

Căsătoria cuplurilor de același sex: o problemă juridică?

Când ni s-a cerut să găsim argumente juridice pentru sprijinirea obținerii unei recunoașteri juridice căsătoriei pentru cuplurile de același sex, mărturisim că ne-a fost foarte greu, nu pentru că suntem împotriva, ci pentru că ni se pare un lucru firesc: din moment ce există dreptul la căsătorie și dreptul de a nu fi discriminat pe criteriul orientării sexuale sau al sexului, atunci cuplurile de același sex ar trebui să se poată căsători chiar astăzi. Contraargumentul adus instantaneu în discuție este că ar fi împotriva moralei și ordinii societății să se întâmple acest lucru. Din păcate, aceasta ne duce deja în sfera politicului, unde prea adesea argumentele juridice își pierd relevanța.

Cu toate acestea, formularea unei argumentații pentru sprijinirea accesului egal la un drept universal al omului pentru o categorie întreagă de persoane minoritare poate fi un demers interesant pentru un jurist, dar și important pentru viețile unor oameni.

Încercăm să ne organizăm discursul așa încât să răspundem mai multor probleme juridice, precum:

I. Este dreptul la căsătorie un drept care se aplică și cuplurilor formate din persoane de același sex?

II. Constituie discriminare interzicerea căsătoriei între persoanele de același sex?

III. Care sunt diferitele modele de protecție și recunoaștere din partea statului a cuplurilor formate din persoane de același sex?

Deși pare destul de nepotrivit să tratăm dreptul la căsătorie și nediscriminarea în secțiuni diferite, în condițiile în care definiția discriminării se formulează tocmai prin referire la un drept care este îngrădit unei persoane pe baza unui anumit criteriu, considerăm că trebuie să lămurim mai întâi separat problema aplicabilității dreptului pentru această categorie de persoane, pentru ca mai apoi să abordăm limitarea exercitării acestui drept din perspectiva discriminării. Cea de-a treia secțiune a fost aleasă pentru a vedea cum au privit alte țări chestiunea «căsătoriei gay», pentru a ne familiariza cu argumentele *pro* și *contra* aduse în discuție, cu mențiunea că de fiecare dată contextul politico-social era unul diferit față de societatea românească de astăzi.

I. Este dreptul la căsătorie un drept care se aplică și cuplurilor formate din persoane de același sex?

Prevederi referitoare la dreptul la căsătorie regăsite în documentele internaționale

Dreptul la căsătorie a fost afirmat în mai multe instrumente internaționale de protecție a drepturilor omului la care România este parte. El se regăsește în art. 16 din Declarația Universală a Drepturilor Omului¹, art. 23 din Pactul internațional pri-

¹ Declarația Universală a Drepturilor Omului, „Articolul 16 [Căsătoria și familia]: (1) Bărbații și femeile care au vârsta legală au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie, fără

vind drepturile civile și politice², art. 10 din Pactul internațional privind drepturile economice, sociale și culturale³, dar și la nivel regional, ca de exemplu în art. 12 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁴.

După cum se poate observa, conținutul acestor articole afirmă un drept cu caracter general, la căsătorie, atât pentru femei, cât și pentru bărbați, în mod egal. Nu se menționează însă în mod expres cu cine se pot căsători femeile sau bărbații, neconsacrându-se în mod expres căsătoria heterosexuală. Era însă nevoie în condițiile vremii să se consacre expres această valoare socială? Unii pot susține consacrarea mai mult sau mai puțin directă prin faptul că numeroase elemente din textul definiției dreptului la căsătorie pot duce cu gândul la căsătoria heterosexuală ca formă legală de întemeiere a unei familii, prin procrearea în cadrul căsătoriei. Într-un articol care recunoaște dreptul omului de a se căsători se face referire la: cele două sexe opuse – „bărbații și femeile”, vârsta la care un individ se poate căsători (în sensul maturității din punct de vedere sexual) și conexiunea cu dreptul de a-și întemeia o familie.

Pe de altă parte însă, dacă cineva dorește să găsească argumente de text în defavoarea sau în favoarea căsătoriei gay, atunci ar trebui avut în vedere faptul că textele la care facem referire folosesc pluralul – „bărbații și femeile” – iar nu singularul – „bărbatul și femeia”, „mirele și mireasa”, „soțul și soția”, care se căsătoresc unul cu celălalt. Mai mult, textul vorbește de „întemeierea unei familii”, iar nu despre „procreare” sau „perpetuarea speciei umane”. Dar ce se înțelege prin «familie»? Doar părinții și copiii lor biologici? Interpretarea termenului de «familie» a cunoscut o evoluție considerabilă în ultima vreme, aspect ce are în mod special relevanță pentru mica analiză pe care dorim să o facem aici. În virtutea acestei din urmă interpretări pe text, se poate susține că bărbații, respectiv femeile, ca indivizi, se pot căsători și întemeia o familie, ceea ce nu înseamnă în mod automat că această căsătorie trebuie

limitări pe bază de rasă, naționalitate sau religie. Lor le sunt garantate drepturi egale în legătură cu căsătoria, în timpul căsătoriei și în legătură cu desfacerea căsătoriei. (2) Încheierea căsătoriei se face cu exprimarea liberă a consimțământului celor doi care doresc să devină soți. (3) Familia este componenta naturală și fundamentală a societății careia i se asigură protecție din partea societății și a statului.”

² Pactul internațional privind drepturile civile și politice, „Articolul 23 [Protecția familiei]: (1) Familia este componenta naturală și fundamentală a societății careia i se asigură protecție din partea societății și a statului. (2) Dreptul bărbaților și al femeilor de vârstă legală de a se căsători și de a întemeia o familie trebuie recunoscut. (3) Nici o căsătorie nu se va încheia fără consimțământul liber exprimat al celor doi viitori soți. (4) Statele Părți la acest Pact vor lua măsurile necesare pentru a asigura egalitatea în drepturi și responsabilități a soților în legătură cu căsătoria, în timpul căsătoriei și în legătură cu desfacerea căsătoriei. Vor fi adoptate măsuri de protecție a copiilor, necesare în cazul desfacerii căsătoriei.”

³ Pactul internațional privind drepturile economice, sociale și culturale, „Articolul 10 [Protecția familiei, a mamelor și a copiilor]: Statele Părți la prezenta convenție recunosc faptul că: (1) Cea mai largă protecție posibilă trebuie acordată familiei, care este componenta naturală și fundamentală a societății, în mod special în legătură cu întemeierea sa, în timp ce protecția și educația copiilor minori sunt de asemenea în responsabilitatea acestor State. (...)”

⁴ Convenția Europeană a Drepturilor Omului, „Articolul 12 [Dreptul de a se căsători]

Bărbații și femeile care sunt la vârsta căsătoriei au dreptul de a se căsători și de a-și întemeia o familie, în conformitate cu legile naționale care reglementează exercițiul acestui drept.”

să fie una între un bărbat și o femeie, iar familia trebuie să presupună copiii născuți din relația lor conjugală.

Cu toate acestea, mărturisim că nu suntem adeptele interpretărilor literale, sterile, chiar dacă uneori ele pot fi utile apărătorului unei părți. Textele juridice, mai ales cele care creează garanții pentru respectarea drepturilor omului, trebuie interpretate astfel încât să folosească unor nevoi concrete întâlnite la un moment dat în societate, respectându-se principiile generale de drept.

Aplicarea principiului universalității drepturilor omului

În continuare, rămâne întrebarea: Este dreptul la căsătorie un drept care se aplică și cuplurilor formate din persoane de același sex?

