REŞEDINŢA OBIŞNUITĂ A COPILULUI PĂRINŢII CĂRUIA LOCUIESC ÎN STATE DIFERITE

THE HABITUAL RESIDENCE OF THE CHILD WHOSE PARENTS LIVE IN DIFFERENT STATES

DONI Valentina,
doctorandă, USM

CZU: 347.63:351.755.2

Summary

The article discusses the main aspects of the habitual residence of the child with the parents that live in different states. After a short introductory part, there are analyzed the issues relating to the definition of habitual residence, the differences between habitual residence and other legal concepts, the importance of respecting the best interests of the child in the event of the detemination of habitual residence. It take into account the provisions of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, the Civil Code of the Republic of Moldova, the Family Code of the Republic of Moldova, law no. 112 of 09.07.2020 for the amendment of certain normative acts. In the final part are presented the conclusions that emerge from this study.

Keywords: *habitual residence, legal relation with a foreign element, connecting factors.*

Dezvoltarea socială şi economică a avut un impact inevitabil şi colosal asupra migrării forţei de muncă care a marcat şi viaţa de familie a multor persoane. Interesul superior al copilului a cărui părinţi locuiesc în state diferite devine din ce în ce mai greu de identificat, transcende frontierele, iar propunerile de lege necesită validări practice.

Una din chestiunile la ordinea de zi a devenit identificarea reşedinţei obişnuite a copilului în cazul în care el a fost deplasat ilegal sau nu a fost întors în statul reşedinţei sale obişnuite. Necesitatea identificării reşedinţei obişnuite rezidă din interesul copilului de a locui în mediul obişnuit în care se desfăşoară viaţa sa socială şi de a fi familiar cu acest mediu.

Conform prevederilor art. 64 alin. (2^3) din Codul Familiei al Republicii Moldova „ În cazul în care părintele la domiciliul căruia a fost stabilit domiciliul copilului pleacă în altă localitate din ţară sau de peste hotare împreună cu copilul ori lăsînd copilul în custodie, acesta asigură comunicarea copilului cu celălalt părinte prin intermediul tehnologiilor informaţionale sau prin alte mijloace, precum şi posibilitatea vizitării copilului de celălalt părinte.” [1]

Astfel, în cazul în care reşedinţa obişnuită a copilului este identificată ca fiind în alt stat decât reşedinţa obişnuită a părintelui cu care nu a fost stabilit domiciliul copilului, nu se exclude necesitatea asigurării comunicării dintre copil şi părinte, cât şi oferirea posibilităţii de vizitare. La fel, copilul care îşi are reşedinţa obişnuită

într-un alt stat decât familia sa extisă are dreptul la comunicare şi la oferirea posibilităţii de a fi vizitat de către familia sa extinsă. Toate acestea în măsură de a fi în interesul superior al copilului şi de a nu aduce daune integrităţii sale fizice, psihice, intelectuale sau morale. Nu poate fi refuzat la fel contactul celuilalt părinte cu copilul din cauza animozităţilor dintre cei doi părinţi sau din cauza întârzierii plăţii pensiei de întreţinere.

Se impune în acest mod ca necesar identificarea conceptelor de reşedinţă obişnuită şi corelaţia dintre reşedinţa obişnuită şi interesul superior al copilului a cărui părinţi locuiesc în state diferite.

Primo menţionez că Convenţia asupra aspectelor civile ale răpirii internaţionale de copii nr. 67 din 25.10.1980 [2] este în vigoare pentru Republica Moldova din 01.07.1998, iar în cadrul ei regăsim de foarte multe ori termenul de reşedinţă obişnuită a copilului. Secundo facem referire şi la legea nr. 112 din 09.07.2020 pentru modificarea unor acte normative Publicat: 14.08.2020 în Monitorul Oficial nr. 205-211 art. 454 [3] care a produs modificări atît a Codului Familiei Republicii Moldova cât şi a Codului de procedură civilă a Republicii Moldova fiind introdus capitolul XXV[1] denumit Înapoierea copilului şi exercitarea dreptului de vizitare a copilului care la fel face referire la Înapoierea copilului în statul reşedinţei sale obişnuite.

