

Principiul interesului superior al copilului – un panaceu al dreptului european

The Principle of the Child's Best Interests – a Panacea of European Law

Ana-Maria Goldan¹, Crina-Maria Stanciu²

Rezumat: Conceptul de interes superior al copilului, criticat adesea cu ocazia utilizării sale ample și vagi, poate deschide calea, la momentul interpretării, către numeroase teorii și poziții marcate de ideologie. În acest sens, profesorul de origine franceză Jean Carbonnier susține că interesul superior al copilului reprezintă o „formulă magică a juriștilor” și că „riscă să devină o tautologie”. Totodată, conceptul invocat contribuie, în felul său, la extinderea sferei puterii discreționare a judecătorilor europeni, în procesele ce vizează minorii, considerându-se că îndeplinește și o funcție tampon. Această lucrare subliniază o abordare interdisciplinară a conceptului și oferă o comparație valoroasă între jurisprudența europeană și cea națională, prin care se evidențiază modul de soluționare a litigiilor ce antrenează conceptul vizat. Există o abordare comună a instanțelor europene, în privința respectării principiului interesului superior al copilului? Principiul constituie un remediu ce are ca scop protejarea persoanei copilului sau protejarea intereselor acestuia?

Cuvinte cheie: interesul superior al copilului, nevoi individuale, politica bunăstării, remediu juridic, interdisciplinaritate.

Abstract: The concept of child's best interests, often criticized on the occasion of its broad and vague use, can open the way at the time of interpretation, to many theories and ideological positions. In this regard, the professor of french origin Jean Carbonnier uphold that the best interest of the child represents "the magic formula of the jurists" and that "is risking to become a tautology". At the same time, the concept invoked it contributes, in its own way, to the expansion of the European judges's discretionary power, in cases that involves minors, considering that it also fulfills a buffer function. This work emphasizes an interdisciplinary approach to the concept and offers a valuable comparison between European and national jurisprudence, which highlights the way of resolving disputes involving the concept in question. Is there a common approach of the European courts

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: maria.goldan@uaic.ro

² Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: stanciu.crina.maria@gmail.com.

regarding compliance with the principle of the child's best interest? Does the principle constitutes a remedy aimed to protect the person of the child or to protect his interests?

Keywords: the best interest of the child, individual needs, welfare policy, legal remedy, interdisciplinarity.

1. Introducere

Interesul superior al copilului este un panaceu al dreptului european. Aceasta este o afirmație pe care o putem ridica la rangul de prezumție. Cu toate acestea, prezumția va fi una relativă și nu una absolută ca urmare a multitudinii de sensuri care pot fi alipite acestui principiu director al procesului de dezvoltare a minorului în societate. Lexemul „panaceu”, de asemenea, nu face decât să inducă în eroare cu privire la modul de utilizare al acestui brocard. Cu alte cuvinte, prin această lucrare nu se va încerca găsirea unui leac fără de seamăn pentru ceea ce reprezintă, în fond, un răspuns la o nevoie a minorului, o nevoie de a se dezvolta alături de familie, de a învăța și de a evolua în cadrul societății, în condiții cât mai bune, fizice și afective, psiho-sociale. Acest principiu este unul care dirijează analiza realizată de jurist către o mai bună abordare a unei probleme umane și care ne vorbește despre viitorul generațiilor.

Principiul interesului superior al copilului se îndreaptă către viitor, nu numai în ceea ce privește persoana pe care o ocrotește, dar trebuie să se îndrepte spre viitor și pe cale de evoluție, urmând pașii făcuți de către societatea actuală care se află într-o continuă schimbare.

2. Perspectivă diacronică

În dreptul roman, interesul superior al copilului era perceput ca pe un interes superior al lui *pater familias*. Astfel, la nivelul lui *jus personarum*, regăseam și *status familiae*. Cu alte cuvinte, societatea și persoanele care o constituiau reprezentau un alt nucleu pentru modul în care subiectul de drept urma să se dezvolte, să evolueze. Astfel, trei pilaștri dominau pe om și pe cei din jurul său plecându-se de la *status libertatis*, ajungându-se la *status civitatis*, pentru a coborî la un nivel intern, care le influențează pe celelalte două și anume *status familiae*. Ceea ce prezintă interes este omul din cetate care, la început, a fost un copil al cărui parcurs a fost, este și va fi dirijat de către cei din jur. Ceea ce domină parcursul persoanei este puterea sub care este plasat acesta și care ne răspunde la întrebarea: „Sub conducerea, autoritatea sau responsabilitatea cărei entități se află persoana la acest moment?”. Răspunsul nu poate fi decât „depinde de...”. În principal, vom avea în vedere modul în care a fost prefigurată autoritatea în cadrul societății: în cadrul *status libertatis* vorbim despre puterea stăpânului; la nivelul lui *status civitatis* autoritatea revenea statului, iar la nivelul familiei se vorbea despre *patria potestas* sau autoritatea părintească³.

³ V. M. Ciucă, *Drept roman. Lecțiuni*, Vol. I, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Iași, 2014, pp. 289-291.

Familia era percepută ca pe un ansamblu de persoane ce au în comun același cult religios și același șef de familie. În Epoca Clasică se pune accentul însă, pe descendența masculină, pe legăturile de rudenie civile, și nu pe acelea bazate pe legătura de sânge dintre membrii familiei. Membrii de familie erau, de asemenea, împărțiți în membrii familiei *proprio jure* (în cadrul căreia regăsim persoanele apropiate de *pater familias*, precum fiii de familie, descendenții, soția *cum manu*, fiicele, nepoatele necăsătorite sau căsătorite *sine manu*). Familia, în sens larg, era aceea *communi jure*, care avea în vedere membrii de familie existenți, indiferent de gradul de apropiere față de *pater familias*.⁴

Acest nucleu intern al societății, familia, se afla, după cum am putut observa, sub autoritatea tatălui de familie. Astfel, copiii, indiferent că proveneau din căsătoria *sine manu*, sau din aceea *cum manu*, se aflau sub autoritatea tatălui de familie preluându-i elementele distinctive precum numele, situația în societate.

Pater familias avea un rol important în viața descendenților săi. La nivelul raporturilor personale, *patria potestas* reprezenta elementul central, oferindu-i tatălui de familie posibilitatea de a stabili de o manieră absolută ceea ce se întâmpla la nivelul familiei, inclusiv prin crearea unui tribunal format din membrii apropiați din cadrul familiei în cadrul căruia putea fi exercitat inclusiv *jus verberandi* (prin intermediul căruia puteau fi pedepsiți membrii acestei familii). Alte drepturi care îi erau conferite tatălui de familie erau acela de a recunoaște copiii cu consecința că ar fi putut inclusiv să îi ucidă ori să îi considere sclavi. De asemenea, tatăl de familie stabilea ceea ce avea să realizeze descendentul său sau membrul familiei sale în câmpul muncii ori chiar vârsta de căsătorie a copilului său.

În ceea ce privește raporturile patrimoniale, membrii familiei nu puteau dobândi în numele și pe seama propriei persoane, ci în numele și pe seama lui *pater familias*, aceștia putând fi comparați cu reprezentanții legali din ziua de astăzi, dar de o manieră inversată. Cu toate acestea, societatea a început să evolueze, iar puterea lui *pater familias* se reduce: la nivelul relațiilor personale, *jus vitae necisque* se limitează până la abolirea sa de către împăratul Constantin; *jus verberandi* va fi interzis de împărații Traian și Adrian, iar la sfârșitul epocii clasice dreptul de recunoaștere a copilului și cu consecințele sale negative va fi atenuat⁵.

Ceea ce impresionează încă și mai mult era modul în care opera *jus Mancipi*/mancipațiunea, care îi conferă posibilitatea tatălui de familie de a dispune, respectiv de a înstrăina fiul de familie în vederea realizării de activități economice în cadrul cetății. Cu alte cuvinte, descendenții, copiii, erau tratați inițial ca pe niște obiecte, ca pe niște bunuri ce ar fi putut aduce un beneficiu economic întregii familii dacă afacerea ori contractul încheiat de tatăl de familie ar fi avut succes. Acest drept va fi interzis de împăratul Gaius Valerius Diocletianus⁶.

De o mare însemnătate este obligația creată încă din Epoca Clasică, *officium pietatis erga proximos*, care devine un adevărat standard pentru modul în care

⁴ *Ibidem*, pp. 289-294.

⁵ V. M. Ciucă, *op. cit.*, p. 323.

⁶ *Ibidem*, p. 324.

familia trebuie să se comporte cu membrii săi. Astfel, persoana, încă de la naștere și până la momentul decesului, avea dreptul la a fi liberă, la a avea cele necesare în vederea supraviețuirii și pentru a duce un trai decent. În acest fel, se transpune în societate ideea că familia este aceea care ocrotește, iar nu aceea care biciuiește, care să macine.

