprudenta_2010/jurisprudenta_2007_2010.pdf).

<sup>12</sup> A se vedea și Convenția de la Haga din 1996 asupra competenței, legii aplicabile, recunoașterii, executării și cooperării privind răspunderea părintească și măsurile de protecție ale copilului.

„permisiv” privitor la procedura acordării dreptului la custodie<sup>13</sup> (îngrijirea copilului, stabilirea locuinței acestuia).

Evident, soluția înapoierii copilului se fundamentează pe determinarea, potrivit criteriilor expuse mai sus, a legalității deplasării ori reținerii minorului. Dat fiind criteriul reședinței obișnuite a minorului, legalitatea deplasării este privită din prisma încălcării acestui drept și a lipsei consimțământului aceluia dintre părinți la care minorul își are această locuință. Numeroși autori de doctrină juridică susțin că această convenție eșuează în încercarea sa de a asigura o protecție adecvată părinților fără drept de custodie ai căror copii sunt răpiți și duși în țări străine. Mai mult, scoaterea la iveală a diferitelor interpretări juridice privind definiția Convenției pentru dreptul de custodie, de acces și dreptul de *ne exeat* a condus la situații conflictuale. În general, *clauzele de ne exeat* se regăsesc în acorduri privind custodia și cuprind dispoziții care interzic deplasarea copilului și relocarea lui de către părintele cu drept de custodie fără consimțământul celuilalt părinte.

În țara noastră, potrivit art. 483 alin. (3) NCC ambii părinți răspund pentru creșterea copiilor lor minori. De asemenea, primul alineat al aceluiași text de lege dispune că autoritatea părintească aparține în mod egal ambilor părinți.

Acest text reprezintă o urmare firească a îndatoririlor părinților de creștere și educare a copiilor lor minori, îndatorire stabilită de art. 261 NCC, dar și o reluare a unui principiu consacrat în Convenția privind drepturile copilului și în art. 5 din Legea nr. 272/2004. Prioritatea părinților în creșterea copiilor este una care rezultă dintr-un drept natural ce poate fi pierdut numai în situații excepționale<sup>14</sup>. Chiar și atunci când copilul este încredințat unei alte persoane, părinții sunt cei ce rămân titularii autorității părintești, cazurile de restrângere sau de pierdere a drepturilor și îndatoririlor ce intră în conținutul acesteia fiind limitate. Observăm astfel că în sistemul nostru juridic, dreptul de *ne exeat* nu face obiectul unei convenții încheiate între părinți, privitor la dreptul de a scoate copilul din țară, ci constituie o componentă a drepturilor și îndatoririlor ce rezultă din conținutul autorității părintești.

De altfel, condițiile în care are loc deplasarea minorilor în afara granițelor țării în care aceștia își au reședința obișnuită sunt strict prevăzute de textul art. 18 alin. (2) din Legea nr. 272/2004<sup>15</sup> privind protecția și promovarea drepturilor copilului astfel că deplasarea copiilor în țară și în străinătate se realizează cu înștiințarea și cu acordul ambilor părinți; orice neînțelegeri între părinți cu privire la exprimarea acestui acord se soluționează de către instanța judecătorească<sup>16</sup>. Tot din acest text de lege decurge și posibilitatea instanței de judecată de a suplini consimțământul celuilalt părinte.

---

<sup>13</sup> Marisa A. Leto, *Whose Best Interest?: International Child Abduction Under the Hague Convention*, University of Chicago Law School, 2002, p. 247.

<sup>14</sup> C.C. Hăgeanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 273.

<sup>15</sup> Republicată în M. Of. nr. 159 din 5 martie 2014.

<sup>16</sup> Art. 31 alin. (3) din Legea nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, publicată în M. Of. nr. 682 din 29 iulie 2005, modificată prin Legea nr. 175/2013, publicată în M. Of. nr. 343 din 11 iunie 2013.

#### § 4. Excepțiile de la obligația de înapoiere imediată a minorului

De cele mai multe ori în practică se aduc în discuție aceste excepții de la obligația de înapoiere a copilului, prevăzute de Convenție, tocmai în vederea eludării obiectivului acesteia și a exercitării abuzive a dreptului de stabilire a locuinței copilului la unul dintre părinți. Din această perspectivă considerăm necesar a le aduce în discuție, fără a pretinde o analiză a acestora, ci doar a le prezenta din prisma principiilor din care decurg, și mai ales din dorința de a califica și excepția ridicată în speta propusă spre analiză.

a) Articolul 13 din Convenție prevede că autoritățile judiciare sau administrative ale statului solicitat nu sunt obligate să dispună înapoierea copilului, dacă persoana care solicită întoarcerea acestuia nu exercită în fapt, înainte de deplasarea pretins ilegală a copilului, dreptul de custodie pe care acum încearcă să îl invoce, ori dacă a consimțit ulterior la actul pe care acum încearcă să îl atace. Așadar, situațiile prevăzute în acest articol se referă pe de o parte la lezarea interesului superior al copilului prin neexercitarea drepturilor și obligațiilor ce decurg din încredințarea acestuia unuia dintre minori, iar, pe de altă parte vizează consimțământul părintelui ce îl avea în grijă, cu privire la deplasarea minorului, consimțământ ce poate fi dat înainte sau ulterior deplasării.

b) Punctul b și alin. (2) din același articol 13 al Convenției prevăd excepții care se fundamentează de asemenea pe principiul interesului superior al copilului, însă vizează situația în care se constată *un risc grav* ca înapoierea sa să îl expună unui pericol fizic sau psihic.

Interesul superior al copilului de a fi deplasat de la reședința sa obișnuită ori de a nu se înapoia la aceasta, trebuie susținut de existența unor dovezi suficiente care asigură totodată stabilitatea în noul mediu, interesul părinților de a-și exercita drepturile și obligațiile ce decurg din autoritatea părintească fiind subsumat acestui interes al copilului. În acest sens este și textul din Recomandarea 874 din anul 1979 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, al cărui prim principiu general prevede că “copiii nu trebuie să mai fie priviți ca fiind proprietatea părinților, ci trebuie recunoscuți ca indivizi cu drepturi și necesități proprii”<sup>17</sup>.

Pentru aprecierea împrejurărilor vizate, autoritățile judiciare sau administrative urmează să țină seama atât de informațiile puse la dispoziție de autoritățile competente, cât și de opinia copilului cu privire la dorința de a se înapoia, avându-se în vedere vârsta copilului și gradul de maturitate al acestuia.

În speta de față, instanța a apreciat că nu este cazul să procedeze la ascultarea minorilor în vârstă de 4 și, respectiv 8 ani, din analiza elementelor ce conturează o deplasare ilicită fiind stabilite condițiile în care cei doi minori au fost aduși de tatăl lor în România. De asemenea, instanța nu a reținut incidența în cauză a dispozițiilor art. 13 din Convenția de la Haga, text ce instituie excepțiile mai sus prezentate de la regula înapoierii, din actele și lucrările dosarului nerezultând că mama copiilor, care exercita efectiv dreptul privind încredințarea acestora, a consimțit sau achiesat ulterior la reținerea copiilor în România și nici fapte ale mamei care, îndreptate în mod nemijlocit asupra copiilor, să constituie un risc grav, actual sau iminent, de a-i expune pe aceștia unui pericol fizic sau psihic sau ca în orice chip să îi pună într-o situație intolerabilă.

---

<sup>17</sup> Expunerea realizată de către Adair Dyer, prim-secretarul Biroului permanent.

c) Potrivit dispozițiilor art. 20 din Convenție, înapoierea sa „nu ar fi permisă de principiile fundamentale ale statului solicitat cu privire la protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale omului”. Această dispoziție pare extrem de restrictivă devenind prin caracterul său neobișnuită conținutului pe care în mod normal îl au tratatele internaționale. Ea reprezintă rezultatul unui compromis între delegațiile care au admis și cele care s-au opus includerii în Convenție a unei clauze de „politică publică”. Divergențele au pornit de la limitarea excesivă a manifestărilor culturale și tradiționale ce caracterizează modul de formare și existență al familiilor în diferite state. Inițial rezerva prevăzută a fost formulată astfel: „Statele contractante își pot rezerva dreptul de a nu proceda la înapoierea copilului atunci când înapoierea sa ar fi în mod evident incompatibilă cu principiile fundamentale ale legislației referitoare la familie și minori din statul solicitat”<sup>18</sup>. Adoptarea acestui text a cauzat o breșă destul de importantă în consensul care guvernase până la acest punct procedurile Conferinței.

În această situație, adoptarea de către o majoritate de state<sup>19</sup> a dispoziției în varianta care se găsește în art. 20 din Convenție reprezintă o încercare laudabilă de a ajunge la un compromis între puncte de vedere opuse, astfel că rolul conferit dreptului intern al statului de refugiu a fost diminuat considerabil. Pe de o parte, trimiterea la principiile fundamentale privind protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale omului se leagă de un domeniu de drept în care există numeroase acorduri internaționale. Pe de altă parte, dispoziția cuprinsă în art. 20 acoperă o arie mai extinsă în comparație cu formularea tradițională a normelor de „ordine publică” în privința gradului de incompatibilitate între dreptul pretins și acțiunile preconizate. De fapt, pentru ca autoritatea în cauză să poată fi capabilă de a refuza dispunerea înapoierii copilului prin invocarea temeiului de drept care se regăsește în această dispoziție, trebuie să demonstreze nu numai că o atare contradicție există, dar și faptul că principiile care protejează drepturile omului interzic înapoierea solicitată.

## § 5. Instrumentele prin care se asigură aplicabilitatea Convenției

Aplicarea Convenției, atât în sens larg, cât și în marea majoritate a cazurilor particulare, va depinde de modul de funcționare a instrumentelor înființate în acest scop, și anume autoritățile centrale. Autoritatea centrală, reprezentată de Ministerul Justiției, este deținătoarea obligațiilor<sup>20</sup> pe care Convenția le impune, în măsura în care aceasta este „motorul” care mișcă mecanismul de cooperare în vederea combaterii fenomenului răpirii internaționale de copii. Pe de altă parte, ținând seama de particularitățile sistemelor juridice diferite, Convenția permite, potrivit art. 28, unei autorități centrale să solicite ca cererile adresate ei să fie însoțite de o „autorizație scrisă care să o mandateze să acționeze în numele solicitantului sau să desemneze un reprezentant care să acționeze astfel”.

---

<sup>18</sup> Comisia Specială – “*Concluziile rezultate în urma discuțiilor Comisiei Speciale reunite în martie 1978 cu privire la răpirea legală*” – pregătite de Biroul Permanent, prel. doc. nr. 5, Iunie 1979, <http://www.scribd.com/doc/39839643/Despre-Conventia-de-La-Haga-lucrare>.

<sup>19</sup> Textul a fost adoptat cu o majoritate de 14 voturi, 6 împotriva și 4 abțineri.

<sup>20</sup> A se vedea *Ghid de cooperare în materie civilă și comercială. Aspectele civile ale răpirii internaționale*, <http://www.just.ro>.

În speta propusă analizei<sup>21</sup>, reclamanta dorește executarea hotărârii de înapoiere a minorilor la reședința obișnuită a acestora, în Italia, fapt care nu poate fi realizat decât prin acordarea consimțământului pârâtului, tată al minorilor, de a părăsi țara, acesta exercitând drepturile și îndatoririle din conținutul autorității părintești alături de reclamantă.

Cu toate acestea, s-a invocat de către pârât excepția lipsei calității procesuale active a reclamantei în promovarea cererii, deoarece nu există o identitate între persoana reclamantei și titularul cererii având ca obiect suplinirea consimțământului pârâtului pentru întocmirea pașapoartelor minorilor. În susținerea acestei excepții s-a învederat că titularul cererii este Ministerul Justiției, în calitate de creditor al obligației de a obține înapoierea minorilor la domiciliul mamei în Italia, în vederea îndeplinirii prevederilor Convenției de la Haga din 1980, referitoare la răpirea internațională de copii.

Această excepție a fost respinsă de instanță, deoarece Ministerul Justiției este un mandatar legal al mamei reclamante (așa cum prevede textul din Convenție, mai sus citat), el acționând pentru și în interesul acesteia, astfel încât reclamanta are calitatea procesuală activă, ea fiind titularul dreptului de a solicita suplinirea consimțământului pârâtului în vederea întocmirii pașapoartelor minorilor.

De asemenea, pârâtul a ridicat excepția lipsei calității sale procesuale pasive deoarece acesta a înapoiat cei doi minori mamei reclamante, există un proces-verbal de executare doveditor în acest sens, astfel încât obligația pârâtului față de reclamantă a încetat, hotărârea instanței privind înapoierea minorilor la reședința obișnuită fiind pusă în executare. În consecință, a considerat că nu există o identitate între titularul obligației de a-și da consimțământul pentru părăsirea de către minori a țării și persoana chemată în judecată, prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 272/2004 nereglementând o astfel de prevedere; obligația de a-și da consimțământul nu incumbă astfel tatălui pârât, deoarece autoritatea centrală Ministerul Justiției trebuie să asigure înapoierea copiilor în Italia, fără a fi de altfel necesar consimțământul pârâtului în acest sens; s-a învederat, de asemenea, de către pârât că pentru punerea în executare a hotărârii judecătorești trebuie executat acest titlu, minorii trebuie duși în Italia fără alte forme administrative, acestea din urmă fiind necesare doar în situația liberei circulații a minorilor prin Europa.

Această a doua excepție ridicată de către pârât a fost respinsă de instanță deoarece pârâtul trebuia să își dea acordul trecerii frontierelor de către minori, acesta fiind un drept legal de a monitoriza situația de către tată și de a-și da acordul ieșirii copiilor din țară, dreptul său fiind inclus, așa cum am văzut, în sfera noțiunii de autoritate părintească (așa cum am putut observa în analiza realizată în secțiunea 4 asupra conținutului autorității părintești).

Instanța constată că titularul obligației în raportul juridic dedus judecății este numai tatăl pârât, de acordul căruia depinde întocmirea formalităților necesare trecerii frontierei României către Italia. Dispozițiile art. 31 alin. (3) din Legea nr. 248/2005<sup>22</sup> prevede în

<sup>21</sup> Sent. civ. nr. 8758 din 4 iunie 2013, Judecătoria Craiova, Secția civilă.

<sup>22</sup> Legea privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, publicată în M. Of. nr. 682 din 29 iulie 2005, modificată prin Legea nr. 175/2013, publicată în M. Of. nr. 343 din 11 iunie 2013.

mod explicit că: „ieșirea din România a minorilor, în situația în care există neînțelegeri între părinți cu privire la exprimarea acordului, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 30 alin. (2) și (3), se permite numai după soluționarea neînțelegerilor de către instanța de judecată, în condițiile legii”. De la prevederile acestui text de lege nu pot face derogare situațiile în care minorii trebuie să fie înapoiați pe teritoriul altui stat, cum este cazul în situația prezentă, acordul tatălui fiind obligatoriu, în condițiile în care în prezent, părinții copiilor sunt căsătoriti și exercită în comun autoritatea părintească asupra lor.

Cea de a treia excepție ridicată de pârât în vederea respingerii cererii de suplینire a consimțământului acestuia de a întocmi pașapoartele minorilor în vederea înapoierii lor în Italia, la locuința obișnuită avută înainte de răpire, vizează lipsa de interes a reclamantei în promovarea acestei acțiuni. Astfel, se susține ca una dintre condițiile interesului este aceea de a fi legitim, iar potrivit art. 18 alin. (2) din Legea nr. 272/2004, în speță nu ne aflăm în situația juridică a deplasării minorilor din țară, ci, sunt aplicabile prevederile art. 17 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 248/2005, în sensul că minorii nu pleacă la plimbare, ci ei trebuie să fie luați de Ministerul Justiției și duși în Italia, ministerul fiind cel care trebuie să se ocupe de procurarea pașapoartelor lor, fără a se mai impune consimțământul pârâtului. De altfel, s-a susținut că interesul nu prezintă nici condiția de a fi născut ori actual, în sensul că nu s-a făcut dovada unui refuz nejustificat al autorității române referitor la punerea în executare a hotărârii instanței.

Instanța a respins această excepție având în vedere mai multe considerente. În primul rând, în cuprinsul prevederilor art. 32 C. pr. civ. se arată că pentru a fi parte în proces, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții, care sunt în același timp și condiții de exercițiu ale acțiunii civile, ale oricărei forme procedurale ce intră în conținutul acțiunii civile: capacitatea procesuală, calitatea procesuală, afirmarea unui drept sau a unei situații juridice pentru a cărei realizare calea justiției este obligatorie, precum și existența unui interes.

Prin interes se înțelege folosul practic, material sau moral, urmărit de cel care a pus în mișcare acțiunea civilă, indiferent de forma concretă de manifestare a acesteia – cerere în justiție sau apărare de fond sau procedurală, el trebuind să îndeplinească următoarele cerințe, conform dispozițiilor art. 33 C. pr. civ.: să fie determinat, legitim, personal, să fie născut și actual.

În cea de-a doua teză a acestui articol se menționează: „Cu toate acestea chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara”.

Așadar, interesul trebuie să fie în legătură cu pretenția formulată, deci cu dreptul subiectiv civil afirmat, ori cu situația juridică legală pentru a cărei realizare calea justiției este obligatorie, iar pentru a stabili dacă o parte are interes în exercitarea acțiunii civile, instanța trebuie să prefigureze folosul efectiv pe care acesta l-ar obține în ipoteza admiterii formei procedurale exercitate. În situația prezentă, instanța constată că reclamanta are un interes legitim de a întocmi pașapoartele minorilor, în urma suplینirii acordului pârâtului, având în vedere legalitatea cererii sale.

Interesul reclamantei este și născut și actual, în sensul că dacă nu ar fi recurs la promovarea acestei cereri de ordonanță președințială, s-ar fi expus la un prejudiciu

cauzat de faptul că trebuie să se întoarcă la locul său de muncă în Italia, să înscrie minorii la școlile din localitatea de domiciliu și să îi treacă granița cât mai repede, pentru a pune astfel în executare hotărârile privitoare la întoarcerea minorilor în locuința obișnuită.

### § Concluzii

Scopul, obiectivele, precum și mecanismele de returnare sumară reglementate de Convenția de la Haga din 1980 reprezintă remediul juridic găsit la nivel internațional de limitare a abuzurilor întreprinse de părinți asupra copiilor lor, prin manifestarea excesivă a drepturilor pe care le au asupra acestora, transformându-le de cele mai multe ori într-un mijloc de manifestare a disputelor dintre soți.

Cu toate acestea, considerăm că atât obiectivul care are în vedere interesul superior al copilului și în consecință protecția drepturilor acestuia, cât și elementele care transferă un drept legal al părintelui de deplasare ori reținere a minorului în sfera ilicitului trebuie analizate de la caz la caz, cu stabilirea particularităților și excepțiilor ce pot fi reținute și din textul Convenției.

Se remarcă din speța expusă, o lacună legislativă a sistemului nostru de drept în sensul aducerii la îndeplinire prin mecanisme interne a dispozițiilor Convenției.

Astfel, după finalizarea procedurilor prevăzute prin Legea nr. 369/2004, modificată prin Legea nr. 63/2014, prin încheierea procesului-verbal de către executorul judecătoresc, prin care copiii au fost preluați de către mamă, aceasta s-a aflat în imposibilitatea legală de a-i readuce în domiciliul lor obișnuit în Italia, în lipsa consimțământului expres al tatălui.

*De lege ferenda*, considerăm că dispozițiile art. 17 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate ar trebui să nu își găsească aplicabilitatea în cazul returnării minorilor în țara de domiciliu, dar o asemenea excepție de la norma generală, ar trebui prevăzută expres în Legea nr. 369/2004<sup>23</sup> privind aplicarea Convenției asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii.

---

<sup>23</sup> Publicată în M. Of. nr. 888 din 29 septembrie 2004.



# Câteva trăsături caracteristice ale vânzării între soți în actuala reglementare

*Conf. univ. dr. Manuela ISTRĂTOAIE*  
*Universitatea din Craiova*  
*Facultatea de Drept și Științe Sociale*



## A few distinctive features of the sale between spouses in the current regulations

### Abstract:

Romanian Civil Code of 1865, with changes by adopting the Family Code of 1954, provided special material on disability and inability sale spouses to conclude its sales contracts. The current regulation does not prohibit the sale between spouses, from the provisions of art. 317 proclaiming their independence asset that' unless the law provides otherwise, each spouse may enter into any legal acts with the other spouse or third parties.

“Therefore, the sales contract between spouses may enter whatever nature they embraced - matrimonial regime, the legal community property regime, the regime of separation of property or conventional community property regime, the verdict is given by the nature of the goods forming the subject of the contract, determined nature in relation to matrimonial regime applicable to property relations between spouses”.

The study proposes an analysis of the particular features of the sale between spouses, given the conditions of validity of the contract of sale generally related to the quality of the Contracting Parties spouses.

**Keywords:** sale, spouses, community, regime, separation, matrimonial.

### § 1. Considerații generale

Codul Civil român de la 1865, cu modificările intervenite prin adoptarea Codului familiei din 1954<sup>1</sup>, a prevăzut în privința incapacităților speciale în materia vânzării și

---

<sup>1</sup> Potrivit art. 1307 vechiul C. civ., „vânzarea nu se poate face între soți...”.

incapacitatea soților de a încheia între ei contracte de vânzare. În doctrină<sup>2</sup>, ratiunea acestei incapacități a fost dată de următoarele aspecte: prin vânzări fictive (simulate), soții pot fraudă interesele creditorilor lor deoarece prin asemenea vânzări, soțul debitor ar deveni insolubil față de creditorii săi; vânzările între soți reprezintă de cele mai multe ori donații prin care aceștia conferă un caracter irevocabil transferului de proprietate intervenit între ei știut fiind că donațiile între soți sunt revocabile; vânzarea între soți este interzisă și pentru a apăra interesele moștenitorilor rezervatari ai soțului vânzător sau ai moștenitorilor care au dreptul la raportul donațiilor. Prin asemenea vânzări, soții ar ascunde donații care ar excede cotității disponibile sau pe care le-ar excepta de la obligația de raport al donațiilor (care revine soțului donator când vine în concurs cu descendenții defunctului donator). Întrucât vechiul cod nu a prevăzut sancțiunea pentru o vânzare între soți, în doctrină părerile au fost împărțite, unii autori susținând nulitatea absolută<sup>3</sup>, iar cei mai mulți nulitatea relativă, dată fiind natura interesului ocrotit<sup>4</sup>.

Actuala legiferare nu mai interzice vânzarea între soți, pornind de la dispozițiile art. 317 care proclamă independența patrimonială a acestora în sensul că „dacă prin lege nu se prevede altfel, fiecare soț poate să încheie orice acte juridice cu celălalt soț sau cu terțe persoane”. Așadar, contractul de vânzare între soți se poate încheia indiferent de natura regimului matrimonial îmbrățișat de aceștia, regimul comunității legale de bunuri, regimul separației de bunuri sau regimul comunității convenționale de bunuri, verdictul fiind dat de natura bunurilor ce formează obiect al contractului, natură determinată prin raportare la regimul matrimonial aplicabil raporturilor patrimoniale dintre soți. Este de asemenea valabilă vânzarea între concubini sau între viitorii sau foștii soți. În literatura de specialitate, independența economică impusă de art. 317 C. civ. este o parte componentă a “regimului primar” al raporturilor patrimoniale dintre soți, regim care cuprinde un set de norme de bază aplicabile raporturilor patrimoniale dintre soți și întâlnit indiferent de regimul matrimonial ce guvernează aceste raporturi<sup>5</sup>.

## § 2. Vânzarea între soți. Reglementare și noțiune

Un asemenea contract nu comportă reguli speciale în normarea sa, astfel că, dincolo de calitatea de soți a părților, este un contract de vânzare propriu-zis, supus dispozițiilor civile care determină regimul juridic al vânzării în general, cu anumite particularități pe care ni le propunem a le analiza în paginile următoare. Astfel, sunt aplicabile normele dispuse de art. 1.650-1.762 C. civ. completate cu normele generale

---

<sup>2</sup> A se vedea Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*. Vol. I., ed. a IV-a actualizată de L. Mihai, R. Popescu, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 51 și 52; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Vol. I, *Vânzarea și schimbul*, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 97 și 98; C. Toader, *Manual de contracte civile speciale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 18.

<sup>3</sup> A se vedea R. Sanilevici, *Drept civil. Contracte*, Universitatea “A.I.Cuza”, Iași, 1982, p. 8.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> A se vedea E. Florian, *Dreptul familiei în reglementarea NCC*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 89 și 90.

în măsura în care nu aduc atingere normelor imperative din materia raporturilor patrimoniale dintre soți. Vânzarea între soți este un contract de vânzare în care, la data încheierii sale, părțile au calitatea de soți. Vorbim astfel de o vânzare între soți numai în cazul contractelor încheiate în timpul căsătoriei, respectiv de la data încheierii căsătoriei și până la data desfacerii sau încetării căsătoriei. Momentul încheierii căsătoriei este acela în care ofițerul de stare civilă declară încheierea căsătoriei, după ce a luat consimțământul viitorilor soți (art. 289 C. civ.). Desfacerea căsătoriei are loc prin divorț, iar potrivit art. 373 și urm. C. civ., divorțul poate avea loc pe cale administrativă, notarială sau judiciară. Dacă divorțul are loc pe calea administrativă sau notarială, data desfacerii căsătoriei este data eliberării certificatului de divorț<sup>6</sup>. Dacă divorțul are loc pe cale judiciară, data desfacerii căsătoriei este data rămânerii definitive a hotărârii de divorț; în cazul divorțului din culpă, dacă soțul reclamant decedează în timpul procesului, moștenitorii săi pot continua acțiunea de divorț, aceasta urmând a fi admisă de instanța de judecată dacă se constată culpa exclusivă a soțului pârât în desfacerea căsătoriei, caz în care căsătoria se socotește desfăcută la data decesului<sup>7</sup>. Dacă căsătoria încetează prin decesul unui soț, data încetării căsătoriei este data decesului. În cazul desființării căsătoriei prin constatarea nulității sau prin anulare, soțul de bună-credință la încheierea unei căsătorii nule sau anulate, păstrează până la rămânerea definitivă a hotărârii, situația unui soț dintr-o căsătorie valabilă.

### § 3. Capacitatea părților în contractul de vânzare și calitatea lor de soți

Condițiile de valabilitate ale contractului de vânzare se raportează atât la dispozițiile generale în materia contractelor, cât și la dispozițiile speciale din materia vânzării. Potrivit art. 1.179 C. civ., condițiile esențiale pentru validitatea unui contract sunt: capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit și o cauză morală și licită, iar pe lângă aceste condiții de fond, respectarea formei cerute de lege pentru valabilitatea contractului încheiat. Capacitatea, în materia vânzării, se analizează pornind de la dispozițiile cuprinse în art. 1.180 și 1.181 C. civ. cât și cele din Titlul II, Cap. I – Capacitatea civilă a persoanei fizice din noua reglementare care se coroborează cu dispozițiile art. 1.652-1.656 din materia vânzării. Art. 1.652 C. civ. instituie principiul capacității încheierii contractului de vânzare, potrivit căruia pot (au aptitudinea) cumpăra sau vinde toți cei cărora nu le este interzis prin lege. Regula o constituie capacitatea, iar incapacitatea de a cumpăra sau/și vinde este o excepție, cazurile de incapacitate fiind prevăzute în mod expres și limitativ de lege.

Vânzarea constituie un act de dispoziție juridică, având loc un transfer de proprietate dintr-un patrimoniu în altul, astfel că, capacitatea necesară pentru încheierea acestui act este capacitatea deplină de exercițiu. Capacitatea deplină de exercițiu se dobândește prin împlinirea vârstei de 18 ani<sup>8</sup> care este totodată și vârsta matrimonială legală. Prin excepție, potrivit art. 272 alin. (2) C. civ., „pentru motive temeinice, minorul care a

<sup>6</sup> În acest sens, a se vedea art. 382 alin. (3) C. civ.

<sup>7</sup> În acest sens, a se vedea art. 382 alin. (2) C. civ.

<sup>8</sup> Pe cale de excepție, art. 40 C. civ. prevede: „Pentru motive temeinice, instanța de tutelă poate recunoaște minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitatea deplină de exercițiu...”.

împlinit vârsta de 16 ani se poate căsători, în temeiul unui aviz medical, cu încuviințarea părinților săi sau, după caz, a tutorelui și cu autorizarea instanței de tutelă în a cărei circumscripție, minorul își are domiciliul...”. Odată căsătorit, minorul dobândește capacitate deplină de exercițiu<sup>9</sup> și poate încheia orice act de dispoziție juridică în condițiile art. 317 C. civ. și, deci, și un contract de vânzare cu celălalt soț. În cazul în care căsătoria este anulată, soțul minor care a fost de bună-credință la încheierea unei asemenea căsătorii, păstrează capacitatea deplină de exercițiu. *Per a contrario*, soțul minor de rea-credință la încheierea unei căsătorii anulate, pierde cu efect retroactiv capacitatea deplină de exercițiu dobândită prin încheierea căsătoriei, caz în care contractul de vânzare încheiat în perioada căsătoriei este anulabil.

Cât privește incapacitățile speciale în materia vânzării, acestea subzistă în măsura în care calitatea de soți a părților nu împiedică existența acelor raporturi sau împrejurări care generează incapacitatea. Astfel:

a) *Incapacitatea de a cumpăra drepturi litigioase*. Pornind de la dispozițiile art. 1.653 alin. (1) C. civ., soțul judecător, procuror, avocat, grefier, executor judecătoresc, notar public, consilier juridic sau practician în insolvență, nu poate cumpăra de la celălalt soț, direct sau prin persoane interpușe, drepturi litigioase care sunt de competența instanței judecătorești în circumscripția căreia își desfășoară activitatea. Este limpede că rațiunea acestei incapacități este de a exclude conflictul de interese și deci orice îndoială privind o judecată subiectivă a dreptului litigios de către cel interesat personal într-o astfel de cauză. O interpretare pur gramaticală și restrictivă a textului de lege conduce la concluzia că acesta vizează competența actuală, precum și competența viitoare, eventuală (în cazul exercitării controlului judecătoresc), a instanței la care judecătorul, procurorul, grefierul își exercită funcția sau în a cărei circumscripție își exercită profesia avocatul, consilierul, notarul, executorul sau practicianul în insolvență. În doctrină<sup>10</sup>, atât sub imperiul vechiului Cod civil<sup>11</sup>, cât și sub imperiul actualei legiferări, s-a stabilit că circumscripția teritorială a instanței unde își exercită funcțiile magistrații și grefierii determină și circumscripția teritorială a incapacității cu privire la un drept litigios, fără să importe dacă dreptul litigios este sau nu este în mod concret de competența acelei instanțe; astfel, pentru judecătorii și grefierii de la judecătorii, precum și pentru procurorii de la parchetele de pe lângă judecătorii, interdicția vizează dreptul litigios care este de competența instanței la care își desfășoară activitatea. Apreciem că textul are în vedere competența materială și teritorială concretă, determinată conform normelor de drept procedural, astfel că incapacitatea nu vizează dreptul litigios cumpărat de un judecător, procuror, grefier ce își desfășoară activitatea la o altă instanță cu

<sup>9</sup> În acest sens, art. 39 alin. (1) C. civ.