În legătură cu această constatare trebuie să punem în discuţie ce ar însemna reşedinţa obişnuită a copilului a căror părinţi locuiesc în state diferite. Aceasta în contextul actualităţii temei cercetate şi importanţei determinării reşedinţei obişnuite în interesul superior al copilului. În aceeaşi lumină, noţiunea de reşedinţă obişnuită, nu este definită în Convenţia asupra aspectelor civile ale răpirii internaţionale de copii, ci trebuie stabilită de către autorităţile competente în fiecare caz pe baza elementelor de fapt. Totuşi, ar putea exista diferite consideraţii care trebuie luate în considerare la momentul determinării reşedinţei obişnuite a unui copil.

Criteriile determinării reşedinţei obişnuite trebuie să fie stabilite primordial în corelaţie cu interesul superior al copilului şi cu actualitatea schimbărilor în domeniul relaţiilor de familie. Schimbările respective fiind datorate atât dezvoltării informaţionale a societăţii, apariţiei unor noi tehnologii informaţionale de comunicare, schimbării modului şi percepţiei de educare a copilului.

Ca rezultat reţinem că art. 63 alin. (4) din Codul Familiei al Republicii Moldova reţine că ,, În cazul în care lipseşte acordul părinţilor cu privire la stabilirea domiciliului copilului, până la stabilirea acestuia de către instanţa de judecată, domiciliul copilului este considerat domiciliul părintelui cu care acesta locuieşte permanent.” [1] În acelaşi timp, Codul Civil al RM la art. 38 descrie domiciliul persoanei fizice ca locul unde aceasta îşi are reşedinţa obişnuită. [4]

Coraborând prevederile din Codul Familiei şi prevederile din Codul Civil distingem că legiuitorul înţelege ca sinonime domiciliu şi reşedinţa obişnuită. Această concluzie perindându-se din similaritatea definirii domiciliului şi a reşedinţei

obişnuite. Prin urmare cu toate că Convenţia asupra aspectelor civile ale răpirii internaţionale de copii, Codul Familiei al Republicii Moldova nu oferă o definiţie a reşedinţei, putem identifica semnificaţia ei în prevederile de drept comun ale Codului Civil al Republicii Moldova.

Totuşi, în literatura de specialitate se consideră că, stabilitatea domiciliului, caracterul de permaneneţă al locuinţei alese şi evidenţiate ca atare în sistemele de profil, convertesc domiciliul într-un factor de legătură asupra căruia schimbările nu pot fi operate cu aceeaşi uşurinţă ca asupra reşedinţei obişnuite. Domiciliul poate fi schimbat, dacă se îndeplinesc formalităţile prevăzute de lege, pe când reşedinţa obişnuită poate fi modificată fără formalităţi de înregistrare. Interpretarea extensivă promovată atribuie reşedinţei obişnuite înţelesul de locuinţă statornică sau de adresă unde persoana locuieşte efectiv, chiar dacă în raport cu prevederile cu privire la stabilirea domiciliului, ea nu poate fi socotită că are acel domiciliu. Dacă domiciliul rămâne o noţiune de drept, reşedinţa este mai puţin pretenţioasă sub aspectul duratei locuirii şi ataşamentului individului faţă de locuinţă. [5, p. 73-74]

Astfel, in concreto constatăm că reşedinţa obişnuită are mai mult un caracter faptic, departe de ficţiunea legală a domiciliului. Reşedinţa obişnuită a copilului a cărui părinţi locuiesc în state diferite este mai mult o realitate stabilită la un moment dat privind locuirea pe un anumit teritoriu. Iar domiciliul înregistrat poate fi diferit decât reşedinţa obişnuită şi poate să nu corespundă cu realitatea locuirii pe un anumit teritoriu de către copil.

