

**DREPTUL DE CONTACT/ACCES ȘI CUSTODIE
ÎN LUMINA CAZURILOR PRECEDENTE
ALE CURTII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI:
O PERSPECTIVA OLANDEZĂ**

Caroline Forder

1. Introducere

Este o mare onoare pentru mine să iau parte la aceasta conferință. Vă mulțumesc pentru invitație.

Deciziile referitoare la dreptul de custodie și acces se bazează deseori pe fapte. De aceea, așa cum vom vedea în continuare, autoritățile naționale au în acest caz o mai mare libertate decât în situațiile care implică protecția copilului. Curtea Europeană vorbește adeseori în cazurile de custodie și drept de acces, despre libertatea de apreciere pe care o au autoritățile naționale. Aceasta libertate de apreciere joacă un rol important în formarea legilor referitoare la custodia comună. Curtea Europeană are foarte puțin de spus în aceasta privință. Sunt însă mari diferențe între statele Europei cu privire la custodia comună. Dar Curtea Europeană trebuie să supervizeze procedurile atât în cazurile care vizează dreptul de acces cât și în cele care vizează custodia. Prin urmare, vom vedea că Curtea Europeană insistă asupra unor anumite proceduri cum ar fi aceea ca minorul să poată fi audiat în anumite situații.

Pentru a îmi concretiza mai bine propunerile și pentru a vă sugera o paletă mai largă de practici potrivite pentru România, îmi voi baza discursul pe Convenția Europeană a Drepturilor Omului vizavi de experiența în Olanda. Vom vedea cum Olanda a adoptat un stil propriu cu privire la custodia comună și cum curțile de justiție olandeze întâmpina dificultăți în audierea minorilor.

Există un singur lucru pe care ar trebui să vi-l spun referitor la sistemul legislativ olandez. Dispozițiile Convenției Europene a Drepturilor Omului sunt direct aplicabile instanțelor olandeze. Acest lucru este garantat de Articolele 93 și 94 din Constituția olandeză. Curțile de justiție olandeze precum și toate instanțele judecătorești, sunt prin urmare capabile să-și completeze legislația pentru a fi în acord cu dispozițiile Convenției Europene a Drepturilor Omului. De asemenea ele sunt îndreptățite să renunțe la legislația proprie atunci când dispozițiile naționale nu sunt în conformitate cu Convenția.

Lucrarea mea este împărțită în patru părți. Aceasta parte, introducerea ; partea a doua referitoare la procedurile de acordare a custodiei și Convenția Europeană a Drepturilor Omului ; partea a treia în care voi vorbi despre datoria instanțelor de a audia minorii implicați în cazurile de custodie și drept de acces – aspect procedural al drepturilor omului ; și partea a patra în care vor fi prezentate obligațiile naturale și cele extinse ale statului referitoare la obligativitatea dreptului de acces.

2. Custodia

Voi vorbi despre două aspecte ale custodiei : ***custodia comună*** și ***datoria instanței de a audia minorul*** pe durata procedurilor juridice care privesc custodia. Referitor la custodia comună, va voi explica schimbările care au avut loc în cazul custodiei comune în Olanda, în relație cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Referitor la subiectul audierii minorilor, mă voi axa pe recente cazuri precedente ale Curții Europene a Drepturilor Omului și voi explica cum acestea au cauzat tensiuni în Olanda.

2.1. Custodia comună

Ce este custodia comună și care este scopul ei ?

Haideți să ne amintim ce reprezintă custodia comună și care sunt avantajele și dezavantajele ei. Putem începe gândindu-ne la deciziile pe care părinții trebuie să le ia cu privire la copilul lor. Ce școală trebuie să urmeze copilul? Ar trebui copilul lăsat să-și vopsească părul în verde? Câți bani de buzunar ar trebui să aibă? Fata de cincisprezece ani ar trebui lăsată să plece în vacanță cu prietenul ei? Ar trebui ea să devină un membru al Bisericii Catolice? Ar trebui vaccinat bebelușul împotriva gripei mexicane? Când ambii părinți trăiesc împreună cu copilul aceste decizii sunt luate împreună, zi de zi. Ambii părinți sunt implicați sau unul dintre ei lasă deciziile în seama celuilalt. Acest lucru se întâmplă, spre exemplu, dacă unul dintre părinți stă mai mult acasă decât celalalt. Problemele încep atunci când părinții se despart. Multe dintre deciziile referitoare la copil ar trebui să fie luate de părintele care stă mai mult alături de copil. Acela este părintele cu care copilul va trăi. Cum, în general, după un divorț copilul stă numai cu un singur părinte asta înseamnă că separația implică faptul că doar un singur părinte va avea dreptul de a lua decizii în ceea ce privește viitorul de zi cu zi al minorului. Gândiți-vă la întrebările pe care tocmai le-am menționat. Custodia comună este gândită să amelioreze consecințele divorțului și separației și să dea ambilor părinți dreptul de a se implica. În același timp există și o parte negativă a custodiei comune. Dacă părinții chiar nu sunt în stare să se înțeleagă și nu vor face altceva decât să se contrazică în prezenta copiilor, asupra exercitării drepturilor lor parentale, atunci există riscul de a îi face rău copilului. Recomandările psihologice și sociologice atrag atenția asupra faptului că nu divorțul sau separarea cauzează efecte psihologice negative copilului ci conflictele și certurile. În aceste cazuri, în general, se consideră că este mai bine ca un părinte să aibă custodie iar celalalt drept de acces.