<sup>10</sup> A se vedea Fl. A. Baias, E. Chelaru, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1737; R. Dincă, *Contracte civile speciale în noul Cod civil. Note de curs*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 39-40; C. Toader, *op. cit.*, p. 20; Fr. Deak, ed. a IV-a actualizată de L. Mihai și R. Popescu..., *op. cit.*, p. 54; D. Chirică, *op. cit.*

<sup>11</sup> A se vedea art. 1309 C. civ. 1865: „Judecătorii și supleanții, membrii Ministerului Public și avocații nu se pot face cesionari de drepturi litigioase, care sunt de competența tribunalului județean în a cărui rază teritorială își exercită funcțiunile lor, sub pedeapsa de nulitate, speze și daune-interese”. Prin Legea de organizare judecătorească s-au reînființat curțile de apel, astfel că termenul de tribunal județean a fost înlocuit cu acela de curte de apel.

competență alternativă de vreme ce, cu respectarea art. 107-113 și 116 C. pr. civ., o instanță a fost deja investită cu soluționarea în fapt a cauzei; de asemenea, cererea introductivă de instanță privind judecata dreptului litigios adresată unei instanțe necompetente material și/sau teritorial nu atrage incapacitatea magistratului sau a grefierului care își desfășoară activitatea în sau pe lângă această instanță de a cumpăra dreptul respectiv, deoarece cererea urmează a fi trimisă instanței competente a soluționa cauza.

Conform aceleiași teorii, dacă o persoană ce deține o astfel de funcție la judecătorie dobândește un drept litigios aflat pe rolul tribunalului la momentul dobândirii, contractul este valabil încheiat, chiar dacă dreptul litigios este în acest caz de competența instanței în a cărei circumscripție cumpărătorul își desfășoară activitatea. Mergând pe același raționament, judecătorii și grefierii de la tribunale și procurorii de la parchetele de pe lângă tribunale, sunt incapabili să cumpere drepturi litigioase care sunt de competența instanțelor judecătorești (judecătorii și tribunal) aflate în circumscripția teritorială a tribunalului în care sau pe lângă care își desfășoară activitatea, iar pentru judecătorii și grefierii de la curțile de apel și procurorii de la parchetele de pe lângă curțile de apel, incapacitatea privește drepturile litigioase care sunt de competența instanțelor judecătorești (judecătorii, tribunale și curte de apel) aflate în circumscripția teritorială a curții de apel în care sau pe lângă care își desfășoară activitatea. În ceea ce îi privește pe judecătorii și grefierii de la Înalta Curte de Casație și Justiție și pentru procurorii de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, interdicția vizează întreg teritoriul țării. Și în ceea ce îi privește pe avocați, consilieri juridici și practicieni în insolvență, dispozițiile legale sunt neclare atâta vreme cât aceste persoane își pot desfășura activitatea oriunde pe teritoriul țării. Este adevărat că acești profesioniști sunt membri, conform normelor interne de organizare a profesiei lor, ai unor entități organizate la nivel județean<sup>12</sup> în cadrul cărora își desfășoară activitatea, motiv pentru care s-a susținut că și incapacitatea acestor practicieni ai dreptului va fi delimitată teritorial tot prin raportare la circumscripția teritorială a entității din care fac parte și care își găsește corespondent în circumscripția teritorială a instanței organizate la nivel județean (tribunalul)<sup>13</sup>. Astfel, conform acestei teorii, pentru un avocat din Baroul Dolj, incapacitatea acestuia privește toate drepturile litigioase care sunt de competența Tribunalului Dolj, incluzând în această sferă drepturile litigioase aflate pe rolul judecătoriilor din circumscripția Tribunalului Dolj, fără însă ca avocatul să fie incapabil să cumpere un drept litigios aflat pe rolul Curții de Apel Craiova în a cărei circumscripție acesta își desfășoară activitatea, ca membru al Baroului Dolj. Înțelegem prin „drepturi litigioase” drepturile care formează obiectul unui proces început și neterminat cu privire la existența sau întinderea lor; procesul trebuie să existe ca dosar înregistrat în momentul cesiunii<sup>14</sup>. Această interdicție protejează un interes general, de ordine publică și anume

---

<sup>12</sup> Spre exemplu, fiecare avocat este membru al unui barou organizat la nivelul unui județ sau al municipiului București, fiecare notar este membru al unei camere regionale pe lângă fiecare curte de apel, consilierii sunt organizați în colegii la nivel județean, iar practicienii în insolvență sunt membri ai filialelor județene ale Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență.

<sup>13</sup> A se vedea R. Dincă, *op. cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> A se vedea I. Turcu, *Vânzarea în noul Cod civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 587.

apărarea prestigiului și independenței justiției, astfel că încălcarea ei se sancționează cu nulitatea absolută a vânzării<sup>15</sup>, potrivit aceluiași text de lege. Nu interesează locul situării bunului asupra căruia poartă dreptul litigios atâta vreme cât această împrejurare nu determină competența instanței de judecată.

Prin raportarea art. 1.653 alin. (2) C. civ. la calitatea de soți a părților contractante, deducem că incapacitatea admite și următoarele excepții, respectiv cazuri în care soțul judecător, procuror, avocat, grefier, executor judecătoresc, notar public, consilier juridic sau practician în insolvență poate cumpăra de la celălalt soț drepturi litigioase, chiar dacă acestea sunt de competența instanței judecătorești în circumscripția căreia își desfășoară activitatea: a) contractul vizează drepturile succesoriale de la soțul comostenitor sau cotele-părți din dreptul de proprietate de la soțul coproprietar; rațiunea legii se justifică în acest caz prin finalitatea vânzării constând în încetarea stării de indiviziune sau coproprietate; b) cumpărarea are drept scop îndeșularea unei creanțe născute înainte ca dreptul să devină litigios; c) cumpărarea dreptului litigios s-a făcut pentru apărarea drepturilor celui ce stăpânește bunul în legătură cu care există litigiul; aceste dispoziții legale au în vedere ipoteza în care soțul incapabil a dobândit un drept de la celălalt soț, iar acest drept este grevat de o sarcină în favoarea unui terț creditor al soțului înstrăinător; dacă terțul creditor urmărește executarea sarcinii în vederea îndeșulării creanței pe care o are împotriva soțului înstrăinător, această executare, ce face obiectul unui proces, se va efectua asupra bunului pe care soțul incapabil l-a dobândit de la celălalt soț; pentru a apăra dreptul asupra bunului pe care l-a dobândit de la soțul său, soțul incapabil poate cumpăra dreptul de creanță litigios de la terțul – creditor al soțului său.

*b) soțul mandatar nu poate cumpăra nici direct, nici prin persoane interpose*, bunurile celuilalt soț sau bunurile comune *cu a căror vânzare a fost înputernicit* [art. 1.654 alin. (1) lit. a) C. civ.]. Rațiunea acestei interdicții este de a evita un conflict de interese între cel al soțului vânzător și cel al soțului cumpărător, soțul mandatar fiind interesat să cumpere la un preț cât mai avantajos, ce ar putea dezavantaja pe celălalt soț; această incapacitate de a cumpăra nu se aplică în cazul în care soțul mandatar a fost însărcinat în mod expres cu o asemenea vânzare către sine de către celălalt soț sau cuprinsul contractului de mandat este astfel determinat încât exclude posibilitatea unui conflict de interese (de ex. prețul vânzării este dinainte stabilit de vânzător). Întrucât această incapacitate este menită să apere un interes particular, al persoanei reprezentate, sancțiunea nerespectării ei va fi nulitatea relativă a actului astfel încheiat (art. 1.304 C. civ.).

*c) incapacitatea soțului mandatar de a vinde bunurile sale proprii celuilalt soț* pentru un preț constând într-o sumă de bani care provine din vânzarea sau exploatarea bunului sau patrimoniului celuilalt soț în calitate de mandatar (art. 1.655 C. civ.). Și în acest caz, sancțiunea aplicabilă contractului încheiat de persoana incapabilă va fi tot nulitatea relativă. De precizat că, în aplicarea art. 1.656 C. civ., nulitatea relativă nu poate fi invocată de soțul incapabil sau de persoana interpusă a acestuia.

---

<sup>15</sup> A se vedea C. Toader, *op. cit.*, p. 20; C. Macovei, *op. cit.*, p. 14; Fr. Deak, ed. a IV-a actualizată de L. Mihai și R. Popescu..., *op. cit.*, p. 54; D. Chirică, *Contracte speciale civile și comerciale*, vol. I, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 134 și 135.

În ceea ce privește celelalte incapacități de a vinde și de a cumpăra prevăzute de art. 1.654 alin. (1) lit. b) C. civ., acestea nu își găsesc aplicare în materia vânzărilor între soți.

#### § 4. Particularități cu privire la prețul contractului

Dacă în privința celorlalte condiții de valabilitate întâlnite în materia contractului de vânzare, nu avem elemente particulare determinate de raporturile de căsătorie dintre părți, în privința prețului, sunt necesare câteva precizări. Potrivit art. 1.660 alin. (1) și (2) coroborat cu art. 1.665 C. civ., prețul trebuie să conștie într-o sumă de bani, trebuie să fie sincer și serios, determinat<sup>16</sup> sau cel puțin determinabil. Un preț fictiv, stabilit de părți fără intenția reală de a fi plătit atrage nulitatea relativă a contractului, aceeași sancțiune intervenind și în prezența unui preț derizoriu, adică atât de disproportionat, de mic, în raport cu valoarea bunului încât este evidentă intenția părților de a nu încheia un contract de vânzare. O vânzare cu un preț fictiv denotă voința părților către o simulație; simulația prețului nu este ilicită în sine, acordul de voință fiind valabil chiar dacă comportă o simulație<sup>17</sup>, însă dacă se dovedește că înțelegerea părților a fost pentru un preț fictiv (inexistent), operațiunea este anulabilă ca vânzare, dar valabilă ca donație deghizată dacă se dovedește intenția *animus donandi* și întrunirea condițiilor de fond pentru valabilitatea donației, mai puțin forma autentică<sup>18</sup>. Nu aceeași va fi soluția în cazul unei vânzări fictive sau neserioase între soți. Prețul a fost un element determinant pentru care în vechea codificare acest contract a fost prohibit, pornindu-se de la prezumția că un astfel de contract, având în vedere relațiile existente între soți prin efectul căsătoriei, poartă numai aparența caracterului oneros. Admițând valabilitatea vânzărilor între soți, actuala legiferare interzice totuși donațiile simulate între soți (simulație care se realizează în mod frecvent prin contractul de vânzare), finalitatea urmărită fiind respectarea principiului revocabilității donațiilor între soți. Astfel, conform art. 1.033 alin. (1) și (2) C. civ., este lovită de nulitate orice simulație în care donația reprezintă contractul secret în scopul de a eluda revocabilitatea donațiilor între soți. Până la proba contrară, este prezumată persoană interpusă orice rudă a donatarului la a cărei moștenire acesta ar avea vocație în momentul donației și care rudă nu a rezultat din căsătoria cu donatorul. Prezumția este relativă, putându-se face dovada contrară, respectiv a unei gratificări reale a rudei soțului donatar, fără ca prin această simulație să se urmărească o donație între soți. Deși textul citat, nu menționează tipul nulității care sancționează simulația, având în vedere că se vizează respectarea normelor imperative cu privire la revocabilitatea donațiilor dintre soți, s-a apreciat că nulitatea care lovește simulația este una absolută<sup>19</sup>. Putem concluziona că, în cazul vânzării între soți, ori de câte ori vânzarea cuprinde un preț nesincer sau

---

<sup>16</sup> Nu suntem în prezența unui preț determinat dacă contractul se limitează să prevadă că prețul va fi stabilit de comun acord sau că va face obiectul unei determinări ulterioare în funcție de lucrările a căror importanță și cost nu sunt precizate. (Cass. Com., 10 martie 1987, L. Leveneur, *Code civil* 2010, vingt-neuvième édition, Litec, 2009, p. 1006).

<sup>17</sup> PH. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 142.

<sup>18</sup> A se vedea D. Chirică, *op. cit.*, p. 88.

<sup>19</sup> A se vedea și Fl. Baias..., *op. cit.*, p. 1071.

neserios, sancțiunea va fi nulitatea absolută și nu relativă precum în cazul celorlalte contracte de vânzare, sancțiune care lovește atât actul aparent, cât și actul secret, atunci când soții au intenționat să mascheze donația printr-un contract cu titlu oneros.

### 5. Bunurile care pot forma obiect al vânzării între soți. Influența regimului matrimonial ales

Date fiind raporturile patrimoniale rezultate din căsătorie, existente între părți la momentul încheierii contractului, se pune problema categoriei de bunuri care pot forma obiect al acestui contract și aceasta întrucât principalul efect al contractului este transferul de proprietate. Pornind de la dispozițiile art. 1.674 C. civ. care impun regula transferului automat, instantaneu al dreptului chiar în momentul încheierii contractului<sup>20</sup>, se poate spune că o condiție pentru încheierea valabilă a acestui contract este ca bunul vândut să fie proprietatea vânzătorului, întrucât numai astfel vânzătorul poate transmite dreptul de proprietate la momentul încheierii contractului<sup>21</sup>. Cu alte cuvinte, în contractul de vânzare între soți, soțul vânzător trebuie să fie titularul dreptului ce formează obiectul vânzării către celălalt soț. Pe de altă parte, raporturile patrimoniale dintre soți sunt supuse normelor care guvernează regimul primar și regimurile matrimoniale admise în dreptul nostru, respectiv regimul comunității legale, regimul separației de bunuri și regimul comunității convenționale. Orice regim matrimonial are, înainte de toate, vocația de a orândui repartizarea bunurilor între soți și de a delimita puterile pe care aceștia le au asupra administrării bunurilor lor<sup>22</sup>. Repartizarea bunurilor determină compunerea patrimoniului fiecărui soț și constituie criteriul substanțial pentru caracterizarea juridică a unui anumit tip de regim matrimonial; puterile soților, ca substanță și întindere, variază în funcție de tipul de regim matrimonial<sup>23</sup>. S-a arătat în doctrină că principiul libertății alegerii regimului matrimonial instituit de noua codificare este mai restrictiv decât în alte legislații și oferă o gamă limitată de opțiuni soților care doresc un regim convențional<sup>24</sup>. Între soți, regimul matrimonial produce efecte numai din ziua încheierii căsătoriei sau, după caz, de la momentul modificării regimului matrimonial. Potrivit art. 319 C. civ., regimul matrimonial încetează prin constatarea nulității, anularea, desfacerea sau încetarea căsătoriei, iar în timpul căsătoriei se admite posibilitatea soților de a modifica regimul matrimonial.

În concluzie, drepturile care pot forma obiect al vânzării între soți diferă în funcție de regimul matrimonial ales de soți pentru a governa raporturile lor patrimoniale.

### § 6. Regimul comunității legale și vânzarea între soți

Regimul comunității legale sau regimul matrimonial legal se aplică raporturilor patrimoniale dintre soți atunci când aceștia nu au optat pentru un regim convențional,

<sup>20</sup> Excepțiile de la această regulă sunt prevăzute expres de art. 1.658, art. 1.676 – 1.684 C. civ.

<sup>21</sup> A se vedea și art. 1.683 C. civ. cu privire la vânzarea bunului altuia.

<sup>22</sup> A se vedea P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 24.

<sup>23</sup> A se vedea E. Florian, *op. cit.*, p. 79 și 80.

<sup>24</sup> *Ibidem*.



prin încheierea unei convenții matrimoniale, precum și atunci când convenția matrimonială prin care soții au ales un regim convențional, este desființată, fiind lovită de nulitate. Pe aceeași linie cu vechea reglementare din art. 30 C. fam. 1954, regimul matrimonial legal are la bază principiul comunității legale a soților, principiu potrivit căruia regula o constituie bunurile comune, iar excepția bunurile proprii ale soților. Art. 339 C. civ. prevede că bunurile dobândite în timpul regimului comunității legale de oricare dintre soți sunt, de la data dobândirii lor, bunuri comune în devălmășie ale soților. Asupra bunurilor comune, soții au așadar un drept de proprietate comună în devălmășie<sup>25</sup>. În consecință, bunurile comune nu pot forma obiect al vânzării între soți deoarece atâta timp cât subsistă starea de devălmășie, nu se poate cunoaște cota-parte ce revine soțului vânzător din acest bun și din comunitate. Lichidarea comunității legale, ca urmare a încetării regimului matrimonial legal din cauze autorizate de lege, are drept obiect stabilirea cotelor-părți ce revin fiecărui soț din comunitate, avându-se în vedere contribuția fiecăruia atât la dobândirea bunurilor comune cât și la îndeplinirea obligațiilor comune (art. 357 C. civ.). În lipsa unei dovezi contrare, legiuitorul prezumă o contribuție egală și deci cote egale ale soților la dobândirea comunității. Odată lichidată comunitatea de bunuri și stabilite cotele ce revin fiecărui soț din această comunitate, proprietatea comună în devălmășie se transformă într-o proprietate comună pe cote-părți/indiviziune, astfel că regulile care guvernează drepturile soților asupra bunurilor din fosta comunitate sunt cele care conturează regimul juridic al coproprietății/indiviziunii edictat de art. 634-645 C. civ. Devenind coproprietari, fiecare soț este titularul exclusiv al unei cote-părți din dreptul de proprietate asupra bunurilor comune și poate dispune în mod liber de aceasta. Deși în cazul lichidării comunității legale, cota parte stabilită pentru fiecare soț este unică și privește întreaga masă a bunurilor comune, apreciem că un soț poate înstrăina către celălalt soț cota sa parte dintr-un bun privit *ut singuli* sau chiar cota sa parte din masa bunurilor comune. Dacă lichidarea comunității a fost urmată și de partaj, atunci bunurile atribuite soților prin împărțeală devin bunurile lor proprii, de care pot dispune prin încheierea de acte de dispoziție inclusiv între ei. Pentru a putea vorbi despre o vânzare între soți, este necesar ca lichidarea comunității să se facă în timpul căsătoriei, ceea ce implică o modificare a regimului comunității legale cu un regim convențional. Dacă lichidarea comunității intervine ca urmare a încetării regimului matrimonial datorită desfacerii sau desființării căsătoriei, problema unei vânzări între soți nu se mai pune, deoarece la data la care se poate încheia un astfel de contract (numai după determinarea cotei-părți a fiecărui sot) aceștia nu mai au calitatea de soți. De altfel, partajul bunurilor comune se poate realiza și în timpul comunității legale și poate fi parțial (cu privire la unul sau mai multe bunuri comune) sau total (cu privire la masa bunurilor comune dobândită până la momentul partajului), fără ca prin această împărțeală comunitatea legală să înceteze; bunurile atribuite fiecărui soț prin partaj devin bunuri proprii ale acestuia, iar bunurile

---

<sup>25</sup> În acest sens, art. 667 C. civ.: „Există proprietate în devălmășie atunci când, prin efectul legii sau în temeiul unui act juridic, dreptul de proprietate aparține concomitent mai multor persoane fără ca vreuna dintre acestea să fie titularul unei cote-părți determinate din dreptul de proprietate asupra bunului sau bunurilor comune”.

ce nu au făcut obiectul împărțelii rămân bunuri comune (art. 358 C. civ.). Și în acest caz, bunurile proprii ale fiecărui soț dobândite în urma partajului din timpul comunității legale pot fi înstrăinate prin vânzare de soțul titular, în virtutea dreptului său exclusiv, către celălalt soț. În mod indirect, am putea spune că permiterea realizării partajului în timpul comunității deschide calea pentru scoaterea din comunitate a unui anumit bun în vederea migrării acestuia în patrimoniul unuia dintre soți. În conformitate cu dispozițiile art. 359 C. civ., orice convenție contrară dispozițiilor privind regimul comunității legale este nulă absolut; drept urmare, este prohibită orice convenție între soți prin care aceștia ar conveni micșorarea comunității de bunuri, respectiv calificarea convențională a unui bun ca fiind propriu, deși potrivit dispozițiilor legale imperative, acesta are natura de bun comun.

Pe cale de excepție, art. 340 C. civ. reglementează categoria de bunuri proprii ale fiecărui soț, bunuri asupra cărora soțul titular are un drept de proprietate fie exclusiv, fie proprietate comună/indiviziune cu terțe persoane, astfel că poate dispune liber de aceste bunuri/drepturi inclusiv prin încheierea unui contract de vânzare cu celălalt soț. Putem spune că un soț poate vinde celuilalt soț: a) bunurile pe care le-a dobândit prin moștenire legală, legat sau donație; b) bunurile sale de uz personal; c) bunurile destinate exercitării profesiei sale, mai puțin elementele unui fond de comerț; d) drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creațiilor sale și asupra semnelor distinctive pe care le-a înregistrat; e) bunurile pe care le-a dobândit cu titlu de premiu sau recompensă, manuscrisele științifice sau literare, schitele și proiectele artistice, proiectele de invenții și alte asemenea bunuri, în măsura în care acestea sunt susceptibile de înstrăinare; f) fructele percepute de la bunurile sale proprii.

## § 7. Regimul separației de bunuri și vânzarea între soți

Un asemenea regim poate fi rezultatul voinței părților, atunci când aceștia optează în acest sens prin convenție matrimonială, dar poate fi și un regim impus de către instanța de judecată, în temeiul art. 370 C. civ., la cererea unuia dintre soți atunci când celălalt soț încheie acte care pun în pericol interesele patrimoniale ale familiei. Potrivit acestui regim, fiecare soț este proprietar exclusiv în privința bunurilor dobândite în nume propriu în timpul căsătoriei; textul face referire și la bunurile dobândite de fiecare soț anterior încheierii căsătoriei, însă aceste bunuri sunt bunuri proprii, obiect al proprietății exclusive și în regimul comunității legale. Asupra bunurilor dobândite împreună sub imperiul acestui regim, soții au un drept de proprietate comună pe cote-părți, urmând ca aceste cote să fie determinate în actul de dobândire, iar în caz contrar ele sunt prezumate egale [art. 634 alin. (2) C. civ.].

În ceea ce privește bunurile ce formează obiect al dreptului de proprietate exclusivă al soțului titular, acestea pot forma în mod valabil obiect al vânzării către celălalt soț, caz în care bunul va trece din patrimoniul soțului vânzător în patrimoniul soțului cumpărător. Dacă vânzarea privește un bun dobândit împreună de cei doi soți în timpul acestui regim, ea va avea ca obiect numai cota-parte din bun ce revine soțului vânzător și de care, conform regimului coproprietății, acesta poate dispune, vânzarea având în acest caz drept efect dobândirea de către soțul cumpărător a proprietății depline și exclusive asupra bunului respectiv. Deși bun proprietate exclusivă a unuia dintre soți,

imobilul care constituie locuința familiei, nu poate forma obiect al unui act de înstrăinare sau unui alt act prin care ar fi afectată folosința, fără consimțământul scris al celuilalt soț; de asemenea, bunurile care mobilează sau decorează locuința familiei nu pot fi mutate sau înstrăinate fără consimțământul scris al celuilalt soț. Problema care apare este dacă o înstrăinare a acestor bunuri poate fi făcută către celălalt soț care, este evident, că își va da consimțământul pentru încheierea unui astfel de act, consimțământ distinct față de cel exprimat la cumpărare. Apreciem că o astfel de vânzare se poate realiza fără a pune în pericol interesele familiei deoarece nu importă în patrimoniul căruia dintre soți se găsesc aceste bunuri de vreme ce dispozițiile art. 321 și 322 C. civ. au în vedere împrejurări de fapt cu privire la calificarea unor bunuri ca fiind locuința familiei sau bunuri care mobilează sau decorează locuința familiei, iar aceste împrejurări nu se modifică prin transferul de drept al proprietății între soți; bunul imobil vândut va continua să fie locuința familiei și după vânzare, la fel și bunurile mobile care îmbracă locuința și vor atrage aplicarea în continuare a art. 321 și 322 C. civ.

### **§ 8. Regimul comunității convenționale și vânzarea între soți**

Un astfel de regim este o „variațiune” pe tema regimului matrimonial al comunității legale<sup>26</sup>. Regimul comunității convenționale se așază pe regimul comunității legale cu deosebirea că oferă soților libertatea de a mări (prin includerea în comunitatea de bunuri și a altor bunuri considerate bunuri proprii în regimul comunității legale) sau a micșora (prin lărgirea sferei bunurilor proprii ale soților) comunitatea de bunuri cu anumite drepturi determinate expres în convenția matrimonială, posibilitatea inserării unei clauze de preciput, limitarea libertății de gestiune a fiecărui soț, precum și modalități privind lichidarea comunității convenționale. În afara clauzelor conținute în convenția matrimonială prin care soții derogă de la regimul comunității legale, regimul comunității convenționale se completează cu dispozițiile legale privind regimul comunității legale (art. 368 C. civ.). Raportat la trăsăturile definitorii ale acestui regim, bunurile care pot forma obiect al vânzării între soți sunt bunurile proprii ale fiecărui soț, astfel cum acestea au fost determinate prin convenție; în ceea ce privește bunurile convenite de soți a forma comunitatea, vânzarea între soți a acestor bunuri (cote) se poate realiza după cum soții, prin convenție matrimonială, au convenit sau nu în mod expres și asupra cotelor în care se dobândesc aceste bunuri. Dacă soții nu au prevăzut în convenția matrimonială modul de dobândire și de lichidare a comunității, apreciem că devin aplicabile dispozițiile legale din regimul comunității legale, astfel soții au asupra bunurilor comune un drept de proprietate în devălmășie, ipoteză în care vânzarea între soți a cotelor lor din aceste bunuri nu este posibilă deoarece nu se cunoaște cota determinată ce va reveni fiecărui soț din comunitate. Dacă, dimpotrivă, prin clauză expresă, soții au convenit și asupra cotelor pe care fiecare le deține din comunitate, atunci dreptul lor de proprietate asupra acestei comunități este o coproprietate obișnuită, supusă dispozițiilor de drept comun, astfel că este valabilă și vânzarea prin care soții își transmit unul altuia cota-parte dintr-un anumit bun comun, dreptul de proprietate aparținând în totalitate soțului cumpărător și fiind considerat bunul său propriu.

# Convenția matrimonială – o convenție „specială” a Codului civil român

*Lector univ. dr. Cristina STANCIU  
Universitatea din Craiova,  
Facultatea de Drept și Științe Administrative*



## Matrimonial convention – a „special” convention of the Romanian Civil code

### Abstract:

Romanian Civil Code rules, the new structure and reforming regulated materials, reflect a modern approach to family relations and in line with contemporary social life. A significant change of legal regulation on family law refers to the matrimonial regime, whose rules have undergone significant changes.

The current legal regulation promotes, in this matter, the principle of pluralism of matrimonial property regimes, modifying, so characters matrimonial formerly unique legal, immutable and binding. In other words, it enshrines the principle of freedom in this area dating conventions. Current solution provided by the Romanian Civil Code regulations is to enable future spouses or, where appropriate, spouses to organize economic issues of marriage, the matrimonial choice of the arrangements provided for Romanian Civil Code: the community legal separation goods or conventional community.

**Keywords:** matrimonial convention, matrimonial, legal community, separation of goods, conventional community.

### § Preliminarii

Codul civil român<sup>1</sup> a marcat în legislația noastră un moment de majoră schimbare, schimbare menită să realizeze o corelație a legislației cu evoluțiile economice și sociale

---

<sup>1</sup> Legea nr. 287/2009 a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011 prin adoptarea legii pentru punerea în aplicare a Codului civil, Legea nr. 71/2011.

ale societății românești, să aducă o serie de instituții juridice de drept privat și legi într-o unică reglementare și să introducă noi elemente legislative reclamate de evoluția izvorului material al dreptului – societatea, cu permanenta ei schimbare și evoluție.

Actuala reglementare a Codului civil român este definită, practic, de trei trăsături principale: unificare de legislație, actualizare și introducerea de elemente de noutate legislativă pentru sistemul de drept român.

Prin intrarea în vigoare a noii legislații civile au fost incluse în același cod mai multe legi speciale și instituții de drept privat. Astfel, Codul comercial a fost abrogat și aceasta are ca efect faptul că noul Cod civil include și reglementarea contractelor comerciale, inclusiv a acelor care îi priveau în mod exclusiv pe comercianți; noul Cod civil având un impact major asupra legislației comerciale. Dar, Codul civil nu a abrogat numai Codul comercial, ci și vechiul Cod al familiei. Mai multe legi care reglementează societățile comerciale, proprietatea intelectuală sau instituțiile de credit au suferit, de asemenea, modificări cu prilejul adoptării noului Cod civil. Totodată, raporturile de drept privat sunt reglementate într-un cod unic în care sunt incluse toate dispozițiile cu privire la persoanele fizice sau juridice, relațiile comerciale și relațiile de familie. De asemenea, o serie de legi speciale au fost transpuse în noul Cod civil, suportând modificările de rigoare ca, de exemplu, dispozițiile Decretului nr. 31/1954 sau ale Decretului nr. 167/1958.

În privința elementelor de noutate aduse de Codul civil amintim, cu titlu de exemplu: transformarea comerciantului în profesionist, fiducia – separația de patrimonii, administrarea bunurilor altuia, convențiile matrimoniale, promisiunea de contract, modificarea regimului juridic al prescripției și al termenelor de decădere, schimbările aduse în materia garanțiilor, modificările din materia dobândirii bunurilor imobile sau cele din domeniul răspunderii civile delictuale etc.