Tatăl de familie reprezenta o figură marcantă care transmitea ideea de apartenență la un grup precum și aceea de a descinde din mai multe persoane (de a avea un ascendent comun), de procreare, de putere, acesta putând și fiind, de altfel, purtătorul cultului familiei, unicul ei judecător precum și proprietarul întregului avut al membrilor. *Officium pietatis erga proximos* și modul în care se va dezvolta de-a lungul veacurilor nu face decât să reducă puterea părintelui de familie, astfel încât și membrii acesteia să poată fi individualizați, să aibă propriul patrimoniu și să nu mai fie considerați bunuri ale altuia⁷.

3. Posibile definiții ale interesului superior al copilului prin prisma instrumentelor de reglementare

După cum s-a putut observa în variatele legislații, interesul superior al copilului nu este definit de o manieră foarte clară, folosindu-se termeni generali pentru a-l contura. Astfel, se încearcă atragerea atenției familiei, societății și juriștilor asupra necesității de a fi atenți și a interpreta în sens larg principiul interesului superior al copilului.

Interesul superior reprezintă un ansamblu de elemente sau de nevoi ale copilului, nevoi care trebuie îndeplinite astfel încât el să poată să se dezvolte cât mai bine, să evolueze pentru a determina și societatea să facă un pas în față. Acesta cuprinde un fenomen de amploare pe care, adesea, îl remarcăm în procesele de divorț în cadrul cărora, prin schimbarea structurii familiale, se pot crea breșe în dezvoltarea viitoare a minorului⁸.

Istoria modernă a drepturilor copilului a început încă din anii 1850 când au fost încălcate mai multe drepturi ale persoanelor aflate în situații vulnerabile, acestea petrecându-se și, ca urmare, a revoluției industriale. Astfel, începând cu anul 1869 partidul social democrat din Germania, a creat Eisenach Programme prin intermediul căruia s-a stabilit limitarea perioadelor de muncă continuă pentru femei și oprirea minorului de a se angaja, de avea un loc de muncă, pentru a-l determina să se concentreze pe dezvoltarea sa⁹.

Cu toate acestea, un alt eveniment marcant a fost acela din anul 1912 care a însemnat adoptarea Convenției pentru protecția minorilor la Conferința

⁷ M. D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 98-99.

⁸ J. B. Kelly, *The Best Interests of The Child. A Concept in Search of Meaning*, în *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 35, nr. 4/1997, pp. 378-379, [online] la <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.1997.tb00480.x>, accesat 25.04.2023.

⁹ V. Lorubbio, *The Best Interests of The Child. More than 'a Right, a Principle, a rule of Procedure' of International Law*, Editura Scientifica, Napoli, 2022, pp. 23-24.

Internațională de Drept Privat de la Haga. Astfel, la inițiativa guvernului din Belgia a avut loc și primul congres internațional cu privire la protecția copilului, la Bruxelles în anul 1913 care a propus crearea unui oficiu permanent pentru cooperare în ceea ce privește drepturile copilului și interesul acestora¹⁰. Din păcate procesul de dezvoltare al acestui oficiu a fost unul destul de redus, ca urmare a Primului Război Mondial. Acestea nu înseamnă că procesul de dezvoltare a fost oprit deoarece au fost acceptate cu succes schimbări precum impunerea reducerii orelor de lucru pentru copii, prin intermediul Organizației Internaționale pentru Muncă.

Un alt pas important a fost reprezentat de adoptarea Declarației pentru drepturile copilului, de către Liga Națiunilor la Geneva pe data de 24 septembrie 1924, cunoscută și sub denumirea de Declarația de la Geneva. În preambulul acesteia se stabileau următoarele: „ bărbații și femeile de orice fel de naționalitate, care recunosc faptul că societatea datorează copilului ceea ce este mai bun, declară și acceptă acestea ca fiind propriile lor obligații”. Astfel, au fost aduse în prim-plan multiple reguli cu menirea de a ocroti procesul de dezvoltare a copilului: copilului îi este oferit ceea ce este necesar pentru dezvoltarea materială și spirituală; cei obligați de lege sau morală vor oferi hrană copilului și îi vor oferi asistență în caz de boală; copilul va avea parte de suport, de susținere în momentele de cumpănă; copilul va fi protejat de orice formă de exploatare; copilul va fi ajutat în dezvoltarea talentelor sale, explicându-i-se faptul că activitățile sale din prezent vor ajuta întreaga umanitate să evolueze¹¹.

Începând cu anul 1924, interesul superior al copilului s-a materializat în jurul necesității de ocrotire a sănătății și promovării dreptului la viață a copilului. În plus, protecția oferită copiilor prin intermediul instrumentelor legale a fost extinsă: după cum s-a putut observa, înainte, atât bărbații, cât și femeile aveau obligația, ca subiecte de drept, să protejeze copilul; ulterior, atenția s-a mutat către ocrotirea realizată la nivelul fiecărui stat în parte. Următorul pas a fost reprezentat de către Declarația pentru Drepturile Copilului, a Adunării Generale a Națiunilor Unite, de la 20 noiembrie 1959 adoptată prin rezoluția numărul 1386. Influențat de declarațiile din 1924 și 1948, a fost prezintă conceput un preambul care cuprindea zece reguli după care juriștii să se poată orienta în vederea stabilirii interesului superior al copilului: „atunci când minorul, ca urmare a imaturității fizice și psihice, necesită ajutor care include inclusiv protecție legală, atât înainte cât și după naștere... Se dorește ca minorul să aibă o copilărie fericită de care să se poată bucura; pentru bunul mers al societății copilul se va putea bucura de drepturi de libertăți și va putea solicita ajutorul părinților, bărbaților și femeilor ca individuali, autorităților locale, guvernelor, în sensul recunoașterii propriilor drepturi”¹².

Având în vedere numeroasele instrumente juridice care au încercat să contureze acest principiu, ne plecăm condeiul și asupra subiectului de drept protejat de acesta: copilul. Cine este copilul, din punct de vedere juridic? Adresăm

¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹¹ V. Lorubbio, *op. cit.*, p. 24.

¹² *Idem*, pp. 25-26.

și această întrebare deoarece, în funcție de statul care urmează să aplice principiul, putem regăsi variate formule ale reglementării minorului. De asemenea, se avea în vedere și o condiție biologică a individului, respectiv intervalul de timp dintre momentul nașterii și acela al începerii adolescenței.

Convenția Europeană pentru Drepturile Omului a fost semnată în anul 1950, intrând în vigoare în anul 1953. În art. 8: „Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale.”¹³. Astfel, copiii sunt desemnați doar ca „alții” sau „și alte persoane”, „orice persoană”. Am putea afirma, cu alte cuvinte, faptul că art. 8 al Convenției include interesul superior al copilului, formularea permițând interpretarea *in extenso*. Odată cu cauza Hokkanen v. Finland, în cadrul căreia s-a discutat custodia unei tinere, Curtea Europeană pentru Drepturile Omului a intervenit cu o interpretare a art. 8 din Convenție stabilind că „*The essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life. Whilst the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are similar. In particular, in both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and the community as a whole, and in both contexts the State is recognised as enjoying a certain margin of appreciation*”¹⁴. Cu alte cuvinte, statul urmează să intervină pentru a restabili echilibrul și va avea în vedere atât interesele individului (în speța amintită, analizându-se interesul superior al copilului), cât și interesele comunității în care acesta se regăsește.

Un alt act cu impact asupra dezvoltării principiului interesului superior al copilului a fost Declarația anului 1959. Interesul superior al copilului beneficiază de o largă interpretare în cuprinsul acesteia, având în vedere și modul în care a fost formulat: „interesul superior al copilului trebuie luat în considerare”. Alte posibile definiții sau opinii cu privire la acest principiu se regăsesc în modul în care l-au perceput unii autori: ca pe un concept magic, o poțiune magică, o tautologie goală, o carcasă goală, un criteriu discreționar, o pasăre Phoenix, o gaură neagră juridică, avându-se în vedere și faptul că fiecare instanță îl analizează de o manieră diferită¹⁵.

La nivelul Declarației Națiunilor Unite pentru Drepturile Copilului din anul 1959, se prezintă necesitatea aplicării principiului interesului superior al copilului

¹³ Direcția Jurisconsultului Curții europene a drepturilor omului, *Ghid privind art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului. Dreptul la respectarea vieții private și de familie, a domiciliului și a corespondenței*, 2018, p. 7. [online] la https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ROM.pdf, accesat 31.05.2023.