Acum să vedem cum se aplica în practică custodia comună ? Părinții care au custodie comună se pot implica și pot colabora cât de mult doresc în deciziile referitoare la creșterea copilului. În practică, te poți aștepta să existe o distincție între întrebările de zi cu zi, cum ar fi: poate copilul de paisprezece ani să petreacă noaptea cu un prieten? Și întrebările ceva mai importante, mai ales cele care implică un impact pe termen lung sau urmări ireversibile. Deciziile referitoare la întrebările și problemele de zi cu zi vor fi luate de părintele cu care copilul trăiește. Deciziile importante vor fi luate de ambii părinți.

Custodia comună între părinții divorțați și Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

În Olanda, judecătorul are puterea de a decide custodia comună prin nerespectarea codului civil.

Așa cum probabil știți deja, în multe dintre țările Europei de Vest, a existat o problemă legală referitoare la acordarea custodiei comune în anii 1980. Codurile civile din anumite țări nu ofereau judecătorului dreptul de a garanta custodia comună atunci când părinții divorțau. Instanțele erau însă obligate să dea custodia unui părinte în timp ce celuilalt îi garantau dreptul la acces. Nu știu sigur dacă ați avut această problemă și în România. Dar oricum, aceasta problemă a fost rezolvată prin invocarea Convenției Europene a Drepturilor Omului. În 1984, Curtea Supremă a Olandei a remarcat că absența dreptului instanțelor de a oferi părinților divorțați custodie comună viola Articolul 8 CEDO (4 Mai 1984). Aceasta dispoziție prevede obligația statului de a respecta viața privată și familială a individului. Baza deciziei a fost că statul nu are dreptul să intervină în relația dintre copil și părinți doar pentru că a existat un divorț. Drepturile parentale comune ar trebui să își continue existența și în afara separării părinților sau a divorțului, afirmă Curtea Supremă a Olandei. De fapt, Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu a susținut niciodată că un stat este obligat de Articolul 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului să introducă custodia comună în propriul sau cod civil. Prin urmare, Curtea Supremă a Olandei a interpretat în modul ei Articolul 8 al Convenției. O decizie similară a fost luată și de Curtea Constituțională a Germaniei, cam în aceeași perioadă.

Perspectiva Curții Europene asupra custodiei comune.

Ce spune Curtea Europeană a Drepturilor Omului despre custodia comună ? În anul 2000 devenise clar că Curtea Supremă a Olandei a dat frâu liber fanteziilor referitoare la acest subiect. Curtea Europeană a decis două cazuri de custodie comună : *Curtea Europeană a Drepturilor Omului 11 iulie 2000, dosarul numărul 31061/96 (Cerneki vs. Austria)* și *Curtea Europeană a Drepturilor Omului 22 noiembrie 2001, dosarul numărul 3622/97 (R.W și C.T.G. – W vs. Austria)*. Solicitanții, în ambele cazuri, erau cupluri divorțate care au depus plângeri la Curtea Europeană cu privire la lipsa posibilității judecătorului de a le acorda custodia comună. Acest lucru nu era specificat în codul civil austriac, decât în condițiile în care ambii părinți continuau să trăiască împreună sub același acoperiș. În ambele cazuri Curtea Europeană a declarat cererile ca fiind inadmisibile.

Motivele Curții Europene în cele două cazuri nu diferă fundamental. În cazurile R.W. și C.T.G. – W. cuplurile au reclamat o nerespectare a Articolului 8 în conjuncție cu Articolul 14 din Convenția Europeană, ce a cauzat un tratament neechitabil și inegal cu privire la viața privată și familială în comparație cu părinții căsătoriți. De asemenea ei au acuzat o violare a Articolului 5 a Protocolului numărul 7 a Convenției Europene a Drepturilor Omului. Acel paragraf specifica : « Soții au drepturi și responsabilități egale între ei și în relația lor cu copiii, înaintea căsătoriei, în timpul căsătoriei și în cazul dizolvării căsătoriei. Acest Articol nu trebuie însă să împiedice statul să ia măsuri care sunt în acord cu interesul copiilor. » Curtea Europeană a considerat că sentința instanțelor de judecată austriece, aceea de a nu oferi

cuplurilor divorțate custodie comună, nu poate fi atacată deoarece nu poate fi apreciată ca fiind o măsură negativă asupra intereselor minorilor.

Legislația olandeză cu privire la custodia comună

În aceeași perioadă a deciziei luate de Curtea Europeană, în Olanda se începea deja implementarea hotărârii Curții Supreme din 4 mai 1984. La 1 ianuarie 1998, a intrat în vigoare o noua dispoziție în codul civil (introdusa prin Actul 1007 din 30 octombrie, Staatsblad 1997, 506, în parlament cu numărul 23 714).

