

ARTICOLE

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA STABILIREA LOCUINȚEI COPILULUI

Emese FLORIAN*

Résumé : *Considérations sur l'établissement de l'habitation de l'enfant.* À la fois avant et après l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, l'habitation de l'enfant, né dans le mariage ou hors mariage, était et est, en principe, à ses parents. Aucune distinction fondée sur le statut matrimonial ne sera faite. En dépit de tout ce fonds commun, le code ne manque pas d'innovations dans l'établissement de l'habitation de l'enfant, comme une des prérogatives de l'autorité parentale exercée, selon les règles récentes, de manière partagée par les deux parents, mariés, célibataires ou divorcés.

Les notions « exercice de l'autorité parentale » et « établissement de l'habitation de l'enfant » sont interdépendantes et non superposables. De cette perspective, nous souhaitons examiner les paramètres normatifs l'habitation de l'enfant est établie.

Après un regard comparatif brève sur les dispositions concernant l'établissement de l'habitation de l'enfant contenues jusqu'à récemment dans le Code de la famille et la nouvelle vision du législateur exprimée dans le Code civil (I), nous présentons les implications du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale sur l'établissement de l'habitation de l'enfant (II), en mettant l'accent sur la situation des parents divorcés ou non mariés (III), la possibilité d'établir un autre logement alternante pour l'enfant (IV) et, enfin, les conséquences de la "coparentalité" sur le changement de l'habitation du parent avec lequel habite l'enfant (V).

Contrairement à la mesure d'octroi de l'enfant en vue d'éducation et de formation en cas de divorce – et, par analogie, en cas d'établissement de la filiation hors mariage – présente dans la réglementation antérieure, la règle de l'exercice en commun de l'autorité parentale ne résout pas le problème de l'habitation de l'enfant. Le fait que maintenant les parents divorcés continueront d'exercer conjointement l'autorité parentale, signifie en ce qui nous intéresse ici le fait qu'ils décideront de commun accord sur l'habitation de l'enfant dans l'avenir. Mais la règle invoquée ne désigne de soi-même en concret le parent ou le tiers avec lequel l'enfant vivra.

À notre avis, sous l'ancienne réglementation, le « duel » entre les parents en train de divorce ou divorcés ayant comme mise l'octroi de l'enfant s'est déplacée sur le terrain de la désignation de ce parent auquel se localisera l'habitation de l'enfant. C'est implicitement le terrain du parent « continu », qui sera présent, effectivement et affectivement dans la vie quotidienne de l'enfant et qui, par la force des circonstances, disposera de ressources supplémentaires d'influence sur ceci. C'est précisément à cet égard, de l'établissement de l'habitation de l'enfant dans un climat de « crise » qui a repris les relations entre les parents se glissa certaines incohérences ou inconséquences des prescriptions légales.

Mots clés: *habitation de l'enfant, autorité parentale, exercice commun de l'autorité parentale*

Cuvinte cheie: *locuința copilului, autoritate părintească, exercitarea comună a autorității părintești*

I. Reglementarea locuinței copilului – între tradiție și inovație

Din rațiuni evidente, copilul nu deține puterea de a-și stabili propria locuință. „Copilul minor locuiește la părinții săi. Dacă părinții nu locuiesc împreună, aceștia vor decide, de comun acord, la care dintre ei va locui copilul. În caz de neînțelegere între părinți, instanța judecătorească ascultând autoritatea tutelară, precum și pe copil, dacă acesta a împlinit 10 ani, va decide, ținând seama de interesele copilului” – stabilea art. 100 C.fam. Aceste reguli, naturale – de aceea, firești – au fost și au rămas coordonate generale în materie de stabilire a locuinței copilului, reluate fiind de art. 496 alin. (1)-(3) din Codul civil de la 2009 (în continuare NCC)¹ cu abateri care țin doar de frazare. Cu alte cuvinte, atât înainte, cât și după intrarea în vigoare a noului Cod civil, locuința copilului, din căsătorie sau din afara căsătoriei era și este, în principiu, la părinții săi, fără vreo distincție în funcție de statutul marital al acestora; dacă părinții nu locuiau sau nu locuiesc împreună, decizia privind locuința copilului aparține acestora și doar în subsidiar, în caz de neînțelegere, era și este nevoie de intervenția instanței.

Cu tot acest fond comun, nu lipsesc inovațiile în materie de stabilire a locuinței copilului.

Dreptul părinților de a stabili locuința copilului este una din prerogativele autorității părintești – definită de NCC ca ansamblu de drepturi și de îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți [art. 483 alin. (1)], conceptul de „autoritate părintească” având practic având aceeași acoperire ca și „ocrotirea părintească” din reglementarea anterioară.

Ca precizare de ordin terminologic, trebuie spus că în legislația noastră există două sintagme care numesc, generic, drepturile și îndatoririle părintești, alături de „autoritatea părintească”, legea specială, 272/2004, operează cu noțiunea de „responsabilitate părintească” [art. 5 alin. (2), potrivit căruia „răspunderea pentru creșterea și asigurarea dezvoltării copilului revine în primul rând părinților, aceștia având obligația de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile față de copil ținând seama cu prioritate de interesul superior al acestuia”, art 31 alin. (1), conform căruia „ambii părinți sunt responsabili pentru creșterea copilului lor”]. Explicația este aceea că, în efortul de a alinia legislația națională celor europene, ținând seama și obligațiile asumate de Statul Român prin convenții internaționale,

la elaborarea textelor de lege au fost avute în vedere, rapsodic, când unele, când altele dintre modelele normative, preluându-se tot astfel și terminologia specifică: „autoritatea părintească” din NCC are corespondent în „*autorité parentale*” din codul civil francez (art. 371-1), quebechez (art. 600), elvețian (art. 133);² „responsabilitatea părintească”, adică „*parental responsibility*” apare, bunăoară, în Convenția ONU cu privire la drepturile copilului³ (art.5, art.18), în Regulamentul Bruxelles II, pct. 7 și 8.⁴

De asemenea, uneori, în diferite documente sau discursuri, întâlnim expresia „custodia copilului” căreia i se atribuie, în mod eronat, un conținut sinonim cu acela al autorității/responsabilității părintești; noțiunea de „custodie” este prezentă în legislația Provinciei Quebec, dar desemnează ceea ce poate fi echivalat cu „încredințarea copilului” din reglementarea noastră anterioară, așadar o modalitate de exercitare a autorității părintești, dar care nu mai are corespondent în noua legislație românească.

Schimbarea viziunii normative asupra drepturilor și îndatoririlor părintești – desemnate generic „autoritate părintească” – s-a petrecut în relația dintre calitatea de titular al acestor drepturi și îndatoriri, pe de o parte, și exercițiul drepturilor, respectiv îndeplinirea îndatoririlor părintești. La fel ca în reglementarea anterioară, ambii părinți – din căsătorie, din afara căsătoriei, divorțați sau despărțiți – sunt titularii drepturilor și îndatoririlor părintești, însă cât privește exercițiul acestor drepturi și îndatoriri – implicit a dreptului de a stabili locuința copilului – Codul civil promovează o filozofie esențial diferită de cea a C.fam.: ca regulă, autoritatea părintească se exercită în comun de către părinți, oricare ar fi statutul lor conjugal. Sub regia C.fam., în cazul divorțului, hotărârea instanței conținea în mod obligatoriu o statuare cu privire la încredințarea copiilor, în principiu la unul dintre părinți, prin excepție la o terță persoană (art. 42), în acest fel stabilindu-se în mod implicit și locuința minorului, de regulă la unul dintre părinți; actul instanței avea drept consecință, sub aspectul exercitării autorității părintești „scindarea ocrotirii” copilului, în sensul că drepturile și îndatoririle părintești urmau a fi exercitate inegal de către cei doi părinți: părintele căruia i s-a încredințat copilul avea plenitudinea exercițiului drepturilor părintești iar celălalt, păstra dreptul de a avea legături personale cu acesta, de a veghea la creșterea, educarea, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, de a consimți la adopția copilului și, de asemenea, obligația de a contribui la întreținerea acestuia. Acest algoritm era aplicat și în cazul exercitării drepturilor părintești privind copilul din afara căsătoriei având filiația legal stabilită față de ambii părinți (art. 65 C.fam.). Cu alte cuvinte, deși ambii părinți erau titulari de drepturi și îndatoriri, în cazul divorțului și, prin analogie, în cazul copilului din afara căsătoriei, doar unul dintre titulari păstra plenitudinea exercițiului ocrotirii părintești – de regulă, mama – ceea ce, în relația dintre părinți referitoare la drepturile și îndatoririle privind copilul era, sau putea fi percepută ca ierarhizare a funcțiilor, în sensul că acela dintre părinți căruia i-a fost încredințat minorul deținea, *de facto*, un rol dominant în tot

ceea ce interesa creșterea și educarea copilului, iar celălalt se găsea constrâns la un rol secundar, de observator al evoluției copilului.

