

Maria Margarida Silva Pereira
Rui Soares Pereira



PREFÁCIO

PARTE I INTRODUÇÃO

- § 1. O objecto do Direito da Família
- § 2. As estratégias de estudo do Direito da Família
- § 3. As características contemporâneas do Direito da Família
- § 4. Considerações finais

PARTE II TRABALHOS DE ALUNOS DO 3º ANO/DIA DA FDUL, NO ANO LECTIVO DE 2009/2010

I – A nova lei do divórcio e a importância dos deveres conjugais
(Ana Júlia Maurício, António Queiroz Martins, Joana Andrade Nunes, Madalena Perestrelo de Oliveira e Tiago Garcia Soares)

II – O artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil: algumas notas sobre a sua constitucionalidade (Madalena Perestrelo de Oliveira)

III – Falta de virgindade: erro sobre qualidade essencial da pessoa? (Joana Andrade Nunes)

IV – A relevância (ou irrelevância) do dolo como causa de anulabilidade do casamento (Ana Júlia Maurício)

APÊNDICES

I – O caso linguístico belga

II – O caso de Lille/Douai

Ficha Técnica

Título:

Memória e Presente de Direito da Família
AAI/II. – 2010

Autores:

Margarida Silva Pereira e Rui Soares Pereira

Edição:

AAI/II.
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Impressão:

AAI/II.

Julho / 2010

PREFÁCIO

Memória e Presente de Direito da Família corresponde a um projecto executado com grande rapidez. O texto construiu-se entre Fevereiro e Abril de 2010. Nem por isso, contudo, integra um projecto menos pensado.

Nasceu em meados do ano lectivo que passou, o 1.º Semestre de 2008-2009, quando os Autores pela primeira vez trabalharam juntos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Margarida Silva Pereira era titular da Regência do 4.º Ano Diurno de Direito da Família, Rui Soares Pereira, assistente convidado, tomava a disciplina pela primeira vez em aulas práticas.

Não era e não é a área de investigação preferencial de nenhum dos Autores. Os manuais e estudos de Direito da Família eram importantes e abundantes. Mas os Autores deram-se conta do interesse em trazer aos alunos a recordação da história recente e a inquietação dos temas que fervilhavam, como estão ainda em ebulição: as recomposições familiares; as novas formas de vida comum; sobretudo, o modo como este novo mundo se articula num país católico, que não prescinde dos seus pilares jurídicos, das suas referências, ainda que pague, tantas vezes, o preço de uma vida inquietada, de uma existência onde se sente o silêncio do Direito.

O silêncio do Direito: porquê, se existem, afinal, tantos institutos actuais, outras possibilidades de resposta, onde os filhos não são tutela nem recusa dos pais, na grande maioria dos casos?

O Direito da Família português é muito complexo, provém de matrizes variadas.

Desde logo, é o Direito da Família de um Estado que se rege por valores laicos, não obstante a forte vertente religiosa que o caracteriza. Impõe tolerância. Aí quando a tolerância exclui que a verdade se alcandore a uma só posição, ter-se-á achado o princípio do contra-caminho, do percurso

da intolerância. É esta advertência que servirá como guia e firmamento, sob pena de incumprimento da promessa de princípio antes feita¹.

O que se recusa: a verdade do Direito ou o confronto pessoal com a mesma verdade, o sentido da responsabilidade?

Ao mesmo tempo, a segunda metade do século XX acentuou a queda do Muro de Berlim, a força do discurso católico em Portugal. Portugal, país católico ancestral.

Mas mais importante do que a realidade sociológica de fundo é aqui o seu reflexo no Direito: a Constituição tempera a leitura laica das normas familiares com o seu sentido específico? Tem legitimidade para assim proceder?² E o Di-

¹ HANS RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie: philosophische Anthropologie des Politischen*, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1969, pp. 334-335. O tema é tanto mais complexo quanto proliferam as teses que sustentam a possibilidade da verdade objectiva – cfr. FRIEDRICH E. SCHNAPP, “Toleranzidee und Grundgesetz”, in *Juristenzeitung*, Jg. 40, Tübingen, 1985, pp. 857-863 (859).

² A este propósito, escreveu JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II (Constituição), 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 94: «A Constituição mais originária do Estado é a constituição do seu nascimento, por ser ela que traz consigo a configuração concreta do povo, do território, do poder e por ser ela que chama a si a ideia de Direito dominante no meio social». Se bem que a impregnação religiosa seja focada em muitos outros excertos da obra do Autor sobre o ponto, descobre-se aqui a raiz do pensamento que permite o influxo da religião sobre as normas constitucionais. Sobre a inspiração teológica do decurso e prática jurídicos e políticos, escreve BENTO XVI em *Deus Caritas est*: «A Igreja não pode nem deve tomar nas suas próprias mãos a batalha política para realizar a sociedade mais justa possível. Não pode nem deve colocar-se no lugar do Estado. Mas também não pode nem deve ficar à margem na luta pela justiça. Deve inserir-se nela pela via da argumentação racional e deve despertar as forças espirituais, sem as quais a justiça, que sempre requer renúncias também, não poderá afirmar-se nem prosperar. A sociedade justa não pode ser obra da Igreja; deve ser realizada pela política. Mas toca à Igreja, e profundamente, o empenhar-se pela justiça trabalhando para a abertura da inteligência e da vontade às exigências do bem».

reito Canónico: que domínios da dogmática jusfamiliar são candidatos à sua influência, não já, como é reconhecida, no Direito constituído, mas no plano do Direito a constituir? Ou ainda, e desde logo, como critério de interpretação?

Esta interpelação pelo Direito da Família é forte e ficaria empobrecida, alcandorada a confins jurídicos inexpressivos, caso não fosse assumida quer a pergunta, quer a exigência da resposta.

Há muitas reacções discentes ao Direito da Família. À medida que se toca o essencial, os problemas técnicos e quotidianos, a receptividade aumenta.

Pegou-se, assim, nos temas em que a charneira, o gosto deles e o dos Autores acrescido por eles também emergiu: a história próxima, fonte da compreensão, o seu carácter heurístico; as formas de vida que não consubstanciam matrimónio, mas revertem para uma comparação com os núcleos de intimidade mais antigos, de que a maioria não prescinde e acaba por tomar por referência.

Por causa da comparação, perguntou-se, já no ano em curso, a uma das turmas, se acaso teriam, com a Nova Lei do Divórcio, caídos em desuso os deveres conjugais e se haverá hoje diferença entre estes deveres e aqueles que impendem sobre os unidos por laços juridicamente mais vagos, como sucede com as uniões de facto. Um grupo de alunos aceitou o repto e preparou uma exposição em aula teórica sobre a questão.

Esta exposição marca um ciclo de intervenções: sobre o artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil e mesmo de acórdãos de outra nacionalidade, em matéria de invalidades matrimoniais. Os textos de Madalena Perestrelo de Oliveira e de Ana Júlia Maurício situam-se na preocupação metodológica referida: relacionam o Direito da Família e a sua cultura e fundamentação constitucional e cultural.

Gostam de Direito da Família, os alunos? Muitos sim. Os outros dependem da responsabilidade com que se cumpre a missão de que, muito claramente, os Autores entendem

ter sido incumbidos: ensinar com a convicção de quem toma posição. Não perder a obstinação, nem a fé de que também o Direito une. Sobretudo quando, como é o caso, chama à discussão.

Memória e Presente de Direito da Família é um trabalho cuja publicação se deve ao profissionalismo e empenho pessoal da Editorial da AAFDL.

Ao Sr. Dr. Carlos Neves, na concepção do plano, e à Sr.^a D. Ilda Chasqueira, agradecemos penhoradamente os Autores.

Margarida Silva Pereira

Rui Soares Pereira

PARTE I INTRODUÇÃO*

O texto que se segue corresponde, com modificações, ao artigo apresentado pelos Autores por ocasião dos estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia.

Desde logo, o texto beneficia dos comentários críticos ao *Caso Linguístico Belga* e ao *Caso de Lille/Douai*, que permitem desenvolver as matérias e as *ratio decidendi* das notas 14 e 98 do artigo inicial e das notas 16 e 105 do texto actual, e que integram os Apêndices I e II desta obra. Além disso, o texto beneficia do importante contributo que o recente artigo de PAULA COSTA E SILVA e de JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesiais em matéria matrimonial", in *RePro*, 179, ano 35, Janeiro 2010, pp. 109-137, proporcionou a esta primeira aproximação ao tema da concordata de 2004 e a sua indefectível importância no Direito da Família pátrio, e cuja disponibilização se agradece.

§ 1. O OBJECTO DO DIREITO DA FAMÍLIA

1.1. Intróito

I. Ao iniciar o Curso de Direito da Família parece fundamental apresentar, não só o objecto do seu Programa, mas ainda a sua justificação.

O objecto do Direito da Família não é difícil de identificar na fase da licenciatura em que os alunos se encontram.

É uma disciplina que versa a realidade das instituições que a ordem jurídica e social contempla, no seio das quais as pessoas nascem, desenvolvem-se como seres humanos e exprimem afectos essenciais, bem como outros aspectos da personalidade. É o direito da esfera íntima. É também o direito que estrutura modos de constituição ou incursão numa tal esfera, quando isso não pode ser contemplado pelas vicissitudes: morte dos pais ou parentes próximos, incapacidades dos mesmos...

II. Por ocasião das Aulas Teóricas de Direito da Família dadas ao 4.º Ano da licenciatura pareceu-nos que, inserido naquela fase, o Curso só teria sentido como uma disciplina de cúpula e de reflexão. Implicitamente admitiu-se a possibilidade de um outro entendimento, menos crítico, da matéria. Ter-se-á apelado sobretudo à própria experiência, à conclusão que então pareceu evidente: que a maturidade filosófica, social e jurídica era incompatível com um estudo anterior.

Mas, menos de um ano passado sobre esse episódio, não se partilha tal opinião. Afinal, iniciamos a Filosofia do Direito nos tempos do 1.º Ano e só ganhamos com a experiência formativa. A reflexão sobre os institutos sociais e os seus fundamentos, que o Direito da Família propicia, requer, sem dúvida, espírito crítico, capacidade de compreensão

dos fenómenos sociais e políticos, capacidade de abstracção e maturidade para o ensaio inevitável de caminhos alternativos, sempre que uma solução não satisfaz as solicitações cidadãos. Mas tal acontece em todo o Direito.

Onde está então a diferença?

1.2. O tema de Direito Civil mais dinâmico?

I. Afirma-se que se trata do tema de Direito Civil mais dinâmico dos séculos XIX, XX e XXI. Será?

No modo como aqui somos interpelados, parece que sim, já que, em Direito da Família, não é um instituto ou um acervo delimitado de institutos que se encontra sob a espada de DÂMOCLES da mudança. São todos ou quase todos.

Nesta linha, DIETER SCHWAB¹, civilista, um nome maior do jusfamiliarismo, quando confrontado com a missão de introduzir este ramo, escreveu que em nenhum outro lugar do Direito Civil encontrava tanta alteração ao longo do último século e que nenhum outro ramo fora tão favorável, também, à aceitação de tal mudança.

II. Façamos um breve excursus.

¹ DIETER SCHWAB, *Familienrecht*, 13.ª ed., Beck, München, 2005 e ainda em REBMANN/RIXECKER/SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2005, vol. 8 (*Familienrecht II*. O vol. 7, que contém a introdução ao Direito da Família e problematiza a sua dogmática, é da autoria de REBMANN). Com efeito, é na monografia primeiro citada que SCHWAB desenvolve a origem e evolução galopante do Direito da Família com o advento da sociedade industrial. No mesmo sentido, REBMANN, ob. cit., vol. 7 (*Familienrecht I*), pp. 20 e ss.

1.2.1. Da sociedade industrial aos novos direitos e às realidades ainda mais recentes

I. A Família de hoje não é efectivamente a da sociedade rural, nem a da primeira sociedade industrial. Além disso, evoluiu ao longo de décadas, mercê das Guerras, da nova consciência da dignidade das pessoas, da luta sub-reptícia, umas vezes frontal outras nem tanto, dos dois sexos pela igualdade na *polis*, na identidade dentro do agregado familiar.

Na verdade, correram muitas legislações desde o tempo em que o pai zelava pelo engrandecimento do património da prole e daqueles sobre quem tinha supremacia, quer financeira quer pessoal. Desde o tempo em que se preocupava a instituição unida pelo seu engrandecimento, através de uma virtuosa política de casamentos, de retiro de outros tantos para a clausura de uma instituição religiosa, a fim de que o considerado mais apto, mais hábil, prosseguisse naquele engrandecimento da pequena urbe interna, que fazia o Direito? Aceitava, conformava e instituí a figura do chefe de família. Colocava os filhos e a mulher sob a égide da sua autoridade. Dava-lhe o poder de os corrigir. Aceitava um poder educativo tão duro que, em dadas circunstâncias, permitia ao pai e marido o internamento dos filhos ou do cônjuge em clausura, para serem castigados e reprimidos.

II. Depois, surgiram as grandes mudanças. Com a revolução industrial, as mulheres vêm para o mercado de trabalho. Apesar da submissão ao marido, que chefia, e ao Estado, que reprime um natural poder de exercício político a que o Humanismo não encontra meios de obstaculizar e o Liberalismo integra nas suas premissas continentais da igualdade cidadã², verifica-se uma inversão. Quando, a 8

² OLYMPE DE GOUGES dirá, em plena Revolução Francesa, que a mulher que ascende à morte no cadafalso deve coerentemente aceder ao voto e ao governo da *polis*.

de Maio de 1898³, um grupo de americanas clama nas ruas por melhores salários não é apenas o direito ao trabalho e à dignidade no seu seio que mostram ter amadurecido: é a capacidade de afirmação, a disponibilidade para a liderança, que se afirma; e não volta para trás, se bem que tanto custe a avançar.

1.2.2. Novos grupos familiares. A convicção dos ganhos pelo casamento por parte dos homossexuais

I. O Direito da Família evoluiu, enfim, na era dos novos direitos, mercê de novos reconhecimentos de direitos.

Importa desde logo referir, pela projecção, os direitos dos homossexuais, o modo como pretendem aceder a um outro reconhecimento.

De salientar também a questão densa da procriação medicamente assistida e dos seus efeitos, as implicações jurídicas dos embriões, com o desenvolvimento de tecnologias sofisticadas.

Autora da *Déclaration des Droits de la femme et de la citoyenne*, de Setembro de 1791, procura transpor para o discurso feminista a doutrina de ROUSSEAU e tem o mérito de construir um pensamento político autónomo, no contexto adverso, de democracia não igualitária. Porque incomoda a Revolução e os seus objectivos imediatos, sobe ao cadafalso em 1793.

OLYMPE DE GOUGES embrenha-se no tema do reconhecimento da paternidade de crianças nascidas fora do casamento: a liberdade de expressão que reclama para as mulheres dar-lhes á também o direito a identificar a paternidade das crianças. O tema incomoda a concepção iminentemente sexista, masculina da cidadania. Sobretudo por isso e pelas suas claras ambições políticas a vida não lhe é admitida (PAUL NOACK, *Olympe de Gouges, 1748-1793. Kurtisane und Kämpferin für die Rechte der Frau*, ed. Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1992, pp. 31 e ss.).

³ Evento que o *Dia Internacional da Mulher* homenageia.

É de mencionar ainda a diversidade dos papéis que desempenhamos durante o tempo e que são desiguais mas que emanam de uma experiência de vida que os torna singulares: os idosos, os viúvos e os que recompuseram múltiplas vezes o seu modo de vida afectiva.

II. Os homossexuais começam por aceder à afirmação da igualdade perante a lei, se bem que o nível de complexidade seja aqui outro. Não se trata agora de uma afirmação por contraposição a grupos institucionalizados em que se inserem no plano familiar. Esse é o caso da «condição feminina», mas não o da condição homossexual. Por isso, apresentam-se como um grupo perante a comunidade, um grupo que clama pelos mesmos direitos, que avança a ponto de pretender integrar-se no mesmo tipo de instituições. A matrimonial é o caso mais evidente e porventura paradigmático, tanto mais que seria pouco desejável, em tese, que um grupo discriminado, ao chegar às portas da não discriminação, quisesse introduzir-se no seio institucional que mais espelha, a olhos de terceiros, essa mesma condição tendencialmente opressiva. O casamento, em todo o seu prestígio social, nem por isso deixa de ser um repositório de normas nas quais perduram laivos do pensamento jurídico mais conservador e, em todo o caso, será uma instituição com conotação saliente de desigualdade, de modos de não equiparação entre os contratantes e cunhadas no interesse de um deles, não raras vezes do sexo masculino.

Pergunta-se então: qual o interesse do grupo homossexual em ingressar neste mundo?

Apesar dos ganhos de causa obtidos, os homossexuais não acederam plenamente aos direitos pelos quais clamam em geral. Há instâncias sociais, laborais e do mundo político que os arredam, vedando a entrada em nome de uma espécie de suspeita a recair sobre quem teme o reconhecimento da sua situação real e, por isso mesmo, afirmam temer a falta de isenção para o exercício de dadas funções, a invulnerabilidade a pressões.

Não seria, afinal, mais racional que clamassem pelo fim desta desconsideração e não, como sucede, pelo ingresso num âmbito que não trará ganhos de causa evidentes?

A verdade, contudo, é que, sobrelevando outras preocupações que o seu estatuto de óbvia discriminação reflecte com certeza, é o casamento a realidade pela qual mais lutam; é assim na sociedade portuguesa e é assim nos países em que pelo menos uma lei próxima do casamento não se erigiu para eles.