Regula era ca, după divorț, părinții să beneficieze de custodie comună. O altă urmare, rațională, era aceea ca părinții să nu beneficieze de custodie comună după divorț dacă, la momentul divorțului, dreptul unuia dintre părinți la custodie a fost suspendat sau anulat de o măsură care implica protecția copilului. Dacă unul dintre părinți vrea custodie unică trebuie să solicite acest lucru și să prezinte argumente puternice care să îi sprijine cererea. În cazurile în care custodia comună este continuată de ambii părinți – majoritatea cazurilor – judecătorul este împuternicit să hotărască reședința copilului. (Articolul 827, Codul Civil de Procedură; Curtea Supremă a Olandei 15 decembrie 2000, NJ 2001, 123 m. nt. S.F.M. Wortmann). De asemenea, judecătorul este împuternicit să specifice modalitatea în care vor fi efectuate vizitele, modul în care părintele cu care copilul locuiește trebuie să îi ofere informații despre copil părintelui nerezident, sau felul în care părinții trebuie să se consulte reciproc (Articolul 377h, Codul Civil). Instanța este împuternicită să anuleze custodia comună dacă circumstanțele s-au schimbat sau dacă decizia de acordare a custodiei comune a fost luată în baza unor informații incorecte sau incomplete (Articolul 253n (1) Codul Civil). Prin circumstanțe schimbate se înțelege situația în care relația părinților s-a deteriorat atât de mult încât interesul minorului ar fi mai bine servit prin acordarea custodiei unice unui singur părinte. În aceasta situație – anularea custodiei comune în baza unor circumstanțe schimbate, curtea ar trebui să aplice aceleași criterii – explicate mai jos – pe care le aplică atunci când decide dacă trebuie sau nu acordată custodia unică unui singur părinte la momentul divorțului.

Efectul acestei legi a fost dramatic. Dacă înainte de legiferare custodia comună era acordată în mai puțin de 25% din cazuri, de la 1 ianuarie 1998 custodia comună este acordată în mai mult de 80% dintre cazurile cuplurilor divorțate.

Codul Civil Olandez specifică, în articolul 251 :

1. Părinții au custodie comună în timpul căsătoriei.
2. În cazul unui divorț părinții vor continua să aibă custodie comună, cu excepția cazului în care instanța, la cererea unuia sau a ambilor părinți, decide în interesul copilului ca custodia să fie încredințată unui singur părinte.

Așa cum am menționat la început, custodia comună după divorț nu este întotdeauna în interesul copilului. Când un părinte este alcoolic sau suferă de o boală psihică gravă, spre exemplu, este posibil ca respectivul părinte să nu poată lua decizii referitoare la școlarizarea minorului sau tratamentul medical pe care acesta ar trebui să îl urmeze (Curtea Supremă a Olandei 18 martie 2005, LJV AS 8525). În cazurile în care părinții au dificultăți în a se

înțelege, conflictele pot fi atât de grave încât o continuare a colaborării părinților poate să nu fie în interesul copilului.

Dar cât de gravă trebuie să fie situația pentru ca instanța olandeză să fie pregătită să refuze sau să anuleze custodia comună? Curtea Supremă a Olandei a susținut în 1999 –înainte ca Curtea Europeană să aducă în discuție problema – că instanța națională era limitată de Articolul 8 CEDO în sensul că trebuia să interfezeze pe cât de puțin posibil în relațiile părinților. De altfel, dacă unul dintre părinți nu dorește să mai colaboreze cu fostul soț sau fosta soție în procesul decizional privind creșterea copilului, acest fapt nu este suficient ca instanța să se abată de la regula generală și să garanteze custodie unică (Curtea Supremă 10 septembrie 1999, NJ2000, 20 m. nt. S.F.M. Wortmann ; Curtea Supremă 15 decembrie 2000, NJ 2001, 123 m. nt S.F.M. Wortmann).

De asemenea, chiar dacă ambii părinți solicită acordarea unei custodii unice și dreptului de acces, acest fapt nu va fi o bază suficientă pentru a garanta decizia finală a instanței. (Asser-De Boer, par.820d). De fapt, singura modalitate care garantează acordarea custodiei unice este dacă părinții pot convinge instanța că un aranjament de tip custodie unică servește mai bine intereselor copilului decât custodia comună. Aceasta perspectivă este, în percepția mea, în orice caz compatibilă cu perspectiva Curții Europene asupra intereselor copilului referitor la custodia comună. Curtea Europeană spune, în cazurile din Austria, ca nu există indicații științifice cum că un stat trebuie să sprijine acordarea custodiei comune. Curtea Europeană nu oferă o perspectivă asupra situației din Olanda unde interesele copilului în custodia comună reprezintă problema.

Curtea Supremă a Olandei a formulat un test pentru a determina când trebuie aprobată cererea de custodie unică formulată de unul dintre părinți. Judecătorul procesului trebuie să fie convins că problemele dintre părinți sunt atât de serioase încât riscul ca minorul să sufere ca urmare a continuării custodiei comune, să fie atât de mare încât să nu poată fi acceptat. Ba mai mult, nu trebuie să existe nicio așteptare ca problemele părinților să poată fi rezolvate în viitorul apropiat. (Curtea Supremă a Olandei 18 martie 2005, *LJN AS8525*, Curtea Supremă a Olandei 15 februarie 2008, *LJN BB9669*). Aceasta regula are de la 1 martie 2009 putere statutară deoarece este inclusă în Articolul 1 : 251a(1) al Codului Civil Olandez (Continuare al actului Parenthood and Careful Divorce Act, 27 noiembrie 2008, Staatsblad 2008, 500 Articolul J. Rezoluție de Implementare 6 februarie 2009, Staatsblad 2009, 56). Există o critică academică considerabilă la adresa acestor criterii care exprimă o puternică politică favorabilă custodiei comune. Se argumentează că în prea multe cazuri custodia comună nu este în interesul copilului și că testul Curții Supreme nu oferă îndeajuns de multă considerație acestui interes¹. 1 (NB: Curtea Supremă a Olandei 11 aprilie 2008, *LJNBC 2731*)