¹⁴ Hokkanen v. Finland, [online] la <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57911%22%5D%7D>}, accesat 31.05.2023. Speța prezenta situația unei tinere care, după decesul mamei sale, la o vârstă fragedă, a fost lăsată în grija bunicilor, fapt care a determinat slăbirea raporturilor cu tatăl care dorea să o revadă. În acest context, tatăl a solicitat aplicarea art. 8 din Convenție, considerându-l încălcat prin acțiunile bunicilor.

¹⁵ V. Lorubbio, *op. cit.*, p. 37.

în vederea ocrotirii acestuia – „Copilul trebuie să se bucure de o protecție specială, să i se ofere oportunități și facilități, de către lege și în alte modalități, să fie ajutat pentru dezvoltarea fizică, mentală, morală, spirituală și socială de o manieră sănătoasă și normală și în condiții de libertate și demnitate. În aplicarea legilor pentru acest deziderat, interesul superior al copilului trebuie avut/luată în considerare”¹⁶. Alte acte care au avut impact asupra dezvoltării interesului superior al copilului au fost Acordul Internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale din anul 1966 care stabilește mai multe măsuri de protecție și asistență a copilului, mai ales împotriva exploatării sale economice și sociale. Acordul Internațional cu privire la drepturile civile și politice din anul 1976 impune înlăturarea pedepsei cu moartea pentru infracțiunile comise de persoanele care nu au împlinit încă 18 ani¹⁷.

Guvernul polonez a fost acela care să exprime necesitatea unui act care să prezinte în detaliu drepturile copilului. Cu toate acestea, au existat multiple obstacole deoarece s-a decis de către comisia pentru drepturile omului să fie consultate statele, alături de guvernele competente în vederea stabilirii unui grup de lucru responsabil pentru conceperea termenilor și condițiilor convenției.

Abia la sfârșitul anului 1988 un document final a fost emis. Aceasta a intrat în vigoare în anul 1990 și cuprindea cincizeci și patru de articole referitoare la drepturile civile, politice, economice, sociale și culturale stabilite de către statele semnatare (Convenția pentru Drepturile Copilului din anul 1989). Ceea ce este inovator este faptul că sunt conturate reguli pentru ca statele părți să fie obligate la a lua măsurile necesare în funcție de situația concretă din societate. Convenția vede copilul ca pe o ființă independentă și care are nevoie de protecție. S-a creat chiar și o formulă care sintetizează necesitățile minorului în jurul a trei principii: „protecție”, „regulă/dispoziție/provision”, „participare”¹⁸.

Din modul în care au tradus acest principiu, francezii au evidențiat că interesul copilului are o valoare primordială. Cu alte cuvinte, inclusiv modul în care traducem instrumentele internaționale, precum și pe acelea europene, dintr-o limbă de lucru în cealaltă, va avea un efect enorm asupra metodei în care se va aplica principiul interesului superior al copilului. De ce se afirma că acesta ar reprezenta o carcasă goală? Răspunsul se regăsește în interpretare. Acesta este formulat de o manieră generală, doctrina și jurisprudența curților fiind acelea care să îi contureze modul de folosire. Am putea afirma, prin urmare, că interesul superior al copilului este învăluit într-o aură de mister, putându-se ajunge atât la interpretări pozitive, cât și la interpretări negative ale acestuia.

Prin Convenția de la Haga cu privire la răpirea copilului în plan internațional 1980 se stabilește prioritatea cât mai bune dezvoltări a copilului într-un

¹⁶ [online] la <https://www.salvaticopiii.ro/sci-ro/files/32/327ef3da-c4d0-4fff-9f76-8cbcd20fa8c1.pdf>, accesat 28.05.2023.

¹⁷ M. Freeman, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 3. The Best Interests of the Child*, Editura Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 15-20.

¹⁸ V. Lorubbio, *op. cit.*, p. 29.

mediu favorabil și stabilește obligația de a returna copilul răpit statului semnatar de care acesta aparține, și nu părinților, familiei. Acestea au fost stabilite pentru a se putea elimina riscul psiho-fizic la care ar putea fi supus minorul. În Convenția Europeană pentru custodie din anul 1980 este accentuat rolul schimbărilor în ceea ce privește locuința minorului. Aceste schimbări nu ar putea fi realizate decât în urma unui test administrat prin intermediul instanței de judecată¹⁹.

În art. 3 al UNCRC (United Nations Convention on the Rights of the Child/Convenția cu privire la drepturile copilului), nu există, de asemenea, o definiție clară a acestui concept²⁰. Cu toate acestea, regăsim o posibilă interpretare a acestuia, interesul superior al copilului fiind luat în considerare de către autorități în luarea deciziilor care vizează minorul. Mai mult decât atât, statul acordă o mai mare atenție responsabilității și drepturilor de care dispun părinții în ceea ce-i privește pe copii lor minori²¹. O posibilă interpretare și aplicare a convenției prin intermediul mecanismelor naționale se regăsește și în Australia, aceasta stabilind unele criterii directe în aplicarea principiului interesului superior al copilului²².

La nivel european, se au în vedere, în special, tratatele încheiate, convențiile, precum și sursele secundare. La nivelul acestuia nu regăsim o definiție clară a „copilului”, discutându-se, mai cu seamă, despre persoana care nu a împlinit vârsta de optsprezece ani sau douăzeci și unu de ani, în funcție de actul pe care îl avem în vedere, Directiva privind libertatea de circulație 2004/38/CE, art. 2 alin. (2)

¹⁹ M. Freeman, *op. cit.*, pp. 17-21.

²⁰ „Article 3: 1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. 2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures. 3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.” [online] la <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, accesat 12.05.2023.

²¹ [online] la <https://www.salvaticopiii.ro/sci-ro/files/c7/c7657ec7-318f-4481-967c-e6b5d9a41258.pdf>, accesat 27.05.2023.

²² „(a) any wishes expressed by the child, as well as factors affecting the weight to be given to the child's wishes, such as maturity and level of understanding (s 68G elaborates on how the court may inform itself of a child's wishes: by family reports given under s 62G(2) or, subject to the Rules of Court, by any other means the court thinks appropriate); (b) the nature of the relationship of the child with parents and others; (c) the likely effect of any changes in the child's circumstances, such as separation from a parent or both or from anyone with whom the child has been living(...) (k) whether or not to make an order least likely to lead to further proceedings in relation to the child; (1) any other fact or circumstance the court thinks relevant”. Rosemary Dalby, *Essential Family Law*, Editura Cavendish Publishing Pty Limited, London, 2001, pp. 81-82.

lit. c și Convenția privind lupta împotriva traficului de ființe umane art. 4 lit. d²³. Un alt document care cuprinde unele dintre primele mențiuni cu privire la drepturile copilului la nivelul Uniunii Europene este Carta drepturilor fundamentale stabilind dreptul copilului la învățământ, la a nu fi exploatat prin muncă²⁴.

Având în vedere cele anterior prezentate putem ajunge la o concluzie incipientă: principiul interesului superior al copilului ar putea fi plasat între noțiunile de remediu și de panaceu. Conform Dicționarului Explicativ al limbii Române, remediul reprezintă „un mijloc de îndreptare, de îmbunătățire a unei situații”²⁵, iar panaceul a fost considerat „un medicament despre care se credea că vindecă orice boală”²⁶. Astfel, interesul superior al copilului nu pare a deveni un panaceu veritabil fiind, mai cu seamă, un remediu pentru evenimentele care ar putea să aducă atingere bunei dezvoltări a copilului în societate. După cum s-a putut observa, Convenția Națiunilor Unite a optat, de asemenea, pentru o modalitate de interpretare a principiului *in extenso*, de la caz la caz, pentru ca acesta să poată evolua alături de societatea la care am alege să îl aplicăm.

4. Importanța principiului interesului superior ca regulă de procedură

Din punct de vedere conceptual, vorbim adesea despre copii, ca și cum aceștia ar reprezenta un grup omogen, caracterizat pur și simplu prin intermediul unei etape de dezvoltare, cunoscută sub numele de copilărie sau de minorat. Această logică a definirii copilului, în funcție de vârstă, servește la atribuirea drepturilor universale copiilor, constituiți într-un grup. Totuși, diferențierea dintre copil, văzut precum o construcție socială abstractă²⁷, și viața reală a acestuia va avea implicații în procesul de determinare a interesului superior. Prin urmare, considerăm că prin neglijarea diferențelor existente în interiorul grupului de copii, inclusiv a celor care vizează abilitățile, trăsăturile, interesele, nevoile și preferințele acestora, riscăm să trecem cu vederea peste individualitatea minorilor, în favoarea unor decizii administrative eficiente și raționalizate.

În momentul în care urmează să fie luată o hotărâre ce vizează un copil, procesul decizional necesită o evaluare a impactului asupra vieții acestuia. Întrucât interesul superior al copilului nu este definit clar, la nivel mondial, evaluarea și determinarea a ceea ce presupune el necesită garanții procedurale. Prin urmare,

²³ [online] la https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_ro.pdf, accesat 12.05.2023. Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene și Consiliul Europei, *Manual de drept european privind drepturile copilului*, Belgia, 2016, pp. 15-18.