Sub egida noilor dispoziții, regula este aceea că titularii autorității părintești exercită împreună drepturile și îndeplinesc tot astfel îndatoririle ce le revin, oricare ar fi evoluția relațiilor dintre ei (art. 397 NCC referitor la părinții divorțați, art. 505 NCC pentru situația copilului din afara căsătoriei).⁵ În esență, s-a eliminat decalajul dintre calitatea de titular de drepturi și îndatoriri părintești, pe de o parte și puterea de a exercita/îndeplini drepturile, respectiv îndatoririle părintești, pe de altă parte. Raportul dintre a deține autoritatea părintească și a exercita autoritatea părintească este asemănătoare aceleia dintre capacitatea de folosință și capacitatea de exercițiu, iar inovația NCC este că generalizează „capacitatea de exercițiu” a autorității părintești.

Propriu-zis, exercitarea comună a autorității părintești este o idee inovatoare raportat la legislația noastră; cu statut de principiu ordonând relația dintre părinți și copii, „coparentalitatea” este promovată în majoritatea statelor europene⁶ și, de asemenea, este cuprinsă în Recomandările Comisiei Europene privind Legislația Familiei, expuse în documentul „Principiile legislației europene privind autoritatea părintească”, principiul descris la pct. 3.10, „efectul divorțului sau separării”, respectiv la pct. 3.11, „exercițiul comun”.⁷

II. Exercițarea în comun a autorității părintești și locuința copilului - corelații

Demarcația între noțiunile de „exercitare a autorității părintești”, respectiv de „locuință a copilului”, pendulează între vag și subtil. Fără îndoială, există o relație de dependență între cele două, însă noțiunile nu sunt superpozabile. Exercițiul conjunct al autorității nu implică în mod necesar ca părinții și copilul să împartă același spațiu locativ. Faptul că minorul locuiește împreună cu unul dintre părinți este semn că acest părinte deține exercițiul autorității părintești, dar nu exclude formula colegială de exercitare a drepturilor și îndatoririlor părintești.

Câtă vreme părinții, căsătoriți sau nu, conviețuiesc și locuiesc împreună cu copilul, exercițiul comun al autorității părintești este lesne de înțeles și de acceptat. În schimb, faptul că părinții exercită în comun autoritatea părintească chiar dacă numai unul dintre ei locuiește împreună cu copilul („părinte rezident”, într-o terminologie de import) este mai dificil de imaginat.

Care este înțelesul principiului exercitării în comun a autorității părintești? Având același portofoliu de drepturi și îndatoriri, părinții exercită în comun prerogativele autorității părintești în sensul că orice decizie asupra a ceea ce urmează a se exercita va fi luată conjunct, prin acordul lor și cu implicarea copilului, care va fi asociat în orice alegere care îl vizează sau îl afectează, ținându-se seama de vârsta și de gradul său

de maturitate [art. 483 alin. (2) NCC] – aceasta spre deosebire de exercițiul, de regulă concurent, al drepturilor și îndatoririlor, de asemenea identice în conținut, din sfera relațiile personale și patrimoniale dintre soți, aflate sub semnul independenței soților (art. 310, 317 NCC).

În viața de zi ci zi, aplicarea strictă a principiului direcției colegiale a autorității părintești, fie că vorbim despre părinți căsătoriți, uniți consensual, divorțați sau despărțiți, ar îngreuna considerabil exercițiul prerogativelor parentale, ar genera exasperare în relația dintre părinți și nesiguranță în raporturile cu terții. Preîntâmpinând asemenea neajunsuri, legea stabilește că „față de terții de bună credință, oricare dintre părinți, care îndeplinește singur un act curent pentru exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești, este prezumat că are și consimțământul celuilalt părinte” [art. 503 alin. (2) NCC]. *Per a contrario*, este necesar consimțământul expres al ambilor părinți în cazul actelor ce nu au caracter curent. Exercițiul comun al autorității părintești fundamentează prezumția de mandat tacit reciproc între părinți în privința actelor curente în exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești.

Legiuitorul nu oferă nicio indicație cu privire la înțelesul noțiunii de „act curent”, și nici a sancțiunii la care s-ar expune părintele îndeplinind singur un act ce excede acestei categorii.

Cât privește „actele curente” – privitoare la persoana sau la bunurile copilului, întrucât legea nu distinge⁸ - departajarea lor de celelalte, neuzuale, care fac necesar consimțământul ambilor părinți, ne găsim în prezența unei categorii cadru, a cărei delimitare *in abstracto* invită, în caz de litigiu, la aplicarea suplimentară a filtrului aprecierii *in concreto* a relevanței unui anume act, în funcție de circumstanțele particulare în care se găsește copilul și părinții săi.⁹

În condiții ideale, existând comunicare între părinți, aceștia se consultă și decid împreună fără a se preocupa de calificarea actului; oricum, faptul că, în cazul actelor obișnuite realizate de unul dintre părinți, cotitular al exercițiului autorității, față de terții de bună-credință, existența consimțământului ambilor părinți se prezumă, nu împiedică și nici nu face inutilă exprimarea punctului de vedere al fiecăruia dintre părinți.

Eventualul dezacord între părinți – fie vorba de acte uzuale sau neuzuale – poate fi adus în atenția instanței de tutelă care, ascultând părinții, ascultând obligatoriu și copilul care a împlinit 10 ani, luând în considerare și concluziile raportului de anchetă psihosocială, va decide potrivit interesului superior al copilului. „Rețeta” funcționează numai în cazul dezacordului ivit prealabil realizării unui act anume, când este limpede, amândoi părinții sunt la curent cu privire la respectivul proiect.

Ne întrebăm care sunt consecințele îndeplinirii unui anume act ce excede categoriei actelor comune de către un singur părinte, fără consultarea sau chiar în ciuda împotrivirii celuilalt. De astă dată neînțelegerile dintre părinți ivindu-se după

ce actul cu pricina fusese realizat, recursul la „arbitrajul” instanței de tutelă nu-și mai are rostul. Suntem de părere că exercițiul abuziv, *de facto* precumpănit unilateral, al drepturilor și îndatoririlor părintești în raport cu celălalt cotitular al autorității, poate justifica reconfigurarea exercitării autorității părintești, punându-se capăt exercitării în comun a acesteia în favoarea formulei subsidiare în materie, anume exercițiul unilateral al autorității părintești, în baza prevederilor cu caracter general cuprinse în art. 398 și art. 403 NCC; dacă abaterile de la regula codeciziei în tot ceea ce privește copilul, prin frecvența lor sau prin consecințele defavorabile copilului, ating consistența motivelor temeinice, părintele interesat poate solicita instanței de tutelă să i se încredințeze lui exercitarea autorității părintești, iar dacă instanța apreciază că cererea este în consens cu interesul superior al copilului, măsura dispusă constituie, implicit, o sancțiune îndreptată împotriva celuilalt părinte.¹⁰

Decizia privind locuința copilului, oricare ar fi relația dintre părinți, face parte din categoria actelor neuzuale, fie părinții căsătoriți, necăsătoriți, divorțați ori separați. „Copilul minor locuiește la părinții săi” – este regula în materie statornicită prin art. 496 alin. (1) NCC ori de câte ori părinții locuiesc împreună; altminteri, dacă părinții nu conviețuiesc, potrivit detaliierilor legale, aceștia vor stabili de comun acord locuința copilului ori, în caz de neînțelegere între ei, va decide instanța de tutelă luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți, precum și pe copilul care a împlinit vârsta de 10 ani [art. 496 alin. (2) și (3) NCC].

