

ARTICOLE

DESPRE RECUNOAȘTEREA STATUTULUI MATRIMONIAL DOBÂNDIT ÎN STRĂINĂTATE ȘI PROTECȚIA EUROPEANĂ A DREPTULUI LA VIAȚĂ FAMILIALĂ¹

Alina OPREA *

Résumé. *Sur la reconnaissance du statut matrimonial acquis à l'étranger et la protection européenne du droit à la vie familiale. Les conflits de lois en matière de mariage et les règles sur la reconnaissance du statut matrimonial acquis à l'étranger créent de sérieux inconvénients pour les personnes intéressées. Générés par les différences profondes existant entre les législations matérielles incidentes, qui reflètent, par ailleurs, des conceptions plus ou moins sacres sur l'institution du mariage, ces derniers pourraient être atténués, dans le temps, sous l'influence de la législation européenne; la présente étude se propose d'aborder, à travers la présentation et l'examen de la jurisprudence correspondante, l'incidence de l'article 8 de la CEDH (Protection du droit à la vie privée et familiale) sur les règles de droit international privé dans le domaine analysé.*

Rezumat. *Conflictele de legi în materia căsătoriei și regulile de recunoaștere a statutului matrimonial dobândit în străinătate sunt sursa unor inconveniente serioase pentru persoanele interesate. Generate de diferențele profunde dintre legislațiile materiale incidente, ce reflectă, de altfel, concepții mai mult sau mai puțin sacre cu privire la instituția căsătoriei, acestea ar putea fi atenuate, în timp, sub influența legislației europene; prin trecerea în revistă și analizarea jurisprudenței pertinente, prezentul studiu își propune să abordeze incidența articolului 8 din CEDO (Protecția dreptului la viață privată și familială) asupra regulilor de drept internațional privat în domeniul supus discuției.*

Mots-clé: mariage entre personnes de même sexe, conflits de lois, reconnaissance du statut matrimonial, ordre public international, art. 8 CEDH, protection du droit à la vie familiale

Cuvinte cheie: căsătorii între persoane de același sex, conflicte de legi, recunoașterea statutului matrimonial, ordine publică internațională, art. 8 CEDO, protecția dreptului la viață familială

1. În Europa de astăzi frontierele sunt mult mai permeabile, iar mobilitatea fizică a persoanelor este facilitată considerabil. Familiile mixte, alcătuite din naționali ai unor state diferite ori din persoane care își au domiciliul sau reședința în alt stat decât acela a cărui cetățenie o au, reprezintă o realitate mai mult decât frecventă. Situațiile transnaționale generează însă și dificultăți inextricabile pentru persoanele interesate: acutizând conflictele de legi în spațiu, diversitate regulilor materiale existente în materie își pune direct amprenta asupra statutului personal al individului, asupra situației lui familiale și a evenimentelor ce o pot afecta. Acest lucru este evident cu o acuitate particulară în domenii sensibile precum acela al căsătoriei între persoane de același sex, al parteneriatelor înregistrate, al maternității de substituție, al adopției.

Prezentul studiu este limitat la domeniul căsătoriilor de același sex, unul în care diferențele legislative sunt flagrante², iar preocuparea tradițională a statelor de a asigura uniformitatea internațională de soluții, prin constanța tratamentului rezervat relațiilor private în plan transfrontalier, cedează în fața unor obiective substanțiale, de protecție a unor politici sau concepții legislative particulare.

2. Rezolvarea conflictelor de legi în domeniu ar trebui să aducă persoanelor interesate securitate juridică, stabilitate și previzibilitate; or, așa cum ne propunem să arătăm în prima parte a studiului, regulile de drept internațional privat existente în statele europene au fost și sunt încă deficitare din aceste punct de vedere, generând vulnerabilitate și efecte negative (I).

3. O influență deloc neglijabilă în materie ar putea proveni din partea Curții europene a drepturilor omului. Aplicarea inflexibilă a regulilor de drept internațional privat pentru a refuza recunoașterea a statutului familial dobândit în străinătate intră indubitabil în conflict cu reglementările cuprinse în această Convenție, în special cu art. 8, ce garantează protecția dreptului la viață privată și familială. Partea a doua a studiului se oprește asupra impactului jurisprudenței aferente acestuia asupra soluțiilor tradiționale privitoare la recunoașterea căsătoriilor între persoane de același sex. Obiectivul urmărit este acela de a determina dacă și în ce măsură interpretarea dinamică și evolutivă a CEDO de către Curtea de la Strasbourg ar putea impune, dincolo de tradițiile și sensibilitățile naționale, o nouă configurare (supranațională) a conjugalității, respectiv a metodelor de DIP incidente (II).

I. Aspecte de drept internațional privat privind căsătoriile homosexuale

4. Abordarea căsătoriilor între persoanele de același sex din perspectiva dreptului internațional privat presupune tratarea a două probleme distincte: pe de o parte, este vorba de încheierea acestora în statul forului (a), iar pe de altă

parte de efectul local al unor astfel de căsătorii celebrate în străinătate (b). Pentru fiecare sunt aplicabile reguli diferite, după cum urmează.

5. a) În ceea ce privește eventuala încheiere a unei căsătorii între persoane de același sex în fața autorităților române, trebuie consultate regulile de conflict în mod normal instituite pentru instituția căsătoriei: în privința condițiilor de formă va interveni, conform art. 2587 NCC, *lex loci celebrationis*, iar în privința condițiilor de fond vor fi aplicate, conform art. 2586 NCC, legile naționale ale fiecăruia dintre viitorii soți (în principiu distributiv; pentru impedimentele comune, se are în vedere o aplicare cumulativă).

Deoarece diferența de sex este o condiție de fond la căsătorie, o distincție suplimentară trebuie operată în funcție de prevederile legilor ce guvernează statutul personal al fiecăruia dintre potențialii soți. Dacă cel puțin una dintre aceste legi conține reguli ce interzic mariajul homosexual, atunci ofițerul de stare civilă va refuza celebrarea sa în temeiul art. 2586 NCC, combinat cu art. 2557 NCC (nerespectarea dispozițiilor legii în mod normal competente). Situația poate să apară, de exemplu, atunci când un bărbat român dorește să se căsătorească cu un bărbat maghiar (atât *lex fori*, cât și legea străină refuză să admită acest tip de căsătorie) sau cu un bărbat olandez (*lex fori* refuză să admită acest tip de căsătorie, în timp ce legea străină este una permisivă), sau atunci când un bărbat maghiar dorește să se căsătorească cu un bărbat olandez (dintre cele două legi străine aplicabile, una refuză să admită căsătoria homosexuală). Dacă legile naționale ale persoanelor interesate permit, ambele, o asemenea căsătorie, autoritățile au la dispoziție, complementar, supapa oferită de art. 2564 NCC (înlăturarea aplicării legii străine)³: conform textului, „*aplicarea legii străine se înlătură dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român*”, ceea ce este cazul atunci când se ajunge la un „*rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român*”. Având în vedere insistența cu care legiuitorul abordează diferența de sex a soților – căsătoria este definită drept „*uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie*” (art. 259 NCC), neputând fi celebrată între persoane de același sex (art. 277 al. 1 NCC); soții sunt definiți drept „*bărbatul și femeia uniți prin căsătorie*” (art. 258 al. 4 NCC) – aceasta apare ca un asemenea principiu fundamental. În aceste condiții, soluția este indubitabilă: într-o speță cu elemente de extraneitate, autoritățile române de stare civilă vor refuza celebrarea unui mariaj homosexual, invocând încălcarea ordinii publice de drept internațional privat român (art. 2564 NCC); soluția este în principiu similară în toate țările care consacră în materie un statut prohibitiv⁴.