În ceea ce privește caracterul de normă „actualizată”, normele Codului civil român, prin noua sa structură și prin reformarea materiilor reglementate, reflectă o abordare modernă asupra relațiilor de familie și conformă cu viața socială contemporană.

O modificare importantă de reglementare juridică din sfera dreptului familiei vizează regimul matrimonial, ale cărui reguli au suportat schimbări. Astfel, se consacră în această materie principiul libertății convențiilor matrimoniale, în contrast cu reglementarea anterioară (Codul familiei) care impunea un regim matrimonial unic, legal, imperativ și imutabil și care sancționa cu nulitatea absolută convențiile matrimoniale care derogau de la comunitatea legală de bunuri<sup>2</sup>.

De altfel, doctrina<sup>3</sup> care a făcut o analiză a schimbărilor suportate de regimul matrimonial din România, remarcă faptul că actuala reglementare juridică nu face altceva decât să „reînvie” principiul libertății convențiilor matrimoniale, convenții care au mai beneficiat de reglementare juridică în legislația noastră mai veche și în Codul civil român de la 1864<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil, Comentariu pe articole, art. 1-2.664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 320.

<sup>3</sup> O. Ghiță, *Regimuri matrimoniale în reglementarea noului Cod civil, Metamorfoză și actualitate în dreptul românesc, Cercetări juridice postdoctorale*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 246 și 247.

<sup>4</sup> Până la intrarea în vigoare a Codului familiei, legislație de inspirație comunistă.

Prin urmare, soluția actuală oferită de reglementările Codului civil român este aceea de a oferi posibilitatea viitorilor soți sau, după caz, soților, de a-și „organiza”<sup>5</sup> chestiunile patrimoniale ale căsătoriei, aspecte patrimoniale ce vizează, pe de o parte, relațiile dintre ei, iar, pe de altă parte, relațiile dintre ei și terțe persoane, prin alegerea regimului matrimonial din regimurile prevăzute de Codul civil în art. 312: comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională.

Libertatea în alegerea regimului matrimonial nu este, însă, una absolută, ci se oferă doar posibilitatea pentru viitorii soți sau pentru soți de a opta între unul sau altul din regimurile reglementate expres de Codul civil român.

De altfel, o parte a doctrinei a catalogat această posibilitate de a opta pentru unul sau altul dintre regimurile reglementate în mod expres de Cod ca fiind o „concepție restrictivă”, arătând faptul că multe din legislațiile moderne sunt mai flexibile și oferă posibilitatea soților de a-și construi propriul regim matrimonial ori de a combina mai multe tipuri de regimuri.

O altă parte a doctrinei<sup>6</sup> consideră, dimpotrivă, că, deși promovarea principiului libertății alegerii regimului matrimonial este un „plus” în materie, reprezintă o chestiune pozitivă faptul că libertatea alegerii regimului matrimonial este una relativă. Astfel, s-a spus, în acest sens: „libertatea alegerii și modificării regimului matrimonial este relativă – nici nu s-ar putea altfel, pentru că libertatea absolută, nelimitată a părților de a-și construi propriul regim matrimonial ar avea efecte dezastruoase asupra circuitului civil prin incertitudinea propagată față de terți cu privire la regulile alese de soți – și e de exercitat în limitele ofertei legale”.

Regimul matrimonial de drept comun este cel al comunității legale. Altfel spus, regimul comunității legale reprezintă regula și se va aplica ori de câte ori soții nu și-au stabilit anterior căsătoriei regimul matrimonial ce urmează să li se aplice sau până la modificarea acestuia, modificare ce poate opera la cel puțin 1 an de la încheierea căsătoriei, prin convenție matrimonială. Dacă preferința soților este un regim convențional, vor trebui să încheie o convenție matrimonială în acest sens.

Regimul matrimonial actual, convențional sau legal, este mutabil și, ca urmare, poate fi înlocuit ori, după caz, modificat în timpul căsătoriei.

Cu toate acestea, indiferent de tipul regimului matrimonial al soților și indiferent de natura legală sau convențională a acestuia, toate căsătoriile au ca element comun patrimonial statutul imperativ, numit în doctrină și regim primar imperativ<sup>7</sup>, adică un ansamblu de norme imperative și fundamentale, ce guvernează raporturile patrimoniale dintre soți și raporturile dintre aceștia și terți.

---

<sup>5</sup> A.G. Atanasiu, A. P. Dimitriu, A. F. Dobre etc., *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 106 și 107.

<sup>6</sup> Emese Florian, *Primii doi ani de aplicare a Codului civil nu i-au relevat toate imperfecțiunile în materia regimurilor matrimoniale (Interviu)*, în *Pandectele Române* nr. 7/2013, Ed. Wolters Kluwer, p. 19.

<sup>7</sup> Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *op. cit.*, p. 321.

## § 1. Convenția matrimonială: reglementare, noțiune, denumire și caractere juridice

Convenția matrimonială beneficiază în Codul civil român de o reglementare juridică căreia i s-a rezervat, în economia reglementărilor destinate regimului matrimonial, un număr de articole considerabil: art. 329-338 și art. 366-369.

În pofida unei reglementări atât de ample, convenția matrimonială nu primește o definiție legală, iar sarcina determinării conținutului acestei noțiuni îi revine doctrinei care, pornind de la setul de articole care-i configurează structura juridică și care-i prezintă efectele, încearcă să-i determine natura juridică.

În acest sens, doctrina a înregistrat mai multe încercări de definiție și astfel, convenția matrimonială a fost considerată a fi:

- „un act juridic solemn, public, de natură convențională, prin care viitorii soți reglementează înainte de încheierea căsătoriei raporturile patrimoniale esențiale care vor exista între aceștia pe parcursul căsătoriei sau acea convenție încheiată pe parcursul desfășurării mariajului, prin care soții hotărăsc să schimbe regimul matrimonial actual cu un alt tip de regim matrimonial recunoscut de lege”<sup>8</sup>;

- „actul juridic prin care părțile își reglementează raporturile patrimoniale esențiale care se vor desfășura între ei în timpul căsătoriei”<sup>9</sup>;

- „actul juridic prin care viitorii soți sau, după caz, soții, uzând de libertatea conferită de legiuitor, își stabilesc regimul patrimonial propriu sau, după caz, își modifică regimul matrimonial aplicabil”<sup>10</sup> etc.

Indiferent de modul de formulare a noțiunii de convenție matrimonială, din reglementarea legală și din analiza textelor care teoretizează aceste reglementări, rezultă câteva elemente comune, care conturează natura juridică a acestei instituții.

Astfel, instituția analizată este un act juridic bilateral, sinalagmatic<sup>11</sup>; este, de fapt, o convenție. În acest context, două sunt discuțiile care se nasc atunci când analizăm acest aspect particular al noțiunii de convenție matrimonială: prima chestiune vizează denumirea, iar cea de-a doua, natura juridică și opțiunea legiuitorului pentru formula de „convenție” și nu pentru cea de „contract”.

Referitor la denumire, în literatura de specialitate română și străină a fost utilizată de-a lungul timpului o terminologie variată: *acord* sau *contract prenuptial*, *contract matrimonial*, *contract de căsătorie* ori *convenție de căsătorie*, *foaie dotală* ori *constituire de dotă*, *pact de familie*<sup>12</sup>, *convenție matrimonială*.

---

<sup>8</sup> A.F. Dobre, *Convențiile și regimurile matrimoniale sub imperiul noului Cod civil*, în *Dreptul* nr. 3/2010, p. 13 și 14.

<sup>9</sup> P. Vasilescu, *Regimurile matrimoniale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 203.

<sup>10</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 139 și 140.

<sup>11</sup> Art. 1.171 C. civ.: „Contractul este sinalagmatic atunci când obligațiile născute din acestea sunt reciproce și interdependente. În caz contrar, contractul este unilateral, chiar dacă executarea lui presupune obligații în sarcina ambelor părți”.

<sup>12</sup> C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. III, Ed. All Beck, București, 1998, p. 23.

Opțiunea legiuitorului român în privința terminologiei este pentru formula *convenției matrimoniale*. Astfel, potrivit art. 329 C. civ. român, „alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale se face prin încheierea unei convenții matrimoniale”. Această opțiune pentru formula *convenție* și nu pentru formula *contract*, analizată din perspectiva naturii juridice ne conduce la concluzia că, în definirea acestei instituții juridice specifice dreptului familiei, s-a dorit ca acest act să aibă o sferă de cuprindere mai amplă decât cea de contract.

De altfel, la nivelul doctrinei au existat și există două curente referitoare la analiza acestor două noțiuni: sunt autori care consideră că cele două noțiuni nu sunt sinonime și sunt autori care, susținuți și de opțiunea majoritară a practicii judiciare, folosesc termenii de contract și convenție cu același înțeles.

Autorii din prima categorie, susținuți de ideea că legislația noastră este, în majoritatea ei, de inspirație franceză, consideră că între convenție și contract este un raport ca de la întreg la parte, convenția fiind genul, iar contractul specia. S-a arătat, astfel, în doctrină că o caracteristică esențială a contractului este însușirea lui de a fi izvor de obligații, în vreme ce convenția poate fi un acord de voință cu o sferă mai mare de cuprindere, care să producă efectul de a modifica un raport de drept, dar care nu generează o obligație, ci o face să se modifice pe cea existentă. Altfel spus, contractul este întotdeauna o convenție, pe când convenția nu este întotdeauna un contract<sup>13</sup>.

A doua categorie de autori și practica judiciară consideră că noțiunile de *convenție* și *contract* sunt echivalente. De altfel și Codurile civile române, atât cel anterior, cât și actualul, au optat pentru formule ca „acordul între două sau mai multe persoane” sau „acordul de voințe”.

Plecând de la aceste aprecieri, literatura de specialitate<sup>14</sup> califică convenția matrimonială ca fiind un act juridic, specific dreptului familiei care, în afara acordului părților referitoare la relațiile patrimoniale dintre soți, poate include și alte acte juridice, cum ar fi donațiile făcute de alte persoane soților sau doar unuia dintre ei, ori recunoașterea unui copil. Altfel spus, este un act juridic specific acestei materii, incompatibil, în principiu, cu modalitățile din dreptul comun<sup>15</sup> și este, totodată, un act juridic complex, ce poate include mai multe acte juridice, care, la rândul lor, își vor păstra identitatea.

Părțile unei asemenea convenții sunt: viitorii soți, atunci când convenția se încheie înaintea căsătoriei, sau soții, atunci când se încheie în timpul căsătoriei. În acest sens, art. 330 C. civ. român, referitor la încheierea convenției matrimoniale, prevede faptul că o convenție matrimonială încheiată înainte de căsătorie va produce efecte numai de la data încheierii căsătoriei<sup>16</sup>, iar convenția încheiată în timpul căsătoriei produce efecte de la data prevăzută de părți sau, în lipsă, de la data încheierii ei.

---

<sup>13</sup> I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor în reglementarea NCC*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, pp. 38-40.

<sup>14</sup> D. Lupașcu, *Convenția matrimonială*, în *Pandectele Române* nr. 7/2013, Ed. Wolters Kluwer, p. 38.

<sup>15</sup> D. Lupașcu, *op. cit.*: „Ca excepție, părțile pot să stipuleze, de exemplu, că după un anumit termen își schimbă, în condițiile legii, regimul matrimonial sau încetează regimul matrimonial ales.”

<sup>16</sup> În acest sens, art. 313 C. civ. alin.(1) prevede: „Între soți, regimul matrimonial produce efecte numai din ziua încheierii căsătoriei”.



Privită din această perspectivă, convenția matrimonială este un act juridic accesoriu<sup>17</sup> căsătoriei și, drept urmare, își va produce efecte doar pe perioada căsătoriei. Datorită acestui caracter accesoriu al convenției matrimoniale, în situația în care, după încheierea convenției matrimoniale, căsătoria planificată nu se mai celebrează sau, deși se oficiază, este desființată cu efect retroactiv datorită unei cauze de nulitate absolută ori relativă, convenția matrimonială nu mai produce efecte juridice, iar sancțiunea care intervine în acest caz este caducitatea<sup>18</sup>.

Un alt element comun în definirea noțiunii de convenție matrimonială constă în faptul că ea un act juridic solemn<sup>19</sup>, supus formalităților de publicitate.

Convenția matrimonială este un act solemn pentru că se cere, ca o condiție *ad validitatem*, formă autentică notarială. În acest sens, art. 330 alin. (1) C. civ. român prevede faptul că o convenție matrimonială se încheie printr-un înscris autenticat de notarul public, sub sancțiunea nulității absolute, cu consimțământul tuturor părților, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predeterminat.

O convenția matrimonială astfel încheiată va fi înscrisă în Registrul Național Notarial al Regimurilor Matrimoniale (RNNRM), ținut în format electronic potrivit legii<sup>20</sup>. Prin această înscriere se asigură posibilitatea cunoașterii de către oricine a regimului matrimonial ales de soți. Neîndeplinirea formalităților de publicitate face ca soții să fie considerați, în raport cu terții de bună-credință, ca fiind căsătoriți, sub regimul matrimonial al comunității legale.

De altfel, în cazul în care convenția matrimonială nu a fost înscrisă potrivit legii sau a fost lovită de nulitate, între soți, potrivit art. 338 C. civ.<sup>21</sup>, se va aplica regimul comunității legale. Regimul matrimonial, odată ales, va putea fi modificat sau înlocuit de soți cu un alt regim matrimonial numai după trecerea a cel puțin un an de la încheierea căsătoriei<sup>22</sup>.

Drept urmare, motivele pentru care au fost impuse aceste condiții de formă sunt aceleași ca pentru orice act solemn și anume oferirea unei protecții juridice cât mai bună părților, dată fiind importanța efectelor acestui tip de convenție, atât pentru relațiile dintre soți, cât și pentru raporturile acestora cu terții.

---

<sup>17</sup> A se vedea, I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 64: „Contractele accesorii sunt contracte care, neavând o existență de sine stătătoare, depind de existența altor contracte”.

<sup>18</sup> Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul cod civil, Comentariu pe articole, art. 1-2.664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 350.

<sup>19</sup> A se vedea, în acest sens, I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 62: „Contractele solemne sunt contracte care, sub sancțiunea nulității absolute, trebuie să fie făcute în anumite forme. Deci, pe lângă acordul de voință al părților, pentru validitatea contractelor solemne se mai cer a fi întrunite unele condiții de formă, unele formalități. Se spune că aceste formalități sunt cerute *ad validitatem* (ad *solemnitatem*), adică pentru validitatea contractului”.

<sup>20</sup> O. Ghiță, *op. cit.*, p. 249 și 250.

<sup>21</sup> Art. 338 C. civ. român: „În cazul în care convenția matrimonială este nulă sau anulată, între soți se aplică regimul comunității legale, fără a fi afectate drepturile dobândite de terții de bună-credință”.

<sup>22</sup> Art 369 alin. (1) C. civ. român: „După cel puțin un an de la încheierea căsătoriei, soții pot, ori de câte ori doresc, să înlocuiască regimul matrimonial existent cu un alt regim matrimonial ori să îl modifice, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege pentru încheierea convențiilor matrimoniale”.

De asemenea, trebuie menționat faptul că, privit din această perspectivă, convenția matrimonială este un act juridic *intuitu personae*.

Așadar, noțiunea de convenție matrimonială se conturează ținând cont de faptul că ea prezintă următoarele trăsături ori caractere juridice care o fac un: act juridic bilateral, sinalagmatic, act juridic solemn, supus formalităților de publicitate, act juridic accesoriu căsătoriei, act juridic *intuitu personae* și, nu în ultimul rând, un act juridic complex. Dacă se ține cont de tot acest complex de caractere juridice, definirea sau conturarea noțiunii de convenție matrimonială este una conformă cu spiritul modului în care a fost conturată legislativ și orice formulare ori definire de către doctrină poate fi considerată ca fiind una potrivită.

## § 2. Convenția matrimonială: condiții de fond și de formă

În ceea ce privește condițiile de fond, condiții esențiale pentru valabilitatea contractului, ele sunt condițiile de valabilitate din dreptul comun referitoare la convenții, cele prevăzute de art. 1.179 C. civ.: capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit și o cauză licită și morală. De asemenea, în situația în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile. Desigur, fiecare din condițiile de valabilitate ce trebuiesc îndeplinite sunt completate cu elemente de specificitate reclamate de caracteristicile și particularitățile juridice ale convenției matrimoniale, asupra cărora ne vom concentra și analiza.

Astfel, ca un element de specificitate legat de capacitatea părților<sup>23</sup> de a încheia o convenție matrimonială, putem aminti dependența acesteia de capacitatea necesară la

---

<sup>23</sup> Capacitatea de a contracta este condiția esențială și de fond al cărei conținut este dat de aptitudinea subiectului de drept civil de a dobândi drepturi și asuma obligații civile pe calea încheierii contractelor.

Astfel spus, capacitatea de a încheia contracte se înfățișează ca o parte a capacității de folosință a persoanei fizice și a persoanei juridice și ca o premisă a capacității de exercițiu a persoanei, cealaltă premisă fiind discernământul juridic. Oricum, pentru ca un contract să fie considerat valabil încheiat, este necesar acordul de voință a două sau mai multe persoane fizice sau juridice care au capacitatea de a contracta.

Persoanele fizice care au împlinit vârsta majoratului au capacitatea de a contracta, regula fiind capacitatea de a contracta, iar excepția fiind incapacitatea. Constituind o excepție, incapacitatea de a contracta trebuie ca în toate cazurile să fie prevăzută de lege, ea neputând fi extinsă prin analogie sau pe calea interpretării, deoarece excepțiile sunt de strictă interpretare.

În privința reglementării juridice, cu ocazia enumerării condițiilor esențiale pentru validitatea unei convenții, art. 1.179 C. civ. prevede în alin. (1) pct. 1, „capacitatea de a contracta”.

Din punctul de vedere al capacității de a încheia acte juridice, prezintă interes și dispozițiile art. 1.180 C. civ., care stabilește faptul că, în materie contractuală, capacitatea este regula, incapacitatea constituind excepția. În acest sens, art. 1.180 C. civ. prevede: „Poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte”.

Aceeași idee este prevăzută și de art. 29 C. civ., articol potrivit căruia nimeni nu poate fi îngrădit în capacitatea de folosință sau lipsit, în tot sau în parte, de capacitatea de exercițiu, decât în cazurile și condițiile expres prevăzute de lege. Totodată, același articol precizează că nimeni nu poate renunța, în tot sau în parte, la capacitatea de folosință sau la capacitatea de exercițiu.

încheierea unei căsătorii. Altfel spus, poate încheia o convenție matrimonială doar cel care se poate căsători conform legii. Ca o consecință, pot încheia convenții matrimoniale următoarele categorii de persoane:

- persoana care a împlinit vârsta de 18 ani;
- minorul care a dobândit anticipat capacitate deplină de exercițiu, inclusiv minorul care a dobândit capacitate deplină de exercițiu ca urmare a încheierii unei căsătorii anterioare, dacă și-a păstrat capacitatea deplină de exercițiu;
- de asemenea, cu titlu de excepție, minorul<sup>24</sup> care a împlinit vârsta de 16 ani, dacă îndeplinește următoarele condiții: are încuviințarea ocrotitorului său legal și are autorizarea instanței de tutelă.

Nu poate încheia o convenție matrimonială o persoană pusă sub interdicție judecătorească<sup>25</sup> și minorul care nu a împlinit vârsta de 16 ani.

Referitor la consimțământul viitorilor soți sau a soților, după caz, necesar la încheierea unei convenții matrimoniale, condițiile sunt, de principiu, cele din domeniul regulilor generale în materia încheierii actelor juridice<sup>26</sup>.

Notele de specificitate în privința consimțământului privesc, mai degrabă, aspecte ce țin de exteriorizarea acestuia, de încheierea și condițiile de formă ale convenției matrimoniale: consimțământul, ca și în cazul actului juridic al căsătoriei, este necesar a fi dat personal și simultan. De altfel, aceasta reprezintă o condiție esențială a încheierii convenției matrimoniale. Totuși, spre deosebire de căsătorie, la care este necesar întotdeauna consimțământul personal al viitorilor soți, legiuitorul a prevăzut că o convenție matrimonială poate fi încheiată și prin mandatar. Procura trebuie, însă, să fie una autentică, specială și să aibă un conținut predeterminat.

Doctrina<sup>27</sup> a remarcat faptul că există și anumite situații în care legea impune intervenția altor persoane în cadrul încheierii unei convenții matrimoniale, cum este

---

<sup>24</sup> În acest sens, D. Lupașcu, *op. cit.*: „Nu suntem de acord cu opinia potrivit căreia minorul care dorește să încheie ori să modifice o convenție matrimonială are nevoie de o dublă încuviințare, respectiv avizul favorabil al medicului și acordul părinților”.

<sup>25</sup> În situația în care unul dintre soți a fost pus sub interdicție judecătorească, încheierea sau modificarea unei asemenea convenții poate fi realizată prin intermediul reprezentantului său legal.

<sup>26</sup> La o primă analiză comparativă a reglementărilor juridice privind consimțământul necesar la încheierea unei convenții, observăm o tratare mai amplă a aspectelor legate de problemele juridice pe care le poate genera acesta în noul Cod civil, față de abordarea generală și mai redusă în privința numărului de articole din vechiul Cod civil. Se observă nu numai un număr de articole mult mai mare rezervat problemei consimțământului, cât mai ales faptul că reglementarea nouă acoperă o sferă cât mai amplă de situații juridice ce se pot înscrie în procesul de formare al consimțământului și de manifestare al acestuia. Astfel, dacă în vechile reglementări erau abordate mai multe aspecte juridice legate de viciile de consimțământ și de soarta actelor juridice încheiate cu un consimțământ afectat de aceste vicii; noile reglementări abordează exhaustiv consimțământul. Astfel, noul Cod civil se ocupă de o serie de aspecte juridice legate de formarea progresivă, etapizată de consimțământ și, în acest sens, sunt abordate: negocierile - ca primul pas în realizarea consimțământului cu aspecte legate de buna-credință în negocieri, obligația de confidențialitate în negocierile precontractuale; elementele de care depinde încheierea unui contract; momentul și locul încheierii contractului, oferta; precum și aspecte legate de condițiile de valabilitate ale consimțământului, problema discernământului și, ca și în vechiul Cod civil, viciile de consimțământ cu o abordare mai detaliată decât în reglementările anterioare.

<sup>27</sup> Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *op. cit.*, p. 350.

cazul unui terț care face o donație unuia sau, după caz, soților, în vederea căsătoriei. Și pentru aceste categorii de persoane, se cere, pe de o parte, ca aceste persoane să îndeplinească condițiile generale de validitate pentru încheierea actelor juridice și caracterul simultan al consimțământului pentru persoana mandată să încheie o atare convenție.

Obiectul convenției matrimoniale îl reprezintă regimul matrimonial ales de viitorii soți sau de soți să le guverneze raporturile patrimoniale dintre ei ori dintre ei și terțe persoane<sup>28</sup>.

Așa cum am mai precizat, libertatea soților de a stabili regimul matrimonial nu este una absolută. Doctrina<sup>29</sup> clasifică „limitele” care îngrădesc această libertate în două categorii: limite generale și limite speciale.

Din categoria limitelor generale, face parte obligația părților (viitorilor soți sau soți, după caz) de a nu deroga de la dispozițiile imperative ale legii și de la bunele moravuri. Tot în acest sens, art. 332 alin. (2) C. civ. român prevede că prin convenția matrimonială „nu se poate aduce atingere egalității dintre soți, autorității părintești sau devoluțiunii succesoriale legale”.

Limitele speciale se referă la libertatea în alegerea regimului matrimonial, care nu este una absolută, ci se oferă doar posibilitatea pentru viitorii soți sau pentru soți de a opta pentru unul dintre regimurile reglementate expres de Codul civil român: comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională.

Art. 367 C. civ. român prevede, cu caracter limitativ, aspectele la care se poate referi o convenție matrimonială. Astfel, stipulațiile dintr-o asemenea convenție pot viza:

a) includerea în comunitate a bunurilor dobândite sau a datoriilor proprii născute înainte ori după încheierea căsătoriei, cu excepția bunurilor de uz personal și a bunurilor destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri;

b) restrângerea comunității la bunurile sau datoriile anume determinate în convenția matrimonială, indiferent dacă sunt dobândite ori, după caz, născute înainte sau în timpul căsătoriei;

c) obligativitatea acordului ambilor soți pentru încheierea anumitor acte de administrare; în acest caz, dacă unul dintre soți se află în imposibilitate de a-și exprima voința sau se opune în mod abuziv, celălalt soț poate să încheie singur actul, însă numai cu încuviințarea prealabilă a instanței de tutelă;

d) includerea clauzei de preciput; executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent, din valoarea activului net al comunității;

e) modalități privind lichidarea comunității convenționale.

---

<sup>28</sup> Noul Cod civil are o altă abordare, în sensul că face distincția necesară între obiectul contractului și obiectul obligației, definindu-le distinct prin art. 1.225 C. civ. – obiectul contractului și art. 1.226 Cod civil – obiectul obligației.

Obiectul contractului, potrivit art. 1.225 C. civ., este reprezentat de operațiunea juridică, precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și altele asemenea, convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale.

Obiectul obligației este, potrivit art. 1.226 C. civ., prestația la care se angajează debitorul.

<sup>29</sup> Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *op. cit.*, p. 352.

Clauza de preciput este o instituție juridică nou reglementată în dreptul nostru și ea reprezintă un acord de voință al viitorilor soți sau a soților ca prin convenție matrimonială să stipuleze ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate. Potrivit reglementării legale<sup>30</sup>, clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei.

Art. 333 C. civ. român asigură reglementarea juridică necesară acestei instituții juridice, de inspirație franceză, și stabilește faptul că această clauză:

- este supusă doar reducțiunii<sup>31</sup>, atunci când se depășește cotitatea disponibilă în limitele căreia defunctul poate dispune, nu și raportului donațiilor;

- nu aduce atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunității, bunurile ce fac obiectul clauzei;

- devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților, când soțul beneficiar a decedat înaintea soțului dispunător ori când aceștia au decedat în același timp sau când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni;

- se execută în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent<sup>32</sup>.

Clauza de preciput face parte din categoria clauzelor care încalcă egalitatea partajului și ea reprezintă un avantaj instituit în favoarea soțului supraviețuitor<sup>33</sup>.

Preluarea bunurilor în baza clauzei de preciput se face cu titlu gratuit. Cu toate acestea, doctrina<sup>34</sup> consideră că această clauză nu poate fi considerată nicio donație, niciun legat și nicio clauză de partaj inegal al bunurilor comune ale soților, ci este o construcție juridică distinctă.

Nerespectarea condițiilor de fond sau a celor de formă necesare pentru valabila încheiere a unei convenții matrimoniale atrage sancțiunea nulității acesteia.

Potrivit art. 338 C. civ. român, dacă o convenție matrimonială este nulă sau anulată, între soți se aplică regimul comunității legale. Totodată, terții de bună-credință sunt protejați pentru că drepturile pe care aceștia le-au dobândit nu sunt afectate.

Potrivit art. 1.235 C. civ. român, cauza reprezintă motivul care determină fiecare parte să încheie contractul, iar în cazul convenției matrimoniale, cauza presupune voința viitorilor soți de a se căsători sau voința soților de a modifica regimul matrimonial aplicabil. În planul valabilității cauzei, legea impune mai multe condiții și anume: cauza trebuie să existe<sup>35</sup>, cauza trebuie să fie licită<sup>36</sup>, cauza trebuie să fie morală<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Art. 333 C. civ. român.

<sup>31</sup> În condițiile art. 1.096 alin. (1) și (2) C. civ. român.

<sup>32</sup> A.G. Atanasiu, A. P. Dimitriu, A.F. Dobre, etc, *op. cit.*, p. 114.

<sup>33</sup> M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 85.

<sup>34</sup> D. Lupașcu, *Convenția matrimonială*, în *Pandectele Române nr. 7/2013*, Ed. Wolters Kluwer, p. 40.

<sup>35</sup> Această condiție rezultă expres din dispozițiile art. 1.236 C. civ.

<sup>36</sup> Această condiție este impusă tot de dispozițiile art. 1.236 C. civ. Când cauza înfrânge dispozițiile legii, ea este ilicită. *Per a contrario*, cauza este licită când este contrară legii și ordinii publice. Totodată, în art. 1.237 C. civ. se precizează: cauza este ilicită și în cazul în care contractul este doar un mijloc de a eluda aplicarea unei norme legale imperative.

<sup>37</sup> Potrivit dispozițiilor art. 1.236 alin. (3) C. civ.: „Cauza este imorală când este contrară bunelor moravuri”.

În privința condițiilor de formă, așa cum am mai precizat, o convenție matrimonială se încheie printr-un înscris autentificat de notarul public, sub sancțiunea nulității absolute, cu consimțământul tuturor părților, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predefinit.

### § În loc de concluzii

Soluția actuală oferită de reglementările Codului civil român este aceea de a oferi posibilitatea viitorilor soți sau, după caz, soților, de a-și organiza chestiunile patrimoniale ale căsătoriei ce vizează, pe de o parte, relațiile dintre ei, iar, pe de altă parte, relațiile dintre ei și terțe persoane, prin alegerea regimului matrimonial din regimurile prevăzute de art. 312: comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională.

Prin schimbările aduse regimului matrimonial, noul Cod civil oferă o viziune modernă, actuală asupra relațiilor de familie.