¹C. van Rooijen, *Scheiden zonder vrijheid, Is gezamenlijk gezag na echtscheiding in het belang van het kind?* Proefschrift VU Amsterdam, 19 iunie 2007, p. 254; C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority, A comparative legal study on the continuation of joint parental authority after divorce and the breakup of a relationship in Dutch and Danish law and the CEFL principles*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-Portland, 2008, p. 315.

Custodia comună între părinții necăsătoriți și CEDO (Convenția Europeană a Drepturilor Omului)

Aceasta este o problemă pe marginea căreia exista la ora actuala discuții în Olanda. Ca și înainte, procedurile sunt fondate pe Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Voi face o distincție între părinții necăsătoriți care aleg amândoi custodia comună și cei care nu doresc acest lucru.

Părinți necăsătoriți care optează pentru custodia comună

La mai puțin de doi ani după decizia – în 1984 – ca custodia comună să reprezinte o posibilitate pentru a respecta Articolul 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, Curtea Supremă a Olandei a luat o decizie și mai radicală referitoare la părinții care nu au fost niciodată căsătoriți. Curtea Supremă a Olandei a mai făcut un pas și a susținut că statul era obligat să formuleze prevederi legale pentru custodia comună chiar și pentru cuplurile care nu erau căsătorite (Curtea Supremă a Olandei 21 martie 1986 – cazul cunoscut ca *'harbinger of spring'*). Curtea Supremă a Olandei chiar a specificat o procedura detaliată pe care cuplurile necăsătorite ar trebui să o urmeze pentru a obține dreptul la o custodie comună. Toate aceste lucruri se subînțelegeau din Articolul 8 și Articolul 14 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, în interpretarea Curții Supreme a Olandei. Curtea Supremă a Olandei a argumentat că nu există nicio justificare pentru a trata cuplurile necăsătorite mai puțin favorabil decât pe cele divorțate în problema obținerii custodiei comune. La urma urmei, cuplurile necăsătorite nu divorțaseră și vroiau custodie comună, prin urmare nu exista vreun motiv pentru care să fie pus la îndoială faptul că custodia comună era în interesul copilului. Codul Civil a stipulat deci că părinții necăsătoriți puteau obține custodie comună dacă formulau o cerere către instanța pentru a înregistra faptul că ei au deja custodia comună. (Codul Civil, Articolul 1:244). Aceasta este o procedură foarte simplă care nu necesită nicio procedură de judecată.

Curtea Supremă a Olandei și-a continuat politica de a asigura o poziție egală a cuplurilor căsătorite și a celor necăsătorite vizavi de custodia comună. În 2003 Curtea Supremă stabilește că părinții necăsătoriți care au înregistrat custodia comună (Articolul 1 :244 Codul Civil) în timpul în care relația lor era bună și abia apoi s-au separat, își păstrează în principiu dreptul la custodie comună, acest drept nefiind suspendat de actul separării. În cazul cuplurilor divorțate, dacă un părinte nu dorește continuarea custodiei comune împărțite cu celalalt părinte, atunci acest motiv nu este suficient pentru ca instanța să ofere custodie unică unui singur părinte (Curtea Supremă 28 martie 2003, NJ 2003, 359 m. nt. S.F.M. Wortmann). Același criteriu – explicat mai sus – se aplica și în cazul părinților divorțați.

Părinți necăsătoriți care nu optează amândoi pentru custodia comună

Părinții din această situație nu au avut niciodată împreună custodie comună asupra copilului. Tatăl își dorește custodie comună în timp ce mama nu. Conform legislației olandeze mama necăsătorită are custodie unică asupra copilului. Tatăl necăsătorit poate apela la instanța pentru custodie unică asupra copilului (Articolul 1 :253c Codul Civil Olandez). Instanța îi poate oferi custodie unică – și poate suspenda custodia unică a mamei (subparagraful 1). Instanța poate da o astfel de sentință doar dacă este convinsă că o asemenea decizie este în interesul

minorului (subparagraful 2). Dar tatăl, conform acestor dispoziții, nu avea niciun drept să aplice pentru custodie comună. Prin urmare el este dependent de cooperarea mamei. Cazurile precedente au extins în doua direcții solicitarea custodiei comune. În primul rând, a fost creat un drept de aplicare pentru custodie comună acolo unde Codul Civil nu specifica nimic. În al doilea rând, același criteriu aplicat pentru a garanta o decizie pentru custodie unică a fost aplicat în aceasta situație în cazul părinților divorțați sau a părinților necăsătoriți care în trecut au împărțit drepturile custodiei.