6. În statele în care este recunoscută căsătoria între persoane de același sex, situația este diferită. Acestea tind să permită o astfel de căsătorie nu doar între resortisanții lor sau între aceștia și resortisanții altor state de statut permisiv,

ci și atunci când în cauză este un străin a cărui lege națională interzice o astfel de căsătorie. De exemplu, pentru ca o căsătorie homosexuală să fie (valabil) celebrată în Olanda, este suficient ca soții să îndeplinească doar exigențele prevăzute de dreptul olandez în materie de căsătorie și unul dintre aceștia să fie olandez sau să locuiască în mod obișnuit în Olanda⁵. Codul belgian de DIP consacră, în art. 46 al. 2, căsătoria între persoane de același sex ca un principiu de ordine publică internațională; atunci când unul dintre viitorii soți are naționalitatea sau reședința pe teritoriul unui stat ce permite o astfel de căsătorie, textul impune înlăturarea unei eventuale legi străine nu la fel de liberală. În Spania, o circulară a Direcției generale a registrelor (de stare civilă) și a notariatului (DGRN) din 2005 menționează că aplicarea legii străine ce nu permite căsătoria între persoane de același sex poate fi declarată contrară ordinii publice internaționale spaniole⁶.

7. b) Având în vedere divergența de soluții materiale existentă în planul încheierii căsătoriilor homosexuale, recunoașterea acestora în străinătate nu este evidentă. Câteva detalieri se impun, în special în ceea ce privește modalitățile tehnice ale refuzului de recunoaștere.

8. În mod normal, tratamentul rezervat situațiilor juridice străine este unul conflictualist⁷: pentru a fi receptată ca valabilă în dreptul forului, situația creată în străinătate trebuie verificată din perspectiva regulilor de conflict ale competente.

Căsătoriile încheiate între persoane de același sex ridică mai întâi problema de a ști dacă acestea ar putea fi considerate „căsătorii” din perspectiva dreptului internațional privat, pentru a fi aplicate regulile de conflict în materie. Conform teoriei clasice, categoriile cu care operează regulile de conflict sunt interpretate mai larg decât în dreptul intern⁸, pentru a putea fi aplicate și unor instituții străine ce nu se suprapun perfect peste instituțiile autohtone⁹; chiar dacă s-ar putea considera că extinderea conceptului „căsătorie” pentru a include și căsătoriile homosexuale ar contrazice natura însăși a căsătoriei¹⁰, aceasta este acceptată uneori în străinătate¹¹. În niciun caz ea nu echivalează și cu recunoașterea în dreptul forului a mariajului homosexual, validitatea acestuia trebuind în continuare apreciată conform regulilor de conflict obișnuite.

În ceea ce privește dreptul românesc, problema calificării este eludată de reglementări, art. 277 al. 2 NCC precizând astăzi expres: „Căsătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România”. Dispoziția poate apărea ca superfluă, în condițiile în care la același rezultat conduce și analiza acestei instituții din perspectiva regulilor obișnuite de DIP (cu extinderea corelativă a contururilor conceptului de „căsătorie”). Mai întâi, dacă mariajul a fost încheiat în străinătate (de exemplu, între un român și un spaniol sau între un maghiar și un belgian), în ciuda dispozițiilor

prohibitive ale legii naționale a unuia dintre soți, acesta nu poate fi considerat valabil încheiat și, în consecință, nici nu va putea fi recunoscut. Încălcarea dispozițiilor legii competente, conform regulilor române de conflict (art. 2586 NCC), este un prim motiv de refuz de recunoaștere. Soluția ar fi însă aceeași chiar dacă aplicarea regulilor de conflict ar conduce la intervenția unor legi materiale ce validează mariajul homosexual (încheiat, de exemplu, între doi spanioli sau între un olandez și un belgian), autoritățile având la dispoziție, în acest caz, excepția de ordine publică internațională (art. 2564 NCC).

9. Oricare ar fi textul utilizat pentru fundamentarea soluției, rezultatul obținut – „căsătoria șchioapă” (*matrimonium claudicans, limping marriage, mariage boiteux*), valabilă în anumite state, dar nerecunoscută în altele – este sursă de dificultăți atât pentru autorități¹², cât mai ales pentru persoanele interesate. În special, acestea din urmă nu vor putea pretinde niciunul din avantajele aferente acestui statut (drepturi asupra bunurilor comune, drepturi la succesiune, sprijinul material și moral, fidelitatea și coabitarea...). O excepție notabilă este consacrată la art. 277 al. 4 NCC, ce rezervă aplicarea *dispozițiilor legale privind libera circulație în România a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European*; deși la o prima lectură textul privește doar chestiunile ce țin de imigrație (intrare, ședere), nu este exclus ca, în lumina jurisprudenței Curții europene de justiție aferentă libertăților de circulație¹³, implicațiile sale pentru situația cuplurilor homosexuale căsătorite să fie mult mai serioase¹⁴.

10. O poziție mai nuanțată poate fi regăsită în Franța, stat în care, în 2007, Curtea de casație definea căsătoria (încă) drept „uniunea dintre un bărbat și o femeie”, afirmând expres că aceasta nu este contrazisă „de niciuna din dispozițiile Convenției europene a drepturilor omului sau ale Cartei drepturilor fundamentale în Uniunea europeană...”¹⁵. Chiar dacă în planul relațiilor private internaționale poziția se traduce prin refuzul recunoașterii unei căsătorii homosexuale încheiate în străinătate, o serie de modulări sunt acceptate *in concreto* pe baza regulilor privitoare la efectul atenuat al excepției de ordine publică internațională¹⁶: astfel, atunci când niciunul dintre soți nu este francez și căsătoria a fost valabil încheiată în străinătate, în conformitate cu legile desemnate de regulile de conflict franceze și fără fraudă¹⁷, autoritățile franceze sunt aparent dispuse să recunoască o parte din efectele acestor căsătorii (precum cele care privesc bunurile, succesiunea¹⁸, regimul matrimonial...) ¹⁹. Chiar dacă, datorită incertitudinii existente cu privire la situația soților, soluția nu este una perfect convenabilă pentru aceștia, ea este totuși mai puțin rigidă decât cea din dreptul românesc.

11. În dreptul internațional privat comparat poate fi întâlnită și o a treia poziție, ce are ca punct de plecare calificarea atribuită mariajului homosexual: în

state precum Elveția²⁰, Germania²¹ sau Marea Britanie²², acesta nu este recunoscut ca atare, ci ca „parteneriat înregistrat”, cu toate consecințele aferente. O serie dintre efectele sale vor fi acceptate, dar nu toate, ci în limita celor acordate partenerilor într-un parteneriat de viață încheiat conform regulilor locale. Soluția nu este lipsită de inconveniente: prin această denaturare, căsătoria (din țara de origine) este retrogradată/declasată, deoarece în funcție de statul de recunoaștere unele efecte ale acesteia se pierd - ex. dreptul la succesiune, dreptul la divorț pentru motive legale, obligația de fidelitate. În schimb, ea prezintă avantajul că o căsătorie valabil încheiată într-un stat nu este imponderabilizată, nu este privată de efecte prin simplul fapt al traversării unei frontiere de către soți și, deși naționalistă, este uneori acceptată „în interesul părților, al certitudinii juridice și al facilitării cooperării judiciare”²³.

II. Protecția drepturilor fundamentale ale omului în Europa și problema recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex

12. Afectând vizibil în special dreptul intern al persoanelor și familiei²⁴, drepturile fundamentale ale omului își pun amprenta nemijlocit și asupra dreptului internațional privat al familiei²⁵, negând frontierele și obligând uneori statele să renunțe la restricțiile impuse în mod tradițional în materie.

Printr-o jurisprudență dinamică și evolutivă, inspirată de evoluția moravurilor și mentalităților, respectiv a legislației statelor membre, Curtea de la Strasbourg s-a adaptat în timp relațiilor juridice și sociale care țin de familie, aducând acestora o protecție juridică crescândă. Trecerea în revistă a jurisprudenței recente privitoare la art. 8 și 12 din CEDO – dreptul la viață privată și familială, respectiv dreptul la căsătorie – permite evidențierea implicațiilor pe care „ideologia” drepturilor fundamentale ale omului le poate avea în ceea ce privește căsătoriile între persoane de același sex.