Convenția matrimonială, ca instituție juridică nou reglementată, reprezintă doar o mică parte a schimbărilor introduse de Codul civil actual în domeniul dreptului familiei. Ca orice reglementare, și cea rezervată convenției matrimoniale este una perfectibilă și numai practica judiciară este cea care va „verifica” efectul acestor noi reglementări, atât în privința încheierii unor asemenea convenții, cât și în cea a pronunțării unor hotărâri ce vizează aceste acte, dat fiind faptul că în doctrină analiza și interpretarea lor a condus deja la noi recomandări sau la necesitatea unor completări. Astfel, s-a remarcat faptul că:

- pentru a evidenția mai bine adevărata natură juridică a convenției matrimoniale, era necesară, la nivel legislativ, definirea acesteia în mod expres în textul de lege;

- referitor la termenul de exercitare a dreptului de preciput, legea nu prevede niciun termen, iar dacă părțile nu precizează în mod expres un anumit termen, se va aplica termenul general de prescripție de 3 ani, ce va curge de la moartea celuilalt soț. În acest domeniu ar putea opera completări prin stabilirea distinctă a unui termen de exercitare a dreptului de preciput;

- rămânând în aceeași sferă, în privința momentului preluării bunului de către soțul supraviețuitor, doctrina consideră că sunt necesare noi clarificări și completări: în privința preluării bunului de către soțul supraviețuitor legea precizează doar că preluarea are loc înainte de partajul succesoral, nefăcând nicio referire la partajul bunurilor comune;

- de asemenea, este nevoie de o detaliere legislativă lămuritoare și în privința executării clauzei de preciput prin echivalent, atunci când preluarea bunului în natură nu mai e posibilă<sup>38</sup>;

- încheierea convenției matrimoniale exclusiv de către notarul public și nu și de către un alt profesionist al dreptului, este o chestiune criticată<sup>39</sup>, de asemenea, la nivelul doctrinei.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> O. Ghită, *op. cit.*, p. 249.

# **Aspecte de drept material, procedural și de publicitate imobiliară privind lichidarea comunității prin partajul bunurilor comune soților**

*Asistent univ. dr. Raluca Lucia CISMARU<sup>1</sup>  
Universitatea din Craiova,  
Facultatea de Drept și Științe Sociale*



## **Material law, procedural and real estate advertising aspects concerning the liquidation of the community through the division of common goods of spouses**

### **Abstract:**

In judicial practice, the division of the common property of the spouses was made, usually after a period of time after the dissolution of marriage, and the determination of the moment when the community of goods shall cease, has been controversial in the legal literature preceding the entry into force of the new civil code, because the family code regulate in the summary way the liquidation through community sharing, and there is no express provision relating to the cessation of matrimonial property regime.

The new civil code put an end to this controversy, and regulated the solution to maintain the state of joint property, with all its rules, and following the end of the community, up to partition, and, even if the texts relating to this institution does not introduce novelty items compared to previous legislation and practice, has the undeniable advantage of an explicit regulation. Thus, until the completion of the liquidation, the community subsists both in goods and in respect of the obligations.

Liquidation of the community, in which each spouse takes its own goods, the goods are classified according to the common determination of the share of each spouse and re-level the debts. The Division can be done as mentioned, amicably, by notarial act by the notary (if there is an agreement of the spouses) or court order (in case of misunderstanding).

---

<sup>1</sup> Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

As regards the modalities of liquidation, the solution is the same as that laid down in article 36 paragraph 1. (1) of the former Code of the family, the element of novelty consists in the fact that the assumption that the liquidation of community property is done through understanding spouses, there shall be established the express condition of authentic notarial form.

At the same time, the division assumed and establishing share-parts of the spouses to common commitments. And in this operates the relative presumption of equal contribution, which may be rebutted by proof to the contrary, that a husband had a greater contribution to the common commitments. Instead, for the obligations of any of the spouses to cover expenses of the marriage and of those related to raising children, husbands is jointly and severally liable.

In terms of the effects of division, in the new civil code this produces the effect of incorporation of right, *i.e.* only for the future, taking account also of the effect the formation of the land book. By reference to article 385 of the new civil code, which establishes the retroactive effect of cessation of matrimonial regime (which climbs up to the date when the application for divorce to the competent organ to settle or even, where appropriate, until the date of separation in fact), the literature has discussed a possible retroactive effect of the division, with exception to the common law rule established by article 680 of the new Civil code.

No doubt, though, in real estate matters, given the rules of the land register, legal effect of division of property, they produce only as from the date of registration in the land registry of a final decision of separation, the rule obliging the default to such enrollment.

The property and the other real rights over a real estate are registered in the cadastral register based on the document through which they were validly constituted or transmitted. The final judgment or, in the cases stipulated by the law, the document of the administrative authority, will replace the agreement demanded in view of registering the real rights, if they are opposable to the holders. The cadastral register operations are achieved based on the judgment in several cases.

The registration is carried out based on the judgment communicated by the Ex Officio Court if it is a constitutive judgment regarding a real estate real right.

**Keywords:** judgment, real estate matters, property, the division of the common property.

Pe întreaga durată a căsătoriei, soții sunt supuși regimului matrimonial. Acesta reglementează drepturile și obligațiile cu caracter patrimonial ce revin soților. Având în vedere că regimul matrimonial poate fi modificat oricând în timpul căsătoriei, soții putând trece de la comunitate, legală sau convențională, la separație și invers, încetarea regimului matrimonial este diferită de încetarea comunității și lichidarea acesteia.

De regulă, regimul matrimonial durează atâta timp cât durează căsătoria și încetează prin constatarea nulității, anularea, desfacerea căsătoriei prin divorț sau încetarea căsătoriei prin decesul unuia dintre soți sau declararea judecătorească a morții unuia



dintre soți. În timpul căsătoriei, regimul matrimonial poate fi modificat, în condițiile legii (art. 319 NCC).

Soții au posibilitatea de a încheia, în timpul căsătoriei o convenție matrimonială prin care să aleagă unul dintre cele trei regimuri matrimoniale prevăzute de lege, în caz contrar, li se va aplica regimul comunității legale. Există soluții legislative și pentru soții care se căsătoresc fără să încheie o convenție matrimonială. Aceștia, pot încheia o astfel de convenție și în timpul căsătoriei putând alege regimul separației de bunuri, cu consecința firească a încetării comunității de bunuri existente până la stabilirea cotei-părți de proprietate ce revine fiecărui soț, ca etapă premergătoare lichidării comunității. Consecința acestui fapt este aceea că, deși nu a încetat căsătoria, încetarea comunității face ca bunurile dobândite în viitor de către oricare dintre soți să fie bunuri proprii căsătoriei.

În practica judiciară, împărțirea bunurilor comune soților se făcea, de regulă, după trecerea unei perioade de timp de la desfacerea căsătoriei, iar determinarea momentului în care încetează comunitatea de bunuri a fost controversată în literatura juridică anterioară intrării în vigoare a noului Cod civil<sup>2</sup>, întrucât în Codul familiei prin dispozițiile art. 36 se reglementa sumar lichidarea comunității prin partaj, neexistând prevederi exprese referitoare la încetarea regimului matrimonial sau a devălmășiei.

Noul Cod civil a pus capăt acestei controverse și a reglementat expres soluția menținerii stării de devălmășie, cu toate regulile sale, și după încetarea comunității, până la partaj, și, chiar dacă în textele ce privesc această instituție nu introduce elemente de noutate față de legislația și practica anterioară, prezintă avantajul incontestabil al unei reglementări explicite<sup>3</sup>. Astfel, până la finalizarea lichidării, comunitatea subzistă atât în privința bunurilor, cât și în privința obligațiilor. Supraviețuirea comunității se referă la bunurile deja dobândite și la obligațiile contractate până în acel moment, pentru care se vor aplica în continuare și regulile de gestiune specifice regimului comunității. Proprietatea asupra bunurilor comune rămâne devălmășă, cu toate caracteristicile acesteia, până la partaj. Mai mult, dispozițiile art. 357 NCC prevăd că după divorț foștii soți rămân coproprietari în devălmășie asupra bunurilor comune până la stabilirea cotei-părți ce revine fiecăruia. Păstrarea devălmășiei până la stabilirea cotei-părți ce revine fiecărui soț este firească, întrucât în situația bunurilor nu a intervenit nicio modificare, neexistând justificare pentru transformarea devălmășiei în indiviziune de drept comun. De regulă, stabilirea cotei are loc prin același act sau în același proces prin care se realizează și lichidarea comunității sau partajul, deci devălmășia durează până la acest moment.

Potrivit Codului civil, la încetarea comunității, aceasta se lichidează prin hotărâre judecătorească sau act autentic notarial. Etapele presupuse de încetare a vieții în comun a soților sunt următoarele:

a) încetarea regimului matrimonial, indiferent dacă aceasta intervine ca urmare a încetării, desfacerii sau desființării căsătoriei, sau a modificării regimului matrimonial în timpul căsătoriei;

---

<sup>2</sup> A se vedea, pe larg, Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a VII-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 106-109.

<sup>3</sup> M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 298.

b) încetarea comunității, care presupune că elementele active și pasive dobândite până la acel moment își păstrează caracterul comun, bunurile rămânând în devălmășie, iar bunurile dobândite și datoriile contractate ulterior vor fi proprii ale soțului dobânditor. Cu privire la comunitatea existentă, se aplică în continuare regulile regimului matrimonial al comunității legale compatibile cu situația soților. Astfel, dacă încetarea comunității a survenit în același moment cu încetarea regimului matrimonial, deci urmare a încetării, desfacerii sau desființării căsătoriei, vor mai supraviețui numai dispozițiile referitoare la exercitarea atributelor proprietății devălmășe, nu și cele ale statutului matrimonial de bază. În schimb, dacă încetarea comunității a fost urmare a trecerii convenționale a soților la regimul separației, vor fi aplicabile în continuare și regulile statutului matrimonial de bază, pentru că acestea au aplicare pe toată durata căsătoriei<sup>4</sup>.

c) lichidarea comunității sau partajul, în cadrul căruia fiecare soț își preia bunurile proprii, se împart bunurile comune după stabilirea cotei ce îi revine fiecărui soț și se reechilibrează datoriile. Partajul poate fi realizat așa cum am menționat, amiabil, prin act autentic notarial (dacă există un acord al soților) sau hotărâre judecătorească (în caz de neînțelegere), dispozițiile art. 355 alin. (1) NCC coroborându-se cu dispozițiile art. 320 din același Cod.

Așa cum reiese din dispozițiile art. 339 și 340 NCC, soții pot avea două categorii de bunuri: proprii și comune. Evident că fiecare soț își preia bunurile proprii ca un efect firesc al dreptului de proprietate exclusivă pe care îl are asupra acestora. După preluarea bunurilor proprii urmează partajarea bunurilor rămase, ce constituie bunuri comune, procedându-se, în același timp și la regularizarea datoriilor, în sensul că se vor stabili datoriile, natura lor, urmând ca cele comune să fie divizate între foștii soți.

În cazul în care comunitatea de bunuri încetează prin decesul unuia dintre soți, lichidarea comunității se face între soțul supraviețuitor și moștenitorii legali sau testamentari ai soțului decedat<sup>5</sup>, textul art. 355 alin. (3) NCC neprevăzând expres o anumită categorie de moștenitori, iar obligațiile soțului decedat se divid între moștenitori proporțional cu cotele ce le revin din moștenire, în sensul că: mai întâi se stabilește cota ce revine fiecăruia dintre soți din comunitatea de bunuri; apoi cota din comunitate care revine soțului decedat se va include în masa succesorală, urmând a se stabili cotele moștenitorilor, raportate evident la cota defunctului din masa bunurilor comune. Articolul 355 alin. (3) teza a II-a din noul Cod civil statuează în mod neechivoc că „*obligațiile soțului decedat se divid între moștenitori proporțional cu cotele ce le revin din moștenire*”

În ceea ce privește modalitățile de lichidare, soluția este aceeași ca și cea prevăzută de art. 36 alin. (1) din fostul Cod al familiei, elementul de noutate constând în faptul că în ipoteza în care lichidarea comunității de bunuri se face prin învoiala soților, la încetarea comunității, se instituie expres condiția formei autentice notariale. Deși textul, prin maniera de redactare, este susceptibil de interpretări, s-a apreciat în literatura de specialitate, că în cazul unui divorț prin acordul soților, care urmează să fie pronunțat

<sup>4</sup> În același sens, M. Avram, C. Nicolescu, *op.cit.*, p. 299.

<sup>5</sup> A se vedea G.C. Frențiu, *Comentariile Codului civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 233.

de instanța de judecată, învoiala soților cu privire la împărțeala bunurilor nu trebuie să îmbrace forma autentică notarială, soții putând prezenta învoiala lor sub forma unui înscris sub semnătură privată, de care instanța să ia act prin hotărâre judecătorească (de expedient), fiind asigurate aceleași garanții pentru exprimarea consimțământului, ca și în cazul actelor notariale<sup>6</sup>.

Dacă în cazul separației de bunuri procedura de lichidare este simplificată (cel puțin în aparență), lichidarea comunității legale (ca și a celei convenționale de altfel) prezintă aspecte complexe, care reclamă o clarificare a legăturilor patrimoniale care au luat naștere între soți, în privința activului și a pasivului comunității. În cadrul lichidării propriu-zise, pe lângă partajul bunurilor comune, trebuie avute în vedere și problemele legate de lichidarea pasivului matrimonial. Mecanismul lichidării comunității legale, care implică preluarea bunurilor proprii, lichidarea datoriilor și partajul bunurilor comune, este configurat de dispozițiile art. 357 NCC. Sunt valorificate astfel soluțiile deja consacrate în doctrină și jurisprudență.

Reglementarea anterioară în materie [art. 36 alin. (1) C. fam.] nu indica în mod expres cum trebuie să se realizeze împărțirea bunurilor comune, anume în părți egale sau în părți variabile. Pe baza reperelor doctrinare și jurisprudențiale, cota-parte ce revenea fiecăruia dintre soți se stabilea în raport cu contribuția sa la dobândirea și conservarea bunurilor comune<sup>7</sup>. În contextul noului Cod civil, această soluție capătă o consacrare expresă, criteriul unic legal pe baza căruia se determină cota-parte din comunitate ce revine fiecărui soț fiind raportat la două aspecte: contribuția sa atât la dobândirea bunurilor comune, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune. Această contribuție trebuie raportată la ansamblul elementelor de activ și pasiv matrimonial. Ca aspect de noutate legislativă, prin art. 357 alin. (2) teza a II-a din noul Cod civil se instituie o prezumție legală simplă că soții au avut o contribuție egală. Chiar și în lipsa unei prevederi exprese în acest sens în Codul familiei, soluția a fost reținută în practica judiciară.

Cu alte cuvinte, în favoarea soților operează prezumția relativă a contribuției egale a acestora la dobândirea bunurilor comune, prezumție ce poate fi răsturnată prin dovada contrară, în sensul că soțul care pretinde o contribuție mai mare trebuie să facă dovada acestei contribuții.

În vederea stabilirii cotelor fiecărui soț se iau în considerare împrejurări ca: veniturile realizate de fiecare dintre soți, munca depusă de soți în gospodărie și pentru creșterea copiilor, durata separației în fapt a soților, conduita risipitoare a unuia dintre soți etc. Dacă unul dintre soți nu prestează muncă remunerată pentru a se ocupa de întreținerea gospodăriei, această activitate constituie contribuție proprie la dobândirea bunurilor comune.

În același timp, partajul presupune și stabilirea cotei-părți a soților la îndeplinirea obligațiilor comune. Și în această privință operează prezumția relativă a contribuției egale, care poate fi răsturnată prin proba contrară, aceea că un soț a avut o contribuție mai mare la îndeplinirea obligațiilor comune. În schimb, pentru obligațiile asumate de

---

<sup>6</sup> A se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, p. 300.

<sup>7</sup> A se vedea I.P. Filipescu ș.a., *Dreptul familiei*, p. 260.

oricare dintre soți pentru acoperirea cheltuielilor obișnuite ale căsătoriei și ale celor legate de creșterea copiilor, răspunderea soților este solidară. Prin alin. (3) al art. 357 NCC se face trimitere la dispozițiile art. 364 alin. (2) ale aceluiași Cod din materia regimului separației de bunuri, potrivit cărora „*soții răspund solidar pentru obligațiile asumate de oricare dintre ei pentru acoperirea cheltuielilor obișnuite ale căsătoriei și a celor legate de creșterea și educarea copiilor*”.

În literatura de specialitate această trimitere a fost etichetată drept curioasă, cu motivarea că în realitate, în cadrul comunității legale de bunuri, potrivit art. 352 NCC, răspunderea soților cu bunurile proprii este solidară pentru toate datoriile comune, care trebuie avute în vedere la lichidarea regimului matrimonial, iar nu doar pentru datoriile asumate pentru acoperirea nevoilor obișnuite ale căsătoriei și a celor legate de creșterea și educarea copiilor<sup>8</sup>.

Considerăm firească luarea în considerare a participării soților atât la dobândirea bunurilor, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune, pentru că există posibilitatea ca un soț, prin veniturile și munca sa, să suporte integral cheltuielile căsătoriei, dar să nu aibă o contribuție la dobândirea bunurilor importante ale comunității, însă acest lucru nu poate lipsi de recunoașterea aportului la comunitate înțeleasă în sens larg<sup>9</sup>.

Soluțiile consacrate în această materie în practica anterioară intrării în vigoare a noului Cod civil, își păstrează actualitatea, ca urmare, se va ține seama și de faptul că unii dintre soți au folosit exclusiv o parte din bunuri după despărțirea în fapt, că au distrus o parte dintre bunurile comune, contribuția soților se va raporta la totalitatea bunurilor comune, și nu a fiecărui bun în parte<sup>10</sup>. S-a statuat că inegalitatea veniturilor nu este determinantă, ea se poate compensa cu munca în gospodărie sau poate fi atenuată de faptul că unul dintre soți contribuie mai puțin decât celălalt, pentru că are alte obligații personale. De asemenea, despărțirea în fapt nu duce prin ea însăși la încetarea comunității, dar poate influența cotele, dacă unul dintre soți dobândește în această perioadă bunuri comune sau achită datoriile ale comunității prin contribuție exclusivă

Cu privire la procedura partajului judiciar al bunurilor comune soților, dispozițiile speciale ale art. 357 NCC se completează cu prevederile generale din materia partajului prevăzute de art. 669-686 din același Cod, care, potrivit art. 686, sunt aplicabile bunurilor aflate în coproprietate, indiferent de izvorul său, precum și celor aflate în devălmășie. În esență, sunt conservate regulile referitoare la împărțire, aplicabile și sub imperiul reglementării anterioare. Potrivit acestor dispoziții, acțiunea de partaj este imprescriptibilă, deci încetarea devălmășiei poate fi cerută oricând, afară de cazul în care partajul a fost suspendat prin lege, act juridic ori hotărâre judecătorească.

În ipoteza partajului judiciar, art. 673 NCC, prevede că instanța sesizată cu cererea de partaj „*suspendă pronunțarea partajului*”, pentru cel mult un an, pentru a nu se aduce prejudicii grave intereselor celorlalți coproprietari. Dacă pericolul acestor prejudicii este înlăturat înainte de împlinirea termenului, instanța, la cererea părții interesate, va

<sup>8</sup> M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, p. 301.

<sup>9</sup> C.C. Hageanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 126.

<sup>10</sup> CSJ, S. civ., dec. nr. 907/1994, p. 80.

reveni asupra măsurii. Observăm că terminologia folosită de acest text de lege este improprie și inadecvată, deoarece Codul de procedură civilă nu reglementează o instituție a suspendării pronunțării, iar din punct de vedere al dreptului procesual civil, poate fi vorba fie despre suspendarea judecătii, fie de amânarea pronunțării hotărârii<sup>11</sup>. Amânarea pronunțării nu constituie o măsură adecvată situației avute în vedere de legiuitor, neexistând o justificare ca părțile să pună concluzii pe fond, iar instanța să declare dezbaterile închise, urmând a pronunța hotărârea la un interval mare de timp, fără a mai asculta părțile. Astfel, s-a arătat că prin dispozițiile art. 673 NCC nu se reglementează altceva decât un caz particular de suspendare facultativă a judecătii în materia partajului judiciar<sup>12</sup>.

În ceea ce privește competența de soluționare a cererii de partaj judiciar a bunurilor comune soților, aceasta aparține, din punct de vedere material, întotdeauna judecătoriei. Deși, de regulă, în stabilirea competenței materiale funcționează criteriul valoric, noul Cod de procedură civilă exceptează cererile de împărțeață judiciară de la aplicarea acestui criteriu, potrivit prevederilor art. 94 lit. i).

În ceea ce privește competența teritorială în ipoteza partajului bunurilor comune ale soților, soluția trebuie distinsă în funcție de calea procesuală la care recurge reclamantul. Astfel, atunci când este vorba despre un partaj solicitat pe cale principală, în timpul căsătoriei sau ulterior rămânerii definitive a hotărârii de divorț, competența teritorială este dată de regulile de drept comun: fie aparține instanței de la domiciliul părâtului, dacă masa partajabilă cuprinde numai bunuri mobile (potrivit art. 107 NCPC), fie instanței în circumscripția căreia se află imobilul, dacă printre bunurile supuse partajului există și un imobil (fiind aplicabil art. 117 NCPC). În situația în care partajul se solicită pe cale accesorie, spre exemplu, simultan cu divorțul, sau incidentală, de exemplu, prin cerere reconvențională, competența se stabilește potrivit art. 123 NCPC, în favoarea instanței care soluționează cererea principală, chiar dacă în masa bunurilor de împărțit s-ar afla și un imobil situat în circumscripția altei instanțe, fiind vorba despre un caz de prorogare legală de competență.

În toate celelalte cazuri, competența se stabilește potrivit art. 107 sau art. 117 din noul Cod de procedură civilă, după cum printre bunurile supuse împărțelii există sau nu și bunuri imobile<sup>13</sup>.

În cazul în care cererea de partaj a bunurilor proprietate în devălmășie este făcută pe calea unei contestații la executare, așa cum reiese din dispozițiile art. 711 alin. (4) NCPC, conform căruia „*împărțirea bunurilor proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie poate fi hotărâtă, la cererea părții interesate, și în cadrul judecării contestației la executare*”, competența aparține, conform dispozițiilor art. 713 alin. (1) NCPC, instanței de executare, respectiv judecătoriei în circumscripția căreia se află biroul executorului judecătoresc care face executarea, în afara cazurilor când legea dispune altfel [art. 650 alin. (1) din noul Cod de procedură civilă].

---

<sup>11</sup> A se vedea G. Boroș, C.A. Angheliescu, B. Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 87.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> A se vedea și V.M. Ciobanu, G. Boroș, T.C. Briciu, *Drept procesual civil. Curs selectiv*, București, 2011, p. 452 și 453.

Cu privire la cerința imperativă a dispozițiilor art. 193 alin. (3) NCPC, aceea ca mai înainte de sesizarea instanței judecătorești, reclamantul trebuie să atașeze cererii sale de chemare în judecată o încheiere emisă de notarul public cu privire la verificarea evidențelor succesoriale, această cerință se va aplica numai în materia partajului succesoral, iar nu și în restul cererilor de partaj, care nu au ca obiect moștenirea.

Conform art. 980 NCPC, reclamantul este obligat să arate în cererea de partaj, pe lângă elementele oricărei cereri de chemare în judecată prevăzute de art. 194 NCPC și următoarele mențiuni: indicarea persoanelor între care urmează a avea loc partajul; titlul în baza căruia se solicită partajul, bunurile supuse împărțelii, valoarea lor, locul unde se află bunurile, persoanele care dețin sau administrează bunurile supuse împărțelii.

În opinia exprimată în literatura de specialitate<sup>14</sup>, potrivit căreia reclamantul este obligat să arate în cerere mențiunile prevăzute la art. 194 NCPC, duce la concluzia că reclamantul are o obligație imperativă, a cărei nerespectare atrage sancțiunea nulității cererii, elementele menționate în art. 980 din același Cod sunt esențiale cererii de partaj, ele adăugându-se celor arătate la art. 196 alin. (1) NCPC, pentru orice cerere de chemare în judecată. Considerăm excesiv de formalistă această interpretare și este necesară determinarea elementelor care au un rol esențial și a căror lipsă poate atrage sancțiunea nulității cererii<sup>15</sup>. Astfel, s-a opinat că lipsa din cuprinsul cererii a valorii masei de împărțit nu atrage nulitatea cererii, deoarece valoarea se poate stabili pe parcursul judecării cauzei, prin efectuarea unei expertize tehnice de evaluare<sup>16</sup>.

Privitor la valoarea bunurilor de împărțit, se are în vedere valoarea de la data introducerii cererii de partaj, și nu de la data intrării în comunitate deoarece uzura bunurilor se datorează utilizării în comunitate. Se are în vedere valoarea de circulație a bunurilor supuse împărțelii. Astfel, valoarea terenurilor se stabilește în funcție de categoria de folosință, felul culturii, importanța social-economică, calitatea și proprietățile solului, relief, gradul de fertilitate, poziția față de localități, față de mijloacele de comunicație, accesul la utilitățile publice, gradul de înclinare, prețul practicat în zonă, posibilitatea amplasării de construcții etc. Valoarea construcțiilor se stabilește în funcție de materialele de construcție, distanța față de rețelele de apă, canal, gaz, electricitate, prețurile practicate în zonă pentru construcții similare.

Cu privire la obligativitatea mențiunilor privind persoanele între care are loc partajul, masa bunurilor de împărțit, titlul sau titlurile în baza căruia/căror se realizează împărțeala, în doctrină<sup>17</sup> s-a arătat că lipsa acestor elemente ar atrage nulitatea cererii de partaj. Considerăm excesivă această soluție, în condițiile în care art. 196 alin. (1) NCPC sancționează cu nulitatea expresă numai lipsa din cuprinsul cererii de chemare în judecată a numelui și prenumelui sau, după caz, a denumirii oricăreia dintre părți, a obiectului cererii, a motivelor de fapt ale acesteia ori a semnăturii părții sau a

<sup>14</sup> M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*. vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 721 și 722.

<sup>15</sup> G.C. Frențiu, D.L. Blădean, *Noul Cod de procedură civilă comentat*, Ed. Hamangiu, 2013, București, p. 1476.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> M. Tăbărcă, *op. cit.*, p. 721 și 722.

reprezentantului acestuia, iar dispozițiile art. 980 NCPC, deși prevăd că reclamantul este obligat să indice aceste elemente, nu indică o sancțiune pentru nerespectarea ei. Mai mult, din interpretarea art. 200 coroborat cu articolele 194-197 NCPC, reiese că instanța nu va dispune anularea cererii de chemare în judecată decât pentru lipsa mențiunilor indicate expres de art. 196 și pentru neplata taxelor judiciare de timbru. Aceste elemente sunt esențiale în cuprinsul unei cereri de chemare de partaj, în literatura de specialitate<sup>18</sup>, s-a opinat că nerespectarea acestei obligații de către reclamant poate conduce la suspendarea judecării cauzei, iar, la cererea părții interesate, eventual s-ar putea obține despăgubiri pentru amânarea procesului, potrivit art. 189 NCPC. Un alt argument suplimentar ar fi dispozițiile art. 981 din noul Cod de procedură civilă, conform cărora, instanța, la primul termen de judecată, în temeiul rolului său activ, va lua părților declarații în privința bunurilor supuse împărțelii, urmând să ia act de recunoașterile și acordul părților cu privire la existența bunurilor, locul unde acestea se află și valoarea lor.

Privitor la taxa de timbru ce trebuie achitată de reclamant, aceasta se va stabili conform dispozițiilor art. 5 din O.U.G. nr. 80/2013<sup>19</sup> privind taxele judiciare de timbru, conform cărora, cererile în materia partajului judiciar se taxează astfel: a) stabilirea bunurilor supuse împărțelii se taxează cu 3% din valoarea acestora; b) stabilirea calității de coproprietar și stabilirea cotei-părți ce se cuvine fiecărui coproprietar se taxează cu 50 lei pentru fiecare coproprietar (...) f) cererea de partaj propriu-zis, indiferent de modalitatea de realizare a acestuia și va taxa cu 3% din valoarea masei partajabile. Urmând ca la alin. (2) al aceluiași articol să prevadă că dacă cererile în materia partajului judiciar prevăzute de alin. (1) se formulează în cadrul aceleiași acțiuni, aceasta se taxează cu o singură taxă de 5% din valoarea masei partajabile.

În cazul în care bunul este indivizibil ori nu este comod partajabil în natură, partajul se va face în unul dintre următoarele moduri, expres și limitativ prevăzute de art. 676 alin. (2) NCPC:

- atribuirea întregului bun, în schimbul unei sulțe, în favoarea unuia ori a mai multor coproprietari, la cererea acestora;

- vânzarea bunului în modul stabilit de coproprietari ori, în caz de neînțelegere, la licitație publică, în condițiile legii, și distribuirea prețului către coproprietari proporțional cu cota-parte a fiecăruia dintre ei.

În ceea ce privește datoriile născute în legătură cu bunul comun, oricare dintre coproprietari poate cere stingerea acestor datorii care sunt scadente ori devin scadente în cursul anului în care are loc partajul. Suma necesară pentru stingerea acestor obligații va fi preluată, în lipsa unei stipulații contrare, din prețul vânzării bunului comun cu ocazia partajului și va fi suportată de către coproprietari proporțional cu cota-parte a fiecăruia.

În ceea ce privește efectele partajului, în concepția noului Cod civil împărțeala bunurilor aflate în coproprietate produce efect constitutiv, adică numai pentru viitor,

---

<sup>18</sup> G. Boroi, O.S. Matei, A. Constanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Theohari, G. Răducan, D. M.I Gavriș, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. II, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 542.

<sup>19</sup> Publicată în M. Of. nr. 392 din 29 iunie 2013.

