

TENDINȚE ACTUALE ALE DREPTULUI FRANCEZ AL FAMILIEI

Gérard Cornu

profesor la Universitatea de drept, economie și științe sociale, Paris

1. Din 1964 pînă în 1975, o serie de reforme fundamentale au schimbat aproape în întregime dreptul civil francez al familiei: 14 dec. 1964, reforma tutelei și a emancipării; 13 iulie 1965, reforma regimurilor matrimoniale; 13 iulie 1968, reforma dreptului persoanelor inapte majore; 4 iunie 1970, legea privind ocrotirea părintească; 3 ianuarie 1972, legea privind filiația; 11 iulie 1975, reforma divorțului (și a separației de corp).

2. Importanța acestui fenomen legislativ iese în relief prin întinderea și adîncimea sa: cuprinzînd aproape în totalitate¹ problemele de ordin extrapatrimonial sau patrimonial în ansamblul relațiilor de familie², acesta constituie o reformă globală a dreptului familial francez (mai ales dacă se adaugă și unele modificări deloc de neglijat, dar de altă natură: reforma înfierii prin legea din 11 iulie 1966; legea din 5 iulie 1974 fixînd majoratul la vîrsta de 18 ani, legea din 3 iulie 1971 privind raporturile de succesiune, reducțiunea liberalităților și partajele ascendenților; legea din 31 decembrie 1976 privind organizarea indiviziunii și legea din 22 decembrie 1977 relativă la absență).

Producînd o „revoluție liniștită” acțiunea se distinge prin transformări radicale, avînd un caracter novator, ca de exemplu: consfințește egalitatea sexelor în căsătorie și în dreptul ocrotirii părintești; stabilește măcar în principiu, egalitatea tuturor copiilor legitimi sau naturali în raporturile cu tatăl și mama acestora; creează noi tipuri de regimuri matrimoniale (precum regimul convențional al participării la bunurile achiziționate în timpul căsniciei); instituie divorțul prin consimțămîntul mutual, admite divorțul pentru slăbirea facultăților mentale etc....

3. Oare de unde provine, în istoria dreptului nostru, această reinnoire esențială? Originalitatea acestei serii de legi stă în faptul că ele sînt legate de aceeași acțiune³. Toate aceste prefaceri au aceeași origine. Ele sînt produsul aceleiași noi metode legislative. Noutatea lor nu se datorează faptului că legislatorul francez s-ar fi hotărît să realizeze reformele codului din 1804, fără să răstoarne perspectiva, înlocuind doar punct cu punct vechile dispoziții prin altele noi: procedeu al cărui rezultat — puțin spectaculos — ar fi fost de a da Franței un nou cod al fami-

¹ Cu excepția numeroaselor elemente ale dreptului succesoral.

² fie între soți, fie între părinți și copii, în familia legitimă sau cea naturală, fie chiar în cercul mai larg al înrudirii directe sau prin alianță.

³ Al cărei impuls a fost dat de dl. Jean Foyer, ministru de justiție.

liei, înglobat în Codul lui Napoleon. Votate după procedura constituțională, aceste legi își găsesc originalitatea în faptul că proiectele guvernamentale supuse Parlamentului au fost pregătite pe baza lucrărilor unui juristconsult însărcinat cu concepția și elaborarea în proiect a fiecărei reforme. (Dl. Jean Carbonnier). A rezultat printre alte trăsături, o utilizare exemplară a științelor auxiliare legislației. Mai multe din aceste legi au fost precedate de cercetări sociologice (anchete de opinie, date statistice). Printre sursele reale ale acestei legislații, datele istorice și comparative constituie contribuții interesante. Este puțin paradoxal că legislații străine au servit, cu precizie, ca model, sau ca referință, chiar într-un domeniu legat de tradițiile naționale, dat fiind că majoritatea legislațiilor din Europa sînt, din multe puncte de vedere, animate de tendințe asemănătoare și că între sisteme juridice de același nivel se deschide, pentru tehnicile juridice de bază⁴ o piață de liber schimb științific. Ar fi ambiguu să afirmăm că legislația izvorită din aceste surse este o legislație sociologică. Sondajele de opinie n-au dictat legi (după cum a afirmat decanul Carbonnier). Precum istoria și dreptul comparat, și sociologia a contribuit la documentarea legislatorului.

În mod cert, utilizarea acestor contribuții diferite în același creuzet, asociată cu unitatea de scriere și gândire conferă seriei acestor legi o coerență perfectă. Reformele din 1964 pînă în 1975 constituie un corp de legi ale căror elemente se clarifică unul pe celălalt.

5. În acest ansamblu, ne-a reținut atenția în mod special dreptul conjugal (dreptul raporturilor dintre soți) și dreptul ocrotirii părintești (dreptul raporturilor între tată și mamă, cu privire la copiii lor, fie în familia legitimă, fie în familia naturală). Rezultînd, în principal, din legea din 13 iulie 1965 care aduce îmbunătățiri regimurilor matrimoniale și din legea din 4 iunie 1970 privind ocrotirea părintească, aceste două drepturi conduc, în adevăr, prin potrivirile lor, la apariția unui model familial și a unui model legislativ:

- modelul familial: prima trăsătură a dreptului conjugal și de ocrotire părintească nu ar fi aceea de a dezvălui o nouă imagine a familiei?
- modelul legislativ: cealaltă contribuție a acestor modificări nu ar putea avea ca scop o nouă abordare legislativă?

3. Oare de unde provine, în istoria dreptului nostru, această reinvenție esențială? Originalitatea acestei serii de legi stă în faptul că ele sînt legate de aceeași acțiune⁵. Toate aceste prevederi au aceeași origine. Ele sînt produsele unei metode legislative. Noutatea lor nu se

O nouă imagine a familiei

6. „Soții își datorează reciproc fidelitate, ajutor, sprijin” (Codul civil art. 212); „Copilul, la orice vîrstă, datorează cinste și respect tatălui și mamei sale” (C. civ. art. 371): deci, încă nu s-a schimbat totul. Totuși, puterea paternă a devenit ocrotirea părintească. Această dublă semnificație, purtătoare de simbol, ne informează că a avut loc o schimbare în structurile familiei și în valorile care constituie baza dreptului familial.

⁴ De exemplu, pentru utilizarea prezumțiilor legale de putere, a se vedea mai departe, nr. 36.

A — Remodelarea structurilor familiale

7.a. În manifestarea sa cea mai vizibilă, rezultă satisfacerea principiului egalității sexelor în căsătorie și în raporturile față de rude. Structurile noi ale familiei sînt, în principal, structuri de egalitate și nu de ierarhie. Puterea maritală și cea paternă au dispărut. Aceasta înseamnă că întronarea unor raporturi egalitare apare istoric vorbind ca o promovare a femeii (soție și mamă) în cadrul cuplului ¹. În noul drept, totuși această egalitate nu este absolută, dar influența sa este astăzi foarte mare (este prima sa caracteristică).

