

Capitolul I. Familia

1. Încă de la apariția vieții pe pământ, oamenii au ales să trăiască în grupuri, indiferent care era legătura dintre membrii acestora: teritoriul ocupat, zeitatea căreia i se închinau, descendența din același strămoș pe linie maternă sau paternă și, mai târziu, filiația, rudenia și căsătoria.

Dumnezeu a spus: „Nu este bine ca omul să fie singur” (Geneza I, 18) și a făcut pe bărbat și pe femeie, astfel că majoritatea civilizațiilor au adoptat căsătoria monogamă heterosexuală ca bază a familiei și, în final, a societății, pentru că aproape toată viața umană se desfășoară în cadrul unei familii, pornind de la familia în care ne naștem și ajungând la familia în care aducem pe lume propriii copii.

2. Din punct de vedere sociologic, familia se clasifică astfel:

– familia nucleu – constă în doi adulți de sex opus care întrețin o relație sexuală aprobată de societate, împreună cu copiii lor, firești sau adoptați. Acest tip de familie, la rândul său, poate fi de orientare, respectiv familia în care ne naștem și în care ocupăm statutul de copil, și familia de procreare, familia pe care o creăm prin căsătorie și obținem statutul de adult;

– familia extinsă sau consangvină – reunește două sau mai multe familii nucleare unite prin legătura părinte-copil și include legăturile între frați și surori;

– familia poligamă sau poliandrie – forma de căsătorie în care un bărbat/o femeie are dreptul să se căsătorească cu mai multe femei/bărbați în același timp. Poliandria este o formă de căsătorie puțin răspândită, cercetările antropologice rezumându-se la citarea doar a două societăți poliandre (Nayar și Toda din India) și a unor grupuri din Nepal^[1].

În schimb, poligamia este mult mai răspândită, ea fiind o practică a populațiilor musulmane^[2] care s-a extins și în unele țări occidentale. În România, bigamia și

^[1] Pahari din Nepal practică o poliandrie fraternă: o femeie se căsătorește cu fratele cel mai vârstnic, iar frații mai mici pot avea relații sexuale cu ea. Ea îi consideră pe toți frații ca fiindu-i soți și niciunul nu poate revendica drepturi exclusive asupra ei. Copiii recunosc toți frații ca fiindu-le tați și moștenesc în comun proprietatea deja comună a acestora. Dacă familia se divizează, copiii sunt împărțiți între frații-tați, prin tragere la sorti, în funcție de rangul nașterii sau cum decide mama. Etnologii și antropologii consideră poliandria drept un mijloc de a suprima partajul dintre frați, de a restrânge numărul moștenitorilor și de a suprima certurile ivite cu ocazia partajului sau un mijloc de a suplini absența bărbaților (în societățile în care bărbații petrec o bună parte din viață în grupuri militare izolate de femei sau participă la lungi procese de transumanță) (www.dictsociologie.netfirms.com/.../poliandrie.htm).

^[2] Trebuie subliniat că musulmanii nu practică poligamia ca regulă, singura obligație pentru aceștia fiind de a se căsători. Chiar în societățile poligame, între 60 și 80% dintre căsătorii sunt monogame. Coranul limitează și condiționează poligamia, iar învățații musulmani spun: „Este nerecomandat ca un bărbat care are o soție virtuoasă, modestă și care este de ajuns pentru el să se căsătorească cu alta. Aceasta îl expune la ceea ce este interzis”. De altfel, poligamia a existat în toate religiile, prima familie poligamă apărând în Vechiul Testament la Lameh, un urmaș al lui Cain, care și-a luat două femei, pe Ada și pe Sela (Facerea 4, 17). Mai mult, după lucrările celui de-al doilea Consiliu al Vaticanului, denumite Vatican II, din anii 1962-1965, numeroși teologi catolici au arătat că monogamia nu este impusă de doctrina

poligamia sunt considerate infracțiuni sancționate de Codul penal cu pedeapsa închisorii de la 1 la 5 ani. Nu este pedepsită persoana care, conform legii sale naționale, poate practica această formă de mariaj, însă ea nu poate încheia legal o căsătorie în România decât dacă are statut de persoană necăsătorită, divorțată sau văduvă.

Societățile occidentale, deși recunosc anumite forme de poligamie, respectiv poligamia succesivă (*sequential polygamy* sau *serial polygamy*, cum este denumită în SUA), realizată prin acceptarea divorțului, cu procedură tot mai simplificată, și posibilitatea practic nelimitată de a se recăsători, condamnă poligamia și poliandria.

În ceea ce privește forma familiei, în societatea românească actuală, cel mai des se întâlnește familia nucleu, familia extinsă continuând să existe doar pe arii restrânse, în comunitățile rurale. Chiar și familia nucleu cunoaște un fenomen de degenerare și de restrângere, pentru că a apărut un nou tip, respectiv familia monoparentală, compusă din copil/copii și unul dintre părinți. Aceasta poate proveni dintr-o căsătorie destrămată sau care a încetat ca urmare a decesului unuia dintre soți sau dintr-o relație naturală, din afara căsătoriei, a unuia dintre părinți.

creștină, ci o consecință a imperialismului cultural occidental și, ca urmare, Biserica ar trebui să recunoască validitatea uniunilor poligame în Africa și Asia, pentru că acolo ele reprezintă o realitate ancestrală (www.roportal.ro/articole/495.htm). În prezent, poligamia este practică în mai multe țări ale lumii (Turcia, Senegal, Mali etc.) și s-a extins și în Europa și America datorită emigrației. În Franța se afirmă că ar exista peste 30.000 de familii poligame, iar în Marea Britanie peste 1000 de astfel de familii; de asemenea, ele există în Germania, Norvegia etc. Întrucât poligamia face parte din cultura mai multor popoare, în țările europene se discută sau chiar există reglementări care asigură recunoașterea acestui statut dobândit legal într-un stat ce acceptă poligamia. În România, poligamia este tolerată la cetățenii unui stat care, conform legii naționale, permite poligamia, însă aceste persoane nu se mai pot căsători legal pe teritoriul țării noastre. În schimb, alte state europene recunosc și anumite efecte ale poligamiei, în special în domeniul asigurărilor sociale, locuinței, statutului refugiaților, emigrației și copiilor. Astfel, în Marea Britanie, Ministerul Muncii și Pensiiilor plătește poligamilor până la 92,80 de lire pe săptămână în prestații sociale și pentru fiecare „soție adițională” mai primesc încă 33,65 de lire. Ministerul Economiei este de părere că, „dacă un bărbat și o femeie sunt căsătoriți sub o lege care permite poligamia, iar capul familiei își ia o soție adițională, Legea Reglementării și Deducerii din 2003 îi autorizează să prezinte declarații comune ca uniune poligamă”. Pe de altă parte, haremurile au dreptul să locuiască în case adiționale, beneficiind de protecție oficială, pentru a răspunde astfel nevoilor apărute în domiciliile mai mari. În Olanda, se susține că uniunile poligame de origine musulmană nu trebuie să fie abordate din punctul de vedere al sistemului legal, ci prin intermediul dialogului. În Belgia, Curtea Constituțională a luat măsuri pentru a facilita reunificarea haremurilor formate în afara țării. În Italia, un tribunal din Bologna a permis introducerea în țară a mamelor a doi copii de imigrant musulman, sub argumentul că uniunile poligame au fost contractate în mod legal în statul de origine. În Australia, presa susține că poligamia este „ilegală”, dar se supune legislației britanice, motiv pentru care recunoaște relațiile contractate legal în exterior (<http://www.9am.ro/stiri-revista-presei/Wow!/5765/Poligamia-tolerata-in-Europa-.html>; <http://www.9am.ro/stiri-revista-presei/International/83106/Poligamia-subventionata-de-stat-in-Marea-Britanie.html>; <http://www.catholica.ro/stiri/show.asp?id=11398&lang=r>; http://www.flu.ro/articole/Controverse/Poligamia_solutie_sau_amenintare_.html). Recunoașterea poligamiei ia uneori forme ciudate. Așa, de exemplu, în decembrie 2008, un judecător scoțian a permis unui bărbat care circula cu o viteză mult superioară celei legale să își păstreze carnetul de conducere, deși sancțiunea legală era suspendarea dreptului de a conduce, pentru că avocatul a explicat excesul de viteză al clientului său prin aceea că are două soții în orașe diferite și locuiește câte o zi cu fiecare.