ținând totodată cont de efectul constitutiv al cărții funciare. Prin raportare la art. 385 din noul Cod civil, care instituie efectul retroactiv al încetării regimului matrimonial (care urcă până la data introducerii cererii de divorț la organul competent să o soluționeze sau, după caz, chiar până la data separației în fapt), în literatura de specialitate s-a pus în discuție un eventual efect retroactiv al partajului, prin excepție de la regula de drept comun instituită de art. 680 NCC. Primul alineat al art. 994 din noul Cod de procedură civilă, în acord cu noile reglementări din art. 680 NCC, statuează cu caracter de noutate caracterul constitutiv al hotărârii de partaj, spre deosebire de reglementarea anterioară, care stabilea caracterul declarativ al acesteia. Practic, datorită acestui efect constitutiv, fiecare coproprietar devine proprietarul exclusiv al bunurilor sau sumelor ce i-au fost atribuite începând cu data rămânerii definitive a hotărârii de partaj. Potrivit art. 681 din NCC, corelat cu dispozițiile art. 641 din același Cod, actele încheiate, în condițiile legii, de către un coproprietar cu privire la bunul comun, rămân valabile și sunt opozabile celui căruia i-a fost atribuit bunul în urma partajului. Cu alte cuvinte, menținerea actului juridic încheiat de un singur coproprietar nu mai depinde de atribuirea bunului în lotul acestuia. Mai mult, chiar dacă nu a participat la încheierea acestor acte, ele îi sunt opozabile coproprietarului căruia bunul i-a fost atribuit, așa că el va trebui să execute și obligațiile care decurg din acestea. Condiția necesară pentru ca actele să rămână valabile și opozabile este aceea ca ele să fi fost încheiate „în condițiile legii”. Este vorba despre actele de conservare, care pot fi încheiate de oricare dintre coproprietari, fără acordul celorlalți (art. 640 NCC); actele de administrare, care se încheie cu respectarea regulii majorității [art. 641 alin. (1) NCC]; actele de administrare și cele de dispoziție sau asimilate acestora, la încheierea cărora coproprietarul și-a dat acordul [art. 641 alin. (3) și (4) NCC]. Actele juridice făcute cu nerespectarea prevederilor art. 641 NCC sunt inopozabile coproprietarului care nu a consimțit, expres sau tacit, la încheierea lor [art. 642 alin. (2) NCC]<sup>20</sup>.

Neîndoielnic însă, în materie imobiliară, date fiind regulile de carte funciară, efectele juridice ale partajului se produc numai începând cu data înscrierii în cartea funciară a hotărârii definitive de partaj, norma obligând implicit la o asemenea înscriere.

Cu privire la acest aspect, potrivit dispozițiilor art. 35 alin. (5) din Legea nr 7/1996, republicată 2013, legea cadastrului și a publicității imobiliare, instanța judecătorească va transmite, în termen de 3 zile, hotărârea rămasă definitivă, constitutivă sau declarativă asupra unui drept real imobiliar, la biroul de carte funciară al judecătoriei în a cărei rază de activitate se află imobilul. La prima vedere, textul este generos, pentru că legiuitorul și-a propus să instituie un sistem prin care la scurt timp de la soluționarea definitivă a unui litigiu relativ la un drept real imobiliar, să se realizeze formalitatea de publicitate imobiliară.

Rigoarea textului impune ca instanțele judecătorești să urmărească îndeaproape evoluția dosarelor care au ca obiect acțiuni privitoare la drepturi reale imobiliare, și să stabilească momentul la care hotărârea devine definitivă, după care să procedeze în termenul stabilit de lege, relativ scurt, la comunicarea hotărârii către biroul de carte funciară.

---

<sup>20</sup> G.Boroi și colaboratorii, *op. cit.*, p. 571.



Se ridică, însă, o serie de dificultăți în aplicarea acestui text legal. Astfel, textul nu arată căreia instanțe îi revine sarcina de a efectua comunicarea din oficiu a hotărârii judecătorești definitive. În lipsa unei precizări, având în vedere și termenul scurt în care ar trebui să aibă loc operațiunea de comunicare a hotărârii, textul ar trebui interpretat în sensul că operațiunea comunicării din oficiu a hotărârii definitive, constitutive sau declarative asupra unui drept real imobiliar, trebuie efectuată de către instanța înaintea căreia hotărârea devine definitivă. În consecință, dacă o hotărâre devine definitivă înaintea primei instanțe ca urmare a nedeclarării apelului (ori a recursului în cazul hotărârilor pronunțate în primă și ultimă instanță), prima instanță va fi ținută să efectueze comunicarea. În cazul în care hotărârea devine definitivă în fața instanței de apel ca urmare a nedeclarării recursului, instanța de apel va avea sarcina comunicării hotărârii, iar dacă hotărârea devine definitivă prin soluționarea căii de atac extraordinare a recursului, instanța de recurs va trebui să procedeze la comunicarea hotărârii către biroul teritorial de carte funciară în a cărui circumscripție teritorială se află imobilul. Ar fi necesar să se prevadă în lege, în mod expres, că operațiunea de comunicare a hotărârii definitive prin care se soluționează un litigiu cu privire la un drept real imobiliar, să fie îndeplinită de către instanța în fața căreia hotărârea devine definitivă.

Orice operațiune de intabulare este condiționată de achitarea tarifelor prevăzute de lege. În art. 91 și 92 din Regulamentul de organizare și funcționare a birourilor de cadastru și publicitate imobiliară<sup>21</sup> se arată că hotărârea judecătorească definitivă și irevocabilă referitoare la un bun imobil se va nota în cartea funciară, la cerere sau din oficiu. Pentru înscrierea în cartea funciară a drepturilor reale modificate, constituite, transmise sau pentru radierea drepturilor reale stinse ca urmare a hotărârii judecătorești definitive, precum și pentru înscrierea altor acte sau fapte juridice, așa cum rezultă din hotărâre, persoana interesată va depune copia legalizată a hotărârii judecătorești cu mențiunea rămânerii definitive, precum și dovada achitării tarifelor.

Prin urmare, textul legii cadastrului și publicității imobiliare nu are deplină eficiență, atâta timp cât urmare a comunicării din oficiu a hotărârii judecătorești definitive, constitutivă ori declarativă asupra unui drept real imobiliar, are loc numai o notare a hotărârii, iar intabularea ce se impune a fi făcută prin efectul hotărârii judecătorești este condiționată de conduita părții care trebuie să îndeplinească operațiunea de achitare a tarifelor legale<sup>22</sup>.

Ar fi fost cazul să se ia în considerare faptul că este vorba despre înscrierea pe baza unor hotărâri judecătorești (majoritatea pronunțate în proceduri contencioase pentru care partea reclamantă este ținută la achitarea unor taxe judiciare de timbru stabilite în raport de valoarea bunurilor imobile la care se referă drepturile litigioase), iar pentru acest caz să nu se mai perceapă taxe separate pentru efectuarea operațiunilor de publicitate imobiliară. De altfel, un astfel de caz este reglementat de dispozițiile art. 102 din regulamentul, care se referă la înscrierea din oficiu și gratuit a sultei ce rezultă din actul de partaj voluntar ori judiciar.

---

<sup>21</sup> Publicat în M. Of. nr. 1.049 din 29 decembrie 2006, cu modificările ulterioare.

<sup>22</sup> M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară. Noile cărți funciare*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 576.

O altă soluție ar fi aceea ca la declanșarea litigiului, inclus în taxa judiciară de timbru ori separat de aceasta, să se avanseze și tarifele legale pentru operațiunile de publicitate imobiliară ce ar urma să fie îndeplinite în temeiul hotărârii ce se va pronunța în cauză (evident, ar trebui stabilit ce fel de operațiune de publicitate ar impune soluționarea litigiului, adică dacă ar fi vorba despre o intabulare, o radiere a unei înscrieri sau numai despre o notare). Într-o asemenea situație, împreună cu copia hotărârii judecătorești irevocabile, instanța judecătorească ar comunica și dovada de achitare a tarifului pentru operațiunea de publicitate imobiliară, iar biroul teritorial ar proceda direct la intabulare<sup>23</sup>.

Înscrierea pe baza hotărârii judecătorești definitive constitutivă de drepturi, cum este hotărârea dată în urma partajului asupra unui drept real imobiliar, ar trebui să fie precedată de o notare a existenței litigiului în cartea funciară. La rândul ei, această notare poate și trebuie făcută ca urmare a comunicării de către instanță, din oficiu, a copiei cererii de chemare în judecată<sup>24</sup>. Regulamentul de organizare și funcționare a birourilor de cadastru și publicitate imobiliară rezolvă această situație prin dispozițiile art. 93 alin. (1) unde se arată că: „*Notarea existenței unui litigiu cu privire la drepturile ce fac obiectul înscrierii în cartea funciară se va putea face fie la cererea părții interesate, fie din oficiu, la sesizarea instanței de judecată*”, pentru ca în alin. (2) al aceluiași articol să se precizeze: „*În cazul în care instanța judecătorească trimite din oficiu o adresă, precum și o copie a acțiunii introductive în vederea notării litigiului, partea interesată va fi înștiințată în acest sens de către biroul teritorial, în vederea achitării tarifului legal*”. Este valabilă aceeași critică referitoare la condiționarea efectuării operațiunii de o conduită ulterioară a părții interesate; este lesne de observat că pasivitatea reclamantului care nu ar achita tariful, conduce la neefectuarea notării în cartea funciară. Și în acest caz, s-ar impune ca pentru efectuarea operațiunii de notare a litigiului pe baza comunicării făcute de către instanța de judecată din oficiu, să nu se perceapă un tarif distinct. Numai în acest fel, finalitatea comunicării din oficiu a relațiilor cu privire la existența litigiului, poate fi atinsă, înscrierea în cartea funciară fiind făcută cu operativitate, iar cercetarea cărții funciare fiind în măsură să ofere informarea completă cu privire la eventualele litigii referitoare la un bun imobil<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> R.I. Motica, A. Trăilescu, *Manual de Drept funciar și publicitate imobiliară*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 124.

<sup>25</sup> A se vedea M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară*, vol. II, *Noile cărți funciare*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 729 și urm.

# Câteva considerații cu privire la fundamentul relației dintre părinți și copiii lor minori văzută prin prisma răspunderii civile delictuale

*Conf. univ. dr. Gabriel NAGHI*  
*Universitatea „Andrei Șaguna” din Constanța*  
*Facultatea de Drept și Științe Administrative*



## A few considerations regarding the base of relationship between parents and their minor children seen through the civil liability without fault laid

### Abstract:

The legal status of civil liability for the act of the minor or of the person placed under interdiction is set in art. 1372 of the new Civil code, according to which, the person that is obliged under a contract or by court order to watch over a minor or a person placed under interdiction is liable for the damage caused to another by the latter, with the exception of the case in which it can be proved that the harmful act could not be prevented

**Keywords:** fault, liability of parents, objective liability, child supervision, relief.

### § 1. Considerații generale

În general vorbind, orice responsabilitate, inclusiv cea întrupată în răspunderea civilă delictuală, chiar și atunci când este vorba de relația dintre părinți și copiii lor minori, trebuie văzută, între altele, și în raport de unul dintre „preceptele-constantă” lăsat drept zestre teoriei și practicii dreptului, construit de dreptul roman, dar valabil în toate epocile: „*quid leges sine moribus, quid mores sine legibus*”<sup>1</sup>. Din această

---

<sup>1</sup> Într-o traducere largă, preceptul spune că legea, norma juridică, nu pot fi concepute fără a avea conținut moral, după cum tot astfel, preceptele fundamentale ale moralei nu pot triumfa dacă apărarea lor nu este organizată prin drept.

perspectivă, odată conturat fundamentul relației dintre părinți și copiii lor minori văzut prin prisma răspunderii civile delictuale, poate asigura explicațiunea filosofică a acestei răspunderi și poate conduce la esențializarea ei din perspectiva teoriei generale a dreptului. În sens larg, în acest precept cu valoare de principiu reșade fundamentul filosofico-juridic al răspunderii părinților care au obligația de supraveghere a copilului lor minor, pentru că legea însăși, norma juridică au un conținut moral, iar preceptele fundamentale ale moralei pot fi urmate dacă apărarea lor este organizată prin drept. Pornind de la această premisă, caracterizată prin pronunțată generalitate și principialitate juridică, se poate ajunge la conturarea fundamentului relației dintre părinți și copiii lor minori în ipoteza în care se pune în discuție răspunderea civilă delictuală.

## § 2. Sistemul Codului Civil de la 1864 intrat în vigoare în ianuarie 1865

Considerarea fundamentului răspunderii părinților pentru faptele copilului lor minor și, implicit, pentru prejudiciile cauzate diferă în raport de relaționarea disp. art. 1000 alin. (2) din C. civ. cu disp. art. 101 alin. (2) C. fam. Spunem „diferă”, pentru că avem în vedere încă aplicarea acestor dispoziții legale în contextul dreptului tranzitor survenit ca urmare a intrării în vigoare a noului Cod Civil.

În acest context se rețin următoarele:

a) literatura de specialitate în acord cu practica judecătorească au considerat, la început, că fundamentul juridic al acestei obligații reșade în nerespectarea obligației de exercitare a supravegherii asupra copiilor minori<sup>2</sup>. Acestei opinii i se poate reproșa dezavantajul necorelării dispozițiilor legale amintite mai sus<sup>3</sup>, astfel că părinții nu răspund decât dacă există prezumția de culpă izvorâtă din nesupravegherea minorilor, restrângere nejustificată pentru că pune victima în situația de a dovedi culpa proprie a părinților, ceea ce este destul de dificil<sup>4</sup>;

b) doctrina și practica judecătorească au reconsiderat fundamentul prezumției de culpă a părinților, luând în seamă atât disp. art. 1000 alin. (2) C. civ., cât și disp. art. 101 alin. (2) C. fam., conchizând că părinții sunt obligați să crească copilul, să se îngrijească de sănătatea și de dezvoltarea lui fizică. Tot astfel părinții sunt ținuți să asigure educarea, învățătura, și pregătirea profesională a copilului raportat la calitățile și însușirile acestuia. Cu alte cuvinte, părinții răspund deopotrivă, pentru lipsa de supraveghere a copilului lor minor, cât și pentru neîndeplinirea obligației privind educarea acestuia<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Vezi I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor în reglementarea noului Cod civil.*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 388 și bibliografia citată la Nota 1 de la aceeași pagină (V. Loghin, S. Ghimpu și S. Grosu, precum și practica în materie – Tribunalul Suprem, dec. nr. 1777/1976).

<sup>3</sup> Dispozițiile art. 1000 alin. (2) C. civ. de la 1864 cu disp. art. 101 alin. (2) C. fam.

<sup>4</sup> Vezi I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 388.

<sup>5</sup> Acest punct de vedere este îmbrățișat de autori de prestigiu precum: T. Ionașcu, *Curs de drept civil*, Litografia Universității București, 1956, p. 47; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Teoria obligațiilor*, Ed. All, București, 1994, p. 196; M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academia Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 256; E.A. Barasch, I. Nestor, S. Zilberstein, *Ocotirea părintească*, Ed. Științifică, București, 1990, p. 156; R.N. Petrescu, *Drept civil. Teoria obligațiilor, Răspunderea delictuală*, Ed. Oscar Print, București, 1996, p. 172 și urm. Vezi și practica judecătorească: Dec. nr. 4 a TS din 17 ian. 1977 și Dec. nr. 18 din 15 martie 1982.

### § 3. Potrivit noului Cod Civil

Dispozițiile art. 1.372 NCC cunosc o singură interpretare din partea doctrinei: acest text constituie izvorul răspunderii obiective fondată pe ideea asumării riscului aferent executării unei relații de autoritate asupra autorului faptei ilicite prejudiciabile<sup>6</sup>, concepție care nu este nouă. Ea se regăsește în doctrina juridică și în practica judecătorească franceză.

### § 4. Răspunderea obiectivă potrivit doctrinei și practicii judecătorești din Franța

O primă precizare: legislația franceză anterioară anului 1960 statua asupra fundamentului acestei obligații în sensul că acesta rezidă în prezumția de culpă, părinții răspunzând pentru lipsa de supraveghere și supravegherea insuficientă sau pentru educația necorespunzătoare a copiilor minori care au comis fapte prin intermediul cărora s-a pricinuit un prejudiciu altuia.

Răspunderea în materie a evoluat spre o garanție fondată pe ideea de solidaritate familială, datorită diminuării severității părintești sub presiunea câștigării de teren în domeniul moravurilor societății.

În zilele noastre, începând cu sentința pronunțată în cauza „Bertrand” din 19 februarie 1997 pronunțată de cea de-a doua Cameră Civilă a Curții de Casație Franceză, jurisprudența franceză a determinat o schimbare în privința fundamentului răspunderii părinților pentru faptele și prejudiciile săvârșite de copiii lor minori: această răspundere s-a transformat din una bazată pe culpă, *într-o răspundere de plin drept* al cărei fundament reșade în ideea de pază a altuia, care poate fi angajată în situația în care autorul faptei ilicite (copilul minor) nu este culpabil.

### § 5. Receptarea punctului de vedere la care a ajuns practica judecătorească franceză

În general vorbind, se poate spune că doctrina juridică din țara noastră anterioară celui de-al Doilea Război Mondial era considerată ca o prelungire a doctrinei franceze, iar practica judecătorească din țara noastră urma, în bună măsură, practica juridică franceză. Cauza unei asemenea stări de lucruri se afla în asemănarea Codului civil român de la 1864, până la a fi aproape o copie fidelă a Codului Civil francez de la 1804.

Mai mult, urmarea soluției franceze nu este doar rezultatul practicii judecătorești de la noi; ea este consacrată în Legea civilă de sinteză<sup>7</sup> prin disp. art. 1372 (2), dispoziții potrivit cărora răspunderea celor obligați să supravegheze un minor<sup>8</sup> chiar și atunci când minorul<sup>9</sup>, neavând discernământ, nu răspunde pentru fapta proprie.

<sup>6</sup> I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 388.

<sup>7</sup> În noul Cod civil intrat în vigoare la 1 oct. 2011.

<sup>8</sup> Sau o persoană pusă sub interdicție judecătorească. De altfel, întregul demers de față privește în aceeași măsură atât pe copilul minor, cât și pe interzisul judecătoresc și pe cei ce au obligația de a-i supraveghea.

<sup>9</sup> Sau interzisul judecătoresc.

Lipsa discernământului copilului minor<sup>10</sup>, care a săvârșit o faptă aducătoare de prejudicii altora nu înlătură răspunderea pentru cel ce avea obligația de supraveghere a acestuia, soluție care precizează poziția legiuitorului: suntem în prezența unei răspunderi obiective<sup>11</sup>.

Se admite că cel obligat la supravegherea minorului este exonerat de răspundere numai dacă face dovada că nu a putut împiedica fapta producătoare de prejudiciu. În acest sens sunt disp. art. 1.372 alin. (3)<sup>12</sup> care conțin un raționament valorificabil și în materia în discuție<sup>13</sup>.

Cu siguranță, cauza trebuie să fie străină celui în sarcina căruia se instituie obligația, cum ar fi, de pildă, fie fapta victimei, fie fapta unei terțe persoane.

Se are în vedere că dispozițiile art. 1.372 alin. (3) NCC prin Legea nr. 71/2011 au fost modificate prin completarea tezei finale a textului, statuându-se că „în cazul părinților sau, după caz, al tutorilor, dovada se consideră a fi făcută numai dacă ei probează că fapta copilului constituie urmarea unei alte cauze decât modul în care și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercițiul autorității părinților”. Rezultă fără putere de tăgadă că suntem în prezența cauzelor indicate în dispozițiile art. 1.351-1.352 NCC. În acest sens, s-a pronunțat și literatura de specialitate în domeniu<sup>14</sup>.

În același timp, s-a considerat că, chiar dacă se reține caracterul obiectiv al răspunderii, nu se poate reține că înlăturarea răspunderii poate avea loc doar pentru situații ce țin de raportul de cauzalitate prin dovedirea altei cauze a prejudiciului<sup>15</sup>. Rezultă că în privința răspunderii părinților și tutorilor, legea îngăduie expres posibilitatea unei probe contrare, de unde se poate spune că ne aflăm în prezența unei prezumții relative de culpă, prezumție care poate fi combătută<sup>16</sup>.

În context, literatura de specialitate este cvasiunanimă în a statua că fundamentul răspunderii pentru fapta minorului și a celui pus sub interdicție rezultă fără putere de dubiu din disp. art. 1.372 alin. (1), Teza I, text inspirat din disp. art. 832 C. civ. german<sup>17</sup>. Disp. art. 1.372 alin. (1) trebuie conjugate, din acest punct de vedere, cu disp. art. 1.351 și 1.352 care reglementează cauzele care exonerează de răspundere.

Așa fiind, noua reglementare asigurată prin NCC avantajează clar persoana vătămată care este scutită de obligația de a dovedi culpa autorului faptei prejudiciabile și dezavantajează persoanele obligate. Avantajarea creditorului din raportul juridic obligațional și dezavantajarea debitorului din același raport pe plan juridic, nu împietează asupra echității sociale, ci reprezintă doar o excepție de la regula *onus probandi* din materia sarcinii probațiunii.

---

<sup>10</sup> Sau interzisului judecătoresc.

<sup>11</sup> A se vedea în acest sens I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, 2014, p. 389.

<sup>12</sup> „Comitentul nu răspunde dacă dovedește că victima cunoștea sau, după împrejurări, putea să cunoască, la data săvârșirii faptei prejudiciabile, că prepusul a acționat fără nicio legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredintate”.

<sup>13</sup> Vezi în acest sens I. Dogaru și P. Drăghici, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>14</sup> Vezi R.I. Motica, F.I. Mangu, *Aspecte privind reglementarea răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia în Noul Cod Civil*. Noile Coduri ale României, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 258.

<sup>15</sup> Textele art. 1375-1376 folosesc sintagma ”independent de orice culpă”. Se statuează că singurele cauze de exonerare sunt fapta victimei, fapta unui terț și forța majoră (dispozițiile art. 1380 NCC).

<sup>16</sup> A se vedea în acest sens Ion Dogaru, Pompil Drăghici, *op. cit.*, p. 390.

<sup>17</sup> Cel obligat la supraveghere este exonerat de răspundere numai dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă.

# Demnitatea umană și reproducerea umană asistată medical cu terț donator

*Lector univ. dr. Mădălin-Savu TICU<sup>1</sup>*  
*Universitatea din Craiova*  
*Facultatea de Drept și Științe Sociale*



## Human dignity and the medically assisted human reproduction with a third party donor

### Abstract:

Apparently, between the medically assisted human reproduction with a third party donor and human dignity there is no obvious connection. The first of them is a new institution that has been introduced by the Civil Code, which tries to regulate a medical and legal reality that is becoming more and more critical: infertility issues that affect more and more contemporary couples. Human dignity, on the other hand, is also a new concept, which nevertheless is based on an older regulation, namely the Constitutional provision set by the 1<sup>st</sup> Article, 3<sup>rd</sup> paragraph of the supreme law. The common ground of the two not only medical, social but also legal concepts is represented by the human being, whose dignity in general must be acknowledged and protected by all legal means not only at the theoretical, but also the practical level, the path from possibility to the reality is necessary to be set forth in order for a concept as human dignity, to be fully protected within the current legal context.

**Keywords:** human dignity, the medically assisted human reproduction; the medically assisted human reproduction with a third party donor, embryo, humanity.

### § O încercare de definire a conceptelor; problematizare

**1. Demnitatea umană** este o sintagmă ambiguă, care prin ea însăși nu definește nici conceptul demnității și nici ideea de umanitate. La o primă vedere, pare să avem

---

<sup>1</sup> Lucrarea de față reprezintă o parte din contribuția autorului în cadrul proiectului „*Paradigma demnității umane, între simplificare și mistificare: analiză teologică, filosofică și juridică*”, Grantul nr. 5C/27 ianuarie 2014, acordat în competiția internă de granturi de cercetare a Universității din Craiova.

de-a face cu o valoare specific umană<sup>2</sup> – noțiunea demnității – caz în care sintagma „demnitate umană” ar fi prin ea însăși un început de pleonasm.

Demnitatea este ceva conștientizat de individul uman, ceva specific lui, care îi permite o așezare în sistemul social și relațional de așa natură încât să valorifice la maximum caracteristicile sale ca reprezentant al speciei umane. Cu alte cuvinte, demnitatea nu poate aparține decât omului. Nu putem vorbi de demnitate a animalelor sau a plantelor. Ori de câte ori discutăm de protecția animalelor ori a plantelor, avem de fapt în vedere protecția unor interese superioare ce aparțin tot individului uman ca specie: „În materie de respect pentru natură și, mai clar, pentru viață, specia umană și-a acordat sieși un statut particular, care o diferențiază în mod fundamental de restul lumii vii. Dacă respectul datorat lumii vegetale și animale își găsește mai întâi motivația în credințe superstițioase apoi, în ziua de astăzi, în preocupări ecologice, respectul datorat vieții umane are o cu totul altă conotație. În timp ce primul este de inspirație strict utilitară, cel de-al doilea provine dintr-un sentiment de orgoliu transcendent de religii într-o calitate de înaltă valoare morală asupra căreia s-a convenit să fie numită **demnitate umană**”<sup>3</sup>.

De aceea, demnitatea este un concept greu de surprins și pe care, atâta timp cât nu ni se cere să îl definim, credem cu toții că avem înțelegerea sa. Însă din momentul în care încercăm să îl cuprindem într-o definiție, fie ea cât de vagă posibil, deja ne îndepărtăm de simplificarea aparentă și tindem să mistificăm noțiunea.

Trebuie specificat de la început faptul că demnitatea ființei umane nu poate fi alienată, în ciuda faptului că există oameni care de bună-voie renunță la a fi demni. Demnitatea umană este apărută de întreaga specie umană, ca o valoare colectivă, ori de câte ori vreo ființă umană cunoaște atingeri (pe care le acceptă sau nu) ale propriei demnități.

Dicționarul explicativ al limbii române<sup>4</sup> definește *demnitatea* ca fiind în primul rând calitatea de a fi demn, de a avea o atitudine demnă. În subsidiar, prin *demnitate* se înțelege și o anume autoritate morală, prestigiu, gravitate ori măreție. Un al doilea sens ar fi și acela al unei funcții înalte deținută într-un stat. Substantivul provine din latinescul **dignitas, -atis**, care înseamnă demn.

Așa cum întregul domeniu al filosofiei se poate reduce la cele patru întrebări kantiene:

- 1) Ce pot să știu?
- 2) Ce trebuie să fac?
- 3) Ce pot să sper?
- 4) Ce este omul?,

tot astfel conceptul demnității umane are în centrul său ideea esențială a umanității. Demnitatea nu se poate aplica decât omului și numai lui, în calitatea sa esențială de

---

<sup>2</sup> Este mai greu de imaginat modul în care am aplica noțiunea demnității în lumea animală, în lumea vegetală sau chiar în cea minerală. Demnitatea în sine este strict legată de existența conștiinței și a conștiinței de sine, precum și de existența rațiunii, valori considerate a fi specifice lumii umane.

<sup>3</sup> J.Cl. Humeau, F. Arnal, *La procréatique. Les biotechnologies et la reproduction humaine. Histoire et éthique*, Ed. Sauramps médical, Montpellier, 2003, p.107.

<sup>4</sup> **Demnitate**, (2) *demnități*, s. f. **1.** Calitatea de a fi demn, atitudine demnă (2); autoritate morală, prestigiu. f& Gravitate, măreție. **2.** Funcție sau însărcinare înaltă în stat; rang. – Din lat. **dignitas, -atis** (după *demn*).



ființa rațională și relațională sau, altfel spus, acel aristotelic *zoon politikon*. Sociabilitatea și raționalitatea omului sunt ceea ce îi conferă capacitatea de a conștientiza necesitatea demnității ca specie.

În continuarea aceleiași distincții kantiene<sup>5</sup>, demnitatea este o chestiune ce caracterizează omul noumenal, iar nu omul fenomenal (care prin esența sa este mediocru, gregar, asemănător în multe privințe celorlalte vietuitoare ale planetei). Omul văzut ca persoană, caracterizat de o rațiune morală practică, este omul care este definit de conceptul demnității, putând face diferența între just și injust, între bine și rău, între adevărat și fals. Cu alte cuvinte omul dispus să își folosească atât capacitățile raționale, cât și pe cele relaționale.

Înțelegem acum de ce conceptul de **demnitate umană** este un concept cu valente multiple: juridice, filosofice, de natură teologică, dar, mai ales, un concept social. Întrebarea care se pune este însă dacă și în ce măsură demnitatea umană este o valoare juridică supremă, ce subsumează toate celelalte valori juridice? În acest sens, art. 1 alin. (3) din Constituția României stipulează că *demnitatea umană și libera dezvoltare a personalității umane, constituie valori supreme și sunt garantate. Se instituie astfel teoria valorilor supreme în drept. Iar la nivel european, demnitatea umană este un concept-sursă, în baza căruia sunt garantate și protejate o serie întreagă de alte principii (principiul nediscriminării, principiul liberului acces la justiție, principiul autodeterminării, principiul nevinovăției etc.).*

Ne întrebăm însă, pe bună dreptate: cine este titularul dreptului la demnitate umană? Este oare persoana, văzută în individualitatea sa, ori umanitatea în ansamblul ei?

Demnitatea umană nu solicită prin ea însăși, în mod obligatoriu, manifestarea unui acord de voință din partea celui care se bucură de protecție juridică. Protecția juridică a demnității umane se poate face chiar și când persoana protejată este de acord ca propria demnitate să îi fie încălcată, cu bună știință. Tocmai acesta este paradoxul: protecția demnității umane nu vizează neapărat individul X, ci drepturile pe care umanitatea și le vede încălcate prin faptul că individul X este privat de anumite drepturi și libertăți specifice. Deci conceptul-sursă al demnității umane nu presupune cu necesitate protejarea unei persoane concrete implicate și nu se reclamă în mod clar atingerea unui drept anume.

Așa cum afirmă un autor cunoscut în domeniu, „omul drepturilor omului reprezintă din punct de vedere juridic individul universal în libertatea sa universală și aduce deci în scenă un proces de identificare, umanitatea nu permite o astfel de modalitate de reprezentare. Ea apare ca reunirea simbolică a tuturor oamenilor prin ceea ce au comun, prin calitatea lor de ființe umane. În alți termeni, permite recunoașterea unei apartenențe la genul uman ca gen comun”<sup>6</sup>, ceea ce ar însemna că demnitatea umană vizează necondiționat idea de umanitate și niciodată ființa umană particular, văzută în subiectivismul și individualitatea sa.

Întemeierea legală a conceptului o regăsim în Constituția României, art. 1 alin. (3), unde ni se spune că: „*România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea*

<sup>5</sup> Expusă în *Metafizica moravurilor* și privind “demnitatea persoanei umane”.

<sup>6</sup> Edelman B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Dalloz, 1997, p. 187.

*omului (s.n.), drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate*". Demnitatea umană este așezată prima între valorile supreme instituite de constituant și este garantată de textul Constituției. Garantarea sa reprezintă însă cu necesitate și protecția propriu-zisă, ocrotirea concretă a demnității umane? Sau, deși o valoare supremă, aceasta rămâne doar într-o potențială sferă a declarativului?