A. Jurisprudența privind cuplurile de același sex

13. **Karner c. Austria.** Una dintre primele cauze care a arătat că diferențierea între cuplurile heterosexuale și cele homosexuale în ceea ce privește drepturi conferite de Convenție ridică probleme din perspectiva CEDO este *Karner c. Austria*²⁶. În speță, problema discutată a fost aceea de a ști dacă refuzul Austriei de a recunoaște reclamatului dreptul la contractul de închiriere a locuinței comune după decesul partenerului său homosexual (titular al contractului) ar putea reprezenta o încălcare a art. 14 combinat cu art. 8 din CEDO.

Diferența de tratament între cuplurile (necăsătorite) hetero și cele homosexuale fiind evidentă, Curtea a reamintit că aceasta poate fi sancționată în temeiul Convenției doar dacă nu este susținută printr-o justificare obiectivă și rezonabilă, având la bază motive extrem de grave. „Protecția familiei tradiționale” reprezenta o astfel de justificare, dar înalta instanță a precizat cu claritate că ea nu poate fi utilizată în orice ipoteză, în favoarea oricărei măsuri discriminatorii la adresa cuplurilor homosexuale, și că marja de apreciere lăsată statelor în materie este una redusă. Nedemonstrând că excluderea operată prin legislația sa era efectiv necesară pentru atingerea scopului propus, Austria a fost condamnată pentru încălcarea Convenției. Decizia și raționamentul subsecvent au fost confirmate în 2010, în cauza *Kozak c. Polonia*²⁷.

14. **R și F c. Regatul Unit și Parry c. Regatul Unit.** În ciuda acestei prime deschideri, Curtea a continuat cu o poziție prudentă, reflectată, de exemplu, în hotărârea din cauzele *R și F c. Regatul Unit*²⁸ și *Parry c. Regatul Unit*²⁹, în care reclamantii pretindeau, în cazul transsexualilor, admiterea unei excepții de la principiul conform căruia căsătoria este uniunea între un bărbat și o femeie³⁰. În fapt, în fiecare dintre cele două cauze, unul dintre soții dintr-un cuplu heterosexual a suportat, în timpul căsătoriei, o operație de schimbare de sex, după care a cerut modificarea corespondentă a actelor sale de stare civilă, fără să divorțeze în prealabil (așa cum pretindea legislația engleză)³¹. Refuzul autorităților a fost contestat în fața CEDO, în baza articolelor 8 și 12 din Convenție, dar Curtea a respins cererea ca inadmisibilă. Înalta instanță a arătat, pe de o parte, că persoanele interesate aveau posibilitatea continuării relației lor sub forma uniunii civile/*civil partnership*, ce implică un statut juridic cu drepturi și obligații similare celor ale soților dintr-o căsătorie tradițională, și a reamintit, pe de alta, că art. 12 din CEDO utilizează conceptul tradițional de căsătorie (între un bărbat și o femeie), iar legislațiile ce permit mariajul homosexual reflectă doar viziuni proprii/individualiste ale statelor respective cu privire la rolul căsătoriei în societate.

Hotărârea a fost confirmată la 13 noiembrie 2012³², într-o speță *H. c. Finlanda*, cvasi-identică. Făcând apel la justul echilibru ce trebuie păstrat între dreptul persoanei la protecția vieții sale private și interesele concurente ale statului de conservare a instituției tradiționale a căsătoriei și reamintind faptul că art. 12 din CEDO *nu obligă* statele să garanteze cuplurilor de același sex accesul la instituția căsătoriei, Curtea nu a avut nicio problemă să valideze reglementarea finlandeză ce condiționa recunoașterea juridică a actului de conversie sexuală (a unuia dintre soții dintr-o căsătorie mixtă) de transformarea prealabilă a căsătoriei acestuia în parteneriat civil.

15. **Schalk & Kopf c. Austria.** Problema recunoașterii unui drept la căsătorie pentru cuplurile de același sex a fost abordată direct într-o hotărâre din 24 iunie 2010, pronunțată în cauza *Schalk & Kopf c. Austria*³³. În speță, reclamantii - un cuplu austriac de același sex - doreau să se căsătorească, dar cererea lor a fost respinsă de autorități; hotărârea a fost contestată, ajungându-se în final în fața CEDO.

Curtea a abordat mai întâi problema de a ști dacă o lege națională ce nu permite căsătoria între persoane de același sex este contrară art. 12 din CEDO. Răspunsul său a fost unanim negativ³⁴, dar considerentele hotărârii sunt totuși foarte importante din alt punct de vedere: invocând evoluțiile legislative din statele membre ale Convenției, precum și art. 9 din Carta drepturilor fundamentale în UE, Curtea *nu mai consideră că dreptul la căsătorie* menționat în art. 12 CEDO *trebuie să fie considerat, în toate circumstanțele, ca fiind limitat la cazul căsătoriilor încheiate între persoane de sex opus* (par. 61). Contururile noțiunii convenționale de „căsătorie” sunt modificate, iar diferența de sex a „soților” nu mai apare ca un element ce condiționează aplicabilitatea art. 12.

Cea de-a doua problemă examinată a fost aceea de a ști dacă o lege națională ce nu permite căsătoriile între persoane de același sex poate fi declarată contrară art. 8 combinat cu 14 CEDO (discriminare în raport cu protecția vieții private și familiale). Din nou, precizările cuprinse în considerente sunt de cea mai mare importanță: înalta instanță europeană a afirmat cu claritate că o relație de coabitare între persoane de același sex, trăind într-un parteneriat *de facto*, intră în sfera noțiunii de „viață familială” (și nu doar a aceleia de „viață privată”)³⁵, iar cuplurile homosexuale se găsesc într-o situație analogă celei a cuplurilor heterosexuale în ceea ce privește nevoia de recunoaștere legală a relațiilor lor. Având în vedere concluzia privitoare la articolul 12 și faptul că Austria dispunea de o legislație pe baza căreia cuplurile de aceeași sex puteau beneficia de un statut legal³⁶, Curtea a decis că articolele 14 și 8 din CEDO nu au fost încălcate.

16. Hotărârea în cauza *Schalk* nu are consecințe semnificative imediate pentru cuplurile homosexuale: statele membre ale CEDO nu sunt obligate să legalizeze căsătoria între persoane de același sex. Având în vedere extinderea contururilor noțiunii convenționale de „căsătorie”, precum și includerea relațiilor de coabitare stabile între persoane de același sex în sfera acelor protejate prin intermediul art. 8 din Convenție („viață familială”), ea se poate dovedi totuși importantă în contenciosul de *recunoaștere* a statutului de persoană căsătorită legal dobândit într-un stat care permite/validează o astfel de căsătorie.

O primă reacție jurisprudențială subsecventă a putut fi observată în decizia 4184 din 15 martie 2012 a Curții de casație din Italia³⁷, într-un litigiu care privea transcrierea în registrele de stare civilă italiene a unei căsătorii homosexuale

încheiate de doi bărbați italieni în Olanda. Tradițional, în dreptul italian, diferența de sex a soților reprezintă o exigență minimă indispensabilă pentru „existența” însăși a căsătoriei, pentru „identificabilitatea juridică a actului căsătoriei”³⁸; în plan internațional, aceasta implică refuzul recunoașterii căsătoriilor homosexuale ca fiind *acte inexistente* (și nu datorită unei eventuale contrarietăți a lor cu ordinea publică internațională italiană). În decizia sa din martie 2012, înalta instanță italiană a reamintit această soluție, dar a optat pentru o poziție mai nuanțată, inspirată de evoluțiile din dreptul european în materie (hotărârea *Schalk* fiind expres citată). Având în vedere că diferența de sex nu mai este un element esențial al căsătoriei (pct. 4.3), ea a apreciat că o căsătorie homosexuală nu mai poate fi considerată astăzi „inexistentă”, ci doar inaptă, în principiu, a produce efecte juridice în Italia (și, deci, imposibil a fi transcrisă în actele de stare civilă locale); pentru că soții dintr-un cuplu homosexual se bucură, în temeiul dreptului european, de protecția dreptului lor la viață familială, Curtea a decis că aceștia pot totuși reclama, în situații specifice, punctuale, un tratament identic celui rezervat soților dintr-o căsătorie heterosexuală³⁹.

