

ANALIZĂ DE ANSAMBLU ȘI UNELE OBSERVAȚII CRITICE PRIVIND FAMILIA ȘI CĂSĂTORIA ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

Articol publicat în Dreptul nr. 11/2009

1. Preliminarii. În data de 22 iunie 2009 Guvernul și-a asumat răspunderea în fața Camerei Deputaților și a Senatului, întrunite în două ședințe comune succesive, asupra Proiectului Codului civil, respectiv a Proiectului Codului penal. Cele două proiecte sunt considerate adoptate de Parlament începând cu data de 26 iunie 2009, fiindcă în termenul de trei zile, prevăzut de art. 114 alin. (2) din Constituție, nu a fost depusă nicio moțiune de cenzură.

Potrivit art. 2664 C. civ.¹, acesta va intra în vigoare la data la care va fi stabilită în legea pentru punerea lui în aplicare [alin. (1)]. Facem precizarea că Guvernul are obligația ca, în termen de 12 luni de la data publicării Noului Cod civil², adică până la data de 25 iulie 2010, să supună Parlamentului, spre adoptare, proiectul de lege pentru punerea acestuia în aplicare [alin. (2)]. Evident, la data intrării în vigoare a Noului Cod civil, va fi abrogat, printre altele, și actualul Cod civil³.

În ansamblul său, noul Cod civil, fiind expresia promovării concepției moniste de reglementare a raporturilor de drept privat într-un singur cod, va constitui dreptul comun în ceea ce privește reglementările privitoare la persoane, raporturile de familie și comerciale⁴. De asemenea, din motive de consecvență, acesta cuprinde și dispoziții de drept internațional privat ce fac, în prezent, obiectul unor legi speciale⁵.

¹ *Brevitatis causa*, pentru evitarea repetărilor și ușurința exprimărilor, în continuare, în cuprinsul studiului, referirile la textele noului Cod civil se vor face, de regulă, fără indicarea actului normativ.

² Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

³ Actualul Cod civil a fost elaborat după modelul Codului napoleonian (1804) în anul 1864 și promulgat în același an, la 4 decembrie. Codul a intrat în vigoare la 1 decembrie 1865, contrar dispozițiilor art. 1913, care stabileau, ca dată a intrării acestuia în vigoare, data de 1 iulie 1865. Amânarea intrării în vigoare a Codului civil pentru data de 1 decembrie 1865 a fost dispusă prin Decretul domnesc din 2 iulie 1865. Practic, în data de 1 iulie 1865, deci pentru o singură zi, Codul civil a fost în vigoare.

⁴ Spre deosebire de actualul Cod civil, care are 1914 articole grupate într-un titlu preliminar (art. 1-5), trei cărți (Cartea I – Despre persoane, Cartea II – Despre bunuri și despre osebite modificări ale proprietății și Cartea III – Despre diferite moduri prin care se dobândește proprietatea) și dispoziții generale (art. 1912-1914), noul Cod civil are 2664 de articole structurate într-un titlu preliminar (art. 1-24), șapte cărți (Cartea I – Despre persoane, Cartea II – Despre familie, Cartea III – Despre bunuri, Cartea IV – Despre moștenire și liberalități, Cartea V – Despre obligații, Cartea VI – Despre prescripția extinctivă, decăderea și calculul termenelor, Cartea VII – Dispoziții de drept internațional privat) și dispoziții finale (art. 2664).

⁵ A se vedea Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat (publicată în M. Of. nr. 245 din 1 octombrie 1992) și Legea nr. 637/2002 cu privire la

Cartea a II-a, „Despre familie”⁶ (art. 258-534)⁷, materializează o regândire a concepției de reglementare a raporturilor de familie, renunțându-se la ideea unui cod distinct pentru acest domeniu. De fapt, s-a revenit la soluția legislativă existentă înainte de intrarea în vigoare a Codului familiei⁸, când majoritatea raporturilor juridice de familie erau reglementate de Codul civil⁹.

De principiu, s-a urmărit ca dispozițiile legale consacrate raporturilor juridice de familie să fie compatibilizate cu cerințele unor acte normative internaționale din domeniul drepturilor omului, precum: Declarația universală a drepturilor omului¹⁰; Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice¹¹; Convenția europeană pentru protecția drepturilor și libertăților fundamentale¹²; Convenția cu privire la drepturile copilului¹³; Convenția europeană asupra statutului juridic al copiilor născuți în afara căsătoriei¹⁴; Convenția O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta

reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței (publicată în M. Of. nr. 931 din 19 decembrie 2002).

⁶ Cartea a II-a cuprinde cinci titluri, și anume: Titlu I – Dispoziții generale (art. 258-265), Titlul II – Căsătoria (art. 266-404), Titlul III – Rudenia (art. 405-482), Titlul IV – Autoritatea părintească (art. 483-512), Titlul V – Obligația de întreținere (art. 513-534). Codul familiei cuprinde numai trei titluri, și anume: Titlul I – Căsătoria (art. 3-44), Titlul II – Rudenia (art. 45-96), Titlul III – Ocrotirea celor lipsiți de capacitate, a celor cu capacitate restrânsă și a altor persoane (art. 97-160).

⁷ Codul familiei cuprinde un număr de 161 de articole, față de 276 articole destinate de noul Cod civil reglementării raporturilor de familie.