Sintagma o întâlnim și la nivelul Codului civil, în art. 58 privind drepturile personalității: «(1) Orice persoană are dreptul la viață, la sănătate, la integritate fizică și psihică, **la demnitate**, la propria imagine, la respectarea vieții private, precum și alte asemenea drepturi recunoscute de lege.

(2) Aceste drepturi nu sunt transmisibile».

Iată cum, după drepturile de o importanță majoră (și le-am numi aici pe cele la viață, integritate fizică și psihică și dreptul la sănătate), demnitatea umană este imediat amintită, înaintea dreptului la propria imagine sau a celui privind respectarea vieții private.

Art. 72 din Codul civil definește dreptul la demnitate astfel:

«(1) Orice persoană are **dreptul la respectarea demnității sale (s.n.)**.

(2) Este interzisă orice atingere adusă onoarei și reputației unei persoane, fără consimțământul acesteia ori fără respectarea limitelor prevăzute la art. 75».

În fapt, nu este definită în sine demnitatea umană, ci doar dreptul la respectarea demnității umane, care este cu totul altceva. Din analiza alin. (2) al art. 72 C. civ. pare că demnitatea umană are de-a face cu onoarea și reputația persoanei, dar demnitatea umană în sine nu este doar dreptul la onoare, la imagine și la reputație. Este un complex de drepturi care nu sunt nicidecum limitative. Dezvoltarea dreptului va duce în timp la sporirea nuanțelor demnității umane și la lărgirea sferei sale de acțiune.

Documente simbolice, proclamative, întâlnim foarte multe în domeniul demnității umane și amintim aici numai Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite în 1948, în preambulul căreia se specifică: „Considerând că recunoașterea **demnității inerente** (s.n.) tuturor membrilor familiei umane și a drepturilor lor egale și inalienabile constituie fundamentul libertății, dreptății și păcii în lume, [...]

**Articolul 1** Toate ființele umane se nasc libere și egale în **demnitate** (s.n.) și în drepturi. Ele sunt înzestrate cu rațiune și conștiință și trebuie să se comporte unele față de altele în spiritul fraternității”.

De aceea ne putem întreba pe bună dreptate dacă înmulțirea drepturilor omului în contextul actual sprijină protecția efectivă a demnității umane? Sau mai degrabă proliferarea declarativă a drepturilor omului reprezintă un real pericol pentru efectivitatea protecției persoanei?

## § 2. Reproducerea umană asistată medical cu terț donator

### ➡ 2.1. Aspecte introductive

Reproducerea umană asistată medical nu cunoaște (încă) o definiție în legislația română actuală, art. 447 C. civ. făcând referire doar la o viitoare lege specială ce ar

urma să fie adoptată în domeniul RUAM-ului cu terț donator. Intră însă în sfera acestei noțiuni toate tehnicile medicale ce permit procrearea în afara concepției naturale, pentru acele cupluri (fie că sunt căsătorite sau nu) care sunt afectate de infertilitate ori pentru care aceste tehnici pot ajuta la evitarea unor maladii genetice ale copiilor. Potrivit legislației române, aplicarea acestor tehnici se poate face nu doar în cazul cuplurilor („un bărbat și o femeie”, potrivit art. 441 C. civ.), ci și în situația „femeilor singure”, atunci când discutăm de RUAM cu terț donator, însă de esența tehnicilor de reproducere asistată medical este sprijinul oferit cuplurilor care nu pot avea copii pe cale naturală.

Noul Cod civil aduce în discuție instituția reproducerii umane asistată medical cu terț donator. Acest tip de reproducere este specia, reproducerea umană asistată medical, cu materialul genetic al ambilor părinți care nu pot avea copii pe cale naturală, fiind genul. Referirile legiuitorului sunt făcute la reproducerea umană asistată medical cu terț donator pentru că aici intervin aspectele legate de filiație, mult mai mult decât la simpla reproducere umană asistată medical, unde părinții juridici sunt identici cu cei biologici și “practic nu există consecințe asupra filiației pentru că aceasta, ca legătură <de sânge>, există între copil și ambii părinți, astfel încât sunt pe deplin aplicabile regulile de drept comun privitoare la stabilirea filiației firești<sup>7</sup>”. Realitatea biologică este identică în această situație cu cea juridică.

Pentru situația reproducerii asistată medical cu terț donator (de fapt, cu materialul genetic al unui terț donator), cel puțin unul dintre părinții juridici nu este și părinte biologic al viitorului copil. O parte din materialul genetic (fie că este vorba de donare de ovocite ori de spermatozoizi) provine de la un terț. Cum într-o atare situație Codul civil nu distinge dacă este vorba de un singur terț donator sau de doi terți donatori, putem avea și exemplul în care tot materialul genetic provine de la două persoane, altele decât viitorii părinți juridici, adică situația donării de ovocite și de spermatozoizi, astfel încât ambii părinți ai copilului nu vor avea nicio legătură biologică cu acesta. Abia în această a doua situație apar discuțiile în privința filiației unui copil astfel conceput.

Proiectul de lege nr. 643/2011, în forma adoptată de Senat, definește la art. 3 lit. a) reproducerea umană asistată medical cu terț donator ca fiind “ansamblul de proceduri și tehnici în cadrul cărora materialul reproducător provine de la un terț donator definit în conformitate cu prezenta lege”.

Cel de-al doilea proiect de lege incident subiectului nostru, rămas și el doar la stadiul de proiect, fiind adoptat pentru moment numai de Senat (cameră decizională fiind Camera Deputaților), proiectul de lege nr. 453/2013, definește reproducerea umană asistată medical (în general, și nu doar cea cu terț donator) drept “domeniul medical ce cuprinde ansamblul tehnicilor de inseminare artificială, de fertilizare in vitro și transfer de embrioni” [art. 4 lit. c) din proiectul de lege nr. 453/2013], iar reproducerea umană asistată medical cu terț donator este acel “ansamblu de proceduri și tehnici în cadrul cărora unul dintre gametei provine de la un terț donator, definit în conformitate cu prezenta lege” [art. 4 lit. e) din proiectul de lege nr. 453/2013].

---

<sup>7</sup> *Noul Cod civil, Comentariu pe articole, art. 1-2.664*, Colectiv de autori, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 483.

Reproducerea umană asistată medical își găsește corespondentul în legislația franceză prin instituția AMP-ului, adică asistența medicală la procreare (*assistance médicale à la procréation*, fr.), definită de art. L. 2141-1 din Codul francez al sănătății publice<sup>8</sup> ca fiind “practicile clinice și biologice ce permit concepția *in vitro*, conservarea gameților, a țesuturilor germinale și a embrionilor, transferul de embrioni și inseminarea artificială”.

Tehnicile de RUAM se pot folosi numai atunci când avem de-a face fie cu cazuri de infertilitate diagnosticată (ale femeii, ale bărbatului sau chiar ale amândurora), fie cu cazuri în care se urmărește evitarea transmiterii de maladii de o anumită gravitate, de la părinte/părinți către copil. Aceste tehnici<sup>9</sup> constau în:

- a) Inseminare artificială (IA);
- b) Proceduri de fertilizare *in vitro* (FIV), care se pot rezuma pe scurt astfel;
- c) Transferul de embrioni (embriotransferul - ET).

Reproducerea umană asistată medical are o plajă de adresabilitate diferită de la stat la stat, astfel:

- există state (majoritatea situațiilor) unde se permite accesul la tehnicile de RUAM doar cuplurilor căsătorite, heterosexuale;
- în alte state, mai puține la număr, este permis accesul la procedurile specifice de RUAM cuplurilor căsătorite sau nu, heterosexuale sau homosexuale, și chiar femeilor singure ori cuplurilor de femei.

Codul civil român precizează faptul că tehnicile de RUAM se adresează “părinților”, definind părinții ca fiind “un bărbat și o femeie sau o femeie singură”.

Toate aspectele privind organizarea, verificarea și controlul tehnicilor de reproducere umană asistată medical ar trebui să se facă de către Ministerul Sănătății, în timp ce activitățile de supraveghere și coordonare propriu-zisă ale tehnicilor de RUAM vor fi asigurate de Agenția Națională de Transplant.

## ➡ 2.2. Ratiunea reglementării reproducerii umane asistată medical cu terț donator

În expunerea de motive care a stat la baza adoptării proiectului de lege privind reproducerea umană asistată medical au fost prezentate câteva argumente care justifică adoptarea unui asemenea proiect legislativ:

- reducerea continuă a populației României<sup>10</sup>;
- gradul de îmbătrânire a populației;
- lipsa politicilor de creștere a natalității;
- creșterea infertilității;

---

<sup>8</sup> Bérengère Legros, *Droit de la bioéthique*, Ed. Les Etudes Hospitalières, Bordeaux, 2013, p. 267.

<sup>9</sup> Pentru detalii asupra RUAM, a se vedea și Mădălin-Savu Ticu, *Reproducerea umană asistată medical cu terț donator în noul Codul civil – provocări*, în volumul conferinței internaționale a doctoranzilor și postdoctoranzilor, Craiova, 12-13 septembrie 2014, *Joint International Conference of Doctoral and Post-Doctoral Researchers*

<sup>10</sup> Potrivit website-ului <http://www.medicinareproductiva.ro/comunicat-srmmr-2014.php>, se estimează că, până în 2050, în ritmul scăderii numărului de nașteri, în România populația va ajunge la 14 milioane de locuitori.

- reducerea numărului persoanelor active pe piața muncii;
- amânarea momentului conceperii și nașterii unui copil, în general din rațiuni de ordin economic.

Nu este uitat nici rolul economic (contribuțiile la bugetul de stat), pe care le vor face în viitor copiii născuți prin tehnici de RUAM, ca viitoare persoane active pe piața muncii. Iată cum structura este parte interesată doar de ea însăși, ascunzând cu atenție, sub aspecte de politică demografică și sprijin pentru drama cuplurilor infertile, reale politici de ordin economic care să sprijine bugetul de stat.

### ➡ 2.3 Despre terțel donator

Terțel donator poate fi un bărbat (donator de gameți masculini – spermatozoizi), poate fi o femeie (donatoare de gameți feminini – ovocite) sau, de ce nu, pentru că *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, poate fi vorba chiar și de doi donatori, bărbat și femeie, care să pună la dispoziția unui cuplu ce recurge la RUAM întregul material genetic. În ambele situații se are în vedere un donator-tip, ideal, care prin actul său dezinteresat sprijină terapeutic donatarul/donataria să își vadă îndeplinit visul de a avea copii. Interesant este că nici în Codul civil și nici în proiectele de lege specială (adoptate până în prezent doar de către Senat) nu se specifică dacă viitorilor părinți trebuie să le fie cunoscută identitatea donatorului.

Din perspectiva proiectului de lege nr. 643/2011, în forma adoptată de Senat, terțel donator este “persoana majoră în viață, având capacitate deplină de exercițiu, de la care se prelevează voluntar material reproducător pentru utilizare terapeutică, în urma consimțământului informat, scris, liber, prealabil și expres al acesteia, obținut în condițiile legii” [art. 3 lit. d) din proiectul de lege nr. 643/2011].

Din perspectiva celuilalt proiect de lege incident (nr. 453/2013), în forma adoptată de Senat, prin terțel donator se înțelege “persoana majoră în viață în momentul donării, având capacitate deplină de exercițiu care, în urma investigațiilor clinice și paraclinice, nu are contraindicații pentru procreare și de la care se prelevează voluntar gameți pentru utilizare terapeutică, pe baza consimțământului neviciat, prealabil, expres și liber exprimat în scris în momentul donării” [art. 4 lit. f) din proiectul de lege nr. 453/2013].

### ➡ 2.4. Stadiul actual al legiferării<sup>11</sup>

Inițial, a existat un proiect de lege privind sănătatea reproducerii și reproducerea umană asistată medical, proiect adoptat de Parlament, dar care a fost declarat neconstituțional prin Decizia Curții Constituționale nr. 418/2005, decizie pronunțată în cadrul controlului de constituționalitate *a priori*.

Primele reglementări în domeniul RUAM sunt cele prevăzute în Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății. Aceste prevederi sunt de ordin general, neexistând în legea respectivă reglementarea specială a tehnicilor de reproducere umană asistată medical [art. 142 lit. e) din Legea nr. 95/2006].

---

<sup>11</sup> Pentru detalii asupra stadiului legiferării RUAM, a se vedea și Mădălin-Savu Ticu, *Reproducerea umană asistată medical cu terțel donator în noul Codul civil – provocări*, în volumul conferinței internaționale a doctoranzilor și postdoctoranzilor, Craiova, 12-13 septembrie 2014, *Joint International Conference of Doctoral and Post-Doctoral Researchers*.

Ulterior, s-a încercat reglementarea amănunțită a RUAM cu terț donator, prin proiectului de lege nr. 643/2011 care a fost adoptat de Senat la 13 martie 2012, în condițiile art. 75 alin. (2) teza a III-a din Constituție. Camera decizională în privința adoptării proiectului de lege a fost Camera Deputaților, care a fost sesizată de către președintele Senatului României, proiectul legii adoptate de către Senat fiind înregistrat la Camera Deputaților cu nr. 63 din 10 aprilie 2012. La 25 aprilie 2012, Comisia pentru drepturile omului, culte și problemele minorităților naționale a acordat un aviz negativ proiectului de lege privind reproducerea umană asistată medical cu terț donator, în timp ce, cu o zi mai devreme, la 24 aprilie 2012, Comisia pentru egalitatea de șanse pentru femei și bărbați a acordat aceluiași proiect de lege aviz favorabil.

Un alt proiect de lege, cu o sferă sensibil mai largă, a vizat reproducerea umană asistată medical în general, și nu doar cea cu terț donator, precum inițiativa legislativă anterior.

Cei 26 de deputați și senatori care au inițiat proiectul au înregistrat la Senat propunerea lor legislativă (L 453/2013). Consiliul legislativ a avizat favorabil proiectul de lege în data de 17 iulie 2013, după ce a făcut, bineînțeles, un set de observații și propuneri de modificare și de completare a proiectului de lege. În ședința din 6 noiembrie 2013, Senatul a adoptat cu 104 voturi pentru, 1 vot împotriva și două abțineri proiectul de lege privind reproducerea umană asistată medical, proiect de lege care cuprinde un număr de 19 articole, proiectul de lege fiind transmis către Camera Deputaților, care în acest caz este cameră decizională. Și acest proiect de lege a avut soarta celui dintâi, astfel că ne aflăm într-o situație paradoxală: proiectul de lege privind reproducerea umană asistată medical cu terț donator nr. 643/2011 a fost adoptat de Senat, dar respins de Comisia pentru drepturile omului, culte și problemele minorităților naționale; proiectul de lege privind reproducerea umană asistată medical nr. 453/2013 a fost adoptat și el de Senat, însă din nou aceeași Comisie pentru drepturile omului, culte și problemele minorităților naționale a avizat negativ proiectul de lege, de data aceasta însoțit și de un alt aviz negativ, dat de Comisia pentru buget, finanțe și bănci.

Ceea ce înseamnă că, la ora actuală, în materia reproducerii umane asistate medical rămânem încă la nivelul principiilor stabilite de art. 441-447 C. civ.

### ➡ 2.5. Reglementarea la nivelul Codului civil român prin art. 441-447

La nivelul Codului civil actual, reproducerea umană asistată medical cu terț donator este reglementată prin art. 441-447. Lăsând în grija unei viitoare legi speciale stabilirea regimului juridic al RUAM cu terț donator, confidențialitatea informațiilor și toate chestiunile de detaliu, legiuitorul a omis chiar lucrul esențial în tratarea oricărei instituții juridice: prezentarea unei definiții a instituției, fie ea cât de vagă posibil. Ni se vorbește în cele 7 articole despre reproducerea umană asistată medical cu terț donator, dar nu ni se spune, în mod concret, în ce constă aceasta, care sunt practicile de natură medicală ce pot fi considerate ca RUAM cu terț donator.

În cel mai important articol al acestei instituții se stabilește regimul filiației (art. 441 din C. civ.):

*(1) Reproducerea umană asistată medical cu terț donator nu determină nicio legătură de filiație între copil și donator.*

(2) În acest caz, nicio acțiune în răspundere nu poate fi pornită împotriva donatorului.

(3) Părinți, în sensul dat de prezenta secțiune, nu pot fi decât un bărbat și o femeie sau o femeie singură.

Modul de redactare al primului alineat nu lasă loc la interpretări: terțul/terții donator(i) nu sunt nicio clipă părinții juridici ai copilului. Dreptul, în această situație, nu se interesează de realitatea biologică și creează, printr-o ficțiune juridică, o relație artificială de rudenie care, culmea, rămâne singurul sprijin al filiației reale, juridice. Avem de-a face cu o filiație artificială<sup>12</sup>, așa cum a fost numită în literatura de specialitate. Este ca și cum am putea pune în discuție o adopție înainte de naștere. Neexistând raport de filiație cu viitorul copil, față de terțul donator nu se poate demara nicio acțiune în răspundere civilă [art. 441 alin. (2) C. civ.].

Beneficiarii RUAM cu terț donator pot fi:

1. cuplurile, adică *un bărbat și o femeie*, fie că este vorba de persoane căsătorite, fie că vorbim de celelalte tipuri de cupluri,

2. *o femeie singură*.

Și aici sunt necesare câteva distincții extrem de importante. Pentru prima situație terțul donator poate fi:

- un bărbat care donează spermatozoizi, viitorul copil fiind pe jumătate copilul biologic al cuplului (doar după mamă);

- o femeie care donează ovocite, situație identică celei de mai sus, copilul fiind pe jumătate copilul biologic al cuplului, tatăl său biologic fiind chiar soțul/partenerul femeii asupra căreia se va exercita RUAM cu terț donator;

- un bărbat și o femeie care donează deopotrivă material genetic cuplului, caz în care între respectivul copil și cuplul față de care se execută procedurile de RUAM cu terț donator nu există nicio legătură biologică. Sunt totuși voci care susțin că materialul genetic în cazul RUAM cu terț donator trebuie să provină numai de la un singur donator, cu alte cuvinte copilul va fi în acest caz pe jumătate copilul biologic al cuplului respectiv. Considerăm, totuși, că sintagma „terț donator” trebuie interpretată în spiritul și nu în litera legii, chiar dacă sunt mult mai rare cazurile când infertilitatea într-un cuplu afectează ambii parteneri, astfel că admitem posibilitatea ca o procedură de RUAM să aibă doi terți donatori.

În cea de-a doua situație, trebuie stabilit cine este „femeia singură” la care face referire legiuitorul? Este ea femeia necăsătorită, sau cea divorțată, ori cea văduvă? Sau poate fi considerată femeie singură și cea care, deși căsătorită nu întrunește acceptul soțului de a avea copii și recurge la o astfel de tehnică? Într-un asemenea caz filiația se va stabili doar față de mamă, trecând peste prezumția de paternitate atâta timp cât nu există acceptul soțului/partenerului pentru ca femeia să apeleze la tehnici reproductive.

Pe de altă parte, textul poate avea și o latură discriminatorie. De ce un bărbat singur nu ar putea el însuși apela la RUAM cu terț donator pentru a avea un copil? Răspunsul este unul medical: pentru că ar avea nevoie de o mamă-purtătoare pentru acel copil, situație nereglementată încă juridic la noi. S-a mai apreciat și că referința la

---

<sup>12</sup> C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 322.

cele două categorii de beneficiari ai RUAM cu terț donator - „un bărbat și o femeie” și „o femeie singură” – s-a făcut pentru a exclude posibilitatea ca un cuplu de bărbați să poată avea copii prin astfel de tehnici medicale (de altfel, am reveni la situația necesității unei mame-purtătoare). Nu putem considera în totalitate justă o astfel de apreciere deoarece „femeia singură” despre care legiuitorul face vorbire poate ea însăși să facă parte din categoria persoanelor homosexuale (în sensul oricărei persoane care manifestă atracție pentru indivizi de același sex), chiar dacă nu face parte dintr-un cuplu, căreia iată, legiuitorul i-a conferit posibilitatea să apeleze la RUAM cu terț donator.

În art. 442 C. civ. se prezintă condițiile în care se pot efectua procedurile de RUAM cu terț donator. Este nevoie de consimțământul expres, anterior oricărei proceduri medicale, al viitorilor părinți. Vorbim aici de un act juridic solemn, un act autentic, în care un terț – notarul public – ia act de voința părinților și le explică toate consecințele juridice ale acțiunii lor medicale. Dacă intervine decesul unuia dintre părinți, dacă a fost introdusă o cerere de divorț ori dacă a intervenit separația în fapt, consimțământul acordat anterior rămâne, fără efect, devenind caduc. Totodată, până la momentul efectuării procedurilor de RUAM cu terț donator, consimțământul poate fi revocat în scris, fără a fi nevoie de vreo justificare în acest sens a părintelui care și-a revocat consimțământul.

Potrivit art. 443 alin. (1) C. civ. nimeni nu poate să conteste filiația unui copil (nici măcar copilul însuși!) născut prin RUAM cu terț donator. Putem întâlni însă situația în care soțul mamei va introduce acțiunea în tăgăda paternității atunci când mama a efectuat de una singură procedurile de RUAM cu terț donator, fără să fi existat în prealabil și consimțământul soțului ei. Dacă vorbim de situația unui cuplu necăsătorit în care femeia efectuează procedurile de RUAM cu terț donator fără știința sau consimțământul partenerului său, atunci acesta din urmă nu va recunoaște paternitatea copilului. În cazul în care într-un cuplu necăsătorit, bărbatul își dă acordul pentru efectuarea procedurilor de RUAM cu terț donator (ceea ce îl face tată al copilului), după care nu mai recunoaște copilul astfel născut (art. 444 C. civ.), el va răspunde față de mamă și față de copil, paternitatea urmând a fi stabilită pe cale judecătorească, potrivit regulilor stabilite de art. 411 și art. 423 C. civ.

În art. 445 C. civ. este prezentat principiul confidențialității informațiilor, care guvernează toate procedurile de RUAM efectuate cu terț donator:

*„(1) Orice informații privind reproducerea umană asistată medical sunt confidențiale.*

*(2) Cu toate acestea, în cazul în care, în lipsa unor astfel de informații, există riscul unui prejudiciu grav pentru sănătatea unei persoane astfel concepute sau a descendenților acesteia, instanța poate autoriza transmiterea lor, în mod confidențial, medicului sau autorităților competente.*

*(3) De asemenea, oricare dintre descendenții persoanei astfel concepute poate să se prevaleze de acest drept, dacă faptul de a fi privat de informațiile pe care le cere poate să prejudicieze grav sănătatea sa ori pe cea a unei persoane care îi este apropiată”.*

Trebuie să privim acest principiu al confidențialității informațiilor privind RUAM cu terț donator sub mai multe aspecte:

- pe de o parte, se pune problema confidențialității informațiilor față de orice alte persoane în afara cuplului. Cuplul singur poate decide să protejeze conceperea unui copil printr-o asemenea procedură chiar și de cele mai apropiate rude;



- pe de altă parte, se poate pune problema confidențialității prin raportare la copil. Cuplul poate decide ca respectivul copil să nu cunoască niciodată realitatea biologică din care a provenit tocmai pentru a nu-i crea un mijloc suplimentar de presiune ori de frustrare;

- un alt aspect ar fi acela al confidențialității informațiilor cu privire la donator, pentru cazurile în care cuplurile sau femeia singură alege să beneficieze de această procedură cu material genetic pus la dispoziție de laboratorul specializat unde se desfășoară procedura. Întâlnim și situația în care donatorul este cunoscut ambilor părinți și aceștia sunt cei care se prezintă cu donatorul la unitatea medicală unde se vor desfășura tehnicile de RUAM. În acest din urmă caz, prin cunoașterea donatorului, se pot evita eventualele impedimente la o căsătorie ulterioară. Dacă însă identitatea tertului donator nu este cunoscută de părinți, rămâne valabilă posibilitatea apariției unor impedimente la căsătorie care, în realitate, nu se vor afla niciodată (ceea ce este cu atât mai grav). Din acest motiv a fost inserat alin. (2) al art. 445 C. civ. care permite judecătorului să autorizeze transmiterea informațiilor confidențiale către medic sau către autoritățile competente, tot în mod confidențial. Aceste informații pot fi solicitate de persoana concepută prin RUAM cu tert donator sau de descendenții acesteia.

Potrivit Legii nr. 46/2003 asupra dreptului pacientului la confidențialitatea informațiilor medicale ce îl privesc, efectuarea oricărei proceduri de RUAM, cu sau fără tert donator, intră sub incidența regulilor de confidențialitate.

Prin art. 446 C. civ. sunt reiterate drepturile și obligațiile clasice ale tatălui care, chiar dacă nu este un tată biologic, are față de copil aceleași drepturi și obligații ca și față de un copil născut pe cale naturală. Deși pare în plus, textul art. 446 nu este inutil. Dacă tertul donator a fost o femeie, atunci tatăl juridic al copilului va fi și tatăl biologic ceea ce, inclusiv din punct de vedere moral, va asigura respectarea ipotetică a obligațiilor pe care acesta le are. Între copil și mama sa juridică va exista legătura puternică a sarcinii și a faptului nașterii, precum și filiația decurgând de aici, de unde prezumția că mama copilului născut ca urmare a unei asemenea proceduri cunoaște drepturile, dar mai ales obligațiile pe care le are față de copil, filiația stabilindu-se prin însăși faptul nașterii.

Dacă însă tertul donator va fi un bărbat și ținând cont de posibilitatea unei oarecare frustrări, tatăl juridic (care nu este și tată biologic de data aceasta) s-ar putea să nu își respecte mai ales obligațiile părintești, de unde credem noi logica inserării acestui articol<sup>13</sup> care nu face decât să reia, sub o altă formulare, principiul egalității în drepturi a copiilor, precum și drepturile și, mai ales, obligațiile tatălui față de copiii săi.

Trebuie să înțelegem că asemenea proceduri medicale în care intervine tertul/terții donator(i) reprezintă ceva special nu doar în lumea medicală actuală, ci și în lumea juridică. De aceea, se poate vorbi chiar de o super-filiație a copiilor rezultați din asistența

---

<sup>13</sup> Unii autori consideră că reiterarea drepturilor și îndatoririlor părintești prin textul art. 446 C.civ. „Este o concluzie absolut firească – în opinia noastră nici nu era necesară consacrarea sa expresă – fără de care **principiul egalității în drepturi a copiilor** (art. 260, art. 448 NCC) ar suferi o gravă și inadmisibilă derogare”, în *Noul Cod civil, Comentariu pe articole, art. 1-2.664*, Colectiv de autori, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 490.

medicală la procreare, potrivit unor autori precum Frédérique Dreifus-Netter, care afirma: „Copiii concepuți cu gametii unui donator au fost deci dotați cu ceea ce un autor<sup>14</sup> a numit-o *super-filiație*<sup>15</sup>”.

Prin textul art. 447, Codul civil își încheie prezentarea instituției reproducerii umane cu terț donator făcând referire la o viitoare lege specială, care să reglementeze în amănunt aspectele acestei noi și importante instituții în peisajul civil, lege specială care întârzie, din păcate, să apară. Acest lucru nu împiedică însă cuplurile să recurgă la tehnicile de reproducere cu terț donator, în limitele (destul de largi) ale reglementării făcute de cele 7 articole din Codul civil.

### § În loc de concluzii

Reproducerea umană asistată medical cu terț donator naște o serie de probleme privind demnitatea copilului astfel născut.

În primul rând, va fi acesta îndreptătit să afle, poate la atingerea maturității psiho-intelective (nu neapărat și juridice) faptul că este doar parțial (sau poate deloc) copilul biologic al celor doi părinți juridici pe care îi are (sau poate doar unul, așa cum este situația mamei singure)? Poate fi acesta considerat un drept al copilului, de tipul dreptului de a fi informat? Sau trebuie păstrat „secretul” rădăcinilor sale biologice, pentru ca o atare veste să nu se constituie într-o țară? În cazul acesta, copilul devenit major ar putea afla mai târziu și din alte surse aceste aspecte intime legate de viața sa, ceea ce ar genera o reacție posibil adversă față de părinții care i-au ascuns realitatea sa biologică. Când de fapt recurgerea la aceste practici medicale ar însemna cu adevărat o binecuvântare pentru acest copil, care altfel nu ar fi văzut lumina zilei.

Apoi, se vorbește foarte mult în ultimul timp, în urma progreselor medicale, despre noțiunea de *embrion*, care nu este încă persoană, ci doar o persoană în devenire sau o „persoană umană potențială”, așa cum o definește Consiliul național francez de etică. Are embrionul, în această accepțiune, dreptul la demnitate umană<sup>16</sup>? Din ce moment și până când? Experimentele medicale afectează demnitatea embrionului?

Ține totodată și de o anumită demnitate a părinților posibilitatea de a păstra cât mai confidentiale cu putință datele privind reproducerea umană asistată medical, chiar simplă, fără terț donator, pentru a nu fi judecați de societatea contemporană, ancorată încă temeinic în prejudecăți și idei preconcepționate, în general de natură religioasă. Nu toate religiile înțeleg și sprijină astfel de acte medicale, deși finalitatea – aceea de a aduce pe lume un copil – este în spiritul oricărei religii.

Tehnicile de reproducere umană asistată medical nu ar trebui să fie considerate ca afectând demnitatea umană, ci ca fiind un sprijin pentru aceasta, atâta timp cât nu toate cuplurile reușesc să își îndeplinească dorința (sau poate visul?!) de a deveni părinți.

---

<sup>14</sup> Este vorba de C. Neirinck.

<sup>15</sup> F. Dreifus-Netter în contribuția sa cu titlul „*La filiation des enfants issus de l'assistance médicale à la procréation (AMP)*” din volumul colectiv „*Ethique et bioéthique. L'assistance médicale à la procréation*”, coordonat de Marie-Paule Poilpot, Editions Erès, 1999, p. 37.

<sup>16</sup> A. Kahn, *Quelle dignité pour l'embryon humain?*, p. 197, în lucrarea *Les procréations médicalement assistées: vingt ans après*, volum coordonat de René Frydman, Muriel Flis-Trèves, Béatrice Koeppel, Editions Odile Jacob, Paris, 1998.