Pentru a răspunde la această întrebare trebuie să facem ceea ce mulți dintre noi ar trebui să facă mai des, mai ales atunci când avem de răspuns la probleme grele, care țin de materia drepturilor omului: să ne întoarcem la izvorul primar al protecției drepturilor omului, din care s-a inspirat mai târziu întreaga mișcare pentru drepturile omului și care a fost dezvoltat sau adaptat în documentele internaționale ce l-au succedat: Declarația Universală a Drepturilor Omului (1948). Aceasta afirmă principiul universalității drepturilor omului: „Având în vedere că recunoașterea demnității inerente ființei umane și a egalității și inalienabilității drepturilor pentru toți membrii familiei umane este fundamentul libertății, dreptății și păcii în lume, (...)”⁵ „Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și drepturi (...)”⁶.

Desigur, întrebarea ce se pune este dacă părinții Declarației Universale a Drepturilor Omului s-au gândit ca prin afirmarea acestui principiu să acorde dreptul la căsătorie cuplurilor homosexuale? Iată o întrebare retorică, la care nu ne dorim să răspundem, dar poate această întrebare trebuie pusă în alt fel: *au sperat părinții Declarației Universale a Drepturilor Omului să acopere prin enumerarea făcută toate drepturile fundamentale care aparțin ființei umane și care aveau să apară din acel moment până la dispariția acesteia?* S-au gândit la problemele pe care le implică bioetica, globalizarea? Probabil că acei creatori ai Declarației Universale a Drepturilor Omului și-au dat seama că mecanismul internațional de protecție a drepturilor omului este unul greoi, de măsura a zeci sau sute de state care trebuie să se miște într-un sens comun. Și cum ar putea să facă acest lucru în ritmul evoluției științei, tehnologiei, societății? Tocmai pentru că nimeni nu poate avea o previzibilitate atât de mare și pentru că evoluția societății umane este inerentă, era esențial să fie afirmate reguli generale, de principiu care să poată asigura un «cadru de manevră» în care drepturile omului să se desfășoare suplu, pentru a răspunde cu adevărat nevoilor umane, evoluției societății. De aceea, pe de o parte, drepturile afirmate în documentele internaționale sunt formulate de o manieră generală, iar pe de altă parte, deco-

⁵ Alineatul 1 din Preambulul Declarației Universale a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală a Națiunilor Unite prin Rezoluția 217 A (III) din 10 Decembrie 1948 la Paris.

⁶ Articolul 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului.

darea acestor afirmații generale (drepturile) trebuie făcută cu respectarea principiilor generale, aplicabile oricărui drept.

Principiul universalității drepturilor omului înseamnă că *toate* drepturile fundamentale aparțin *tuturor* oamenilor, de la naștere, prin simplul fapt că sunt ființe umane. Acest principiu a fost încă o dată afirmat, acceptat și explicat la nivel internațional în cadrul Conferinței Mondiale privind Drepturile Omului, în anul 1993, când 171 de state au adoptat Declarația și Programul de Acțiune de la Viena ce statua: „toate drepturile omului sunt universale, indivizibile, aflate în interdependență și interrelaționare”⁷. În virtutea acestui principiu, nici un stat nu poate refuza în mod absolut un drept, în esența lui, unei persoane sau unei categorii de persoane. În opinia noastră, lipsa recunoașterii dreptului de a se căsători pentru persoanele de același sex reprezintă o astfel de limitare în esență a unui drept al omului. Până la legalizarea căsătoriei gay, pentru o persoană de orientare homosexuală, dreptul la căsătorie pur și simplu nu există.

Desigur, oponenții acestei opinii vor spune că statul nu refuză dreptul la căsătorie unui homosexual sau unei lesbiene; ei sunt liberi să se căsătorească, dar cu persoane de sex opus; prin urmare nu este vorba despre o limitare absolută a acestui drept. Același lucru face statul și atunci când interzice căsătoria între rudele în linie directă sau în linie colaterală până la un anumit grad (în legislația noastră până la gradul IV inclusiv). Presupunând că doi veri primari, de sexe opuse, doresc să își împlinescă iubirea și să își întemeieze o familie, căsătorindu-se, statul îi oprește, dar le permite să se căsătorească în oricare alte variante heterosexuale. Nu se întâmplă la fel și cu două persoane de orientare homosexuală? Statul îi oprește de la căsătoria gay, dar le dă posibilitatea să își aleagă numeroase alte variante heterosexuale.

În ambele cazuri statul desconsideră interesele unor indivizi, din rațiuni pe care le consideră superioare. Credem, totuși, că există diferențe între cele două cupluri propuse spre analiză. O primă diferență constă tocmai în motivul pentru care statul interzice căsătoria. În cazul relațiilor de rudenie, avem de a face cu protecția sănătății (din rațiuni medicale, genetice, iar în cazul incestului și pentru protecția minorilor). Astfel, se dorește evitarea unui prejudiciu concret, pe când în cazul cuplurilor homosexuale, motivul invocat de-a lungul timpului în diferite societăți este acela de protecție a moralei societății. Acest din urmă motiv este departe de a fi unul concret, palpabil. Însăși legătura între recunoașterea căsătoriei gay și prejudicierea moralei societății este pentru unii greu de găsit, măcar pentru că apar întrebări precum: ce înseamnă morala societății?; o societate în care corupția și hoția este în floare, în timp ce 80% dintre membri se declară aparținând unei anumite religii este o societate morală?; o societate în care violența împotriva femeii este ridicată, în care persoanele cu dizabilități mintale sunt lăsate să moară în mizerie, în frig și lipsite de hrană în timp ce restul societății sau statul nu dorește să audă de problemele lor este o societate în care se poate vorbi de moralitate ridicată?; cum este afectată morala societății de existența cuplurilor homosexuale?; cum este ea afectată de recunoașterea căsătoriei gay, în condițiile în care homosexualitatea

⁷ A se vedea World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, UN doc. A/CONF.157/23, Part I, parag. 5.

nu mai este condamnată legal, ci dimpotrivă, orice discriminare pe criteriul orientării sexuale este sancționată prin lege?

Opinia jurisprudenței internaționale și naționale în materia recunoașterii dreptului la căsătorie pentru cuplurile de același sex

Dar cum s-au exprimat instanțele superioare, cu competențe în domeniul protecției drepturilor omului, în problema recunoașterii căsătoriei între persoane de același sex?

Vom începe prin a arăta perspectiva Curții Europene a Drepturilor Omului, instanță care asigură prin jurisprudența sa interpretarea Convenției Europene a Drepturilor Omului, la care România este parte. Pe cale de consecință, înseși deciziile acestei curți sunt obligatorii în cazul analizat de noi pentru instanțele române. Doctrina⁸ a subliniat mai întâi natura cu totul specială a art. 12, care nu conține un paragraf secund în care să fie enumerate cazurile de limitare a dreptului: „Bărbații și femeile care sunt la vârsta căsătoriei au dreptul de a se căsători și de a-și întemeia o familie, în conformitate cu legile naționale care reglementează exercițiul acestui drept.” Cu toate acestea, prin includerea expresiei „în conformitate cu legile naționale care reglementează exercițiul acestui drept” reiese că acest drept nu este unul absolut, ci este supus unor limitări, și mai mult, este lăsată o largă putere de apreciere statelor pentru a reglementa exercitarea dreptului, permițând o amplă diversificare a protecției acestui drept printre Statele Părți la Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, în unele state, consumarea ceremoniei unei căsătorii religioase are efecte juridice matrimoniale, în timp ce în altele nu are nici un efect juridic. Vârsta legală pentru a încheia o căsătorie valabilă diferă de asemenea între statele semnatare ale Convenției. Mai nou, așa cum vom arăta în ultima parte a lucrării, unele state au legalizat căsătoria gay, în timp ce altele nu au făcut acest pas. Același autor arată însă că indiferent de variațiunile de protecție care pot apărea între diferite state în aplicarea art. 12, „aceasta nu înseamnă că nu există reguli comune pe care legile naționale și cei care le aplică trebuie să le respecte, iar Curtea de la Strasbourg are competența de a supraveghea îndeplinirea lor. În primul rând, restricțiile impuse de legislația națională sau de autorități în procesul de aplicare a legii nu pot încălca alte drepturi garantate de Convenție. Dar mai mult, prin simplul fapt că art. 12 pune dreptul la căsătorie pe primul plan, înseamnă că reglementările naționale în materia exercițiului acestui drept trebuie să fie create în așa fel încât să nu fie afectat dreptul în esența sa.”⁹

Această opinie a fost împărtășită de Comisia Europeană a Drepturilor Omului în cazul *Hamer*: „(...) [exprimarea], în conformitate cu legile naționale care reglementează exercițiul acestui drept nu înseamnă că puterea lăsată la îndemâna statelor este nelimitată. Dacă ar fi fost așa, articolul 12 ar fi fost redundant. Rolul legislației

⁸ A se vedea P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Second Edition.