Referitor la natura juridică a familiei, în literatura juridică^[1] s-a avansat chiar ideea că ar trebui să i se acorde sau să i se recunoască personalitate juridică.

Modul în care familia este privită de societate și de sistemul juridic a cunoscut transformări spectaculoase în ultimul secol, începând cu egalizarea tratamentului copiilor legitimi și naturali^[2] și continuând cu instituirea principiului egalității în drepturi a soților, liberalizarea divorțului^[3], favorizarea uniunilor libere și, în unele state, chiar a uniunilor homosexuale.

3. Din punct de vedere etimologic, termenul de familie provine din limba latină, din cuvântul *familia*, -ae, care la început desemna toți sclavii care trăiau sub același acoperiș sau sub puterea aceluiași *pater familias*.

4. Din punct de vedere juridic, trebuie să analizăm mai întâi legislația și apoi doctrina și jurisprudența în materie. Legislația actuală nu definește familia în general, ci doar aplicațiile practice ale ei în diferite domenii, sensul fiind mai extins sau mai restrâns, după caz. Cel mai adesea, legiuitorul vizează înțelesul restrâns al noțiunii de familie. Așa, de exemplu, în dispozițiile art. 1-44, 100-112 C. fam. (în prezent abrogat) și în cele ale art. 149 C. pen., care arată ce se înțelege, în concepția legii penale, prin „membru de familie”, și în Titlul IX, Capitolul I al Codului penal, intitulat „Infrațiuni contra familiei”.

În alte legi speciale, noțiunea de familie^[4] primește accepțiuni mai largi. Așa, de exemplu, potrivit dispozițiilor Legii locuinței nr. 114/1996^[5] (art. 17), „prin familie (...) se înțelege soțul, soția, copiii și părinții soților, care locuiesc și gospodăresc împreună”. Potrivit dispozițiilor Legii nr. 18/1991 a fondului funciar^[6], „prin familie se înțelege soții și copiii necăsătorii, dacă gospodăresc împreună cu părinții lor” [art. 8 alin. (4) din lege].

O altă accepțiune, în sens larg, a noțiunii de familie și care are ca principal criteriu de circumscriere ideea de domiciliu, se regăsește în dispozițiile Legii nr. 416/2001 privind venitul minim garantat^[7] (art. 2). Astfel, în sensul prevederilor acestei din

[1] R. SAVATIER, *Une personne morale méconnue: la famille en tant que sujet de droit*, apud J. CARBONNIER, *Droit civil*, P.U.F., Paris, 1972, p. 10-11 (sunt citate aici și opiniile contra, precum și alte trei teorii privind natura familiei, respectiv: teoria relațiilor interindividuale bazate pe căsătorie și familie, concepția societară și concepția alimentară, ultima susținând că familia se bazează pe asigurarea subzistenței).

[2] Copii născuți în afara căsătoriei și care au avut de-a lungul istoriei o situație inferioară copiilor legitimi.

[3] Noul Cod civil prevede posibilitatea desfacerii căsătoriei, când există acordul ambilor soți și nu există copii minori născuți din căsătorie, prin simpla declarare a consimțământului în fața ofițerului de stare civilă sau a unui notar public.

[4] Pentru un amplu articol privind noțiunea de familie, a se vedea T. BODOAȘCĂ, *Contribuții la definirea juridică a familiei și la stabilirea conținutului acesteia*, în *Dreptul* nr. 12/2004, p. 123-143. Autorul face o analiză interesantă, corelând termenii cu legislația internațională, totuși, unele propuneri *de lege ferenda* făcute în studiul menționat sunt criticate ca fiind contrare normelor Constituției și Convenției ONU cu privire la drepturile copilului (I. IMBRESCU, *Reflecții în legătură cu folosirea eronată a unor temeni din sfera dreptului familiei*, în *Dreptul* nr. 8/2005, p. 110-115).

[5] Republicată în M. Of. nr. 393 din 31 decembrie 1997.

[6] Republicată în M. Of. nr. 1 din 5 ianuarie 1998.

[7] M. Of. nr. 401 din 20 iulie 2001.

urmă legi, termenul de familie îi desemnează pe soțul și soția sau soțul, soția și copiii lor necăsătoriti, aflați în întreținerea acestora, care locuiesc și gospodăresc împreună. Se consideră familie și persoana care locuiește împreună cu copiii aflați în întreținerea sa și se află în una dintre următoarele situații:

- a) este necăsătorită;
- b) este văduvă;
- c) este divorțată;
- d) al cărei soț/soție este declarat/declarată dispărut/dispărută prin hotărâre judecătorească;
- e) nu a împlinit vârsta de 18 ani și se află în una dintre situațiile prevăzute la lit. a)-d).

Se consideră familie și frații fără copii, care gospodăresc împreună și care nu au domiciliul sau reședința comună cu părinții, prin acest text consacându-se un sens extins noțiunii de familie.

În sensul alin. (1), se asimilează termenului familie bărbatul și femeia necăsătoriti, cu copiii lor și ai fiecăruia dintre ei, aflați în întreținerea acestora, care locuiesc și gospodăresc împreună.

5. Articolul 258 NCC prevede că 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. Alineatul (4) al aceluiași articol arată că, în sensul prezentului Cod civil, prin soți se înțelege bărbatul și femeia uniți prin căsătorie. Prin această prevedere, reluată și în capitolele referitoare la căsătorie, adopție și reproducerea umană asistată medical cu terț donator, se stabilește *expressis verbis* că în sistemul nostru juridic nu se recunosc căsătoriile și parteneriatele între persoane de același sex. În același timp, s-a pus capăt controverselor doctrinare, respectiv au rămas fără obiect susținerile că, întrucât legea nu interzice expres aceste căsătorii, ele ar putea fi considerate permise^[1].