8. Între soți egalitatea juridică este deplin realizată prin normele care se aplică tuturor familiilor, ca urmare a căsătoriei, oricare ar fi regimul matrimonial al soților și în pofida oricărei convenții contrare (c. civ. art. 226). Și trebuie recunoscut că domeniul de egalitate care reiese din aceste reguli generale și imperative este tot atât de elementar pe cît de primordial: datoriile căsătoriei sînt reciproce (C. civ. art. 212, 215); fiecare soț are deplina capacitate de drept (art. 216); fiecare soț poate să-și deschidă fără consimțămîntul celuilalt orice cont de depuneri sau de titluri pe numele său propriu (art. 221); fiecare soț este liber să exercite, fără consimțămîntul celuilalt, profesia aleasă (art. 223); fiecare soț încasează cîștigurile și salariile sale, de care poate dispune în mod liber, după ce-și va fi îndeplinit obligațiile de căsătorie (art. 224). Fiecare se bucură deci în toată libertatea de o deplină autonomie profesională și de o totală autonomie bancară.

9. Totuși, soții au un regim matrimonial propriu-zis. Or, dacă ei au posibilitatea să aleagă un regim convențional perfect egalitar (separarea bunurilor, administrarea bunurilor achiziționate în timpul căsătoriei și împărțirea în caz de divorț) libertatea convențiilor matrimoniale le îngăduie să prefere un regim inegalitar (de ex. de a restabili preponderanța maritală adoptînd posesiunea în comun cu clauza unității de administrare)⁵. Este adevărat că dacă căsătoria are loc fără a se încheia în prealabil vreo convenție matrimonială (ceea ce este cazul pentru 80% din familii), soții se găsesc de drept sub incidența legii de drept comun, care este azi regimul legal al comunității de bunuri, mărginit la bunurile achiziționate în timpul căsătoriei. Or, noua posesiune comună a bunurilor are o structură egalitară. Dar această afirmație cere o subliniere. Aceasta este verificată atunci cînd soția, exercitînd o profesie diferită dobîndește bunuri prin munca sa. Comune fiind, aceste bunuri sînt destinate să fie administrate de către soție. Într-o simetrie perfectă, regimul comunității îi înzestrează, cu aceleași drepturi, pe soț în fruntea bunurilor comune ordinare, pe soție în fruntea bunurilor dobîndite prin munca proprie (C. civ. art. 1421, 1425) și lasă fiecarei aceeași putere în gestiunea bunurilor proprii. Dar acest sistem schioapătă dacă soția nu exercită o profesie separată. Atunci, fără îndoială ea rămîne asociată cu actele cele mai grave privind bunurile comune ordinare (C. civ. art. 1422, 1424). Dar, în lipsa unor bunuri dobîndite de soție, nu va fi decît o singură

⁵ care reunește în minile soțului, în afara gestiunii propriilor bunuri, pe cea a bunurilor comune și bunurile proprii ale soției sale (C. civ. art. 1505), cu excepția bunurilor rezervate (realizate de aceasta).

categorie de bunuri comune, care sînt, pentru gestiunea curentă, administrate de soț.

Este adevărat, că în toate ipotezele, noul regim legal mai ascunde alte cîteva elemente de inegalitate, dar care sînt mai puțin supărătoare fiind în avantajul soției, în favoarea căreia legea din 1965 a păstrat cîteva garanții speciale și cîteva privilegii⁶ conform cutumei că prin forța obișnuinței, soții vor continua, în fapt, să intervină, măcar pe durata unei perioade de tranziție, în treburile soților lor. Diferite proiecte și propuneri de legi au ca obiect eliminarea acestor rămășițe și stabilirea între soți a unei egalități perfecte.

11. *Între părinți*, o astfel de egalitate domnește deja, cu o singură excepție, cel puțin în familia legitimă. Anumite dispoziții fundamentale afirmă, în principiu, că soții asigură împreună conducerea morală și materială a familiei (C. civ. art. 213), că ocrotirea părintească aparține atît tatălui, cit și mamei (C. civ. art. 371-2, al. 1), că în timpul căsătoriei tatăl și mama își exercită în comun ocrotirea (C. civ. 372). Amîndoi, capi de familie, pe picior de egalitate, tatăl și mama sînt în același timp co-titulari și co-giranți ai ocrotirii părintești. În această privință, doar un singur element de inegalitate rămîne, în favoarea tatălui. Acesta privește prerogativele părinților relative la bunurile personale ale copilului. Atunci cînd ambii părinți sînt în viață și nu sînt divorțați, nici separați de corp, și dacă ambii sînt apti să-și exercite ocrotirea părintească (C. civ. art. 383, 389, 389-1373), administrarea legală este exercitată de către tată, căruia îi aparține și folosința legală a bunurilor copilului legitim minor (de 16 ani). Această prerogativă paternă este totuși temperată, căci tatăl exercită această administrare, precizează textul, cu concursul mamei (C. civ. art. 383 al. 1) și aceasta beneficiază de prezumția legală de împuternicire, care îi îngăduie să îndeplinească singură actele de gestiune cele mai puțin grave (C. civ. art. 389-4).

12. În filiația naturală, divizibilitatea bunurilor de filiație, face ca problema egalității tatălui și a mamei naturale să nu se pună în același termen. Această problemă se pune doar dacă filiația naturală este stabilită, în același mod, cu privire la ambii părinți. Dacă este cazul, legea franceză din 1970 a adoptat un nou punct de vedere. Considerînd copilul natural ca relativ mai apropiat de mama sa, care de multe ori îl crește singură, legea, ținînd cont de această realitate sociologică, a instituit predominanța maternă. Dacă copilul a fost recunoscut de bună voie de ambii părinți, sau dacă, în lipsa recunoașterii de bună voie, filiația sa a fost stabilită pe cale judiciară cu privire la ambii părinți, numai mama, în principiu, este aceea care-și exercită în întregime ocrotirea părintească (C. civ. art. 374, 374-1). În această paralelă, prezența mamei este mai importantă. Cu toate acestea, această ruptură a egalității în favoarea ei poate fi corectată, făcînd loc unei exercitări comune a ocrotirii părintești, printr-o decizie judecătorească: tribunalul poate, la cererea unuia din părinți (sau a Ministerului public, C. civ. art. 374, al. 2) să decidă ca ocrotirea părintească să fie exercitată de comun acord de către ambii părinți (de exemplu în cazul în care, de fapt, conviețuiesc). Dacă egali-

⁶ Exemplu : C. civ. art. 1420, 1430, 1471 și 1472.

tatea sexelor nu este chiar perfectă, ea este considerabil stabilită, cu valoare de principiu.