Dreptul de a cere custodie comună

Curtea Supremă a Olandei a susținut, în data de 27 mai 2005, că în Articolele 6 și 8 din Convenția Europeană au fost violate drepturile taților necăsătoriți de absența unei posibilități de a cere instanței, fără cooperarea mamei, dreptul la custodie comună (Curtea Supremă a Olandei 27 mai 2005, *LJN....*; Curtea Supremă a Olandei 28 aprilie 2006, *LJN AV0656* și *AV0655*; Curtea Supremă a Olandei 10 iulie 2009, *LJN BI8623*; Curtea Supremă a Olandei 28 martie 2008 *LJN BC2255* (apel de la Antilele Olandeze)).

Articolul 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului este violat ca urmare a interferențelor nejustificate cu drepturile parentale ale tatălui. Mai mult, Articolul 8 al Convenției garantează drepturile² procedurale ale tatălui care sunt violate prin lipsa dreptului de a își apăra interesele în instanța. Un element important, care este puternic dezvoltat în legislația olandeză este ideea că drepturile tatălui nu ar trebui să fie dependente de cooperarea mamei³. Curtea Supremă a susținut că lipsa posibilității tatălui de a cere custodia comună violează de asemenea Articolul 6 din Convenția Europeană. Acel text de lege garantează unei persoane dreptul de acces la o instanța în scopul determinării drepturilor și obligațiilor civile.

În ce circumstanțe va fi refuzată cererea tatălui pentru custodie comună?

Exact același criteriu, care se aplica situației în care părinți necăsătoriți nu au avut niciodată împreună custodia comună, se aplica și părinților divorțați, conform noii versiuni a Articolului 1 :253c(2) Codul Civil. Aceasta nouă dispoziție a fost introdusă în legislație și a intrat în vigoare în aceeași zi cu Actul referitor la divorț menționat mai sus : 1 martie 2009. Acesta era Actul asupra parteneriatelor înregistrate, numelor de familie și custodiei comune (Act din 9 octombrie 2008, *Staatsblad* 2008, 410. Instrument de implementare 6 februarie 2009, *Staatsblad* 2009, 56.). Aceasta schimbare nu reprezintă în perspectiva mea o îmbunătățire a legii. Imaginați-vă situația. Părinții nu sunt căsătoriți și nu au împărțit niciodată custodia. Mama are custodia garantată de lege dar tatăl dorește custodie comună cu ea. Mama spune « nu ». Pana la 28 februarie 2009, judecătorul care media astfel de cazuri trebuia să se întrebe dacă custodia comună era sau nu în interesul copilului. Dacă ajungea la concluzia că nu era, era îndreptățit să respingă cererea tatălui. De la 1 mai 2009 balanța inclina în

2

3 Recognition cases, beginning Dutch Supreme Court 8th April 1988.

favoarea custodiei comune. Judecătorul poate respinge cererea tatălui pentru custodie comună doar dacă aceasta respingere este « necesara pentru interesul copilului ». Persoanele care au introdus această schimbare au dorit tratament egal atât pentru cuplurile căsătorite cât și pentru cele necăsătorite. Dar întrebarea care se impune este dacă situațiile în cauză sunt comparabile. Eu cred că nu. Putem vorbi despre asta împreună.

De amintit : criteriile interzise pentru acordarea drepturilor de custodie între părinți.

Când se acorda custodia părinților instanța nu are voie să acorde credințelor religioase ale unuia dintre părinți un rol decisiv în formularea deciziei. Astfel, faptul că un părinte este martor al lui Iehova nu trebuie să reprezinte un element concludent în decizia de a nu acorda custodia acelui părinte. Aceste argumente sunt lipsite de relevanta în raport cu compatibilitatea unui părinte de a deține custodia copilului și, de aceea, sunt discriminatorii. Din acest motiv, Curtea Europeană a descoperit o violare a Articolului 8 în conjuncție cu Articolul 14 al Convenției Europene în cazul *Hoffman vs. Austria* (Curtea Europeană a Drepturilor Omului 23 iunie 1993, dosarul numărul 12875/87) și în cazul *Palau-Martinez vs. Franța*, (Curtea Europeană a Drepturilor Omului 16 decembrie 2003, RJ&D 2003 – XII, p.321, dosarul numărul 64927/01). De asemenea, instanța nu este îndreptățită să refuze custodia unui părinte doar în baza faptului că acesta are orientări homosexuale (Curtea Europeană a Drepturilor Omului 21 decembrie 1999, dosarul numărul (*Salguiero da Silva Mouta vs. Portugalia*)).

De amintit : Curtea Europeană cere ca procesele care au ca obiect de disputa custodia să fie finalizate într-o perioada rezonabila de timp.