În aceeaşi ordine de idei, se conturează principiul obligativităţii stabilirii domiciliului şi apare conceptul domiciliului legal. Iar faptul că minorul trebuie să aibă un domiciliu, care poate fi adesea atribuit reşedinţei obişnuite poate conduce la faptul că se confundă cu conceptul de domiciliu. Acesta fiind cazul când părinţii sunt divorţaţi, iar judecătorul a stabilit domiciliul cu unul din părinţi, dar cu posibilitatea de a pleca şi la celălalt. [6, p. 209]

Cu toate acestea, se impune sublinierea faptului că denumirea de obişnuită din sintagma reşedinţa obişnuită evidenţiază faptul că nu este vorba despre o şedere efemeră sau episodică ori de prezenţa fortuită a copilului pe teritoriul unui stat. Reşedinţa obişnuită fiind un instrument care ne proiectează integrarea copilului într-un mediu social.

În această ordine de idei, considerăm că reşedinţa obişnuită este un atribut de identificare a copilului părinţii căruia locuiesc în state diferite care îl individualizează în spaţiu. De asemenea, reşedinţa obişnuită este şi un drept nepatrimonial al copilului de a avea un domiciliu.

La fel conform aceluiaşi art. 38 din Codul Civil al Republicii Moldova se menţionează că ,, Reşedinţa obişnuită demonstrează o legătură apropiată şi stabilă a persoanei fizice cu locul vizat. La determinarea reşedinţei obişnuite se iau în considerare toate elementele de fapt relevante, în special durata şi regularitatea prezenţei persoanei în locul vizat, precum şi condiţiile şi motivele acestei prezenţe.” [4]

Din aceste prevederi legale putem deduce care sunt criteriile necesare determinării reşedinţei obişnuite a copilului a cărui părinţi locuiesc în state diferite la momentul apariţiei litigiilor privind stabilirea domiciliului copilului sau a litigiilor ce apar din considerentul încălcării înţelegerilor privind locul de trai al copilului. Literatura de specialitate identificând în cadrul multiplelor analize principalele criterii necesare la stabilirea reşedinţei obişnuite a copilului.

În acest scopuri, trebuie mai ales să fie luate în considerare durata, regularitatea, condiţiile şi motivele sejurului pe teritoriul unui stat membru şi ale mutării familiei în acest stat, cetăţenia copilului, locul şi condiţiile de şcolarizare, cunoştinţele lingvistice, precum şi raporturile de familie şi sociale întreţinute de copil în statul respectiv. [5, p. 6]

Toate aceste criterii fiind focusate asupra stabilirii unei reşedinţe obişnuite în spaţiul unde copilul locuieşte în mod obişnuit şi în care îşi petrece viaţa socială. Astfel, nu se i-au în considerare doar necesităţile părintelui la întreţinerea căruia se află copilul, dar şi interesele superioare ale copilului de a avea o viaţă stabilă, lipsită de schimbări care i-ar pertuba dezvoltarea psihico-emoţională.

Sub acelaşi unghi în scop comparativ menţionăm că, Curtea de Justiţie a Uniunii Europene a statuat în una din cauzele sale că reşedinţa obişnuită în temeiul art. 8 alin. 1 din Regulamentul Uniunii Europene nr. 2201/2003, trebuie să fie interpretată în sensul că această reşedinţă corespunde locului care exprimă o anumită integrare a copilului într-un mediu social şi familial. [5, p. 66]

În ce priveşte caracterele specifice ale reşedinţei obişnuite a copilului menţionăm următoarele: stabilitatea, unicitatea şi obligativitatea. [7, p. 45] Aceste caractere specifice permit cristalizarea esenţei reşedinţei obişnuite şi determinarea ei exactă în fiecare caz în parte.

Stabilitatea presupunând prezenţa continuă a copilului pe un anumit teritoriu şi nu prezenţa efemeră sau periodică. La fel stabilitatea se referă şi la necesitatea menţinerii unei stabilităţi psiho-emoţionale pentru copilul a cărui părinţi locuiesc în state diferite. Stabilitatea constă şi în dezvoltarea capacităţiilor sociale şi educative a copilului în mod continuu.