13. 2° În domeniile în care este consacrată, egalitatea prezintă o altă caracteristică. *Nu se realizează întotdeauna în același mod.* Ea se manifestă în multiple feluri. Așadar, diversitatea modurilor de realizare a egalității între soți sau între părinți este poate factorul cel mai clar revelator al funcțiilor variabile ale egalității. Egalitatea are întotdeauna — măcar ea simbol — o valoare în sine. Dar, ea se încarcă cu alte funcții care variază, după modul în care egalitatea se concretizează.

14. Uneori, legea stabilește egalitatea între soți asociindu-i unei acțiuni în mod necesar comune. Pentru îndeplinirea anumitor acte, *legea cere consimțământul ambilor soți sau ambilor părinți.* Legea subordonează acțiunea unui acord din partea lor. *Ea stabilește egalitatea într-o acțiune unită.* Dealtfel, în regimul legal al comunității de bunuri, nici unul din soți nu poate săvârși asupra bunurilor comune pe care le girează⁷ actele cele mai grave pe care le enumeră articolul 1424 C. civ. (înstrăinarea sau ipotecarea unui imobil etc. ...). De asemenea, actele cele mai grave relative la persoana copilului legitim nu pot fi hotărâte decât de comun acord de către tatăl și mama sa (dacă aceștia își exercită în comun ocrotirea, C. civ. art. 372). Prin asocierea soților sau părinților în acțiune, acest mod de realizare a egalității are ca funcție specifică înfăptuirea unei înțelegeri depline între aceștia. Postulatul unanimității conjugale sau părintești este că, ajutându-se unul pe celălalt, lămurindu-se reciproc, soții sau părinții nu se vor înșela, dacă sint de acord. Unanimitatea este garanția bunelor hotărâri. Dar, fără îndoială, aceasta înseamnă și un risc de paralizie. Fiecare din soți fiind investit cu dreptul de „liberum veto”, obligația de unanimitate presupune ca ambii co-titulari ai ocrotirii părintești să ajungă la un acord. Postulatul înțelegerii fiind citeodată dezmințit, legea a trebuit să prevadă, în caz de neînțelegere sau de absență, un mecanism judiciar de „deblocare”. Pentru a ieși din impasul de dezacord sau de solitudine, legea a organizat un întreg sistem de arbitraj judiciar (C. civ. art. 217, 219, 1426, 1429, 372—1 etc. ...)⁸. Contencios marginal: familia în trei este un cuvânt de autor și nu o realitate familială.

15. Dar în special, pentru a evita căderea în acest impas, și de asemenea (chiar în afara oricărui dezacord) pentru a îndepărta dificultatea unei acțiuni unite, legea a preferat, în anumite sectoare, să realizeze egalitatea nu în interdependență, ci într-o *independență reciprocă.* *Legea stabilește egalitatea, acordând fiecărui soț puterea de a acționa singur, fără consimțământul celuilalt.* Astfel egalitatea presupune aici o funcție diametral opusă: ea dă libertate de inițiativă individuală fiecăruia. Totuși, nu o realizează întotdeauna în același fel. Citeodată, puterea de acțiune izolată este dată fiecăruia în parte pentru chestiunile care îl privesc personal, în exclusivitate: fiecare soț este în drept să exercite o profesiune separată și să-și deschidă un cont bancar personal. Dar, în alte puncte de vedere, cele două inițiative individuale sint eliberate în direcția aceluiași probleme. Îndeplinirea aceleiași acțiuni revine

⁷ Soțul, asupra bunurilor comune ordinare; soția, asupra bunurilor rezervate.

⁸ A se vedea mai departe n. 41.

în egală măsură fiecăruia în parte. Egalitatea este atunci stabilită în concurență. Acțiunea stă la dispoziția celui care are inițiativa mai promptă. Fiecare soț poate, acționând singur, să contracteze datorii de familie (și să angajeze în mod solidar prin aceasta pe celălalt soț, C. civ. art. 220). Datorită prezumției legale stabilite de art. 373-2, fiecare dintre părinți poate face un singur act uzual al ocrotirii părintești privitor la persoana copilului. Sistemul de autorizații părintești acordă importanță acestei duble surse de inițiative unilaterale (o singură autorizație părintească este suficientă, indiferent dacă este a tatălui sau a mamei; este suficient dacă un singur soț, sau un singur părinte consimte, își dă acordul, autorizează). Este cazul autorizațiilor de căsătorie (C. civ. 148), al inițiativei de emancipare (C. civ. art. 477, al. 2) etc. ... Acest sistem de gestiune concurențială stimulează promptitudinea celui mai activ (cu riscul de a provoca uneori cumul sau rivalitate) dar totuși simplifică, pentru actele simple, gestiunea cotidiană⁹.

Structura familială este deci serios remodelată de principiul egalitar, nu întotdeauna în același sens (deoarece principiul poate uneori să conducă mai repede la rigiditatea unanimității, decît la flexibilitatea intervenției individuale). Singura trăsătură comună este aceea că soția este în avantaj.

16. b. Remodelarea structurilor familiei este legată în paralel, de o altă evoluție yecină, dar distinctă de precedenta: este ceea ce s-ar putea numi, în sinul familiei cu sens larg *aparitia unei dominante conjugale*. Noile legi franceze au realizat — sau măcar au accentuat — nu numai promovarea femeii în cadrul cuplului, dar și *promovarea cuplului în familie*. În practică, cele două evoluții coincid adesea în efectele lor în favoarea soției, în măsura în care aceasta supraviețuind soțului, se găsește de fapt în situația de a reprezenta cuplul ca soț supraviețuitor. Dar în afara acestei coincidențe ocazionale, tendința legislativă specifică de creșterea importanței cuplului în ansamblul relațiilor familiale rămîne izolată.

17. Fapt este că, în societatea noastră, și în dreptul nostru, grupul elementar format din cei doi soți și, dacă este cazul, din copiii comuni — familia nucleu sau nucleul matrimonial — constituie celula de bază. Poziția reală și juridică a soțului, a soției în raporturile cu ceilalți membri ai familiei mari (ascendenți, frați, surori, veri) se întărește. S-ar putea desigur spune că dreptul nostru „devine conjugal”. Așadar, această ascensiune nu este caracterizată de nici o eliminare. De aceea noua lege a consacrat, în texte, relația bunici-nepoti, care este foarte puternică. Tatăl și mama nu vor putea, cu excepția unor motive grave, să împiedice relațiile personale ale copilului cu bunicii săi (C. civ. art. 371-4). Întărirea funcției conjugale în raporturile familiale nu este pentru aceasta mai puțin clară în manifestările sale.