²⁴ Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene și Consiliul Europei, *op. cit.*, pp. 20-21.

²⁵ [online] la <https://dexonline.ro/definitie/remediu>, accesat 31.05.2023.

²⁶ [online] la <https://dexonline.ro/definitie/panaceu>, accesat 31.05.2023.

²⁷ M. Liebel, *Welfare or Agency? Children's Interests as Foundation of Children's Rights*, în *The International Journal of Children's Rights*, vol. 4, nr. 26/2018, pp. 597-625, DOI.org/10.1163/15718182-02604012.

instanța va justifica fiecare decizie, în sensul ilustrării faptului că, principiul a fost luat în considerare, în mod expres. Factorii care-l ajută pe judecător în procesul identificării celei mai bune soluții cu privire la copil pot fi următorii: vârsta copilului, consecvența îngrijirii acestuia, siguranța și bunăstarea lui, dovada capacității parentale, existența unor rude apropiate ale copilului, dispuse să-l îngrijească și respectarea implicită a celorlalte drepturi subiective ale copilului. Referitor la vârstă, studiile relevă faptul că, un copil cu o vârstă sub 18 luni, ar putea fi dependent de mama lui, atunci când este alăptat. Această situație ar putea avea un impact semnificativ în procesul decizional al instanței²⁸. Totuși, judecătorul nu trebuie să generalizeze, întrucât unicitatea copilului va conduce la unicitatea soluțiilor. În cazul copiilor mai mari, instanța va ține cont de nivelul acestora de înțelegere, de dorințele și de sentimentele lor și apoi va decide dacă sunt suficient de maturi pentru a-și forma propriile opinii, în chestiunile ce-i vizează.

Al doilea factor de care va ține cont judecătorul face trimitere la consecvența îngrijirii copilului. De obicei, instanța va încerca să evite perturbarea vieții copilului și își va dori să mențină îngrijirea și rutina acestuia, cât mai consistente posibil. Beneficiile consecvenței vor fi, desigur, puse în balanță cu alți factori, pentru a se asigura că îi profită copilului²⁹. De pildă, judecătorul trebuie să aibă în vedere un alt factor respectiv, siguranța și bunăstarea minorului. Aceste două elemente sunt de o importanță capitală în procesul decizional, întrucât nu se va dori niciodată compromiterea situației unui copil. În privința bunăstării, trebuie să precizăm faptul că aceasta nu este doar o chestiune legată de bogăție sau de plăcere, ci mai degrabă legată de capacitatea unei persoane de a-și trăi viața într-un mod în care are sens și prezintă o valoare. Aici, recunoașterea diversității umane este fundamentală, întrucât bunăstarea unui copil nu poate fi generalizată³⁰.

Siguranța copilului face trimitere la ambele dimensiuni ale acesteia, fizică și psihică. Spre deosebire de adulți care sunt, în general, capabili să facă față capriciilor vieții prin intermediul rațiunii și al intelectului, copiii sunt guvernați, în mare parte, de părțile iraționale ale minții lor, adică de dorințele și de impulsurile primitive. În consecință, ei răspund oricărei amenințări la adresa securității emoționale cu anxietăți fantastice, cu negarea sau denaturarea realității, cu inversarea sau deplasarea sentimentelor- reacții care nu le vor fi de ajutor pentru a face față unei modificări, ci care îi plasează, mai degrabă, în vârtejul evenimentelor³¹.

²⁸ D. Benoit, *Infant-parent attachment: Definition, types, antecedents, measurement and outcome*, în *Paediatr Child Health*, nr. 9/2004, pp. 541-545.

²⁹ M. A. Lippold, K. D. Davis, K. M. Lawson et al., *Day-to-day Consistency in Positive Parent-Child Interactions and Youth Well-Being*, în *J Child Fam Stud*, nr. 25/2016, pp. 3584-3592, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10826-016-0502-x>.

³⁰ J. Krutzinna, *Who is The Child? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making*, în *The International Journal of Children's Rights*, vol. 1, nr. 30/2022, pp. 120-145, DOI: <https://doi.org/10.1163/15718182-30010005>.

³¹ J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, *Before the Best Interests of the Child*, Editura The Free Press, 1979, New York, p. 12.

În fine, trebuie să mai adăugăm aici un alt factor, respectiv dovada capacității parentale³². Instanța va căuta dovezi al capacității persoanelor de a satisface nevoile fizice și emoționale ale copilului. Aici încadrăm, desigur, triada existențială ce constă în hrană, îmbrăcăminte și adăpost, dar și educația și îngrijirea medicală a copilului. Nu în ultimul rând, judecătorii vor lua în considerare sănătatea fizică și mentală a părinților, bunăstarea lor și capacitatea de a oferi copilului sprijin emoțional și îndrumare³³.

Pentru a conchide, spunem că judecătorul trebuie să țină cont de individualitatea copilului, în procesul decizional, astfel încât principiul interesului superior să poată fi aplicat efectiv. Cu toate acestea, deși în practică judecătorii tind să se concentreze pe individualitatea copilului, deciziile dezvăluie că aceștia se opresc, adesea, la evaluări generalizate ale nevoilor minorului. Putem afirma că astăzi, pentru judecători, reprezintă o adevărată provocare realizarea unui salt de la standardul generalizat al nevoilor copiilor la afirmarea individualității lor. Considerăm, astfel, că este crucial să înțelegem modul în care copilul individual poate fi conceptualizat în practică, întrucât nu ne dorim ca el să fie perceput și tratat doar ca o unitate reprezentativă a grupului din care face parte, ci ca o persoană distinctă.

5. Interesul superior al copilului și dreptul de a fi părinte

Dreptul de a avea un copil reprezintă o sintagmă inovatoare în dreptul autohton și relevă un dublu înțeles. Astfel, putem afirma că dreptul de a avea un copil face trimitere la accepțiunea sa în sens negativ, respectiv de a nu procrea, de a nu naște un copil ori de a nu-l recunoaște. Aceste persoane pot alege diverse metode prin care își manifestă refuzul de a deveni părinți. În acest sens, trebuie să menționăm tendința către eugenie a societății. Aceasta poate fi identificată, de pildă, atunci când embrionii sunt implantați în corpul unei femei, într-un număr mare. Din păcate, ca urmare a acestui fenomen, ne confruntăm adesea cu avorturi parțiale, numite modest de către specialiști reducere, cu scopul de a obține doar copiii doriți. Și mai problematică este inferioritatea interesului copilului față de „drepturile și libertățile celorlalți”. Practic, principiul interesului superior al copilului este sacrificat, întrucât se oferă impresia că părinții sunt cei care acceptă dreptul de a avea un copil, reducându-se astfel embrionul la rang de obiect³⁴. În doctrina juridică franceză s-a susținut că interesele părinților sunt mai presus decât interesele copilului lor nenăscut³⁵.

³² S. Houston, *Assessing parenting capacity in child protection: towards a knowledge-based model*, în *Child & Family Social Work*, nr. 21/2016, pp. 347–357, DOI: 10.1111/cfs.12151.

³³ J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, *op. cit.*, pp. 25 și urm.

³⁴ S. Gandreau, *Les Droits de l'être humain face aux enjeux de la biomédecine*, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2002, pp. 288-310.

³⁵ G. Lebreton, *Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur*, în *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nr. 2/2003, pp. 77-86, DOI: <https://doi.org/10.4000/crdf.7717>.

O altă accepțiune a acestui drept dezvăluie sfera sa pozitivă, respectiv dreptul a avea un copil, de a-l recunoaște și de a fi prezent în viața acestuia. Evident, interesul superior al copilului va fi pus în discuție, cu precădere în chestiunile ce vizează autoritatea părintească, respectiv în procesele de stabilire a filiației.

5.1. Principiul interesului superior al copilului și filiația

Începem prin a afirma că, la originea copilului și a filiației sale se află iubirea. După nașterea unui copil, primul act de iubire al părinților săi constă în stabilirea unei legături oficiale de filiație, care să-i unească de acesta. Recunoașterea publică reprezintă, așadar, actul fondator al filiației, prin intermediul căruia i se oferă copilului rădăcini, o poveste și o explicație a venirii sale pe lume³⁶. Din punct de vedere legislativ, legiuitorul a dorit ca legătura de filiație stabilită să reflecte, pe cât posibil și adevărul biologic. Astfel, atunci când instanțele au de soluționat un litigiu ce vizează legăturile de filiație, vor fi responsabile pentru susținerea acestui adevăr, prin determinarea părinților biologici, respectiv prin obligarea acestora la întreținerea și la educarea copilului. Odată dezlegată și soluționată problema filiației, extinderea logică a acestei legături este reprezentată, deci, de exercitarea funcției de părinte.