Este o realitate existența acestor proceduri medicale, dar trebuie înțeleasă și sprijinită mai ales prin prisma programelor parentale ale cuplurilor care își doresc copii, în condițiile în care infertilitatea este considerată de Organizația Mondială a Sănătății o boală, fiind clasată pe locul 5 la nivel mondial în rândul celor mai grave afecțiuni<sup>17</sup>. Dincolo de considerațiile de ordin moral, etic, social și religios (deși, în ultimul timp, forurile bisericești par să dea dovadă de o oarecare înțelegere a fenomenelor medicale menite să sprijine cuplurile), ceea ce rămâne este realitatea: există cupluri care își doresc foarte mult să aibă copii și nu îi pot avea. Cauzele sunt multiple și inevitabil legate de infertilitatea care, se pare, ca boală recunoscută de Organizația Mondială a Sănătății, afectează una din șase persoane în zilele noastre. Rolul întemeierii unei familii este tocmai acela de comuniune, armonizare și sprijin reciproc, dar și de implicare socială, familia oferind înapoi societății, prin copiii cărora le dă naștere, perpetuarea structurii și funcționalitatea angrenajului social. Dacă familia sprijină societatea, atunci la rândul său societatea (statul) trebuie să ofere sprijin familiei.

Reproducerea umană asistată medical este, sub toate aspectele sale, un subiect sensibil, însă beneficiile pentru cupluri și deopotrivă pentru societate, trebuie să înfrângă prejudecățile și dificultățile în găsirea unei formule (în primul rând legislative<sup>18</sup>) coerente, astfel încât demnitatea umană (fie a cuplului, fie a părintelui singur) să se regăsească inclusiv în aceste tehnici medicale cărora norma juridică trebuie să le creeze cadrul necesar de aplicare în condiții de maximă eficiență.

---

<sup>17</sup> Potrivit website-ului <http://www.medicinareproductiva.ro/comunicat-srmr-2014.php>.

<sup>18</sup> Interesant de analizat este și textul *Memorandumului privind propunerea legislativă referitoare la reproducerea umană asistată medical (2013)*, elaborat de Andreea Popescu pentru ONG-ul *European Center for Law and Justice* și care poate fi accesat pe website-ul <http://provitabucuresti.ro/docs/lobby/ruam2013/RUAM-2013.pdf>.

## Considerații asupra clauzei reputate nescrise

*Asistent univ. dr. Anca Costina GHERGHE*  
*Universitatea din Craiova*  
*Facultatea de Drept și Științe Sociale*

### Considerations on the clause deemed unwritten

#### Abstract:

The current Civil Code regulates a new legal institution concerning the domain of the inefficacy causes of contracts, called clause deemed unwritten. It is a civil legal sanction which is different from the other inefficacy causes of contracts, such as resolution, resiliation, inoposability or inexistence of the contract, but it is also different from nullity, although the two sanctions have some similar features. Above all similarities that exist between the clause deemed unwritten and nullity of contract, the clause deemed unwritten appears to be a specific civil legal sanction, with a different legal settlement, so that it can't be confused with absolute and relative nullity or with total and partial nullity. The type of regulation adopted by the Civil Code for this institution has determined confusion in the recent legal doctrine and it has caused several debates, some authors saying the clause deemed unwritten is a partial nullity type, other saying it is a different, independent civil sanction.

**Keywords:** clause deemed unwritten, partial nullity, absolute nullity, civil sanction, inexistence of contract.

Adaptarea legislației naționale la realitățile sociale reprezintă o necesitate permanentă, care se reflectă, la nivel de principiu, în ideea de dinamică a sistemului juridic, dinamică indispensabilă asigurării coerenței dintre teoria și practica dreptului. Această dinamică juridică, alături de ideea mai generală a armonizării dreptului privat la nivel internațional au condus la o modificare mai vastă a normelor de drept privat din România, culminând, după cum se știe, cu intrarea în vigoare a unui nou cod de reglementări civile. Una dintre modificările sau, mai bine zis, dintre noutățile aduse de Codul civil și care interesează lucrarea de față se referă la cauzele de ineficacitate a clauzelor contractuale și este intitulată *clauza reputată nescrisă*.

După o practică deja cunoscută a legiuitorului român, această instituție a fost împrumutată din legislațiile altor state, posibil din legislația franceză sau din cea din

Quebec și a fost transpusă în legislația națională fără o reglementare care să fie suficient de consistentă, încât să facă posibilă înțelegerea și aplicarea ei în practică. De fapt, Codul civil se limitează la stabilirea efectului acesteia și a situațiilor concrete în care o anumită clauză introdusă de părțile contractante în acordul lor de voință reprezintă clauză nescrisă, fără a face, însă, vreo precizare expresă cu privire la regimul său juridic, ceea ce a generat interpretări doctrinare diametral opuse.

Având în vedere ambiguitatea la care a dat naștere, precum și importanța pe care o are asupra securității circuitului civil datorită efectului pe care îl produce pe plan contractual, ne propunem o analiză a aspectelor celor mai importante referitoare la această instituție juridică nouă pentru legislația națională, aspecte ce țin de noțiunea și reglementarea clauzei nescrise (1), natura clauzei nescrise (2), funcțiile clauzei nescrise (3), delimitarea de alte cauze de ineficacitate (4), regimul juridic al clauzei nescrise (5) și efectul acesteia (6).

### § 1. Noțiune și reglementare

Codul civil nu oferă o definiție a clauzei reputeate nescrise, legiuitorul mulțumindu-se să facă referire la aceasta, la modul general, în art. 1.255, privitor la nulitatea parțială, ceea ce nu face decât să dea naștere la o confuzie între cele două instituții juridice. Astfel, art. 1.255 C. civ. are următorul conținut: „(1) Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat. (2) În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile. (3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise”.

Din modul în care este redactat acest articol se poate trage concluzia că suntem în prezența unei clauze reputeate nescrise atunci când o dispoziție contractuală autonomă, neesențială prin natura ei sau potrivit voinței părților (căci contractul s-ar fi încheiat chiar în absența ei) contravine unei norme legale imperative și este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile.

Clauza considerată nescrisă este, în primul rând, o stipulație contractuală autonomă față de celelalte clauze din actul juridic, numai în aceste condiții putându-se produce efectul prevăzut de art. 1.255 alin. (2) și (3) C. civ. Dacă ar depinde de alte clauze contractuale, nu ar putea fi eliminată din contract fără a afecta iremediabil coerența acestuia.

În al doilea rând și ca o consecință a caracterului său autonom, clauza considerată nescrisă nu poate fi o clauză esențială nici prin natura ei și nici potrivit voinței părților. O clauză esențială prin natura ei este o clauză care depinde, în mod esențial, de substanța actului juridic, de natura acestuia, iar o clauză esențială potrivit voinței părților este o clauză în lipsa căreia actul juridic nu s-ar fi încheiat. Diferența dintre cele două categorii de clauze este dată de criteriul de raportare. Or, clauza nescrisă nu poate face parte din niciuna dintre aceste două categorii, ea nu poate fi cauza impulsivă și determinantă a contractului, întrucât art. 1.255 C. civ. prevede că acele clauze care sunt, prin natura

lor, esențiale sau, în lipsa cărora, contractul nu s-ar fi încheiat atrag nulitatea totală a contractului, sancțiune distinctă de considerarea ca nescrisă a unei clauze.

Apoi, clauza reputată nescrisă încalcă o dispoziție legală imperativă, adică o normă juridică de la care nu se poate deroga, deci clauza este considerată nescrisă pentru că nesocotește un interes ocrotit de dispoziția respectivă.

În sfârșit, clauza reputată nescrisă nu produce efecte juridice, legiuitorul stabilind că ea este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile, întocmai ca și clauza lovită de nulitate parțială.

Pe lângă aceste prevederi de principiu, mai există și alte dispoziții particulare în Codul civil, în care legiuitorul a stabilit expres clauzele care sunt reputate nescrise. Acestea se regăsesc în majoritatea instituțiilor de drept civil, atât în titlul preliminar al codului, cât și în materia obligațiilor, în materia contractelor speciale, în materia dreptului familiei și în materia moștenirilor.

## § 2. Natura clauzei reputate nescrise

Cel mai controversat aspect al clauzei reputate nescrise și cel care a dat naștere la opinii diametral opuse se referă la natura acesteia. Sunt mai multe probleme ce trebuie avute în vedere în legătură cu natura clauzei nescrise.

În primul rând, considerarea unei clauze ca nescrisă poate fi privită atât ca o sancțiune, cât și ca un remediu contractual. Dacă pornim de la faptul că efectul său, stabilit de art. 1.255 alin. (2) și (3) C. civ. constă în înlocuirea de drept a clauzei cu dispozițiile legale aplicabile, este evident faptul că prin considerarea clauzei ca nescrisă se urmărește evitarea nesocotirii legii. Prin urmare, ea pare, la prima vedere, o sancțiune îndreptată împotriva părții sau părților dintr-un contract care încalcă o normă imperativă, stipulând în contract o clauză ilicită. Însă, având în vedere preocuparea din ce în ce mai pregnantă din dreptul privat al mai multor state la europene de a implementa în reglementările din materia contractelor principiul salvării contractului, considerarea unei clauze ca nescrisă poate fi privită, și ca un remediu, ca un mod de salvare a actului juridic, concomitent cu „purificarea” lui de viciile care îl afectează<sup>1</sup>. Astfel, considerarea ca nescrisă a unei clauze este o sancțiune, dar în același timp și un remediu, cele două noțiuni nefiind neapărat contradictorii, deoarece instituția poate fi privită ca o sancțiune din punct de vedere al necesității respectării legii și ca un remediu din punct de vedere al necesității salvării contractului.

Indiferent de perspectiva din care este analizată, reputarea clauzei ca nescrisă reprezintă, în mod evident, o limită a autonomiei de voință a subiecților de drept în calitatea lor de părți contractante. Acest lucru este determinat mai ales de faptul că efectul clauzei nescrise se produce de drept, deci considerarea ca nescrisă a clauzei operează de drept, ceea ce face insignifiantă voința părților contractante cu privire la acest aspect.

Cea mai semnificativă contradicție doctrinară la care a dat naștere clauza reputată nescrisă se referă la caracterul său de a *fi o sancțiune autonomă, o formă a nulității*

---

<sup>1</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Laquette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 89.

*parțiale sau, chiar o aplicație a teoriei inexistenței. Aceasta datorită modului lacunar în care este reglementată sau exprimărilor destul de ambigue pe care însuși Codul civil le conține privitor la anumite situații particulare în care o clauză este reputată nescrisă.*

*În ceea ce privește teoria potrivit căreia reputarea ca nescrisă a unei clauze este o formă a nulității parțiale, această opinie, cu care nu suntem de acord, este susținută de cea mai parte a doctrinei, unii autori considerând că aceste clauze considerate nescrise sunt doar cazuri de nulitate absolută și parțială care operează de drept<sup>2</sup> sau o „varietate a clauzelor (convențiilor) ilicite accesorii nule de plin drept”<sup>3</sup>, alții afirmând chiar că „legiitorul evocă nulitatea parțială folosind alternativ și fără vreo regulă sesizabilă, două expresii, respectiv uneori aceea de clauză nulă sau lovită de nulitate absolută și alteori aceea de clauză nescrisă sau stipulație nescrisă”<sup>4</sup>.*

Argumentele aduse pentru susținerea acestor opinii sunt următoarele: faptul că legiitorul reglementează cele două sancțiuni în cuprinsul aceleiași dispoziții legale; faptul că nu prevede un regim juridic specific clauzei nescrise, dar prevede aplicarea aceluiași reguli pentru clauzele lovite de nulitate parțială și pentru clauzele nescrise, respectiv înlocuirea lor de drept cu dispozițiile legale aplicabile; faptul că anumite dispoziții din Codul civil se caracterizează printr-o oarecare ambiguitate, creată de modul redactării acestora, cum este, de exemplu art. 1.402 C. civ., un articol destul de disputat, asupra căruia vom reveni ulterior.

Considerăm că nu sunt suficient de convingătoare aceste argumente pentru a susține o astfel de opinie. În primul rând, faptul că două cauze de ineficacitate a clauzelor contractuale sunt prevăzute în același articol din cod și conduc la același efect nu este de natură, prin el însuși să facă din cele două sancțiuni una și aceeași instituție juridică, întrucât dacă legiitorul ar fi dorit astfel, în primul rând nu le-ar fi conferit o denumire specifică (ar fi un nonens ca legea să denumească în două feluri diferite una și aceeași sancțiune) și, apoi, nu ar fi făcut diferența în art. 1.255 între clauze nule și clauze nescrise, inclusiv în alin. (2) și (3), în care prevede efectul acestora. Or, dacă potrivit art. 1.255 alin. (1), „Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat”, *per a contrario*, clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea parțială a contractului dacă nu sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă contractul s-ar fi încheiat și în lipsa acestora. Se subînțelege că trebuie făcută diferența între clauzele lovite de nulitate totală, clauzele lovite de nulitate parțială și clauzele nescrise, prin urmare ni se pare suficient de sesizabilă distincția dintre cele trei tipuri de clauze.

Referitor la cel de-al doilea argument, este firesc ca efectul clauzei afectate de nulitate parțială să fie același cu cel al clauzei reputate nescrise, respectiv înlocuirea lor

---

<sup>2</sup> A se vedea G. Boroș, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 249.

<sup>3</sup> A se vedea M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în *Dreptul* nr. 11/2012, pp. 11-39.

<sup>4</sup> A se vedea I. Reghini, *Câteva caractere ale nulității contractului desprinse din reglementările Codului civil*, în *Dreptul* nr. 4/2013, pp. 13-39.

de drept cu dispozițiile legale aplicabile, de vreme ce ambele sunt clauze neesențiale ilicite și nu duc la aneantizarea întregului contract, ci, pur și simplu, sunt lipsite de consecințe juridice datorită caracterului lor ilicit. Acest lucru nu poate duce, însă, la o identitate între considerarea ca nescrisă a clauzei și nulitatea parțială, deoarece, pe lângă cele enunțate anterior, poate fi remarcat următorul lucru: deși în anumite opinii doctrinare<sup>5</sup> se apreciază că aceleași reguli care se aplică clauzelor lovite de nulitate absolută sau relativă se aplică și clauzelor nescrise, trebuie, totuși, avut în vedere faptul că cele două tipuri de nulitate, absolută și relativă au un regim juridic în mod substanțial diferit, deci inclusiv celor două tipuri de nulitate li se aplică reguli diferite. Or, dacă am reține această teorie, aceasta ar duce la o confuzie între cele trei sancțiuni, pe de o parte nulitatea relativă și nulitatea absolută și, pe de altă parte, considerarea clauzei ca nescrisă, precum și între regulile aplicabile acestora, pe mai multe planuri. Astfel, având în vedere regimurile juridice diferite ale celor două tipuri de nulitate, faptul că diferența dintre nulitatea absolută și relativă este dată de interesul general sau particular ocrotit prin norma juridică încălcată și faptul că sancțiunea considerării clauzei ca nescrisă intervine atât pentru ocrotirea unui interes general, cât și pentru ocrotirea unui interes particular, această teorie ar atrage următoarele consecințe:

- clauzei nescrise i s-ar aplica un regim juridic diferit, de la caz la caz, în funcție de tipul de nulitate, respectiv interesul ocrotit (general sau particular), ceea ce contravine prevederii art. 1.255 C. civ., potrivit căreia sancțiunea operează de drept, pentru că ar implica intervenția instanței de judecată, pentru a stabili ce tip de interes a fost nesocotit și ce regim juridic este aplicabil<sup>6</sup>;

- în situația în care ar fi considerată nescrisă o clauză ce ar încălca o normă care protejează un interes particular și ar trebui aplicate regulile specifice nulității relative, aceasta ar duce la prescriptibilitatea sancțiunii clauzei nescrise sau chiar la posibilitatea confirmării clauzei, ceea ce este incompatibil cu faptul că aceasta operează de drept, pentru că ar însemna că părțile contractante, prin voința lor, ar înlătura un caz de ineficacitate prevăzut printr-o normă imperativă, care ar trebui, de fapt, să opereze de drept, indiferent de intervenția instanței sau de voința subiectelor de drept.

Referitor la cel de-al treilea argument adus de susținătorii teoriei potrivit căreia considerarea ca nescrisă a clauzei este o formă a nulității parțiale, considerăm că acesta este cel mai puțin convingător. Lipsa de experiență, uneori chiar de consecvență sau de coerență logică a legiuitorului român, datorată de multe ori transpunerii în legislația națională a unor instituții juridice străine fără o adaptare a acestora la realitățile sociale autohtone și fără o reglementare suficientă nu trebuie să ducă la interpretări atât de radicale. Pe lângă faptul că nu este singura instituție juridică din legislația națională reglementată într-un mod ambiguu, considerăm că ar trebui cercetat, mai de grabă, modul în care ea este consacrată legal în sistemele juridice ale statelor de unde a fost împrumutată. Astfel, dacă ne îndreptăm către legislația franceză, instituția clauzei reputate nescrise, intitulată în doctrina franceză „*eradicare*”<sup>7</sup>, tocmai pentru a o diferenția de

---

<sup>5</sup> M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în *Dreptul* nr. 11/2012, pp. 11-39.

<sup>6</sup> S. Diaconescu, *Unele considerații cu privire la sancțiunea nulității și la noțiunea de clauză nescrisă în reglementarea noului Cod civil*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Jurisprudentia* nr. 3/2013, pp. 126-143.

<sup>7</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Laquette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 89.



instituția nulității, își găsește aplicabilitate mai ales în materia clauzelor abuzive din contractele dintre consumatori și profesioniști, clauze care, potrivit art. L132-1 din Codului consumului sunt reputeate nescrise. Prin urmare, clauza nescrisă sancționează, în special ruperea echilibrului prestațiilor contractuale și are drept scop menținerea acestui echilibru. Însă, în legislația franceză, potrivit Legii nr. 95-96 de la 1 februarie 1995, judecătorul poate sancționa în mod direct clauzele abuzive, chiar dacă acestea nu fac parte din lista prevăzută de lege, care cuprinde o enumerare exemplificativă a clauzelor abuzive<sup>8</sup>, or, dacă considerarea clauzei ca nescrisă ar fi același lucru cu nulitatea, ar însemna că judecătorul ar crea alte cauze de nulitate decât cele legale, ceea ce este inadmisibil și în legislația franceză („pas de nullité sans loi”).

De altfel, reputarea ca nescrisă a clauzei are drept scop tocmai de a limita aplicarea nulității, care este o sancțiune destul de drastică și de a crea posibilitatea unei sancțiuni-remediu care să opereze imediat, fără a fi necesară intervenția puterii judiciare.

Referitor la art. 1.402 C. civ., potrivit unor opinii din doctrină este vorba de o excepție de la regula potrivit căreia clauza nescrisă nu atrage „nulitatea întregului contract”<sup>9</sup>, deci o situație în care o clauză reputată nescrisă va duce la nulitatea totală a contractului, alți autori consideră că este pur și simplu vorba de o situație în care, când clauza respectivă constituie cauza impulsivă și determinantă a contractului suntem în cazul nulității totale, iar când nu reprezintă cauza impulsivă și determinantă suntem în cazul unei nulități parțiale<sup>10</sup>. Potrivit art. 1.402 C. civ., „Condiția imposibilă, contrară legii, ordinii publice sau bunelor moravuri este considerată nescrisă, iar dacă este însăși cauza contractului, atrage nulitatea absolută a acestuia”. Revenind la practica legiuitorului român de a se inspira din alte legislații fără a stabili reguli proprii suficient de explicite, trebuie precizat, mai întâi, că o regulă asemănătoare se regăsește în Codul civil francez, care prevede în art. 1172 faptul că orice condiție imposibilă, contrară bunelor moravuri sau contrară legii atrage nulitatea totală a convenției care „depinde de ea”, adică dacă acea condiție reprezintă un element esențial al convenției, dacă este cauza acesteia. Pe de altă parte, în jurisprudența franceză s-a apreciat că atunci când o clauză este determinantă potrivit naturii contractului sau voinței părților, ea atrage nulitatea totală, iar atunci când nu este determinantă, este considerată nescrisă și nu va produce efecte. Unii autori francezi susțin ca în cel din urmă caz este vorba de o nulitate parțială, alții de o clauză nescrisă, ceea ce ne face să credem că până și interpretările ambigue din doctrina franceză au fost preluate de doctrina noastră.

În opinia noastră, art. 1.402 C. civ. face distincția între cazul unei nulități totale, determinate de caracterul esențial al condiției respective și cazul reputării clauzei ca nescrisă, dacă acea condiție nu este determinantă, deci nu constituie cauza impulsivă și

---

<sup>8</sup> A se vedea C. Larroumet, *Les obligations. Le contrat*, Tome III, 1<sup>er</sup> partie: Conditions de formation, 6<sup>e</sup> édition, Ed. Economica, Paris, 2007, p. 438; L. Grynbaum, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Hachette, Paris, 2005, p. 105-106.

<sup>9</sup> I. Reghini, *Câteva caractere ale nulității contractului desprinse din reglementările Codului civil*, în *Dreptul* nr. 4/2013, pp. 13-39.

<sup>10</sup> M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în *Dreptul* nr. 11/2012, pp. 11-39.

determinantă a contractului, aceasta fiind și una dintre diferențele cele mai importante dintre nulitatea totală și clauza nescrisă. La fel ca și în alte situații, este pur și simplu un caz în care legiuitorul a optat pentru sancțiunea clauzei nescrise în locul nulității parțiale.

În concluzie, referitor la neclaritatea ce planează asupra instituției clauzei nescrise, considerăm că aceasta nu trebuie să ducă la interpretarea acesteia ca fiind unul și același lucru cu nulitatea parțială, ci trebuie luată ca atare. Este doar una dintre multele probleme juridice pe care legiuitorul român le tratează cu lipsă de coerență, de claritate și chiar de consecvență.

Nu trebuie pierdute din vedere reglementările de principiu din Codul civil, care sunt ceva mai clare, cum este art. 1.246, care prevede în alin. (1) faptul că: „Orice contract încheiat cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulității, dacă prin lege nu se prevede o altă sancțiune”. Prin urmare, potrivit acestei dispoziții legale, Codul civil stabilește în mod evident faptul că există și alte sancțiuni pentru încălcarea condițiilor prevăzute de lege pentru valabilitatea contractului, or, singura sancțiune la care s-ar putea referi este reputarea clauzei ca nescrisă, deoarece celelalte sancțiuni, cum sunt rezoluțiunea, rezilierea, caducitatea, revocarea, inopozabilitatea nu vizează încălcarea unei condiții de valabilitate a actului, ci cauze ce sunt ulterioare încheierii acestuia și care nu afectează validitatea sa.

Referitor la *teoria potrivit căreia clauza nescrisă este o aplicație a teoriei inexistenței*, această opinie, susținută de o parte minoritară a doctrinei se datorează unei interpretări greșite a instituțiilor juridice în discuție. Teoria inexistenței actului juridic, care a reclamat un domeniu destul de vast la un moment dat, a fost susținută de unii autori de drept pentru a se aplica în acele situații în care se impunea o sancțiune, iar legea nu prevedea nulitatea sau, chiar, interzicea aplicarea nulității<sup>11</sup>. Se pare că teoria a vizat, în special, materia căsătoriei, scopul fiind evitarea consecințelor căsătoriei putative, deoarece aceasta produce efecte față de soțul de bună-credință, efecte care, în opinia autorilor respectivi, ar fi trebuit evitate, or, cum nu exista un text legal care să prevadă nulitatea, căsătoria trebuia declarată inexistentă<sup>12</sup>. Prin urmare, condiția aplicării teoriei ar fi lipsa unui element fără de care contractul nu poate fi încheiat, un element „esențial și substanțial existenței sale”<sup>13</sup>, cum ar fi consimțământul, iar consecința ar fi inexistența, *a priori*, a actului juridic. „Actul inexistent nu poate produce niciun efect, chiar înaintea oricărei intervenții a justiției pentru a constata inexistența lui”<sup>14</sup>. În doctrina mai recentă au fost date ca exemple ale inexistenței situația în care oferta nu se întâlnește cu acceptarea, în care contractul se încheie cu o persoană fără capacitate de exercițiu sau în care o căsătorie se încheie între persoane de același sex<sup>15</sup>. Inexistența juridică nu se regăsește printre sancțiunile recunoscute de Codul civil român. Confuzia între inexistența

---

<sup>11</sup> C. Larroumet, *Les obligations. Le contrat*, Tome III, 1<sup>er</sup> partie: Conditions de formation, 6<sup>e</sup> édition, Ed. Economica, Paris, 2007, p. 542.

<sup>12</sup> Luc Grynbaum, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Hachette, Paris, 2005, p. 96.

<sup>13</sup> D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil*, Atelierele grafice SOCEC & Co., Societate anonimă, București, 1926, p. 80.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>15</sup> A. Posez, *La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification*, în *Revue trimestrielle de droit civil* nr. 4/2011, p. 647-675.

juridică și clauza reputată nescrisă este determinată de termenii asemănători, însă este vorba de două instituții distincte. Aceeași diferență esențială care există între actul inexistent și actul nul există și între actul inexistent și actul care cuprinde o clauză reputată nescrisă. Astfel, actul inexistent este un act „născut mort”, un act care nu îndeplinește condițiile necesare pentru a exista, iar actul nul este un act care există, însă este „atins de un viciu care îl oprește de a fi valid”<sup>16</sup>. La fel, actul care cuprinde o clauză nescrisă există, numai că este viciat datorită acestei clauze. Apoi, inexistența juridică duce la ineficiența întregului act, care se consideră că nu există, iar reputarea ca nescrisă a clauzei duce la lipsirea de efecte a acelei clauze și atât, partea neviciată a actului rămânând valabilă.

În concluzie, referitor la natura reputării clauzei ca nescrisă, considerăm că aceasta reprezintă o sancțiune autonomă care operează de drept, având drept efect eliminarea directă și independent de voința părților contractante a unei clauze contractuale neesențiale, ilicite.

### § 3. Funcțiile clauzei nescrise

Funcțiile clauzei nescrise sau, mai bine zis, ale sancțiunii reputării clauzei ca nescrisă sunt, în mare măsură aceleași cu cele ale nulității, având în vedere faptul că atât clauza nescrisă, cât și nulitatea parțială produc aceleași efecte. Astfel, reputarea clauzei ca nescrisă are, în primul rând, un scop preventiv, acela de a face cunoscut subiectelor de drept faptul că dacă introduc în contractul lor clauze considerate de lege nescrise, acestea vor fi sancționate ca atare, iar consecințele pe plan patrimonial vor fi suportate de ele. Prin urmare, clauza nescrisă funcționează ca o piedică în calea nerespectării legii. În al doilea rând, ca și nulitatea, reputarea clauzei ca nescrisă are și rolul de a sancționa atitudinea părților contractante, care încalcă normele juridice, stipulând în contract clauze reputate nescrise, lipsind de efecte stipulațiile respective. Dincolo de aceste două funcții clasice, așa cum am menționat deja, considerarea ca nescrisă a clauzei are rolul de a salva contractul sau, cu alte cuvinte, de a face posibilă atingerea scopului acestuia<sup>17</sup>, ceea ce face din ea o sancțiune rezonabilă, mai puțin radicală, aplicată proporțional, prin aprecierea raportului dintre încălcarea legii și prejudiciul produs.

Referitor la funcțiile clauzei reputate nescrise, s-a susținut, în special în doctrina franceză<sup>18</sup>, că acestea s-ar referi la asigurarea echilibrului contractual, dat fiind faptul că în legislația franceză reputarea ca nescrisă a clauzei reprezintă sancțiunea specifică în materia clauzelor abuzive. Prin urmare, dacă în dreptul român clauzele nescrise sunt acele clauze care încalcă o condiție de validitate a contractului, în dreptul francez, pe lângă sancționarea nerespectării condițiilor de valabilitate ale actului juridic, o clauză nescrisă este considerată și clauza abuzivă din contractul încheiat între consumatori și

---

<sup>16</sup> D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil*, Atelierele grafice SOCEC & Co., Societate anonimă, București, 1926, p. 83.

<sup>17</sup> I. Turcu, *Noul Cod civil, Legea nr. 287/2009. Cartea V. Despre obligații, art. 1.164-1.649. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 317.

<sup>18</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Laquette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 89.

profesioniști. Or, este evident că, în acest caz, scopul este de a menține sau de a restabili echilibrul contractual, deoarece clauza abuzivă este aceea clauză care nu a fost negociată individual cu consumatorul și care, contrar bunei-credințe, provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract, în detrimentul consumatorului<sup>19</sup>. În ciuda transpunerii în legislațiile statelor membre a Directivei Consiliul Europei nr. 93/13/CEE privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii, soluțiile găsite de fiecare sistem juridic sunt diferite. Cu privire la sancțiunea clauzelor abuzive, Directiva însăși nu oferă o soluție clară, prevăzând în art. 6 alin. (1) faptul că:

„Statele membre stabilesc că clauzele abuzive stipulate într-un contract încheiat cu un consumator de către un vânzător sau un furnizor, în conformitate cu legislația internă, nu creează obligații pentru consumator, iar contractul continuă să angajeze părțile prin aceste clauze, în cazul în care poate continua să existe fără aceste clauze”. Aceasta a făcut ca unele state să adopte soluția nulității absolute, cum este cazul României<sup>20</sup>, iar altele soluția clauzei nescrise, cum este cazul Franței.

#### § 4. Delimitarea de alte cauze de ineficacitate

Sancțiunea reputării clauzei ca nescrisă se distinge față de alte sancțiuni ce duc la ineficacitatea convenției sau a unei clauze a acesteia, cum sunt: nulitatea, caducitatea, inopozabilitatea, rezilierea, rezoluțiunea. Astfel, spre deosebire de clauza reputată nescrisă, caducitatea presupune o cauză ce intervine ulterior încheierii actului și produce efecte numai pentru viitor. Rezoluțiunea și rezilierea se datorează unor cauze care apar după încheierea actului și se referă la neexecutarea obligațiilor contractuale, rezoluțiunea producând efecte retroactiv, iar rezilierea numai pentru viitor. Inopozabilitatea îi privește pe terți și este determinată de nerespectarea condițiilor de publicitate prevăzute de lege, deci cauza inopozabilității există în momentul încheierii actului, dar acesta este valabil, pe când clauza nescrisă încalcă condițiile de valabilitate<sup>21</sup>.