⁹ *Idem*.

naționale, după însăși exprimarea din articolul 12, este de a governa exercițiul acestui drept.”¹⁰

Pentru a înțelege ce înseamnă afectarea dreptului la căsătorie în esența sa vom prezenta câteva exemple atât de o parte, cât și de cealaltă. Pentru un om deja căsătorit, interzicerea bigamiei prin legislația națională nu este o încălcare a dreptului la căsătorie în esența sa. Persoana respectivă se poate căsători din nou, dar nu înainte de a desface prima căsătorie. Interzicerea căsătoriei dacă nu s-a împlinit o anumită vârstă considerată legală nu înseamnă o atingere a dreptului la căsătorie în esența lui pentru că persoana respectivă se poate căsători după împlinirea respectivei vârste. Dar dacă dreptul de a se căsători este refuzat pe motivul dizabilității mintale, a stării de sănătate sau a situației financiare, respectiva lege națională este împotriva accesului individului la însăși esența dreptului de a se căsători, presupunând bineînțeles că persoana respectivă este capabilă să își exprime în mod liber consimțământul de a se căsători. Pot atunci două persoane de același sex, care au împlinit vârsta legală, să solicite să se căsătorească una cu cealaltă, argumentând că o căsătorie cu o persoană de sex opus nu reprezintă pentru ei o adevărată căsătorie, în esența ei?

În cazul *Von Oosterwijck*¹¹ Comisia Europeană a Drepturilor Omului s-a exprimat în mod clar: „o căsătorie presupune o relație între două persoane de sexe opuse”. Cu toate acestea, poate fi justificată întrebarea dacă nu se impune o interpretare dinamică a Convenției sub influența evoluției societății și a opiniilor. În cazul mai sus citat, *Von Oosterwijck* s-a plâns Curții pentru faptul că legea belgiană îi interzicea să se căsătorească cu o femeie deoarece în certificatul său de naștere figura sexul feminin. Cazul acesta este diferit față de cel ipotetic prezentat mai sus pentru că *Von Oosterwijck* nu solicita recunoașterea căsătoriei homosexuale, întrucât susținea că în urma operației de schimbare de sex devenise o persoană de sex masculin din punct de vedere fizic și psihic. Comisia a susținut în acest caz că: „prin ridicarea obiecției la căsătorie pe baza doar a mențiunilor din certificatul de naștere și a teoriei generale despre rectificarea certificatelor de naștere, fără o anterioară analiză mai în profunzime a problemei, Guvernul a eșuat în a recunoaște aplicantului dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie în înțelesul articolului 12 din Convenție.”

Elementele din afirmațiile Comisiei, interesante din perspectiva căsătoriei între persoane de același sex sunt: ideea că este nevoie de o „analiză mai în profunzime a problemei” și identificarea unei violări a art. 12. După câțiva ani însă, Comisia și-a schimbat opinia, într-un caz asemănător – cazul *Rees*¹². Două puncte de vedere s-au confruntat atunci. Pe de o parte, unii membri ai Comisiei considerau că luarea în considerare a unei violări a art. 12 este o consecință necesară a unei violări a art. 8: „Nu există nici un motiv să credem că o dată obstacolul [că aplicantul nu este recunoscut de stat ca fiind de sex masculin, în urma unei operații de schimbare de sex, n.n.] îndepărtat, aplicantul va fi în continuare în imposibilitatea de a se căsători”. Pe de altă parte, alții apreciau că „(...) legea națională poate impune bărbaților sau femeilor protejați de articolul 8 să îndeplinească anumite cerințe pentru a se căsători

¹⁰ *Hamer v. France*, Application No. 34/1995/540/626, 27 iunie 1996.

¹¹ *Von Oosterwijck v. Belgium*, 4 octombrie 1980.

¹² *Rees v. United Kingdom*, Application No. 2/1985/88/135, 25 septembrie 1986.

și a întemeia o familie având în vedere formalitățile necesare pentru a contracta o căsătorie.” Tot aceștia erau de părere că „scopul social” al art. 12 include capacitatea de a procrea, considerând că prin „referințele la vârsta legală de a se căsători și sexele diferite ale soților este evidentă intenția de a se viza capacitatea fizică de a procrea.” „În consecință, Statului contractant îi este permis să excludă de la căsătorie persoane care aparțin unei categorii sexuale care prin ea însăși implică incapacitatea fizică de a procrea fie în mod absolut (în cazul unui transsexual), fie în raport cu categoria sexuală din care face parte celălalt soț (în cazul persoanelor de același sex).”

Capacitatea de a procrea devine o „o condiție esențială a căsătoriei sau chiar procrearea este scopul esențial al căsătoriei”. Astfel, opinia care era respinsă indiscutabil în cazul *Von Oosterwijk* era avansată de Comisie și împărtășită de Curte în cazul *Rees*: „dreptul la căsătorie garantat de articolul 12 se referă la căsătoria tradițională dintre persoane de sexe biologice opuse. Aceasta este susținută și de exprimarea articolului 12 care s-a dorit a apăra căsătoria ca fundament al familiei.”

Ceea ce a făcut Curtea poate fi tradus în aceea că a apreciat împiedicarea prin lege a persoanelor de același sex biologic de a se căsători ca nefiind o îngrijire sau o reducere a dreptului la căsătorie în însăși esența acestui drept. Este însă această considerație valabilă în cazuri individuale? Cât din conținutul dreptului de a se căsători este lăsat unei persoane de orientare homosexuală, dacă suntem de acord cu o asemenea abordare? Și care este diferența între un cuplu format din persoane de același sex și un cuplu format din persoane sexe opuse care nu doresc sau nu pot să aibă copii? Se poate vorbi de «o căsătorie nepotrivită» în cazul din urmă?

Evoluția jurisprudenței Curții în ceea ce privește ideea îngrijirii în esență a dreptului la căsătorie nu s-a oprit la aceste două cazuri. Este adevărat că după acestea Curtea nu s-a mai confruntat cu aceeași întrebare în cazul minorităților sexuale, dar situațiile în care a apreciat că avem de a face cu o îngrijire a dreptului la căsătorie în chiar esența sa (limitare ce violează prevederile Convenției) demonstrează o revenire în jurisprudența Curții.

În cazul *F. c. Elveției*¹³ s-a pus în discuție o prevedere legală care interzicea căsătoria unei persoane pe o perioadă de la 1 până la 3 ani, dacă aceasta era declarată vinovată de desfacerea unei căsătorii anterioare. Curtea a ajuns la concluzia că prin măsura respectivă se afectează însăși esența dreptului la căsătorie, într-un mod disproporționat cu scopul legitim respectiv.

Mai târziu, în cazul *Hamer*¹⁴ (un deținut aflat în executarea unei condamnări pentru o perioadă mai îndelungată de timp și dorea să se căsătorească în timpul ispășirii pedepsei), Comisia a revenit și asupra părerii exprimate anterior în cazul *Rees* cu privire la esența căsătoriei, susținând în mod indirect că nici măcar coabitarea nu este o condiție esențială pentru consumarea unei căsătorii: „Esența dreptului la căsătorie, în opinia Comisiei, constă în formarea unei relații (asocieri) între un bărbat și o femeie care produce efecte juridice. Este alegerea acestora dacă doresc să intre în această legătură în condițiile în care nu vor putea coabita.” De asemenea, Curtea a recunoscut faptul că deținuții au dreptul de a se căsători, dacă au vârsta legală, iar când un deținut nu se

¹³ *F. v. Switzerland*, Application No. 21/1986/119/168, 27 noiembrie 1987.