18. Fiecare din soți a devenit mai întii, într-un fel, cea mai apropiată rudă și protectorul natural al celuilalt. Și nu numai atît, dar este vorba de o evoluție începută de mult, deoarece drepturile soțului în succesiunea ab-intestat a celuilalt soț au crescut¹⁰. Să avem în vedere, ca limită, în acest sens, că soțul supraviețuitor nu este un moștenitor rezervatar

⁹ Se regăsește ideea că aceste reglementări au funcții polivalente. A se vedea nr. 36.

¹⁰ Vezi C. civ. art. 765 și următoarele.

al celui care moare primul. Ceea ce este mai tipic este faptul că legea admite de aici înainte, că dacă soții doresc, ei vor putea prin convenții apropiate (adică prin clauzele contractului de căsătorie, sau prin convenții matrimoniale modificative în timpul căsătoriei) să îmbunătățească considerabil situația soțului supraviețuitor, făcându-l să beneficieze prin dreptul legal stipulat al supraviețuitorului de avantaje matrimoniale importante. Clauza atribuirii sau achiziționării de către unul din soți a unor bunuri proprii celuilalt în partajul succesiunii acestuia (C. civ. 1390 și următoarele) este de aici înainte confirmată, la fel și clauza prelevării bunurilor comune în schimbul unei despăgubiri (C. civ. art. 1511 și următoarele) care va îngădui, de exemplu, unuia din soți să păstreze în orice împrejurare, fondul de comerț comun. Soții au chiar posibilitatea să adopte comunitatea tuturor bunurilor cu atribuirea integrală a acestora supraviețuitorului, ceea ce constituie o modalitate de a asigura securitatea financiară a supraviețuitorului (C. civ. art. 1524 și 1497).

19. Este de asemenea caracteristică, încă din timpul vieții, fiecare soț este desemnat de lege, în caz de necesitate, în calitate de ajutor natural, fiind cel dinții căruia îi va cere sprijin. Astfel dacă facultățile mentale ale unuia din soți au slăbit, încît să fie necesar un regim de protecție, celălalt soț va fi tutorele de drept al celui incapabil, dacă cel puțin conviețuirea exista între ei (C. civ. art. 496). Dacă, în cursul funcționării regimului matrimonial, unul din soți nu are posibilitatea de a-și manifesta voința, celălalt este natural chemat să-l înlocuiască cu ajutorul abilitărilor judiciare necesare (C. civ. 219, 1426—1429).

20. În același spirit, părintele valid, în caz de dificultate, este considerat de lege — primul sprijin — ca protectorul natural al copiilor comuni. Dacă unul din părinți moare sau se găsește într-unul din cazurile enumerate de lege¹¹, exercitarea ocrotirii părintești se cuvine de drept celuilalt părinte. Fiecare părinte, avînd în vedere situația pe care o creează celălalt, poate să-și asume singur situația. În aceeași ordine de idei, decesul unuia din soți nu mai face necesară acțiunea de deschidere a tutelei. Soțul supraviețuitor — tată sau mamă — devine administratorul legal al bunurilor copiilor comuni (cu precizarea că administrarea va fi de acum pusă sub control judiciar: C. civ. art. 389—2). Nedeschizîndu-se acțiunea de tutelă, părintele respectiv scapă de sub supravegherea consiliului de familie, și el însuși în acest sens, de un fel de tutelă familială. El beneficiază de încrederea acordată de lege. Este o promovare.

Începînd cu aceste modificări de structură și dincolo de ele, se proiectează, în dreptul francez, o nouă scară de valori.

B. — Redistribuirea valorilor

21. Dacă dreptul familiei este expresia pozitivă a anumitor valori fundamentale, modificările recente pot fi considerate drept manifestarea nu a unei răsturnări, ci mai degrabă a unei deplasări de valori.

¹¹ Dacă este în afara posibilității de a-și exprima voința dintr-o cauză oarecare (boală, depărtare etc.), dacă a fost condamnat pentru abandonul familiei sau a decăzut din drepturile părintești etc. ... (A se vedea C. civ. art. 373 și 373—1).

a. În reformă *valorile* considerate ca *tradiționale*¹² în concepția franceză a familiei, au fost în ansamblu *menținute*.

22. Este importantă sublinierea îndatoririlor cărora căsătoria le dă naștere între soți. Într-adevăr, anumite modificări în materie, în sensul maleabilității sau al adaptării merită să fie sesizate, fără echivoc, în adevăratul lor înțeles. Astfel, din 1975, femeia căsătorită nu este, de drept, domiciliată la soțul ei. Fiecare soț are domiciliul său. În general, cei doi soți vor avea același domiciliu, pentru că vor avea și unul și celălalt, în același loc, reședința lor principală, criteriu de determinare a domiciliului (C.civ. art. 102). Dar prin aplicarea aceluiași criteriu, acest loc poate fi diferit pentru unul și pentru celălalt. Articolul 108 arată consecința: soțul și soția pot avea un domiciliu distinct. Pe de altă parte, reforma divorțului a redus sancțiunile pentru adulter. Adulterul nu mai este față de legea penală un delict. Adulterul nu mai este, în legea civilă, o cauză hotăritoare de divorț. În sfârșit, prin aceeași reformă, desfacerea căsătoriei prin divorț pune capăt îndatoririi de sprijin care există între soți în cel puțin 3 din 4 cazuri de divorț admise de legea nouă (C.civ. art. 270). Îndatorirea de sprijin nu se menține după divorț, decât în cazul în care acesta este pronunțat pentru ruperea vieții comune (C.civ. art. 281), în timp ce în vechea lege, a divorțului pentru greșală, soțul nevinovat putea obține întotdeauna de la fostul soț, o pensie alimentară după divorț (în legătură cu îndatorirea de sprijin sau dispariția sa).

23. Ca urmare a acestor trei constatări, ar exista oare motive temeinice pentru a trage concluzia că aceste reforme aduc prejudicii instituției căsătoriei suprimând datoria de coabitare a soților, ca și obligația de fidelitate, și că agravează situația soțului nevinovat după divorț?

Ar fi exagerat. Adulterul continuă să fie cauză de divorț pentru greșală, constituind o violare a datoriei de fidelitate, dar numai în condițiile generale ale articolului 242 din Codul civil, dacă judecătorul consideră că această violare este suficient de gravă și face insuportabilă continuarea vieții în comun: admiterea unei puteri judiciare de apreciere atenuează fără indoială severitatea sancțiunii. Dar, relativa îngăduință a societății contemporane se va introduce la adăpostul aprecierii judecătorului. Ținând cont de evoluția moravurilor și a mentalităților, este vorba mai mult de o slăbire a rigorii lor, decât de o răsturnare.