Se observă că acest act normativ îmbrățișează **sensul restrâns al noțiunii de familie**, incluzând în această noțiune soții și copiii acestora. Credem că legiuitorul a ales această soluție, pentru că, practic, familia nucleu este cel mai des întâlnită, însă definiția nu mai concordă cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care s-a pronunțat în legătură cu viața de familie atunci când a fost sesizată cu încălcări ale art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului^[2]. Prin deciziile sale, Curtea a impus o sferă mai largă pentru noțiunea de familie, respectiv includerea în aceasta și a bunicilor și, în unele situații, a concubinilor, deci a persoanelor care alcătuiesc o familie în afara căsătoriei. Așa de exemplu, în cauza *Marckx c. Belgiei* din anul 1979

[1] T. BODOAȘCĂ, *Contribuții la definirea...*, p. 123-143

[2] Art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată de România prin Legea nr. 30/1994 (M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994), prevede că:

„1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale.

2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora”.

s-a arătat că, „în ochii Curții, viața familială în sensul art. 8 înglobează cel puțin raporturile între rudele părinților, care pot juca un rol considerabil, de exemplu, între bunici și nepoți. (...) Dezvoltarea vieții de familie a unei mame celibatate și a copilului recunoscut de ea ar fi împiedicată dacă cel din urmă nu ar intra în familia celei dintâi”^[1].

În ceea ce privește concubinajul, hotărârea-pilot trebuie a fi considerată cea pronunțată în cauza *Kroon c. Olandei*. Prin această hotărâre din anul din 1994, Curtea a decis că interdicția, instituită de legea națională, femeii căsătorite de a tăgădui paternitatea soțului este contrară prevederilor art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, articol care reglementează dreptul la respectarea vieții private și de familie. Argumente pentru teza indicată anterior se regăsesc în considerentele hotărârii, în care se arată că este mai demnă de protecție familia de fapt existentă între mamă, concubin și copiii lor pe care îi cresc și îngrijesc împreună, decât familia de drept, născută din căsătorie, dar care în fapt nu mai există, dintre mamă și soțul său.

Limba română modernă consacră noțiunii de familie un sens restrâns, definind-o ca formă socială de bază, întemeiată pe căsătorie și care constă din soț, soție și din descendenții acestora, și un sens larg, conform căruia familia reprezintă totalitatea persoanelor care se trag dintr-un strămoș comun; neam, descendență^[2].

6. În ceea ce ne privește, considerăm că legislația și jurisprudența română ar trebui să consacre **sensul extins al noțiunii de familie**, așa cum acesta se desprinde din hotărârile C.E.D.O., întrucât jurisprudența instanțelor europene constituie izvoare ale dreptului intern.

Concluzionând, considerăm că **familia poate fi definită** ca un grup restrâns de persoane legate prin căsătorie, rudenie, afinitate sau fără nicio legătură juridică și care trăiesc efectiv împreună.

^[1] Prin această hotărâre a fost condamnată Belgia, stat care limita drepturile succesoriale ale unui copil natural. Această hotărâre poate fi considerată hotărârea-pilot, respectiv hotărârea care a marcat extinderea noțiunii de „familie” în practica Curții Europene.

^[2] DEX, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1996, p. 366.

Capitolul al II-lea. Dreptul familiei

§1. Noțiune

7. Dreptul familiei este ramura sistemului de drept care cuprinde totalitatea normelor juridice care reglementează relațiile de familie și cele asimilate acestora, în diferent de caracterul patrimonial sau nepatrimonial.

Această ramură de drept este într-o strânsă legătură cu morala, multe dintre principiile sale fiind o preluare a regulilor morale.

Dreptul familiei este o **ramură de drept privat**, chiar dacă modernizarea societății a dus la creșterea numărului de situații și modalități de intervenție a statului asupra familiei, ceea ce pare a-l împinge spre dreptul public. Totuși, în pofida acestei evoluții și a tendinței de a considera că familia este subordonată interesului social general, credem că dreptul familiei aparține dreptului privat și că acest caracter este de esența sa, întrucât relațiile reglementate sunt între particulari, iar interesele ocrotite sunt personale.

În vechiul Cod civil, relațiile de familie erau cuprinse în Cartea I, intitulată „Despre persoane”, așa cum ele se regăsesc și în Codul civil francez. Doctrina vremii a considerat că raporturile de familie își găsesc locul în mod firesc în Codul civil, întrucât căsătoria este un acord de voințe ce produce obligații care îi atribuie caracter contractual și, în plus, „căsătoria este un contract care interesează mai mult persoanele decât bunurile, a cărui importanță întrece chiar interesele soților și se întinde la societatea întreagă și despre care s-a zis că este întotdeauna parte în toate căsătoriile, cu toate că ele sunt contractate între particulari”^[1].

Prin adoptarea Codului familiei din 1954, relațiile de familie au fost scoase complet din Codul civil, consacându-se autonomia dreptului familiei, deși s-a admis constant că interferențele dreptului familiei cu dreptul civil sunt atât de numeroase, încât este de neconceput un drept al familiei fără suportul dreptului civil^[2].

Adoptarea Codului familiei a marcat individualizarea și delimitarea relațiilor de dreptul familiei de cele civile, însă scoaterea lor din Codul civil a fost nefirească și făcută pentru a promova o legislație de tip sovietic^[3], ca urmare, reintroducerea lor în noul Cod civil reprezintă o reîntoarcere la tradiția noastră juridică și o acceptare a realității că cele două ramuri sunt interdependente, au un obiect de reglementare înrudit și aceeași metodă de reglementare, cea a egalității părților^[4]. În plus, prin noul

[1] A. COLIN, H. CAPITANT, *Curs elementar de drept civil francez*, traducere de V.G. CĂDERE, I. MILOAIE, Ed. Monitorul Oficial și Imprimeria Statului, București, 1940, p. 141. De altfel, aceiași autori au subliniat că dreptul privat este numit drept civil în special atunci când reglementează raporturile de familie și cele patrimoniale care se formează între indivizi priviți în calitate lor de membri ai cetății, de unde provine și atributul *civil* (*idem*, p. 9).

[2] E. FLORIAN, *Dreptul familiei*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 6.

[3] V.D. ZLĂTESCU, *Considerații în legătură cu instituția prescripției*, în *Dreptul* nr. 2/1999, p. 15.

[4] P. PERJU, *Considerații generale asupra noului Cod civil (Titlul preliminar, Persoane, Familie, Bunuri)*, în *Dreptul* nr. 9/2009, p. 23.