¹⁴ *Hamer v. France*, Application No. 34/1995/540/626, 27 iunie 1996.

poate căsători pentru o perioadă considerabilă de timp (chiar și 2 ani), atunci această măsură afectează dreptul său de a se căsători în chiar esența lui, indiferent dacă această întârziere se datorează legislației sau unor măsuri administrative.

În plus, legătura exclusivă care există între dreptul la întemeierea unei familii și căsătorie, afirmată de asemenea în cazul *Rees*, a fost încet încet demontată de Curte, care a fost confruntată cu diferite situații pe care le-a încadrat în sfera art. 8 – protecția vieții de familie. Astfel, Curtea a recunoscut că o familie poate fi întemeiată de asemenea prin adopție¹⁵. «Familia» nu este limitată la familia rezultată în urma unei căsătorii¹⁶, ci se referă și la situații în care indivizii trăiesc împreună, ca o familie în fapt.

Arătam mai sus că dreptul garantat prin art. 12, la fel ca orice alt drept din Convenție, nu poate fi îngrădit în mod discriminatoriu de către state prin prevederile unei legi sau prin măsuri administrative de aplicare a legii. Orientarea sexuală este apreciată ca fiind unul din criteriile de discriminare și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului¹⁷. Îngrădirea dreptului la căsătorie pentru persoanele de același sex poate fi analizată ca fiind un tratament discriminatoriu pe criteriul orientării sexuale (art. 14 din Convenție).¹⁸ De asemenea, același tratament poate fi argumentat ca reprezentând în anumite cazuri o formă de tratament inuman și degradant (art. 3 din Convenție) sau o îngrădire a dreptului la viață privată și viața de familie (art. 8 din Convenție). Toate acestea pot fi variante de cazuri strategice aduse în fața Curții Europene a Drepturilor Omului, iar din nefericire, situațiile practice există din abundență.

În același timp, instanțe judecătorești din țări cu tradiție în apărarea drepturilor omului au luat decizii demne de amintit în acest studiu, oferind argumente juridice interesante. S-a remarcat în unele state chiar tendința conform căreia instanțele judecătorești, mai ales curțile constituționale, au făcut un pas înainte față de puterea legislativă, mai puternic influențată politic, pronunțându-se în favoarea căsătoriei gay ca o aplicare a principiului constituțional al egalității și non-discriminării. Astfel, în Statele Unite ale Americii, în decizia *Goodridge v. Department of Public Health*,¹⁹ Curtea Supremă a Statului Massachusetts a dat câștig de cauză căsătoriei gay arătând că: „Interzicerea căsătoriei impune o restricție profundă și periculoasă asupra unui segment din comunitate, fără nici un motiv rațional. Absența oricărei relații rezonabile între, pe de o parte, descalificarea absolută a cuplurilor de același sex care doresc să intre într-o relație de căsătorie și, pe de altă parte, protecția sănătății publice, a siguranței și a binelui general, demonstrează că interzicerea căsătoriei vine din prejudecățile care persistă în legătură cu persoanele care sunt (sau sunt percepute ca fiind) de orientare homosexuală.” În virtutea acestui raționament, Curtea a decis ca definiția legală a căsătoriei să fie modificată de către legiuitor astfel încât să se menționeze în mod expres: „căsătoria civilă reprezintă unirea voluntară a două persoane în calitate de soți, prin excluderea tuturor celorlalți.”

¹⁵ *X & Y v. United Kingdom*, 1975.

¹⁶ *Johnston v. United Kingdom*, Application No. 6/1985/92/139, 27 noiembrie 1986.

¹⁷ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Application No. 33290/96, 21 decembrie 1999, finalizată la 21 martie 2000.

¹⁸ Pentru o dezvoltare a acestei idei, a se vedea *infra* pct. II.

¹⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 440 Mass. 309 (Mass. 2003).

La data la care am redactat prezentul studiu, legiuitorul din Statul California a recunoscut de asemenea căsătoria dintre două persoane de sexe diferite, adoptând o lege care definește căsătoria ca fiind uniunea între „două persoane”, în loc de „bărbat și femeie”. Este primul stat american care acceptă adoptarea unei legi în acest sens; în alte state puterea judecătorească a făcut primul pas. În continuare, legea adoptată de adunarea generală a Statului California trebuie să fie promulgată de guvernatorul Californiei Arnold Schwarzenegger, un republican, care până acum s-a pronunțat doar în favoarea parteneriatului civil pentru persoanele de același sex, fiind de părere că rezolvarea problemei căsătoriei gay ar trebui lăsată în grija puterii judecătorești.²⁰

Curtea Supremă a Canadei arăta, într-o hotărâre din 9 decembrie 2004, că: „Acum câteva secole, se înțelegea căsătoria ca fiind posibilă doar pentru cupluri de sexe diferite. Recunoașterea căsătoriilor gay în câteva jurisdicții din Canada, precum și în țări europene contrazice afirmația că aceeași situație este valabilă și în ziua de astăzi.”

Dacă în unele țări schimbarea a venit în urma unei decizii judecătorești, în altele o scurtă precizare legislativă a legalizat căsătoria gay. Spania a introdus următorul articol în legislația sa: „Căsătoria trebuie să îndeplinească aceleași cerințe (condiții) și să producă aceleași efecte, indiferent dacă persoanele implicate sunt de același sex sau sunt de sex diferit.” În opinia primului ministru spaniol, José Luis Rodríguez Zapatero „(...) o mică schimbare a cuvintelor poate aduce o schimbare imensă în viețile a mii de cetățeni. Doamnelor și domnilor, noi nu adoptăm legi pentru persoane necunoscute, cu care nu avem nici o legătură. Noi extindem oportunitățile de a fi fericiți în cazul vecinilor noștri, a colegilor, prietenilor sau a rudelor noastre.”

Legislația românească în materie de căsătorie

Dar care este legislația în materia căsătoriei în România? În țara noastră, Codul familiei reglementează relațiile matrimoniale între două persoane. Căsătoria între persoane de același sex nu este permisă în mod expres de lege, la fel cum nu sunt reglementate și protejate nici un alt tip de relații de cuplu fie heterosexual, fie homosexual.

De ce am spus „nu este permisă în mod expres”? Ce este interesant la Codul familiei român este că în nici un articol nu se dă o definiție concretă a căsătoriei, făcându-se referiri doar la condițiile de fond și de formă pentru încheierea căsătoriei: când este oprită încheierea căsătoriei, care sunt efectele căsătoriei, cum se desface căsătoria. Mai mult, atunci când se vorbește despre situațiile în care încheierea căsătoriei este interzisă nu se fac referiri exprese la condiții: cei doi să fie de sexe opuse, menționându-se doar condiția vârstei legale, persoanele să nu fie deja căsătorite, excluderile care țin de rudenie sau afinitate, adopție, tutelă, alienație și debilitate mintală și comunicarea stării de sănătate. Este adevărat că în unele articole legiuitorul român face referire expresă la sexele unor potențiali soți – „bărbatul și

²⁰ A se vedea The New York Times, 7 septembrie 2005.

femeia” – dar nu arată expres că este vorba despre cei doi indivizi dintr-o anumită căsătorie, și nu despre bărbați și femei în general.