Față de tonul imperativ al frazei normative din alineatul întâi – „copilul minor locuiește la părinții săi” – rămâne deschisă problema dacă, în cazul conviețuirii părinților, soluția locuinței comune cu cea a copilului este singura posibilă sau există și opțiunea, la îndemâna părinților, pentru o locuință a minorului diferită de cea a lor. Credem că interpretarea riguroasă, *ad litteram*, a dispoziției din art. 496 alin. (1) NCC ar fi nerealistă și totodată excesivă în contextul legal general în materie.

Mai întâi, nu poate trece neobservat faptul că, față de prevederile art. 100 C.fam. potrivit cărora, dacă părinții nu locuiesc împreună, ei vor decide de comun acord, „*la care dintre ei va locui copilul*”, sugerând că locuința copilului este fie la părinți, fie la unul dintre ei, pentru aceeași situație de fapt – părinți cu reședințe diferite – noua reglementare prin art. 496 alin. (2) NCC dispune, cu suplețe, că părinții „vor stabili, de comun acord, locuința copilului”, adică, subînțelegem, inclusiv la o terță persoană.¹¹ Or, dacă în cazul părinților care nu au o locuință comună poate fi primită o înțelegere a acestora în sensul rezidenței copilului la o terță persoană – la bunici, la alte rude etc. – nu găsim nicio rațiune în a exclude o atare opțiune în situația părinților care conviețuiesc.

În al doilea rând, eventualitatea unui pact vizând locuința copilului diferită de cea a părinților este evocată explicit în contextul art. 498 NCC potrivit căruia

minorul, dacă a împlinit 14 ani, poate solicita părinților să aibă locuința necesară desăvârșirii învățăturii sau pregătirii sale profesionale; nu avem motive să credem că schimbarea locuinței copilului din rațiuni care interesează educația acestuia se poate realiza numai la inițiativa copilului și abia după ce a împlinit 14 ani.

Suntem de părere că locuința copilului, stabilită prin învoiala părinților, indiferent dacă înțelegerea este în sensul ca minorul să locuiască împreună cu amândoi părinții, cu unul dintre ei sau la o terță persoană, nu presupune „supervizare” judecătorească, întrucât prevederile art. 496 alin. (3) NCC referindu-se la locuința stabilită prin hotărârea instanței de tutelă au în vedere, *expressis verbis*, acele situații în care există neînțelegere între părinți. Pe de altă parte, îndemnând spre aceeași concluzie, dacă în contextul divorțului consensual prin procedură notarială, una din cerințele de admisibilitate a disoluției căsătoriei realizată pe această cale este existența unui acord al soților referitor la locuința copilului [art. 375 alin. (2) NCC],¹² oricare ar fi termenii acordului - iar înțelegerea cu pricina nu este, evident, supusă cenzurii instanței – cu atât mai mult trebuie acceptat că părinții care nu sunt în divorț au căderea de a decide extrajudiciar locuința copilului.

Dreptul (și îndatorirea) părinților de a fixa locuința copilului este opozabil acestuia, precum și terților. Decizia părinților este obligatorie pentru copil, cu mențiunea că, după ce împlinește 14 ani, el poate cere acestora schimbarea locuinței dacă măsura este necesară pentru desăvârșirea învățăturii sau a pregătirii sale profesionale, în caz de dezacord cu părinții minorul putându-se adresa instanței (art. 498 NCC); de asemenea, locuința stabilită de către părinți se impune și terților, în consecință, părinții pot solicita instanței de tutelă înapoierea copilului de la orice persoană îl ține fără drept [art. 495 alin. (1) NCC].

Este de precizat că, în cazul soților, împrejurarea că minorul locuiește împreună cu unul dintre părinți atrage *ope legis* statul de locuință familială a imobilului respectiv și, implicit, regimul juridic protectiv al acestuia (art. 321, 322 NCC). În caz de divorț, cel dintâi criteriu de atribuire a beneficiului contractului de închiriere asupra locuinței familiei și, prin analogia instituită de legiuitor, a imobilului proprietatea comună a celor doi soți,¹³ este acela al interesului superior al copilului [art. 324 alin. (1) și (4) NCC], regulă care, decodificată, înseamnă că părintele divorțat care urmează să locuiască în continuare împreună cu minorul obține – dacă solicită – atribuirea locuinței familiei.

Cert este că părinții stabilesc de comun acord locuința copilului numai dacă fiecare dintre ei deține exercițiul autorității părintești; relația dintre exercițiul comun al autorității părintești și stabilirea locuinței copilului este de la întreg la parte. Faptul că locuința copilului se află la unul dintre părinți, potrivit învoielii acestora sau în temeiul hotărârii instanței, nu impiedică asupra exercițiului comun al autorității părintești, în schimb, decizia privitoare la locuința copilului este luată în comun de

către părinți subînțelegându-se că fiecare dintre ei are exercițiul autorității părintești. Este neîndoielnic, cel puțin în opinia noastră, că dacă la data la care se ivește nevoia unei soluții privind locuința copilului, unul dintre părinți se află sub interdicție judecătorească, decăzut din drepturile părintești sau se găsește, din orice motiv, în neputința de a-și manifesta voința – sunt situații dintre acelea pentru care legea prevede exercitarea autorității părintești de către un singur părinte, art. 507 NCC – instanța nu va putea stabili locuința copilului la părintele care nu are exercițiul drepturilor părintești, chiar dacă, eventual, între părinții copilului ar fi intervenit o înțelegere în acest sens.

Ca orice regulă, exercițiul comun al autorității părintești este consolidată de excepții, când drepturile și îndatoririle părintești sunt exercitate, respectiv îndeplinite în mod inegal de către părinți. Prevederile noii legi civile nu sunt foarte clare în reglementarea situațiilor în care judecătorul divorțului poate dispune, prin derogare de la principiul exercitării în comun a autorității părintești (art. 397), exercitarea acesteia de către un singur părinte: potrivit art. 398, „ (1) Dacă există *motive întemeiate*, având în vedere *interesul superior al copilului*, instanța hotărăște ca autoritatea părintească să fie exercitată numai de către unul dintre părinți. (2) Celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului, precum și dreptul de a consimți la adopția acestuia.” Pe de altă parte, art. 507 NCC enumără acele situații în care exercițiul autorității părintești revine unui singur părinte: „Dacă unul dintre părinți este decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicție, decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau dacă, din orice motiv, se află în neputința de a-și exprima voința, *celălalt părinte exercită singur autoritatea părintească*”. Ambele prevederi invocate, art. 398, respectiv 507 NCC, poartă același titlu marginal: „exercitarea autorității părintești de către un singur părinte”, cu toate că, în mod evident, situațiile juridice descrise și efectele atașate acestora sunt diferite; ceea ce poate decide instanța de divorț este, în opinia noastră, exercițiul unilateral, adică neegal al autorității, iar nu exercițiul de către un singur părinte, adică exercițiul exclusiv al autorității părintești. Legiuitorul nefăcând această distincție, există riscul ca domeniul motivelor temeinice la care face trimitere art. 398 alin. (1) în contextul divorțului să fie interpretat în corelație cu art. 507 NCC – prezintă relevanță, în această discuție, îndeosebi cazul părintelui decăzut din exercițiul drepturilor părintești – iar în acest fel s-ar limita drastic posibilitatea instanței de a pronunța o soluție pliată pe circumstanțele care particularizează speța.

În opinia noastră, textele invocate, art. 398 alin. (1) NCC, art. 507 NCC, reglementează excepții distincte de la regula exercitării comune a autorității părintești: motivele temeinice la care se face apel în contextul art. 398, credem că nu au gradul de severitate a împrejurărilor care justifică exercitarea autorității de

către un singur părinte – acestea din urmă subsumabile situației de imposibilitate a unuia dintre părinți de a se exprima – însă, coroborate cu criteriul interesului superior al copilului, constituie veritabile contraindicații ale exercițiului comun al autorității părintești. Altminteri, ori de câte ori instanța de divorț ar hotărî exercitarea unilaterală a autorității părintești, în mod implicit ar dispune și decăderea din exercițiul acestor drepturi a părintelui „necustodian”, ceea ce nu credem că poate fi primit. Ca argument, în cazul exercițiului unilateral al autorității părintești, spre deosebire de exercitarea de către un singur părinte, acela dintre părinți care nu locuiește împreună cu copilul păstrează dreptul de a veghea la creșterea, educarea, învățătura și pregătirea profesională a copilului [art. 398 alin. (2) NCC], precum și dreptul de a avea legături personale cu copilul (art. 401 NCC), spre deosebire de părintele decăzut din exercițiul drepturilor părintești, care nu deține asemenea prerogative.¹⁴ Considerăm că în contextul dispozițiilor referitoare la divorț legiuitorul are în vedere exercițiul unilateral al autorității – situație similară scindării ocrotirii părintești din reglementarea anterioară – în vreme ce prevederile generale din materia autorității părintești descriu posibilitatea preluării integrale a exercițiului autorității de către un singur părinte, celălalt aflându-se, obiectiv sau subiectiv, în neputința de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini îndatoririle.