24. Răspunsul este încă mai clar pentru dualitatea de domiciliu și datoria de coabitare. Articolul 108 precizează că deosebirea de domiciliu nu aduce prejudicii vieții în comun. Dacă soții au fiecare un domiciliu, ei nu sînt pentru aceasta scutiți să conviețuiască. Viața în comun se desfășoară într-un loc pe care legea nouă îl numește reședință de familie (și pe care soții o aleg de comun acord: C. civ. art. 215). În definitiv, schimbarea este terminologică. Domiciliul conjugal a murit: trăiască reședința familială! Totul se lămurește dacă înțelegem că soții, coabitînd în această reședință, vor putea avea totuși un domiciliu personal distinct, dacă

¹² S-ar putea face aceeași demonstrație pentru perenitatea tradiției comunității de bunuri. Alegerea ca regim legal a posesiunii în comun — chiar limitate la bunurile achiziționate în timpul căsniciei — atestă forța și vitalitatea interesului francezilor pentru regimul posesiunii în comun. Acest regim este de altfel ales de 80% din familii.

unul sau celălalt, sau ambii locuiesc în altă parte, din cauză că (frecvent în epoca noastră) unul exercită o profesiune (firmă comercială, întreprindere industrială) în orașul vecin, sau că celălalt are, de asemenea în altă parte, un domiciliu din cauza funcției (de exemplu, femeia-magistrat într-o jurisdicție de alt resort).

25. În sfârșit, desființarea pensiei alimentare după divorț este compensată — dacă se poate spune așa — prin instituirea unui alt mod de a despăgubi soțul care suferă în urma lipsei de armonie ce duce la desfacerea legăturilor conjugale: prestația compensatorie (C.civ.art. 270 și următoarele). În realitate, sub rezerva unei atenuări a atitudinii intransigente, noua lege a menținut, între soți, un model de căsătorie având aceleași exigențe. Se poate spune chiar că i s-a dat mai multă plenitudine enunțându-se pentru prima oară — ca datorie principală — că soții se obligă mutual la o viață în comun (C.civ.art. 215). Mai amplă și mai evocatoare decît datoria de coabitare, această nouă formulă sugerează că, prin vocație, căsătoria este o unire pe viață (*consortium omnis vitae*).

26. Din această voință de menținere, s-ar putea face o demonstrație asemănătoare privind îndatoririle părinților față de copiii lor. Dar ea este prea evidentă. Definind ocrotirea părintească în interesul copiilor, legea o consfințește solemn ca pe un drept-funcție, un ansamblu de îndatoriri și imputerniciri destinate protecției copilului¹³. Ocrotirea părintească nu este drept de dominație în interesul părinților. Este un ansamblu de sarcini și funcții a căror exercitare este completată, dacă este cazul, de sancțiuni împotriva acelor părinți care se arată nedemni. Coborîrea la 18 ani a vârstei majoratului ar putea face să se creadă că părinții au cîștigat 3 ani pentru descărcarea lor și că responsabilitatea lor s-a redus în timp. În realitate această scădere este compensată de regula după care părinții (chiar dacă divorțează) trebuie să continue a-și asuma obligația lor de întreținere a copiilor lor, chiar după majoratul acestora și aceasta pînă la terminarea ciclului de studii (citeodată 25 de ani)¹⁴.

27. b. Dacă, sub toate aceste raporturi, valorile tradiționale au fost păstrate, recentele dispoziții fac dimpotrivă să se observe, sub alte aspecte, ridicarea unor noi valori. Această deplasare nu va duce la unanimitate. Este totuși greu de negat că opțiunile făcute au, măcar din unele perspective — într-o altă morală citeodată — o valoare.

28. Pe această cale, *sporirea latitudinii de libertate individuală* în dirijarea, de către fiecare, a destinului său familial constituie tendința cea mai accentuată. Această liberalizare a transformat, în profunzime, părți întinse ale dreptului familiei, care erau pînă mai înainte deasupra voințelor private și care nu puteau fi atinse. Într-adevăr, tradiția liberală nu este străină dreptului francez. Libertatea convențiilor matrimoniale lasă fiecărei familii dreptul de a adopta, înaintea căsătoriei, regimul matrimonial ales. Dar domeniul convențiilor conjugale s-a lărgit astăzi foarte mult. În această extensie, reforma divorțului aduce inovația cea

¹³ Articolul 371-2 din Codul civil: „Ocrotirea este datoria tatălui și mamei pentru a proteja copilul în ce privește securitatea, sănătatea și moralitatea sa. Ei au față de el dreptul și datoria de îngrijire, supraveghere și educație.”

¹⁴ A se vedea Codul civil, art. 295: Părintele care-și asumă cu titlu principal sarcina copiilor majori care nu se pot îngriji de nevoile lor, poate cere celuilalt soț să-i plătească o contribuție pentru întreținerea și educația lor.

mai spectaculoasă. Legea din 11 iulie 1975 admite divorțul prin consimțământ mutual. Această schimbare atinge domeniile cele mai diverse. Legea franceză a părăsit principiul inuabilității convențiilor matrimoniale. În timpul căsătoriei, soții pot conveni să schimbe un regim matrimonial, sau să-l modifice pe cel adoptat de ei. În timpul instanței de divorț (cînd nu este vorba de un divorț prin consimțământ mutual) noua lege — nu numai că tolerează — dar încurajează anumite înțelegeri între soții în divorț. Ea admite ca aceștia să supună judecătorului unele înțelegeri și aranjamente destinate să reglementeze problemele care se ivesc după divorț (de exemplu încredințarea supravegherii copiilor și stabilirea contribuției pentru întreținerea lor). Legea invită pe judecător să țină cont de aceasta (C. civ. art. 290). Soții pot de aici înainte, în timpul instanței de divorț, să încheie toate convențiile pentru lichidarea și partajul bunurilor comune în timp ce pînă acum convențiile de lichidare anticipată erau sub incidența nulității¹⁵. În anumite cazuri menționate, numele unui copil poate fi și schimbat la cererea tatălui și mamei naturale (C. civ. art. 334-2, al. 1) sau la cererea mamei și a soțului acesteia (C. civ. art. 334-5, al. 1) pe calea substituirii numelui tatălui sau al soțului cu numele mamei purtat de copil.