Unicitatea presupunând că copilul are doar o reşedinţă obişnuită, însă poate avea mai multe reşedinţe temporare. Reşedinţa obişnuită fiind un teritoriu unde el se află în mod statornic. Unicitatea se descrie şi prin faptul că copilul se poate afla în acelaşi timp doar pe un anumit teritoriu. Reşedinţa obişnuită descriind realitatea pentru perioadă de timp.

Obligativitatea stabilirii reşedinţei obişnuite survine din prevederile imperative ale legii care impun obligaţia de a fi stabilit domiciliul copilului, de a asigura condiţiile locative necesare dezvoltării copilului, de a locui cu unul sau ambii părinţi şi a nu locui lipsit de supravegherea părintească.

Ca efect, stabilitatea, unicitatea şi obligativitatea reşedinţei obişnuite a copilului dă siguranţă şi certitudine raporturilor juridice la care participă copilul a cărui părinţi locuiesc în state diferite.

Din punct de vedere etimologic cuvântul domiciliu își are sorginte în expresia latină *„domun colere”* ce are semnificația de casă pe care o locuiește cineva. [7, p. 43] Iar semnificația respectivă descrie în mod analogic și semnificația termenului de reședință obișnuită. Desigur că, se impune ca necesară o descriere mai vastă luând în vedere toate criteriile de identificare a reședinței obișnuite.

Importanța determinării reședinței obișnuite a copilului părinții căruia locuiesc în state diferite se distinge atât prin stabilirea legii statutului care va fi aplicabil în soluționarea problemelor familiale, cât și a competenței instanței judecătorești în soluționarea litigiilor pendite. Cu acest titlu ea permite de a oferi competența în materie de ocrotire părintească unui judecător mai aproape de copil, singurul mod de a garanta că interesul superior al copilului v-a fi respectat.

Pe de altă parte, reședința obișnuită constituie și un mod de a afla dacă un copil este obiectul unei deplasări sau neînapoieri ilicite. În acest sens, rolul reședinței obișnuite este dublu, ea permite de a caracteriza deplasarea geografică a unui copil și pe de altă parte de a stabili caracterul ilicit a acesteia în coraport cu drepturile apărate de dreptul statului membru unde reședința obișnuită se află.

Importanța determinării reședinței obișnuite se explică și prin necesitatea de a garanta efectivitatatea protecției minorului datorită proximității materiale care există între minor și statul reședinței sale obișnuite. [8, p. 145-146] De aici apare și necesitatea identificării criteriilor de stabilire a domiciliului copilului. Interesul superior al copilului fiind mai efectiv apărat în jurisdicția reședinței obișnuite. Aceasta deoarece autoritățile tutelare în domeniul protecției copilului pot controla situația de fapt al copilului la locul reședinței obișnuite și pot surveni în apărarea drepturilor și intereselor copilului în cazul încălcării lor.

În acest sens, atunci cînd în litigiu se află situația unui copil de vârstă mică ce locuiește de numai câteva zile cu mama sa într-un stat membru, altul decât cel în care are reședința obișnuită, în care a fost deplasat, trebuie să fie luate în considerare mai ales, pe de o parte, durata, regularitatea, condițiile și motivele ședерii pe teritoriul acestui stat membru și ale mutării mamei în statul respectiv și, pe de altă parte, dată fiind în special vârsta copilului, originele geografice și familiale ale mamei, precum și raporturile familiale și sociale pe care aceasta și copilul le au în același stat membru. [5, p. 66]

Stabilirea reședinței obișnuite în dependență de durata și regularitatea ședirii pe teritoriul unui stat motivându-se prin legăturile strânse pe are ar putea să le aibă copilul cu mediul dat social într-o anumită perioadă de timp.