⁸ Codul familiei a fost adoptat prin Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1953 (publicată în B. Of., Partea I, nr. 1 din 4 ianuarie 1954). Codul familiei a intrat în vigoare la data de 31 ianuarie 1954, când a fost publicat în B. Of., Partea I, nr. 9 Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice. Urmare modificărilor suferite, Codul familiei a fost republicat în B. Of., Partea I, nr. 13 din 18 aprilie 1956. De asemenea, Codul familiei a fost republicat în ediție oficială de Ministerul justiției în anul 1974 și 1993.

⁹ Codul civil a reglementat următoarele aspecte referitoare la raporturile de familie: despre căsătorie (art. 127-210), despre despărțenie (art. 211-285), despre paternitate și despre filiațiune (art. 286-308), despre adopție (art. 309-324), despre puterea părintească (art. 325-341), despre minoritate, despre tutelă și despre emancipare (art. 341-433), despre majoritate, despre interdicție și despre consiliul judiciar (art. 434-460). Facem precizarea că art. 127-133 și art. 135-460 au fost abrogate expres prin art. 49 din Decretul nr. 32/1954. Curios lucru este faptul că unele dispoziții ale Codului civil au fost abrogate de două ori. Astfel, spre exemplu, dispozițiile art. 197-208 au fost abrogate atât prin Legea nr. 96/1932 privitoare la ridicarea incapacității civile a femeii măritate, cât și prin art. 49 din Decretul nr. 32/1954.

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

¹¹ Pactul a fost adoptat de Adunarea Generală a O.N.U. prin Rezoluția nr. 2200 A (XX) 19 din 16 decembrie 1966 și a intrat în vigoare la data de 23 martie 1976, conform art. 49. România a semnat Pactul la 27 iunie 1968 și l-a ratificat prin Decretul nr. 212/1974 (publicat în B. Of., Partea I, nr. 146 din 20 noiembrie 1974).

¹² Convenția, elaborată în cadrul Consiliului Europei, a fost semnată la 4 noiembrie 1950 și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. România a ratificat această Convenție prin Legea nr. 30/1994 (publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994).

¹³ Convenția a fost adoptată de Adunarea Generală a O.N.U., la 20 noiembrie 1989. România a ratificat această convenție prin Legea nr. 18/1990 (publicată în M. Of. nr. 109 din 28 septembrie 1990).

¹⁴ Convenția a fost încheiată la Strasbourg, la 15 octombrie 1975. România a aderat la această Convenție prin Legea nr. 101/2002 (publicată în M. Of. nr. 243 din 30 septembrie 1992).

minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor¹⁵; Convenția europeană în materia adopției de copii¹⁶; Convenția de la Haga asupra protecției copiilor și cooperării în materia adopției internaționale¹⁷ etc.

Fiindcă, potrivit unor importante acte normative internaționale¹⁸, căsătoria este, în esența ei, un drept fundamental al bărbatului și al femeii ajunși la vârsta nubilă, s-a procedat la o liberalizare radicală a reglementărilor referitoare la desfacerea căsătoriei prin divorț și a celor care alcătuiesc regimul juridic matrimonial. Astfel, evocăm posibilitatea soților de a opta între regimul matrimonial al comunității legale sau convenționale de bunuri ori cel al separației de bunuri [art. 312 alin. (1), art. 329 și urm.], inclusiv de a conveni asupra modificării lui în timpul căsătoriei [art. 319 alin. (2)], precum și posibilitatea acestora de a pune capăt căsătoriei pe calea divorțului prin acordul lor pe cale judiciară (art. 374) sau prin acordul lor pe cale administrativă ori prin procedură notarială (art. 375-378).

Inspirându-se din legislația străină ce a constituit „modelul”¹⁹ noului Cod civil, sau chiar revigorând unele aspecte ale tradiției juridice autohtone din domeniu, legiuitorul român reglementează unele instituții juridice inexistente în timpul aplicării Codului familiei. Astfel, spre exemplu, a fost introdusă instituția juridică a logodnei (art. 266-270), locuința familiei (art. 321-324), alegerea regimului matrimonial (art. 329-338), regimul separației de bunuri (art. 360-365), regimul comunității convenționale (art. 366-368), modificarea regimului matrimonial (art. 369-372), divorțul prin acordul soților pe cale administrativă sau notarială (art. 375-378), prestația compensatorie (art. 390-395) și reproducerea umană asistată medical cu terț donator (art. 441-447).

În sfârșit, pentru acoperirea unor lacune ori rezolvarea unor inadvertențe legislative, au fost preluate unele soluții propuse de doctrină sau adoptate de practică în perioada aplicării Codului familiei²⁰.

¹⁵ Această convenție a fost adoptată de Adunarea generală a O.N.U., la data de 10 decembrie 1962. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 116/1992 (publicată în M. Of. nr. 330 din 24 decembrie 1992).

¹⁶ Convenția a fost încheiată la Strasbourg, la 24 aprilie 1964. România a aderat la această Convenție prin Legea nr. 15/1993 (publicată în M. Of. nr. 67 din 31 martie 1993).

¹⁷ Convenția a fost încheiată la Haga, la 29 mai 1993. România a ratificat această Convenție prin Legea nr. 84/1994 (publicată în M. Of. nr. 298 din 21 octombrie 1994).

¹⁸ A se vedea: 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului; art. 23 par. 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice; art. 12 din Convenția europeană pentru protecția drepturilor și libertăților fundamentale.