B. Jurisprudența privind, în general, recunoașterea statutului familial dobândit în străinătate

17. Consecințele hotărârii din cauza *Schalk* pentru cuplurile homosexuale căsătorite sunt potențate de jurisprudența europeană privitoare la recunoașterea statutului familial dobândit în străinătate. În acest domeniu Curtea de la Strasbourg are o poziție mult mai incisivă, condamnând expres cazurile în care situația juridică a unei persoane este expusă unei pluralități de soluții în plan internațional, fără să existe un interes serios, legitim, justificativ pentru aceasta.

18. **Wagner c. Luxemburg.** Una dintre hotărârile recente cu implicații în domeniul dreptului internațional privat al familiei este hotărârea *Wagner c. Luxembourg*⁴⁰, din 28 iunie 2007. În speță, în aplicarea regulilor de conflict competente, statul Luxemburg a refuzat recunoașterea unei decizii peruane de adopție cu efecte depline a unei fetițe peruane de către o femeie luxemburgheză, necăsătorită⁴¹. Acest refuz fiind contestat, reclamantele au invocat în fața Curții de la Strasbourg, între altele, atingerea adusă dreptului lor la viață familială și, deci, încălcarea art. 8 CEDO; guvernul luxemburghez a recunoscut ingerința, dar a susținut că stabilirea de condiții și limite pentru realizarea unei adopții cu efecte depline este justificată prin nevoia de protecție afectivă și patrimonială a copilului adoptat și a eventualilor alți copii ai adoptatorului, precum și aceea de dejucare a eventualelor fraude la legea luxemburgheză.

Curtea a apreciat că măsura ar putea fi justificată, într-adevăr, prin nevoia protecției sănătății și a moralei, precum și a drepturilor și libertăților copilului. Pentru ca aceasta să fie considerată totuși „necesară”, „într-o societate democratică” (în conformitate cu art. 8 al. 2 CEDO), a fost verificat și caracterul pertinent și suficient al acestor motive, stabilindu-se că decizia luxemburgheză „omite să țină cont de realitatea socială a situației”. Conform înaltei instanțe, refuzul Luxemburgului de a admite oficial existența juridică a legăturii de familie creată de actul peruan creează inconveniente pentru reclamantii în viața lor cotidiană, copilul fiind privat de o protecție juridică care să-i permită integrarea completă în familia adoptivă; motivul invocat de Luxemburg în favoarea deciziei (protecția copilului) nu a fost considerat convingător în măsura în care acesta era contrazis de realitatea faptică, minora adoptată fiind declarată abandonată și plasată în orfelinat. În aceste condiții, aplicarea strictă, conform regulilor de conflict locale, a art. 367 C. civ. nu a fost susținută de argumente „suficiente” în sensul art. 8 al.2 CEDO, Curtea reținând încălcarea dreptului reclamantelor la viață familială.

Dacă existența unei relații legitime de familie între reclamante a fost importantă, Curtea nu a insistat prea mult asupra faptului că la baza acesteia exista o hotărâre judecătorească străină⁴². Nimic în raționamentul său nu se opune ca acesta să fie generalizat și aplicat în privința oricăror relații juridice de familie create valabil în diverse sisteme de drept, prin intervenția altor autorități decât instanțele (în general, ofițerii de stare civilă) sau chiar a notarilor⁴³, pentru a impune în viitor recunoașterea lor *de facto* în statele membre ale Convenției.

Confirmarea acestei poziții este oferită prin hotărârea *Negrepontis* din 3 mai 2011.

19. ***Negrepontis c. Grecia***⁴⁴. O doua cauză care ilustrează dimensiunea internațională a protecției dreptului la viață familială privește, de asemenea, o adopție. În speță, un copil grec a fost adoptat în SUA de către unchiul acestuia, episcop ortodox grec, ambii cu reședința în Statele Unite; cincisprezece ani mai târziu, dorind să folosească în Grecia numele părintelui adoptiv și invocând drepturi în succesiunea acestuia, copilul a solicitat recunoașterea actului de adopție, dar s-a lovit de un refuz din partea autorităților. Acesta a fost justificat de Curtea supremă greacă prin încălcarea ordinii publice internaționale, ce include, în Grecia, normele de drept canonic care interzic membrilor clerului actele lumești (precum adopția). Hotărârea a fost contestată, între altele, pentru încălcarea art. 8 din CEDO.

Prima dintre problemele abordate este aceea a existenței „raportului de familie” între reclamant și unchiul său; două din aprecierile Curții merită amintite, fiind susceptibile a fi generalizate în cauze similare: conform înaltei instanțe, actul străin de adopție, presupus a produce efecte în viața familială a celor doi, este

suficient pentru a caracteriza un astfel de raport de familie; existența relației de familie nu poate fi pusă la îndoială pe motivul absenței unei hotărâri de recunoaștere a actului străin în statul forului. Refuzul recunoașterii statutului de copil adoptiv, a numelui și a drepturilor succesoriale subsecvente caracterizând indubitabil o ingerință în viața familială a reclamantului, Curtea a verificat apoi posibilitatea justificării acesteia printr-o nevoie socială imperioasă, în conformitate cu art. 8 al. 2 CEDO; protecția ordinii publice și a moralei a fost acceptată în acest sens ca justificare de principiu, dar analiza caracterului său pertinent și suficient a condus Curtea să concluzioneze unanim în sensul încălcării art. 8 din CEDO de către statul grec.

C. Implicații posibile în domeniul căsătoriilor între persoane de același sex

20. Hotărârile din cauzele *Wagner* și *Negrepontis* ilustrează principalele direcții ale Curții în aplicarea articolului 8 CEDO în contenciosul privitor la recunoașterea actelor străine în materie de statut personal și relații de familie. Intervenția acestui text nu este limitată la situațiile create de legea unui stat contractant sau deja recunoscute într-un stat contractant, ci privește și ipotezele de recunoaștere într-un astfel de stat a unor hotărâri judecătorești străine sau acte de stare civilă străine⁴⁵. Raționamentul purtat de Curte poate fi extrapolat și în alte domenii, diferite de adopție, în care este în cauză viața familială a reclamantilor; astfel, articolul 8 CEDO ar putea constitui, de exemplu, în anumite situații, baza juridică a unei viitoare obligații a statelor europene de a recunoaște statutul juridic dobândit în străinătate de către soții din căsătoriile homosexuale, chiar dacă în ochii acestora respectivele căsătorii nu sunt valabile⁴⁶. Domeniul fiind unul extrem de sensibil, o serie de precizări suplimentare sunt necesare, inclusiv din perspectiva incidenței drepturilor protejate prin Convenția europeană asupra metodologiei dreptului internațional privat.

21. Conform jurisprudenței amintite, pentru a se pune problema unei „continuități a statutului” trebuie ca legătura familială - de filiație naturală sau adoptivă, de căsătorie ... - să fi fost efectiv creată și să existe valabil în interiorul unui sistem juridic străin⁴⁷, pentru a fi devenit o realitate socială⁴⁸. În caracterizarea „realității sociale”, Curtea ia în considerare natura intereselor în joc (ex. interesul superior al copilului – *Wagner*, par. 133), durata de existență a legăturii familiale (*Negrepontis*, par. 75), intensitatea legăturilor de familie (*Negrepontis*, par. 56), așteptările legitime ale părților (*Negrepontis*, par. 72). În ceea ce privește căsătoriile între persoane de același sex, credem că discuția nu ridică dificultăți serioase pe terenul existenței valabile a unei relații de familie; date fiind, pe de o parte, regulile materiale din statele ce permit celebrarea acestor căsătorii și, pe de alta, criteriile

suple avute în vedere în jurisprudență pentru recunoașterea legăturii familiale, este puțin probabil ca o căsătorie homosexuală să fie plasată de Curtea de la Strasbourg în afara sferei de aplicare a art. 8 CEDO⁴⁹. Pentru a fi considerată o „ingerință necesară într-o societate democratică”, măsura de refuz de recunoaștere trebuie însă justificată, astfel că mult mai importantă apare a fi chestiunea proporționalității (a echilibrului între interesele individului/cuplului de protecție a vieții sale familiale și cele ale societății în ansamblul său); atât hotărârea *Wagner*, cât mai ales hotărârea *Negrepointis* reflectă rolul pe care principiul proporționalității îl poate avea în practică, iar aceasta permite abordarea a două categorii de probleme.