Cea mai importantă distincție este aceea dintre clauza nescrisă și nulitate, deoarece, așa cum am arătat, o parte a doctrinei consideră clauza nescrisă o formă a nulității parțiale. Este adevărat că cele două instituții, nulitatea și clauza nescrisă se aseamănă prin faptul că ambele sunt sancțiuni de drept civil și ambele au efect retroactiv. Însă clauza nescrisă nu se confundă cu nulitatea. În primul rând, clauza nescrisă este diferită

---

<sup>19</sup> Art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 93/13/CEE privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii. Directiva a fost transpusă în legislațiile statelor membre, o definiție similară găsindu-se în Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive.

<sup>20</sup> Legiuitorul a înțeles să prevadă în Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive o sancțiune la fel de neclară, stabilind în art. 6 al legii faptul că: „Clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua”. Însă, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a Civilă a stabilit, prin Dec. nr. 686 din 21 februarie 2013 următoarele: „Consecința constatării caracterului abuziv al unor clauze din contractul de credit este echivalentă cu constatarea nulității absolute a acestora”.

<sup>21</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Laquette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 88.

față de nulitate, indiferent de felul nulității, în sensul că trebuie să fie prevăzută expres de legiuitor, nu se poate subînțelege din textul legal și nu poate fi clasificată în mai multe categorii, pentru că nu au nicio relevanță interesul ocrotit prin norma încălcată și nici întinderea efectului său, de vreme ce actul rămâne valid fără clauza nescrisă<sup>22</sup>. Apoi, clauza reputată nescrisă se distinge față de nulitatea relativă prin faptul că nu este supusă prescripției extinctive<sup>23</sup>, datorită naturii ei de a fi o sancțiune care operează de drept, ceea ce reprezintă o altă diferență între cele două sancțiuni și nu poate fi confirmată. Clauza reputată nescrisă se aseamănă, mai de grabă, cu nulitatea absolută în ceea ce privește regimul său juridic, ambele fiind imprescriptibile, imposibil de confirmat și putând fi invocate de oricine.

### § 5. Regimul juridic al clauzei reputate nescrise

În tăcerea legii, regimul juridic al clauzei nescrise a primit în doctrină interpretări diametral opuse. Trei chestiuni se impun a fi discutate: invocarea clauzei nescrise, dacă este sau nu supusă prescripției extinctive și dacă poate fi sau nu acoperită prin confirmare.

Referitor la invocarea clauzei nescrise, având în vedere că este vorba despre o sancțiune care operează de plin drept, ea poate fi invocată de oricine. Mai mult decât atât, ca și în cazul actelor nule de plin drept, care nu se bucură nici măcar de o aparență de legalitate și care pot fi ignorate de persoanele investite cu autoritate publică, cum sunt notarii publici sau executorii judecătorești<sup>24</sup>, clauza reputată nescrisă, fiind expres prevăzută de lege ca o clauză ilicită ce operează de drept, trebuie să se bucure de aceeași ineficacitate în fața acestora.

În ceea ce privește clauza reputată nescrisă și prescripția extintivă, doctrina a fost unanimă în a afirma că aplicarea sancțiunii reputării clauzei ca nescrisă nu poate fi limitată într-un anumit interval de timp, prin urmare este imprescriptibilă extintiv. Considerăm că este o soluție justă, având în vedere faptul că operează în virtutea legii.

Una dintre problemele care nu au primit aceeași interpretare în doctrină se referă la faptul dacă partea interesată să invoce clauza reputată nescrisă poate să renunțe la acest drept, deci dacă clauza reputată nescrisă poate fi sau nu acoperită prin confirmare. În opinia noastră nici nu se poate pune problema unei renunțări la dreptul de a invoca caracterul de clauză reputată nescrisă, pentru că, fiind o sancțiune ce operează de plin drept, nu are nicio relevanță voința părții sau a părților contractante. Dacă partea ar putea confirma clauza nescrisă, am ajuns în situația în care contractul ar produce un efect contrar unei norme legale imperative, deci, prin voința părților contractante s-ar deroga de la o astfel de normă.

Există opinii doctrinare, cele în care se susține teoria clauzei nescrise ca formă a nulității parțiale, care consideră că ar fi posibilă confirmarea clauzei nescrise în cazul în

---

<sup>22</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Laquette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 89.

<sup>23</sup> M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în *Dreptul nr. 11/2012*, pp. 11-39.

<sup>24</sup> *Idem*.

care norma încălcată ocrotește un interes particular<sup>25</sup>. Alți autori<sup>26</sup> susțin, în mod eronat după părerea noastră, faptul că părțile contractante pot să se înțeleagă asupra clauzei nescrise, fie să o execute, fie să o lipsească de efecte. În opinia autoarei citate, această sancțiune nici măcar nu ar opera de drept, ci ar putea fi invocată numai pe baza unei hotărâri judecătorești sau un act juridic încheiat după regula nulității amiabile. Considerăm că sancțiunea reputării clauzei ca nescrisă operează de drept, întrucât însăși legea prevede acest lucru, iar dispoziția legală este foarte clară în acest sens, iar în cazul în care se întâmplă ca una dintre părți să nu fie de acord cu aplicarea sancțiunii, ea se poate adresa instanței de judecată, care nu poate decât să constate existența clauzei pe care legea o prevede expres, fără a lăsa loc la interpretări. Așa cum am mai afirmat, nu este posibil ca părțile să deroge prin voința lor, de la o normă legală imperativă. De altfel, nu se pune problema dacă acestea acceptă sau nu să lipsească clauza de efecte, pentru că ea este lipsită de efecte în temeiul legii.

### § 6. Efectul clauzei nescrise

Art. 1.255 alin. (2) și (3) prevede ca efect al clauzelor reputate nescrise înlocuirea lor de drept cu dispozițiile legale aplicabile. Prin urmare, atunci când suntem în prezența unui contract care cuprinde o clauză nescrisă, acea clauză nu va produce consecințe juridice, efect care se produce în mod direct, în virtutea legii și va fi înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile, fără a afecta operațiunea juridică, astfel că celelalte clauze contractuale își produc efectele ca și cum clauza nescrisă nu ar fi existat. Însă această situație reprezintă ipoteza simplă în care clauza nu a fost executată. Există și posibilitatea ca ea să fi fost executată, caz în care, similar nulității, se va produce efectul retroactiv, pentru a se ajunge în situația în care clauza să nu fi produs niciun efect.

---

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> C.T. Ungureanu, *Clauzele contractuale considerate de noul Cod civil ca nescrise reprezintă o sancțiune autonomă?*, în *Dreptul* nr. 10/2013, pp. 48-61.

# **Divorțul prin acordul soților în reglementarea noului Cod civil (NCC) și implicațiile asupra sistemului administrativ**

*Dr. Roxana Gabriela ALBĂSTROIU\**

*Universitatea din Craiova*

*Facultatea de Drept și Științe Sociale*



## **Divorce by agreement between the spouses in NCC regulating and implications of the administrative system**

### **Abstract:**

The regulation in NCC of the possibility for spouses to divorce to the civil state officer, in conditions established by law, is an element that proves the liberalization of relations between spouses.

The effect of this liberalization does not consist in disjudicialisation family relationships, but only to ensure the procedure celerity, which is based exclusively on the manifestation of the spouses will.

By applying the principle of forms parallelism, the consent is ascertained by the civil state officer, both at the moment of celebration and dissolution of marriage. This gives rise to an extension of the civil state officer's competences, according to the NCC regulations.

**Keywords:** remedy divorce; civil state officer; extension of competences; consent; liberalization.

### **§ Introducere**

Modernizarea normelor ce reglementează relațiile de familie au numeroase implicații și asupra sistemului administrativ prin prisma competențelor extinse pe care le cunoaște ofițerul de stare civilă.

---

\* Autoarea este cercetător postdoctorat al Facultății de Drept și Științe Sociale, Universitatea din Craiova. Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

În prezenta lucrare atenția ne este atrasă de evoluția legislativă a instituției divorțului dat fiind că noul Cod civil prevede posibilitatea soților de a desface căsătoria pe cale administrativă, în fața ofițerului de stare civilă.

### § 1. Determinarea evoluției normative a divorțului

Dispozițiile privitoare la desfacerea căsătoriei, în reglementarea noului Cod civil se regăsesc în cap. VI al Cărții a II-a destinate relațiilor de familie. Aceste texte de lege ne interesează în mod particular, în primul rând din perspectiva controverselor pe care le-au creat privitor la cunoașterea unei oarecare liberalizări și în plan secund, dar nu subordonat, din recunoașterea unei extinderi (ori conferirii) a atribuțiilor ofițerului de stare civilă privitor la divorț.

Acest caracter de *liberalizare* conferit relațiilor de familie din prisma dispozițiilor privitoare la divorț se concretizează în posibilitatea acordată soților de a desface căsătoria, prin acord, și în afara instanțelor de judecată, fie la notarul public, fie la ofițerul de stare civilă. Liberalizarea este cunoscută treptat, urmărind reglementările în materie de-a lungul timpului.

Codul familiei reglementa divorțul în art. 38 conferindu-i un caracter excepțional, căsătoria putând fi desfăcută de instanța judecătorească doar atunci când „datorită unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt atât de grav și iremediabil vătămate încât continuarea căsătoriei este vădit imposibilă pentru cel care cere desfacerea ei”.

Prin modificările aduse Legea nr. 59/1993<sup>1</sup> nu mai prevede caracterul excepțional al divorțului, în cadrul acesteia fiind reglementat pentru prima dată și divorțul prin acordul soților. Astfel, se renunță la sintagma „grav și iremediabil vătămate”, legiuitorul considerând că este suficient ca raporturile dintre soți să fie grav vătămate, iar continuarea căsătoriei să nu mai fie posibilă, această stare fiind constatată de instanța de judecată. De asemenea, cel de al doilea alineat al art. 38 C. fam. prevedea posibilitatea de a desface căsătoria pe baza acordului ambilor soți, dacă erau întrunite cumulativ două condiții: să fi trecut cel puțin un an de la încheierea căsătoriei, iar din aceasta să nu fi rezultat copii minori.

Reconsiderarea acestor condiții în sensul revizuirii divorțului prin acordul soților are loc prin intrarea în vigoare a Legii nr. 202/2010<sup>2</sup>, care a preluat în mare parte textele din noul Cod civil ce nu intrase încă în vigoare la acea dată. Astfel, legea elimină cele două condiții, conferind posibilitatea de a pronunța divorțul prin acordul soților indiferent de timpul scurs de la încheierea căsătoriei și până la data cererii de divorț, dar și fără a avea drept impediment existența copiilor minori rezultați din căsătoria părților sau adoptați<sup>3</sup>. De altfel, legea redă și modalitățile alternative de realizare a divorțului

---

<sup>1</sup> Legea nr. 59/1993 pentru modificarea Codului de procedura civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr. 29/1990 și a Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a fost publicată în M. Of. nr. 177 din 26 iulie 1993.

<sup>2</sup> Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor (Mica reformă a Justiției) a fost publicată în M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010.

<sup>3</sup> C.M. Crăciuneacu, D. Lupașcu, *Mica reformă a justiției și marea reformă a divorțului*, Pandectele Române nr. 1/2011, Ed. Wolters Kluwer, București, 2011, pp. 19-34.



prin acordul soților, respectiv divorțul prin procedura administrativă și cel prin procedură notarială, în aceste cazuri fiind impusă condiția inexistenței copiilor minori.

Sub denumirea de „motive de divorț”, art. 373 lit. a) NCC reglementează posibilitatea ca divorțul să aibă loc prin acordul soților, la cererea ambilor soți sau a unuia dintre soți acceptată de celălalt. Acestea sunt două din modalitățile de manifestare a „divorțului remediu”, alături de care se adaugă și divorțul din motive de sănătate. Divorțul prin acordul soților este sistematizat în această categorie deoarece nu este condiționat de culpa unuia dintre soți la desfacerea căsătoriei, reprezentând exclusiv constatarea juridică a imposibilității continuării relațiilor de familie. În reglementarea noului Cod civil nouitatea este conferită de faptul că divorțul prin acordul soților este permis pe cale notarială chiar și în prezența copiilor minori.

Una dintre coordonatele principale stabilite de o parte a doctrinei<sup>4</sup> ca inovatoare în procedura divorțului în reglementarea noului Cod civil a fost constituită de „dejudiciarizarea” procesului de divorț. Această dejudiciarizare este înțeleasă ca reprezentând o extindere a competenței privitoare la desfacerea căsătoriei și în afara instanțelor, conferind aceste atribuții atât notarului, cât și ofițerului de stare civilă.

Chiar dacă această atribuire de competențe are loc atât față de notar, cât și față de ofițerul de stare civilă, nu considerăm că ne aflăm într-o situație de reală dejudiciarizare întrucât se conferă acestora doar competența de a lua act de consimțământul valabil exprimat al soților la desfacerea căsătoriei, în același fel cum, acest consimțământ este constatat de ofițer și în momentul încheierii căsătoriei.

De altfel, această procedură este posibilă doar în cazul limitativ prevăzut de lege în care cererea este depusă de ambii soți, amândoi fiind de acord cu desfacerea căsătoriei, procesul nefiind în sine unul judicios, ofițerul de stare civilă/notarul doar luând act de voința concordantă a soților de a desface căsătoria.

Reglementarea aceasta nu poate aduce decât o liberalizare a modalității de încetare juridică a raporturilor maritale, cu o procedură rapidă și eficientă, fără a îngreuna demersurile justiției prin impunerea unui proces în fața instanțelor în care judecătorul doar să ia act de exprimarea unui consimțământ liber și neviat. “În cazul dejudiciarizării nu este vorba de a aduce atingere atribuțiilor pe care judecătorul le are în materia relațiilor de familie, dar trebuie să reconsiderăm, în raportul dintre acesta și persoanele din litigiu, rolul crescut al contractualismului, dar și al specificului pe care conflictele din cadrul familiei le comportă”<sup>5</sup>.

În doctrină s-a stabilit totuși că „permisivitatea accentuată a legii în materie de divorț, în sine, nu vulnerabilizează instituția căsătoriei, dimpotrivă, se poate dovedi calea subtilă de fortificare a acesteia”, „o politică legislativă inflexibilă în acest sens putând eventual doar să salveze aparențe statistice, temporizând inutil și nefast un deznodământ adesea inevitabil”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> E. Florian, *Dreptul familiei în reglementarea noului Cod civil*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, 2011, București, p. 102.

<sup>5</sup> M. Nicoletti, *La médiation familiale et le juge*, Petites Affiches, 30 juin 2009, p. 4.

<sup>6</sup> E. Florian, *op. cit.*, p. 103.

Având ca reper doar divorțul prin acordul soților pe cale administrativă trebuie subliniat că această modalitate de divorț constituie nu doar o aplicare a principiului *mutuus consensus – mutuus dissensus*, dar și a principiului paralelismului formelor, în sensul că, așa cum am apreciat și anterior, „așa cum căsătoria se încheie în fața ofiterului de stare civilă pe baza consimțământului personal al viitorilor soți, tot astfel divorțul poate fi obținut, pe baza acordului soților, în fața ofiterului de stare civilă, cu respectarea condițiilor speciale prevăzute de lege”<sup>7</sup>.

## § 2. Divorțul pe cale administrativă – condiții de admisibilitate

Pe lângă *condițiile generale* pe care trebuie să le îndeplinească acordul soților pentru ca desfacerea căsătoriei să poată avea loc valabil (căsătoria să fie valabil încheiată, soții să aibă capacitate deplină de exercițiu, să existe consimțământul liber și nevicinat al soților exprimat cu privire la divorț), în cazul divorțului pe cale administrativă sunt necesar a fi îndeplinite și anumite *condiții speciale*: să nu existe copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați și să fie constatat acordul soților în ceea ce privește stabilirea numelui de familie după divorț. Potrivit art. 263 alin. (5) NCC prin „copil” se înțelege persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nici nu a dobândit capacitatea deplină de exercițiu, potrivit legii.

Textul de lege al art. 375 alin. (1) NCC impune soților condiția privitoare la existența copiilor minori referindu-se la copiii ambilor soți sau la copiii unuia dintre soți față de care s-a stabilit legal o legătură de rudenie (filiație sau adopție). Acest lucru rezultă din impedimentul existent la divorțul pe cale administrativă privitor la existența drepturilor și îndatoririlor comune ale soților, adică față de copii ai ambilor.

Dispozițiile art. 448 NCC reprezintă temeiul legal. Potrivit acestora copilul din afara căsătoriei a cărui filiație a fost stabilită conform legii are, față de părinți și rudele acestuia aceeași situație ca și a unui copil din căsătorie<sup>8</sup>. În cazul în care există copii comuni, dar soții se înțeleg privitor la aspectele legate de aceștia, căsătoria poate fi desfăcută, la alegere în fața notarului sau a instanței de judecată. În cazul în care între soți apar neînțelegeri, divorțul are loc, exclusiv, în fața instanțelor de judecată.

În ceea ce privește a doua condiție – a acordului soților asupra numelui de familie la desfacerea căsătoriei – această problemă apare când soții au uzitat de una dintre variantele propuse de art. 282 NCC prin care numele de familie pe timpul căsătoriei este diferit de cel avut înainte de încheierea acesteia: fie au luat numele lor reunite, ambii au luat numele unuia dintre ei sau unul a păstrat numele dinaintea căsătoriei, iar celălalt poartă numele lor reunite. Aceste cazuri implică ori acordul soților de a păstra și după desfacerea căsătoriei numele de familie preluat la încheierea acesteia, ori revenirea fiecăruia dintre ei la numele avut înainte de celebrarea căsătoriei [potrivit art. 376 alin. (5) NCC].

## § 3. Procedura divorțului pe cale administrativă

Sediul materiei pentru procedura divorțului prin acordul soților în fața ofiterului de stare civilă este reprezentat de art. 375-378 NCC, cu completările făcute de dispozițiile

<sup>7</sup> M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, 2013, București, p. 114 și 115.

<sup>8</sup> O. Ghită, *Dreptul familiei*, Ed. Universitaria, Craiova, 2007, p. 212.

art. 164-182 din Hotărârea Guvernului nr. 64/2011 privind Metodologia cu privire la aplicarea unitară a dispozițiilor în materie de stare civilă<sup>9</sup>.

### ➔ 3.1. Competența

Potrivit art. 375 alin. (1) NCC, competența aparține ofițerului de stare civilă de la locul încheierii căsătoriei sau de la ultima locuință comună a soților, opțiunea în acest sens aparținând soților. În același sens sunt și dispozițiile H.G. nr. 64/2011.

Determinăm astfel existența unei **competențe materiale** strict conferită ofițerului de stare civilă, iar în cazul competenței teritoriale legiuitorul a permis soților să aleagă între locul încheierii căsătoriei și locul ultimei locuințe comune a soților, determinând o **competență teritorială alternativă**.

### ➔ 3.2. Cererea de divorț

Potrivit art. 166 alin. (1) din H.G. nr. 64/2011 cererea de divorț pe cale administrativă se face în scris, se depune și se semnează personal de către ambii soți. Același act normativ redă și modelul de cerere de divorț în anexa nr. 62.

În cererea de divorț fiecare dintre soți declară pe propria răspundere aspecte privitoare la:

- acordul pentru desfacerea căsătoriei;
- existența/inexistența copiilor minori cu celălalt soț, fie că sunt născuți din căsătorie, fie adoptați împreună cu acesta;
- nu este pus sub interdicție;
- inexistența unor solicitări similare în fața altor autorități.

Prin respectarea acestor condiții pe care normele metodologice le impun se îndeplinesc de către soți și condițiile generale și speciale prevăzute de Codul civil pentru desfacerea căsătoriei pe cale administrativă.

De asemenea, potrivit alin. (3) al art. 166 din Normele metodologice în cererea de divorț soții declară pe propria răspundere adresa ultimei locuințe comune și numele pe care fiecare sau, după caz, numai unul dintre aceștia urmează să îl poarte după desfacerea căsătoriei, aceste lucruri tocmai pentru a se putea stabili competența ofițerului de stare civilă la desfacerea căsătoriei<sup>10</sup>. De altfel, tot ofițerul de stare civilă este cel care va verifica veridicitatea declarației depuse confruntând-o cu informațiile pe care le are potrivit actelor ce însoțesc această declarație, potrivit art. 167 și 168 din H.G. nr. 64/2011.

În cazul cetățenilor străini, certificatele de naștere trebuie să îndeplinească cerințele de legalitate prevăzute în convențiile internaționale și tratatele încheiate între România și statele ai căror cetățeni sunt. În cazul persoanelor care nu cunosc limba română,

---

<sup>9</sup> M. Of. nr. 151 din 2 martie 2011; Actul normativ aprobă o nouă Metodologie cu privire la aplicarea unitară a dispozițiilor în materie de stare civilă, abrogând de la data intrării în vigoare Metodologia Departamentului pentru Administrație Publică Locală și a Ministerului de Interne nr. 1/1997 pentru aplicarea unitară a dispozițiilor Legii nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă.

<sup>10</sup> A. Hera, R. Duminică, *Applying the standards of the European Community in domestic law in divorce cases*, articol publicat în volumul Conferinței Internaționale „European Union's history, culture and citizenship”, Pitești, 2010, pp. 767-773.

depunerea cererii de divorț se face în prezența unui traducător autorizat, iar în cazul persoanelor surdomute, a unui interpret, încheindu-se în acest sens un proces-verbal.

Trebuie să subliniem că, potrivit art. 376 NCC cererea de divorț se depune de soți împreună, legea nereglementând posibilitatea depunerii acesteia prin mandatar.

#### § 4. Soluționarea cererii de divorț

În funcție de cum voința sotilor se manifestă sau nu concordant în sensul desfacerii căsătoriei, la soluționarea cererii de divorț pe cale administrativă pot apărea trei situații în care ofițerul de stare civilă poate clasa cererea de divorț, poate admite sau poate respinge această cerere.

##### ➔ 4.1. Clasarea cererii de divorț

Potrivit art. 171 alin. (1) din H.G. nr. 64/2011 dosarul de divorț se clasează, dacă soții nu se prezintă împreună după ce termenul de 30 de zile a expirat.

Cazurile în care dosarul de divorț se clasează sunt următoarele:

- a) dacă ambii soți sau numai unul dintre aceștia înțeleg/înțelege să renunțe la divorț;
- b) dacă, înainte de finalizarea procedurii de divorț, unul dintre soți este pus sub interdicție;
- c) dacă, înainte de finalizarea procedurii de divorț, intervine nașterea unui copil;
- d) dacă, înainte de finalizarea procedurii de divorț, unul dintre soți a decedat, căsătoria încetând prin deces.

Măsura clasării dosarului de divorț se va consemna într-un referat ce se arhivează la dosarul de divorț.

##### ➔ 4.2. Admiterea cererii de divorț

La expirarea termenului de 30 de zile calendaristice, soții se vor prezenta personal în fața ofițerului de stare civilă delegat. Acesta va verifica dacă soții stăruie să divorțeze, precum și existența consimțământului lor liber și neviciat<sup>11</sup>, solicitându-le în acest sens o declarație. Tot ofițerul de stare civilă va lua act și de voința soților în a păstra numele de familie din timpul căsătoriei sau de a reveni la numele avute anterior încheierii acesteia.

Fiind o **procedură necontencioasă**, acordul soților trebuie să fie complet, adică referitor la toate aspectele ce privesc desfacerea căsătoriei.

Dacă la finalul termenului de reflecție soții stăruie să divorțeze prin acordul lor, ofițerul de stare civilă va recurge la desfacerea căsătoriei, eliberarea certificatului de divorț și realizarea formalităților de divorț.

Privitor la neînțelegerile apărute în acest sens, precum și la orice alte efecte ale divorțului asupra cărora soții nu se înțeleg, textul de lege al art. 376 alin. (6) NCC dispune soluționarea acestor cereri exclusiv în competența instanțelor de judecată.

---

<sup>11</sup> I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 87 și urm.

### ➔ 4.3. *Respingerea cererii de divorț*

Ori de câte ori apar astfel de neînțelegeri privitor la soluționarea cererilor în cadrul divorțului, voința soților nefiind concordantă în acest sens, ofițerul de stare civilă va întocmi un **referat de respingere a cererii de divorț**.

De asemenea, chiar înainte de a fi constatate aceste neînțelegeri sunt verificate condițiile generale și speciale care prin îndeplinirea lor fac posibilă soluționarea divorțului de către ofițerul de stare civilă. Soluția va fi de respingere a cererii dacă se constată că una dintre aceste condiții nu este îndeplinită.

Fiecare astfel de referat de respingere a cererii de divorț **trebuie motivat**, în sensul că ofițerul de stare civilă trebuie să menționeze motivele pentru care cererea a fost respinsă. Lipsa acestei motivări poate atrage răspunderea civilă a emitentului dispoziției, așa cum prevede art. 378 alin. (3) NCC.

Împotriva refuzului ofițerului de stare civilă **nu există o cale de atac**, dar, în temeiul art. 278 alin. (2) NCC soții se pot adresa cu cererea lor de divorț instanței de judecată în vederea constatării acordului pentru desfacerea căsătoriei sau a soluționării cererilor care nu fac obiectul divorțului pe cale administrativă.

Soluția promovată de legiuitorul în sensul imposibilității de a ataca refuzul ofițerului de stare civilă, o considerăm alături de o parte a doctrinei<sup>12</sup> judicioasă și eficientă întrucât nu dă naștere unui circuit inutil și greoi care ar fi împovărat excesiv întregul circuit juridic.

Inexistența unei căi de atac împotriva referatului de respingere al ofițerului de stare civilă nu atrage după sine lipsa oricărei răspunderi a acestuia. Astfel, potrivit art. 378 alin. (3) NCC oricare dintre soți se poate adresa instanței, pe cale separată pentru a solicita **repararea prejudiciului** cauzat de refuzul abuziv al ofițerului de stare civilă de a constata desfacerea căsătoriei prin acordul soților și de a emite certificatul de divorț.

Prejudiciul are o natură complexă putând consta în cheltuieli rezultate din soluționarea divorțului în fața instanței, în măsura în care acestea depășesc costurile pe care le-ar fi implicat divorțul pe cale administrativă, dar și orice alte pierderi materiale determinate de necesitatea de a se adresa instanței, nefiind excluse nici solicitarea daunelor materiale.<sup>13</sup> Fiind vorba despre o formă de răspundere civilă delictuală este necesară îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 1.357 NCC.

## § 5. Data desfacerii căsătoriei

Potrivit art. 173 din H.G. nr. 64/2011 ofițerul de stare civilă constată desfacerea căsătoriei prin acordul soților și eliberează certificatul de divorț, potrivit modelului prestabilit în anexa nr. 67 la normele metodologice cuprinse în hotărârea mai sus menționată, care va fi înmănat foștilor soți într-un termen maxim de 5 zile lucrătoare.

---

<sup>12</sup> F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C. H. Beck, București, 2012, p. 407; E. Florian, *op. cit.*, p. 110.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

Numărul certificatului de divorț este distinct de numărul dosarului de divorț, în ordinea soluționării acestora. **Data eliberării certificatului de divorț constituie data la care este desfăcută căsătoria.** Importanța acestei date rezidă în faptul că odată cu desfacerea căsătoriei încetează toate efectele personale și patrimoniale ale acesteia, cu excepția regimului matrimonial care încetează la data introducerii cererii de divorț sau, chiar anterior acesteia la data separației de fapt, când aceasta a intervenit.

Ofițerul de stare civilă eliberează certificatul de divorț fără a face vreo mențiune cu privire la culpa soților la desfacerea căsătoriei.

**Terților** le sunt opozabile efectele pe care le produce divorțul de la data la care vor fi efectuate mențiunile pe actul de căsătorie, dacă aceștia nu au cunoscut existența divorțului pe altă cale.

## § 6. Formalități de publicitate

Aflându-ne în situația reglementării unei competențe teritoriale alternative, trebuie să avem în vedere ambele cazuri prevăzute de legiuitor. Astfel, când cererea de divorț este depusă la Serviciul Public Comunitar Local de Evidență a Persoanelor sau la primăria unde s-a încheiat căsătoria, ofițerul de stare civilă, după emiterea certificatului de divorț face mențiunea în actul de căsătorie<sup>14</sup>.

În cazul depunerii cererii la Serviciul Public Comunitar Local de Evidență a Persoanelor sau la primăria în a cărei rază teritorială soții au avut ultima locuință comună, ofițerul de stare civilă emite certificatul de divorț și înaintează de îndată o copie certificată de pe acesta la SPCLEP sau primăria locului unde s-a încheiat căsătoria pentru a se face mențiunea în actul de căsătorie.

La data desfacerii căsătoriei, ofițerul de stare civilă delegat anulează cartea de identitate a fostului soț care își schimbă numele de familie prin divorț, prin tăierea colțului în care se află înscrisă perioada de valabilitate. În cazul cărților de identitate provizorii și buletinelor de identitate, anularea se face prin înscrierea pe acestea a unei mențiuni în acest sens.

## § Concluzii

Prezența în noul Cod civil a reglementărilor referitoare la desfacerea căsătoriei prin acordul soților reprezintă un nou pas în liberalizarea raporturilor de familie de-a lungul timpului, manifestate și în cazul disoluției maritale. Chiar dacă asistăm la o evoluție treptată a extinderii manifestărilor libere de voință a soților considerăm că nu suntem în prezența unei dejudiciarizări a relațiilor de familie, acestea fiind extrem de bine conturate

---

<sup>14</sup> I. Lazar, *Dreptul la o bună administrație între exigentele europene și practica națională*, Sesiunea de comunicări științifice Justiție, stat de drept și cultura juridică, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice "Andrei Rădulescu", 13 mai 2011, București, pp. 97-102.

în planul intervenției măsurilor imperative ale legiuitorului ce conturează atât desfășurarea raporturilor de familie, cât și desfacerea lor în jurul instanței de tutelă.

Lăsarea în seama ofițerului de stare civilă, organ al administrației publice, a competenței de desfacere a căsătoriei prin acordul soților constituie, în ceea ce ne privește, o simplă extindere a competențelor acestuia concretizată prin posibilitatea de a constata existența consimțământului soților și la desfacerea căsătoriei, așa cum se realizează și în cazul încheierii acesteia.