29. Înseamnă oare aceasta că legea lasă instituția căsătoriei la discreția bunului plac? Ar fi o părere inexactă. Este esențial de remarcat că legea acordă aici încredere nu unei voințe izolate, ci unei înțelegeri comune. Toate modificările permise au ca bază o convenție între soți. Puterea este recunoscută ca urmare a voinței lor unite. Nu este prea mult? Divorțul prin consimțământ mutual nu face ca, dintr-o instituție, căsătoria să fie doar un simplu contract? Concluzia ar fi pripită. Necesară, convenția dintre soți nu e și suficientă. În toate cazurile precedente, convențiile modificative, înțelegerile sau acordurile trebuiau supuse judecătorului. Proiectul convențional de schimbare a regimului matrimonial este supus omologării judiciare. Divorțul prin consimțământ mutual este departe de a fi pur contractual. Soții au obligația de a supune aprobării judecătorului un proiect de convenție care hotărăște ansamblul de consecințe ale divorțului și, chiar în acest caz, de judecător depinde pronunțarea divorțului (C. civ. 232). Dar acesta el nu trebuie să-l pronunțe, decît dacă are convingerea că voința de a divorța este liberă, din partea fiecărui soț și dacă aprobă convenția care stabilește consecințele divorțului (are din partea legii, în toate aceste puncte, o anumită putere de control — C. civ. art. 232 și 278). Într-un cuvînt, sporirea latitudinii de autonomie individuală nu este anarhică. Ea se dezvoltă sub egida justiției, la adăpostul jurisdicției binevoitoare.

2°. Și alte modificări pot fi constatate. Vom reține două exemple.

30. Dacă regimul bunurilor a fost refăcut în ansamblul său, această refacere globală este însoțită de intervenții precise și semnificative. În anumite chestiuni, dreptul matrimonial general este dublat de un fel de *drept matrimonial special*. Într-un cuvînt, legea ia în considerare anumite bunuri private pentru a le supune unui statut special care este un statut preferențial de protecție, avînd în vedere importanța esențială pe care legea o acordă acestor bunuri. Astfel, legea a instituit, prin diverse

¹⁵ A se vedea articolele 1450 și 1451 din Codul civil.

măsuri complementare un drept civil special al locuinței familiale. Pentru a o apăra împotriva inițiativelor izolate ale unuia sau celuilalt soț, ea pretinde, sub amenințare de nulitate, ca toate actele de dispoziție, privind drepturile prin care locuința de familie este asigurată, să fie consimțite de ambii soți de comun acord (C.civ.art. 215, al. 3). Și alte măsuri protectoare merg în același sens¹⁶. Instrumentele necesare profesiei soților fac de asemenea obiectul unor dispoziții speciale (pentru a nu-l lipsi de mijloacele sale de muncă pe soțul care exercită profesia)¹⁷. Aceste măsuri speciale sînt revelatoare pentru importanța deosebită pe care legea o recunoaște, de aici înainte, în societatea noastră, locuinței și muncii.

31. În opțiunile de valori, prin noua legislație o ultimă tendință este reprezentativă: *valorificarea anumitor situații de fapt*. Atentă la realități, legea ia în considerare situații de fapt pentru a le da consecințe juridice. Astfel, au fost considerabil întărite consecințele dreptului separației de fapt între soți sau părinți. Legea divorțului dă exemplul cel mai strălucit. Separația de fapt devine o cauză obiectivă de divorț, pentru încetarea conviețuirii, dacă ea a durat șase ani, indiferent de motiv (chiar acela dintre soți care l-a părăsit pe celălalt se poate prevala de această separație de care este vinovat pentru a obține pronunțarea divorțului—C. civ. art. 237). De asemenea, slăbirea facultăților mentale a unuia dintre soți, constituie pentru celălalt un motiv asemănător de divorț, dacă durează de șase ani și dacă reiese la capătul acestui timp că nu mai subzistă vreo formă de conviețuire între soți (C. civ. art. 238). Dacă s-ar aminti chestiunile de filiație, creșterea notabilă a efectelor posesiunii de stare — situație de fapt — ar confirma faptul că această tendință cuprinde într-o manieră coerentă în totalitate noul drept al familiei.

32. S-ar putea obiecta că nu este vorba într-adevăr de o valoare. Vom mai discuta. Adevărul este că faptul generator de drept este totdeauna o situație durabilă care sfîrșește prin a se impune, deoarece este deja instalată. Dreptul nu se poate încăpățîna să ignore situația care s-a creat și se perpetuează (soțul poate că „și-a refăcut” viața, și-a întemeiat o nouă familie etc. ...) și sfîrșește prin a recunoaște o situație de fapt. Urmarea de drept este dealtfel, cîteodată, în favoarea soțului care nu are nimic să-și impute. În cazul desfacerii căsătoriei (prin divorț sau deces) dreptul de a cere fixarea datei de desfacere la o perioadă anterioară celei în care încetase între soți orice fel de coabitare sau colaborare — este un privilegiu rezervat soțului care nu este răspunzător de separație (și căruia îi este oferit cînd are interes să oprească procedura împărțirii bunurilor la acea dată, C. civ. art. 1442, al. 2). Divorțul pentru încetarea conviețuirii este, în dubla sa calitate, un divorț în sarcina celui care l-a cerut, celălalt soț beneficiind atunci de urmări protectoare prevăzute în mod special în acest caz de divorț (exemplu, menținerea îndatoririi de sprijin, a dreptului la nume, a avantajelor matri-

¹⁶ Exemplu, C. civ. art. 285—1; art. 490—2 etc.

¹⁷ Exemplu, C. civ. art. 832, 1404.

moniale). Adevărul sociologic nu tinde în mod obligatoriu în favoarea vinei, el are o valoare în sine. Forța acestei tendințe este atât de puternică încât ea nu numai că participă la întregirea imaginii familiei care se conturează din aceste legi, dar ea este în inima noii metode legislative pe care aceste reforme au dezvăluit-o.

O nouă abordare legislativă

Reforma dreptului conjugal și a ocrotirii părintești este în același timp și produsul și descoperitorul unui nou mod de a legifera. Ea indică un nou mod de a conduce societatea, de a da vieții sociale o normă juridică. Prin aceasta ea este purtătoarea unei noi concepții a dreptului (a funcției legislative și jurisdicționale).

La prima vedere s-ar putea afirma că acest mod este absolut realist. Totuși, realismul acesta nu exclude un anumit idealism. Reformele dreptului conjugal și ocrotirii părintești folosesc o idee morală a familiei. Ele au, ca bază, o ierarhie a valorilor căreia i-au integrat realismul (după cum s-a văzut — paragrafele nr. 31 și 32).

34. Astfel că este mai bine de a reține din acest „realism” că el este, pentru legislator, ca atitudine fundamentală, la originea unei reprezentări a societății așa cum este în infinita ei diversitate. Evenimentul social nu este unic, ci divers. Evenimentul familial este multiplu. S-ar putea spune că legislatorul a pornit de la această viziune globală: în societatea noastră există o infinită varietate de situații familiale — căsătoriți uniți, resemnați sau despărțiți, divorțați, separați de corp, separați de fapt, văduv, văduvă, celibatar, părinte izolat etc. ... *Pluralitatea situațiilor de familie este postulatul unei legislații asupra familiei* și fenomenul nu este static ci evolutiv, căci situațiile, nefiind nici ele imuabile ci schimbătoare, se înscriu în desfășurarea unei vieți, în istoria unei familii.