Condițiile și motivele ședерii pe teritoriul unui stat sunt necesare la determinarea reședinței obișnuite. De exemplu necesitatea apărării drepturilor copilului a cărui sănătate este afectată de condițiile de trai în acel stat. Sau faptul aflării pe teritoriul unui stat, în regiunea în care se derulează acțiuni militare de război poate influența decizia unuia din părinți de a părăsi statul respectiv și a nu mai reveni după finisarea acțiunilor militare.

În ce privește originile geografice și familiale considerăm că se prezintă ca deplasare legală a copilului deplasarea în statul de origine a mamei sau al tatălui în cazul în care aceasta i-a în considerare interesul superior al copilului. La fel, în cazul în care copilului nu i se crează noi bariere lingvistice și alte bariere sociale la care nu a fost expus anterior, care sunt diferite de mediul său social obișnuit și care ar dăuna integrității psihice, fizice, intelectuale și sau morale.

Ce ține de raporturile familiale și sociale pe care le are copilul și unul din părinți în același stat se constată că este importantă în stabilirea reședinței obișnuite și relațiile pe care le are copilul cu mediul său social. Copilul poate avea strânse relații de prietenie, poate avea relații de atașament și interes față de familia sa extinsă. Iar deplasarea sau neînapoierea ilegală în statul reședinței sale obișnuite ar putea deteriora iremediabil legăturile afective stabilite.

Ca efect, la stabilirea domiciliului copilului la unul din părinți, la aprecierea cererii părinților ori a unuia dintre ei de înapoiere a copilului de la orice persoană care îl ține fără drept se impune ca necesar de a se ține seama de interesele superioare ale copilului.

În aprecierea interesului de care trebuie să se țină cont la stabilirea domiciliului copilului ale cărui părinți locuiesc în state diferite prezintă importanță nu numai posibilitățile materiale de asigurare a condițiilor corespunzătoare de creștere și educare, ci și vârsta, comportamentul părinților față de copil, gradul de atașament și interesul ce-l manifestă față de minor, legăturile afective ce s-au stabilit între părinți și copil, condițiile de locuit, precum și orice alte elemente legate de interesul acestuia. [9, p. 122] Astfel, reafirmăm importanța determinării tuturor criteriilor necesar a fi întrunite pentru identificarea reședinței individuale a copilului a cărui părinți locuiesc în state diferite.

O chestiune particulară se referă la stabilirea reședinței obișnuite a unui nou născut sau a unui copil mic, care nu este un individ autonom. Reședința obișnuită în acest caz este dependentă de reședința obișnuită a părinților săi și de deciziile pe care ei le i-au în această privință. La fel se pune și întrebarea dacă intenția inițială a părinților de a reîntoarce copilul la reședința lui obișnuită, unde ei locuiesc toți împreună va fi sau nu suficientă penstru a stabili reședința obișnuită în acel loc înainte de naștere, fără ca copilul să fi fost în acel loc fizic. Considerăm că, intenția inițială nu este suficientă, ci este necesar ca reședința obișnuită să fie legată și de prezența copilului în acest loc. Prezența dată trebuie să nu fie ocazională sau temporară. Astfel, încât nu este posibilă stabilirea reședinței obișnuite doar după criteriul intenției avute anterior. Ci mai este nevoie și de prezența fizică și stabilă a copilului în locul unde se dorește a fi recunoscută a fi reședința obișnută.

O altă dilemă ar fi dacă am putea considera ca deplasare ilicită de la locul reședinței obișnuite, hotărîrea femeii gravide de a-și schimba domiciliul în altă țară, decât țara în care își are reședința obișnuită tatăl biologic al copilului. Considerăm în acest sens că, prin limitarea deplasării s-ar aduce atingere dreptului la libertatea de circulație a mamei și nu ar fi proporțională cu drepturile apărate ale terților.

În calitate de concluzii, considerăm că primo stabilirea reşedinţei obişnuite a copilului este necesară într-u evitarea abuzurilor asupra drepturilor şi intereselor copiilor a căror părinţi locuiesc în state diferite.

În aceeaşi ordine de idei, considerăm că secundo este condamnabilă şi se exclude situaţia când copilul a cărui părinţi locuiesc în state diferite poate avea o reşedinţă obişnuită într-o ţară unde el nu a fost prezent niciodată.