Nimeni nu este naiv să creadă că legiuitorul român a vrut să fie permisiv față de căsătoria gay, la fel cum nu știm cine ar putea să susțină că doar pe baza acestor texte se poate încheia o căsătorie între persoane de același sex. Aparenta omisiune a legiuitorului se datorează fie faptului că era firesc pentru oricine că o căsătorie presupune un bărbat și o femeie, mai ales în condițiile în care relațiile homosexuale liber consimțite constituiau infracțiune, fie unei chestiuni de gramatică a limbii române, în care pluralul „soți”, folosit în textele Codului familiei, poate fi interpretat, de asemenea, atât soțul – genul masculin, cât și soția – genul feminin. Cea mai probabilă este prima variantă. În privința celeilalte, este interesant de avut în vedere și faptul că pluralul „soți” poate desemna în același timp și două persoane de același sex. În privința primului aspect, din fericire lucrurile au evoluat în societatea românească, iar din anul 2001 homosexualitatea nu mai este incriminată de statul român. În plus, s-au adoptat prevederi legale care sancționează discriminarea inclusiv pe criteriul orientării sexuale²¹.

Până în prezent, toți autorii care de-a lungul timpului au scris în materia dreptului familiei au interpretat noțiunea de căsătorie ca fiind una aplicabilă exclusiv persoanelor de sex opus. În lipsa unei definiții legale exprese a căsătoriei, acești autori au creat una. Ei au făcut o interpretare sistematică a mai multor articole din cod având în vedere înțelegerea pe care normele sociale o dau noțiunii de «căsătorie»: „Căsătoria este uniunea liber consimțită dintre un bărbat și o femeie, încheiată în concordanță cu dispozițiile legale, în scopul întemeierii unei familii și reglementată de normele imperative ale legii.”²² Doctrina românească afirmă în unanimitate că diferențierea sexuală este o condiție de fond pentru încheierea căsătoriei care, deși neprevăzută în mod expres în lege, rezultă implicit din numeroase prevederi legale în materie. Neîndeplinirea acestei condiții de fond duce la nulitatea absolută a căsătoriei, deoarece este o condiție de esență a căsătoriei, așa cum se arăta într-o decizie a Tribunalului Suprem, secția civilă, din anul 1972. Cum ar reacționa acum legiuitorul român dacă s-ar confrunța cu o cerere de legalizare a căsătoriei gay sau, mai mult, cum ar reacționa judecătorul român dacă s-ar confrunța cu o cerere pentru obligarea statului de a oficia o căsătorie gay?

În ceea ce privește adoptarea unei noi legislații care să permită căsătoria între două persoane de sex opus, poate chiar faptul că până acum legislația românească nu împiedică în mod expres căsătoria gay și nici nu arată în mod expres că o căsătorie are loc între două persoane de sex opus, ușurează un viitor demers legislativ. Însăși Constituția României reglementează dreptul la căsătorie într-o manieră generală, făcând posibilă legalizarea căsătoriei între persoane de același sex, fără a fi nevoie de o amendare a legii fundamentale²³.

²¹ Ordonanța nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

²² I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, 1999, p. 14.

²³ Constituția României „Art. 48 [Familia]: (1) Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor. (2) Condițiile de încheiere, de desfacere și de nulitate

Astfel, amendarea legislației s-ar putea reduce la introducerea unui articol în Codul familiei, de genul: „Prevederile legale în materie de căsătorie se aplică în același fel, indiferent dacă cei doi soți sunt de același sex sau sunt de sex opus” sau „Condițiile de încheiere a căsătoriei, drepturile și obligațiile care rezultă din căsătorie sunt aceleași, indiferent dacă cei doi soți sunt de același sex sau sunt de sex opus.”²⁴

II. Constituie discriminare interzicerea căsătoriei între persoanele de același sex?

Prevederi referitoare la nediscriminare regăsite în documentele internaționale

Principiul nediscriminării a fost afirmat în toate documentele internaționale de protecție a drepturilor omului. Îl regăsim în art. 1, 2 și 7 din Declarația Universală a Drepturilor Omului²⁵, art. 2 din Pactul internațional privind drepturile civile și politice²⁶, art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului²⁷. În plus, Protocolul 12 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului²⁸, semnat de România și sperăm în curând ratificat de statul român²⁹, stabilește o protecție și mai largă împotriva discriminării în cadrul mecanismului european.

a căsătoriei se stabilesc prin lege. Căsătoria religioasă poate fi celebrată numai după căsătoria civilă. (3) Copiii din afara căsătoriei sunt egali în fața legii cu cei din căsătorie.”

²⁴ Precizăm că o inițiativă legislativă de legalizare a concubinajului a fost introdusă în Parlamentul României, la inițiativa Partidei Romilor în luna aprilie a anului 2002, dar ea a fost respinsă de Senat. Respectiva propunere legislativă viza doar cuplurile heterosexuale.

²⁵ Declarația Universală a Drepturilor Omului „Art.1 [Libertatea și egalitatea în demnitate și în drepturi]: Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi (...).”

„Art. 2 [Non-discriminarea]: (1) Oricine are acces la toate drepturile și libertățile garantate prin această Declarație, fără distincție de orice fel, pe teme de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau altă opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau alt statut (...).”

„Art. 7 [Egalitatea în fața legii]: Toți sunt egali în fața legii și sunt îndreptățiți fără discriminare la o protecție egală din partea legii. Toți sunt îndreptățiți la protecție egală împotriva discriminării în violarea acestei Declarații și împotriva incitării la astfel de discriminare.”

²⁶ Pactul internațional privind drepturile civile și politice „Art. 2 [Non-discriminarea]: (1) Fiecare Stat Parte la prezentul Pact se obligă să respecte și să asigure tuturor indivizilor aflați pe teritoriul său și supuși jurisdicției sale toate drepturile recunoscute în prezentul Pact, fără nici un fel de distincție pe teme de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau alt tip de opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau alt statut.”

²⁷ Convenția Europeană a Drepturilor Omului „Art. 14: Exercițiul drepturilor și libertăților recunoscute în prezenta Convenție trebuie să fie garantate fără discriminare pe nici un temei precum sexul, rasa, culoarea, limba, religia, opinia politică sau alt tip de opinie, originea națională sau socială, apartenența la o minoritate națională, averea, nașterea, sau alt statut.”

²⁸ Protocolul 12 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului a intrat în vigoare la data de 1 aprilie 2005.

²⁹ Pe site-ul Ministerului Justiției din România a fost lansat la data de 6 septembrie 2005 un proiect de lege pentru ratificarea Protocolului 12 – www.just.ro.

Încercând să descoperim conținutul principiului nediscriminării, trecând peste limitele impuse de convențiile internaționale încheiate între state în anumite domenii (ca de exemplu, drepturi civile și politice sau drepturi economice, sociale și culturale, convenții cu caracter regional sau universal etc.), putem ajunge la concluzia că prin nediscriminare se înțelege asigurarea recunoașterii și exercitării tuturor drepturilor oricărui individ, în condiții de egalitate, fără deosebiri, excluderi, restricții sau preferințe în funcție de anumite criterii care țin de apartenența (sau presupusa apartenență) respectivului individ la o categorie sau alta de persoane.

Orientarea sexuală – un criteriu de discriminare

Lista criteriilor afirmate în diferite documente internaționale conține în mod constant criterii precum: sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, avere, naștere. Aceasta este însă o enumerare deschisă, încheindu-se în mod constant cu expresia „(orice) *alt statut*”. În noțiunea din urmă, organismele internaționale cu competențe în interpretarea acestor documente au inclus situații precum: dizabilitatea, statutul marital, statutul de copil din căsătorie sau din afara căsătoriei. De asemenea, la ora actuală nu există nici o îndoială că orientarea sexuală intră în sfera de aplicare a non-discriminării prin interpretarea extinsă a noțiunilor „sex” sau „orice alt statut”. În acest sens s-a pronunțat Comisia de Drepturile Omului din cadrul UN în speța *Toonen c. Australia*³⁰, sau Comisia Europeană a Drepturilor Omului în cauzele *Sutherland c. Marea Britanie*³¹, *Salguiero da Silva Mouta c. Portugalia*, *Frette c. Franța*. De asemenea, Carta Drepturilor Omului adoptată la data de 7 decembrie 2000 în cadrul Uniunii Europene, interzice în art. 21 în mod expres „orice discriminare bazată pe criterii precum sex (...) sau orientare sexuală”. Recomandarea 1474 (2000) a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei solicită Comitetului de Miniștri „să adauge orientarea sexuală ca temei de discriminare interzis de Convenția Europeană a Drepturilor Omului” și „cele state membre să includă orientarea sexuală printre criteriile de discriminare în legislația lor națională.”