III. Stabilirea locuinței copilului în cazul părinților aflați în divorț

Cu toate că exercițiul comun al autorității părintești de către părinți are rang de principiu, divorțul, la fel și separația părinților necăsătoriti, sunt urmate de reorganizarea vieții private a *fiecăruia* dintre părinți, adică a însuși contextului manifestării exercițiului autorității părintești. Ar fi utopic să pretindem că, întrucât atât înainte cât și după desfacerea căsătoriei autoritatea părintească se exercită de către ambii părinți, divorțul acestora este nu are nicio urmă în planul exercitării autorității părintești. Odată cu desfacerea căsătoriei sunt necesare câteva „aranjamente” legate de copii, realizate fie prin acordul soților,¹⁵ fie prin hotărârea instanței de tutelă: stabilirea locuinței copilului, a modalității de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și a contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățătură și pregătire profesională a copiilor [art. 375 alin. (2), art. 400-402 NCC].

Oricare ar fi calea de stabilire a locuinței copilului, premisa este ca părintele la care va locui acesta să dețină exercițiul autorității părintești. Este mai presus de orice îndoială că nu s-ar putea lua act de învoiala părinților, oricare ar fi sensul înțelegerii dintre ei, dacă unul sau ambii sunt decăzuți din exercițiul drepturilor părintești ori se află sub efectul unei hotărâri anterioare prin care s-a dispus, în considerarea unor motive temeinice, exercitarea autorității părintești de către

unul dintre părinți (art. 398 NCC) sau, în mod excepțional, de către terțe persoane (art. 399 NCC). Se înțelege, nici instanța de tutelă nu ar putea dispune locuința copilului la părintele care nu are exercițiul autorității părintești sau care este în neputința de a-și exprima voința.

Acestea fiind coordonatele generale ale stabilirii locuinței copilului în ipoteza divorțului părinților, sunt două aspecte în rezolvarea cărora indicațiile legale sunt insuficient lămuritoare sau chiar contradictorii: este ținută instanța de divorț să statueze, chiar și din oficiu, cu privire la locuința minorului? eventuala înțelegere a soților referitoare la reședința copilului este supusă cenzurii instanței?

În ceea ce privește prima problemă, fermitatea răspunsului afirmativ,¹⁶ ancorat în prevederile art. 400 NCC, este zdruncinată de cele dispuse prin art. 918 NCPC. Conform art. 400 NCC, (1) „În lipsa înțelegerii dintre părinți sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului, instanța de tutelă stabilește, odată cu pronunțarea divorțului, locuința copilului minor la părintele cu care locuiește în mod statornic. (2) Dacă până la divorț copilul a locuit cu ambii părinți, instanța îi stabilește locuința la unul dintre ei, ținând seama de interesul său superior. (3) În mod excepțional, și numai dacă este în interesul superior al copilului, instanța poate stabili locuința acestuia la bunici sau la alte rude ori persoane, cu consimțământul acestora, ori la o instituție de ocrotire. Acestea exercită supravegherea copilului și îndeplinesc toate actele obișnuite privind sănătatea, educația și învățătura sa”.

Pe de altă parte însă, în limitele normelor de drept procesual, art. 918 NCPC, alineatul (1) al dispoziției stabilește că „*La cerere* (- s.n. E.F.), instanța de divorț se pronunță și cu privire la: a) exercitarea autorității părintești, contribuția părinților la cheltuielile de creștere și educare a copiilor, locuința copilului și dreptul părintelui de a avea legături personale cu acesta; (...)”, iar alineatul (2) precizează: „Când soții au copii minori, născuți înainte sau în timpul căsătoriei ori adoptați, *instanța se va pronunța asupra exercitării autorității părintești, precum și asupra contribuției părinților la cheltuielile de creștere și educare a copiilor, chiar dacă acest lucru nu a fost solicitat prin cererea de divorț* (-s.n., E.F.)”. Cu alte cuvinte, din perspectiva legii procesuale, sunt cereri accesorii obligatorii interesând relația dintre părinți și copii chestiunea exercitării autorității părintești, precum și a întreținerii datorate copilului, nu și locuința minorului, asupra căreia instanța nu se pronunță din oficiu, ci numai la cerere.¹⁷

Încercarea de armonizare pe cale de interpretare a celor două categorii de prevederi pornind de la un presupus înțeles larg al noțiunii de „exercitare a autorității părintești” din cuprinsul legii procesuale [art. 918 alin. (2)], care ar subînțelege nu doar obligativitatea unei statuări asupra exercitării autorității *stricto sensu* – după caz, de către ambii părinți, de către unul dintre ei, sau de către terțe

persoane (art. 397-399 NCC) – ci și asupra implicațiilor exercitării autorității părintești, adică inclusiv în privința locuinței copilului, nu credem că ar fi convingătoare. Același enunț din NCPC se referă *expressis verbis* la obligația instanței de divorț de a se pronunța, din oficiu, alături de exercitarea autorității părintești, asupra contribuției părinților la întreținerea copilului or, obligația de a da întreținere copilului, la fel ca dreptul și îndatorirea de a stabili locuința acestuia, precum și dreptul părintelui de a păstra legături personale cu copilul sunt, fiecare, atribute ale autorității părintești; de vreme ce numai unul dintre aceste „derivate” ale autorității părintești este explicit calificată ca având statut de cerere accesorie obligatorie, este peste puterile interpretului de a deroga de la principiul disponibilității în materie procesuală.

Trebuie spus că unele sincope de consecvență din cuprinsul Codului civil reglementând relațiile dintre părinți și copii în situații juridic echivalente pot fi de asemenea „incriminate” ca alimentând ezitățile în formularea unui punct de vedere în chestiunea supusă atenției. Bunăoară, în cazul divorțului prin procedură notarială, dacă sunt copii, potrivit art. 375 alin. (2) NCC, admisibilitatea cererii comune a soților presupune ca aceștia să fi convenit cu privire la „exercitarea autorității părintești de către ambii părinți, stabilirea locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor”; teza finală a dispoziției avertizează însă că existența în sine a învoielii soților nu este suficientă iar cererea lor de divorț urmează a fi respinsă „dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soților privind *exercitarea în comun a autorității părintești sau cel privind stabilirea locuinței copiilor* nu este în interesul copilului (s.n. E.F.)” Și de astă dată chestiunea exercițiului comun al autorității părintești este „vehiculată” autonom, desprinsă de funcțiile sale dar, spre deosebire de ipoteza divorțului judiciar, acum se află în compania dreptului și îndatoririi părinților de a stabili locuința copilului. În schimb, în cazul stabilirii filiației din afara căsătoriei pe cale judiciară – situația copilului ai cărui părinți nu conviețuiesc fiind, din punctul de vedere al modului de exercitare al autorității părintești, identică cu aceea a copilului ai cărui părinți sunt divorțați, art. 505 alin. (2) NCC – instanța este datoare să se pronunțe, afară de numele copilului, cu privire la „*exercitarea autorității părintești și obligația părinților de a-l întreține pe copil*” [art. 438 alin. (1) NCC].

Dacă – ținând seama și de cele dispuse prin art. 83 lit. k) din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă,¹⁸ potrivit cărora la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă se abrogă orice dispoziții contrare – vom conchide, împotriva a ceea ce îndeamnă „instinctul” juridic format sub legislația și practica judiciară anterioară, că instanța de divorț se pronunță din oficiu numai asupra exercitării autorității părintești, precum și a contribuției fiecărui părinte la întreținerea copilului, așa cum prevede

art. 918 alin. (2) NCPC, înseamnă că, *per a contrario*, asupra locuinței copilului instanța nu se pronunță decât la cerere.