Cod civil s-a urmărit ca dispozițiile legale în această materie să fie compatibilizate cu cerințele unor acte normative internaționale din domeniul drepturilor omului^[1], cum sunt Declarația universală a drepturilor omului, Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, Convenția europeană pentru protecția drepturilor și libertăților fundamentale, Convenția cu privire la drepturile copilului, Convenția ONU privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor, Convenția europeană în materia adopției de copii.

Deși dreptul familiei este pe deplin conturat ca ramură distinctă a sistemului nostru juridic, includerea reglementării în actul normativ unic referitor la raporturile juridice de drept privat este salutară, pentru că va elimina necorelările și formulările redundante existente în reglementarea anterioară. Această asimilare a legislației nu va însemna sfârșitul dreptului familiei ca ramură de drept, ci va facilita o **reglementare unitară a familiei în sânul dreptului civil**.

8. Ceea ce distinge dreptul familiei de alte ramuri de drept este:

a) Metoda de reglementare, care este în principal metoda egalității în drepturi a părților, specifică dreptului privat. De asemenea, regăsim și metode specifice de reglementare:

- metoda subordonării drepturilor persoanelor care ocrotesc interesului persoanelor ocrotite^[2], ce guvernează relațiile dintre părinți și copii și alte relații de ocrotire;
- metoda „statut legal”, potrivit căreia normele juridice au un caracter imperativ. În raporturile juridice supuse unei astfel de reglementări, părțile au libertatea de a încheia sau nu actul juridic respectiv, dar după încheierea lui trebuie să se supună regimului instituit de lege (o astfel de reglementare întâlnim în cazul căsătoriei sau al adopției).

b) Obiectul de reglementare al dreptului familiei include relațiile sociale ocrotite prin normele acestei ramuri, respectiv:

- relațiile de căsătorie, dreptul familiei prevăzând reguli referitoare la încheierea, desființarea și desfacerea căsătoriei, precum și raporturile personale și patrimoniale dintre soți;

- raporturile rezultate din rudenie. Rudenia este de două feluri: de sânge și civilă, rezultată din adopție. Toate relațiile dintre aceste persoane constituie obiect de studiu al dreptului familiei;

- relațiile privitoare la autoritatea părintească, ce se referă la totalitatea drepturilor și a obligațiilor pe care părinții le au pentru realizarea intereselor personale și patrimoniale ale copiilor, precum și cele relative la creșterea și educarea lor;

- alte relații asimilate celor de familie, care formează obiect de reglementare al dreptului familiei. De altfel, am arătat deja că noțiunea de familie poate include, în anumite condiții, cuplurile necăsătorite, persoanele între care există un raport de ocrotire etc. În această categorie se includ: obligația de întreținere între foștii soți, raporturile care se nasc în legătură cu plasamentul, concubinajul etc.

^[1] T. BODOAȘCĂ, *Examen de ansamblu și observații critice privind familia și căsătoria în reglementarea noului Cod civil*, în *Dreptul* nr. 11/2009, p. 13.

^[2] A se vedea I. ALBU, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1975, p. 33; AL. BACACI, V.C. DUMITRACHE, C.C. HAGEANU, *Dreptul familiei*, ed. a 7-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 6.

§2. Izvoarele dreptului familiei

9. a) **Normele dreptului european** constituie izvorul primordial, iar dintre acestea trebuie să indicăm Convenția europeană a drepturilor omului și jurisprudența Curții Europene în această materie, care sunt obligatorii pentru instanțele române.

b) **Constituția României** constituie izvor fundamental al dreptului familiei, întrucât cuprinde o parte dintre principiile acestei ramuri de drept, cum sunt principiul egalității femeii cu bărbatul, al ocrotirii de către stat a căsătoriei și a familiei, precum și al intereselor mamei și ale minorilor.

c) **Codul civil**^[1] constituie izvorul organic principal al dreptului familiei. Structura acestuia, în linii mari, a fost prezentată atunci când s-a abordat problema obiectului de reglementare a dreptului familiei, așa încât se mai impune doar precizarea că acest act normativ a fost pus în aplicare la data de 1 octombrie 2011 (prin Legea nr. 71/2011).

d) **Alte acte normative** ce cuprind dispoziții cu privire la relațiile de familie sunt^[2]:

- Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă, republicată;
- Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului;
- Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, republicată.

§3. Principiile generale ale familiei și ale căsătoriei

10. Din analiza Titlului I al Cărții intitulate „Despre familie” din Codul civil putem desprinde principiile care guvernează familia, căsătoria, principii care trebuie să fundamenteze orice act normativ sau administrativ și orice decizie judiciară referitoare la aceasta.

În ordinea în care sunt prevăzute de textele legale, aceste principii sunt:

- principiul căsătoriei liber consimțite între soți [art. 258 alin. (1) și art. 259 alin. (1)];
- principiul egalității în drepturi a soților [art. 258 alin. (1)];
- principiul ocrotirii familiei de către societate și stat prin măsuri economice și sociale [art. 258 alin. (2) și (3)];
- principiul monogamiei [art. 258 alin. (4) și art. 259 alin. (1)];
- principiul interzicerii căsătoriilor între persoane de același sex [art. 258 alin. (4) și art. 259 alin. (1) și (2)];
- principiul încheierii căsătoriei în scopul întemeierii unei familii și dreptul de a se căsători [art. 259 alin. (2)];
- principiul caracterului laic al căsătoriei sau caracterul subsecvent al căsătoriei religioase [art. 259 alin. (3)];
- principiul solemnității căsătoriei [art. 259 alin. (4)];

[1] Codul familiei a fost abrogat după intrarea în vigoare a noului Cod civil, care include prevederi cuprinse până atunci în: Codul familiei; Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice (Decretul nr. 31/1954); Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă; Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului; Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției.

[2] Toate actele normative indicate în această secțiune au fost modificate la data intrării în vigoare a noului Cod civil.

- principiul egalității în drepturi a copiilor din afara căsătoriei cu cei din căsătorie (art. 260);
- principiul interesului superior al copilului [consacrat expres în art. 263 și reluat în art. 258 alin. (1), art. 261, art. 262 și art. 264].

11. Principiul căsătoriei liber consimțite între soți [art. 258 alin. (1) și art. 259 alin. (1) NCC] este unul dintre principiile constituționale ale dreptului familiei, ceea ce subliniază importanța pe care statul o acordă acestei instituții. Articolul 48 alin. (1) din Constituție prevede că „Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți (...)”, iar ideea liberului consimțământ se regăsește și în actele internaționale privind drepturile omului care consacră acest element fundamental al familiei și căsătoriei [Declarația universală a drepturilor omului în art. 25 și art. 26, Pactul internațional privind drepturile civile și politice în art. 23 alin. (3), Pactul internațional privind drepturile economice, sociale și culturale în art. 10 alin. (1) și Convenția ONU privitoare la consimțământul la căsătorie, vârsta minimă a căsătoriei și înregistrarea căsătoriei adoptată la 7 noiembrie 1962^[1]].