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia discriminării pe criteriul orientării sexuale

Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat asupra homosexualității și a discriminării pe criteriul orientării sexuale în jurisprudența sa, chiar dacă, așa cum am văzut la punctul precedent, confruntată indirect cu problema căsătoriei gay a emis o opinie tradiționalistă.

³⁰ *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

³¹ *Sutherland v. the United Kingdom*, Application No. 25186/94, report of the Commission of 1 July 1997, § 51, unreported.

În cauza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugalia*³² Curtea a fost confruntată cu problema încredințării unui copil spre creștere părintelui heterosexual în mod preferențial, în detrimentul tatălui homosexual care trăia într-o relație cu un partener de același sex. Această decizie este importantă din mai multe puncte de vedere. În primul rând, Curtea ia decizia de a analiza cazul din perspectiva art. 8 (viață privată) și art. 14 (nediscriminare), luate împreună. În al doilea rând, se face afirmația potrivit căreia lista criteriilor de discriminare este una non-exhaustivă, iar orientarea sexuală poate fi considerată un criteriu de discriminare. În al treilea rând, Curtea consacră testul discriminării, analizând situația în două etape: mai întâi dacă există o diferență de tratament între persoane aflate în situații similare (cei doi părinți ai unui copil, chiar dacă sunt de sexe diferite și de orientări sexuale diferite) și apoi dacă există o justificare obiectivă și rezonabilă pentru diferența de tratament – dacă există un scop legitim și dacă există o relație de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul ce se dorește a fi atins. Observând că orientarea sexuală a tatălui a constituit factorul decisiv în luarea deciziei de către curtea națională, desconsiderându-se situația de fapt dovedită în cauză, inclusiv prin argumente de natură psihologică, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a hotărât că a existat o discriminare pe criteriul orientării sexuale în exercitarea dreptului la viață de familie.

De asemenea, aceeași curte s-a pronunțat asupra existenței sau nu a unei fapte de discriminare pe criteriul orientării sexuale, atunci când a fost confruntată cu problema adopției de către o persoană de orientare homosexuală³³, chiar dacă a hotărât în final că tratamentul aplicat de stat este unul justificat în mod legitim și rezonabil.

Interzicerea căsătoriei gay – faptă de discriminare pe criteriul orientării sexuale în jurisprudențele unor state

Cum s-ar putea transpune situația analizată de noi în studiul de față în definiția discriminării? Prin interzicerea căsătoriei gay, unei persoane de orientare homosexuală nu îi este recunoscut, și prin urmare nici nu poate exercita, dreptul de a se căsători cu persoana pe care a ales-o, realizându-se o excludere și o restricție pe criteriul orientării sexuale, față de o persoană de orientare heterosexuală care se poate căsători.

Jurisprudența națională a unor state a statuat că nerecunoașterea căsătoriei gay reprezintă o formă de discriminare pe criteriul orientării sexuale. În cauza *Goodridge v. Department of Public Health* s-a observat că împiedicarea căsătoriei între două persoane de orientare homosexuală este rezultatul unor prejudecăți ale membrilor societății: „Constituția nu poate controla prejudecățile, dar în același timp, Constituția nici nu poate să le tolereze. Este posibil ca prejudecățile personale, private să cadă în afara legii [să nu poată fi cenzurate de ea, n.n.], dar legea nu poate în mod direct sau indirect să dea efect acestor prejudecăți.” „Constituția Statului Massachusetts afirmă demnitatea și egalitatea cu privire la toți indivizii. Ea interzice crearea unor cetățeni de mână a doua. În luarea acestei decizii, am luat în considerare întru totul argumen-

³² *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Application No. 33290/96, 21 decembrie 1999, finalizată la 21 martie 2000.

³³ *Fretté v. France*, Application No. 36515/97, 26 februarie 2002, final în 26 mai 2002.

tele aduse de guvern [cu privire la justificarea interzicerii căsătoriei gay, n.n.]. Dar acesta a eșuat în a identifica vreun motiv constituțional pentru a interzice căsătoria civilă cuplurilor de același sex.” În continuare, Curtea Supremă a Statului Massachusetts a hotărât că limitarea protecției, beneficiilor și obligațiilor căsătoriei civile exclusiv pentru cuplurile de sex opus încalcă premisele respectării libertății individului și egalității în fața legii, garantate prin Constituția Statului Massachusetts.

În plus, atunci când Senatul a cerut un aviz în legătură cu posibilitatea introducerii uniunilor civile (parteneriatului civil) pentru cuplurile homosexuale în locul legalizării instituției căsătoriei gay, Curtea a afirmat în mod neechivoc că uniunile civile nu pot oferi cuplurilor de același sex întreaga egalitate cerută de constituție. Mai mult, Curtea a argumentat că prin crearea unei instituții separate, doar pentru cuplurile de același sex, s-ar produce efectul menținerii și încurajării stigmei și excluderii interzise de Constituție: „Istoria națiunii noastre a demonstrat că separat înseamnă foarte rar, dacă nu chiar niciodată, egal.” Comparând situația homosexualilor cu cea a cetățenilor de culoare în trecut, senatoarea Wilkerson afirma: „Cunosc durerea provocată de faptul de a nu fi egal și nu pot și nu doresc să impun acest statut nimănui. Cu numai o generație în urmă am fost scoasă dintr-o existență în sclavie. Nu pot în bună cunoștință de cauză să votez vreodată pentru a trimite pe cineva în locul din care familia mea a scăpat cu greu.”

Și Canada și țările din Europa care au legalizat căsătoria gay și-au justificat decizia pe motivul eliminării discriminării pe criteriul orientării sexuale. Astfel, acest argument juridic, precum și cel al îndepărtării statutului de cetățeni de clasă inferioară pentru persoanele de orientare homosexuală au devenit vehiculele principale pentru obținerea dreptului la căsătorie pentru cuplurile gay, invocate în orice societate în care se duce această luptă.

Totuși o întrebare legitimă intervine în mod firesc în această situație: este societatea românească la fel de matură, de tolerantă, de deschisă, precum societatea canadiană, spaniolă, olandeză sau chiar americană? Sunt instanțele din România destul de curajoase și suficiente de experimentate pentru a pronunța decizii precum cele invocate mai sus?

Problematika limitării obiective și rezonabile

În condițiile în care în lume doar patru state³⁴ au legalizat căsătoria, în timp ce în Statele Unite ale Americii discuțiile continuă încă, iar alte state acordă alte forme de protecție cuplurilor de același sex, este clar faptul că aceasta este o problemă controversată și un consens la nivel internațional nu va fi posibil în viitorul apropiat. Am adus această discuție la punctul în care vorbim despre discriminare deoarece protecția împotriva discriminării, la fel ca alte drepturi ale omului, nu are un caracter absolut. Ea poate fi restrânsă dacă există o justificare obiectivă și rezonabilă. Mai mult, la nivelul mecanismelor regionale sau internaționale de protecție a drepturilor omului, problema limitării drepturilor omului în situații justificate este adesea lăsată în largă

³⁴ Olanda, Belgia, Spania, Canada.

competență de apreciere a statelor care sunt considerate a fi mai bine poziționate în a aprecia situațiile speciale, sensibile existente la nivel intern, în scopul respectării intereselor generale ale societății. Aceste principii au fost afirmate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în jurisprudența sa în care tratează problema homosexualității.