A pretensão vai neste sentido: pela força jurídica e social que a instituição matrimonial detém e pela convicção de que entrando no antro da grande maioria é a forma mais segura de identificação e de reconhecimento social por esta. Os homossexuais estão conscientes de que, apesar da seiva de estigmatização que atinge o próprio casamento clássico a que querem aceder, valerá a pena ir por aí e sustentar essa batalha.

De facto, a história de desigualdade e de subordinação que a instituição do casamento não deixou em certa fase pelo menos de exprimir pouco ou nada interfere com o plano de vida de quem, como os homossexuais, sofre estigmas, sim, mas de outra índole. Não pela condição de mulher casada ou mãe, como os cônjuges actuais, mas pela incapacidade de aceitação dos factos pela sociedade comum, que persistirá nos seus argumentos tradicionais a menos que se lhes sobreponha a força da lei⁴.

⁴ Os bens jurídicos simbólicos, que se contra-indicam por distorção evidente dos Direitos Fundamentais em sede penal, serão igualmente de afastar nos domínios em que mais claramente incide o Direito sobre a esfera íntima. É o caso do Direito da Família (cfr. *infra*, nota 10). A aplicação de uma lei de quotas efectiva, ou seja, uma tal que não tivesse apenas traços semânticos como sucede com a actual, é muito discutida mas tem por si a vantagem de introduzir visibilidade no estatuto igualitário, tanto no plano político como no domínio do emprego, suscitando assim fenómenos de imitação e credibilização do reconhecimento da cidadania plena, sem discriminações. No entanto, as leis até agora produzidas em Portugal, estabelecendo aparentemente

Há muito pouco tempo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, de 9 de Julho de 2009⁵, proferido com base na invocação pela ILGA (*International Lesbian and Gays Association*) – pela voz de duas mulheres integradas no movimento – de ver reconhecida a inconstitucionalidade do casamento como conceito jurídico aplicável tão-só a pessoas de sexo diferente, tocou pela primeira vez na ferida⁶. Seguindo uma invocação pormenorizada das normas constitucionais que no seu entender depõem contra a proibição deste casamento e verberando os artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil no sentido da restrição sexual a sexos dife-

quotas, são muito frágeis. Com efeito, não é a mesma coisa validar por lei o acesso ao poder nos lugares de cúpula, onde o poder e a visibilidade social se afirmam, e em lugares de pouca exposição e importância, quando não suceda mesmo, em lugares sabidamente não elegíveis de antemão. Ora, a lei de quotas que entrou em vigor em 2000 tem esta característica: é uma lei que estipula uma percentagem de feminização nas listas eleitorais a cargos políticos, mas, não obstante, admite que o critério adoptado descure a ordem pela qual esse preenchimento de lugares se distribui. Assim, poderá muito bem suceder que a taxa de feminização não se faça acompanhar, nem de visibilidade sensível das eleitas, nem de eleição de mulheres em lugares que expressem uma situação de poder equiparável à dos homens, que sempre constituem os eleitos preferenciais – cfr., por todos, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Estado e Sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português”, in *Análise Social*, vol. XXI (87/88/89), 1985, pp. 869-901.

⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, 1.ª Secção, Proc. 779/07 (Carlos Pamplona de Oliveira), disponível em www.tribunal-constitucional.pt, tirado por maioria e contando com votos de vencido de GIL GALVÃO e MARIA JOÃO ANTUNES. O acórdão em questão foi proferido na sequência do Acórdão da Relação de Lisboa, de 15.02.2007, Proc. 6284/2006-8 (Pedro Lima Gonçalves), disponível em www.dgsi.pt.

⁶ Cfr. as alegações do advogado LUÍS GRAVE RODRIGUES, disponíveis em <http://advogadodiabo.blogspot.com>, e os pareceres da autoria de CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL, ISABEL MOREIRA e LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, in *O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo*, Almedina, Coimbra, 2008.

rentes⁷, as recorrentes não deixaram de sublinhar, com ênfase determinante, a importância do casamento como bem jurídico, como bem simbólico⁸.

⁷ Entretanto foi publicada a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que, além do mais, veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, alterou a redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil e revogou a alínea e) do artigo 1628.º do Código Civil. Aprovado, em 11 de Fevereiro de 2010, na Assembleia da República com votos favoráveis do PS, BE, PCP e Verdes, o Decreto da Assembleia da República n.º 9/XI, que resultou da aprovação da Proposta de Lei n.º 7/XI e se encontra disponível em www.parlamento.pt, foi objecto de um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade de quatro normas, tendo o Tribunal Constitucional decidido em Plenário, no Acórdão n.º 121/2010, Proc. 192/2010 (Vitor Gomes), disponível em www.tribunalconstitucional.pt, tirado por maioria e contando com votos de vencido de JOSÉ BORGES SOEIRO e BENJAMIM RODRIGUES, «não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º, do artigo 2.º — este na medida em que altera a redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, n.º 1 do Código Civil — do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República». Na sequência da decisão do Tribunal Constitucional, o Presidente da República optou por não exercer o poder de veto político que a Constituição lhe confere e promulgou o diploma pelas razões expostas na declaração que proferiu em 17 de Maio de 2010 e disponível em www.presidencia.pt. Com a entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, apelidada de *Lei do Casamento Homossexual*, foram eliminados os obstáculos legais ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Diversos casais homossexuais manifestaram então o desejo de se casar, entre os quais Teresa e Helena, que vieram a contrair casamento civil em 7 de Junho de 2010, na 3.ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa.

⁸ Sublinhando em especial a importância do casamento como bem jurídico/bem simbólico, cfr. o parecer e os artigos de PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido*, 2007, *Casamento, argumentos e tretas*, 2008, e *Simbólico*, 2009, disponíveis em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt>, que no último escrito refere a propósito do simbolismo do casamento: «O seu simbolismo dá valor a cada casamento, dá valor aos cônjuges, perante si próprios e perante terceiros. O seu simbolismo único torna absurda e ofensiva a ideia de uma "instituição igual com nome diferente". Se o nome for diferente, não é a mesma instituição (...) não tem o mesmo valor».

Não será aqui que se analisará a questão⁹. Em todo o caso, o que agora se aponta não é o simbolismo do bem jurídico, fundamento de *per si* para uma suspeita ou mesmo decisão de legitimidade no Direito Penal¹⁰. É certo que o Direito Penal representa uma *ultima ratio*, mas pergunta-se se o mesmo não acontece com os núcleos de tutela da esfera íntima, como é o caso da sua protecção no Direito da Família. Mas, sobretudo, o argumento usado no Acórdão confessa a sua fraqueza no momento em que esgrime a existência de um pretenso direito simbólico cuja força é diminuta; é a força de um mito bem ultrapassado, a visão mirífica do casamento e que legitima a pergunta: qual o mundo do casamento que se chama a depor? O dos bons sentimentos, da tendência para a harmonia, dentro e à roda dos vários casais, entre irmãos, outros parentes...¹¹

⁹ Embora contendo pontos de vista e conclusões com os quais não concordamos, remete-se, por ora, para a dissertação, recentemente publicada, de DUARTE SANTOS, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? – O casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009. Tendo em conta as modificações introduzidas no nosso ordenamento jurídico pela já referida Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que eliminou os obstáculos legais ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, e os princípios e doutrina que brotam do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, Proc. 192/2010 (Vitor Gomes), e das respectivas declarações de voto, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, importa fazer uma leitura cautelosa e porventura crítica das importantes reflexões que aquela obra contém sobre o Direito positivo – constitucional e infraconstitucional – Português (em especial pp. 221 e ss.).

¹⁰ Sobre a importância da natureza simbólica das normas penais e sustentando a sua antinomia face à racionalidade requerida neste domínio, por todos MONIKA VOSS, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach am Main, Münchener, 1989. Se bem que a monografia incida sobre o carácter simbólico do Direito Penal, a Autora não deixa de abordar o carácter simbólico do Direito na sua universalidade, chamando a depor FILANGIERI e o influxo da sua obra na Ciência Legislativa (pp. 6 e ss.).

¹¹ Ou será apenas o mundo do contrato, como parece sugerir a seguinte afirmação do causídico de Teresa e Helena, disponível em [22](http://ad-</p>
</div>
<div data-bbox=)

III. Esta poderá ser a realidade tendencial do mundo matrimonial ou a realidade que ele mais propicia no seu seio, alicerce fortíssimo que é de permanência das boas tradições, dos costumes que induzem tranquilidade, paz, serenidade e reconhecimento social das relações constituídas. Em síntese: de elementos de permanência e serenidade, no lugar de factores de desestabilização e de conflito¹².

Porém, o casamento é uma instituição forte, não apenas pela capacidade de inclusão dos seus candidatos tradicio-

vogadodiabo.blogspot.com?: «com este processo, decerto ficarão também entregues nas mãos da justiça constitucional portuguesa todos os casos de cidadãos homossexuais a quem injustificadamente tem sido negado o acesso a um direito que mais não é do que a mera celebração de um simples contrato: o casamento».

- ¹² Parece ser esta, aliás, a visão do casamento que se subscreve na declaração proferida pelo Presidente da República, em 17 de Maio de 2010, aquando da promulgação do Decreto da Assembleia da República n.º 9/XI, e disponível em www.presidencia.pt, na parte em que refere: «É de lamentar que não tenha havido vontade política para alcançar um consenso partidário alargado sobre uma matéria de tão grande melindre, de modo a evitar clivagens desnecessárias na sociedade portuguesa. Face à grave crise que o País atravessa e aos complexos desafios que tem à sua frente, importa promover a união dos Portugueses e não dividi-los, adoptar uma estratégia de compromisso e não de ruptura. As forças partidárias que aprovaram o diploma não quiseram ponderar um princípio elementar da acção política numa sociedade plural: o de escolherem, de entre as várias soluções jurídicas, aquela que fosse susceptível de criar menos conflitualidade social ou aquela que pudesse ser aceite pelo maior número de cidadãos, fosse qual fosse a sua visão do mundo. Considero que não teria sido difícil alcançar um compromisso na Assembleia da República se tivesse sido feito um esforço sério nesse sentido. Bastava ter olhado para as soluções jurídicas encontradas em países como a França, a Alemanha, a Dinamarca ou o Reino Unido que, como é óbvio, não são discriminatórias e respeitam a instituição do casamento enquanto união entre homem e mulher. Nesses países, à união de pessoas do mesmo sexo foram reconhecidos direitos e deveres semelhantes aos do casamento entre pessoas de sexo diferente, mas não se lhe chamou casamento, com todas as consequências que daí decorrem».

nais, como, sobretudo, pela capacidade de resposta. Vale por dizer, pela sua força integrativa no direito tradicional de elementos novos: o estatuto das mulheres que devastou o chefe de família em escassas décadas; a alteração do perfil do estatuto dos filhos; a desconstrução, para que vem contribuindo, de figuras como o concubinato, a amantização e a bigamia¹³.

Nesta perspectiva, o casamento assume-se como um instituto poderoso, que se impõe, entre outros, na sua luta ao lado de todos os conluiados com a igualdade de armas, de oportunidades entre mulheres e homens e de implantação dos filhos e dos seus direitos dentro da Família. Aliás, confunde-se a sua história com a realidade própria deste sector da condição humana. Importa sublinhá-lo, porventura tê-lo por referência na sabedoria que importa a quem busca um modelo social de expressão ante terceiros, na esfera pública, dos seus afectos. Mas seria um erro incorporar aí, comungando de um drama específico, a história de um outro drama.

1.2.3. O reconhecimento de alternativas à filiação

I. O estudo da procriação medicamente assistida, para além das implicações filosóficas e éticas inerentes¹⁴, entronca no domínio em que o Direito da Família cura de uma realidade institucional que tem sofrido enormes mutações.

O reconhecimento da possibilidade desta procriação, em algumas modalidades, reflecte, por seu turno, um outro

¹³ Linguagem que, diga-se, o Código Penal utiliza na vertente mais incisiva da expressão de repúdio social e jurídico ("crime de bigamia" - artigo 347.º do Código Penal -, "criminoso por prática de bigamia" e não, meramente, "bígamo").

Já o conceito de concubinato, que tanto se leu em Acórdãos anteriores, eclipsa-se hoje. A sua supressão exprime o reconhecimento jurídico de formas não matrimoniais de vida comum.

¹⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, "A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida", in ROA, ano 67, III (Dez. 2007), pp. 977-1006.

tipo de Família, de sociedade conjugal: uma instituição em que de forma mais intensamente dialogante (e por isso, íntima, também) cada casal discute um projecto de alternativa à filiação a que não tem acesso sem a ajuda da ciência médica e procura fazer valer a sua vontade.

E na discussão decisiva sobre a legitimidade de tais procedimentos e do recurso aos mesmos exprime-se a igualdade de direitos, a liberdade de expressão e de construção de alternativas¹⁵.

II. A Família portuguesa mudou porque ganhou em liberdade e dignificação dos seus dois membros. E mudou porque se centrou sobre núcleos mais restritos, dentro dos quais tenta resolver o problema da infertilidade, de preferência, desde logo, à alternativa de adoptar um familiar próximo. Não é mais a Família em sentido biológico apenas, embora essa componente biológica seja essencial. É desnecessário recordar as consequências sociais negativas que resultam do abandono, do repúdio de um filho, de um parente próximo. Inscrita no código de valores que sufragamos, desde logo, em sede constitucional há uma axiologia que tem por base a realidade familiar próxima. E, subjacente à mesma, não está apenas (embora o esteja de algum modo) a solidariedade, o espírito de entreaajuda, que invectiva a não abandonar um pobre, um indefeso. Há mais do que isso, ainda que se afigure difícil determinar o quê e qualificar o fundamento deste dever para com a Família.

Mas, se isto é assim, impõe-se igualmente reconhecer que o Direito da Família não é sempre a sede das melhores práticas nesta matéria... O Livro IV do Código Civil mostra-o bem. Se é certo que a responsabilidade perante os meno-

res, e/ou os familiares idosos, se impõe com assertividade em lugares correspectivos, o mesmo não se vê a propósito de muitos comportamentos decorrentes de relações pré-familiares e/ou familiares já constituídas¹⁶. Na lei, a Família é mui-

¹⁶ Veja-se o que se passa em sede de vontade viciada ou de erro-vício. A lei evoluiu entre nós num sentido de erradicar os fundamentos de erro inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade, ao banir a virgindade feminina alegada pela nubente como fundamento de invalidação do casamento por "erro sobre qualidades essenciais". Esse foi, sem dúvida, o principal escopo da alteração que a Reforma de 1977 introduziu no artigo 1636.º do Código Civil. E, por esse motivo, substituiu o legislador a enumeração fechada ("taxativa") dos casos de erro sobre qualidades essenciais por um critério de enumeração exemplificativa. O sentido da Reforma de 1977, porém, terá pretendido olhar mais adiante: compatibiliza-se bem melhor com a adequação ao respeito pela dignidade da pessoa, à igualdade dentro do casamento e ao carácter deste como instituição de descoberta da personalidade e de desenvolvimento de um tipo de projecto de vivência, pois não deixa que esse propósito esmoreça gerando situações de estigmatização, de diminuição ou humilhação pública. Ora, é evidente que esse efeito decorre para o nubente contra quem se intenta acção de invalidação do casamento. Deve, pois, tal hipótese circunscrever-se a casos contados e funcionar como última instância. Mas, vendo a doutrina subsequente, não é essa a solução que se encontra. Os autores assumem a cláusula aberta do artigo 1636.º, aberta em razão do pudor e móbil de evitar a linguagem a "esquecer" (virgindade feminina como valor aceite pelo Direito numa relação matrimonial), numa abertura de contemporização com o sistema anterior. Segundo esse sistema, não se pensa sequer à luz do casamento contemporâneo o elenco das invalidades. Sucede, contudo, que estas invalidades aqui plasmadas não são invalidades civis comuns: são invalidades jurídico-familiares. E a omissão de maneio de conclusões adaptadas à dogmática jusfamiliar é, estamos em crer, um erro, uma distorção do Direito da Família contemporâneo - cfr., por todos, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 232 e ss. Segundo os Autores, são essenciais as «qualidades particularmente significativas que, em abstracto, sejam idóneas para determinar o consentimento». Em razão da porosidade deste conceito que se pretende utilizar como complemento e critério de orientação para o preenchimento do conceito indeterminado «qualidades essenciais», os Autores chegam a uma conclusão perplexizante. Ali onde a Reforma de 1977 pretendeu ser mais exclusiva, restrita, mostra-se esta doutrina

¹⁵ FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 23-61, e TIAGO DUARTE, *"In vitro veritas?"*. *A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 34 e ss.

tas vezes a forma de esquecer ou colocar em lume brando a gravidade de certos comportamentos, como o homicídio perpetrado na pessoa do cônjuge anterior da pessoa com quem alguém casou, ficando, ao fim de três anos, tudo coberto por uma aura de silêncio.