Cât privește îndreptățirea instanței de a cenzura posibila învoială a părinților aflați în divorț privind locuința copilului sub aspectul conformității măsurii preconizate cu interesul superior al copilului, răspunsul este, din nou, în funcție de temeiul său, substanțial sau procesual. Dacă ne raportăm la prevederile Codului civil referitoare la efectele divorțului în planul raporturilor dintre părinți și copii, prevederile art. 400 alin. (1) sunt cât se poate de clare: „în lipsa înțelegerii dintre părinți (referitoare la locuința copilului, n.n., E.F.) sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului (s.n., E.F.)”, invitând neîndoielnic la evaluarea de către instanță a măsurii gândite de către părinți. Un atare punct de vedere nu primește susținerea textelor de drept procesual: de vreme ce, conform art. 918 alin. (1) și (2) NCPC, instanța nu se pronunță decât la cerere cu privire la locuința copilului, din punct de vedere logic ar fi dificil de explicat faptul că deși problema reședinței copilului nu se evocă din oficiu, atunci când părinții s-au învoit în această privință, judecătorul divorțului urmează să analizeze din oficiu concordanța proiectului cu interesul superior al copilului și, dacă este cazul, refuzând să ia act de învoiala părinților, este îndrituit să dispună o măsură diferită de cea preconizată de părinți. Pe de altă parte, dacă am subscrie ideii că instanța nu este abilitată să cenzureze înțelegerea dintre părinți referitoare la locuința copilului, ar însemna să admitem că este producătoare de efecte inclusiv o „convenție” situată în afara modului de exercitare a autorității părintești decis de instanță, cum ar fi locuința stabilită la acel părinte care nu deține exercițiul drepturilor părintești sau care este decăzut din exercițiul drepturilor părintești.

Reiterăm observația că măsura privitoare la exercitarea autorității părintești nu rezolvă în mod implicit și problema locuinței copilului. Împrejurarea că, potrivit cu regula în materie, părinții divorțați vor continua să exercite în comun autoritatea părintească, înseamnă, în ceea ce interesează în context, că și pe viitor vor hotărî de comun acord asupra locuinței minorului, dar nu „vorbește” de la sine și în concret despre părintele sau terța persoană cu care locuiește acesta.

IV. Locuința alternantă a copilului – soluție sau compromis?

Felul în care și-a găsit rezolvare problema locuinței copilului influențează decisiv opțiunile privitoare la acela dintre părinți care menține legăturile personale cu copilul conform unui program și contribuie tot astfel la cheltuielile de întreținere ale acestuia; ori de câte ori copilul locuiește cu unul dintre părinți, celălalt are dreptul de a menține legăturile personale cu copilul și obligația de a contribui la efortul de întreținere a acestuia, de regulă, sub forma prestațiilor periodice. Întrucât

vorbim despre părinți aflați în curs de divorț, probabilitatea locuinței comune a părinților ulterior desfacerii căsătoriei este neglijabilă, practic, locuința copilului va fi stabilită la unul sau altul dintre părinți – ca regulă, art. 400 alin. (1) și (2) NCC, ori la o terță persoană, adică fie la bunici, la alte rude sau persoane, cu consimțământul acestora, fie la o instituție de ocrotire – ca excepție, art. 400 alin. (3) NCC.

Față de orientarea nouă în materie de exercitare a autorității părintești în cazul părinților divorțați (la fel și în cazul părinților din afara căsătoriei care nu conviețuiesc), este de așteptat ca disputa „părintească”, până de curând având ca „miză” încredințarea copilului spre creștere și educare, să se transfere asupra stabilirii locuinței copilului și, în acest context, locuința alternantă a copilului și-ar putea cuceri statutul de soluție de compromis.

Ne întrebăm dacă ideea locuinței alternante a copilului, adică a reședinței stabilite când la unul, când la altul dintre părinți, este de încurajat ca expresie a formulei ideale de autoritate părintească exercitată în comun sau, dimpotrivă, este de primit cu rezerve, ca versiune „denaturată” de coparentalitate, descompusă într-o succesiune de episoade de exercitare unilaterală a autorității părintești. *Quod de* interesul superior al copilului?

Spre deosebire de Codul civil francez, bunăoară,¹⁹ care, grație modificărilor operate prin Legea nr. 2002-305 din 4 martie 2002, stipulează explicit posibilitatea ca reședința copilului să se fixeze alternativ la fiecare dintre părinți (art. 373-2-9 alinea 1 er),²⁰ legea română păstrează tăcerea în această privință însă, câtă vreme sunt încurajate – pe bună-dreptate – soluțiile amiabile în legătură cu relațiile personale dintre părinți și copii, părțile au libertatea de a conveni inclusiv în sensul, neinterzis de lege, al alternanței locuinței copilului, prezentând înțelegerea lor notarului public sau, după caz, instanței de tutelă, spre „omologare”. Este de primit, fără rezerve, un atare acord al părinților?

Configurația textelor Codului nostru civil referitoare la locuința minorului este identică aceleia al Codul civil francez anterior modificării art. 373 – adică anterior consacării reședinței copilului alternativ la fiecare dintre părinți ca modalitate de stabilire a locuinței acestuia –, „format” care a generat soluții jurisprudențiale neunitare²¹ și a alimentat polemici doctrinare²²; o evoluție similară este previzibilă și la noi.

Ne îndoim că din punctul de vedere al copilului ideea locuinței alternative este, cu titlu general, cea mai fericită alegere,²³ oricare ar fi ritmul alternanței în găzduirea copilului, și chiar dacă proximitatea geografică a celor două locații ar scuti de neajunsuri suplimentare. Îndeplinirea îndatoririlor părintești este o sarcină de zi cu zi, presupune implicare continuă, susținută, fără inevitabilele sincope ale „schimbului de ture” între părinți. Asigurarea stabilității și continuității în îngrijirea, creșterea și educarea copilului, unul din principiile ce guvernează respectarea și

promovarea drepturilor copilului [art. 6 lit. i) din Legea nr. 272/2004] nu credem că poate fi realizată secvențial și într-o manieră „tentacularizantă” a vieții de familie a copilului; nu credem că dreptul copilului de a crește alături de părinții săi [art. 8 alin. (2) și art. 30 alin. (1) din Legea nr. 272/2004] implică alternanța locuinței acestuia ori de câte ori părinții au reședințe separate.

Dacă, în cazul părinților căsătoriți, faptul locuințelor separate ale acestora, unul dintre ei locuind împreună cu copilul [art. 406 alin. (2) NCC], nu impietează prin el însuși asupra exercitării autorității părintești împreună și în mod egal, cu atât mai puțin locuința statornică a copilului la unul dintre părinții divorțați sau, după caz, separați, nu este de natură să compromită ideea exercitării comune a autorității părintești. Până la urmă, exercițiul comun al prerogativelor parentale este de receptat ca modalitate „colegială” de luare a deciziilor privitoare la persoana și bunurile copilului, în așa fel încât părintele „necustode” să fie de asemenea implicat în tot ceea ce interesează evoluția copilului, chiar dacă participarea sa efectivă în toate actele, faptele, gesturile, mărunte sau însemnate, care fac parte din rutina creșterii copilului, nu are periodicitatea impusă de partajarea aritmetică a timpului petrecut alături de acesta.

Dincolo de aprecieri de acest fel, subiective și, recunoaștem, părtinitoare, intuitiv rezervate față de presupusele efecte benefice, pentru copil și pentru fiecare dintre părinții săi a soluției locuinței alternante a minorului, trebuie să admitem că un atare deznodământ nu poate fi respins ca fiind în afara cadrului legal²⁴ și nici refuzat cu titlu general, oricare ar fi circumstanțele concrete ale unei stări de fapt. O flexibilitate prudent dozată ar presupune, în opinia noastră, să distingem între câteva categorii de situații ce se pot ivi în practică: există învoiala părinților referitoare la locuința alternantă a copilului;²⁵ în lipsa acordului dintre părinți, unul dintre aceștia solicită instanței de tutelă să dispună în sensul reședinței alternante a copilului. Suntem de părere că instanța nu este îndrituită să dispună ea însăși o atare soluție în lipsa cererii părților sau a uneia dintre părți.