Astfel, în cauza *Dudgeon c. Marii Britanii*³⁵, atunci când a analizat problematica incriminării penale în Irlanda de Nord a relațiilor homosexuale liber consimțite, între adulți, instanța de la Strasbourg a reiterat principiul largii puteri de apreciere lăsate statelor, mai ales atunci când este vorba despre apărarea moralei. De asemenea, a dat dreptate statului reclamat care invocă faptul că Irlanda de Nord, fiind cunoscută ca o societate mai conservatoare și care pune mai mult preț pe factorii religioși, acest lucru se reflectă în legi mai restrictive în materia comportamentelor homosexuale. Pe de altă parte, Curtea a subliniat afirmația făcută anterior în cauza *Handyside*³⁶: „cerințele moralei diferă de la o perioadă de timp la alta și dintr-un loc în altul, mai ales în era noastră.” În plus, valoarea deosebită a acestei decizii pentru apărarea drepturilor comunității gay constă și în faptul că prin ea s-a recunoscut caracterul esențial pentru manifestarea personalității umane a dreptului de a se angaja în relații homosexuale, ca parte a vieții private. Elemente care au încurajat obținerea unei decizii pozitive în acest caz au fost caracterul disproportionat al sancțiunii (pedeapsa cu închisoarea), precum și existența unei opinii majoritare în rândul statelor membre ale Consiliului Europei pentru dezincriminarea homosexualității.

Pe de altă parte însă, atunci când a fost chemată să decidă asupra refuzului general al autorităților franceze de a recunoaște unei persoane de orientare homosexuală posibilitatea de a adopta un copil³⁷, Curtea a lăsat o largă putere de apreciere statului, invocând în special lipsa unor standarde comune la nivelul țărilor membre. În susținerea acestei afirmații, ea a arătat că doar două state europene, Olanda și Belgia, au recunoscut dreptul unei persoane de orientare homosexuală să adopte un copil, iar în general în Europa, legislația în domeniu pare să treacă printr-o etapă de tranziție – „chiar dacă legile naționale nu interzic în mod expres adopția făcută de homosexuali, atunci când ea este permisă persoanelor singure, nu găsim în ordinea juridică și socială a Statelor Contractante principii uniforme cu privire la aceste probleme sociale, în condițiile în care opiniile exprimate în societatea democratică pot în mod rezonabil să fie cu mult diferite.” Trebuie de menționat, totodată, că în contextul acestei decizii, nu doar lipsa unor factori favorizanți precum standardele comune a fost împotriva unei decizii pozitive, ci și circumstanțele concrete ale cazului: dreptul la adopție nu este un drept garantat de Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Întrebarea care ne vine în minte în mod firesc, după aceste rânduri, este cât de diferită este situația căsătoriei gay față de adopția făcută de o persoană de orientare homosexuală? Merită de amintit cel puțin faptul că în cazul adopției se are în vedere afectarea în mod direct a intereselor copilului, pe când în cazul legitimării căsătoriei (cel puțin fără efectele juridice în legătură cu adopția) s-ar putea invoca doar interesele generale ale societății precum morala publică.

³⁵ *Dudgeon v. United Kingdom*, Application No. 7525/76, 23 septembrie 1981.

³⁶ *Handyside v. United Kingdom*, Application No. 5493/72, 4 noiembrie 1976.

³⁷ *Fretté v. France*, Application No. 36515/97, 26 februarie 2002, finalizată la 26 mai 2002.

În același timp, nu putem merge mai departe fără a sublinia situația dificilă care se creează pentru minoritari în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului: aplicarea principiului proporționalității și a largii puteri de apreciere a statelor duce la justificarea unor încălcări ale drepturilor fundamentale și discriminări împotriva minoritarilor, justificate de interesele generale ale societății, adică justificate de interesele majorității. Cum rămâne cu respectarea principiului dezbătut la punctul anterior, conform căruia îngrădirea unui drept nu poate duce la refuzarea dreptului în esență sau pentru un anumit individ? De asemenea, pentru a veni în sprijinul respectării drepturilor minorităților, o soluție ar fi pledarea pentru drepturi specifice lor sau, în cazul jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, încercarea dezvoltării principiului conform căruia statele trebuie să își adapteze normele generale astfel încât să răspundă unor situații concrete, care implică un tratament nuanțat față de cel general, adaptat unor nevoi speciale ale anumitor grupuri de persoane.³⁸

Alte drepturi afectate de discriminarea pe criteriul orientării sexuale prin interzicerea căsătoriei gay

O chestiune importantă care trebuie avută în vedere la nivel național când se aplică principiul proporționalității în cazul analizei discriminării pe criteriul orientării sexuale prin interzicerea căsătoriei între persoanele de același sex, constă în faptul că se aduce atingere nu doar dreptului la căsătorie, ci și unei serii întregi de alte drepturi și responsabilități, care sunt acoperite de legislația națională: seria drepturilor și obligațiilor părintești; dreptul de a avea acces la inseminarea artificială și alte tehnici de reproducere medicală asistată; dreptul de a adopta sau de a lua un copil în îngrijire; drepturile patrimoniale legate de dobândirea și împărțirea proprietății comune, a creditelor și a datoriilor comune; dreptul la pensie de întreținere; drepturile succesoriale, dreptul la pensie de urmaș sau ajutor social și dreptul la compensații, în cazul morții unuia dintre parteneri; dreptul de a prelua numele partenerului; drepturile care țin de dobândirea cetățeniei sau a rezidenței o dată cu căsătoria, în cazul unui partener necetățean; dreptul de a refuza depunerea mărturiei împotriva partenerului; protecția specială în cazul violenței domestice; dreptul de a decide de urgență cu privire la soarta partenerului în cazul în care viața acestuia este în pericol; dreptul de a dona organe celuilalt partener; dreptul de a continua contractul de locațiune după moartea partenerului, dacă acesta a fost unicul locatar.

III. Care sunt diferitele modele de protecție și recunoaștere din partea statului a cuplurilor formate din persoane de același sex?

În partea care urmează vom trece în revistă modelele de protecție și recunoaștere oferite de diferite state din Europa Occidentală cuplurilor formate din persoane de

³⁸ A se vedea cauzele *Hatton and others v. United Kingdom*, Application number 36022/97, 11 septembrie 2001, *Thlimmenos v. Greece*, Application No. 34369/97, 15 martie 2000, *Hirst v. United Kingdom* (no.2), Application No. 74025/01, 9 martie 2004, *Slivenko v. Latvia*, Application No. 48321/99, 9 octombrie 2003.

același sex.³⁹ Această incursiune se dovedește a fi utilă din mai multe puncte de vedere. În primul rând, putem observa evoluția istorică a recunoașterii cuplurilor gay în societățile occidentale. În al doilea rând, înțelegem ce implicații juridice are fiecare dintre aceste modele și cum diferă ele de la o țară la alta, în cadrul aceleiași categorii sau chiar între categorii considerate a acorda o mai mare protecție față de categorii cu o mai mică protecție. Aceasta ne va determina să ajungem la a treia concluzie – că indiferent de protecția juridică pe care o oferă statul, de efectele juridice asociate unui model de recunoaștere, altul decât instituția căsătoriei tradiționale, o miză importantă pentru comunitatea gay, dar și pentru protecția drepturilor omului în general, este obținerea legalizării căsătoriei ca o formă de recunoaștere din partea societății a egalității dintre un cuplu heterosexual și un cuplu homosexual.

Modelul 1 – Căsătoria civilă

Olanda din anul 2001, Belgia din anul 2003 și Spania din iulie 2005 au introdus în legile lor interne căsătoria civilă între persoane de același sex. Condițiile de fond și procedura pentru încheierea căsătoriei sunt identice pentru cuplurile de același sex și cuplurile de sexe opuse. Sub aspectul efectelor juridice (drepturi și obligații) produse de instituția căsătoriei, ele sunt similare pentru cele două categorii de cupluri cu două distincții importante: în Belgia, adopția realizată de cuplul de același sex împreună și adopția făcută de unul din parteneri în cazul copilului celuilalt partener sunt interzise, dar sunt permise în Olanda. De asemenea, în nici una din cele trei țări nu este posibil ca partenera de sex feminin a unei mame să devină automat părintele legal al copilului născut de către mamă în timpul respectivei căsătorii (echivalent cu „prezumția de paternitate” din dreptul românesc).