Disputele privind custodia implica adeseori o examinare amănunțită a faptelor. Câteodată există probleme legale dificile dar în general ele sunt absente. Important de reținut este că într-un astfel de proces, felul în care copilul experimentează trecerea timpului are o importanță crucială (cercetare). În timp ce săptămânile trec, iar disputa asupra custodiei rămâne nerezolvată, copilul poate trăi într-o stare de nesiguranță imposibil de suportat sau poate pierde contactul cu unul dintre părinți. Din cauza nesiguranței și a durerii copilul poate chiar sfârși prin a-și respinge total părintele. Părțile implicate pot contribui la întârziere dar de cele mai multe ori instanțele nu reușesc să urgenteze procedurile în funcție de implicațiile fiecărui caz în parte. Sfatul experților poate fi necesar. De fapt, deseori în Olanda, Agenția pentru Protecția Copilului trebuie să fie implicată în investigarea cazului pentru a oferi instanței recomandări în cazul unui proces care vizează custodia sau dreptul de acces. Dar instanța care autorizează acest raport trebuie să se asigure că raportul în cauză va fi întocmit și livrat cât mai repede cu putință. Desfășurarea procesului într-o perioada prea mare de timp este o violare a Articolul 6 CEDO (Convenția Europeană a Drepturilor Omului), dreptul de a avea confirmarea dreptului civil și a audierii într-o perioadă rezonabilă de timp. Vezi spre exemplu cazul lui Joseph Wimmer, al cărui dosar pentru custodie comună a așteptat o decizie șase ani și cinci luni. Curtea Europeană a declarat cazul admisibil și este foarte posibil să poată fi găsită o violare. (*Joseph Wimmer t. Duitsland EHRM 24 februarie 2005, decizie de admisibilitate, dosarul numărul 60543/00*).

3 Obligația instanței de a audia minorul în cazurile de custodie și drept de acces.

Perspectiva Curții Europene

Obligația de a audia minorul

În funcție de circumstanțele cazului, instanța care desfășoară audieri în cazurile de custodie și drept de acces, nu respecta Articolul 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului dacă nu audiază și minorul. Acest lucru derivă din decizia Curții Europene în cazul *Sahin vs. Germania* (Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Camera, 23 iulie 2003, RJ & D 2003 – VIII, p.63, § 66 ; dosarul numărul 30943/06 ; Curtea Europeană a Drepturilor Omului 10 octombrie 2001, §§ 47-49).

Relația dintre domnul Sahin și mama copilului sau s-a sfârșit. Au avut o relație extrem de conflictuală. Instanța a hotărât că dreptul de acces al domnului Sahin la fata sa să fie suspendat, în interesul copilului. Domnul Sahin a depus o plângere a Curtea Europeană, privind, printre alte lucruri, procedura prin care dreptul sau de acces a fost suspendat.

În cazul Domnului Sahin, judecătorul german care a efectuat audierile s-a bazat pe recomandarea unei specialiste în psihologie juvenilă. Ea a sfătuit judecătorul să nu audieze fetița de cinci ani în legătura cu relația pe care aceasta o are cu tatăl sau. Psihologul era foarte îngrijorat că un interviu cu judecătorul i-ar da copilului impresia că perspectiva ei este decisivă. Din același motiv nici psihologul nu a întrebat copilul ce părere are despre relația cu tatăl ei. Camera Curții Europene a Drepturilor Omului a susținut pe 10 octombrie 2001 că această omisiune a judecătorului reprezintă o violare a Articolului 8 al Convenției Europene. Problema, în perspectiva Camerei, a fost că tatăl nu a fost suficient implicat în proceduri. Instanța germană ar fi trebuit să audieze minorul și nu ar fi trebuit să permită anularea unor proceduri din cauza unor cerințe vagi formulate de un psiholog, a susținut Camera Curții Europene. Era posibil, în perspectiva Curții Europene, că instanța să hotărască audierea copilului nu de către judecător ci de către altcineva, spre exemplu, chiar de către un psiholog. Dar Curtea Europeană nu a putut sancționa faptul că minorul nu a fost întrebat despre dorințele și sentimentele lui de nimeni. Curtea Europeană a stipulat că acuratețea și integritatea informațiilor referitoare la relația (atitudinea) copilului cu părintele care cere dreptul la acces sunt instrumente indispensabile în stabilirea dorințelor reale ale copilului. În lipsa acestor informații, instanța nu poate obține o balanță corectă a intereselor părților (Camera CEDO 11 octombrie 2001, 48).

Decizia a fost întâmpinată cu neîncredere în Olanda. Asta înseamnă că minorul – chiar și în vârsta de cinci ani – trebuia audiat în toate cazurile de custodie și drept de acces? Ei bine, cazul a mers la Marea Camera a Curții Europene. Marea Camera a considerat altceva. Marea Camera a fost impresionată de metodologia și abordarea psihologului și de grija pe care aceasta a arătat-o în formularea concluziilor. Marea Camera a considerat că judecătorul german era îndreptățit să se bazeze pe recomandarea specialistului, chiar dacă psihologul nu întrebase copilul despre relația în care aceasta se afla cu tatăl ei. Marea Camera a susținut că *se merge prea departe* în a spune că minorul trebuie întotdeauna audiat în cazurile de

custodie și drept de acces. Dacă aceste audieri sunt necesare, *asta depinde de toate circumstanțele cazului, ținând în special cont de vârsta și maturitatea copilului.* (§ 73).

Cu nu foarte mult timp în urma, Curtea Europeană a adus din nou în discuție aceasta problema. Când personalitatea, motivele și dorințele copilului au o importanță crucială în luarea deciziei, atunci copilul ar trebui audiat chiar dacă este foarte tânăr. Curtea Europeană a susținut acest lucru în cazul *Jucius & Juciuviene vs. Lituania* (Curtea Europeană a Drepturilor Omului 25 noiembrie 2008, dosarul numărul 14414/03).