¹⁹ Potrivit afirmațiilor autorilor Proiectului noului Cod civil, la elaborarea acestuia au fost folosite următoarele coduri civile: Codul civil al Provinciei Quebec, Codul civil francez, Codul civil italian, Codul civil german, Codul elvețian al obligațiilor, Codul civil spaniol și Codul civil brazilian. (În acest sens, a se vedea *Expunerea de motive la Proiectul de lege privind Codul civil*). În context, facem sublinierea că modelul frecvent curtat în țările care își renovează legislația civilă este Codul civil al Provinciei Quebec din anul 1994. Facem precizarea că ultimul cod realizează cele mai importante legături între sistemul romano-germanic și cel de *common law*.

²⁰ În ordine cronologică, cu titlu de exemplificare, evocăm următoarele: definirea legală a noțiunii de soți și a celei de căsătorie [art. 258 alin. (4), respectiv art. 259 alin. (1)]; afirmarea dreptului bărbatului și

Fără a minimaliza aspectele de progres din noua reglementare a raporturilor juridice de familie, după cum va rezulta din cele ce urmează, se poate constata însă și preluarea unor vechi inadvertențe legislative sau chiar crearea altora noi.

2. Noțiunea de familie. Art. 258, având denumirea marginală „familia”, evitând totuși s-o definească, după ce reproduce dispozițiile art. 48 alin. (1) din Constituție [alin. (1)], proclamă dreptul familiei de a fi ocrotită de către societate și stat [alin. (2)] și prevede obligația statului de a sprijini, prin măsuri economice și sociale, încheierea căsătoriei, precum și dezvoltarea și consolidarea familiei [alin. (3)]. De asemenea, în cuprinsul aceluiași articol, este stabilită semnificația juridică a noțiunii de „soți” [alin. (3)].

În concret, în temeiul art. 258 alin. (1), *familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora, precum și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea și educarea copiilor lor* (s.n.). De fapt, acest text evocă izvorul juridic al familiei, care este căsătoria, și trei principii fundamentale ale dreptului familiei, adică principiul căsătoriei liber consimțite între soți, cel al egalității juridice a soților și cel al dreptului și obligației părinților de a crește și educa copiii lor²¹.

al femeii de a se căsători în scopul întemeierii unei familii [art. 259 alin. (2)]; instituirea *expressis verbis* a condiției ca viitorii soți să fie de sex diferit [art. 271, art. 277 și art. 293 alin. (1)]; caducitatea declarației de căsătorie (art. 284), stabilirea rolul martorilor în cadrul formalităților celebrării căsătoriei (art. 288); stabilirea, ca moment al încheierii căsătoriei, momentul în care ofițerul de stare civilă, după ce ia consimțământul fiecăruia dintre viitorii soți, îi declară căsătoriți (art. 289); sancționarea expresă cu nulitate absolută a căsătoriei fictive (art. 295); sancționarea cu nulitate relativă a căsătoriei încheiate între tutore și persoana minoră aflată sub tutela sa (art. 300); reglementarea expresă a obligației soților de respect, fidelitate și de a locui împreună (art. 309); consacrarea independenței patrimoniale a soților (art. 317); calificarea legală a muncii oricărui dintre soți în gospodărie și pentru creșterea copiilor ca o contribuție la cheltuielile căsătoriei (art. 326); calificarea ca bunuri proprii a drepturilor patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creațiilor și asupra semnelor distinctive pe care unul dintre soți le-a înregistrat [art. 340 lit. d)]; considerarea ca bunuri comune a veniturilor din muncă, a sumelor de bani obținute cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale și altele asemenea, cuvenite oricărui dintre soți (art. 341); stabilirea condițiilor în care bunurile comune ale soților pot face obiectul unui aport la societăți, asociații sau fundații (art. 348-359); eliminarea condițiilor restrictive în care poate fi pronunțat divorțul prin acordul soților pe cale judecătorească (art. 374); continuarea acțiunii de divorț de către moștenitorii soțului decedat în timpul procesului (art. 380); definirea rudeniei civile [art. 405 alin. (2)] și a afinității [art. 407 alin. (1)]; definirea posesiei de stat și stabilirea împrejurărilor de fapt care alcătuiesc conținutul acesteia (art. 410); posibilitatea ca, prin mijloace de probă științifice, să se poată face dovada concepțiunii copilului în afara intervalului de timp ce reprezintă timpul legal al concepțiunii [art. 412 alin. (2) teza a II-a); contopirea prezumțiilor de paternitate (art. 414); reglementarea unitară a recunoașterii copilului de către mamă sau de tată (art. 416-420); instituirea prezumției de paternitate atunci când pretinsul tată a conviețuit cu mama copilului în perioada timpului legal al concepțiunii (art. 426); reglementarea expresă și unitară a acțiunii în contestarea filiației (art. 421); instituirea unor reguli comune privind acțiunile referitoare la filiație (art. 435-440); posibilitatea desfacerii adopției la cererea adoptatorului (art. 477) și a adoptatului (art. 478) etc.

²¹ În legătură cu scopul căsătoriei și principiile dreptului familiei, a se vedea: I. Albu, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1975, pp. 34-40, 55; Al. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C.-C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2005, pp. 9-12, 17; I.P. Filipescu, I.A. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a 8-a, revăzută și completată, Ed. Universul Juridic, București,

În opinia noastră, dispozițiile art. 258 alin. (1) sunt susceptibile de observațiile ce urmează.