Nu trebuie să uităm, însă, că părinții pot fi de drept sau *de facto*, iar multe situații vor fi lăsate la aprecierea instanței. Astfel, putem identifica în jurisprudență situații în care judecătorul consideră că este în interesul superior al copilului ca adevărul biologic să iasă la iveală, respectiv situații în care se dorește menținerea legăturii de filiație, deja stabilită. De pildă, Curtea de Apel din Liège a pronunțat o hotărâre la data de 7 iunie 2006, în materie de filiație, pornind de la întrebarea următoare: aflarea adevărului biologic reprezintă o condiție esențială pentru respectarea principiului interesului superior al copilului? Potrivit situației *de facto*, mama avusese o relație extraconjugală cu un bărbat și rămăsese însărcinată cu acesta. Soțul mamei, deși era conștient că acel copil nu putea fi al său, a acceptat stabilirea filiației prin prezumția de paternitate, în sensul că nu a invocat după naștere o acțiune pentru tăgăda paternității. Cu toate acestea, la câteva luni de la naștere, tatăl biologic introduce o acțiune în instanță, prin care dorește înlăturarea legăturii de filiație dintre soțul mamei și copil. Interesant este faptul că, atât mama cât și soțul acesteia se opun, considerând că stabilirea noii legături de filiație va fi contrară interesului superior al copilului. Instanța de fond respinge cererea tatălui biologic, considerând argumentele soților ca fiind întemeiate. Doi ani mai târziu, Curtea de Apel din Liège constată că soțul mamei nu este tatăl biologic al copilului, iar stabilirea noii filiații nu este contrară principiului interesului superior. Într-adevăr, potrivit articolului 332 din Codul civil belgian, instanța trebuia să verifice dacă stabilirea paternității față de tatăl biologic nu era contrară intereselor copilului. Dacă prima instanță apreciasse, pe baza probelor depuse, că o nouă filiație ar fi contrară principiului, Curtea de apel a decis, dimpotrivă, că stabilirea legăturii

³⁶ I. Rougier, *Quel parent pour le juge ?*, în *Spirale*, vol. 1, nr. 21/2002, pp. 49-62, DOI : 10.3917/spi.021.0049.

de filiație va presupune ca, în final, minorul să aibă părinți separați, așa cum se întâmplă în cazul unui divorț. Astfel, copilul nu va fi lipsit nici o clipă de părinți săi, respectiv va beneficia mereu de sprijin și întreținere³⁷. Pentru a conchide, spunem că astăzi, în majoritatea cazurilor, se decide că este în interesul superior al copilului aflarea adevărului biologic. Excepțiile se pot regăsi în jurisprudență, așa cum a fost cazul speței prezentate, fie în legislație, cum este cazul celei din Franța, care vizează nașterea sub anonim³⁸. Potrivit art. 326 din Codul civil francez, femeia are posibilitatea de a păstra secretul cu privire la identitatea sa, respectiv, poate să solicite predarea copilului către o instituție a statului, fără ca acesta să o poată ulterior identifica³⁹. Observăm faptul că, în această situație, legea poate permite nestabilirea unei legături de filiație maternă, în detrimentul interesului superior al copilului de a-și cunoaște originile.

5.2. Interesul superior al copilului și divorțul părinților

Ruptura dintre părinți este percepută de către copii, în mare măsură, precum o chestiune ce depășește sfera puterii lor și asupra căreia nu dețin nici un control. Totodată, copiii percep divorțul ca fiind un eveniment brusc, ce perturbă echilibrul familiei. Plecarea unui părinte din casa familiei, chiar și atunci când este prezentată ca fiind temporară este adesea resimțită precum un abandon de către copii. Această separare poate crea și un sentiment de angoasă dacă acei copii se gândesc la situația în care ar trebui să locuiască alături de părintele care s-a îngrijit mai puțin de ei, ori alături de cel care se simt mai puțin în siguranță. Aici intervine judecătorul care, potrivit reglementărilor europene, este obligat să găsească cele mai bune soluții, pentru ca principiul interesului superior al copilului să fie respectat⁴⁰. Pot apărea probleme în respectarea principiului atunci când părinții nu înțeleg că un cuplu parental trebuie să continue în absența unui cuplu conjugal, respectiv atunci când audierea copilului este defectuoasă.

Potrivit legislației naționale, autoritatea părintească după divorț va fi exercitată, de regulă, în comun, cu excepția unor situații ce impun exercitarea exclusivă⁴¹. Astfel, pentru motive întemeiate și avându-se în vedere respectarea

³⁷ Cour d'Appel - Avis n° F-20090630-10 (2008/RG/790), 30.06.2009, Juridat, 11/07/2018, disponibilă online la adresa web: www.juridat.be, accesată la data de 09.06.2022.

³⁸ A. M. Goldan, *Mères de l'ombre» Nașterea sub anonim sau protejarea identității mamelor în dreptul francez*, în *Revista română pentru protecția și securitatea datelor cu caracter personal*, nr. 4/2020, pp. 60-70, disponibil la adresa web: <https://www.cceol.com/search/article-detail?id=997497>, accesată la data de 09.06.2023.

³⁹ Art. 326, *Code civil français*: „Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé”.

⁴⁰ A. R. Motica, *Considerații privind aplicarea principiului ocrotirii interesului superior al copilului în caz de divorț al părinților săi*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2014, disponibil la adresa web: <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1481047524-lect.-univ.-dr.-adina---renate-motica.pdf>, accesată la data de 09.06.2023.

⁴¹ Art. 397, *Codul civil român*: „După divorț, autoritatea părintească revine în comun ambilor părinți, afară de cazul în care instanța decide altfel”.

principiului european, instanța poate decide ca un părinte să nu mai exercite autoritatea părintească asupra copilului, însă să beneficieze în continuare de dreptul de a veghea asupra modalităților în care acesta este crescut și educat⁴². În jurisprudență, s-a reținut ca motiv întemeiat pentru exercitarea exclusivă a autorității părintești violența unui dintre părinți, la adresa celuilalt și a copiilor⁴³. Nu același rezultat s-a obținut în situația în care disensiunile și conflictele existau numai între părinți, iar comportamentul față de copii era unul ireproșabil⁴⁴. În mod excepțional, instanța poate decide ca autoritatea părintească să fie exercitată și de alte persoane decât părinții, dacă acestea își oferă consimțământul în privința creșterii și educării minorilor. În ultimă instanță, se poate decide că este în interesul superior al copilului ca acesta să fie plasat într-o instituție de ocrotire. În jurisprudența din România am regăsit o decizie a instanțelor ieșene, prin intermediul căreia s-a statuat că este în interesul superior al copilului menținerea măsurii plasamentului față de minoră. Potrivit situației *de facto*, părinții au depus la instanță un acord de mediere ce viza divorțul și exercitarea autorității părintești de către mamă. Instanța de tutelă a validat acordul doar parțial, întrucât nu a fost de acord cu părinții în privința exercitării autorității părintești. În fapt, minora se afla în plasament familial la mătușa paternă, părinții fiind plecați în străinătate. Instanța a reținut, pe baza probelor, că minora beneficia de îngrijire foarte bună, avea rezultate excelente la învățătură, iar menținerea măsurii plasamentului inclusiv în perioada procesului de divorț a fost dispusă întrucât părinții nu au păstrat legătura cu aceasta și nici nu au contribuit la creșterea și educarea ei. În final, instanța a dispus ca locuința copilului să fie, în continuare, la mătușa paternă, menținându-se astfel măsura plasamentului familial, iar părinții au fost obligați să contribuie la creșterea și educarea minorei, prin plata unei pensii lunare de întreținere⁴⁵.

5.3. Separarea *de facto* a părinților

Dacă mai sus am abordat chestiunea divorțului părinților, în coroborare cu principiul interesului superior al copilului, trebuie să precizăm că sunt situații în care părinții se separă *de facto*, fără intervenția instanței. Astfel, neînțelegerile dintre părinți nu se rezolvă mereu prin divorț, ci aceștia pot alege separarea *de facto*, instituția căsătoriei nefiind desfăcută. Cine va stabili interesul superior al copilului într-o astfel de situație? Întrucât căsătoria va genera, în continuare, efecte juridice pecuniare și personale, considerăm că minorul va continua să locuiască alături de părintele la care locuiește în mod frecvent. Cât privește autoritatea părintească, dacă nu există motive temeinice care să reclame o autoritate exclusivă, rezultă că aceasta va fi, în continuare, comună. Într-o astfel de situație, universul familial al copilului nu se va modifica semnificativ, singura diferență fiind reprezentată de lipsa de coabitare a părinților. Precum se întâmplă și în situația

⁴² M. Pivniceru, C. Luca, *Interesul superior al copilului. Expertiza psihologică în caz de separarea/divorțul părinților*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 27.