Încheierea căsătoriei prin exprimarea liberă a consimțământului viitorilor soți reprezintă o aplicare specifică a condițiilor generale de încheiere a actelor juridice, întrucât căsătoria este, fără dubiu, un act juridic. Articolul 1169 NCC consacră libertatea de a contracta, iar art. 1179 prevede că o condiție esențială pentru validitatea contractului este consimțământul valabil al părților. Ca urmare, și în cazul căsătoriei, lipsa materială sau psihică a consimțământului ori vicierea consimțământului unuia dintre soți duce la desființarea căsătoriei.

Libertatea încheierii căsătoriei reprezintă mai mult decât libertatea de a contracta, fiind indestructibil legată de drepturile persoanei umane, iar necesitatea consacrării exprese a acesteia își are originea în istorie, pentru că mult timp încheierea căsătoriei a reprezentat o afacere de familie, consimțământul părinților fiind considerat mai important sau cel puțin la fel de important ca și cel al soților.

În reglementarea actuală, soții sunt cei care trebuie să consimtă la încheierea căsătoriei în mod liber, iar dacă viitorii soți sunt minori, căsătoria trebuie încuviințată de părinții acestora.

Exprimarea liberă a consimțământului la căsătorie are legătură și cu scopul căsătoriei, care este întemeierea unei familii. Căsătoria trebuie să se încheie numai dacă are la bază respectul și afecțiunea reciprocă între soți, în caz contrar nu va rezulta o familie, iar căsătoria va fi lovită de nulitate absolută, fiind fictivă.

12. Principiul egalității în drepturi a soților, atât între ei, cât și în relația cu copiii lor, a fost consacrat constituțional încă din anul 1948 și se reflectă în numeroase texte referitoare la familie și căsătorie. Articolul 483 NCC prevede că drepturile și îndatoririle care compun autoritatea părintească aparțin în mod egal ambilor părinți și se exercită împreună și în mod egal de aceștia (art. 503 NCC).

Anterior anului 1948, în regimul vechiului Cod civil, puterea părintească aparținea în principiu ambilor părinți, dar era exercitată în timpul căsătoriei numai de tată, în calitatea sa de șef al familiei. În caz de divorț, puterea părintească era exercitată prin ambii părinți, dar tatăl nu putea pierde dreptul de a supraveghea educația copiilor

[1] Ratificată de România prin Legea nr. 116/1992 (M. Of. nr. 330 din 24 decembrie 1992).

săi, chiar dacă minorul nu i-ar fi fost încredințat spre creștere și educare și chiar dacă divorțul s-ar fi pronunțat din vina sa. În privința copilului din afara căsătoriei, puterea părintească aparține numai mamei acestuia, datorită faptului că stabilirea paternității din afara căsătoriei se putea face în condiții extrem de restrictive.

13. Principiul ocrotirii familiei de către societate și stat prin măsuri economice și sociale [art. 258 alin. (2) și (3) NCC]. Obligația statului de a sprijini prin măsuri economice și sociale încheierea căsătoriei, precum și dezvoltarea și consolidarea familiei este consacrată și prin actele internaționale privind drepturile omului care consideră familia ca fiind elementul natural și fundamental al societății [Declarația universală a drepturilor omului în art. 16 alin. (3), Pactul internațional privind drepturile civile și politice în art. 33 alin. (1), Pactul internațional privind drepturile economice, sociale și culturale în art. 10 alin. (1)].

Modul în care legiuitorul a înțeles să reglementeze încheierea sau desfacerea căsătoriei, relațiile dintre părinți și copii sau ajutoarele materiale sau sociale pe care familiile sau copiii le primesc în anumite condiții reprezintă o formă de executare a acestei obligații a statului.

14. Principiul monogamiei [art. 258 alin. (4) și art. 259 alin. (1) NCC] rezultă din formularea textelor indicate, fiind consacrat expres numai în partea referitoare la condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei, în art. 273. Fiind un principiu izvorât din tradiția poporului român, considerăm că trebuie să își găsească locul în rândul regulilor fundamentale care guvernează familia. Conform acestui principiu, persoana căsătorită nu mai poate încheia o nouă căsătorie, iar dacă această regulă se încalcă, **cea de-a doua căsătorie este lovită de nulitate absolută**. În afara acestei sancțiuni civile, persoana vinovată poate fi sancționată și penal, întrucât **bigamia este o infracțiune contra familiei**.

15. Principiul interzicerii căsătoriilor între persoane de același sex [art. 258 alin. (4) și art. 259 alin. (1) și (2)] este un alt principiu a cărui consacrare expresă a fost făcută în partea referitoare la condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei, în art. 277 alin. (1). Refuzul recunoașterii relațiilor dintre persoanele de același sex este unul general și categoric și vizează logodna, parteneriatele în vederea reproducerii umane medical asistate sau a adopției unui copil^[1].

16. Principiul încheierii căsătoriei în scopul întemeierii unei familii coroborat cu dreptul de a se căsători recunoscut bărbatului și femeii [art. 259 alin. (2)] nu a fost prevăzut expres în Codul familiei, cu toate acestea, doctrina și practica judiciară au admis fictivitatea căsătoriilor încheiate pentru realizarea unor interese pe care viitorii soți nu le-ar fi atins în alt mod^[2].

Dreptul de a se căsători este cuprins, în aceeași formă, și în art. 12 din Convenția europeană a drepturilor omului, iar Curtea Europeană, prin jurisprudența sa, veghea-

^[1] E. FLORIAN, în F.A. BAIAS, E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 254.

^[2] Astfel de căsătorii se pot încheia, de exemplu, din interes material, pentru obținerea dreptului de ședere, de muncă sau cetățenia altui stat etc.

ză ca legiuitorul intern să nu aducă atingere substanței acestui drept^[1]. Dreptul de a se căsători cuprinde trei atribute principale: dreptul **de a se căsători**, **dreptul de a-și alege partenerul** și **dreptul de a refuza o căsătorie**. Toate acestea sunt de ordin publică, nicio autoritate nu poate interzice unei persoane să se căsătorească, această interdicție nefiind permisă nici ca sancțiune, indiferent de natura sa. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că refuzul autorităților de a permite unor persoane aflate în detenție să se căsătorească cu partenerii lor aduce atingere esenței înseși a dreptului reclamanților de a se căsători. În decizie s-a subliniat că, dacă cei deținuți sunt privați de libertate și de anumite drepturi, aceasta nu înseamnă că ei nu au dreptul de a se căsători, iar alegerea unui partener și decizia de a se căsători sunt hotărâri strict private și personale, fiind indiferent dacă ele sunt sau nu acceptabile pentru autorități^[2]. În principiu, Curtea Europeană garantează dreptul la căsătorie în forma sa clasică, deci căsătoria dintre două persoane de sex biologic diferit, ca fundament juridic al familiei^[3], art. 12 din Convenție instituind în sarcina statelor obligații pozitive esențiale cu caracter general de a reglementa condițiile exercitării acestui drept și obligații pozitive concrete pentru unele situații particulare^[4]. Abia după unele ezitări, Curtea a recunoscut și dreptul la căsătorie al transsexualilor^[5], însă pare departe de a adopta o soluție similară și în cazul homosexualilor^[6].