În primul rând, faptul că textul în cauză reproduce prevederile art. 48 alin. (1) din Constituție²² reprezintă un paralelism²³, contrar dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative²⁴. Într-adevăr, în temeiul acestora, în procesul de legiferare este interzisă instituirea acelorași reglementări în mai multe articole sau aliniate din același act normativ ori în două sau mai multe acte normative. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere. Mai mult, nesocotirea poate fi analizată și prin prisma dispozițiilor art. 15 alin. (4) din aceeași lege. Astfel, potrivit acestui text, într-un act normativ emis pe baza și în executarea altui act normativ de nivel superior „nu se utilizează reproducerea unor dispoziții din actul superior (...). În asemenea cazuri, preluarea unor norme în actul inferior poate fi făcută numai pentru dezvoltarea ori detalierea soluțiilor actului de bază”. Evident, dat fiind principiul supremației Constituției²⁵, orice lege, inclusiv Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, poate fi emisă numai în baza și executarea Legii fundamentale.

În al doilea rând, dispozițiile art. 258 alin. (1) sunt și inutile, deoarece tezele ce le cuprind se regăsesc și în alte texte ale Noului Cod civil. Astfel, spre exemplu, caracterul liber consimțit al căsătoriei și scopul acesteia sunt evocate în art. 259 alin. (1), respectiv alin. (2), iar îndatorirea părinților de a crește și educa copiii lor, în art. 261²⁶. De asemenea, egalitatea juridică a soților se deduce din dispozițiile art. 308, conform cărora soții hotărăsc de comun acord în tot ceea ce privește căsătoria.

2006, pp. 19-23, 26; E. Florian, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 7-12, 15; D. Lupulescu, A.-M. Lupulescu, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 8-11, 19.

²² Semnalăm faptul că dispozițiile art. 258 alin. (1) nu constituie singurul caz în care noul Cod civil repetă prevederi ale Constituției. Astfel, spre exemplu, art. 4 reproduce dispozițiile art. 20, iar art. 859 alin. (1) pe cele ale art. 136 alin. (3).

²³ Singura deosebire între textul art. 48 alin. (1) din Constituție și cel al art. 258 alin. (1) C. civ. este de ordin gramatical, fără consecințe normative diferite. În concret, conjuncția *și*, din enumerarea prevăzută în primul text, a fost înlocuită cu conjuncția *precum și*, în ultimul text.

²⁴ Legea nr. 24/2000 a fost publicată în M. Of. nr. 139 din 31 martie 2000 și republicată în nr. 777 din 25 august 2004, în temeiul art. II din Legea nr. 189/2004 privind modificarea și completarea Legii nr. 24/2004 privind normele de tehnică legislativă pentru adoptarea actelor normative (publicată în M. Of. nr. 463 din 24 mai 2004).

²⁵ A se vedea art. 1 alin. (5) teza I din Constituție.

²⁶ Semnalăm folosirea aleatorie, în conținutul noului Cod civil, a termenului „copil” [art. 258 alin. (1), art. 260, art. 262-264, art. 305, art. 321 alin. (1), art. 326 etc.] și a expresiei „copilul minor” [art. 261, art. 324 alin. (1), art. 374 alin. (1), art. 375 alin. (1), art. 396 alin. (1), art. 400 etc.). Evident, atunci când în discuție sunt aspecte referitoare la ocrotirea persoanei, termenul „copil” are semnificația de persoană minoră fără capacitate civilă de exercițiu. Într-adevăr, potrivit art. 4 lit. a din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului (publicată în M. Of. nr. 557 din 23 iunie 2004), copil este persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nu a dobândit capacitatea deplină de exercițiu, în condițiile legii. Deci, în domeniul ocrotirii, expresia „copilul minor” este pleonastică. În schimb, atunci când se pune numai problema legăturii de rudenie în linie dreaptă descendentă de gradul I între două persoane, termenul „copil” desemnează, deopotrivă, persoana minoră și persoana majoră, indiferent de nivelul capacității ei de exercițiu. Deci, *stricto sensu*, termenul „copil” ține de capacitatea

În al treilea rând, referirea numai la caracterul „liber” al consimțământului la căsătorie este de natură să creeze confuzii în legătură cu existența și a altor cerințe legale pentru acesta. Într-adevăr, potrivit diverselor norme legale, consimțământul, în general, și cel la căsătorie, în special, alături de caracterul liber, trebuie să întrunească și alte condiții. Astfel, în general, doctrina analizează următoarele cerințe ale consimțământului, ca element esențial al oricărui act juridic civil²⁷: să provină de la o persoană cu discernământ; să nu fie alterat de vicii, adică să fie liber intelectual și volitiv; să fie exprimat cu intenția de a produce efecte juridice; să fie exteriorizat²⁸. Cât privește consimțământul la căsătorie, spre exemplu, art. 271 pune și condiția de a fi personal, iar art. 287 alin. (1) impune ca acesta să fie exprimat în public, în fața ofițerului de stare civilă și în prezența a doi martori. Evident, dacă legiuitorul s-ar fi referit doar la „exprimarea consimțământului de către viitorii soți în condițiile legii”, ar fi evitat eventualele confuzii sau paralelisme în legătură cu cerințele legale de fond și de formă ale acestuia.