⁴³ Trib. București, s.a. III-a civ., dec. nr. 112/14.01.2015.

⁴⁴ Curtea de Apel București, s.a. III-a civ., dec. nr. 814/2015.

⁴⁵ Tribunalul Iași, decizia nr. 2243/2017.

divorțului, minorul va păstra relațiile personale cu părintele la care nu locuiește iar acesta din urmă păstrează dreptul de a exercita autoritatea părintească. Pentru a conchide, susținem că interesul superior al copilului, în cazul separării *de facto* a părinților va fi stabilit chiar de către aceștia din urmă, instanța intervenind doar în caz de neînțelegeri.

5.4. Concubinajul părinților și interesul superior al copilului

Potrivit doctrinei juridice franceze, interesul superior al copilului a introdus, treptat, noțiunea juridică de cuplu și a contribuit la pluralismul formelor de conviețuire. Astfel, s-a afirmat că acest principiu a participat la declinul instituției căsătoriei și la recunoașterea libertății sexuale⁴⁶. Noi nu vom dezbate această chestiune, întrucât ne-am propus să abordăm doar o perspectivă a concubinajului, respectiv cea care reflectă realitatea autohtonă a unei relații dintre un bărbat și o femeie. Astfel, dacă părinții unui copil trăiesc în concubinaj, spunem că situația juridică a minorului este similară cu cea din căsătorie. În acest sens, dacă părinții conviețuiesc, atunci autoritatea părintească va fi exercitată, de regulă, în comun, potrivit regulilor generale, aspect care determină o împărțire egalitară a sarcinilor părintești. Dacă părinții copilului nu conviețuiesc, atunci modul de exercitare a autorității părintești va fi stabilit de comun acord, ori de către instanță, în caz de neînțelegere între părinți. Toate aceste decizii trebuie să reflecte respectarea principiului interesului superior al copilului, astfel că situația s-ar putea modifica, dacă sunt sesizate neconcordanțe cu nevoile și interesele minorului⁴⁷.

O relație de concubinaj poate, însă, să genereze controverse dacă unul dintre concubini nu este părintele copilului. În jurisprudența franceză s-a reținut că, fosta concubină a mamei nu are dreptul de a menține relații cu minorul după despărțire, întrucât împrejurările care ar determina menținerea unei legături personale nu sunt regăsite în speță. În acest caz, Curtea de Casație franceză pare să realizeze o distincție între relația de conveniență dintre un copil și un terț, rezultată din conviețuire, respectiv relația de afecțiune existentă între un copil și partenerul părintelui⁴⁸.

⁴⁶ J. Pousson-Petit, *L'intérêt supérieur de l'enfant: vecteur de simplification ou de déstructuration du droit de la famille en Europe?*, în *Qu'en est-il de la simplification du droit?*, Presses de l'Université Toulouse, 2010, pp. 193-209, DOI: <https://doi.org/10.4000/books.putc.1267>.

⁴⁷ Potrivit jurisprudenței naționale, autoritatea părintească va fi exercitată în comun, chiar în lipsa coabitării părinților. În acest sens, Tribunalul Arad, prin decizia nr. 861/12.08.2016, a stabilit că părăsirea domiciliului comun după 10 ani de conviețuire, nu-l împiedică pe părinte să exercite autoritatea părintească, dacă acesta a manifestat interes și a păstrat legăturile personale cu minorul, existând o relație puternică de afecțiune. Reținând faptul că minorul este atașat de ambii părinți, instanța a decis că este în interesul superior al acestuia ca autoritatea părintească să continue a fi exercitată în comun.

⁴⁸ Petru detalii, a se consulta decizia *Cass. civ. 1, 6 novembre 2019, n° 19-15198*, disponibilă la adresa web: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039389097>, accesată online la data de 10.06.2023.

5.5. Locuința copilului după divorț, în contextul respectării principiului interesului superior

Schimbarea locuinței minorului, ca urmare a unui proces de divorț, reprezintă o chestiune complexă întrucât poate implica noi figuri parentale, o familie recompusă, schimbarea mediului social și abandonarea prietenilor ori colegilor de școală. Prin urmare, această complexitate necesită o abordare cazuistică, prin intermediul căreia să fie echilibrate drepturile copilului în raport cu principiul interesului său superior. Totodată, relocarea prezintă provocări dacă are loc în dinamica transnațională. De exemplu, se poate întâmpla ca unul dintre părinți să nu se alătore plecării, ori să nu-și poată vizita copilul din pricina neîndeplinirii unor formalități legate de documentele de călătorie.

Regula națională, în materie de stabilire a locuinței copilului prevede că aceasta va fi stabilită, de comun acord de către părinți, în caz contrar intervenind instanța⁴⁹. Totodată, se prevede că instanța va interveni și dacă înțelegerea părinților nu reflectă respectarea principiului interesului superior al copilului. Cu privire la modurile în care părinții sau instanța aleg să soluționeze litigiul, remarcăm faptul că se insistă pe egalitatea părinților în fața legii. Această egalitate dezvăluie posibilitatea ca un minor cu vârsta de 1 an să poată locui alături de tată, ori ca minorul să aibă reședință alternativă. Ultima posibilitate presupune o schimbare a mentalității profesioniștilor din dreptul familiei și, pentru că reprezintă o noutate, trebuie să convingă⁵⁰. Astfel, se încearcă a se demonstra că un cuplu parental poate continua să funcționeze în absența unui cuplu conjugal⁵¹. Cu toate acestea, majoritatea părinților văd locuința alternativă ca pe o soluție temporară, pe care mai apoi abandonează din pricina îndepărtării geografice, a disconfortului pe care îl poate crea copilului, precum și din pricina recompunerii familiale. Este și cazul soluționat de Curtea de apel din Limoges, prin intermediul căruia s-a pus în discuție reședința alternativă în raportul cu interesul superior al copilului⁵². Potrivit

⁴⁹ Art. 400, Codul civil român: „(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”.

⁵⁰ B. Hachet, *Résidence alternée. Pratiques polémiques et normes ambivalentes*, în *Journal des anthropologues*, 2016, pp. 191-219, DOI : <https://doi.org/10.4000/jda.6418>.

⁵¹ S. Cadolle, *La transformation des enjeux du divorce: La coparentalité à l'épreuve des faits*, în *Informations sociales*, vol. 122, nr. 2/2005, pp. 136-147, DOI: <https://doi.org/10.3917/inso.122.0136>.

⁵² *Cour d'appel de Limoges*, 25.08.2014, 13/01255, disponibil la adresa web: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029415224>, accesată la data de 10.06.2023.

situației *de facto*, părinții optaseră pentru reședința alternativă, pe cale amiabilă. În acest sens, tatăl a sesizat instanța pentru a lua act de înțelegerea lor și pentru a stabili locuința alternativă a copilului. În cadrul procesului, mama s-a opus reședinței alternative, cu toate că anterior fusese de acord. Instanța a dispus ca domiciliul copilului să fie stabilit la mamă, întrucât vârsta de 3 ani, respectiv fragilitatea psihică a acestuia și distanța dintre casele părinților nu reflectă respectarea interesului superior, în situația în care s-ar alege o reședință alternativă. În apelul formulat de tatăl copilului s-a susținut că, distanța dintre casele părinților era de aproximativ 24 de km, că minora putea frecventa aceeași grădiniță și că tatăl putea avea grijă de copil, întrucât beneficia de un program de muncă flexibil, în intervalul orar 10:00-15:00. Mai mult decât atât, tatăl a invocat problemele psihologice ale minorei, prezente de dinaintea reședinței alternative, care n-au fost remediate nici după fixarea domiciliului la mamă. Instanța a identificat problemele de comportament ale minorei și a decis ca aceasta să fie consiliată de un specialist. Totodată, instanța a considerat că tulburările au fost legate de divorțul părinților și a insistat asupra stabilității domiciliului, schimbările nefiind o soluție, la acel moment. În final, Curtea de apel din Limoges a statuat că, deși reședința alternativă are ca scop respectarea egalității în drepturi a părinților, ea trebuie înființată în funcție de binele individual al copilului.