22. Prima dintre acestea privește rolul jurisprudenței Curții EDO în emergența/consolidarea unei noi metode de drept internațional privat – metoda recunoașterii unilaterale directe a situațiilor juridice create în străinătate⁵⁰, ce ar putea primi aplicare inclusiv în domeniul căsătoriilor între persoane de același sex; în fiecare dintre cele două decizii prezentate, Curtea a impus ca situația juridică și socială creată în străinătate să fie tradusă în realitate juridică în statul sesizat cu recunoașterea, ceea ce ar putea fi utilizat ca argument pentru a susține cel puțin o tendință în acest sens. De altfel, această metodă a fost deja scoasă în evidență de o parte a doctrinei⁵¹, ea reflectând transformarea dreptului substanțial european, ce include printre valorile sale respectarea identității și a statutului juridic al persoanei. La o primă lectură, utilizarea sa ar fi, de asemenea, facilitată în dreptul românesc de dispozițiile art. 2567 NCC, privitor la recunoașterea în plan local a drepturilor câștigate în țară străină⁵².

23. O analiză mai atentă permite totuși o atenuare a impactului jurisprudenței europene în domeniul analizat; chiar dacă rolul său este indeniabil, Curtea EDO este încă departe de a impune statelor membre obligația de a recunoaște în mod sistematic, necondiționat și automat actele străine intervenite în materie de statut personal sau familial⁵³. De fapt, în deciziile citate preocuparea principală a înaltei instanțe a fost aceea de a se asigura că regulile de drept internațional privat pertinente din statele europene țin cont, în mod corespunzător, de obiectivul asigurării „continuității” statutului familial, respectiv de dreptul la protecția vieții familiale (art. 8 CEDO)⁵⁴. Ea nu impune o obligație automată de recunoaștere, ci mai degrabă o evaluare atentă, din partea fiecărui stat, a impactului pe care regulile sale de drept internațional privat îl au asupra realităților sociale/asupra situațiilor juridice străine, dublată, eventual, de o mai mare flexibilitate în aplicarea acestora. Dreptul european joacă doar un rol corector asupra soluțiilor impuse de normele statelor membre; acestea din urmă păstrează astfel o anumită doză de libertate în materia recunoașterii statutului familial dobândit în străinătate, un argument în acest sens fiind tocmai testul proporționalității (dintre ingerința realizată și scopul

urmărit) pe care instanța de la Strasbourg îl practică regulat: diverse măsuri restrictive pot fi justificate (sunt ingerințe legitime) dacă răspund unei nevoi sociale imperioase din statul în cauză.

24. Aceasta conduce la cea de-a doua categorie de probleme. Dacă în situațiile cu elemente de extraneitate, aplicarea art. 8 CEDO impune statelor contractante să facă tot posibilul pentru a asigura continuitatea statutului personal și a legăturilor de familie dincolo de frontiere⁵⁵, în cazul domeniilor sensibile, precum acela al căsătoriilor între persoane de același sex, exigențele europene trebuie corelate cu necesitatea protecției politicilor fundamentale ale forului, materializate în principii protejate prin intermediul excepției de ordine publică internațională. Aceasta corelare nu este întotdeauna simplă.

25. În primul rând, trebuie accentuat că marja statului de destinație în ceea ce privește recunoașterea sau nu a existenței și efectivității legăturii de familie create în străinătate nu este una discreționară, iar instanța europeană nu ezită să pună în balanță imperatiile europene și cele statale. Două aspecte merită subliniate în acest context.

Pe de o parte, faptul că utilizarea excepției de ordinea publică internațională ajunge să întrerupă „*continuitatea unui statut familial creat în străinătate*” nu trebuie văzut ca implicând, automat, incompatibilitatea acesteia cu art. 8 CEDO. Dimpotrivă, ordinea publică internațională protejează valori și principii fundamentale ale forului și, de aceea, refuzul de recunoaștere justificat printr-o asemenea bază ar putea apărea legitim, asigurând un echilibru adecvat între diferitele interese în discuție.

Pe de altă parte, faptul că o măsură națională este utilă în protecția ordinii publice internaționale a unui stat este un element important, dar nu decisiv pentru a stabili legitimitatea acesteia din perspectiva art. 8 CEDO⁵⁶. În aceste condiții, un text național ce urmărește protecția modelului tradițional de familie, protecția moralei sociale și a standardelor etice și morale autohtone, impunând, în consecință, refuzul recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex, nu este imunizat automat în fața exigențelor europene. De fiecare dată, Curtea analizează atent obiectivele și politicile substanțiale avute în vedere de reglementările statale în cauză, pentru a se asigura că ele corespund unei „nevoi sociale imperioase”. În hotărârea *Karner c. Austria*, confirmată de *Kozak c. Polonia*, aceasta a menționat expres că motivul „*protecției familiei tradiționale*”, oricât de legitim ar fi el, nu poate fi utilizat în orice ipoteză, în favoarea oricărei măsuri discriminatorii la adresa cuplurilor homosexuale, astfel că statele - precum România - care doresc să se opună în continuare recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex

celebrate în străinătate vor trebui să fie extrem de atente în privința justificării adecvate a acestei măsuri.

26. În al doilea rând, așa cum am menționat mai sus, jurisprudența europeană impune indeniabil statelor membre o mai mare flexibilitate în aplicarea regulilor lor în materie de recunoaștere a situațiilor juridice străine, fapt ce ar putea avea repercusiuni directe inclusiv în ceea ce privește excepția de ordine publică internațională⁵⁷.

27. Tehnică recunoscută pentru suplețea pe care o presupune⁵⁸, aceasta este concepută astăzi ca un laborator în care coexistă valori de sursă diversă – națională și europeană⁵⁹ - aflate într-un echilibru delicat, susceptibil să se modifice în timp. Dacă statele operează uneori în mod spontan această modificare, în urma evoluțiilor concepțiilor legislative în plan intern⁶⁰, nici rolul jurisprudenței europene nu este unul neglijabil și acesta din urmă interesează în mod special. Astfel, în timp, Curtea a rămas prudentă în diverse domenii, acceptând să menajeze sensibilitățile naționale în numele diferenței flagrante între legislațiile statelor membre; în acest context, valorile de sursă națională au prevalat în cadrul ordinii publice internaționale, astfel că, indirect, protecția familiei tradiționale sau protecția moralei publice – motive invocate împotriva recunoașterii căsătoriilor străine între persoane de același sex – au putut avea în trecut prioritate indiscutabilă în fața dreptului la protecția vieții familiale (protejat prin art. 8 CEDO). Convenția este totuși înțeleasă ca un instrument viu, iar evoluțiile concepțiilor naționale și apariția unor standarde uniforme comune cât mai multor state facilitează interpretări novatoare și schimbări în jurisprudența europeană, cu consecințe inclusiv asupra contururilor ordinii publice internaționale⁶¹. Conform hotărârii *Schalk* prezentată mai sus, căsătoria nu mai poate privi astăzi doar persoanele de sex opus, iar căsătoriile homosexuale dau naștere unor „relații de familie” între persoanele interesate.