II. Seja como for, este mundo do reconhecimento da identificação do ser humano, que sem dúvida é o mundo familiar, será igualmente o do Estado e da sua configuração: o mundo em que cada pessoa se revela enquanto ser com os outros. Modelado nos termos do Estado Democrático de Direito, para onde caminha? Que espécie de humanidade prefigura e em que medida aceita o risco de intervir na sua configuração, para além dos limites do esperável até aos dias que correm?

inclusiva e ampliadora. O que parece redundar numa perversão do sentido legislativo. Perversão, diga-se, em matéria legislada, tendo em conta a Constituição e o sentido amplo que se pretendeu conferir à autonomia da vontade dos nubentes. A conclusão, a partir desta tese, é inversa: o Tribunal poderá apreciar muito mais matérias do que seria de esperar; o Tribunal poderá interferir na privacidade das partes, nas opções dos nubentes, conhecendo matérias onde a autonomia da vontade e a privacidade de cada nubente deveria ser a *ultima ratio*. Sobre este ponto, veja-se o Acórdão da *Cour D'Appel de Douai*, de 17 de Novembro de 2008, mais conhecido por *Caso de Lille/Douai*, que integra o Apêndice II desta obra e se encontra também disponível em <http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/0/55/93/89/jurisprudence/Douai171108.pdf>.

Pense-se no regime legal criado para o nubente que celebra matrimónio com o cônjuge de alguém que matou ou tentou matar, ou em cujo homicídio participou. Pense-se no regime legal das invalidades do casamento: por impedimento dirimente absoluto ou relativo e falta de vontade. A lei considera que três anos depois o casamento se convalida. E, no entanto, o homicídio pode ser um candidato à pena máxima, dependendo de circunstâncias de que se alheia o Código Civil – cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal II. Os Homicídios*, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2008.

1.2.4. A atitude (dogmática?): o “direito dos afectos”

I. Nos tempos mais recentes fala-se e escreve-se sobre a importância dos afectos no Direito. Estes afectos seriam o alicerce a partir do qual se pode erguer a rede de obrigações de ajuda entre pais e filhos, netos e avós e muitas outras relações de verdadeira proximidade vivencial¹⁷.

Mas a delimitação dos contornos dos afectos é um SÍSIFO. Em que consiste?

É verdade que já ARISTÓTELES¹⁸ sustentava uma ética de responsabilidade pelas emoções e pelo modo como as exprimimos em termos sociais. Em todo o caso, a ideia releva de uma outra ideia, que ganhou foros na doutrina anglo-americana e também europeia a partir dos anos 60: trata-se da ideia da concepção do homem como ser cultural, social, em

¹⁷ A este propósito, escreveu HELOISA BARBOZA, “Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo”, in *Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito da Família*, IBDFAM, 2008, p. 227, que «[o] afeto não tem aceitação pacífica como elemento que legitime o reconhecimento jurídico do vínculo socioafetivo. Tal rejeição, em geral, se dá pela natural instabilidade das relações afetivas: findo o afeto, seria questionável o fundamento para a manutenção dos efeitos jurídicos. Não obstante, alguns tribunais têm feito prevalecer o vínculo socioafetivo sobre o biológico».

¹⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Quetzal, Lisboa, 2004, pp. 7 e ss. O Autor define as emoções como «aquilo por que os homens mudam e diferem entre si para julgar e das quais resulta pena e prazer, como sucede com a ira, compaixão, temor e outras semelhantes, tal como as suas contrárias», ponderando o influxo que têm na forma de encarar o mundo, tal como na vivência e nas convicções. Por isso o seu estudo é tão importante para a retórica: as emoções são manipuláveis. O tema, cuja importância se afigura crucial na esfera jusfamiliar, tem repercussão dogmática que mister se torna desenvolver por um Direito da Família mais inquiridor e conclusivo acerca dos afectos e da agressividade na esfera íntima. Ou, seguindo ainda a preocupação de ARISTÓTELES, incidente sobre a esfera pública, importante ainda, na repercussão dos temas familiares, privados, quando objecto de apreciação jurídica (cfr. ainda DANIEL LAGIER, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, p. 26).

grande medida produto do meio que o recebe e do qual partem os influxos essenciais na construção da sua personalidade¹⁹.

Esta ideia reflecte a visão que se tem da concepção educativa da Família (aqui muito diferenciada das teses tradicionais da construção da personalidade pelo arbítrio) e, sobretudo, reabre as portas a uma visão familiar que muda. Com efeito, não só a identificação de cada ser humano, mas, por igual, a do par humano ou de outra forma de agregado pela qual opte cada um, dependem de uma escolha social que, a não ser a opção de cada ser humano, nada condiciona. É este afinal o caminho que conduz à persistente tentativa de opção por formas institucionais moldáveis, extensíveis no seu campo de aplicação a outras situações.

Quando se fala no matrimónio homossexual, na adopção por esse modelo de par, está-se neste ponto: clamando pela integração de um outro modelo na instituição matrimonial. Mas será só isso que acontece? Ou, admitindo-o, é antes o casamento que se altera, no sentido inicial com que se edificou, sobretudo a partir do cristianismo, de união de carne e leito, de projecto de vida que comporta, senão a vivência no seio de um figurino sexual determinado, pelo menos um

O pensamento político de ARISTÓTELES, que parece enveredar pela desconsideração das mulheres em razão das menores habilidades manifestadas por estas para a participação na *polis*, é hoje recuperado por vários autores através de uma "revisita". Com efeito, há excertos da sua obra em que ARISTÓTELES confirma a origem social do comportamento feminino: confinadas ao mundo privado, não poderão ser mais ambiciosas face à participação, hão-de ver preterido um sentido de alteridade que a vida pública requer. Porém, o que aconteceria se tivessem acesso à vida militar? Quando reflecte sobre o caso de Esparta, a opinião do Autor muda. Aí, as mulheres conquistam a cidadania (ARLENE SAXONHOUSE, "Aristotle defective males, hierarchy and the limits of Politics", in *Feminist Interpretations and Political Theory*, eds. SHANLEY/PATEMAN, Polity Press, Cambridge, 1994, pp. 46-49).

¹⁹ Neste sentido, as correntes sociológicas que ramificam tendo como epicentro o funcionalismo de TALCOTT PARSONS. Por todos, cfr. LORENZ FASTRICH, *Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2001, pp. 11 e ss.

ritual de vida que o tem como referente e do que, afinal, apenas um pouco se afasta, quando assumidamente se afasta?

II. Chegam-nos neste tempo novas edições: os Direitos das Famílias. Em Portugal, estive em Maio de 2009 a Professora MARIA BERENICE DIAS²⁰, que escreve sobre o *Direito das Famílias*. Porquê? Para acentuar a diferença, a pluralidade de perspectivas²¹.

1.2.5. Os anos sessenta e as grandes mudanças

I. É correcto e possível admitir várias perspectivas sobre o género, sobre as possibilidades de modelos de ma-

²⁰ Cita-se MARIA BERENICE DIAS pelo elo essencial que marca os dois Direitos.

Escreve agora MARIA BERENICE DIAS que ao Direito cumpre operar a «oxigenação das leis», neste Direito da Família que «... diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano». Para advertir também que «... o regramento jurídico não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia» (*Manual de Direito das Famílias*, 5.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 29).

²¹ Como escreveram recentemente CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL/JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*, AAFDL, Lisboa, 2008, p. 17, a respeito do carácter necessariamente evanescente do objecto do Direito da Família face à dinâmica hodierna deste, «com isto consegue abrir-se a porta do nosso sistema jurídico ao abarcar de novas realidades familiares, num mundo em mutação, onde o casamento já não tem que ser obrigatoriamente heterossexual, onde a união de facto de facto nada tem aproximando-se de uma união civil registável (...), onde até quicá um propósito de economia comum pode redundar numa vivência de alguma relevância jusfamiliar, onde o biologismo anda paredes-meias com a procriação medicamente assistida (...) e, por fim, onde se assiste a uma acesa batalha biologista/afectiva no domínio da parentalidade».

trimónio e instituições afectivas cobertas por essa casa comum que seria a Família.

Mas não parece que a Constituição da República Portuguesa opte por tal caminho. A ideia de casamento está entre nós cunhada pela separação firme entre os dois sexos, sem prejuízo de uma total falta de legitimidade para imputarmos ao legislador constituinte preconceitos impositivos de outras construções jurídicas para situações diferentes²². Justiça distributiva, sim, porque se entende que são diferentes os sexos.

²² Tema com a maior dignidade no foro dos Direitos Humanos e oportunidade, em Portugal, mercê da ênfase com que tem sido apresentado por vários sectores nos últimos anos. Tema que necessariamente compete agendar num Curso de Direito da Família. A solução a que se fecha aqui tranquilamente a porta assenta na evidência que parece resultar do modo de construir a Constituição. Articulado que foi com a alteração mais profunda deste século em sede de leis fundamentais e tendo chamado à mesa do debate o Portugal do Direito, da Política, e muito particularmente, da Igreja Católica também, mostra que é arredo o resultado legislativo a uma leitura desarticulada das normas civis e constitucionais. Mas não é impeditivo de alteração no sentido de que se encontre uma outra concepção de casamento, posto que, dentro do espírito da Constituição globalmente considerada, não é impeditivo de uma alteração do artigo 36.º – Neste sentido, o citado Acórdão da Relação de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2007, Proc. 6284/2006-8 (Pedro Lima Gonçalves), disponível em www.dgsi.pt, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 569, e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?*, em co-autoria com PEDRO MÚRIAS, Entrelinhas, Lisboa, 2008. Restará então apurar com que tipos de união será o conceito adquirido compatível. Porém, adoptando uma visão que aparenta ser mais restritiva, veja-se a argumentação expendida pelo Presidente da República no pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade do Decreto da Assembleia da República n.º 9/XI – cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, Proc. 192/2010 (Vitor Gomes), disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Aí, para sustentar as «fundadas dúvidas sobre a constitucionalidade material das normas objecto do pedido, por violação do conteúdo essencial da garantia institucional ínsita no conceito de casamento acolhido pela Constituição», considerou-se o seguinte: «Mesmo reconhecendo que o legisla-

dor possui, neste domínio, de liberdade de conformação na definição dos elementos característicos do conceito legal de casamento, sempre deverá ter-se presente que essa discricionariedade legislativa não pode ser exercida de tal modo que desfigure a noção constitucional desse instituto. (...) A existência constitucional do casamento enquanto instituição é expressamente reconhecida pela jurisprudência constitucional, designadamente pelo citado acórdão n.º 359/2009, tendo o Tribunal, no acórdão n.º 590/2004, afirmado mesmo tratar-se de «uma verdadeira norma de garantia institucional». (...) Independentemente da natureza da protecção constitucional ao casamento, importa, pois, determinar o conteúdo mínimo do conceito constitucional de casamento. (...) Na verdade, a maleabilidade dos conceitos constitucionais não pode ser irrestrita, tendo limites que decorrem da própria noção, semântica e institucional, que a Lei Fundamental acolheu, sob pena de, a não ser assim, a força normativa do texto constitucional ser irremediavelmente posta em causa. (...) Com efeito, a liberdade de conformação do legislador não pode permitir a desfiguração do conceito constitucional de casamento nem, tão pouco, constituir um «cheque em branco» ao legislador que lhe permita amputar alguma das suas características essenciais. (...) A Constituição fornece (...) um adequado enquadramento da noção de casamento, no contexto da família, que vincula o intérprete, no âmbito de uma interpretação actualista mas também sistemática cujo resultado não pode abstrair, em absoluto, da literalidade da norma do artigo 36.º (...) É o caso do disposto nas normas constitucionais do n.º 1 do artigo 67.º, n.ºs 1 a 4 do artigo 68.º e n.º 2 do artigo 71.º (...) Não quer isto significar, naturalmente, que a Constituição estabeleça uma conexão necessária entre casamento e filiação. (...) Mas já será iniludível que a Constituição protege a instituição casamento num contexto muito determinado. (...) Por outro lado, é indesmentível que o conceito constitucional de casamento impregnou a ordem jurídica portuguesa com a sua força irradiante. É visível essa impregnação no artigo 1577.º do Código Civil, nos artigos 1601.º a 1604.º, relativos aos impedimentos matrimoniais, em especial, aos impedimentos dirimentes absolutos e relativos, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam, entre outros, o casamento anterior não dissolvido, o parentesco na linha recta ou no segundo grau da linha colateral, ou na incriminação da bigamia, prevista e punida pelo artigo 247.º do Código Penal. (...) Ali deixou claro o legislador, e tal não seria possível sem arrimo constitucional, as características essenciais do casamento à luz do ordenamento jurídico português. (...) Não existindo uma definição constitucional expressa do conceito de casamento, é

E justiça distributiva que requer o estudo e, por conseguinte, conhecimento das diferenças aí onde estas se evidenciam.

Ora, há uma pluralidade de formas de modelação jurídica da realidade familiar entre nós: o casamento, a união de facto e outras formas de relação parafamiliar.

É verdade que uma aparenta ser dominante e as outras se ofuscam pela parcimónia. Será este aspecto critério de justificação para um seu estudo esmorecido também?

II. Provavelmente, ainda se vaticinaria isso mesmo há dois, três anos. Mas, prioridade ou não, a lei das uniões homossexuais tomou o seu assento na agenda parlamentar e é hoje uma realidade. Não resolve problemas essenciais em tempo de crise económica e financeira?²³ Salienta-se tanto

forçoso concluir que a Lei Fundamental procedeu a uma recepção do «conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente» (...), ou seja, recortando este conceito como exigindo a diferenciação do sexo dos nubentes, mas sendo omisso quanto à sua orientação sexual. (...) [C]oloca-se, pois, ao Tribunal Constitucional a questão de saber se a diferenciação do sexo dos nubentes não corresponde ao conceito de casamento – e, reflexamente, de família – acolhido na Lei Fundamental, desde a sua versão originária. (...) Tal não significa (...) sustentar que o conceito constitucional de casamento se encontra «petrificado» ou tem de corresponder necessariamente ao conceito de casamento que o Código Civil recebeu, o que, no limite, tornaria inconstitucionais todas e quaisquer alterações introduzidas neste Código. (...) O que deve ser clarificado é, isso sim, que elemento ou elementos do conceito de casamento integram – e têm de integrar – a noção de casamento, à luz da Constituição. (...) Daí decorre também a interrogação, que se coloca ao Tribunal Constitucional, sobre o conteúdo e o alcance da noção constitucional de família, igualmente acolhida no artigo 36º, nº 1, de modo a indagar-se, agora numa outra vertente, da conformidade à Lei Fundamental da opção do legislador plasmada na nova redacção do artigo 1577º do Código Civil».

²³ Curiosamente, aquando da promulgação do Decreto da Assembleia da República n.º 9/XI, que visou permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e disponível em www.parlamento.pt, foi invocada a necessidade de resolução de problemas (económicos e financeiros) concretos do País, apesar das dúvidas do Presidente da República sobre a constitucionalidade material das normas do diploma, expres-

mais então, pois fica claro que ainda assim há espaço para a imposição de modelos de vida e de afectividade numa sociedade que teria, admitia-se, outras prioridades e preclusivas deste mundo. Contudo, ele não se deixa esmorecer.

sas no pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade, e de a decisão do Chefe de Estado ter sido tomada depois de ponderada a utilização do poder de veto. Com efeito, na declaração proferida pelo Presidente da República, em 17 de Maio de 2010, e disponível em www.presidencia.pt, consta o seguinte: «O diploma da Assembleia da República, que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi por mim submetido à fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional, tendo por este sido considerado não inconstitucional. Tal não impede, contudo, que o Presidente da República possa ainda utilizar o poder de veto que a Constituição lhe confere e devolver o diploma ao Parlamento. Importa, no entanto, ponderar os efeitos práticos de uma tal decisão e ter em devida conta o superior interesse nacional, face à dramática situação em que o País se encontra. Conhecidas que são as posições expressas aquando do debate do diploma na Assembleia da República, tudo indica que as forças políticas que o aprovaram voltariam a aprová-lo. Nessas circunstâncias, o Presidente da República seria obrigado a promulgá-lo no prazo de oito dias. Sendo assim, entendo que não devo contribuir para arrastar inutilmente este debate, o que acentuaria as divisões entre os Portugueses e desviaria a atenção dos agentes políticos da resolução dos problemas que afectam gravemente a vida das pessoas. Como Presidente da República não posso deixar de ter presente os milhares de Portugueses que não têm emprego, o agravamento das situações de pobreza, a situação que o País enfrenta devido ao elevado endividamento externo e outras dificuldades que temos de ultrapassar. Os Portugueses recordam-se, certamente, de que na minha mensagem de Ano Novo alertei para o momento muito difícil em que Portugal se encontra e disse mesmo que podíamos “caminhar para uma situação explosiva”. E disse também que não é tempo de inventarmos desculpas para adiar a resolução dos problemas concretos dos Portugueses. Há momentos na vida de um País em que a ética da responsabilidade tem de ser colocada acima das convicções pessoais de cada um. Assim, decidi promulgar hoje a lei que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo».

§ 2. AS ESTRATÉGIAS DE ESTUDO DO DIREITO DA FAMÍLIA

2.1. Tornar proeminente o que mais se evidencia e ocultar a outra realidade jurídica?

I. Não cremos. Lembramos FOUCAULT²⁴, a ocultação dos temas que a sua supressão científica, ou minoração dogmática, vem provocar.

Imaginemos que se desencadeia uma onda de silêncio na doutrina em torno das matérias da Família. Poderá sustentar-se o debate?

É certo que não, pois este não se desenvolve apenas nos meios universitários. Mais eficaz será a tendencial desvalorização científica. Mas, diferentemente do que ocorreu já, esta não se desenvolve apenas em sedes institucionais. E, sobretudo, os centros universitários, que proliferam, não dimanam o mesmo tipo de opiniões. É muito difícil, neste âmbito, a transposição prática da regra enunciada por FOUCAULT.