În al patrulea rând, legiuitorul român a ratat ocazia de a reglementa unitar cerința consimțământului „liber și deplin”, prevăzută de art. 1 par. 1 din Convenția O.N.U. cu privire la consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor, precum și de alte acte normative internaționale²⁹. Într-adevăr, în dreptul intern al României, caracterul „liber” al consimțământului este stipulat de art. 48 alin. (1) din Constituție și art. 1 alin. (3) C. fam., iar în noul Cod civil, de art. 259 alin. (1) și art. 271. În schimb, caracterul „deplin” este prevăzut de art. 31 alin. (1) din Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă³⁰.

În al cincilea rând, sub aspect strict juridic, expresia „căsătoria liber consimțită între soți”, din cuprinsul art. 258 alin. (1), este esențial greșită, deoarece „soțul” este o persoană deja căsătorită. În acest sens, sunt lipsite de echivoc chiar dispozițiile art. 258 alin. (4), potrivit cărora prin soți se înțelege bărbatul și femeia uniți prin căsătorie (s.n.). Într-o interpretare *stricto sensu*, expresia „căsătoria liber consimțită între soți” sugerează, evident aberant, după caz, fie repetarea actului juridic al căsătoriei între aceleași persoane, fie promovarea bigamiei, dacă soții sunt căsătoriți cu alte persoane. Pentru evitarea unor asemenea interpretări, textul ar trebui să se refere la consimțământul „viitorilor soți”.

civilă de exercițiu a persoanei, iar *lato sensu*, de legătura de rudenie de gradul I în linie dreaptă descendentă (pentru unele detalii privind semnificația termenului „copil” și a expresiei „copilul minor”, a se vedea T. Bodoașcă, *Studii de dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 120-123; T. Bodoașcă, *Contribuții la studiul obligației legale de întreținere a copilului de către părinți*, în *Dreptul* nr. 7/2007, pp. 97-99.

²⁷ A se vedea: Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a 7-a revăzută și adăugită de M. Nicolae, P. Trușcă, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 147; G. Boroi, *Drept civil. Teoria generală*, Ed. All Educațional, București, 1997, pp. 108-109; E. Lupan, I. Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român*, vol. I, *Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 196; O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ed. a 5-a, Ed. All Beck, București, 2000, p. 117.

²⁸ Pentru unele detalii, a se vedea T. Bodoașcă, *Reglementări legale privind consimțământul la adopție*, în *Dreptul* nr. 2/2009, p. 42 și urm.

²⁹ A se vedea art. 15 par. 2 din Declarația universală a drepturilor omului și art. 23 par. 3 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

³⁰ Legea nr. 119/1996 a fost publicată în M. Of. nr. 282 din 11 noiembrie 1996.

În al șaselea rând, referirea generică a textului analizat la „soți” este într-un evident dezacord cu noua opțiune legislativă ca soții să fie de sex diferit³¹. Neîndoindu-se, pentru eliminarea acestuia, textul ar trebui să se refere la „un bărbat și o femeie”

În al șaptelea rând, în temeiul unor importante acte normative internaționale, „egalitatea soților” trebuie să se manifeste la încheierea căsătoriei, pe durata acesteia și la desfacerea ei³². Împrejurarea că art. 258 alin. (1) se referă numai la egalitatea soților în familie ignoră egalitatea acestora în momentul încheierii și în cel al desfacerii căsătoriei, adică în momentul generator și în cel care pune capăt familiei. Sub acest aspect, dispozițiile art. 308 sunt cuprinzătoare, deoarece posibilitatea soților de a hotărî de comun acord în tot ceea ce privește căsătoria acoperă toate cele trei momente și sub toate aspectele ce le implică fiecare în parte. Oricum, față de importanța majoră a principiului în cauză, considerăm oportun ca, *de lege ferenda*, să fie introdus un text special care să prevadă *expressis verbis* egalitatea soților în cele trei momente ale căsătoriei.

În al optulea rând, evocarea părinților în conținutul art. 258 alin. (1) este în contradicție cu denumirea lui marginală. Într-adevăr, potrivit reglementărilor din domeniu, este de notorietate faptul că familia este raportată esențial la soți și nicidecum la părinți.

În al nouălea rând, după cum am evocat și cu alte prilejuri³³, obligația părinților de „a asigura creșterea copiilor”, prevăzută de art. 48 alin. (1) din Constituție, preluată de art. 258 alin. (1) și de alte texte ale noului Cod civil³⁴, apare doar ca o exprimare metaforică a dreptului fundamental al copilului minor necăsătorit de a crește alături de părinți³⁵ și, corelativ, a îndatoririi acestora de a se îngriji de asigurarea condițiilor necesare pentru dezvoltarea fizică și psihică normală a copilului³⁶. Într-adevăr, „creșterea” este un fenomen natural, concretizat în dezvoltarea fizică și psihică treptată

³¹ A se vedea art. 259 alin. (1) și (2), art. 271 și art. 293 alin. (1) C. civ.

³² A se vedea: art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului; art. 23 par. 4 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice; pct. 1 din Preambulul Convenției privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor.

³³ A se vedea T. Bodoașcă, *Contribuții la studiul obligației legale de întreținere a copilului de către părinți*, în Dreptul nr. 7/2007, p. 103 și urm.

³⁴ A se vedea, spre exemplu, art. 261 și art. 287 C. civ.

³⁵ În dreptul intern al României, acest drept este prevăzut de art. 30 alin. (1) din Legea nr. 272/2004. Astfel, în temeiul acestuia, *copilul are dreptul să crească alături de părinții săi* (s.n.). De asemenea, art. 32 teza I din aceeași Lege, prevede dreptul copilului de a fi crescut în condiții care să permită dezvoltarea sa fizică, mentală, spirituală, morală și socială. În plan internațional, art. 9 din Convenția cu privire la drepturile copilului, reglementând condițiile în care copilul poate fi separat de părinți, instituie implicit dreptul acestuia de a crește alături de părinți.