În prima dintre ipoteze, dacă părinții au convenit pentru o împărțire paritară a timpului petrecut în mod efectiv alături de copil, credem că instanța poate lua act de acordul lor dacă apreciază că o atare măsură este în interesul superior al copilului. Îndatorirea instanței de a cenzura învoiala părinților sub aspectul conformității cu interesul superior al copilului este neîndoielnică (numai) în baza prevederilor dreptului material, art. 400 alin. (1) NCC, potrivit cărora instanța de divorț stabilește locuința copilului la părintele cu care locuiește în mod statornic „în lipsa înțelegerii dintre părinți sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului”.

În cea de-a doua ipoteză, dacă unul dintre părinți solicită instanței să dispună în sensul locuinței alternante a copilului, în principiu, cererea poate primi o soluție favorabilă, cu cel puțin două condiții: o atare măsură să fie în consonanță

cu interesul superior al copilului; celălalt părinte să-și fi manifestat disponibilitatea de a locui împreună cu copilul, altfel spus, să nu fi solicitat fixarea locuinței copilului la celălalt părinte sau la terțe persoane.

Ca numitor comun, locuința alternantă ar avea drept criteriu interesul superior al copilului, apreciat ca atare de instanța de tutelă. Factorii implicați în conturarea direcției interesului superior al copilului ar putea fi sistematizați astfel:²⁶ aptitudinea părinților de a se adapta alternanței locuinței copilului – atât sub aspect relațional, adică disponibilitatea fiecăruia de a menține deschise căile de comunicare cu celălalt, cât și sub aspect material, de a fi în măsură, fiecare dintre părinți, să ofere copilului condiții de locuit mulțumitoare și cât mai apropiate; aptitudinea copilului de a se adapta – ținându-se seama de vârsta, de starea sa generală fizică, psihică și emoțională, de îndatoririle sale școlare, de relațiile sociale dezvoltate și luând în considerare, se înțelege, opinia exprimată de copilul ascultat.

V. Schimbarea locuinței copilului împreună cu părintele la care locuiește

În conformitate cu prevederile art. 497 NCC, „(1) Dacă afectează exercițiul autorității sau al unor drepturi părintești, schimbarea locuinței copilului, împreună cu părintele la care locuiește, nu poate avea loc decât cu acordul prealabil al celuilalt părinte. (2) În caz de neînțelegere între părinți, hotărăște instanța de tutelă potrivit interesului superior al copilului, luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile.”

Așadar, în esență, în cazul schimbării locuinței părintelui rezident împreună cu cea a copilului, dacă acest lucru ar fi de natură să afecteze exercițiul autorității părintești sau al unor drepturi părintești este necesar acordului prealabil al celuilalt părinte. Dispoziția reprodușă (art. 497 NCC) este așezată în capitolul dedicat drepturilor și îndatoririlor părintești, prin urmare are vocație generală, fără distincție după cum părinții, căsătoriți sau nu, sunt separați ori divorțați.

Prin ipoteză, copilul locuiește împreună cu unul dintre părinți – nu este relevant dacă în baza acordului dintre aceștia sau în temeiul hotărârii instanței. Față de condiția cuprinsă în enunțul legal, anume aceea ca schimbarea de locuință să fie de natură să afecteze exercițiul autorității părintești sau al unor drepturi părintești, ne întrebăm, acordul cărui părinte este necesar? nu este clar dacă legiuitorul are în vedere numai părinții care dețin deopotrivă exercițiul autorității părintești sau este inclus și părintele care, prin efectul unei hotărâri judecătorești, nu are plenitudinea exercițiului autorității – dar a păstrat dreptul de a veghea la creșterea, educarea, pregătirea profesională a acestuia, precum și dreptul de a păstra relații personale cu copilul – și, de asemenea, părintele căruia i s-a retras parțial, numai cu privire la anumite drepturi exercițiul autorității [art. 509 alin. (2) NCC].

În opinia noastră, schimbarea locuinței copilului nefiind decât o versiune a stabilirii locuinței acestuia, dreptul de a participa la luarea unor asemenea decizii presupune că ambii părinți se încadrează în regula exercițiului comun al autorității; precizarea din cuprinsul prevederii art. 497 NCC, în sensul că acordul prealabil este necesar chiar dacă schimbarea locuinței ar afecta doar exercițiul unor drepturi părintești, nu credem că trebuie înțeles în sensul că, dispoziția este aplicabilă chiar dacă părinții nu dețin exercițiul comun al autorității, ci în sensul că acordul cu pricina este necesar chiar dacă schimbarea de locuință nu ar afecta însăși exercițiul autorității părintești, în întregul său, ci doar unele drepturi ale portofoliului părintesc.

Câteva observații sunt inevitabile: cerința acordului prealabil al părintelui „nerezident” nu este una generală, adică nu are în vedere orice schimbare implicită a locuinței copilului, ci doar aceea care ar afecta nefavorabil exercițiul autorității părintești sau a unor drepturi părintești. Condiția de care depinde implicarea acestui părinte este una pur subiectivă: dacă, în ce fel și în ce măsură ar putea fi afectat exercițiul autorității sau a unora din prerogativele părintești, iar în acest condiții, mai cu seamă în cazul foștilor soți, al părinților necăsătoriți și despărțiți, este previzibil exercițiul abuziv al acestui veritabil drept de veto. Nu trebuie pierdut din vedere că acordul prealabil al părintelui nerezident vizează nu numai schimbarea locuinței copilului ci, implicit și a locuinței celuilalt părinte, rezident care, eventual, s-a (re)căsătorit; așa fiind, în calitate de soț, are îndatorirea de a locui împreună cu soțul/soția [art. 309 alin. (2) NCC] și, cu toate că numai soții decid cu privire la locuința lor comună, iată că, indirect, o atare intenție ar trebui „avizată favorabil” de către un terț – celălalt părinte al copilului. Fără să punem la îndoială bunele intenții ale legiuitorului, în opinia noastră cerința acordului prealabil al părintelui care nu locuiește cu copilul, prevăzută de art. 397 NCC, riscă să atenteze la însuși dreptul la viață privată și familială a părintelui care „ține” copilul. Față de asemenea posibile urmări ale stabilirii locuinței la unul dintre părinți, printr-un efect de „bumerang” al prevederilor amintite, părinții, aflați în divorț ori separați, ar putea deveni reticenți în ași dori să locuiască împreună cu copilul.

Nu este mai puțin adevărat că legea nu prevede vreo sancțiune pentru cazul în care schimbarea de locuință s-a realizat fără acordul prealabil sau chiar fără consultarea părintelui; credem însă că, pus în fața faptului împlinit, părintele nerezident ar putea solicita modificarea măsurilor privitoare la copil (art. 403 NCC).

Mai este de observat, că legea nu conține vreo precizare cu privire la modul în care va proceda instanța sesizată în legătură cu dezacordul dintre părinți privind schimbarea locuinței; cu siguranță, instanța poate suplini acordul părintelui care s-ar împotrivi abuziv sau fără temei și, de asemenea, credem că poate intra în discuție modificarea măsurilor privitoare la copil; considerăm că instanța nu va putea interzice părintelui rezident schimbarea propriei locuințe.

Concluzionând, generalitatea și generozitatea principiului exercitării în comun a autorității părintești, fondat pe legătura de filiație dintre copil și fiecare dintre părinții săi, cu toată noblețea sa – invitând la detașarea, de către părinți înșiși, a celor două planuri ale relațiilor dintre ei, astfel încât neînțelegerile dintre soți, foști soți, parteneri consensuali să nu impiețeze asupra relațiilor, prezente și viitoare, dintre părinți referitoare la copii – nu poate preveni nevoia de „resetare” a exercițiului drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești în situațiile în care părinții, căsătoriți sau nu, divorțează sau renunță să mai conviețuiască.

Ar fi iluzoriu să pretindem că schimbarea radicală petrecută în relațiile personale dintre părinți nu se va resimți în relația dintre aceștia referitoare la copiii lor sau că exercițiul conjunct al autorității părintești face ca faptul despărții părinților să treacă neobservat de către copil. El urmează să locuiască, în principiu, cu unul dintre părinți. Prin natura lucrurilor, părintele care locuiește împreună cu copilul are avantajul nu doar a continuității faptice, ci și a consistenței materiale, efective a exercițiului prerogativelor sale.