II. É certo que o casamento é o modo de Família mais expressivo²⁵ e que as outras realidades, menos formais, se

²⁴ MICHEL FOUCAULT, *L'Ordre du Discours* (comunicação proferida no Collège de France), Gallimard, Paris, 1971.

²⁵ Noutras perspectivas, mais ou menos extremadas, acentua-se: que «[a] mais importante das fontes das relações jurídicas familiares é o casamento» (PIRES DE LIMA/BRAGA DA CRUZ, *Direitos de Família*, vol. I (*Constituição do estado de casado*), 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1949, p. 11); uma concepção do casamento «como instituição portadora de interesses próprios, que transcende os cônjuges e estes devem sacrificar, por isso, os seus interesses pessoais e as suas aspirações afectivas» (PEREIRA COELHO, “Casamento e Família no Direito Português”, in *Temas de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 1-29, especialmente p. 10); e que o «casamento é o acto jurídico fundamental do direito da família» e que «não há família ou sociedade familiar fora do matrimónio» (ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Petrony, Lisboa, 1999, p. 177).

subalternizam. Mas não se crê que seja igualmente certo que exista hoje uma simetria entre o carácter mitigado na experiência social das outras uniões para além do casamento e a importância que vem registando como tema de politologia, política legislativa também. Enfim: como tema que provoca a discussão acesa acerca do entendimento constitucional e se mostra susceptível de trazer para a agenda da opinião pública muito mais do que os temas «partidariamente correctos» e para os quais, por regra, não se encontra na ordem social surto de resposta autónoma.

Ou, colocando a questão tal como ela nos surge hoje: ficamos com a ideia de que a agenda política se modifica paulatinamente e não por acaso, integrando já temas que se mostravam arredios, como será o caso, nesta sede, embora sob protestos, com a crítica e uma certa tendência para a banalização por vários protagonistas²⁶.

Conclui-se portanto que a dogmática da Família não prescinde de abertura a temas e critérios conceptuais que não se moldam já pelo Direito «tradicional» e ao mesmo tempo, não prescindem dele, como referência e critério de interpretação. É uma dogmática em evolução intensa, mesmo nas matérias que incidem no seu núcleo. O desafio que se coloca a quem aborda o Direito da Família é aparentemente modesto. Mas engana-se quem militar nessa ilusão: é um desafio de grande importância.

²⁶ Assim se entende que, no interior de um mesmo partido, ou dos partidos mais representativos, se façam ouvir vozes de discordância. Mas apesar da reprovção, de índole moral, face à favorabilidade das uniões de facto, homossexuais e mesmo outras, os Projectos de Lei não desencorajam.

2.2. O inevitável influxo interdisciplinar

I. Assim, a Família na Ciência Jurídica²⁷, as ligações ao Direito Privado e a crescente ligação ao Direito Público (Constitucional e Penal) fazem cada vez mais facilmente a sua estrada.

Se em algum ramo do Direito se mostra com tal proeminência a interdisciplinaridade²⁸ como tema forte, tema

²⁷ Com as dificuldades ou até perplexidades que enfrenta no «enquadramento da realidade normativa jusfamiliar, nomeadamente em termos conceptuais e de integração no elenco dos ramos de Direito», tendo em conta a «teia de instrumentos formais com os quais tudo procura explicar, ou nos quais tudo procura enquadrar» – CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL/JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*, cit., p. 13.

²⁸ Veja-se a crescente conexão do Direito da Família com o Direito da Previdência Social, que a par do Direito do Trabalho, releva para o Direito não civil da Família – MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 521-560. Já para não falar dos contributos de outras áreas científicas, como a Psicologia, a Sociologia, a Biologia e a Economia, que são uma decorrência da «valorização das abordagens multidisciplinares das questões familiares, suscitada pela consciência de que as famílias não podem assumir espontaneamente e sem auxílios externos as difíceis tarefas de que estão incumbidas» – RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino teórico e prático da disciplina de Direito da Família que integra o plano de estudos da licenciatura em Direito para concurso destinado a preenchimento de vaga de professor associado na área de Ciências Jurídico-Civis da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2008, p. 64. Mas como acentuou a mesma Autora, *idem*, p. 65, sobre a evolução do Direito da Família, «[o] imprescindível estudo multidisciplinar da Família fez com que os juristas esquecessem as suas competências próprias e que (...) se tornassem frequentemente “seguidores dóceis dos factos”. Tal como aconteceu noutras áreas do Direito, muitos juristas da Família cederam à tentação de desaparecer na trama das Ciências Sociais, levados a reboque da sociologia positivista das sondagens e

cientificamente integrado por fundamento de perfeita oportunidade, será neste domínio.

Importa saber que ligações podem moldar em comum segmentos importantes dos Direitos da Família e Penal, ou se chegaremos ao ponto de reconhecer mesmo segmentos de especificidade quando se entrelaçam²⁹. O mesmo em relação aos Direitos das Sucessões e Família, que a tradição considerou em nexo de ligação, mas está por afirmar em que termos a vertente tradicional poderá considerar-se mais certa; e que versão se lhe poderia opor então³⁰.

Hoje, estas relações são absorventes, muitas vezes esgotantes, logo no Direito Internacional. Assim acontece com as Convenções Internacionais que proliferam, relativas

das estatísticas e ao serviço de objectivos puramente políticos; sobretudo, ignoraram a diferença essencial entre o “normativo” e o “descritivo” e desprezaram os fundamentos filosóficos e antropológicos do discurso jurídico. Na verdade, as questões jurídicas da Família deixaram muitas vezes de ser abordadas segundo os clássicos enfoques do Direito, sendo preferencialmente trabalhadas do ponto de vista da Sociologia, da Política, da Análise Económica ou da Teoria Feminista do Direito, para dar alguns exemplos.»

²⁹ Cabe certamente a ENGISCH, senão a primazia na questão, decerto que a superior acutilância para assinalar as dificuldades que os ideais de coerência, integridade e independência enfrentam ao tentar impor-se. O pensamento tópico tem em ENGISCH, diga-se, um aliado basicamente por este motivo. E esta necessidade de raciocínio autónomo em função do problema diferente e da sua especificidade é por demais convidativa a uma abertura a núcleos de respostas que, por sua vez, chamam a depor respostas oriundas de áreas autónomas. A família privada ganha com a abertura metodológica e essencial à família publicista – cfr. KARL ENGISCH, “Sentido y alcance de la sistemática jurídica”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3 (1986), p. 39.

³⁰ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “As Partes Especiais dos Direitos da Família e das Sucessões, a Parte Geral e as Outras Partes Especiais no Código Civil”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 887-913 (902-908).

a Mulheres em risco (Tráfico, Escravidão) e a Menores³¹, também aos Idosos. Não esquecendo a ligação ancestral do Direito da Família português ao da Santa Sé³², que se modificou de modo importante com a Concordata 2004³³ na linha

³¹ Matérias face às quais o Direito Penal vem tendo uma atitude de recrudescimento incriminador, em nome, porventura, de prevenção geral positiva, a que se alia um juízo social pelo menos especialmente atento à gravidade da culpa do agente na perpetração destes tipos. Sublinha-se já, antecipando, que são crimes concebíveis como paradigmas da autoria por menor e da vitimização de menores também, o que envolve espécies de complexidade diferentes.

³² Ainda que o direito concordatário e o direito eclesiástico do Estado não integrem «os *curricula* da maioria das Faculdades de Direito portuguesas», o que determina que sejamos «confrontados com normativos que, regra geral, escapam à atenção dos juristas», situação que não deixa aliás de ser curiosa «se se atender à relevância desta ordem valorativa na vida nacional, revelada pela inúmeras decisões dos tribunais portugueses nesta matéria, e se se confrontarem os *curricula* de Faculdades de Direito estrangeiras», como bem identificaram PAULA COSTA E SILVA/JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesiásticas em matéria matrimonial", in *RePro*, 179, ano 35, Janeiro 2010, pp. 109-137 (113).

³³ Celebrada entre o Estado Português e a Santa Sé (República) em 18 de Maio de 2004, de acordo com a «nova filosofia de "não demissão do controlo das decisões eclesiásticas matrimoniais"» e inserindo-se «no quadro de uma geração de concordatas que foram negociadas e aprovadas num plano político-constitucional diverso do anteriormente vigente», que impôs que «o Estado do Vaticano e os demais contraentes conformassem novamente as suas relações, preservando a autonomia de cada um dos respectivos ordenamentos jurídicos» – *idem*, p. 136. A nova Concordata introduziu, além do mais, no seu artigo 16.º, alterações em matéria de produção de efeitos civis das decisões eclesiásticas relativas à nulidade do casamento canónico e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado, as quais passaram a produzir efeitos apenas após a confirmação e revisão de sentença estrangeira nos tribunais portugueses e de acordo com o Direito Português. Como bem evidenciaram aqueles Autores (pp. 123-125), relativamente às razões justificativas para o regime constante do artigo 16.º da nova Concordata, «[a] questão fundamental residia em saber se pode o Estado por-

tuguês, à luz do texto constitucional vigente, aceitar, sem reservas ou possibilidade de controlo, todas e quaisquer decisões proferidas por tribunais eclesiásticos. Ora, não pode perder-se de vista que, perante o Estado português, as decisões proferidas por tribunais eclesiásticos não são decisões nacionais. Neste sentido pode dizer-se, se bem que sem grande rigor, que a jurisdição eclesiástica é uma jurisdição estrangeira porque oposta a uma jurisdição nacional. (...) Se bem que deva presumir-se a conformidade da decisão proferida pelos tribunais eclesiásticos com a ordem pública internacional do Estado português (tal como se deve presumir a conformidade de qualquer decisão provinda de tribunal competente), bem como a conformidade do procedimento com as garantias de um processo justo (tal como relativamente a qualquer procedimento tramitado perante tribunais estrangeiros), não pode o Estado demitir-se de exercer um controlo da decisão a fim de verificar a respectiva conformidade quer com os direitos inderrogáveis das partes no procedimento, quer com a sua estrutura fundamental. (...) Não sendo de exigir uma coincidência entre os sistemas estadual e canónico para que a decisão e o procedimento eclesiásticos se possam dizer conformes à Constituição, verificar-se-ão dificuldades na concretização de cláusulas tão gerais como a ordem pública internacional do Estado português e o núcleo irredutível das garantias processuais. Mas aqui o que pode dizer-se é que estas cláusulas gerais têm sido fixadas pelos nossos tribunais no confronto das demais decisões estrangeiras. O mesmo deverá suceder face às decisões eclesiásticas». Não obstante o relevo das alterações introduzidas e «[a]pesar de remontar já a 2004», a nova Concordata «foi pouco ou nada comentada nos meios de comunicação social de massas e (...) bem pouca atenção mereceu da comunidade jurídica portuguesa, ao contrário do que sucedeu em Espanha ou na Itália, nos anos 70 e 80» e, mais recentemente, no Brasil com a Concordata celebrada em 13 de Novembro de 2008 (*idem*, p. 110). Ainda assim, cfr. JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "Breve Nota sobre o Novo Modelo Concordatário de Reconhecimento de Decisões Matrimoniais", in *Estudos sobre a Nova Concordata: Santa Sé e República Portuguesa, 18 de Maio de 2004*, UCE-ISDC, 2006, pp. 87-99, e, sobre a constitucionalidade dos princípios fundamentais e dos preceitos da nova Concordata, JORGE MIRANDA, "A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota", in *Estudos sobre a Nova Concordata: Santa Sé e República Portuguesa, 18 de Maio de 2004*, UCE-ISDC, 2006, pp. 101-112.

Ora, apesar de haver vozes a defender tratar-se de dispositivo revogado – uma vez que «a filosofia e o modelo da Concordata da 1940, na qual se inseria estruturalmente o artigo 1626º CC [modelo de reconhe-

cimento automático], foram substituídos por um outro enquadramento jurídico-concordatário [modelo de reconhecimento condicionado] que confere ao Estado Português o poder de syndicar, nos termos da Concordata, as decisões eclesiásticas» (JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, ob. cit., p. 97) – e das alterações introduzidas pelo novo texto concordatário, o artigo 1626.º, n.º 1 do Código Civil continuava a estatuir que «as decisões dos tribunais e repartições eclesiásticas, quando definitivas, sobem ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica para verificação, e são depois, com os decretos desse Tribunal, transmitidas por via diplomática ao tribunal da Relação territorialmente competente, que as tornará executórias, independentemente de revisão e confirmação, e mandará que sejam averbadas no registo civil». Como escreveram PAULA COSTA E SILVA/JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesiásticas em matéria matrimonial”, cit., pp. 114-116, sobre o anterior sistema de reconhecimento automático anteriormente vigente no Direito Português, «[n]os termos do art. XXV da Concordata de 1940 e do art. 1626.º, n. 1, do Código Civil, na versão então vigente, aqueles serviços administrativos remetiam o expediente processual para o tribunal da relação territorialmente competente. Este, recebida a decisão proferida pelo tribunal eclesiástico, conferia-lhe executividade automática, sem proceder a qualquer controlo. As decisões não passavam, assim, por um verdadeiro processo de revisão e de confirmação. (...) Quer isso dizer que tais decisões eram aceites pelo Estado secular receptor sem que este reivindicasse o direito de exercer qualquer controlo sobre o seu conteúdo e o seu modo de formação. As decisões seriam aceites sem a formulação de qualquer tipo de juízo valorativo próprio». Tal regime limitava assim a função dos Tribunais Portugueses à transcrição da decisão proferida, à sua divulgação, passando-lhes uma certidão de menoridade e desvirtuando a própria função do Tribunal, enquanto órgão de soberania: a Igreja apreciava o processo, o qual subia à sua cúspide e depois, era devolvido ao Tribunal da Relação mais próximo, que ficaria incumbido de proceder à sua transcrição. A actuação dos Tribunais Portugueses era passiva, neste domínio (v. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Apontamentos de Direito da Família*, 2009; cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 1 de Fevereiro de 1993, Proc. 9211044 (Lúcio Teixeira), disponível em www.dgsi.pt). E, em virtude da desconformidade entre o texto da Concordata e o Código Civil, os Tribunais Portugueses recusavam-se a dar seguimento ao processo de revisão de sentenças estrangeiras, discutindo-se ainda a aplicação no tempo do novo regime concordatário (v. Acórdãos do STJ, de 21 de Fevereiro de 2006, Proc. 05B3751 (Bettencourt de Faria), disponível em www.dgsi.pt, e de 10 de Outubro de 2005, CJ

(STJ) 2005/III/76, e Acórdão da Relação do Porto, de 22 de Setembro de 2005, CJ 2005/IV/171). Além disso, a natureza estadual da Santa Sé justificava e continua a justificar que a sua produção normativa tenha o regime próprio dos tratados internacionais. Neste contexto, o legislador nacional sentiu a necessidade – antecipada pela doutrina nacional (JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, ob. cit., p. 97) – de alterar a redacção do artigo 1626.º do Código Civil e, por decorrência, o n.º 3 do artigo 7.º do Código do Registo Civil (que previa que as decisões dos tribunais eclesiásticos, respeitantes à nulidade do casamento católico ou à dispensa do casamento rato e não consumado, são averbadas aos respectivos assentos, independentemente de revisão e confirmação), o que veio a ocorrer através do DL n.º 100/2009, de 11 de Maio. Foi a solução escolhida pelo legislador para adequação, neste particular, do direito interno português à nova Concordata. Isto significa que hoje os Tribunais Portugueses têm voz activa, poder decisório na matéria, pois, apesar de o requerimento poder ser apresentado apenas à instância religiosa, produzindo a decisão proferida efeitos junto da Santa Sé, a produção de efeitos em Portugal está dependente da segunda solicitação, junto das autoridades judiciais portuguesas (v. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Apontamentos de Direito da Família*, 2009; cfr. artigo 1094.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Ainda assim a alteração introduzida no artigo 1626.º do Código Civil é vista como um «elemento de perturbação do sistema», já por si complexo por via do actual direito concordatário, ao dispor que a produção de efeitos civis pela decisão eclesiástica ocorrerá após revisão e confirmação da decisão, nos termos da lei processual, o que deverá ser entendido, não tanto como remissão «para as regras procedimentais, aplicáveis ao processo de revisão e confirmação de sentenças estrangeiras, vigente na ordem jurídica portuguesa», isto é, para o «direito processual civil português», mas «no sentido de o sistema português se considerar globalmente competente para a determinação das decisões que, não sendo proferidas pelos seus tribunais, podem produzir efeitos na sua ordem jurídica». Isto significa que, ao «remeter para o sistema geral de reconhecimento, vigente no direito português», o legislador pretendeu que nele se integrassem «os fundamentos impeditivos de revisão, constantes do art. 1096.º do Código de Processo Civil» – PAULA COSTA E SILVA/JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesiásticas em matéria matrimonial”, cit., pp. 129 e 130. Já «o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes» (v. artigo 1625.º do Código Civil), em conformidade aliás com o que se dispunha no artigo 25.º da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 7 de Maio de 1940,

apesar de a Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 18 de Maio de 2004, não conter preceito idêntico. Em todo o caso, a doutrina não deixa de assinalar, neste aspecto, a não contradição entre a Concordata (e o artigo 1625.º do Código Civil) e o artigo 36.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, referindo ainda que o artigo 25.º do anterior texto concordatário deveria ser compreendido à face do princípio do pluralismo das ordens jurídicas e da não exclusividade da ordem jurídica estadual, afluído no artigo 8.º da Constituição (v. JORGE MIRANDA, "A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota", cit., pp. 108 e 109). O que significa que, enquanto não for alterado o artigo 1625.º do Código Civil, deverá entender-se que competentes para decretar a nulidade de casamento católico celebrado em Portugal são apenas os Tribunais Eclesiásticos (v. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, cit., p. 329). Do exposto resulta que, caso os Tribunais Eclesiásticos tenham declarado, por exemplo em Abril de 2009, nulo um casamento católico, a produção de efeitos civis em Portugal da decisão de declaração de nulidade daquele casamento depende da sua revisão e confirmação pelos Tribunais Portugueses, ou por se tratar de processo pendente à data de entrada em vigor do DL n.º 100/2009 (v. artigo 3.º), ou por se considerar revogado/não vigente o (anterior) artigo 1626.º do Código Civil em face do novo texto concordatário (v. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, cit., p. 329, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, ob. cit., p. 97, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, pp. 603 e 604; cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de Maio de 2009, Proc. 936/09.3YRLSB-7 (Tomé Gomes), disponível em www.dgsi.pt). Sobre a temática veja-se ainda, com interesse (designadamente quanto ao artigo 1625.º do Código Civil), a obra de PAULA COSTA E SILVA, *A Jurisdição nas Relações entre Portugal e a Santa Sé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, na qual a Autora formulava já, em síntese (pp. 65 e 66), as seguintes reservas quanto à conformidade constitucional do regime da revisão de sentenças eclesásticas em matéria de declaração de nulidade do casamento católico, vigente entre nós: a) falta de controlo pelo Estado Português do casamento canónico que vai produzir efeitos civis no momento da transcrição; b) aceitação pelo Estado Português da jurisdição eclesástica exclusiva em matéria da declaração de nulidade do casamento católico e na dispensa do casamento rato e não consumado; c) permissão pelo Estado Português que as decisões proferidas pelas autoridades eclesásticas produzam efeitos automáticos em Portugal, uma vez que a Relação se deve limitar a declará-las executórias.

da evolução verificada noutros países (v.g. Itália e Espanha)³⁴ e tendo em consideração o novo enquadramento europeu sobre a competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial^{35 36}.