³⁶ Pentru a asigura condiții pentru creșterea corespunzătoare a copilului, art. 32 teza a II-a din Legea nr. 272/2004 dispune că părinții sunt obligați: să supravegheze copilul [lit. a)]; să coopereze cu copilul și să-i respecte viața intimă, privată și demnitatea [lit. b)]; să informeze copilul despre toate actele și faptele care l-ar putea afecta și să ia în considerare opinia acestuia [lit. c)]; să întreprindă toate măsurile necesare pentru realizarea drepturilor copilului [lit. d)]; să coopereze cu persoanele fizice și persoanele juridice care exercită atribuții în domeniul îngrijirii, educării și formării profesionale a copilului [lit. e)].

a individului uman, ca urmare a proceselor vitale din organism³⁷, ce presupune anumite condiții de îngrijire, întreținere, educare și instruire a copilului.

Față de aceste observații, considerăm că, *de lege ferenda*, dacă acest text va fi menținut în Constituție sau în noul Cod civil, ar trebui reformulat în sensul că „*familia se întemeiază pe consimțământul dintre un bărbat și o femeie exprimat în condițiile legii, pe egalitatea lor la încheierea, pe durata și la desfacerea căsătoriei, precum și pe obligația acestora de a asigura condițiile pentru creșterea normală a copiilor lor*”.

Revenind la definiția familiei, fără a intra în detalii, față de prevederile unor importante acte normative internaționale³⁸ și interne, reiterăm³⁹ că un asemenea demers nu poate ignora următoarele aspecte: familia este elementul natural și fundamental al societății; familia este proxima și necesara consecință a actului juridic al căsătoriei încheiat prin consimțământul dintre un bărbat și o femeie care, ajunși la vârsta nubilă, își exercită dreptul fundamental de a se căsători; actul juridic al căsătoriei, deși se întemeiază pe consimțământul viitorilor soți, se încheie în condițiile legii; familia cuprinde soții și copiii fără capacitate deplină de exercițiu asupra cărora aceștia exercită autoritatea părintească, precum și alte persoane expres prevăzute de lege⁴⁰; cele mai importante raporturi nepatrimoniale și patrimoniale dintre soți, dintre părinți și copii, precum și dintre ceilalți membri ai familiei sunt supuse unor reglementări legale speciale, derogatorii de la dreptul comun⁴¹, și guvernate de principiul solidarității⁴².

Față de aspectele evocate mai sus, definim familia ca fiind *elementul natural și fundamental al societății, generată de actul juridic al căsătoriei încheiat, în condițiile legii, între un bărbat și o femeie, alcătuită din soți, copiii lor minori fără capacitate deplină de exercițiu și din alte*

³⁷ A se vedea *Dicționarul explicativ al limbii române* (apărut sub egida Academiei României – Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”), ed. a 2-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 239.

³⁸ În acest sens, a se vedea: art. 16 din Declarația universală a drepturilor omului; art. 23 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice; art. 10 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale [acest Pact a fost adoptat și deschis semnării, ratificării și aderării de către Adunarea Generală a O.N.U. prin Rezoluția nr. 2200 A (XXI) din 19 decembrie 1966 și a intrat în vigoare la 3 ianuarie 1976, conform art. 27. România a semnat Pactul la 27 iunie 1968 și l-a ratificat prin Decretul nr. 212/1974 (publicat în B. Of., Partea I, nr. 146 din 20 noiembrie 1974)]; art. 12 din Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale; preambulul la Convenția O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor; art. 48 din Constituție; art. 1 C. fam.; art. 258 și art. 259 C. civ.

³⁹ Pentru unele detalii privind motivarea juridică a acestei definiții, a se vedea T. Bodoașcă, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 20 și urm.; T. Bodoașcă, *Contribuții la definirea juridică a familiei și la stabilirea conținutului acesteia*, în *Dreptul* nr. 12/2004, p. 123 și urm.; T. Bodoașcă, *Studii de dreptul familiei*, op. cit., p. 29 și urm.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Sub acest aspect, Codul familiei reglementează: drepturile și obligațiile personale ale soților (art. 25-28), drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților (art. 29-36), drepturile și îndatoririle părinților față de copiii lor minori (art. 97-141). La rândul lui, noul Cod civil reglementează: drepturile și îndatoririle personale ale soților (307), drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților (art. 312-272), autoritatea părintească (art. 383-512).

⁴² A se vedea: art. 2 C. fam.; art. 309 alin. (1) și art. 325 alin. (1) C. civ.

persoane prevăzute de lege, ale căror raporturi patrimoniale și nepatrimoniale sunt reglementate juridic și guvernate de principiul solidarității⁴³.

3. Căsătoria. A. *Definiția căsătoriei.* Potrivit art. 259 alin. (1), *căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii* (s.n.)⁴⁴.

În opinia noastră, această definiție, evident de sorginte doctrinară⁴⁵, comportă unele observații particulare.