Articolul 12 din Convenție are în vedere numai căsătoria civilă^[7], monogamă, pentru că poligamia este exclusă de cultura statelor contractante^[8], și nu cuprinde în conținutul său dreptul la o căsătorie postumă, care poate fi dorită de o persoană care supraviețuiește aceleia cu care intenționa să se căsătorească^[9].

Dreptul de a se căsători **este de ordin publică**, astfel că orice clauză de celibat, indiferent de actul în care este cuprinsă (testament, contract de muncă etc.), este

[1] Curtea Europeană a condamnat Elveția pentru o prevedere legală, astăzi abrogată, care permitea judecătorului ca, la divorț, să instituie în sarcina soțului vinovat de desfacerea căsătoriei sancțiunea de a nu se recăsători timp de până la doi ani, termenul putând fi prelungit în caz de adulter (Hotărârea din 18 decembrie 1987), și Marea Britanie, a cărei legislație interzicea căsătoria între tatăl vitreg și fosta soție a fiului său (Hotărârea din 13 septembrie 2005), ambele citate de A. BÉNABENT, *Droit civil. Droit de la famille*, Ed. Montchrestien, Paris, 2010, p. 26-27.

[2] Hotărârile din 5 ianuarie 2010 în cauzele *Frasik c. Poloniei* și *Jaremowicz c. Poloniei*, rezumate în C.J. nr. 3/2010, p. 171-172.

[3] Hotărârea din 17 octombrie 1986 în cauza *Rees c. Regatului Unit* și Hotărârea din 27 septembrie 1990 în cauza *Cossey c. Regatului Unit*.

[4] C. BÎRSAN, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 849.

[5] Cauza *Christine Goodwin c. Regatului Unit*, Hotărârea din 11 iulie 2002.

[6] PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *La famille*, Ed. Defrénois, Paris, 2004, p. 50.

[7] Fosta Comisie a reținut că obligația de a încheia căsătoria în formele prevăzute de lege în locul unui ritual religios specific nu reprezintă un refuz de recunoaștere a dreptului la căsătorie (Decizia din 18 decembrie 1974 în cauza *X. c. Republicii Federale Germania*, citată de C. NICOLESCU, *Conținutul dreptului la căsătorie și la întemeierea unei familii reflectat în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, în *Dreptul* nr. 3/2009, p. 54).

[8] Hotărârea C.E.D.O. din 18 decembrie 1986 în cauza *Johnston și alții c. Irlandei*.

[9] Decizia din 13 decembrie 1984 în cauza *M. c. Republicii Federale Germania*, citată de C. NICOLESCU, *Conținutul dreptului la căsătorie...*, p. 55.

lovită de nulitate absolută, având o cauză ilicită^[1] și imorală. De asemenea, este lovită de nulitate clauza care interzice căsătoria cu o anumită persoană sau cu o persoană de o anumită rasă, religie sau proveniență socială^[2].

17. Principiul caracterului laic al căsătoriei sau caracterul subsecvent al căsătoriei religioase rezultă din art. 259 alin. (3) NCC. Acest text, spre deosebire de articolul corespondent din Codul familiei^[3], face referire expresă la celebrarea religioasă a căsătoriei, care poate fi făcută numai după încheierea căsătoriei civile^[4].

18. Principiul solemnității căsătoriei [art. 259 alin. (4) NCC] rezultă din faptul că toate condițiile de încheiere și cauzele de nulitate se stabilesc prin Codul civil. Ca orice act solemn, încheierea valabilă a căsătoriei și nașterea efectelor sale specifice au loc numai dacă sunt îndeplinite toate condițiile de fond și de formă prevăzute de lege. Solemnitatea căsătoriei presupune o serie de condiții anterioare și concomitente încheierii acesteia, dintre care cea mai importantă este cea a prezenței ambilor soți în fața ofițerului de stare civilă și a exprimării consimțământului liber al acestora.

19. Principiul egalității în drepturi a copiilor din afara căsătoriei cu cei din căsătorie (art. 260 NCC) este un principiu care a făcut deja istorie în dreptul nostru și înseamnă că cele două categorii au exact aceleași drepturi și aceleași obligații în raporturile cu părinții lor, în ceea ce privește numele, autoritatea părintească, întreținerea și vocația succesorală. Singura deosebire ce se menține și sub noul Cod civil este stabilirea paternității. În cadrul acestei acțiuni, copilul din afara căsătoriei are sarcina de a proba paternitatea, în timp ce copilul din căsătorie este scutit de această sarcină, fiind beneficiarul prezumției de paternitate. Dacă însă mama copilului a conviețuit cu pretinsul tată în perioada timpului legal al concepției, și copilul din afara căsătoriei beneficiază de o scutire de dovadă (prezumția filiației față de pretinsul tată – art. 426 NCC).

Protecția acordată de stat și întinderea drepturilor și îndatoririlor părintești sunt egale, indiferent dacă un copil este din căsătorie, din afara căsătoriei sau din adopție.

Egalitatea este firească, întrucât faptul sângelui este identic, iar în privința adopției, legislația actuală consacră un singur tip, al adopției cu efecte depline, prin care

[1] În sensul că în astfel de cazuri ar fi incidentă sancțiunea caducității, a se vedea A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 26 și practica judiciară citată, notele 7 și 8.

[2] Jurisprudența franceză a acceptat o scurtă perioadă ca valabilă concedierea unui angajat pentru că s-a căsătorit cu angajatul unui concurent, însă poziția a fost revizuită, iar în prezent astfel de concedieri sunt considerate ilegale. O decizie relativ recentă a recunoscut ca valabil un legat făcut sub condiția ca legatarul să se căsătorească, întrucât lipsește orice indicație referitoare la alegerea partenerului (A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 27-28).

[3] Art. 3 C. fam. prevedea că numai căsătoria încheiată în fața ofițerului de stare civilă dă naștere drepturilor și obligațiilor de soți prevăzute în cod. Se observă că lipsește orice referire la ceremonia religioasă, lucru firesc, dacă ne raportăm la contextul politic în care a fost adoptat Codul familiei.

[4] Există state în care încheierea căsătoriei este atribuția exclusivă a autorităților religioase și state în care căsătoria poate fi încheiată atât de reprezentanții cultelor, cât și de funcționarii investiți de stat în acest sens (această a doua variantă este consacrată de Codul civil Québec în art. 366 și urm.).

se naște o legătură de filiație identică cu cea de sânge. Acest principiu este consacrat și prin Constituție și concură la asigurarea interesului copilului.