³⁴ E, mais recentemente, no Brasil com a Concordata celebrada entre a República Federal do Brasil e a Santa Sé, em 13 de Novembro de 2008. O texto – disponível em http://www2.mre.gov.br/dai/b_santa_04.htm – foi designado por "Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé Relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil", estabelecendo, em matéria de efeitos das decisões eclesásticas, no § 1.º do seu artigo 12.º o seguinte: «A homologação das sentenças eclesásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras». Admitindo a transposição para o sistema concordatário brasileiro das reflexões que desenvolvem sobre o sistema concordatário português e considerando a solução do § 1.º do artigo 12.º da Concordata brasileira na linha dos actuais modelos concordatários vigentes na Europa – de «não demissão do controlo das decisões eclesásticas matrimoniais» – e compatível com o princípio da laicidade do Estado, cfr. PAULA COSTA E SILVA/JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesásticas em matéria matrimonial", cit., pp. 112, 136 e 137.

³⁵ Resultante da aprovação, em 02 de Dezembro de 2004, do Regulamento CE 2.116/2004 do Conselho, que alterou o Regulamento CE 2.201/2003. Ainda assim falta um «regime comunitário expressamente aplicável à circulação de decisões proferidas por tribunais eclesásticos e reconhecidas em Portugal», pois, «com a entrada em vigor da Concordata de 2004 o regime ainda hoje constante do art. 63, n. 1, 2 e 4 do Regulamento (CE) 2.201, perdeu o seu campo de aplicação», sendo certo que a viabilidade de substituição da referência à Concordata de 1940 por uma referência à Concordata de 2004 pressupõe «uma identidade entre os regimes relevantes para o efeito de circulação de decisões no espaço comunitário tal como decorrentes das duas Concordatas que foram sucessivamente celebradas entre o Estado português e a Santa Sé» – *idem*, pp. 113 e 114.

³⁶ Sobre a «Concordata de 1940 e o sistema de reconhecimento automático», a «emergência dos sistemas de reconhecimento condicionado», o «impacto dos sistemas de reconhecimento de decisões eclesásticas no direito da União Europeia», a razão de ser da «Concordata de 2004» e do «sistema de reconhecimento condicionado» e o «novo sistema

concordatário de reconhecimento das decisões eclesiásticas», cfr. JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "Breve Nota sobre o Novo Modelo Concordatário de Reconhecimento de Decisões Matrimoniais", cit., e, mais recentemente, PAULA COSTA E SILVA/JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesiásticas em matéria matrimonial", cit., pp. 116-135.

Como refere JORGE MIRANDA, "A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota", cit., p. 106, subjacente à Concordata de 2004 não deixa ainda de estar o entendimento de que a valia da regra da liberdade para todas as confissões religiosas e que todas as organizações religiosas gozam dos mesmos direitos constitucionais e legais «não impede a subsistência de regras específicas e imediatamente dirigidas à Igreja Católica – por força da sua realidade histórica e sociológica – desde que estas regras correspondam a critérios de objectividade, necessidade e adequação». Todavia, em sentido diametralmente oposto, mas com o qual não podemos concordar, veja-se, a violenta argumentação expendida na acção popular intentada, em 5 de Fevereiro de 2009, por sete advogados, contra a União Federal, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, na qual se peticionou, além do mais, a anulação ou a declaração de nulidade do acordo celebrado, em 13 de Novembro de 2008, entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé (Concordata brasileira) invocando essencialmente que tal acordo desconsidera a laicidade do Estado brasileiro, visando o acordo apenas o interesse religioso particular e não o interesse público. Da referida peça processual – disponível em <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=881&p=1> – respigam-se os seguintes trechos que motivaram a propositura da referida acção popular: «as ofensas e perigos que representa o documento assinado, (...), além dos acima apontados, sem falar ainda o descumprimento da Lei Federal nº 9.709/98, arts. 1º ao 3º» são os seguintes: «I – Ofende os princípios constitucionais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da prevalência dos direitos humanos, da cooperação dos povos para o progresso da humanidade, da isonomia, dos direitos sociais e da laicidade estatal (...) Se o Congresso Nacional, ratificá-lo, estará reconhecendo que a ICAR é a única Igreja Cristã e todas as demais para assim se entenderem, deverão a ela unir-se, curvar-se a seus dogmas, obedecer à mesma legislação canônica, reconhecendo o Papa, não como estadista, mas como sucessor de Pedro e em lugar de Cristo (contrariando as demais correntes histórico-teológicas) – Suprema Autoridade da Igreja, e em todas as cerimônias oficiais do Estado, o representante da ICAR deverá estar presente e partici-

II. Mas as ligações ao Direito Privado permanecem. A doutrina mais significativa não abdica de afirmar a vocação jusprivatista.

Os regimes de bens são múltiplos³⁷, a lei é permissiva e de uma grande amplitude nesse domínio³⁸. Mas será, na práti-

par oficialmente, inseri-las nas discussões e questões de Estado, e erigi-la à condição de Igreja Oficial»; «II – Na doutrina temos que avaliar: A – Que no contexto eclesiástico leigo é oposto de clérigo (...); B – Estado laico não se identifica com Estado confessional, nem com o Teocrático, nem significa Estado ateu (...); «III – Se o Vaticano é um Estado teocrático – não pode impor ao Brasil a aceitação de sua religião, e designar a igreja que o representa como uma figura disfarçada de representação diplomática, com obtenção de vantagens diferenciadas às demais religiões».

³⁷ Sobre a evolução dos regimes de bens em Portugal, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Observações Sobre os Regimes de Bens", in *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 273-284. Os regimes de bens actualmente previstos são três: comunhão de adquiridos, comunhão geral e separação de bens (v. artigos 1721.º e ss. do Código Civil). A comunhão de adquiridos funciona como regime de bens supletivo, desde 1 de Junho de 1967 (v. artigo 1717.º do Código Civil; cfr. artigo 15.º do DL n.º 47334, de 25 de Novembro de 1966). Mas a lei admite a estipulação em convenção antenupcial de regimes de bens típicos e atípicos (v. artigo 1698.º do Código Civil), com as restrições previstas legalmente (v.g. artigos 1699.º, 1718.º e 1720.º) e as relativas ao regime dotal e aos pactos sucessórios não designativos. Sobre a possibilidade de estipulação de regimes de bens atípicos e respectivos limites, cfr. RITA LOBO XAVIER, *Limites à Autonomia Privada nas Disciplinas das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, e SOFIA HENRIQUES, *Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens no Estatuto Patrimonial dos Cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, em especial pp. 142 e ss.. Sendo este o regime legal, cumpre assinalar sugestões de intervenção legislativa neste domínio feitas pela doutrina, quer quanto ao regime supletivo e aos regimes-tipo – ADRIANO PAIVA, "Regimes de Bens", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 381-397 (393-396), e A *Comunhão de Adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008 –, quer quanto ao princípio da imutabilidade dos regimes de bens, previsto no artigo 1714.º do Código Civil – JOÃO ESPÍRITO SANTO, "A Imutabilidade dos Regimes

ca, tão importante assim o regime de bens³⁹ num casamento que tende para a fragilidade, que surge no horizonte legal, vivencial dos nubentes, com medidas de dissolução ágeis e que parece vocacionado para a precariedade?⁴⁰

Não se trata de emitir um juízo de valor sobre a opção legislativa. Mas as novas normas no diálogo que impõem com o direito anterior suscitam perguntas acerca do carácter em parte semântico que este vem, em alguns aspectos, assumindo.

Claro que a Lei do Divórcio⁴¹, entrada em vigor há quase dois anos, desempenhou um papel fundamental na reconfiguração jurídica do casamento⁴². Há uma diferença im-

de Bens”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 459-476 (476).

³⁸ Não obstante as críticas à disciplina vigente sobre o regime patrimonial geral do casamento – CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa* (DR, II Série, n.º 235, de 11/10/1994), nos termos do artigo 44.º, n.º 2, do Estatuto da Carreira Docente Universitária, e relativo ao programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina de Direito da Família e das Sucessões, Suplemento da RFDUL, Lex, Lisboa, 1996, pp. 11-13.

³⁹ Falando da necessidade de um regime patrimonial específico para as pessoas casadas, ADRIANO PAIVA, *A Comunhão de Adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., pp. 55-57. Mas haverá que ter em conta, como refere GUILHERME DE OLIVEIRA, “Observações Sobre os Regimes de Bens”, cit., p. 283, que «a Família quase não reage às modificações da organização da propriedade, dentro do casamento».

⁴⁰ No domínio do direito anterior, cfr. EVA DIAS DA COSTA, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 109-129.

⁴¹ Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

⁴² Acentuando a «descaracterização do casamento civil» e a «ausência de medidas de Política Familiar» que o novo diploma, respectivamente, implica e revela, cfr. RITA LOBO XAVIER, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais* (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 7 e 8. Modificações

portante entre institutos vocacionados para a longevidade e outros que podem ter um horizonte de vigência muito curto. Foi este último que o legislador introduziu.

Ainda no âmbito privado, surge, como já se afirmou, a ligação ao direito sucessório sob uma outra perspectiva.

A anterior e tradicional ligação entre os Direitos da Família e das Sucessões era tão importante para alguns autores⁴³ que se criou, designadamente na nossa Faculdade, uma disciplina de *Direito da Família e das Sucessões*⁴⁴.

Era uma disciplina anual, que repartia com equidade o seu tempo pelas matérias de uma e outra das actuais disciplinas autonomizadas. Este Direito não mudava o conteúdo das normas vigentes, mas procurava centrar o núcleo de cada um dos Direitos em conexão com o núcleo do outro. Obnubilando os elementos que, tanto no Direito da Família, como no das Sucessões, relevavam dos contributos dos momentos liberais e de vanguarda da legislação, acentuava o seu carácter institucional. Por este modo, centravam os estudantes a aten-

importantes operadas pela Lei do Divórcio verificaram-se também no âmbito do anterior poder paternal ou das actuais responsabilidades parentais – AMADEU COLAÇO, *Novo Regime do Divórcio*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 109-144, e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio* (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 36-50. Criticando a alteração da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, por não ser esta linguisticamente correcta nem tecnicamente necessária, tratando-se antes de «um fenómeno de colonização da linguagem jurídica por locuções consideradas politicamente correctas», cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo III, Almedina, Coimbra, 2010, p. 72, nota 217.

⁴³ Sobre o ponto, por todos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório – 1987*, Almedina, Coimbra, 1998 e *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, em que o Direito das Sucessões é tratado a respeito das relações patrimoniais da Família.

⁴⁴ No ensino da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a criação das duas disciplinas, unificadas desde 1990-1991 pela Portaria n.º 255/90, de 6 de Abril, verificou-se apenas no ano lectivo de 2008/2009.

ção nos elementos em que a vontade dos progenitores, titulares de bens, se fazia incidir sobre o proveito dos membros do seu agregado. Membros face aos quais todos os demais adquirentes *mortis causa* de bens eram figuras alheias, de móbil concorrencial e compreendidas numa lógica hereditária que sublinhava a sua distância face ao fenómeno sucessório em questão.

Olhando-a a esta distância, pensamos que parecia querer concretizar a visão institucional que GOMES DA SILVA introduzira neste ensino.

Mas pergunta-se em crescendo se esta Família que se une às Sucessões não tende a tornar-se cada vez menos representativa da «família completa», cada vez mais a olhar para o passado, para o mundo do sistema jurídico tradicional e só esse⁴⁵.

Como ligar o núcleo hereditário, cada vez mais circunscrito a um âmbito restrito de herdeiros legitimários, a uma família alargada que mal se reconhece e raramente nutre expectativas sucessórias, a menos que se veja contemplada em testamento?

E como deixar impiamente fora do fenómeno sucessório quem cuida, acarinha e acompanha na hora da morte e do sofrimento, quem partilha a alegria e a dor?⁴⁶

⁴⁵ Nesta linha, cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 17-40 (39 e 40), que salientava que «o Direito das Sucessões (...) vem perdendo a sua importância na vida social e económica do nosso tempo», tanto mais que «[o] destino das grandes fortunas, constituídas essencialmente por bens mobiliários, joga-se em acordos cuidadosamente pré-definidos com bancos e sociedades financeiras ou seguradoras, acordos que escapam às malhas tradicionais do Direito das Sucessões».

⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 275/2002, 2.ª Secção, Proc. 129/01 (Paulo Mota Pinto), disponível em www.tribunalconstitucional.pt, tirado por maioria e contando com votos de vencido de BRAVO SERRA e JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, em que se

considerou poder chegar-se a uma solução de inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil, por violação do artigo 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa conjugado com o princípio da proporcionalidade, por, em caso de morte da vítima de um crime doloso, excluir o direito de "indenização por danos não patrimoniais" sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges. No aresto em questão, questionou-se, desde logo, se a pretendida extensão a tais pessoas do direito a indenização por danos não patrimoniais por morte da vítima, previsto para o cônjuge no artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil, não poderá já hoje fazer-se decorrer da alínea e) do artigo 3.º da Lei n.º 7/2001, na qual se prevê o direito a «protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral (...) da lei». Além disso, partindo do pressuposto que a distinção entre pessoas casadas e pessoas em situação de união de facto, para efeitos de atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais sofridos por morte da vítima, se afigura destituída de fundamento razoável, constitucionalmente relevante, afirmou-se ser possível chegar logo a uma conclusão de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade (que censura distinções sem fundamento racional, justo ou objectivo, discriminações arbitrárias e irrazoáveis ou baseadas em critérios não relevantes, exige uma comparação de situações e se apresenta como limite à liberdade de conformação do legislador, nomeadamente quando os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontados por carência de adequado suporte material para a medida legislativa adoptada), pois: a) a existência de um vínculo matrimonial, por contraposição à convivência em união estável e duradoura, não constituiria só por si um fundamento razoável para excluir a compensação do sofrimento e da dor sofridos com a morte pela companheira da vítima de um homicídio doloso; b) na dimensão normativa em causa, não só o beneficiário da indemnização se encontrava perfeitamente delimitado, e seria apenas um (pretendendo ser colocado no mesmo plano do cônjuge, e, portanto, no primeiro grupo dos titulares de indemnização), como não mereceria certamente tutela o eventual interesse do homicida doloso em se eximir à compensação de todos os danos que provocou com o homicídio; c) sob a perspectiva do fundamento para o reconhecimento da compensação, não se veria como possa relevar a existência de um vínculo matrimonial, em lugar apenas de uma convivência em união estável e duradoura com outra pessoa, em condições análogas às dos cônjuges, para excluir completamente a atendibilidade dos padecimentos sofridos por esta. E, ainda que se entendesse que da distinção

entre a família e o casamento prevista no artigo 36.º, n.º 1 (1ª parte) e do artigo 67.º, n.º 1 ambos da Constituição da República Portuguesa não resulta uma imposição para o legislador de reconhecer e proteger, em geral, a união de facto estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, e a família nela fundada, em termos idênticos aos da família baseada no casamento, haveria certamente de extrair-se daí o dever de não desproteger, sem uma justificação razoável, a família que se não fundar no casamento, pelo menos quanto àqueles pontos do regime jurídico que directamente contendam com a protecção dos seus membros e que não sejam aceitáveis como instrumento de eventuais políticas de incentivo à família que se funda no casamento. Ora, não se afiguraria adequada e aceitável, à luz do reconhecimento constitucional de protecção também da família não fundada no casamento – e do próprio valor da dignidade humana –, a utilização do regime da "indenização" pela dor e pelo sofrimento resultantes da morte para as pessoas que conviviam com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, como instrumento para a prossecução de eventuais objectivos políticos de incentivo à família fundada no casamento.