În primul rând, definirea căsătoriei cu ajutorul termenului „uniune” este imprecisă și de natură să creeze confuzie între actul juridic al căsătoriei și cauza acestuia. Într-adevăr, acest termen poate sugera atât o legătură juridică între două sau mai multe persoane fizice sau/și juridice în vederea realizării unor interese comune, cât și rezultatul legăturii respective⁴⁶. Altfel spus, sub aspectul analizat, „uniunea” are atât semnificația „actului juridic al căsătoriei”, cât și pe cea a „familiei”. Fiindcă consimțământul viitorilor soți reprezintă elementul esențial al actului juridic al căsătoriei, pentru evitarea interpretărilor diverse pe această temă, considerăm că, *de lege ferenda*, în definiția căsătoriei, se impune înlocuirea termenului „uniune” cu expresia „acord de voință”.

În doilea rând, pentru a fi completă, definiția legală sau doctrinară a căsătoriei trebuie să evoce și scopul acesteia, care este întemeierea unei familii. Probabil, constrâns fiind de folosirea termenului „uniune” în definiția căsătoriei, legiuitorul a prevăzut scopul acesteia în art. 259 alin. (2).

În al treilea rând, textul art. 259 alin. (1) este pleonastic formulat, deoarece condiția consimțământului liber este prevăzută atât expres, cât și implicit, prin evocarea cerinței încheierii căsătoriei în „condițiile legii”. Într-adevăr, după cum s-a mai precizat, libertatea consimțământului este prevăzută *expressis verbis* de art. 258 alin. (1) și art. 271. De asemenea, această cerință rezultă și din dispozițiile art. 298, care sancționează cu nulitatea relativă căsătoria atunci când consimțământul unuia dintre soți a fost viciat, printre altele, prin violență.

În al patrulea rând, referirea textului la „un bărbat și o femeie”, alături de alte dispoziții ale Noului Cod civil⁴⁷, materializează decizia legiuitorului român de a acoperi lacuna din actuala reglementare în legătură cu condiția ca viitorii soți să fie de sex diferit⁴⁸.

⁴³ În prezent, definesc familia „elementul natural și fundamental al societății, generat de actul juridic al căsătoriei, încheiat, în condițiile legii, între un bărbat și o femeie, alcătuită din soți, copii lor și din alte persoane prevăzute expres de lege, ale căror raporturi sunt reglementate juridic și guvernate de principiul solidarității” (în acest sens, a se vedea T. Bodoașcă, *Ducăuți despre definiția familiei și conținutul acesteia*, în PR nr. 3/2017, p. 24).

⁴⁴ Art. 259 C. civ. are denumirea marginală „căsătoria”.

⁴⁵ A se vedea: I. Albu, *op. cit.*, p. 49; Al. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C.-C. Hageanu, *op. cit.*, p. 15; I.P. Filipescu, I.A. Filipescu, *op. cit.*, p. 26; E. Florian, *op. cit.*, p. 13; D. Lupulescu, A.-M. Lupulescu, *op. cit.*, p. 17; Gh. Tomșa ș.a., *Dicționar de dreptul familiei*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 34.

⁴⁶ A se vedea *DEX*, p. 1136.

⁴⁷ A se vedea art. 258 alin. (1), art. 271, art. 277 și art. 293 C. civ.

⁴⁸ Pentru unele detalii în legătură cu această ambiguitate, a se vedea T. Bodoașcă, *Aspecte critice sau controversate din legislația și doctrina română cu privire la condițiile încheierii căsătoriei*, în *Dreptul* nr. 5/2004, p. 129 și urm.; T. Bodoașcă, *Studii de dreptul familiei*, *op. cit.*, p. 14 și urm.

Față de aceste considerente, definim căsătoria ca fiind *acordul de voință dintre un bărbat și o femeie, intervenit în condițiile legii, în scopul de a întemeia o familie*.

B. *Dreptul bărbatului și al femeii de a se căsători*⁴⁹. În consens cu dispozițiile unor importante acte normative internaționale⁵⁰, cu titlu de noutate în sistemul de drept român, art. 259 alin. (2) proclamă dreptul bărbatului și al femeii de a se căsători în scopul de a întemeia o familie⁵¹.

Cu toate acestea, în opinia noastră, dispozițiile art. 259 alin. (2) sunt parțial lacunare, deoarece nu prevăd faptul că bărbatul și femeia au dreptul să se căsătorească fără nicio restricție pe criterii de rasă, cetățenie sau religie, așa cum dispun unele acte normative internaționale⁵².

Este adevărat, în cazul căsătoriilor cu element de extraneitate, potrivit art. 2586 alin. (2), dacă legea străină aplicabilă condițiilor de fond prevede un impediment la căsătorie care, potrivit dreptului român, este incompatibil cu *libertatea de a încheia o căsătorie*, acel impediment va fi înlăturat ca inaplicabil în cazul în care unul dintre viitorii soți este cetățean român și căsătoria se încheie pe teritoriul României (s.n.)⁵³. Cu toate acestea, textul citat doar evocă „libertatea căsătoriei” și, oricum, nu este de aplicabilitate generală, întrucât nu are în vedere și căsătoriile în cazul cărora ambii soți sunt cetățeni străini ori persoane fără cetățenie care nu domiciliază pe teritoriul României, încheiate în fața autorităților române.

Pentru aceste motive, *de lege ferenda*, sugerăm legiuitorului să completeze dispozițiile art. 259 alin. (2), în sensul că bărbatul și femeia au dreptul să se căsătorească fără nicio restricție pe criterii de rasă, religie sau cetățenie.