Doua fete foarte tinere, sub vârsta de șapte ani, și-au pierdut părinții într-un accident de mașină. Instanța trebuia să decidă dacă custodia celor doua orfane trebuia acordată bunicilor. În peisaj mai exista o mătușă și soțul ei, care își doreau de asemenea custodia fetelor. Într-o prima faza instanța a acordat custodia fetei celei mai mici – la timpul respectiv în vârsta de doi ani – bunicilor. Instanța a acordat custodia fetei celei mari – în vârsta de șase ani, matisii și unchiului. Bunicii au făcut apel. Curtea de apel nu a programat niciun fel de audieri. Fata cea mare, la momentul respectiv în vârsta de șapte ani, nu a făcut un secret din dorința ei de a locui cu mătușă și unchiul. Curtea de Apel era conștientă de această dorință puternică, dar a ignorat-o, acordându-le custodia bunicilor. Curtea de Apel a remarcat că fata, chiar dacă era foarte clară în exprimarea dorințelor sale, era « foarte tânără ». De asemenea ea a « revelat o instabilitate emoțională atunci când a fost chestionată de oficialii instanței » (§ 10). Curtea Europeană a susținut că eșecul curții de apel de a audia minorul a violat Articolul 8 al Convenției Europene. Curtea Europeană a considerat că audierea copilului, a mătușii și a unchiului era indispensabilă în vederea luării unei decizii privind viitorul copilului. Aceasta era o decizie care schimba circumstanțele de fapt și în acest caz, caracterul copilului, motivele și dorințele sale jucau un rol central.

Consider că datoria de a audia copilul, credința care survine din analiza cazurilor *Sahin* și *Jucius*, nu se aplica acolo unde exista dovezi concrete că audierea copilului nu ar fi interesul lui. În mod repetat și în diverse contexte, Curtea Europeană a spus :

« autoritățile naționale ar trebui să obțină o balanță corectă între interesele copilului și interesele părinților iar în acest proces, o importanță particulară ar trebui să aibă interesele copilului, care, în funcție de natura și seriozitatea lor, se pot afla înaintea intereselor părinților. În particular, un părinte nu poate fi îndreptățit de Articolul 8 CEDO să aibă același statut deoarece ar putea să dăuneze stării de sănătate și dezvoltării copilului. . (Vezi *Elsholz v Germany*, § 50; *T.P. și K.M. v Marea Britanie*, dosarul numărul 28945/95 § 79; *Ignaccolo-Zenide vs Romania*, dosarul numărul 31679/96 § 94; *Nuutinen vs Finlanda*, dosarul numărul 32842/96, § 128)'.⁴

Puncte de discuție

În baza experienței din Olanda va pot spune că exista câteva lucruri asupra cărora se poate reflecta în relație cu audierea minorului în procesele de custodie și drept de acces. Voi menționa câteva dintre ele și poate vom putea vorbi despre asta ceva mai mult. În primul rând voi încerca să rezum legislația și practica olandeză astfel încât să știți pe ce fond se poarta discuțiile.

Codul Olandez de Procedura Civilă, Articolul 809, stipulează că judecătorul trebuie să audieze copilul în toate cauzele care îl privesc pe copil. Instanța este obligată să audieze copilul cu o vârstă de 12 ani sau mai mare. Instanțele olandeze *au voie* să audieze copiii mai tineri dar sunt de asemenea îndreptățite să renunțe la asemenea audieri. În practică, un copil care îi va cere judecătorului să îi vorbească, nu va fi niciodată refuzat. Limita de vârstă este diferită în cazurile de mentenanță. În acele cazuri judecătorul are obligația de a îi asculta pe copiii în vârstă de 16 ani sau mai mari, pentru copiii mai mici audierile fiind discreționare.

Cum se întâmplă aceste lucruri în practică? În timpul divorțului, în vreme ce procesul de custodie sau drept de acces este în desfășurare, instanța trimite copilului de 12 ani, sau cu o vârstă mai mare, o invitație. Este decizia copilului dacă dorește să vorbească cu judecătorul sau dorește să-i trimită acestuia o scrisoare. Un copil sub vârstă de 12 ani nu va primi în general nicio invitație. Oricum, practicile variază. Dacă judecătorul a observat ceva de natură să îl îngrijoreze în raportul Agenției pentru Protecția Copilului, poate invita chiar și un copil mai tânăr la discuții.

Discuția dintre judecător și copil nu este secreta

Asistentul juridic formulează o notă a discuției dintre judecător și copil. Copilul are voie să citească cele scrise și să semneze. Când părinții se prezintă la divorț, în privința custodiei sau a dreptului de acces, judecătorul le va spune verbal punctele principale ale discuției cu copilul. Copilul este informat înaintea discuției cu judecătorul că punctele principale ale discuției vor fi făcute cunoscute părinților. Părinții nu au acces la raportul scris efectuat de asistentul judiciar așa cum nu au voie să citească scrisorile pe care copilul le scrie instanței.