„Duelul” din reglementarea anterioară pentru încredințarea copilului spre creștere și educare s-a deplasat pe terenul desemnării aceluși părinte la care va fi locuința copilului, implicit a părintelui „continuu”, care va fi prezent, efectiv și afectiv în viața de zi cu zi a copilului și, prin forța împrejurărilor, va dispune de resurse suplimentare de influență asupra acestuia. Și, tocmai sub acest aspect, al stabilirii locuinței copilului într-o atmosferă de „criză” ce a luat în stăpânire relațiile dintre părinți, s-au strecurat unele sincope de coerență ori de consecvență a prescripțiilor legale.

Cert este că relația dintre exercițiul comun al autorității părintești și stabilirea locuinței copilului este de la întreg la parte. Faptul că locuința copilului se află la unul dintre părinți, potrivit învoielii acestora sau în temeiul hotărârii instanței, nu impiețeze asupra exercițiului comun al autorității părintești, în schimb, decizia privitoare la locuința copilului este luată în comun de către părinți subînțelegându-se că fiecare dintre ei are exercițiul autorității părintești.

Spre deosebire de măsura încredințării copilului spre creștere și educare din reglementarea anterioară, măsura privitoare la exercitarea autorității părintești nu rezolvă în mod implicit problema locuinței copilului. Împrejurarea că, potrivit cu regula în materie, părinții divorțați vor continua să exercite în comun autoritatea părintească semnifică, în ceea ce interesează în context, că și pe viitor ei vor hotărî de comun acord asupra locuinței minorului, dar invocata regulă nu „desemnează” de la sine și în concret părintele sau terța persoană împreună cu care locuiește copilul.

* Conf.dr., facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; florian_emese@yahoo.com.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată (M.Of. nr. 505 din 15 iulie 2011).

² Sintagma „autoritatea părintească”, deși generatoare de rezerve din pricina termenului „autoritate” din compunerea sa – sugerând „puterea” ce s-ar recunoaște părinților de a impune ascultare – este mai expresivă decât aceea de „responsabilitate părintească”. După cum s-a afirmat, „autoritatea părintească” evidențiază caracterul indisolubil al drepturilor și îndatoririlor părintești; părinții au nu doar responsabilități, ci și „datoria de exigență” față de copil, ca „putere” prin care se manifestă responsabilitatea părintească. Etimologic, cuvântul „autoritate” provine din latinescul *actoritas* care, la rândul său, derivă din *augere*, însemnând a crește, a dezvolta – A se vedea F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, 1999, p. 59.

³ Adoptată de Adunarea Generală a ONU la 20 noiembrie 1989, ratificată de România prin Legea nr. 18/1990, republicată (M.Of. nr. 314 din 13 iunie 2001).

⁴ Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia responsabilității părintești.

⁵ Principiul exercitării în comun a autorității părintești de către părinții divorțați subsituie căsătoriei o stranie formă de alianță ce are ca unic punct de convergență comunitatea „puterilor” asupra copilului – J.L. Viaux, *Fonction et fiction du juridique: l'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002*, A.J. Famille, nr. 9/2003, p. 293-296. Pe de altă parte însă, trebuie acceptat că de vreme ce drepturile și îndatoririle părintești sunt consecința legăturilor de filiație cu copilul, exercitarea, respectiv îndeplinirea acestora de către părinții divorțați ori despărțiți este „capitol” distinct – teoretic, cel puțin – de acela al relațiilor personale dintre părinți – I. Corpart, *Les dysfonctionnements de la coparentalité (1)*, A.J. Famille, nr. 4/2009, p. 155-162. A se vedea, de asemenea, A. Guttanoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), cinquième éd., Dalloz, 2010, p. 792, nr. 232.140.

⁶ Astfel, și doar cu titlu exemplificativ, exercițiul conjunct al autorității părintești, fie vorba de familie “legitimă” sau de familie “naturală”, are rang de principiu în Olanda (art. 251 C.civ.), Elveția (art. 297, art. 304 C.civ.), Franța (art. 372 C.civ.).

⁷ Documentul poate fi consultat la adresa www.ceflonline.net. Relevante în contextul discuției sunt principiului 3:11, „Exercițiul comun”, potrivit căruia „părinții care au autoritatea părintească ar trebui să aibă în mod egal dreptul și obligația de a o exercita și, de câte ori este posibil, ar trebui să facă acest lucru împreună”, precum și principiul 3:10, „Efectele divorțului sau separării”, în sensul căruia „autoritatea părintească nu trebuie să fie afectată de desfacerea sau anularea căsătoriei sau a altei forme de relație și nici de separarea *de iure* sau *de facto* a părinților”.

⁸ Aceasta spre deosebire de prevederea cuprinsă în art. 372-2 din C. civ. francez, cvasiidentică celei din art. 503 alin. (2) NCC, dar care limitează incidența prezumției de acord al ambilor părinți la actele uzuale relative la persoana copilului.

⁹ Cu titlu general, „inventarul” actelor curente poate fi realizat cu sprijinul unui criteriu negativ: nu poate fi considerat uzual actul care are consecințe angajante asupra viitorului copilului. sau care aduce în discuție drepturi fundamentale ale acestuia. Au vocație de acte importante, neuzuale, cele referitoare la identitatea copilului, sănătatea, educația școlară a acestuia. Astfel, numele copilului, atunci când părinții au nume de familie diferite, la fel și prenumele acestuia, se alege prin acordul părinților (art. 492 NCC) și pot fi schimbate de asemenea pe fondul consensului celor doi. Într-un sens apropiat, A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 793. A se vedea, de asemenea, L. Delprat, *L'autorité parentale et la loi*, Studyrama, 2006, p. 67. Pentru concluzia potrivit căreia exercitarea în comun a autorității părintești presupune ca părinții să stabilească împreună, prin consens, direcția pe care trebuie să o urmeze creșterea și educația copilului, dar actele individuale în realizarea dezideratului propus vor putea fi înfăptuite de către fiecare dintre ei, L. Pomodoro, P. Giannino, P. Avallone, *Manuale di diritto di famiglia e*

dei minori, UTET Giuridica, 2009, p. 134. Pentru soluția conform căreia, întrucât ambii părinți sunt investiți cu exercițiul autorității părintești, niciunul dintre ei nu este îndrituit, fără acordul prealabil al celuilalt, să solicite schimbarea prenumelui copilului, Cass. 1^e civ., 3 mars 2009, n^o 05-17163, www.legifrance.gouv.fr. În sensul că schimbarea prenumelui copilului, pe motiv că are consonanță străină, nu este o decizie la îndemâna unui singur părinte, C.A. Dijon, 27 nov. 2007, *apud*. A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 795, nota nr. 1.

¹⁰ În acest sens, A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 793; I. Gallmeister, *Le principe de coparentalité*, *AJ fam.*, N^o 4/2009, p. 148-150

¹¹ În același sens, C. Irimia, *Comentariu*, art. 496, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, de Fl. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Ed. CH Beck, București, 2012, p. 542, nr. 6.

¹² Este adevărat, în cazul divorțului prin procedură notarială, existența înțelegerii dintre soți privind locuința copilului, ca de altfel și a înțelegerii lor în sensul exercitării în comun a autorității părintești, în sine, nu este suficientă; pentru admisibilitatea cererii de divorț, acordul părintesc trebuie să treacă prin filtrul controlului de conformitate cu interesul superior al copilului realizat de autoritatea tutelară [art. 375 alin. (2) teza finală NCC].

¹³ La desfacerea căsătoriei, atribuirea beneficiului locuinței proprietate comună a soților unuia dintre aceștia, oricare ar fi fost criteriul sau criteriile care au înclinat astfel balanța, are loc cu titlu provizoriu, adică până la data rămânerii definitive a hotărârii de partaj [art. 324 alin. (4) NCC].

¹⁴ Referitor la părintele decăzut din exercițiul drepturilor părintești, potrivit art. 512 alin. (2) NCC, până la soluționarea cererii de redare a exercițiului drepturilor părintești, instanța poate îngădui părintelui să aibă legături personale cu copilul, de unde concluzia că până la data formulării cererii, acest drept a fost „suspendat”.

¹⁵ Ideea convecției între părinți privitoare la exercițiul autorității părintești are totuși o nuanță deranjantă pentru că vizează aspectele ce țin de viața unei terțe persoane, cea a copilului. (J. Hauser, *Un nouveau-né: l'enfant conventionnel*, *apud*. C. Brunetii-Pons, *L'exercice de l'autorité parentale face un pluralisme familial*, în *Dialogue*, nr. 3/2004, p. 15), chiar dacă ne grăbim să „amortizăm” sentimentul de disconfort moral prin explicația potrivit căreia învoiala părinților nu are ca obiect repartizarea drepturilor și a îndatoririlor părintești, ci doar definirea modalității de exercitare a prerogativelor recunoscute de lege.