Vechiul Cod civil numea copilul din afara căsătoriei copil natural sau nelegitim, iar situația sa era asimilată cu aceea a copilului din căsătorie numai față de mamă, pe când față de tată, chiar dacă a fost recunoscut, nu avea niciun drept. Codul familiei din 1954 a înlăturat toate diferențele de regim juridic între aceste categorii de copii, cu excepția modului de stabilire a legăturii de filiație, care a rămas mai anevoioasă în cazul copilului din afara căsătoriei. Încă înainte de adoptarea noului Cod civil, în această materie s-a remarcat o liberalizare, în sensul că au fost înlăturate toate condițiile pentru introducerea acestor acțiuni, chiar și termenul de prescripție de 1 an fiind înlăturat.

Noul Cod civil păstrează această direcție de liberalizare a contenciosului paternității din afara căsătoriei, prevăzând în plus și o prezumție legală care simplifică sarcina probatorie a reclamantului în aceste categorii de acțiuni.

20. Principiul interesului superior al copilului [consacrat expres în art. 263 și reluat în art. 258 alin. (1), art. 261, art. 262 și art. 264 NCC]. Interesul superior al copilului este o noțiune preluată din Convenția privind drepturile copilului^[1], dar care nu este definită nici de aceasta și nici de legislația noastră internă.

Interesul superior al copilului trebuie să fie unicul scop al tuturor acțiunilor părinților și măsurilor întreprinse de stat în legătură cu un copil. Având în vedere că dreptul și psihologia nu sunt științe exacte, aprecierea acestui interes este deosebit de dificilă. El trebuie evaluat în funcție de datele sociale, economice și politice ale unei țări și epoci, dar și de situația concretă a copilului respectiv.

În doctrină s-a subliniat că prin interes al copilului legiuitorul desemnează, pe de o parte, un interes social, superior, conform căruia părinții au obligația să crească și să educe copilul în conformitate cu regulile și principiile generale ale societății, iar, pe de altă parte, un interes personal concret al minorului, în acest sens părinții având obligația de a se îngriji de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, dar și de educarea și pregătirea profesională potrivit cu însușirile sale. Cele două laturi ale noțiunii se întrepătrund și se influențează reciproc, iar exercitarea lor trebuie să se facă numai în limitele create de dreptul pozitiv^[2].

Utilizarea noțiunii de „superior” indică faptul că interesul copilului trebuie preferat, în caz de conflict, altor interese implicate. Articolul 2 din Legea nr. 272/2004 arată că principiul interesului superior al copilului este impus inclusiv în legătură cu drepturile și obligațiile ce revin părinților copilului, altor reprezentanți legali ai săi, precum și altor persoane cărora acesta le-a fost plasat în mod legal^[3].

[1] Adoptată de Adunarea Generală a ONU la 20 noiembrie 1989 și ratificată de România prin Legea nr. 18/1990 (republicată în M. Of. nr. 314 din 13 iunie 2001).

[2] Pentru o analiză mai aprofundată, a se vedea AL. BACACI, *Precizări privind instituția ocrotirii părintești*, în *Dreptul* nr. 10/2000, p. 58-61.

[3] Deși Legea nr. 272/2004 și Legea nr. 273/2004 au fost adoptate ca părți ale pachetului legislativ destinat ocrotirii copilului, între acestea există deosebiri terminologice nejustificate și care stabilesc domenii de aplicare diferite. În același sens, a se vedea T. BODOAȘCĂ, *Unele aspecte critice referitoare la necorelarea unor dispoziții din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului cu anumite norme din Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției*, în *Dreptul* nr. 5/2005, p. 85-94.

Capitolul al III-lea. Căsătoria

21. Căsătoria reprezintă o instituție extrem de importantă în economia dreptului familiei, pentru că majoritatea relațiilor sociale ocrotite de această ramură de drept își au izvorul în căsătorie. Analiza acestei instituții va fi precedată de scurte considerente privind logodna și concubinajul.

Secțiunea 1. Logodna

§1. Noțiune și condiții

22. Includerea logodnei între instituțiile reglementate de Codul civil, după ce Codul familiei nu făcea nicio referire la ea, reprezintă o întoarcere în timp nejustificată, pentru că fenomenul nu este atât de răspândit pentru a beneficia de un întreg capitol în Codul civil, în timp ce concubinajul este abia amintit^[1]. Modul de reglementare a logodnei pare a fi inspirat de art. 90 C. civ. elvețian sau de art. 79 C. civ. italian.

Etimologic, cuvântul provine din limba slavonă, în care *lagoditi* înseamnă a se înțelege, a trata ceva^[2], iar în dreptul roman era numită *sponsalia*. Sistemele juridice au oscilat între a acorda putere obligatorie și a nu recunoaște niciun efect acestei promisiuni de a se căsători. După ce romanii și vechiul drept românesc atribuiau logodnei forță obligatorie izvorâtă din stipulația reciprocă a părților de a se căsători^[3], vechiul Cod civil a înlăturat orice caracter obligatoriu al acesteia, păstrându-se doar obligarea la daune-interese a celui din a cărui culpă s-a rupt logodna, cu condiția ca cealaltă parte să dovedească faptul că i s-a cauzat un prejudiciu. Codul familiei a ignorat această instituție și nu i-a acordat nicio dispoziție, iar practica judiciară nu a cunoscut litigii întemeiate pe răspunderea logodnicilor pentru ruperea intempestivă a logodnei sau pe restituirea darurilor.

[1] Desuetudinea acestei instituții face ca ea să nu fi fost inclusă în Codul civil al regiunii Québec, cel mai modern cod de inspirație franceză și care a fost folosit ca sursă de inspirație și de legiuitorul român, chiar dacă nu neapărat în partea referitoare la familie. Logodna nu este reglementată nici de Codul civil francez, dar se regăsește în Codul civil italian și în cel elvețian. Introducerea prevederilor privind logodna a fost motivată de redactori ca fiind „o realitate tradițională în România”. În doctrină s-a pus întrebarea dacă instituționalizarea logodnei nu a reprezentat soluția onorabilă a legalizării concubinajului, această idee fiind mai lesne de acceptat și de segmentul de opinie publică mai puțin tolerant față de legitimarea uniunii faptice. A se vedea E. FLORIAN, *Considerații asupra logodnei reglementată de noul Cod civil român*, în C.J. nr. 11/2009, p. 634. Chiar dacă nu aceasta a fost intenția legiuitorului, unele soluții referitoare la logodnă ar putea fi folosite și pentru concubini, așa cum se întâmplă în jurisprudența franceză care, deși definește concubinajul, nu dă dreptul la despăgubiri concubinului părăsit abuziv, astfel că se aplică dispozițiile referitoare la logodnă (P. MURAT, *Droit de la famille*, Ed. Dalloz, Paris, 2007, p. 446).

[2] În limba franceză se folosește termenul de *fiançailles*, care provine din limba latină în care *fido*, *-ere* înseamnă a încredința, a da încrederea sa.

[3] C. HAMANGIU, I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, AL. BĂICOIANU, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All, București, 1996, p. 188.