Todavia, a solução diametralmente oposta chegou a mesma secção do Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 86/2007 e 87/2007, 2.ª Secção, Proc. 26/2004 e Proc. 995/2005 (Paulo Mota Pinto) disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, tirados por maioria e contando com votos de vencido de MÁRIO JOSÉ DE ARAÚJO TORRES e MARIA FERNANDA PALMA, em que se decidiu que a norma do artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil, na medida em que não admite que a pessoa que vive em união de facto com uma vítima de acidente de viação, do qual resulte a morte dessa vítima, tenha o direito a receber uma indemnização por danos patrimoniais, não viola nem o princípio da igualdade nem o artigo 36.º, n.º 1 da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade. Afirmando que na situação anterior a norma do artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil não foi considerada inconstitucional, na interpretação então questionada, por violação do princípio da igualdade, mas antes, e apenas, «por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade», começa o Tribunal Constitucional por considerar que, na óptica do princípio da igualdade, a situação de duas pessoas que declaram a intenção de conceder relevância jurídica à sua união e a submeter a um determinado regime (um específico vínculo jurídico, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução) não tem de ser equiparada à de quem, intencionalmente, opta por o não fazer. Além disso, para o Tribunal Constitucional o legislador constitucional não pode pretender retirar todo o espaço à prossecução, pelo legislador in-

fra-constitucional, de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio enquanto instituição social, mediante a formulação de um regime jurídico próprio, como sucede relativamente ao regime da indemnização por danos não patrimoniais em caso de morte da vítima, pelo que não existe violação do princípio da igualdade na norma em apreciação. E, sobre o confronto com o princípio da proporcionalidade conjugado com o reconhecimento constitucional da «família não fundada no casamento», entende o Tribunal Constitucional que haverá que ter em conta que o recorte de um regime jurídico pela hipótese do casamento, deixando de fora situações que as partes não pretenderam intencionalmente submeter-lhe, tem necessariamente como consequência a exclusão dos respectivos efeitos jurídicos, importando apenas apurar se tal recorte segue um critério constitucionalmente aceitável, tendo em conta o fim prosseguido e as alternativas disponíveis e sem deixar de considerar a ampla margem de avaliação de custos e benefícios e escolha dessas alternativas, que tem de ser reconhecida ao legislador. O legislador goza assim de uma considerável margem de discricionariedade na delimitação, no artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil, do círculo das pessoas que podem pedir indemnização por morte da vítima. De resto – afirma o Tribunal Constitucional –, no controlo da constitucionalidade não está em causa a qualificação do «melhor direito» em si mesmo, que é missão do legislador, competindo ao Tribunal Constitucional apenas dizer o «não direito», porque incompatível com a Constituição. Com base nestes pressupostos, conclui-se não ser possível detectar qualquer falta grosseira ou evidente de adequação entre a dimensão normativa em apreço e as finalidades dessa delimitação, resultante do artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil, tanto mais que há necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, por razões de certeza, designadamente em casos como este, em que está em causa a infracção de regras legais de circulação rodoviária e de deveres de cuidado, com negligência do lesante. No mesmo sentido, cfr. Acórdão do STJ, de 4 de Dezembro de 2003, Proc. 03B3825 (Quirino Soares), e Acórdão da Relação do Porto, de 10 de Maio de 2006, Proc. 0545740 (Coelho Vieira), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Não é pensável, nesta fase do nosso Direito, uma aplicação do regime sucessório do Livro das Sucessões do Código Civil em sede de união de facto. Herdeiro legitimário é o cônjuge sobrevivente, a par de alguns familiares próximos (artigo 2157.º do Código Civil). O conceito de Família referenciado na lei das sucessões aparta-se, assim, das instituições modernas que vêm integrar o Direito da Família.

2.3. Os problemas da sequência da matéria

I. Se estivéssemos na Alemanha, encontraríamos com muita probabilidade já um Capítulo intitulado *Enquadramento Constitucional*, que inaugurava as fontes do Direito da Família⁴⁷.

Hesita-se em ir por aí. Reconhece-se a supremacia dos princípios constitucionais, mas tem-se também presente que a interpretação da Constituição se completa, nesta matéria, com uma plêiade de conceitos oriundos do Direito Civil.

O Código Civil fornece a primeira pista, logo no princípio do Livro IV, ao enunciar as fontes das relações jurídicas familiares⁴⁸. Estudar-se-á, pois, o parentesco, o casamento, a afinidade e a adopção. Numa primeira fase, o parentesco e o casamento. São os conceitos que referenciam situações e instituições determinantes na compreensão da Constituição, de todo o Direito da Família.

II. Há nesta opção relativa ao Direito Português a entrada em cena de um aspecto que se não quer subalternizar.

O Direito Constitucional Alemão é claramente fundante de todo o direito positivo, tem o sentido de uma primeira Constituição Histórica. É a matriz de um núcleo que se desfez em razão dos programas normativos e do caudal doutrinário e ideológico que trazia consigo.

Em Portugal, país que igualmente transita da “ditadura”⁴⁹ para o Estado de Direito, as coisas não se passam do

mesmo modo. Ou seja: apesar do desmoronamento do Direito anterior, há razões para o manter em vários aspectos. E em sede de Direito da Família estes marcam presença.

Mas sob que perspectivas?

Vejam os traços muito gerais o objecto das leis a trabalhar, os regimes jurídicos que nos vão ocupar e tentaremos surpreender a partir daqui um fio condutor.

III. Inicialmente, quando se estudava Direito da Família nas Faculdades de Direito, pegava-se no Código Civil (de Seabra, depois no Código Civil de 1966) e, no caso deste último, abria-se logo o Livro IV.

É verdade que nessa altura já se tinha aprendido o objecto do Livro da Família como subramo do Direito Civil, ou mesmo tomado contacto com os conceitos de casamento a propósito dos negócios jurídicos e das relações familiares, bem como da condição de menor, do então poder paternal, estudando diversos institutos nas cadeiras de introdução ao Direito Privado.

Esta metodologia tranquila não sofreu alteração após a Revolução de 25 de Abril de 1974. Muitos aspectos do direito familiar foram mantidos e entre eles, imensos relativos ao casamento. A importância das afinidades entre a lei em vigor e o regime sufragado pela Igreja Católica constituiu o ponto de assentimento num sistema que, a outros níveis, entrava em turbilhão⁵⁰.

Cruz, Braga, 1983, e PAULO OTERO, *A democracia totalitária. Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Principia, São João do Estoril, 2001, pp. 131-143 (143).

⁵⁰ No artigo 1.º do Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, celebrado em 15 de Fevereiro de 1975, acordou-se a modificação do artigo XXIV da Concordata de 7 de Maio de 1940, que passou a ter o seguinte teor: «Celebrando o casamento católico, os cônjuges assumem por esse mesmo facto, perante a Igreja, a obrigação de se aterem às normas canónicas que o regulam e, em particular, de respeitarem as suas propriedades essenciais. A Santa Sé, reafirmando a doutrina da Igreja Católica sobre a indissolubilidade do vínculo

⁴⁷ DIETER SCHWAB, *Familienrecht*, cit., pp. 311 e ss.

⁴⁸ Artigo 1576.º do Código Civil, pese embora a infelicidade da técnica legislativa, que a doutrina há muito vem sublinhando – cfr. CASTRO MENDES, *Direito da Família. Lições ao curso jurídico de 1978-1979 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, AAFDL, Lisboa, pp. 5-7.

⁴⁹ «Ditadura da razão» ou «ditadura intelectual» como chamou Salazar ao regime português. Cfr., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no direito constitucional português*, Livraria

2.4. As mudanças nas fontes

I. São estes focos de tranquilidade que, com a passagem do tempo, virão a alterar-se progressivamente.

Mas até aqui, ao momento em que analisamos o influxo da lei sobre a Lei Fundamental em 1975/76, o ângulo de observação é outro.

Exemplificando: quem contrai casamento cria laços familiares, constitui uma Família. Mas que características tem esta?

II. Até aqui, referimos a pluralidade da Família na perspectiva de um possível desdobramento de formas de manifestação. E, dissemos, olhamos o nosso tempo. Agora, porém, o foco da análise é diferente. Trata-se de ver a Família, não através da descrição dos seus factores constitutivos, mas sim do desempenho social que exhibe independentemente do modelo sexual. Ou melhor: atendendo a que, na sociedade dos nossos tempos, este outro problema coloca-se essencialmente em relação às famílias tradicionais. E, sobretudo, coloca-se em relação aos conceitos e institutos que se praticavam, às modalidades familiares então vigentes. Estamos, ainda, em 1975. À vida jurídica desse tempo nos devemos dirigir.

É uma família autocrática, exprime a autoridade de um dos seus membros, aquele que tem mais poder intelectual, financeiro e mediático? Faz sentido dizer que estas pessoas contrataram, como afirma o Código, quando celebraram casamento ou o acordo que celebram tem outro sentido? E sobretudo: tinham a percepção desse outro sentido?

matrimonial, recorda aos cônjuges que contraírem o matrimónio canónico o grave dever que lhes incumbe de se não valerem da faculdade civil de requerer o divórcio». Como acentuou JORGE MIRANDA, "A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota", cit., p. 107, «a celebração do Protocolo de 1975 (...) permitiu desdramatizar a questão (na altura muito discutida na opinião pública) do divórcio entre casados canonicamente como, de certa forma, legitimou a Concordata [de 1940]».

E se duas pessoas decidissem viver juntas e não casar? Há vínculos jurídicos reconhecidos pela lei apesar desta situação, que então se denominaria de ignomínia, um concubinato (sem prejuízo de recordarmos que o actual Código Civil ainda não abriu mão da expressão concubinato⁵¹), uma imoralidade com algum reflexo jurídico?

Vemos então que o anátema social que hoje existe, quer em razão do modelo de vida sexual, quer das formas de organização interna, se exacerbava por maioria de razão. Uns aceitavam a igualdade plena dos cônjuges, dos unidos de facto, outros rejeitavam-na e persistiam em quadros familiares que exibiam paradigmas anteriores. A autoridade do marido/homem *paterfamilias* é uma relíquia que perdeu em vastos meios.

Ora, o ponto a que se pretende chegar é o da sintonia na opinião pública de então, do tempo dos primeiros embriões constituintes, face à lei. Há, na época, assentimento com a noção e o modo de ser do casamento português, em que se discute, sim, o critério matrimonial como fonte discriminatória da filiação e o estatuto de menoridade da mulher, da mãe. Quanto ao mais, a ordem do país une-se em torno dos princípios do direito ordinário e reflecte-o no pensamento constituinte. Esta é a verdade do sentido das normas dos artigos 36.º e 67.º da Constituição da República Portuguesa. Não seria rigorosa uma solução proveniente de qualquer outro caminho.

III. Claro que não pode ser assim, pois há uma lei sobre uniões de facto⁵², o que mostra que colhem a respeitabilidade do legislador, reflexo seguro do respeito social. Mas as reticências mantêm-se.

⁵¹ Cfr. artigo 1871.º, n.º 1, alínea c), do Código Civil.

⁵² Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que revogou a anterior Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto.

Há quem considere a lei um erro⁵³. Independentemente de formular agora juízos sobre ela, uma coisa parece certa: há hoje mais lei entre o céu e a terra do que o Livro IV do Código Civil⁵⁴.

Deve esta matéria albergar-se na disciplina de Direito da Família? Se provarmos que se deixa cobrir por um denominador comum, a resposta será afirmativa. Mas não basta ser legalista e argumentar com a existência de uma lei. O legislador pode ter criado um regime obsoleto ou terminologicamente indutor em erro. E que fazer nesse caso? Só se detivermos uma matriz dogmática segura poderemos opinar. Ora, isso implica um conceito material de Família para efeitos de Direito.

2.5. Um outro regime legal de Família?

I. E o parentesco, que importância tem para além das relações mais estreitas que marcam o núcleo familiar nos nossos dias? Faz sentido conferir o poder paternal a um tio

⁵³ Assumindo um entendimento cauteloso sobre a necessidade de legislar em matéria de união de facto, ainda no domínio da anterior Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, "Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?", in *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 65-72.

⁵⁴ E porque a discussão continua e a insistência no sentido de que esta lei seja alargada no conteúdo dos direitos que reconhece, a par de uma forte vontade, de que são manifestação as modificações introduzidas pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, de dar definitivamente guarida em termos próximos ou idênticos ao casamento às uniões homossexuais, resta reconhecer que as realidades juridicamente contempláveis tendem a expandir-se. A incógnita é, neste momento, o limite do legislador, do impacto social, do ponto em que a concordância for obtida. Nada mais do que um problema de política legislativa, um tal que está sobre a mesa. A incógnita, ainda, reside na capacidade de gerir com racionalidade uma matéria em que a sociedade se fractura quanto ao juízo axiológico sobre o tema.

que vive noutra cidade ou mesmo noutro país e mal conhece o sobrinho? Não seria mais realista recorrer de imediato, em tais casos, a instâncias da comunidade, experientes, pedagogicamente apetrechadas para ajudar uma criança, um jovem, disponíveis para acompanhar os seus conflitos? Ou antes dá-lo de adopção a pais de vocação que o desejem⁵⁵? Ou explorar as potencialidades que a nova Lei do Apadrinhamento Familiar desde ontem nos oferece?⁵⁶

⁵⁵ Pese embora as críticas que se possam mover ao entendimento de ser adopção o instrumento ideal para proteger as crianças privadas de um ambiente familiar normal.

⁵⁶ Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, que define o apadrinhamento civil como «uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil» (artigo 2.º). É admissível o apadrinhamento civil, desde que apresente reais vantagens para a criança ou o jovem e desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adopção, a apreciar pela entidade competente para a constituição do apadrinhamento civil, de qualquer criança ou jovem menor de 18 anos que esteja a beneficiar de uma medida de acolhimento em instituição ou de outra medida de promoção e protecção, que se encontre numa situação de perigo confirmada em processo de uma comissão de protecção de crianças e jovens ou em processo judicial e que seja encaminhada para o apadrinhamento civil por iniciativa do Ministério Público, da comissão de protecção de crianças e jovens, do organismo competente da segurança social ou de instituição por esta habilitada, dos pais, representante legal da criança ou do jovem ou pessoa que tenha a sua guarda de facto e da criança ou do jovem maior de 12 anos. Também poderá ser apadrinhada qualquer criança ou jovem menor de 18 anos que esteja a beneficiar de confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a instituição com vista a futura adopção ou a pessoa seleccionada para a adopção quando, depois de uma reapreciação fundamentada do caso, se mostre que a adopção é inviável (artigos 5.º e 10.º). Os padrinhos exercem as responsabilidades parentais, beneficiando os pais dos direitos expressamente consignados no compromisso de apadrinhamento civil (artigo 7.º), designadamente os previstos no artigo 8.º. O vínculo de

II. Mas olhando o próprio casamento, à primeira vista, o reduto da estabilidade dogmática da nossa matéria. Deveria ele continuar a ser o casamento de pessoas de sexo diferente ou abrir-se-á a Constituição, a sociedade portuguesa, a uma inflexão neste domínio? E onde encontrar a sede da resposta: na Constituição, num sentimento social evidente, ou aceitar que subsistem dúvidas, cabendo saber de que grau: grande, pequeno ...?⁵⁷

E será que anda bem o legislador em aceitar que se dissolvam com facilidade as sociedades conjugais, ao fim de um ano, como admite o Decreto da Assembleia da República n.º 232/X⁵⁸, após o veto presidencial⁵⁹ e não obstante o mesmo, tendo vindo a converter-se em Lei por decisão da As-

apadrinhamento civil constitui-se por decisão do tribunal ou por compromisso de apadrinhamento civil homologado pelo tribunal (artigo 13.º). Os padrinhos e os afilhados consideram-se, respectivamente, ascendentes e descendentes em 1.º grau do afilhado para efeitos da obrigação de prestação de alimentos, sendo precedidos, respectivamente, pelos pais e filhos quando estejam em condições de satisfazer esse encargo (artigo 21.º). O vínculo de apadrinhamento civil constitui, sob pena de incapacidade para receber do seu consorte qualquer benefício por doação ou testamento, impedimento impeditivo à celebração do casamento entre padrinhos e afilhados, embora o impedimento possa ser dispensado pelo conservador do registo civil (artigo 22.º). Sobre a natureza jurídica desta nova figura, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2009, pp. 722 e 723.

⁵⁷ Atente-se nas diferentes visões que o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, Proc. 192/2010 (Vitor Gomes), e as declarações de voto de vencido de JOSÉ BORGES SOEIRO e BENJAMIM RODRIGUES, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, revelam sobre o conceito de casamento constitucionalmente acolhido e tutelado entre nós.

⁵⁸ Disponível em www.parlamento.pt.