Mulți judecători se simt inconfortabil cu faptul că discuția nu este secretă. Legea era înainte diferită, judecătorii garantând copiilor confidențialitate. Legea a fost schimbată la 1 septembrie 2007. Atunci a fost realizat faptul că părinții aveau dreptul, garantat de Articolul 6 și 8 a Convenției Europene a Drepturilor Omului, să fie informați cu privire la ceea ce spune copilul lor. Discuția copilului cu judecătorul este adeseori foarte importantă pentru decizia finală. Iar drepturile părinților sunt afectate de aceasta decizie. Curtea Europeană a susținut – în cazul *Sahin* și, de asemenea, în cazurile *T.P. și K.M. vs Marea Britanie și Venema vs Olanda* – că părinții au dreptul de a fi informați. Trebuie să aibă oportunitatea de a proba adevărul și concluziunile celor spuse. Și trebuie să li se ofere șansa de a demonstra că sunt potriviți pentru rolul de părinți. De asemenea, Curtea Europeană a susținut că părintele trebuie să aibă oportunitatea de a înțelege ce s-a întâmplat în familie. Mai mult, părintele nu trebuie pus într-o poziție dezavantajată atunci când îi este prezentat cazul în instanța. Dacă el nu este informat cu privire la informațiile vitale pe care judecătorul își bazează decizia (cum ar fi : nu

vreau să locuiesc cu tatăl meu), părintele este pus în mod nedrept într-o poziție defavorabilă. Aceasta este o încălcare a Articolului 6 din Convenția Europeană (*Moser vs Austria*).

Dar mulți judecători olandezi cred că aceasta regulă a transparenței cauzează copiilor probleme. Ei cred că unii copii s-ar putea simți inhibați să vorbească judecătorului dacă părinții vor fi informați despre conținutul discuției. Copilul nu va putea să vorbească liber ci va trebui să aibă grijă să nu rănească sentimentele părinților. Cercetările făcute în Australia au sugerat că aceasta transparență este un factor inhibitor pentru unii copii (Cashmore & Parkinson).

Copiii sub 12 ani nu sunt foarte des audiați

Este rezonabil de clar că în Olanda practica nu este conformă Convenției. Cazurile *Sahin* și *Jucius* necesită audierea acolo unde personalitatea copilului, dorințele și motivele sale sunt importante pentru decizie. Dar legea, chiar dacă nu interzice audierea copilului care nu a împlinit 12 ani, încurajează vizibilitatea copiilor din acest grup de vârstă. Despre acest lucru se va mai vorbi în Olanda. Poate aveți și voi ceva de spus despre asta.

Am explicat mai sus că în cazul divorțului, regula generală în Olanda este că custodia comună să continue. Oficial, nu există o nevoie de a audia în vederea custodiei, deoarece nu există o problema a custodiei. Există o problema doar dacă unul dintre părinți cere custodie unică, sau dacă există o dispută referitoare la dreptul de acces. Asta înseamnă că în teorie, în foarte multe cazuri, copiii nu trebuie să fie audiați în instanța în cazul unui divorț. (Asser-De Boer, p. 673; Heida, *FJR* 1998, p. 205; Annelies Triest, 'Het kinderverhoor in het ressort Den Bosch onder de loep', *FJR* 2004, 16-26, p. 18.). Oricum, copiii cu o vârstă de peste 12 ani au dreptul să abordeze instanța și să-și spună punctul de vedere în privința custodiei. Acest lucru este garantat de Articolul 1:251 al Codului Civil. Copiii sub 12 ani au și ei acest drept dacă sunt capabili să își aprecieze propriul interes în privința custodiei.

Felul în care sunt puse aceste reguli în practică variază dintr-o parte în alta a Olandei. Mulți judecători vor chema copilul oricum, chiar dacă totul pare să fie în regula în dosar. Dacă discuția cu copilul îi da motive judecătorului să pună la îndoială compatibilitatea custodiei comune, atunci el va cere o audiere a părinților. Deci se poate întâmpla ca dorințele copilului să aducă părinții în instanța. Dar în practică se pare că doar câțiva copii, care sunt realmente nefericiți în legătura cu aranjamentele referitoare la custodie, să nu poată fi auziți, în particular cei care nu au încă vârsta de 12 ani. Acest lucru nu pare în conformitate cu legislația Curții Europene, am explicat mai sus. De aceea nu este în conformitate cu Articolul 12 din Convenția Copilului. Dar nu am fost rugată să vorbesc despre asta aici.

prof. Caroline Forder



| | |
|------------|--|
| Telephone: | +31 20 59 83303 |
| Room nr: | 3a-46 |
| E-mail: | c.forder@vu.nl |
| Unit: | faculteit der rechtsgeleerdheid/faculty of law (privaatrecht) |
| Position: | Professor Rights of the Child |

prof. Caroline Forder

Position

Honorary Professor Rights of the Child

Expertise

Dutch family law and child law, comparative family and child law, the direct effect of international treaty provisions on human rights in family and child law.

Research activities

My research is concentrated on the direct effect of human rights in family and child law. The legislator and courts are generally keen to comply with human rights and children's rights (as indeed in Dutch law they are obliged so to do). Human rights and children's rights are however generally formulated very broadly and in the abstract. The meaning of these provisions in the context of Dutch legislation, let alone for the specific situation in which the judge must decide, is often very unclear. Because of the dynamic nature of family law and the intense interference which family law rules can cause in peoples' private lives, the direct effect of international treaty provisions plays an important role in family law. In my research I try to establish and clarify the meaning of human rights and children's rights in the Dutch legal system and to signal the exact consequences. In my research I draw upon socio-legal research and make use of the comparative law method, to compare and contrast different international conventions and/or various national legal systems.