¹⁶ A se vedea Fl. A. Baiaș, *Comentariu*, art. 400, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, de Fl. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *op. cit.*, p. 437-439; G.C. Frențiu, *Comentarii și doctrină*, art. 400, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2012, vol. I, p. 584-585.

¹⁷ Pentru o interpretare diferită, afirmând că cererile indicate prin art. 918 alin. (1) lit. a), inclusiv pretenția privitoare la stabilirea locuinței copilului, „vor fi soluționate în mod obligatoriu de instanța de judecată, din oficiu, dacă niciuna dintre părți nu a solicitat acest lucru”, a se vedea Al. P. Dimitriu, *Note și Explicații*, art. 918, în *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, de Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, Al. Dimitriu, M. Piperea, Al. Rățoi, A. Atanasiu, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 896. Potrivit autorului, „această concluzie se desprinde în mod evident din textele alin. (2) și (3), aceste texte reprezentând o veritabilă excepție de la principiul disponibilității”.

¹⁸ Publicată în M.Of. nr. 365 din 30 mai 2012, cu modificările ulterioare.

¹⁹ Reședința alternantă a copilului pentru ipoteza divorțului ori a despărțirii părinților este de asemenea consacrată în Regatul Unit (Children Act, 1989), în Belgia (Legea din 18 iulie 2006), în Spania (Legea din 8 iulie 2005), în Italia (Legea din 8 februarie 2006). Cât privește legislația Provinciei Quebec, Legea privind divorțul stabilea, încă din 1985, posibilitatea rezolvării situației copiilor în termenii așa-numitului „garde partagée”, însă fără a-i defini conținutul și fără a-i indica criteriile sau limitele. Cu timpul, jurisprudența sprijinită de doctrină au creionat „regimul juridic” al „custodiei comune” care, în esență, poate fi

rezumat astfel: măsura poate fi dispusă numai în acord cu interesul superior al copilului, ținându-se seama și de nevoia de stabilitate a acestuia; relațiile dintre părinți, capacitatea lor de a comunica și de a depăși frustrările, nemulțumirile, resentimentele legate de episodul încheiat al trecutului lor comun sunt de maximă importanță; trebuie avute în vedere, de asemenea, proximitatea geografică a locuințelor celor doi părinți, eventualele circumstanțe personale ale unuia sau altuia dintre părinți cu valoare de „contraindicație” ca prezență activă în viața copilului; desigur, nu în ultimul rând, contează și opinia copilului, în funcție de vârsta și de gradul său de maturitate – J. Dutil, *La garde partagée au Québec*, în A. J. Famille, nr. 12/2011, p. 596-597; a se vedea, de asemenea, M. Castelli, D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Presses Université Laval, 2005, p. 331-333.

²⁰ În prezent, având susținerea textelor de lege, o atare soluție poate fi pronunțată de instanță fie pe temeiul acordului dintre părinți fie, în lipsa învoielii acestora la cererea unuia dintre părinți dar cu titlu provizoriu, pentru o perioadă determinată, urmând ca la finalul „perioadei de probă” chestiunea locuinței copilului să primească o rezolvare definitivă. – a se vedea L. Delprat, *op. cit.*, p. 78.

²¹ Astfel, uneori, instanțele franceze, inclusiv cea supremă, au refuzat categoric să decidă în sensul locuinței alternante a copilului, chiar dacă părinții aflați în divorț solicitau în mod expres o atare soluție, alții s-a dispus reședința „partajată” chiar dacă părinții s-au împotrivit; unele instanțe luau act pur și simplu de acordul părinților în sensul locuinței alternante fără vreo cenzură, altele procedau la evaluarea conformității compromisului părintesc cu sensul interesului superior al copilului. Pentru dezvoltări, a se vedea A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op.cit.*, p. 803-804, nr. 232.231.

²² Tema locuinței alternante a rămas în centrul unor polemici aprinse în care s-au implicat, afară de reputați juriști, specialiști de marcă ale științelor psihologiei și pedo-psihiatriei. A se vedea, bunăoară, L. Briard, „*Résidence alternée et conflit parental*”, *AJ Famille*, nr. 12/2011, p. 570-573; M. Juston, *De la coparentalité à la déparentalité*, *AJ Famille*, nr. 12/2011, p. 579-583; A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op.cit.*, p.803-807. Se afirmă că locuința alternantă a copilului poate preveni sindromul de „alienare părintească”, adică manipularea emoțională a copilului de către unul dintre părinți în scopul „confirscării” acestuia prin excluderea celuilalt părinte și a familiei acestuia din viața copilului. Consecințele asupra copilului a unei asemenea strategii „declarative de moarte simbolică” a unuia dintre părinți ar fi comparabile ca gravitate cu abandonul copilului de către unul dintre părinți – M. Juston, *loc. cit.*

²³ Stabilirea locuinței alternativ la fiecare dintre părinți poate suscita o serie de dificultăți în stabilirea și executarea obligației de întreținere față de copil, precum și în materie de răspundere a părinților pentru fapta copilului. Potrivit art. 1.372 NCC, părintele, obligat să supravegheze un minor, răspunde pentru prejudiciul cauzat altuia de către copil, afară numai dacă probează că fapta copilului constituie urmarea unei alte cauze decât modul în care și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercițiul autorității părintești. Cu privire la situația copiilor aflați în „custodie” comună internațională - inclusiv felul în care o atare măsură poate perturba funcționarea regulilor de drept internațional privat, a se vedea A. Boiché, *La résidence alternée en droit international privé (1)*, în A.J. Famille, nr. 12/2011, p. 585-589; pentru unele neajunsuri de ordin fiscal ale unei atare opțiuni, L. Kynci, J. Lojková, *Probleme juridice și financiare ale custodiei comune a copiilor*, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși”, Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 1/2009, p. 135-156.

²⁴ În cazul părinților aflați în divorț, același text legal – art- 400 NCC – este apt să ofere argumente atât pro, cât și contra soluției locuinței alternante: dispoziția cuprinsă în alineatul 1, acordă întâietate măsurii convenite de părinți – sub rezerva conformității cu interesul superior al copilului -, adică, implicit, inclusiv locuinței alternante a copilului; pe de altă parte, art. 400 alin. (1) și (2), statuând că instanța de divorț stabilește locuința copilului minor la părintele cu care locuiește în mod statornic sau, dacă până

la divorț a locuit cu ambii părinți, la unul dintre aceștia – ținând seama, și de astă dată, de criteriul interesului superior al copilului – ar reieși că, în baza acordului părinților sau în temeiul actului instanței, copilul va locui la unul dintre părinții săi.

²⁵ A se vedea Tribunalul București, secția a IV-a civ., dec. nr. 745 A din 03.10.2011 (dosar nr. 7632/303/2010), prin care instanța a luat act de *tranzacția* părților în sensul locuinței alternante a copiilor; în termenii înțelegerii intervenite, în toți anii impari, în prima jumătate a fiecărei luni, copiii locuiesc împreună cu tatăl lor, iar în a doua jumătate, împreună cu mama; complementar acestuia calendar, în anii pari, copiii vor locui cu mama în prima jumătate a lunii și cu tatăl în cea de-a doua jumătate. Schimbul de locuințe este planificat, și el, cu rigoare: se realizează la ora 12, la prânz, în cazul zilelor nelucrătoare, iar în cazul zilelor lucrătoare, părintele care-și încheie jumătatea de lună cu copiii îi duce pe aceștia la ora de începere a programului de la școală, iar părintele care își începe jumătatea de lună cu copiii îi preia pe aceștia de la ore la sfârșitul programului de școală.

²⁶ Pentru o amplă analiză a elementelor ce ar trebui avute în vedere în luarea măsurii locuinței alternante a copilului, a se vedea É. Mulon, *La résidence alternée*, Gazette du Palais, nr. 77/ 17. 03. 2012, p. 7- 18; A. Gabriel, C. Strugala, *La résidence alternée*, Gazette du Palais, nr. 246/ 03.09.2005, p. 4-18.