⁵⁹ De 20 de Agosto de 2008, disponível em www.presidencia.pt, por se entender que: a) na realidade da vida matrimonial no Portugal contemporâneo subsistem múltiplas situações em que um dos cônjuges – em regra, a mulher – se encontra numa posição mais débil, fragilidade que a lei não deve agravar nem, por arrastamento, adensar a desprotecção que indirectamente atingirá os filhos menores; b) para

não agravar a desprotecção da parte mais fraca, o legislador deveria ponderar em que medida não seria preferível manter-se, ainda que como alternativa residual, o regime do divórcio culposo, a que agora se põe termo de forma absoluta e definitiva; c) o novo regime jurídico do divórcio pode vir a projectar-se sobre a própria vivência conjugal na constância do matrimónio, já que, em casos-limite, o novo regime, ao invés de promover a igualdade entre cônjuges, pode perpetuar situações de dependência pessoal e de submissão às mais graves violações aos deveres de respeito, de solidariedade, de coabitação, entre outros; d) as contribuições dadas para os encargos da vida conjugal e familiar são susceptíveis de gerar direitos de crédito sobre o outro cônjuge, sendo certo que, além de a vivência conjugal e familiar não estar suficientemente adaptada a uma realidade tão nova e distinta, podendo mesmo gerar-se situações de autêntica «imprevisão» ou absoluta «surpresa» no momento da extinção do casamento, o novo modelo de divórcio corresponde também a um novo modelo de casamento, no seio do qual são ou podem ser contabilizadas todas e quaisquer contribuições dadas para a vida em comum; e) desta visão «contabilística» do matrimónio emerge um paradoxo, uma vez que a filosofia global do casamento gizada pelo novo regime do divórcio corresponde a uma concepção do casamento como espaço de afecto, sendo certo que, a par desta visão «afectiva» do casamento, pretende-se que a seu lado conviva uma outra, dir-se-ia «contabilística», em que cada um dos cônjuges é estimulado a manter uma «conta-corrente» das suas contribuições, e apenas a prática poderá dizer qual delas irá prevalecer; f) o desaparecimento da culpa como causa de divórcio não fará diminuir a litigiosidade conjugal e pós-conjugal, existindo boas razões para crer que se irá processar exactamente o inverso, até pelo aumento dos focos de conflito que o legislador proporcionou, quer no que se refere aos aspectos patrimoniais, quer no que se refere às responsabilidades parentais e aos inúmeros conceitos indeterminados que as fundamentam; g) é extremamente controverso, por aquilo que implica de restrição à autonomia privada e à liberdade contratual, o disposto no artigo 1790.º, segundo o qual «em caso de divórcio nenhum dos cônjuges pode, na partilha, receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos», por consubstanciar uma «revogação retroactiva» de uma opção livre e uma limitação que sempre virá beneficiar um dos cônjuges em detrimento do outro, impondo no momento da partilha de bens um regime distinto daquele que foi estabelecido de comum acordo.

sembleia da República (*Lei do Divórcio*)⁶⁰. Este veto, político, exprimiu a posição do Presidente e mais do que a sua própria, a posição de um espectro de que se entende representativo, o que aponta na direcção de que a nova Lei irá quebrar nexos importantes na sociedade portuguesa⁶¹.

2.6. O actual conceito de Família

I. Quem é esta Família que a um tempo se alarga e reflecte esse alargamento na lei, que se demite da vocação à perpetuidade e o quer retratar mais incisivamente na lei, que legisla em nome e no interesse dos menores e tantas dúvidas tem por resolver a propósito das decisões que toma?

É a personagem central da disciplina de Direito da Família. Interpelada por nós, estudantes e docentes, e interpeladora, já que requer opinião para os seus contornos que vêm mudando em crescendo. Recorde-se que a lei das uniões de facto mudou, mas mantém-se agora inalterada desde 2001⁶².

⁶⁰ Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

⁶¹ Novamente sublinhados no comunicado do Presidente da República, de 21 de Outubro de 2008, relativo à promulgação do Decreto n.º 245/X da Assembleia da República que deu lugar à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, igualmente disponível em www.presidencia.pt.

⁶² Pese embora as críticas da doutrina – TELMA CARVALHO, “A União de Facto e a sua Eficácia Jurídica”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I (*Direito da Família e das Sucessões*), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 221-255, que conclui (pp. 254 e 255): «A legislação portuguesa (...) tem demonstrado que reconhece a união de facto como realidade social que cada vez toma mais relevância no seio da organização societária e tendo sempre em conta que a célula da sociedade é a família. Não obstante o legislador português constatar a necessidade de uma regulação desta realidade social, parece-nos que até ao momento ainda não se conseguiu solucionar as várias questões que se colocavam já antes da Lei n.º 135/99 e que vieram a ser agravadas com esta nova Lei n.º 7/2001. (...) O que falta à união de facto é uma regulação própria dos vários aspectos

II. Não obstante, verificou-se uma tentativa recente no sentido do seu alargamento. E, apesar de não ir por aí o sentido imediato do caminho legislativo, far-se-á uma referência. Pois, afinal, é o sentido pulsante de um espectro social que aí se exprime e, sendo-o, convém proceder à sua ponderação. Os temas centrais são os que referimos. Vendo bem, é todo o Direito da Família que eles convocam, já que não é possível trabalhar isoladamente os vários institutos.

§ 3. AS CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO DA FAMÍLIA

I. Duas características marcam o recente Direito da Família, a comprovar a vocação dinâmica sobre que escreve SCHWAB: por um lado, instabilidade; por outro lado, mudança legislativa acelerada, tantas vezes algo precipitada.

Tentemos comprová-lo, tomando um ponto de referência, já que o nosso âmbito é dogmático e a história vem a propósito na medida em que seja idónea para provar o problema, reagir ao problema.

lacunares que apresenta neste momento, por exemplo os próprios efeitos patrimoniais e o regime das dívidas têm uma relevância fundamental numa qualquer organização, muito mais tratando-se de uma relação familiar. A protecção de terceiros neste âmbito é muito importante, pois muito embora não estejam casados, vivem em condições análogas às dos cônjuges, o que para os terceiros pode criar a aparência de casados. (...) [P]ara que esta opção de vida se torne clara é necessário que o legislador tome em consideração uma outra orientação de regulação, pois parece-nos que a regulação desta relação tem sido uma constante resposta a questões políticas e não uma verdadeira pre-ocupação com esta nova relação familiar». A Autora parece propender para uma proposta legislativa muito próxima do regime alemão (*Lebenpartnerschaftsgesetz*) ou espanhol, que afinal exprimem sistemas para-matrimoniais autênticos, a par do casamento em vigor.

II. O ponto de partida da comprovação vai ser a Reforma de 1977⁶³. Com ela não nasce o Código Civil, mas renasce o mundo do Direito da Família adequado à Constituição de 1976. Nasce um direito que insiste em normas não imperativas e em conceitos indeterminados (*unbestimmte Begriffe*)⁶⁴.

3.1. A história recente

I. Entra em vigor a Constituição de 1976. Com ela, surgem, entre os Direitos Fundamentais, o direito à igualdade e à não discriminação (artigo 13.º) perante a lei, o direito a constituir Família, dentro e fora do casamento, e o direito a contar com um regime igualitário dessa mesma relação matrimonial, ainda que o sistema formal adoptado para contrair casamento não tivesse sido o mesmo, o que acontecia, no caso dos casamentos católicos que a Constituição reconhece,

⁶³ Operada pelo DL n.º 496/77, de 25 de Novembro.

⁶⁴ Trata-se de conceitos imprecisos que melhor se moldam à realidade do caso concreto, por neles ocorrerem transições difusas e serem interpretados ou integrados a partir da aplicação da lei a casos concretos anteriores – KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck, München, 1997, p. 83. Neste sentido, escreveu já entre nós BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 114, a respeito do “ius strictum” e do “ius aequum”: «O que sobretudo importa frisar é que a utilização destes conceitos “indeterminados”, assim como o recurso a cláusulas gerais, se justifica, ou para permitir a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança das situações, ou para facultar uma espécie de osmose entre as máximas ético-sociais e o Direito, ou para permitir levar em conta os usos do tráfico, ou, enfim, para permitir uma “individualização” da solução (o que interessa naquelas relações da vida, designadamente nas relações de família, em que se acham sobremodo comprometidas dimensões ou aspectos pessoais ou pessoalíssimos das partes).»

Sobre os *unbestimmte Begriffe*, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 1176 e ss., que aliás acentua ainda a vertente da impossibilidade de clareza quanto ao respectivo conteúdo.

agora de novo, após a revisão da Concordata com a Santa Sé⁶⁵ (artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa).

Quando olhamos esta Reforma logo na cúspide do sistema recordamos nomes muito importantes das Faculdades de Direito de Lisboa e de Coimbra. Desde logo, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, que presidiu, FRANCISCO PEREIRA COELHO, CASTRO MENDES e ESPINOZA GOMES DA SILVA, MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, LEONOR BELEZA, então assistente de Direito da Família em Lisboa e consultora da matéria junto da Comissão da Condição Feminina, e RUI DE ALARCÃO.

Sem qualquer discussão, é-lhes reconhecida a proeminência na evolução dos trabalhos e no sentido que lhes foi outorgado – «a adaptação das normas [do Código Civil] anteriores atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição» (v. artigo 293.º, n.º 3 da primeira versão da Constituição da República Portuguesa) –, ainda que a referida Comissão não se tenha «limitado a aplicar geometricamente, na delimitação da sua tarefa, o programa traçado no n.º 3 do artigo 293.º da Constituição»⁶⁶.

Lendo o preâmbulo da Reforma na Parte que respeita ao Direito da Família, que é aliás uma leitura essencial, verificamos que os temas que marcam a Reforma são o tema da igualdade e seus reflexos na Família, bem como a proibição de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento, tal como, ainda, a questão do divórcio e as novas modalidades e pressupostos da sua concretização.

Na verdade, escrevia-se no texto do preâmbulo: «Deve, de resto, notar-se que na última década se tem assistido em quase todos os países europeus a profundas alterações do direito da família, determinadas pelo triunfo do princípio

⁶⁵ Através do Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, celebrado em 15 de Fevereiro de 1975.

⁶⁶ Cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, cit., p. 22.

da igualdade entre os cônjuges e pela revisão de muitas das soluções tradicionais em matéria de filiação. As soluções agora adoptadas puderam assim basear-se em larga e recente experiência de sistemas jurídicos próximos do nosso»⁶⁷.

Mas a afirmação continha muitos laivos de modéstia, pois que esta Reforma de 1977 exprimia, diferentemente do movimento que percorria muitos outros Direitos de países vocacionados para reformas em sede de Família nesse tempo, a necessidade de ultrapassar soluções inconstitucionais e implantar na ordem positiva o Estado de Direito. Não tendo participado na 2.^a Guerra, Portugal não recebera os primeiros ventos de mudança década e meia antes. Agora, contudo, o impulso para fazer o caminho mostrava-se muito forte. Foi por isso uma Reforma profunda⁶⁸, comparada com as suas congêneres de outros países⁶⁹.

Por um lado, o princípio da igualdade entre os homens e as mulheres vem determinar a sua não discriminação na sociedade conjugal. Marido e mulher lideram esta sociedade conjuntamente, o que vale por dizer que será inconstitucional uma norma (contida, por exemplo, em convenção antenupcial, em acordo celebrado antes do casamento e, por igual, já dentro do casamento, ainda que camuflado

⁶⁷ Cfr. Preâmbulo do DL n.º 496/77, de 25 de Novembro, disponível em www.pgdlisboa.pt.

⁶⁸ Nesta linha, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", cit., p. 40, que considera representar a Reforma «algo de indiscutivelmente novo e talvez ousado em 1977», e GUILHERME DE OLIVEIRA, "O Direito da Família", in *Temas de Direito da Família*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 223-230 (224 e 230), que defende que com a Reforma de 1977 «ficaram resolvidos os principais problemas legislativos (com) que se debatiam os países da nossa grande família cultural».

⁶⁹ Pese embora a influência nos trabalhos preparatórios das reformas do Direito da Família levadas a cabo recentemente (por todos, sobre a legislação alemã e dado o seu influxo sobre outras, *Münchener Kommentar*, 7 e 8).

pela aparência que os actos implícitos sempre conferem) de acordo com a qual o marido delegue na mulher, ou o contrário (seria este contrário, parece, o mais previsível, já que era a realidade correspondente à experiência anterior), a orientação dos assuntos da Família, o modo de educar os filhos, os princípios de vida a que deveriam respeito, como por exemplo a escolha da casa de morada... A lei retoma o filão constitucional, ao dispor que ambos os cônjuges irão reger a vida comum. É o velho artigo 1674.º do Código Civil⁷⁰ que sucumbe e é o artigo 1671.º do Código Civil que emerge com enorme ganho de causa jurídica na segunda metade dos anos setenta.

Por outro lado, o papel de ambos os cônjuges é considerado em igual dignidade, mesmo na sua expressão financeira, pois não será a atenção ao apoio moral dentro da Família, a colaboração na carreira daqueles que estão próximos (marido, filhos, mesmo filhas) sobre cuja educação recai pela primeira vez uma importante atenção. A lei desinteressa-se de saber se os rendimentos obtidos provêm do trabalho de um ou de ambos, para efeitos sucessórios. Aí, também o cônjuge sucessivo que não tenha trabalhado fora de casa e não tenha sequer participado no montante hereditário através de bens próprios, adquiridos por qualquer via (doação, herança...) estará na primeira classe dos sucessíveis, ao lado dos filhos e mesmo em situação de vantagem face a estes, já que é titular do estatuto de herdeiro legitimário ou forçado e detém pelo menos um quarto dos bens que correspondem à massa desta fatia hereditária (v. artigos 2133.º, 2139.º, 2157.º, 2158.º e 2159.º do Código Civil).

Por outro lado ainda, valerá, como fundamento de invalidade do casamento, o erro sobre a pessoa do outro cônjuge, desde que corresponda a qualidades essenciais (artigo

⁷⁰ Que na primeira versão, sob a epígrafe "Poder marital", estatuiu: «O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes».

1636.º do Código Civil⁷¹). Esta possibilidade é marcante, já que vem permitir a vinda à esfera pública de realidades pessoais que, não assumidas, não têm apenas a consequência de preservar a intimidade daquele sobre quem recai o problema. Sucede ainda que instilam a suspeita de que o estigma onera a contraparte, o que será deveras injusto.

Finalmente, o divórcio passa a ser possível, não apenas nos casos de incumprimento dos deveres conjugais, como ainda se porventura um dos cônjuges não assentir num mútuo consentimento, desde que a separação se verifique há pelo menos seis anos consecutivos (artigo 1781.º, alínea a), do Código Civil). Atendendo a que o Código Civil de 1966, fiel à sua concepção do divórcio-sanção, eliminou a separação de facto do elenco das causas do divórcio litigiosos e que o artigo 4.º, n.º 8 da Lei do Divórcio de 1910 pressupunha que a separação fosse livremente consentida e apunha aqui um prazo de dez anos⁷², a diferença é decisiva, socialmente algo “labónica” ainda, mas favorecedora de possibilidades e indicativa de que a lei não persiste em impor a solução do

⁷¹ Na versão inicial do Código Civil de 1966 não se falava (expressamente) em qualidades essenciais a propósito do erro vício, estatuinto o artigo 1636.º, que tinha igualmente por epígrafe o “Erro que vicia a vontade”, que «[o] erro que vicia a vontade só é relevante para efeitos de anulação quando recaia sobre a pessoa do outro contraente e consista no desconhecimento de algum dos seguintes factos:

- a) A nacionalidade ou o estado civil diferente do que lhe era atribuído ou que ele se arrogava;
- b) A prática, antes do casamento, de algum crime doloso punível com pena de prisão superior a dois anos, seja qual for a natureza desta;
- c) A vida e costumes desonrosos antes do casamento;
- d) A impotência funcional incurável, absoluta ou relativa, ou alguma deformidade física irremediável, já existentes ao tempo do casamento;
- e) A falta de virgindade da mulher ao tempo do casamento».

⁷² Pese embora o prazo da separação de facto tenha sido posteriormente reduzido para cinco e seis anos, respectivamente, pelo DL n.º 261/75, de 27 de Maio e pelo DL n.º 561/76, de 17 de Julho.

“casamento para a vida” a quem não comungue desse projecto ou não parta de ideias em tal sentido⁷³.

II. Tomámos como ponto de partida a Reforma de 1977. Certamente porque foi a mais importante que ocorreu a marcar o essencial do Direito que ainda vigora. Mas também porque, não só por acção como por omissão, ela marca a agenda dos primeiros temas contemporâneos do Direito da Família. Vendo a evolução do Direito da Família português, há um salto cultural e um corte epistemológico desde então.

3.2. Um Debate na Faculdade de Direito e uma Reforma Jufamiliar

I. A propósito da Reforma de 1977, recorda-se um texto, um livro, que foi publicado poucos anos antes da entrada em vigor daquela.

⁷³ Cauteloso na justificação da teleologia da nova solução, escreveu PEREIRA COELHO, “Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens na Reforma do Código Civil”, in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, 1981, pp. 25-53 (36): «Não há aqui um interesse público de primeiro grau, que prevaleça contra a vontade de ambos os cônjuges. Mas se um dos cônjuges quer divorciar-se (mesmo que esse cônjuge seja o que, pelo seu comportamento, deu causa à separação de facto) compreende-se que a lei tutele o seu interesse, pois, decorrido determinado prazo, a esperança da reconciliação torna-se remota e a lei acha socialmente mais vantajosa a situação dos cônjuges divorciados do que a dos cônjuges separados de facto. Não basta a possibilidade de divórcio por mútuo consentimento, que um dos cônjuges pode não aceitar por muitas razões e, sobretudo, pelo desejo de *prender* o outro. Bem sei que entre essas razões está a esperança, que em um dos cônjuges ainda existirá apesar de tudo, de que o outro venha a restabelecer a vida em comum. E sei como é doloroso destruir a esperança de alguém. Mas a verdade é que o casamento não pode subsistir sem uma disposição *comum* dos cônjuges e que aquela esperança não é objectivamente fundada decorridos seis anos consecutivos de separação de facto. Esta é a *verdade*, e os cônjuges devem ter a coragem de a aceitar».