35. Din această constatare ia naștere o soluție legislativă care caracterizează noua abordare: *Legea nouă a ales soluția pluralismului și a flexibilității*, adică a adaptării. Dreptul provenit din acest raționament este opus unui drept monolitic și fix dintr-un sistem rigid. Esențialul în această perspectivă este de a accepta apelul diversității. Dar cum? Legislatorul se străduiește, într-o largă măsură, de a răspunde la provocare prin soluții generale. Dar și acesta pleacă de la ideea că judecătorului, mai aproape de realități, merită să i se atribuie un adaos de mijloace pentru a răspunde diversității cazurilor.

A. Răspunsurile legii

Legislatorul încearcă mai întâi să-și asume în mod direct diversitatea situațiilor familiale prin modalități apropiate. Cele mai tipice modalități sînt și foarte ilustrative pentru metoda sa.

36. a. El este decis — primul exemplu — să instituie instrumente polivalente. Pune în mișcare tehnici deschise care convin situațiilor diverse și împlinesc finalități multiple. Acest mijloc este ilustrat în principal prin

întrebuințarea, astăzi sistematică în dreptul conjugal și al ocrotirii părintești, a prezumțiilor legale de putere și de interese. Procedul constă pentru legislator în a hotări dacă, atunci când un soț sau un părinte, se prezintă singur pentru a îndeplini un act anume, este considerat, față de terți de bună credință, ca avînd împuternicirea de a face în mod valabil acest act, acționînd singur. Astfel, de exemplu, pentru dispunerea de fonduri și titluri depuse într-un cont în bancă (C. civ. art. 221, al. 2); pentru dispunerea de bunurile mobile pe care soțul le deține individual (C. civ. art. 222); de asemenea pentru îndeplinirea de către fiecare din părinți a actelor uzuale relative la persoana copilului (C. civ. art. 373 — 2); îndeplinirea de către tată sau mamă a unor acte de gestiune curentă, în administrarea bunurilor copilului minor (C. civ. art. 389 — 4). Relative, aceste prezumții legale nu acoperă inițiativa unui soț sau a unui părinte decît față de terți de bună credință, avînd ca funcție generală pe aceea de a da asigurări (opozitia lor fiind dezarmată de această siguranță). Prudente, aceste prezumții nu se referă, în general, decît la acte simple care țin de gestiunea curentă. Ușurința pe care o aduc în gestiune intră în viața cotidiană a familiilor și constă, în principal, să permită, să autorizeze și deci să favorizeze inițiativa individuală în familie: inițiativa tatălui acționînd singur, sau în special a mamei acționînd singură.

37. Dar această finalitate generală se încarcă cu o semnificație diametral opusă după cum acționează într-o situație familială dată sau în alta. Atunci cînd funcționează într-o familie unită, în sinul căreia domnește încrederea mutuală, prezumția legală stimulează energiile fiecăruia și permite oricărui dintre soți — deci celui care este mai avantajos plasat în respectiva circumstanță — să acționeze în mod util. Puterea familiei este multiplicată. Viața cotidiană a familiei unite este ușurată, facilitată de această dublă posibilitate de intervenții individuale. Dar, între soții separați de fapt, prezumția legală va funcționa într-o cu totul altă perspectivă. Ea va permite soției abandonate, care trăiește singură cu copiii săi, să nu fie blocată în îndeplinirea sarcinilor ei de absența ocrotirii maritale. Legea evită blocajul și impasul în aceste situații delicate. Asumîndu-și finalități multiple, prezumția legală este tipic polivalentă. De fiecare dată, încărcîndu-le cu un interes deosebit, ea dă fiecărei situații un răspuns. Mijlocul este util. Dreptul matrimonial a permis punerea la punct a unui model pe care dreptul ocrotirii părintești l-a adoptat de asemenea, și pe care reforma indiviziunii l-a reluat (C. civ. art. 815 — 2, al. 2).

38. b. În același sens, legea pune la dispoziție un evantai de *soluții gradate* care corespund fiecare, într-un anumit gen de situații, uneia din manifestările sale. Legea stabilește o scară de modalități, unde fiecare treaptă corespunde gradului de însemnătate a situației. Astfel este evident că slăbirea facultăților mentale poate îmbrăca forme foarte variate care nu implică întotdeauna pentru cel în cauză aceeași nevoie de protecție. Pentru a răspunde intensității relative ale acestor necesități, legea a hotărît trei regimuri de protecție: un sistem greoi și complet, tutela; un regim mediu, curatela; o protecție ușoară, ocrotirea acordată de justiție (C. civ. art. 490, al. 1). Dar această eșalonare a gravității poate fi repusă în discuție în funcție de alte considerații de asemenea variabile, ca de exemplu, importanța inegală a intereselor ce urmează a fi apărute. Astfel dacă

gravitatea situației ar justifica deschiderea tutelei, totuși ea nu va fi deschisă, dacă ținând cont de importanța minoră a intereselor în cauză, sînt suficiente mijloace, mai simple. Tot astfel, nu este cazul să se deschidă tutela (unui major) cuvenită de drept soțului, dacă prin aplicarea dispozițiilor regimului matrimonial (adică prin autorizațiile și abilitările judiciare prevăzute de articolele 217, 219, 1426, 1429 din C. civ.), el poate răspunde satisfăcător de interesele persoanei protejate (C. civ. art. 498). Într-o manieră mai generală, judecătorul tutelar, ținînd cont de importanța minoră a bunurilor de girat, poate constata inutilitatea instituirii complete a tutelei și se poate limita la numirea, printre persoanele competente (exemplu, administratorul unei clădiri spitalicești), a unui girant al tutelei, fără tutore subrogat nici consiliu de familie¹⁸. Legea însăși a instituit acțiuni mai simple, care oferă cu toată flexibilitatea soluții blinde. Cu toate acestea, legislatorul și-a simțit propria limită în organizarea acestor adaptări prefabricate.

B. Recursul la judecător

39. Oricare ar fi efortul său de previziune, legislatorul a simțit nevoia (sentiment în care decanul Carbonnier a observat un oarecare autoscepticism) de a se supune hotărîrii judecătorului. Recursul la judecător (retrimiteră la un judecător mai apropiat de cazurile particulare) este una din trăsăturile cele mai deosebite ale rezolvării unor probleme în noua legislație. Rezultă, pe ansamblu, o amplificare considerabilă a rolului atribuit judecătorului, în dreptul familial, iar din punctul de vedere al calității, o evoluție în însăși concepția funcției jurisdicționale.

a. Desfășurarea recursului la judecător reiese din chiar analiza diferitelor măsuri pe care judecătorul are puterea să le ia conform legii, la cererea celor interesați.