Deși încă izolate, aceste luări de opinie sunt semnul unei posibile re poziționări a Curții în sensul ridicării exigențelor europene în domeniu și limitării corelative a marjei de apreciere a statelor; în aceste condiții, nu este exclus ca în viitorul nu foarte îndepărtat echilibrul între valorile care compun ordinea publică internațională să fie reconfigurat (cu o pondere mai semnificativă pentru cele de inspirație europeană), astfel încât aceasta să nu mai poată fi utilizată ca instrument de refuz de recunoaștere a căsătoriilor între persoane de același sex încheiate în străinătate. Ca argument textual în favoarea unei asemenea poziții ar putea fi adus, de exemplu, *mutatis mutandis*, considerentul 58 din Regulamentul european nr. 650/2012 în materia succesiunilor internaționale⁶²; abordând eventualitatea utilizării mecanismului analizat împotriva unei legi sau hotărâri străine, acesta prevede în mod expres că „...instanțele sau celelalte autorități competente nu ar

trebuie să poată aplica excepția de ordine publică pentru a lăsa deoparte legea unui alt stat membru sau pentru a refuza să recunoască — sau, dacă este cazul, să accepte— sau să execute o hotărâre, un act autentic sau o tranzacție judiciară dintr-un alt stat membru, dacă în felul acesta ar încălca dispozițiile Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene ...” (Cartă ce include un articol 7 - „Respectarea vieții private și de familie” -, similar articolului 8 din CEDO, analizat aici).

28. Până la confirmarea jurisprudențială a acestei soluții, o altă alternativă mai puțin perturbatoare, care să asigure concomitent respectarea standardelor europene și menajarea concepțiilor naționale fundamentale, ar putea avută în vedere: consacrarea eventuală a teoriei franceze a efectului atenuat al ordinii publice internaționale⁶³. Intervenția acesteia presupune, ca o condiție *sine qua non*, un statut valabil dobândit în străinătate *fără încălcarea sau fraudarea legii competente*, conform dreptului românesc (ceea ce este cazul atunci când unul dintre „soți” este cetățean român). „Atenuarea” în cauză, justificată prin absența legăturilor caracterizate cu statul forul și ne-interesarea ordinii juridice autohtone, s-ar traduce prin refuzarea de principiu a recunoașterii efectelor personale corespondente respectivului statut și corelativ, prin admiterea în plan local a unora dintre efectele sale patrimoniale, mai puțin „șocante”⁶⁴ (precum, de exemplu, dreptul la moștenire al „soțului” unui bărbat homosexual olandez, decedat cu reședința obișnuită în România - pe de o parte, într-o asemenea speță, ordinea juridică din România nu este direct interesată sau afectată; pe de alta, făcând abstracție de „calitate”, nu este exorbitant ca un bărbat să dobândească drepturi în succesiunea altui bărbat...). O soluție similară celei propuse se regăsește, de exemplu, în decizia din 15 martie 2012 a Curții de casație din Italia, citată mai sus.

Concluzii

29. Realizarea uniformității internaționale de soluții și respectarea alterității – obiective fundamentale ale dreptului internațional privat – sunt serios puse la încercare în domeniul matrimonial, odată cu consacrarea legislativă, în diverse sisteme de drept străine, a mariajului între persoane de același sex. Efectele adverse ale mobilității transfrontaliere asupra situației familiale a unui individ sau cuplu pot fi totuși temperate, cel puțin parțial, prin luarea în discuție a imperativelor legate de protecția drepturilor fundamentale ale omului în Europa. Mai puțin prezente la nivelul conflictelor de legi ocazionate de crearea legăturii familiale, dar puternic resimțite în ceea ce privește recunoașterea situațiilor cristalizate într-o ordine juridică străină, aceste imperative sunt de natură să provoace schimbări metodologice importante în abordarea problemelor ce țin de tratamentul transfrontalier al

familiei. Admisibile și argumentabile din punctul de vedere al teoriei juridice, nu este totuși evident că acestea vor fi receptate și de către practică; de altfel, implicând compromisuri serioase și având incidențe ce merită să fie amplu dezbătute public, singura soluție judicioasă în materie ne pare a fi intervenția legiuitorului, după eventuala luare de poziție neechivocă a Curții de la Strasbourg.

¹ Prezentul studiu este finanțat din grantul de cercetare PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, coordonator conf. univ. dr. Mircea Dan Bob.

* Lector univ.dr. la FSEGA, UBB Cluj-Napoca; alinaxoprea@yahoo.fr.

² Pe lângă căsătoriile tradiționale între persoane de sex diferit, statele europene recunosc, de exemplu, căsătoriile între persoane de același sex, parteneriatele înregistrate între persoane de același sex sau de sex diferit, respectiv parteneriatele între persoane de același sex sau de sex diferit, cu incidențe semnificative asupra situației familiale și patrimoniale a celor implicați – pentru o prezentare de ansamblu, v. K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2nd ed., Intersentia, 2012.

³ Art. 2564 NCC : (1) *Aplicarea legii străine se înlătură dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român sau dacă legea străină respectivă a devenit competentă prin fraudarea legii române. În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română.* (2) *Aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului.*

⁴ Pentru Franța, v. H. Fulchiron, « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *D.* 2001, p. 1629; H. Fulchiron, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253; M. Revillard, « Le PACS, les partenaires enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique du droit international privé », *Deffrénois*, iunie 2005, p. 461; M. Schmitt, « L'incidence en France des lois Belges et Néerlandaises introduisant le mariage homosexuel », *JCP* n°1, ianuarie 2004, 1006; pentru Italia, v. C. Campiglio, *Scritti di diritto internazionale privato e penale*, Wolters Kluwer Italia, 2009, t. 1, p. 373 și urm.

⁵ V. H. Fulchiron, „Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *op. cit.*, p. 1254.

⁶ V. P. Wautelet, “Private International Law Aspects of Same Sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided We Stand”, in K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition...*, *op. cit.*, p. 143, sp. p. 147-148.

⁷ În opoziție cu metoda practică în ceea ce privește hotărârile judecătorești străine, a căror recunoașterea este în esență condiționată doar de competența jurisdicțională a instanței străine, legea aplicabilă fiind în principiu indiferentă (vezi de exemplu art. 33-36 din Regulamentul european 44/2001 *privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială*).

⁸ V. B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2008, n°202, p. 177-178.

⁹ De exemplu, o căsătorie poligamă este totuși analizată, din perspectiva regulilor de DIP, ca o „căsătorie”.

¹⁰ V. H. Fulchiron, „Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *op. cit.*, p. 1254, ce consideră că extinderea conceptului de căsătorie pentru a include și căsătoriile între persoane de același sex ar transforma căsătoria într-o simplă „formă juridică organizată de viață în cuplu”.