C. *Condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei. a. Precizări prealabile*. În ordine cronologică, noul Cod civil prevede următoarele condiții de fond pentru încheierea valabilă a căsătoriei: existența consimțământului personal și liber al viitorilor soți

⁴⁹ În ceea ce ne privește, considerăm că termenul „căsătorie” poate fi analizat în sensul de drept fundamental, de act juridic, de stare juridică a soților, de instituție juridică a dreptului familiei și de ceremonie laică sau religioasă care însoțește, respectiv premerge actul juridic al căsătoriei (în acest sens, a se vedea T. Bodoașcă, *Dreptul familiei, op. cit.*, p. 42 și urm.).

⁵⁰ A se vedea: art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului; art. 23 par. 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice; art. 12 din Convenția pentru protecția drepturilor și a libertăților fundamentale; par. 1 din preambulul Convenției O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor.

⁵¹ Pentru unele detalii în legătură cu această lacună a actualelor reglementări interne din domeniu, a se vedea T. Bodoașcă, *Unele aspecte critice sau controversate în legislația și doctrina românească în domeniul dreptului familiei, loc. cit.*, p. 106 și urm.; *Studii de dreptul familiei, op. cit.*, pp. 1-4.

⁵² A se vedea art. 16 par. 1 din Declarația universală a drepturilor omului și Preambulul la Convenția O.N.U. privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor.

⁵³ Dispozițiile art. 2586 alin. (2) reproduc *ad litteram* prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992 [pentru unele detalii privind interpretarea dispozițiilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 105/1992, a se vedea T. Bodoașcă: *Unele aspecte critice sau controversate în legislația și doctrina românească în domeniul dreptului familiei, loc. cit.*, p. 107 și urm.; *Studii de dreptul familiei, op. cit.*, pp. 4-7).

(art. 271), împlinirea vârstei matrimoniale de către viitorii soți (art. 272), lipsa calității de persoană căsătorită a viitorilor soți (art. 273), lipsa legăturii de rudenie între viitorii soți (art. 274), lipsa legăturii de tutelă între viitorii soți (art. 275), lipsa stării de alienație mintală sau debilitate mintală a viitorilor soți (art. 276), viitorii soți să fie de sex diferit (art. 277).

Față de actuala reglementare, cu caracter de noutate absolută, este introdusă *expressis verbis* condiția ca viitorii soți să fie de sex diferit (art. 277), iar cerința comunicării stării de sănătate nu mai este considerată o condiție de fond, ci o formalitate pentru încheierea valabilă a căsătoriei (art. 278)⁵⁴.

De asemenea, nu au fost preluate dispozițiile art. 3 C. fam., conform cărora numai căsătoria încheiată în fața ofițerului de stare civilă dă naștere drepturilor și obligațiilor de soți prevăzute în prezentul cod. În ceea ce ne privește, considerăm justificată soluția legiuitorului, deoarece această cerință rezulta și din conținutul dispozițiilor art. 16 alin. (1) C. fam., care au fost preluate de art. 287 alin. (1) C. civ. Mai mult, fiindcă textul respectiv nu era instituit sub sancțiunea nulității, se constituia în sursa controversei doctrinare pe tema actelor juridice inexistente⁵⁵.

O parte a condițiilor de fond ale căsătoriei au fost preluate cu unele diferențe normative importante. Se înscrie în această categorie condiția consimțământului la căsătorie (art. 271), vârsta matrimonială (art. 272) și interzicerea căsătoriei între rude (art. 274).

În sfârșit, alte condiții au fost preluate *ad litteram* sau cu unele diferențe de exprimare care nu modifică pe fond conținutul lor juridic. Se află în această situație bigamia (art. 273), interzicerea căsătoriei între tutore și persoana minoră aflată sub tutela sa (art. 275), precum și a alienatului și debilului mintal (art. 276).

Fiindcă sunt susceptibile de unele interpretări diverse, în cele ce urmează vom analiza numai dispozițiile noului Cod civil referitoare la consimțământul la căsătorie (art. 271), vârsta matrimonială (art. 272), alienația și debilitatea mintală (art. 276), precum și interzicerea căsătoriei dintre persoane de același sex și echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria (art. 277).

b. *Consimțământul la căsătorie*. Potrivit art. 271, căsătoria se încheie între bărbat și femeie prin consimțământul personal și liber al acestora. Textul citat, având denumirea marginală „consimțământul la căsătorie”, evocă, pe de o parte, cerința ca soții să fie de sex diferit și, pe de altă parte, caracterul personal și liber al consimțământului la căsătorie⁵⁶.

⁵⁴ În actuala reglementare, potrivit Codului familiei, comunicarea stării de sănătate a viitorilor soți (art. 10), deși considerată o condiție de fond pentru încheierea valabilă a căsătoriei, nerespectarea ei nu atrage nulitatea absolută a căsătoriei, ci, eventual, nulitatea ei relativă (art. 21).

⁵⁵ A se vedea: I. Leș, *Considerații asupra inadmisibilității teoriei „actelor inexistente în procesul civil”*, în RRD nr. 7/1985, pp. 35-39; I. Leș, *Studii de drept judiciar privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp. 15-24; E. Lupan, I. Sabău-Pop, *op. cit.*, p. 190; O. Ungureanu, *Nulitățile de procedură civilă*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1997, pp. 62-67.

⁵⁶ Codul familiei prevede caracterul liber al consimțământului în art. 1 alin. (3), iar cel personal, în art. 16 alin. (1).