40. Judecătorul apare, mai întîi, ca factorul decisiv al adaptărilor necesare în schimbările și vicisitudinile vieții familiale. El este la originea autorizațiilor și abilitărilor — pe care un soț sau un părinte le poate cere în timpul conviețuirii cuplului — ca și a retragerii unor măsuri provizorii. Legea a înmulțit astfel intervențiile posibile ale justiției în funcționarea regimului matrimonial. Astfel, dacă unul din soți este pentru o cauză oarecare (boală, detenție, călătorie) în imposibilitatea de a-și manifesta voința, celălalt soț poate obține din partea judecătorului împuternicirile necesare. Regimul matrimonial dispune de o serie completă de măsuri judiciare de protecție și de adaptare (C. civ. art. 217 și 219 în toate regimurile și subregimurile comunității de bunuri, transferurile judiciare de împuternicire a articolelor 1426 și 1429).

41. În situațiile familiale critice de un alt gen — situațiile conflictuale — judecătorul apare de această dată în calitate de arbitru al conflictelor conjugale sau părintești. Dacă cei doi soți nu se înțeleg asupra oportunității unui act de gestiune, cel care vrea să acționeze poate solicita judecătorului să rezolve neînțelegerea lor (C. civ. art. 217). Dacă unul din soți, sustrăgîndu-se obligațiilor sale, pune în pericol interesele familiei, celălalt

¹⁸ C. civ. art. 499. Se regăsește aceeași idee și metoda în noul drept al absenței. A se vedea: C. civ. art. 121, al. 2.

poate obține de urgență o măsură de protecție (de exemplu, interdicția de a dispune de anumite bunuri — C. civ. art. 220—I). Dacă cei doi părinți titulari ai ocrotirii părintești nu se înțeleg cu privire la ceea ce reprezintă avantajul copilului lor, judecătorul după ce va încerca să-i concilieze, are autoritatea, la cererea unuia din ei, să tranșeze contestația (C. civ. art. 372—1, al. 2).

42. În viața familiilor, recursul la judecător constituie în principal un element care poate determina schimbarea hotărârii, de unde decurge o protecție potențială și virtuală. Dar legea face în așa fel încît, în practică, ea să poată deveni efectivă dacă este necesar. Adeseori ea acordă competență unui judecător apropiat de împreună, ușor accesibil (judecătorul tutelar pentru conflictele între părinți din art. 372—1 C. civ.; președintele tribunalului suprem statuind procedura urgentă, pentru măsurile urgente de criză ale art. 220—I C. civ.). Esențialul, fără îndoială, încă nu a fost elucidat.

43. b. În desfășurarea astfel atribuită intervenției judecătorului în dreptul familiei, ceea ce este mai specific se referă *chiar la menirea încredințată de lege*. Dincolo de natura măsurilor posibile, ceea ce este revelator este *natura criteriilor* pe care judecătorul este chemat să le pună în funcție pentru a lua astfel de măsuri. Bineînțeles, judecătorul găsește în lege criteriile hotărârii sale. Această serie de criterii sînt un dat legal. Dar se va vedea, luînd în considerare cele două serii mai semnificative, că aceste criterii realizează în diverse moduri un adevărat transfer al puterii legislatorului către judecător.

44. În majoritatea cazurilor — astăzi, printr-unul din procedeele cele mai tipice — legea pune la dispoziția judecătorului pentru a-i îndruma hotărîrea, un criteriu deliberat flexibil: interesul copilului, interesul familiei, interesul soților. Soluția așteptată de la judecător depinde, în fiecare caz, de o estimare de către acesta a conformității soluției date unui anumit interes. Seria de autorizații și abilitări (C. civ. art. 217, 219, 1426 și 1429) a omologărilor (C. civ. art. 1397, schimbarea de regim matrimonial) sau chiar a arbitrajelor în caz de conflict (C. civ. art. 220—I, 372—1) sînt astfel subordonate unei evaluări judiciare de oportunitate bazată pe luarea în considerare a intereselor copilului sau ale familiei. În punerea în funcție a acestor criterii directoare, orientarea generală este dată de lege, dar soluția este dată, în fiecare caz, de judecător.

45. Mai mult chiar, judecătorul devine, în alte ipoteze, „legislatorul unui caz particular”. În anumite cazuri specificate (în număr limitativ și restrîns, dar simbolic foarte importante) legea conferă judecătorului puterea extraordinară de a înlătura, în mod excepțional, aplicarea obișnuită a reglementărilor, atunci cînd, ținînd cont de ansamblul circumstanțelor problemei prezentate, această aplicare obișnuită ar avea, în adevăr, consecințe profund neplăcute, fiind prea severe. Legea, în conjuncturi determinate, investeste pe judecător cu puterea extraordinară de a deroga legea pentru a statua în echitate, și nu conform normelor de drept strict. Această putere derogatorie excepțională se manifestă, în mod tipic, ca o adevărată putere moderatoare. Astfel, după ce a realizat o inovație, propunînd, la alegerea soților, un nou regim convențional privind împărțirea bunurilor achiziționate în timpul căsătoriei, care comportă operații complexe privind calculul împărțirii, legislatorul a prevăzut, în mod pru-

dent, că dacă aplicarea reglementărilor legale de evaluare stabilite de el ar duce la un rezultat evident opus echității, tribunalul va putea, la cererea unuia din soți, deroga legea (C. civ. art. 1579); în reforma divorțului utilizarea puterii moderatoare este exemplară. Ratificând „clauza de duritate” în divorțul pentru încetarea conviețuirii, legea permite judecătorului să nu pronunțe divorțul, deși cauza divorțului este obiectiv constatată, dacă — ținându-se cont, de exemplu, de vîrsta celuilalt soț și de durata căsniciei —, pronunțarea divorțului ar avea consecințe de o excepțională duritate (C. civ. art. 240; a se compara pentru alte situații C. civ. art. 238, al. 2; și pentru acordarea unei prestații compensatorii chiar soțului găsit vinovat C. civ. art. 280-1, al. 2).

46. Această putere extraordinară de a deroga legea în virtutea legii nu este conferită judecătorului decît în cazuri excepționale. Cu toate acestea, privită alături de utilizarea — mult răspîndită — a criteriilor directe, consfințirea chiar marginală a puterii moderatoare lasă să se întrevadă o evoluție tipică în chiar concepția legislatorului despre funcția jurisdicțională în dreptul conjugal și de ocrotire părintească. Dar nu este exclus ca, după ce aceste subiecte au servit oarecum drept experiment să se contureze alte reforme, modele legislative cu vocație mai largă.

Text tradus de Ivona Bonachi