- ¹¹ V. în Franța, B. Audit, *Droit international privé*, op. cit., n° 202, p. 178 : „...le fait qu’il s’agisse d’une union entre personnes de sexe différent n’interdit pas en principe d’accueillir aujourd’hui dans la catégorie („mariage”, adaugarea noastră) certaines unions auxquelles des lois étrangères [...] confèrent le caractère d’un mariage (cela sans préjudice de l’intervention de l’ordre public”. V. și E. Fongaro, „Le mariage homosexuel à l’épreuve du droit international privé. À propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005”, *JDI*, 2006, p. 477, sp. p. 482-483. Pentru Germania, v. autorii citați de D. Martiny („Private International Law Aspects of Same sex Couples under German Law”, in K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition...*, op. cit.), p. 189, sp. p. 197, nota 28 subsol.
- ¹² Se pune, de exemplu, problema de a ști dacă aceste autorități, ținând cont de nerecunoașterea căsătoriei homosexuale celebrate în străinătate, vor considera că persoanele implicate („soții”) sunt, din punct de vedere juridic, celibatate, și pot, în consecință să încheie fiecare în România o altă căsătorie.
- ¹³ Ex. CJCE, 2 octombrie 2003, C-148/02, *Garcia Avello* (RCDIP, 2004, p. 192); CJCE, 14 octombrie 2008, C-353/06, *Grunkin & Paul*, RCDIP, 2009, p. 80; *JDI*, 2009, p. 203, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2009, p. 221.
- ¹⁴ Problematika influenței libertăților de circulație asupra reglementărilor naționale în domeniul recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex legal încheiate într-un stat membru este una amplă și merită să fie dezvoltată într-un studiu distinct.
- ¹⁵ V. Civ. 1^{ere}, 13 martie 2007, *Bull. civ. I.*, n° 76; *Gaz. Pal.*, 22 mars 2007 n° 81, p. 10. *RTDCiv*, 2/2007, *Chroniques*, p. 287 și urm., „Le mariage entre personnes du même sexe renvoyé aux calendes grecques?”, note par. J.P. Marguénaud. Totuși, la 7 noiembrie 2012, Consiliul de miniștri din Franța a adoptat un proiect de lege privind admiterea, în această țară, a căsătoriilor între persoane de același sex; preconizând între altele introducerea în Codul civil a unui articol 143 prin care se va preciza expres că „Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe”, proiectul urmează a fi examinat de către parlament începând cu luna ianuarie 2013 – cf. *Dépêches JurisClasseur – Actualités*, 8.11.2012.
- ¹⁶ Cass. civ., 17 aprilie 1953, Rivière, RCDIP, 1953, p. 214, notă H. Batiffol : «La réaction à l’encontre d’une disposition contraire à l’ordre public n’est pas la même suivant qu’elle met obstacle à l’acquisition d’un droit en France ou suivant qu’il s’agit de laisser se produire en France les effets d’un droit acquis, sans fraude, à l’étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français».
- ¹⁷ V. Răspunsul din 9.03.2006 al ministrului francez al justiției, la întrebarea 16294 (RCDIP, 2006, p. 440-441).
- ¹⁸ Situația este similară celei rezervate căsătoriilor poligame celebrate în străinătate. V. de exemplu, în ceea ce privește vocația succesorală, hotărârea Curții de Apel Alger, 9 februarie 1910 (RCDIP, 1913, p. 10): „l’opposition de l’ordre public à la polygamie ne fait pas obstacle à ce qu’une des femmes d’un étranger, régulièrement épousée dans son pays selon la loi applicable, agisse en pétition d’héritité alors que nous n’admettrions pas la conclusion en France d’un mariage polygamique”; pentru o decizie mai recentă confirmând vocația succesorală, în Franța, a unei soții dintr-o căsătorie poligamă valabil încheiată în străinătate, v. C. Cass. 3 ianuarie 1980, RCDIP, 1980, notă H. Batiffol.
- ¹⁹ V. E. Fongaro, « Retour sur les effets en France d’une union homosexuelle célébrée à l’étranger », *JCP N*, 2005, 128, p. 794.
- ²⁰ Art. 45 al. 3 din legea elvețiană de DIP – « Un mariage valablement célébré à l’étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré » ; textul a fost introdus în dreptul elvețian în 2004, prin legea privind parteneriatele înregistrate, și este în vigoare din 2007.

- ²¹ Cf. D. Martiny, „Private International Law ...”, *op. cit.*, p. 189, sp. p. 197-198. C. Apel Zweibrücken, 21 martie 2011, St.AZ 2011, citată de D. Martiny.
- ²² J. Scherpe, „Legal Recognition of Foreign Formalised Same-sex Relationships in the UK”, *International Family Law*, 2007, p. 198 și urm.; P. Wautelet, „Private international law aspects of same sex marriages...”, *op. cit.*, p. 165-166. High Court of Justice, hotărârea *Wilkinson c. Kitzinger*, 31 iulie 2006 (2006 EWHC 2022 (Fam), 2006 All ER (D) 479 (Jul)) (căsătorie homosexuală legal încheiată conform dreptului din provincia Columbia britanică, Canada, recunoscută în Marea Britanie doar ca și parteneriat civil).
- ²³ V. D. Martiny, „Private International Law Aspects...” *op. cit.*, p. 198.
- ²⁴ V., de exemplu, în ceea ce privește discriminarea copiilor nelegitimi, cauzele: *Marckx c. Belgia* (CEDO, 13 iunie 1979), *Johnston c. Irlanda* (CEDO, 18 decembrie 1986), *Inze c. Austria* (CEDO, 28 octombrie 1987); în ceea ce privește contestarea prezumției de paternitate, v. cauza *Kroon c. Olanda* (27 octombrie 1994); în ceea ce privește atribuirea numelui patronimic după căsătorie, v. cauza *Burghartz c. Elveția* (22 februarie 1994).
- ²⁵ V. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI, 2000, t. 283, sp. p. 101 și urm.
- ²⁶ CEDO, 24 iulie 2003, *Karner c. Austria*, Af. 40016/98.
- ²⁷ CEDO, 2 martie 2010, *Kozak c. Polonia*, Af.13102/02.
- ²⁸ CEDO, 28 noiembrie 2006, Af. 35748/05, *R și F c. Regatul Unit*, RTDCiv., 2/2007, p. 287, „Croniques” de J.P. Marguénaud.
- ²⁹ CEDO, 28 noiembrie 2006, Af. 42971/05, *Parry c. Regatul Unit*.
- ³⁰ Regula diferenței de sex a partenerilor la căsătorie a fost reafirmată implicit de Curte în cauza *C. Goodwin c. Regatul Unit* (CEDO, 11 iulie 2002), în care s-a admis posibilitatea încheierii unei căsătorii între un transsexual și o persoană care avea același sex ca acesta înainte de operație.
- ³¹ Dreptul englez admite modificarea actelor de stare civilă în urma operațiilor de schimbare de sex, dar în cazul persoanelor căsătorite, aceasta este condiționată de divorțul prealabil.
- ³² CEDO, 13 noiembrie 2012, Af. 37359/09, *H. c. Finlanda*.
- ³³ CEDO, 24 iunie 2010, Af. 30141/04.
- ³⁴ De acord cu susținerea reclamantilor conform căreia, în societatea de astăzi, procrearea și educarea copiilor nu mai sunt elemente decisive, definitorii ale căsătoriei, Curtea refuză totuși să deducă din aceasta consecințe în ceea ce privește obligația de legiferare cu privire la mariajul homosexual. Printre statele membre ale Consiliului Europei situația este departe de a fi uniformă (6 contra 47), instituția căsătoriei este una cu conotații sociale și culturale adânc înrădăcinate și, în opinia unanimă a judecătorilor, chiar dacă Convenția trebuie interpretată ca un instrument viu, în evoluție, articolul 12 nu poate fi înțeles ca impunând statelor membre obligația de a permite persoanelor de aceeași sex accesul la instituția căsătoriei.
- ³⁵ Par. 94 al deciziei; cu aceasta, merită subliniată evoluția înregistrată în jurisprudența Curții: în decizia *Mata Estevez c. Spania*, din 10 mai 2001 (Af. 56501/00) Curtea afirma, pe de o parte, că având în vedere absența unui fond comun în materie în legislațiile statelor membre, relațiile homosexuale nu intră în sfera dreptului la respectarea vieții familiale și, pe de alta, că refuzul statului de a acorda partenerilor supraviețuitori dintr-un cuplu homosexual, în baza dreptului la protecția vieții private, o serie de prestații recunoscute soților supraviețuitori este justificat printr-un obiectiv legitim, acela al protecției căsătoriei.
- ³⁶ Este vorba de legea privind concubinajul oficial, intrată în vigoare la 1 ianuarie 2010; aceasta oferă cuplurilor de același sex un mecanism formal care permite recunoașterea și consacrarea juridică a relațiilor lor : „concubinii oficiali” se bucură de marea majoritate a drepturilor și obligațiilor pe care le au soții (fiind excluse însă, în particular, cele care privesc posibilitatea adopției sau recursul la inseminarea artificială).