În mod clar nu există la nivel european un consens în privința consecințelor legale asociate căsătoriei civile. Diferențele dintre țări nu sunt atât de mari în privința drepturilor părintești și al regimului de drept privat al proprietății comune, dar există în ce privește consecințele materiale aplicabile în dreptul public și alte consecințe juridice. Diferența de protecție juridică între căsătoria cuplurilor de sex opus și a celor de același sex constă în consecințele legale în materie de drepturi părintești, neexistând în ce privește consecințele materiale sau alte consecințe.

Modelul 2 – Parteneriatul înregistrat

Diferite forme ale parteneriatului înregistrat (sau parteneriatul civil) au fost introduse în: Belgia, Germania, Danemarca, Finlanda, Franța, Islanda, Olanda,

³⁹ Această parte a lucrării se bazează în cea mai mare parte pe două studii comparative recente (2004) realizate sub îndrumarea lui Kees Waaldijk, Senior Lecturer în cadrul „E.M. Meijers” Institute of Legal Studies, Universiteit Leiden, Olanda: *Same-Sex Couples, Same-Sex Partnerships & Homosexual Marriages. A Focus on cross-national differentials, More or Less Together. Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and sam-sex partners. A comparative study of nine European countries.*

Norvegia, Suedia. El reprezintă o instituție juridică mai mult sau mai puțin analoagă instituției căsătoriei, presupunând de asemenea condiții de fond, o procedură și efecte juridice specifice.

În toate țările arătate mai sus, mai puțin în Franța, Belgia și Olanda, o condiție este ca partenerii să fie de același sex, fiind astfel creat ca o instituție specială pentru persoanele de orientare homosexuală. În nici una dintre țări, o ceremonie religioasă nu produce efecte juridice, în condițiile în care în țările nordice căsătoria religioasă produce efecte juridice. În general, parteneriatul civil se perfectează în fața unei autorități publice și se înregistrează. Desfacerea parteneriatului înregistrat se face în condiții asemănătoare căsătoriei civile; doar în Franța, Belgia și Olanda se poate desface pe cale amiabilă.

Din punct de vedere al efectelor juridice, în Olanda și Suedia există o mare asemănare cu efectele căsătoriei, mai puțin chestiunile legale de prezumția de paternitate. Urmează Finlanda care adaugă la lista diferențierilor adopția copilului celui alt partener, preluarea numelui celui alt partener, apoi Danemarca, Islanda și Norvegia unde sunt excluse prezumția de paternitate, inseminarea artificială și adopția făcută de un cuplu de același sex. Germania adaugă la această listă imposibilitatea luării unui copil în îngrijire, neacordarea pensiei de urmaș partenerului supraviețuitor și nici reducerea taxelor de moștenire. Pe ultimul loc se situează Franța, unde nu sunt aplicabile regulile: succesiunii legale, dobândirii cetățeniei cu ocazia căsătoriei, consimțământului pentru intervenții medicale de urgență, și Belgia unde pe lângă aceste excluzeri sunt consacrate: neaplicabilitatea regulilor privind bunurile comune, creditele și datoriile comune, impactul pozitiv asupra vârstei de pensionare, dreptul de a refuza depunerea mărturiei împotriva partenerului.

Trebuie menționat că în aceste țări (mai puțin Germania), analogia între căsătorie și parteneriatul înregistrat a fost considerabil întărită prin introducerea legislației privind interzicerea oricăror forme de discriminare.

Modelul 3 – Coabitarea informală

În general, prin această noțiune se înțelege un cuplu care trăiește împreună și care se înregistrează la autoritățile statului. Diferența față de parteneriatul înregistrat este că în cazul coabității relația între cele două persoane există în fapt înainte de a fi înregistrată, nu este creată prin înregistrare. Înregistrarea are doar efectul de recunoaștere din partea statului și aduce cu ea consecințe juridice aplicabile în cazul căsătoriei civile. Situația consecințelor juridice implicate de această instituție este foarte diferită de la o țară la alta, ele fiind create inclusiv în urma măsurilor administrative sau a soluțiilor jurisprudențiale.

Țara care asigură cea mai slabă protecție coabității informale este Germania, având implicații doar asupra: securității sociale, dreptului de a continua contractul de locațiune după moartea partenerului, accesului la inseminarea artificială a cuplului și dreptului de a își da consimțământul în cazurile de intervenție medicală urgentă asupra partenerului. Lista se prelungește în Franța și Belgia, adăugându-se: dreptul de a lua un copil în îngrijire, dreptul la compensații în caz de moarte a partenerului, asigurare medicală comună, protecție în caz de violență domestică și, doar în Franța, obligația de a avea relații conjugale. Protecția cea mai largă însă se regăsește în țările

nordice, în special în Suedia și Olanda. Cu toate acestea, chiar în ultimele state lipsesc în comparație cu căsătoria drepturi legate de paternitate, pensie alimentară, succesiune legală, preluarea numelui. În Suedia lipsește de asemenea dreptul de adopție a copilului partenerului, iar în Olanda, drepturile legate de proprietate și datorii comune și dreptul de a refuza mărturia împotriva partenerului.

Reiese din aceste informații că în țările în care s-a recunoscut deja coabitarea informală între persoanele de același sex este de așteptat să se introducă parteneriatul înregistrat între persoane de același sex.

După această trecere în revistă a diferitelor modele de protecție juridică a cuplurilor de același sex, ajungem la concluzia că ne confruntăm în continuare chiar în Europa Occidentală cu o tradițională excludere de la căsătorie și de la drepturile și obligațiile care rezultă din căsătorie a cuplurilor formate din persoane de orientare homosexuală. Concomitent însă are loc un fenomen de continuă includere a lor prin creșterea treptată a numărului de consecințe juridice, de la cele asociate coabității informale, trecând prin parteneriatul înregistrat și ajungând chiar la căsătoria civilă (Olanda, Belgia, Spania).

IV. În loc de concluzie

În condițiile în care în societățile occidentale și, de ce nu, în România, asistăm la o tendință de «dezinstituționalizare» a căsătoriei (*démariage* – dezinstituționalizarea căsătoriei, transformarea ei într-o chestiune care ține de sfera privatului, fiind o opțiune personală, privată, în care statul nu are nici o implicație), demersul comunității gay de legalizare a căsătoriei între persoane de același sex apare pentru unii ca fiind greu de înțeles. Un posibil răspuns poate fi acela că sensul căsătoriei pentru cei care fac această alegere reprezintă o formă de exprimare/afirmare publică a alegerii lor private în privința propriei sexualități („coming out”). Căsătoria este un limbaj public pentru sentimente intime și practici private. Acest „coming out” poate fi perceput în societatea noastră ca un „coming out” al unor indivizi gay și lesbiene, dar și ca un „coming out” al homosexualității.

Există grupuri în mișcarea LGBT⁴⁰ care se împotrivesc căsătoriei gay, temându-se că prin recunoașterea ei persoanele de orientare homosexuală non-monogame vor fi excluse de la acest tip de legitimare socială, la fel cum există grupuri care nu doresc să imite acest tip de instituție, pe care o consideră una pur heterosexuală, ierarhică. Considerăm că important din perspectiva respectării drepturilor omului este să răspundem oricăror nevoi concrete existente în societate, de protecție a drepturilor indivizilor, asigurând posibilitatea de acces la căsătoria civilă pentru fiecare persoană, indiferent de orientarea sexuală și în același timp creând noi instituții de protecție a drepturilor celor care nu doresc să opteze pentru căsătorie ca o formă de viață în cuplu, fie că sunt heterosexuali, fie că sunt de orientare homosexuală.

Iustina IONESCU

⁴⁰ Lesbiene, homosexuali, bisexuali, transsexuali.