O altă chestiune care suscită controverse este legată de menținerea relațiilor personale cu părintele nerezident. Potrivit legislației naționale, în cazul separării, părintele va avea dreptul de a păstra legături personale cu minorul⁵³. Totuși, sunt decizii ale instanțelor unde se prevede că acest drept de a menține legături personale nu va fi exercitat dacă îi provoacă minorului un anumit disconfort. De pildă, în cauza *Sommerfeld v. Germania*, minora în vârstă de 13 ani își exprimase dorința în instanță de a nu menține legătura cu tatăl, decizie pe care instanța a menținut-o, întrucât s-a considerat că i-ar putea provoca fetei un dezechilibru emoțional grav⁵⁴. Tot în legătură cu menținerea unei relații personale, s-a stabilit că este foarte important ca judecătorul să verifice efectivitatea măsurii, întrucât sunt situații în care părintele nerezident nu poate respecta un program de vizită impus de un judecător, din motive neimputabile acestuia, precum starea de detenție, locuirea într-o țară distinctă ori apariția unor probleme de sănătate care persistă. De exemplu, prin decizia nr. 112/14.01.2015, Tribunalul București a stabilit că dreptul părintelui de a avea legături personale cu minorul nu se poate realiza efectiv, întrucât apelantul pârât se afla în stare de detenție. Astfel, el nu putea lua minorele acasă, conform programului stabilit de către instanță, întrucât starea de

⁵³ Art. 401, Codul civil român: „(1) În cazurile prevăzute la art. 400, părintele sau, după caz, părinții separați de copilul lor au dreptul de a avea legături personale cu acesta. (2) În caz de neînțelegere între părinți, instanța de tutelă decide cu privire la modalitățile de exercitare a acestui drept. Ascultarea copilului este obligatorie, art. 264 fiind aplicabil”.

⁵⁴ Cauza *Sommerfeld v. Germania*, disponibilă la adresa web: <https://vlex.co.uk/vid/sommerfeld-v-germany-849758473>, accesată la data de 10.06.2023.

detenție exclude materializarea dreptului de găzduire a copilului. Astfel, judecătorul trebuie să aibă în vedere contextul imediat al măsurii, respectiv coroborarea acesteia cu principiul interesului superior al copilului.

În concluzie, ideea potrivit căreia este în interesul superior al copilului ca acesta să-și vadă părinții, în mod regulat, reprezintă o dogmă ce cu greu poate fi pusă sub semnul întrebării în abstract, însă care devine discutabilă în cazuri specifice. Acest lucru se petrece deoarece, complementaritatea rolului de tată și mamă, uneori invizibilă în perioada coabitării, se poate dovedi problematică în cazul reședinței alternative. Totodată, menținerea legăturilor personale cu minorul, după separare, nu se poate impune dacă părintele este violent ori dacă a avut un comportament nepotrivit față de copil. La momentul stabilirii locuinței minorului, instanța va avea în vedere diferența de standard dintre părinți, în privința devotamentului și disponibilității față de copii, dar și stabilitatea economică a acestora, pentru a minorii să beneficieze de un trai echivalent.

5.6. Importanța audierii minorului în procesele ce vizează exercitarea autorității părintești

În privința măsurii audierii minorului, unele state au decis să stabilească o vârstă minimă, cu scopul de a-i proteja împotriva experiențelor traumatizante sau contrare intereselor lor. Potrivit acestor justificări, depășirea vârstei minime într-o procedură care interesează minorii ar fi sistematic contrară intereselor lor. Cu toate acestea, potrivit unui raport UNICEF, este de preferat să nu se stabilească o vârstă sub care să se presupună că audierea ar fi în dezacord cu respectarea principiului interesului superior, întrucât judecătorul trebuie să decidă ținând cont de individualitatea copilului⁵⁵. În acest sens, considerăm că vârsta fragedă a minorului, respectiv situația sa de vulnerabilitate nu afectează dreptul acestuia de a fi ascultat și nici nu reduc ponderea în determinarea interesului superior. O decizie a Curții Europene a Drepturilor Omului, referitoare la audierea minorului, cunoscută sub numele de *Sahin c. Germania*, nr. 30943/96, 2003 dezvăluie că procesul de audiere poate presupune un risc pentru minor. Potrivit situației *de facto*, mama minorei i-a interzis tatălui să ia legătura cu fetița în vârstă de 4 ani. Instanța regională din Germania a decis că dreptul de vizită acordat tatălui ar putea dăuna copilului, din pricina tensiunilor grave existente între părinți. Motivul pentru care speța a ajuns în fața instanțelor europene este acela că, potrivit datelor, instanța regională nu a procedat la audierea minorei, pentru a stabili dacă, într-adevăr, este în interesul superior al acesteia neacordarea unui drept de vizită tatălui, ci s-a bazat pe concluziile unui psiholog. Potrivit deciziei CEDO, s-a produs o încălcare a articolului 8 din Convenție, întrucât instanța nu trebuia să permită anularea procedurii de audiere, din pricina unei cerințe venită din partea unui expert psiholog. Mai mult decât atât, instanța putea hotărî ca audierea să se realizeze chiar de către un

⁵⁵ Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene și Consiliul Europei, *Manual de drept european privind drepturile copilului*, 2015, p. 42, disponibil la adresa web: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_ROM.pdf, accesată la data de 10.06.2023.

psiholog, pentru a evita traumatizarea minorei. Astfel, audierea minorului, în cadrul unei proceduri care-l vizează, constituie un instrument indispensabil, în vederea determinării interesului superior al acestuia⁵⁶.

Trebuie să precizăm faptul că, dreptul minorului de a fi audiat se aplică atât copiilor priviți individual, cât și copiilor constituiți într-un grup. Astfel, copilul, în calitatea sa de persoană fizică, are dreptul de a-și exprima opinia asupra tuturor chestiunilor care îl interesează, asta presupunând că va fi audiat în toate procedurile care îl privesc. Totuși, dacă audierea reprezintă un drept, spunem despre ea că nu este în niciun caz o obligație, întrucât copiii au dreptul de a nu-și exprima opiniile în instanță. În toate cazurile, statele trebuie să se asigure că minorii primesc absolut toate informațiile și sfaturile necesare, pentru a lua o decizie care să servească interesului lor superior.

Analizând doctrina, am constatat că specialiștii invocă medierea drept un remediu al audierii minorului⁵⁷. Aceasta poate acționa ca un exercițiu de consolidare a capacității copilului, plasându-l în centrul procesului. Totodată, prin mediere se oferă putere părinților, pentru a lua decizii pe termen lung sau scurt, care să vizeze interesul superior al copilului. Înainte de a iniția un proces de mediere, trebuie luată în considerare particularitatea cazului, întrucât acesta ar putea fi în dezacord cu medierea, părinții fiind limitați în privința capacității de a-și negocia poziția (de pildă, într-un caz de violență domestică ori abuz sexual). Mai mult decât atât, se impune necesitatea de a stabiliza nivelul de tensiune dintre părinți, înainte de implicarea copilului în procesul de mediere, cu scopul de a reduce riscul manipulării minorului⁵⁸. Un alt factor care trebuie luat în considerare vizează profesioniștii implicați în procesul de mediere. Astfel, profilul mediatorilor trebuie să surprindă competențe deosebite în situații extrem de conflictuale. În acest sens, s-a susținut chiar co-medierea, adică abordarea interdisciplinară a conflictului, grație unei echipe de specialiști⁵⁹. Nu în ultimul rând, procesul de mediere trebuie să fie accesibil părților. În acest sens, trebuie să amintim faptul că, în majoritatea țărilor europene, schemele de asistență judiciară nu acoperă ajutorul financiar pentru procedurile de mediere. Un alt obstacol în calea accesului părților la mediere este reprezentat de nepromovarea acestor servicii. Prin urmare, ar trebui luate în

⁵⁶ Pentru detalii, a se vedea pricina Sahin c. Germaniei, la adresa web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0317>, accesată la data de 10.06.2023.

⁵⁷ J. Hirsch, *Searching for amicable solutions: Can mediation be the best option for children caught up in family disputes?*, în *Child protection under EU law Monday*, 2021, disponibil la adresa web: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/237715/Juliane-Hirsch-JURI-Committee-Hearing-Child-EU-Law_EN.pdf, accesată la data de 10.06.2023.

⁵⁸ A. Barsky, *Understanding family mediation from a social work perspective*, în *Canadian Social Work Review*, vol. 18, nr. 1/2016 pp. 25–46, disponibil la adresa web: <http://www.jstor.org/stable/41669716>, accesată la data de 10.06.2023.

⁵⁹ M. Roberts, *Interdisciplinary influences on family mediation: A chronicle of colonisation foretold?*, în *Mediation Theory and Practice*, vol. 1, nr. 2/2017, pp. 211–231, DOI: <https://doi.org/10.1558/mtp.28819>.

considerare măsuri suplimentare pentru a se asigura atât disponibilitatea asistenței juridice pentru mediere, cât și conștientizarea publicului.