- ³⁷ Suprema Corte di Cassazione, Sentenza 4184/2012, 15 martie 2012, <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniSemplici/SchedaNews.asp?ID=3036>; v. F. Chiovini, M. Winkler, „Dopo la consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali”, *Giustizia Civile*, Anno LXX, fasc. 7-8, 2012, p. 1691-1717.
- ³⁸ V. Decizia citată supra, pct. 2.2.2.
- ³⁹ Decizia citată supra, pct. 4.2: „I componenti della coppia omosessuale, convivenți în stabilă relație de fapt, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere nè il diritto a contrarre matrimonio nè il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza” (<http://www.studiolegalecirulli.it/sentenze2012/4184-2012.htm>).
- ⁴⁰ CEDO, 28 iunie 2007, Af. 76240/01; RCDIP, 2007, p. 815, notă P. Kinsch.
- ⁴¹ Regula de conflict luxemburgheză prevede că adopția este guvernată de legea națională a adoptatorului (legea luxemburgheză, în speță); aceasta permițând adopția cu efecte depline doar cuplurilor căsătorite (art. 367 C. civ.), autoritățile au refuzat recunoașterea adopției realizate în Peru.
- ⁴² Ce presupune în planul recunoașterii un tratament parțial diferit de acela rezervat „situațiilor” juridice străine - v. *supra*, n° 8 și nota 7 subsol.
- ⁴³ V. și H. Muir-Watt, „European federalism and the „new unilateralism”, *Tul. L. Rev.*, 2008, p. 1983, sp. p. 1992 și p. 1997-1998 : „it is clear that the reasoning under article 8 is indifferent to whether or not the situation to be recognized results from an individual (judicial or administrative) decision or whether (perhaps more exceptionally) it arose spontaneously under a given legal system on which the parties relied”.
- ⁴⁴ CEDO, *Negreponis c. Grecia*, 3 mai 2011, Af. 56759/08; P. Franzina, „Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, n. 3/2011, p. 609-616, disponibil pe site-ul www.sidi-isil.org
- ⁴⁵ În plus de cele două cauze, menționate, v. și hotărârea *Hussin c. Begia*, din 6 mai 2004, Af. 70807/0, în care Curtea apreciat că refuzul Belgiei de a recunoaște o hotărâre germană ce stabilea o legătură de filiație între un bărbat și copilul fostei soții reprezintă o ingerință în dreptul la viață familială al reclamantilor. V. și P. Franzina, „Some remarks...”, *op. cit.* : „...the formal validity of the situation in question according to the law of the country of origin is a necessary condition for the Article 8 come into play”.
- ⁴⁶ V. și hotărârea Tribunalului administrativ din Luxemburg, din 3 octombrie 2005, citată de P. Kinsch, „Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad - Private International Law and European Human Rights Law”, în (eds.) K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, p. 232, sp. p. 271 : în speță, un bărbat malgaș, căsătorit în Belgia cu belgian, a solicitat un permis de ședere în Luxembourg. Tribunalul a recunoscut căsătoria, decizând că în speță nu se poate invoca excepția de ordine publică internațională. Între altele, instanța a apreciat că neacordarea permisului de ședere ar reprezenta o ingerință disproporționată și nejustificată în dreptul reclamantului de a-i fi respectat dreptul la viața privată și familială, în sensul art. 8 din CEDO.

- ⁴⁷ V. Wagner, par. 133, *Negrepontis*, par. 74.
- ⁴⁸ V. și P. Franzina, „Some remarks...”, *op. cit.*; Wagner, par. 132, *Negrepontis*, par. 56
- ⁴⁹ A se vedea, de altfel, par. 94 din cauza *Schalk*, citată mai sus, în care Curtea a afirmat expres că : „94. ...il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de «vie familiale» au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation”.
- ⁵⁰ L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, E. Dubout, S. Touzé (eds.), Paris, 2010, p. 170 și urm.; H. Muir Watt, «European federalism and the „New Unilateralism”», *op. cit.*, p. 1992-1993.
- ⁵¹ V. P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 2004, p. 225; P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547.
- ⁵² Acest text rezervă totuși respectarea ordinii publice internaționale, iar problema discutată este tocmai aceea a unei recunoașteri necondiționate...
- ⁵³ P. Kinsch, „Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad...”, *op. cit. supra*, sp. p. 273; P. Wautelet, „PIL aspects of Same sex mariages...”, *op. cit.*, sp. p. 180 (ce vorbește de o recunoaștere *on an ad hoc basis*...).
- ⁵⁴ P. Franzina, „Some remarks...”, *op. cit.*; de exemplu, în cauza *Negrepontis* nu se analizează diversele opțiuni metodologice ale Greciei, ci direct rezultatul aplicării tehnicii excepției de ordine publică internațională în cazul concret..
- ⁵⁵ V. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, RCADI, 1989, vol. 213, p. 94 și urm.; pentru o poziție extrem de incisivă, v. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI, 2000, t. 283, ce consideră că statele au obligația de a recunoaște legătura de familie creată în străinătate (sp. p. 82 și urm., p. 98 și urm.), chiar dacă excepția de ordine publică ar trebui să fie desconsiderată (p. 104 și urm.).
- ⁵⁶ În cauza *Negrepontis*, Curtea nu a avut nicio problemă să verifice dacă refuzul Greciei de a recunoaște adopția străină (justificat prin intervenția ordinii publice internaționale) este o măsură proporțională scopului urmărit – v. par. 68 și urm.
- ⁵⁷ A se vedea deja, pentru o fațetă a acestei influențe, hotărârea CEDO, 20 iulie 2001, *Pellegrini*, *RCDIP*, n° 1/2004, p. 114, notă L.L. Christians, prin care Curtea a condamnat Italia pentru încălcarea art. 6 CEDO (dreptul la un proces echitabil) într-o speță în care autoritățile italiene au recunoscut o hotărâre de anulare a unei căsătorii între doi italieni, în ciuda faptului că aceasta fusese pronunțată de Rota de la Vatican fără ca reclamanta să fi avut posibilitatea să se apere. În urma acestei decizii, se consideră că ordinea publică internațională utilizată de statele europene în contenciosul recunoașterii hotărârilor străine ar trebui să integreze și drepturile fundamentale ale omului (așa cum sunt ele definite prin Convenția europeană a drepturilor omului). Pentru o explicație detaliată, v. A. Oprea, „Convenția Europeană a Drepturilor Omului și aplicarea normelor străine în dreptul internațional privat”, *Revista română de drept internațional privat și drept privat comparat*, 1/2006, p. 341, sp. p. 356 și urm.

- ⁵⁸ Ordinea publică poate evolua în timp și spațiu; intervenția sa presupune o apreciere *in concreto* a datelor cauzei – V. B. Audit, *op. cit.*, n° 315 și urm., p. 270-275.
- ⁵⁹ Ordinea publică internațională a fiecărui stat nu mai este alcătuită astăzi doar din valori pur naționale, ci și din valori de sursă europeană. V. textul art. 2564 al. 2 NCC, citat supra, precum și studiul nostru „CEDO și aplicarea normelor străine în dreptul internațional privat”, citat mai sus.
- ⁶⁰ B. Audit, *op. cit.*, n° 310, p. 266. De exemplu, în trecut, în Belgia s-a considerat că excepția de ordine publică internațională poate fi utilizată ca motiv de refuz de recunoaștere a căsătoriilor homosexuale încheiate în străinătate; odată cu legiferarea acestora în plan intern, conținutul excepției s-a schimbat în mod corespunzător (v. supra, n° 6).
- ⁶¹ V. de ex. P. Franzina, *op. cit.* : „*Whenever local rules or practices fall short of European standards, as they result from Article 8, public policy – once it is construed as a merger of national and supra-national factors – prevents local courts from relying on local (inadequate) standards of protection, thus implicitly promoting an evolution of domestic law*”. V., de asemenea, A. Bucher, *La famille...*, *op. cit.*, p. 86 : „... *L’Etat du for, après avoir constaté une violation de l’ordre public des droits de l’homme, doit trouver une solution de droit matériel respectant la vie familiale au sens de l’article 8 de la CEDH*”.
- ⁶² Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, din 4 iulie 2012, privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor, JOUE, 27 iulie 2012, L. 201/107.
- ⁶³ Cu privire la care, v. supra n° 10. Pentru o prezentare detaliată, v. N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, teza dactil., Univ. Robert Schuman, Strasbourg, 2003.
- ⁶⁴ V. B. Audit, *op. cit.*, n° 656, p. 543.