Tertio, copilul trebuie să aibă o legătură substanţială cu statul unde se declară că îşi are reşedinţa obişnuită şi aceasta trebuie să servească interesului superior al copilului.

Quarto copilul are dreptul să îşi cunoască familia extinsă şi să păstreze o legătură cu aceasta, în măsura în care acest lucru nu este împotriva intereselor superioare ale copilului. Iar, în cazul în care stabilirea reşedinţei obişnuite este susceptibilă să ameninţe aceste interese sau să le încalce, autorităţile naţionale trebuie să asigure stabilirea unei relaţii de proporţionalitate între ele. Comunicarea respectivă, trebuie asigurată independent de reşedinţa obişnuită a copilului prin intermediul mijloacelor de comunicare tehnologice sau prin orice altă modalitate.

Quinto preferabil ar fi înţelegerea părinţilor privitor la reşedinţa obişnuită a copilului, deoarece aşa este cel mai probabil că cei doi vor fi dispuşi să respecte prevederile ei. La evaluarea interesului superior al copilului în cazul identificării reşedinţei obişnuite trebuie luată în vedere şi disponibilitatea fiecărui părinte de a-l implica pe celălalt părinte în deciziile legate de copil şi de a respecta drepturile părinteşti a acestui din urmă.

Aici se are în vedere respectarea de către părintele cu care locuieşte copilul a următoarelor drepturi: dreptul la comunicare, vizitare, corespondenţă, de găzduire a copilului. Cât şi respectarea de către părintele cu care locuieşte copilul a dreptului familiei extinse de a comunica cu copilul şi a copilului de a fi informat cu privire la persoanele semnificative din viaţa sa.

În final, constatăm că reşedinţa obişnuită a copilului a cărui părinţi locuiesc în state diferite constituie un concept complex, alcătuit dintr-o serie de elemente, criterii interdependente care sunt definite de autorităţile statului în fiecare caz în concret.

Referinţe bibliografice:

1. Codul Familiei nr. 1316 din 26.10.2000, Publicat: 26.04.2001. În*: Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 47-48 art.210. [citat 09.12.2020]. Disponibil: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=122974&lang=ro#
2. Convenţia asupra aspectelor civile ale răpirii internaţionale de copii nr. 67 din 25.10.1980. În: *Tratatele Internaţionale*, 30.12.1999 nr. 15 art. 67. [citat 09.12.2020]. Disponibil: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=118015&lang=ro

3. Legea nr. 112 din 09.07.2020 pentru modificarea unor acte normative. În*: Monitorul Oficial al Republicii Moldova*,14.08.2020, nr. 205-211 art. 454. [citat 09.12.2020]. Disponibil: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=122632&lang=ro
4. Codul civil al Republicii Moldova nr. 1107 din 06.06.2002. În*: Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 22.06.2002, nr. 82-86 art.661. [citat 09.12.2020]. Disponibil: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=129081&lang=ro#
5. Jugastru C. Despre reşedinţa obişnuită în raporturile cu element străin. O anticameră de reflecţie. În*: Revista Universul Juridic* nr. 6, iunie 2020 . [citat 09.12.2020]. Disponibil: http://revista.universuljuridic.ro/wp-content/uploads/2020/08/05_Revista_Universul_Juridic_nr_6-2020_PAGINAT_BT_C_Jugastru.pdf
6. Juglart M., Piedelièvre A., Piedelièvre S. Cours de droit civil. Introduction. Personnes. Famille. éditions Montchrestien, E.J.A., 2001.
7. Chelaru E. Drept civil. Persoanele. Bucureşti: Editura ALL Beck, 2003.
8. Gutmann D. Droit international privé 4e édition, éditions Dalloz, 2004.
9. Lupulescu D, Lupulescu A.M. Identificarea persoanei fizice. Numele de familiei. Domiciliul. Actele de stare civilă. Bucureşti: Lumina Lex, 2002.