Pentru a conchide, trebuie să precizăm faptul că, de cele mai multe ori, copiii își pot forma o opinie, chiar dacă nu sunt mereu capabili să o exprime verbal. Prin urmare, vârsta copilului nu trebuie să reprezinte un impediment în procesul de audiere. Pentru a susține întreaga procedură, s-a considerat ca fiind esențială furnizarea de informații, adaptate vârstei și nevoilor copilului, cu scopul de a-l împuternici pe acesta în toate cazurile ce-l vizează. Împuternicirea copiilor subliniază că faptul că, audierea reprezintă un drept pe care ei îl au, nicidecum o obligație, dezvoltându-se o relație de încredere. În acest sens, s-a promovat și ideea unui avocat specializat, un curator *ad litem* al copiilor, pentru a le proteja drepturile și pentru a le transmite punctul de vedere, în cadrul procesului. Avantajul unui avocat pentru copii este acela că ei vor ști, în orice moment, că au alături un adult care îi reprezintă, în care pot să aibă încredere și la care pot să meargă pentru a-și exprima opiniile. La nivel european, există un consens larg ce prevede că profesioniștii implicați în astfel de procese trebuie să fie instruiți, în mod adecvat, pentru a interveni în vederea respectării principiului interesului superior al copilului⁶⁰.

6. Concluzii

Interesul superior al copilului, numit „formulă magică” de către profesorul Jean Carbonnier ori „instrument de putere aflat în mâinile judecătorului” de către Pierre Verdier, reprezintă un concept cu sens neidentificat, întrucât nu regăsim o definiție a acestuia care să acopere multitudinea de cazuri specifice. Din aceste considerente, unii îl critică, susținând că principiul este lipsit de claritate și reprezintă un pericol în justiție, întrucât face posibilă justificarea unor practici variate. Alții, dimpotrivă, susțin că lipsa unei definiții reprezintă un atu, întrucât principiul va permite luarea în considerare a situațiilor individuale, presupunând o adaptare temporală și socio-culturală a deciziei instanței.

Prin intermediul acestei lucrări ne-am propus să abordăm chestiunea interesului superior al copilului, în mozaicul familiei. Pentru început, am reflectat asupra înțelegerii conceptului de interes superior al copilului, pentru ca mai apoi să putem dezvălui utilitatea și efectele acestuia în jurisprudența europeană. În acest fel, am subliniat importanța îmbunătățirii procedurilor ce vizează copiii în cazul litigiilor de dreptul familiei, respectiv am identificat blocajele care pot să apară la nivelul profesioniștilor ori al protagoniștilor. Remarcăm aici medierea, care reprezintă un instrument puternic și util în protejarea principiului și care trebuie luată în considerare în procedurile de separare a părinților. Astfel, în lucrare, s-a subliniat importanța revizuirii adecvate a cererilor, pentru a determina dacă acestea sunt potrivite medierii, respectiv importanța formării adecvate a profesioniștilor

⁶⁰ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2022, p. 250 și urm., disponibil la adresa web: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-2022-handbook-child-rights_en.pdf, accesată online la data de 10.06.2023.

implicați. Nu în ultimul rând, s-a evidențiat necesitatea accesibilității serviciilor de mediere în procesele de separare și introducerea lor în scheme de asistență financiară. Tot legat de interesul superior al copilului, s-a discutat despre informarea acestuia pe toată durata procedurilor care îl privesc. Minorul trebuie să primească informațiile într-un limbaj adaptat vârstei și nevoilor sale și trebuie să aibă dreptul de a fi audiat în instanță, neținându-se cont, neapărat de limita de vârstă, cât mai degrabă de particularitatea cazului. Un alt aspect important, dezvăluit în lucrare, este reprezentat de posibilitatea instituirii unui avocat al copilului, un curator *ad litem*, față de care să se dezvolte o relație de încredere și prietenie, astfel încât justiția să se realizeze în vedere respectării principiului interesului superior.

În final, este esențial să se rețină faptul că, apariția unui eveniment care bulversează viața de familie nu ridică automat și problema unei slabe înțelegeri a conceptului, respectiv a unei implementări defectuoase a acestuia. Consecința este că, în ciuda bunei-credințe prin intermediul căreia susținem că un copil este unic, ce deține nevoi, trăsături și preferințe individuale, continuăm să generalizăm și să facem presupuneri bazate pe categorii în determinarea interesului său superior. În acest sens, menționăm că inspirația pentru a găsi soluții potrivite nevoilor copiilor poate fi găsită și în afara dreptului familiei. Judecătorul trebuie să privească interdisciplinaritatea precum o parte esențială a procesului decizional, întrucât analiza strict tehnico-juridică nu va crea soluții umane, ci doar raționale. Considerăm că s-ar impune, cel puțin, în domeniul dreptului familiei, o nouă linie de cercetare care să vizeze logica inimii, ori rolul sentimentului în drept.

Referințe

- Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene și Consiliul Europei, *Manual de drept european privind drepturile copilului*, Belgia, 2016
- Barsky, A., *Understanding family mediation from a social work perspective*, în *Canadian Social Work Review*, vol. 18, nr. 1/2001, pp. 25-46
- Benoit, D., *Infant-parent attachment: Definition, types, antecedents, measurement and outcome*, în *Paediatr Child Health*, nr. 9, 2004, DOI: <https://doi.org/10.1093/pch/9.8.541>
- Bob, M. D., *Manual elementar de drept privat roman*, Editura Universul Juridic, București, 2019
- Cadolle, S., *La transformation des enjeux du divorce: La coparentalité à l'épreuve des faits*, în *Informations sociales*, nr. 122, DOI: <https://doi.org/10.3917/inso.122.0136>
- Ciucă, V. M., *Drept roman. Lecțiuni*, Vol. I, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Iași, 2014
- Dalby, R. Dalby, *Essential Family Law*, Editura Cavendish Publishing Pty Limited, London, 2001
- Direcția Jurisconsultului Curții europene a drepturilor omului, *Ghid privind art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului. Dreptul la respectarea vieții private și de familie, a domiciliului și a corespondenței*, 2018
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2022
- Freeman, M., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 3. The Best Interests of the Child*, Editura Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007
- Goldan, A. M., «Mères de l'ombre» Nașterea sub anonimat sau protejarea identității mamelor în dreptul francez, în *Revista română pentru protecția și securitatea datelor cu caracter personal*, nr. 4/2020, [online]

- Goldstein J., A. Freud, Solnit A.J., *Before the Best Interests of the Child*, Editura The Free Press, New York, 1979
- Hachet, B., *Résidence alternée. Pratiques polémiques et normes ambivalentes*, în *Journal des anthropologues* 2016, DOI : <https://doi.org/10.4000/jda.6418>
- Hirsch, J., *Searching for amicable solutions: Can mediation be the best option for children caught up in family disputes?*, în *Child protection under EU law Monday*, 2021
- Houston, S., *Assessing parenting capacity in child protection: towards a knowledge-based model*, în *Child & Family Social Work*, nr. 21/2016, DOI: <https://doi.org/10.1111/cfs.12151>
- Kelly, J. B., *The Best Interests of The Child. A Concept in Search of Meaning*, în *Family and Conciliation Courts Review*, Vol. 35, nr. 4/1997, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.1997.tb00480.x>
- Krutzinna, J., *Who is The Child? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making*, în *The International Journal of Children's Rights*, nr. 30, vol. 1, 2022, DOI: <https://doi.org/10.1163/15718182-30010005>.
- Liebel, M., *Welfare or Agency? Children's Interests as Foundation of Children's Rights*, în *The International Journal of Children's Rights*, vol. 4, nr. 26/2018, DOI: <https://doi.org/10.1163/15718182-02604012>
- Lippold, M. A., Davis, K. D., Lawson, K. M. et al., *Day-to-day Consistency in Positive Parent-Child Interactions and Youth Well-Being*, în *J Child Fam Stud*, nr. 25/2016, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10826-016-0502-x>
- Lorubbio, V., *The Best Interests of The Child. More than 'a Right, a Principle, a rule of Procedure' of International Law*, Editura Scientifica, Napoli, 2022
- Motica, A. R., *Considerații privind aplicarea principiului ocrotirii interesului superior al copilului în caz de divorț al părinților săi*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2014, [online]
- Pivniceru, M., Luca, C., *Interesul superior al copilului. Expertiza psihologică în caz de separarea/divorțul părinților*, Editura Hamangiu, București, 2016
- Pousson-Petit, J., *L'intérêt supérieur de l'enfant : vecteur de simplification ou de déstructuration du droit de la famille en Europe?*, în *Qu'en est-il de la simplification du droit?*, Presses de l'Université Toulouse, 2010, DOI: <https://doi.org/10.4000/books.putc.1267>
- Roberts, M., *Interdisciplinary influences on family mediation: A chronicle of colonisation foretold?*, în *Mediation Theory and Practice*, vol. 1, nr. 2/2017, DOI: <https://doi.org/10.1558/mtp.28819>