Concluzionând, deși în istoria noastră a existat o tradiție în ceea ce privește logodna, întrucât lipsa ei din reglementarea ultimilor ani nu a creat ideea de vid juridic, susținem că reglementarea ei nu era necesară.

Logodna este definită ca **promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria**, ea fiind considerată un acord sentimental și intelectual asupra unei căsătorii viitoare, un timp de gândire^[1] în care logodnicii își încearcă sentimentele și învață să se cunoască. Pentru a se putea încheia logodna, este necesar să fie îndeplinite aceleași condiții de fond ca pentru căsătorie, cu excepția avizului medical și a autorizării instanței de tutelă^[2].

În ceea ce privește natura sa juridică, logodna este un act juridic, deși particularitățile sale nu se conciliază în unele privințe cu teoria clasică a actului juridic civil, în special pentru că încheierea logodnei nu naște efecte juridice, încheierea căsătoriei nefiind obligatorie pentru niciunul dintre parteneri^[3].

23. Condițiile de fond pentru încheierea valabilă a logodnei sunt vârsta de 18 ani pentru ambii viitori soți, voința de a se logodi exprimată prin consimțământul lor liber, viitorii soți să nu fie rude (firești sau din adopție) în linie dreaptă sau în linie colaterală până la al patrulea grad inclusiv, să nu fie căsătoriți, să nu fie alienați sau debili mintal și să nu existe un raport de tutelă între ei. De altfel, tutela este exclusă între persoanele majore și nepuse sub interdicție.

Tot o condiție de fond este și necesitatea diferențierii sexuale între cei doi parteneri care se logodesc. Alineatul (5) al art. 266 NCC prevede expres, ca și în cazul căsătoriei, că logodna se poate încheia doar între bărbat și femeie.

Referitor la condițiile de fond, credem că se mai impun următoarele precizări:

– minorii între 16 și 18 ani se pot logodi cu încuviințarea părinților, căsătoria urmând să se încheie cu respectarea tuturor cerințelor de fond sau de formă și doar dacă există motive temeinice care să o justifice sau după ce viitorii soți împlinesc 18 ani;

– în ceea ce privește existența unei căsătorii anterioare, credem că 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.

Pentru încheierea logodnei **nu este necesară îndeplinirea niciunei formalități**, dovada putându-se face cu orice mijloc de probă^[4]. Ca și în alte procese privitoare la raporturi de familie, se vor putea asculta ca martori rudele și afinii până la gradul a treilea inclusiv, în afară de descendenți. Deși textele legale care reglementează regimul probator nu se referă expres și la soț, fostul soț, logodnic și concubin, credem că și aceste categorii de persoane pot fi martori în procesele izvorâte din ruperea

[1] PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 56.

[2] În forma inițială a Codului se menționa autorizarea organului administrativ competent, ceea ce era evident o eroare, întrucât între condițiile de fond sau de formă cerute pentru încheierea căsătoriei nu se regăsește o astfel de autorizare.

[3] Pentru o analiză aprofundată a naturii juridice a logodnei și a argumentelor care o exclud din rândul faptelor juridice, a se vedea E. FLORIAN, *Considerații asupra...*, p. 629-630 și 632-633.

[4] Libertatea probei și lipsa oricărei formalități pentru încheierea logodnei nu înseamnă că se va naște dreptul la despăgubiri în urma oricărei legături amoroase sau a tuturor relațiilor de concubinaj care sfârșesc prost.

logodnei, pentru aceleași motive pentru care pot fi și celelalte categorii, însă instanțele judecătorești trebuie să manifeste vigilență în aprecierea acestor depoziții și să le înlăture pe acelea care ar suferi de părtinire^[1].

24. Încheierea logodnei **este facultativă**, căsătoria nefiind condiționată de aceasta. Având în vedere că logodna nu este obligatorie și nici nu obligă practic la încheierea căsătoriei, în literatura juridică franceză s-a pus în discuție natura juridică a acestei „obligații care nu obligă la nimic”^[2]. În ceea ce ne privește, considerăm că logodna este o instituție *sui generis*, pentru încheierea căreia sunt necesare condițiile cerute în cazul contractelor, însă temeiul juridic pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate este răspunderea civilă delictuală, respectiv fapta ilicită cauzatoare de prejudicii, conform art. 1357 NCC^[3]. Logodna are deci o natură hibridă, fiind exclusă caracterizarea sa ca un contract^[4], întrucât s-ar afecta libertatea dreptului la căsătorie.

Logodna **naște pentru logodnici doar o obligație negativă de a se abține să rupă logodna abuziv**, obligația fiind identică cu cea din dreptul comun de a nu comite nicio faptă ilicită, cu intenție sau din culpă, care să creeze altuia un prejudiciu.

§2. Ruperea logodnei

25. Așa cum arătat anterior, dacă unul dintre logodnici rupe logodna, indiferent dacă are un motiv serios sau nu are niciun motiv și indiferent cât de aproape este proiectata căsătorie, el **nu poate fi constrâns să încheie căsătoria**, întrucât din încheierea logodnei nu se naște o astfel de obligație, ea fiind contrară dreptului persoanei de a refuza să se căsătorească.

Ruperea logodnei **este posibilă oricând și în orice condiții**, clauza penală stipulată pentru ruperea logodnei fiind considerată nescrisă. Termenul „nescrisă” se referă la sancțiunea nulității absolute a clauzei respective^[5]. Ca urmare, părțile nu pot stabili, din momentul încheierii logodnei, cuantumul despăgubirilor ce se datorează în cazul ruperii acesteia, pentru că o clauză penală extrem de oneroasă ar obliga părțile să se căsătorească împotriva voinței lor, constituind astfel o încălcare a dreptului la căsătoria liber consimțită.

Ruperea logodnei, ca și încheierea ei, **nu este supusă niciunei formalități**, fiind aplicabil principiul *mutuus consensus*, *mutuus dissensus*, iar dovada se face cu orice mijloc de probă.

[1] AL. BACACI, V.C. DUMITRACHE, C.C. HAGEANU, *Dreptul familiei*, ed. a 6-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 207.

[2] PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 55.

[3] De altfel, acordarea daunelor-interese pe baza art. 998 C. civ. 1864 s-a regăsit și în practica judiciară creată sub acest act normativ (C. HAMANGIU, I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, AL. BĂICOIANU, *op. cit.*, p. 188 și practica judiciară acolo citată).

[4] Pentru a explica această contradicție internă a logodnei, care este, dar nu este, un contract, unii autori au încercat o comparație cu alte contracte care lasă părților libertatea de a se elibera de contractul încheiat, așa cum sunt contractul de muncă încheiat pe durată nedeterminată sau vânzarea-cumpărarea pe gustate. Comparația a fost considerată nepotrivită, pentru că există o diferență majoră: logodna nu naște nicio obligație dacă nu este ruptă de o manieră incorectă (PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 59 și opiniile acolo citate).

[5] E. FLORIAN, *Considerații asupra...*, p. 630.