Trata-se do primeiro grande debate sobre estes temas, a que a Faculdade de Direito abriu as suas portas em 1968 e no qual participaram figuras de vários domínios, mas, entre eles, juristas empenhados na Reforma, naquele tempo. O livro intitula-se "A Mulher na Sociedade Contemporânea", uma publicação da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, de 1969.

Se o percorrermos, verificaremos que os grandes temas jurídicos então eleitos respeitam ao estatuto da Mulher, como cônjuge, como mãe. Assinala-se aqui o de ELINA GUIMARÃES, que faria uma análise histórica sobre o estatuto da mulher dentro do casamento, perante o marido e os filhos.

ELINA GUIMARÃES chama a atenção para que, sendo, «dentro da sua época», o Código do Visconde de Seabra (1867) uma legislação "aberta", persistia, em sede de situação jurídica das mulheres, em manter duas grandes ordens de fundamentos de incapacidades discriminatórias das mulheres: por um lado, as que provinham logo do próprio sexo; por outro lado, as incapacidades em razão da família, como as respeitantes à mulher casada e à mãe. Sobre estas últimas, focava: a perda da nacionalidade que o casamento com estrangeiro provocava (e que só verificada uma situação de perda absoluta de qualquer nacionalidade podia ser ripristinada, mediante um processo de todo o modo complexo); o dever de obediência ao marido, chefe da família, o dever de o acompanhar para todo o lado, podendo até dar-se o caso de ser obrigada a regressar pela força ao domicílio conjugal; a administração dos bens competir ao marido, mesmo a respeitante aos seus próprios bens. E, recordando a Lei do Divórcio, segundo a qual os fundamentos para a separação de facto eram iguais para ambos os sexos, nem por isso deixou de apontar o dedo ao novel então Código Civil de 1966, dizendo então: «...peço vénia (...) para declarar que o art.º 1674º do novo Código, fulcro da situação conjugal, é detestável: "o marido é o chefe de família, competindo-lhe nessa

qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum"».

Supõe-se que era constrangedor, já naquele tempo, reconhecer aqui, e ouvir de uma das mais antigas e prestigiadas ex-alunas da Faculdade, que estava em vigor uma norma segundo a qual o marido podia requerer a entrega civil da mulher no lar conjugal, caso esta o abandonasse sem «fundamentação justa».

MARIA DA CONCEIÇÃO HOMEM DE GOUVEIA voltou ao tema do estatuto jurídico da mãe para advertir que «o poder paternal regulado pelo novo código Civil [de 1966] deverá ser interpretado extensivamente, para poder adaptar-se às realidades sociológicas». Ou seja: não era, no entendimento da Autora, inequívoca a interpretação da lei segundo a qual o estatuto da mulher mãe ombreasse com o do marido em matéria de exercício do então poder paternal.

II. Mas o texto verdadeiramente premonitório que o livro que se vem citando contém é o de uma escritora, SOPHIA DE MELLO BREYNER ANDRESEN, que intitulou a intervenção de "A Mulher na Cidade do Homem" e começou por dizer que não vinha falar de direitos mas de vocação feminina, se é que «existe uma vocação». A verdade, porém, é que falou de direitos da maneira mais incisiva. Recordou o Evangelho, onde entre Marta, a fazedora de coisas materiais, e Maria, a teórica, a contemplativa, fora Maria a que «tivera a melhor parte», pois foi ela que «ascendeu à contemplação do divino». No entanto, continuava SOPHIA, «as sociedades vêm tratando a mulher como se fundamentalmente ela fosse Marta». SOPHIA terminava recordando que «a maternidade é missão e responsabilidade». E que, por isso, através dos filhos que tem, conclui-se que a história da mulher não é a sua história, «pois não existe o problema da mulher, mas sim o problema da humanidade. E é por isso que o Feminismo é um caminho errado e ultrapassado. Aliás sempre à roda das mulheres se criaram falsos problemas». E acrescentava tam-

bém: «Assim muitas vezes se tem oposto vocação maternal e vocação criadora. Mas a maternidade é plenitude e não mutilação, é maioridade e não menoridade. E a maternidade que é escolha e vocação é também escolha e responsabilidade».

É admirável o carácter premonitório destas palavras, porque contêm a universalidade que os Direitos Humanos projectam. E a dignidade das mulheres, a igualdade, surge pouco depois na Constituição de 1976. Menos de uma década.

3.3. O ensino do Direito da Família

I. Como evoluía o ensino nas nossas Faculdades? Espelhando as diferenças doutrinárias entre os Professores.

Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o ensino era, desde logo, marcado pelas figuras de PIRES DE LIMA, BRAGA DA CRUZ⁷⁴ e PEREIRA COELHO⁷⁵. O primeiro, cuja regência é anterior ao Código Civil de 1966 e o terceiro que esteve incumbido de reger a disciplina na vigência do Código de Seabra, após a entrada em vigor do Código Civil de 1966 e depois da Reforma de 1977, na qual teve um papel preponderante. Já após a Reforma de 1977, sucedem a PEREIRA COELHO três juristas: LEITE DE CAMPOS⁷⁶, CAPELO DE SOUSA⁷⁷ e GUILHERME DE OLIVEIRA que, em conjunto com PEREIRA COELHO, viria a actualizar e a ampliar as últimas lições deste⁷⁸.

⁷⁴ PIRES DE LIMA/BRAGA DA CRUZ, *Direitos de Família*, vol. I, cit..

⁷⁵ PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1965.

⁷⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório – 1987*, Almedina, Coimbra, 1998 e *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

⁷⁷ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

⁷⁸ PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 2 vols., 2.ª, 3.ª e 4.ª ed.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 2003 e 2008.

Por seu turno, na Universidade Católica Portuguesa registava-se o nome de ANTUNES VARELA, a que se seguiram ALEXANDRE DE SOUSA MACHADO, na Faculdade de Direito de Lisboa, e RITA LOBO XAVIER, na Faculdade de Direito do Porto. No prefácio ao seu *Direito da Família* de 1982⁷⁹, ANTUNES VARELA exprimia em síntese o muito que verberava a Reforma de 1977. Escrevia então: «A Reforma de 77 destruiu por completo essa imagem [da família como sociedade organizada e funcionalmente diferenciada, no dizer do Código Civil de 1966], substituindo-a por uma sociedade conjugal igualitária, funcionalmente indiferenciada. E tão longe levou a transposição obcecada do pensamento político da igualdade democrática para o plano jurídico da vida doméstica que tanto se reconheceu à mulher a antiga faculdade de adoptar os apelidos do marido como ao marido o poder caricatural, em face dos costumes ocidentais, de ajuntar ao seu nome os apelidos da consorte».

II. E na Faculdade de Direito de Lisboa?

MANUEL GOMES DA SILVA cultivou um ensino personalista⁸⁰ e simultaneamente institucionalista do Direito

⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 8.

⁸⁰ RUY DE ALBUQUERQUE, “O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva, o Mestre e o Homem por detrás da obra”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 9-253, em especial pp. 53 e 83-96, e ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, “O personalismo jurídico de Manuel Gomes da Silva”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 255-263, que situa o personalismo jurídico de GOMES DA SILVA na obra *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito*, Lisboa, 1965. De referir ainda PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “A natureza das coisas”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 707-764 (707), e *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 11, que tem vindo a frisar o sentido e conteúdo ético do personalismo de GOMES DA SILVA.

da Família⁸¹. Foi precedido por PAULO CUNHA⁸².

Ao ensino de G OMES DA SILVA sucedeu CASTRO MENDES⁸³, com acentuada intenção didáctica.

E, naqueles anos que se seguiram à entrada em vigor da Reforma, o Direito da Família ficou confiado aos assistentes EDUARDO DOS SANTOS⁸⁴, LEONOR BELEZA⁸⁵ e RITA AMARAL CABRAL⁸⁶. O ensino de LEONOR BELEZA reflectia, como se adivinha, o pensamento que a ex-membro da Comissão de Reforma ajudou a integrar no novo ordenamento familiar.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA assumiu a incumbência de coordenar e reger *Direito da Família*, actualizando o ensino de CASTRO MENDES⁸⁷. Deve-se-lhes um fôlego decisivo na cadeira e sua evolução científica.

Anos mais tarde, a disciplina seria entregue aos primeiros doutores da Faculdade de Direito de Lisboa na

⁸¹ Cfr. *Curso de Direito da Família. Aparentamentos das lições do Prof. Doutor Gomes da Silva ao Curso Jurídico de 1953-1954, coligidos por Fernando Colação e Ramiro Vidigal*, AAFDL, Lisboa, 1955, p. 44.

⁸² *Lições coligidas por Raul Ventura, Amaral Marques e Júlio Salcedas*, Lisboa, 1941. São ainda de referir os escritos de JAIME DE GOUVEIA, *Lições de Direito da Família e Sucessões*, 3. vols. policopiados, 1937-1938, e de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito da Família. Relações pessoais e relações patrimoniais do cônjuge, segundo as prelecções do Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano lectivo de 1941-1942*, de Gaspar Cruz Filipe.

⁸³ CASTRO MENDES, *Direito da Família. Lições ao curso jurídico de 1978-1979 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, cit.

⁸⁴ EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1985.

⁸⁵ LEONOR BELEZA, *Direito da Família. Aparentamentos das lições proferidas ao 3.º ano, dia, no ano lectivo de 1980-81*, AAFDL, Lisboa, 1980.

⁸⁶ RITA AMARAL CABRAL, *Direito da Família*, lições policopiadas, AAFDL, Lisboa 1984.

⁸⁷ CASTRO MENDES, *Direito da Família*, actualização de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, AAFDL, Lisboa, 1990/1991, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991.

área do Direito da Família e das Sucessões após a Reforma de 1977: CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL⁸⁸ e, posteriormente, JORGE DUARTE PINHEIRO⁸⁹.

3.4. O maior ganho da Reforma de 1977 (estatuto das mulheres, estatuto dos jovens antes referido) à luz das evoluções mais recentes

I. Por aqui nasceu a Reforma de 1977. Ou seja, pelos temas matriciais do Direito da Família, pelo estatuto do pai de família, que aqui sai de primeiro plano no palco e assiste à entrada de outro personagem, que, pela primeira vez, não é o único protagonista.

E os filhos? Os filhos são, aqui, os menores ou os incapazes, aqueles que se submetem ao antigo poder paternal. Indo mais longe, poderíamos falar dos adoptados.

Reflectamos rapidamente sobre o contexto em que a sua situação se modifica.

II. Claro que todos os seres humanos são ganhadores quando os direitos fundamentais se impõem. Têm um papel relevante nesta nova geração jurídico-familiar. Têm-na, o que a igualdade entre todos, independentemente do nascimento, dentro ou fora do casamento, logo reflecte. Com a

⁸⁸ A obra de CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL é aqui citada nas duas obras que se consideram paradigmáticas da concepção do Direito da Família e linhas orientadoras: *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, cit., e em co-autoria com JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*, cit.

⁸⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal (os deveres conjugais sexuais)*, Almedina, Coimbra, 2004, *Direito da Família e das Sucessões*, 4 vols., AAFDL, Lisboa, 2005, 2006 e 2007, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008 e 2009, *O Ensino do Direito da Família Contemporâneo*, cit. e *O Direito das Sucessões*, AAFDL, Lisboa, 2010.

Constituição de 1976 termina a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos⁹⁰. Têm-na ainda quando se implementa o seu interesse na determinação de aspectos fundamentais da sua vida. Porém, não são eles, os menores, os destinatários de um acervo legislativo imediato ou com o impacto fundamental.

Em parte por esse motivo, o descontentamento e a inquietação neste nosso Direito continuam. Nos anos 80 procurava-se já ver o texto de 1977 com um olhar avaliador. «É uma Reforma demolidora, desagrega um projecto, muito mais do que constrói outro», ter-se-á sustentado na altura.

Mas a esta distância a análise então feita parece injusta. A Reforma de 1977 não é vocacionalmente demolidora de um edifício legislativo. Por isso, antes de falar dos filhos, insiste-se ainda neste ponto do estatuto da mulher, afinal, no estatuto de um dos titulares do antigo poder paternal.

III. Edificou um Projecto, permitiu traduzir com mais autenticidade, no Direito, as opções da vida e da experiência familiar que existiam, ou pretendiam muitos, em Portugal. Pretendia-se igualdade entre todos os membros, reflexo em cada solução jurídica do princípio da dignidade. Pretendia-

⁹⁰ Não obstante, veja-se ainda com interesse o Acórdão do Plenário do TC n.º 359/1991, de 9 de Julho de 1991, Proc. 36/90 (Monteiro Dinis), disponível em www.tribunalconstitucional.pt, tirado por maioria e contando com votos de vencido de MESSIAS BENTO, VÍTOR NUNES DE ALMEIDA, BRAVO SERRA, MARIA DA ASSUNÇÃO ESTEVES, FERNANDO ALVES CORREIA e JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, no qual se decidiu «declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no Diário da República, I Série, de 28 de Maio de 1987, por força da violação do princípio da não discriminação dos filhos, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição», por excluir a aplicação das normas dos n.ºs 2, 3 e 4 de artigo 1110.º do Código Civil às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores. Contra, porém, o entendimento perfilhado pelo Tribunal Constitucional, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., pp. 39 e 42.

-se maior abertura à possibilidade de exprimir o projecto de vida que o casamento reflectia, ao invés da obrigatoriedade de uma retórica absurda, imposição de algo às avessas. Pode decidir-se mal ou bem, mas tem-se o direito de tomar a decisão, e a Reforma de 1977 reconheceu-o. Mais: teve consideração pelo empenho de cada cônjuge dentro do casamento e assentiu em que o divórcio não era apenas uma questão de imagem social, era para muitos, sobretudo para muitas mulheres, a perda de uma referência em instituição. Elas a quem não fora reconhecido um papel cívico activo e que, muitas vezes, tinham entrado na Família do marido aos 14 anos, a idade núbil então, em nome da sua alegada maturidade. Sem experiência profissional, tantas; sem experiência de integrar mulheres nos seus quadros, muitíssimos empregadores. Vedada mesmo a oportunidade de acesso a várias profissões, era preciso reconhecer a medida fortíssima em que o mundo de muitas mulheres portuguesas era a sua Família, na melhor das hipóteses, aliada a um vago sonho de alternativa que quase nunca concretizavam. Este mundo desaparecia entretanto e a Reforma de 1977 foi muito realista no seu contributo para esse desaparecimento, ao mesmo tempo que tinha em conta o novo papel social e profissional, mas, sobretudo, a nova dignidade e cidadania activa das mulheres: em matéria de titularidade de bens e na sua administração, de compromisso na educação dos filhos partilhada em co-responsabilidade, em matéria de definição das classes de sucessíveis, onde o cônjuge sobrevivente passou para o primeiro plano.

3.5. O menor avanço no reconhecimento dos direitos dos menores: do Direito legislado à aplicação

I. Não deixa de ser verdade que este pensamento jurídico estruturado, entre nós e internacionalmente, sobre as mulheres e o Direito da Família não tem a mesma vocação

acolhedora quando pensamos nas crianças, como a não tem em sede de estatuto dos idosos.

E refere-se a questão das crianças e dos idosos lado a lado com o estatuto das mulheres porque, e apenas porque, estamos falando de personagens que o universo da Família integra, ou seja, estamos vendo que direitos lhes são reconhecidos, em que medida o princípio constitucional da igualdade de todos os cidadãos se cumpre, por um lado, e em que medida se estruturam diferenças de carácter jurídico e função protectora dos que em certa fase se mostrem mais carentes, por outro.

Neste universo e sob estes pontos de vista, o estatuto das crianças e dos idosos era, tal como o das mulheres, carente de atenção do legislador. Não esqueçamos, todavia, que o problema dos direitos das mulheres, o problema da igualdade de género, é sempre muito diferente. É transversal a todas as faixas etárias, como o é o das etnias, raças, culturas... Uma coisa é a discriminação em função da menoridade, outra ainda, a discriminação que acresce sobre uma criança do sexo feminino.

II. Consciente de que assim é, escrevia LEONOR BELEZA⁹¹ logo após a entrada em vigor da Constituição de 1976: «Parece-nos incorrecto o tratamento do sexo exactamente ao mesmo nível de outras realidades. É que, por um lado – e sem contraposição com a ascendência, o território é de origem ou a língua – o sexo é um elemento essencial na vida da pessoa humana; é-se e ser-se-á necessariamente diferente ser homem ou mulher, mesmo que a situação actual de atribuições estereotipadas a um e a outra venha a desaparecer».

A Autora defendia que as desigualdades em razão do sexo acrescem a todas as outras que porventura existam.

Ou seja: a desigualdade de um menor terá sempre autonomia; mas se o menor for do sexo feminino, há uma «dupla circunstância» geradora de desigualdade. O mesmo face às desigualdades que acaso estigmatizem um idoso. No caso de se tratar de uma mulher, a situação agrava-se. São, por isso, mais difíceis de debelar e até de identificar as desigualdades em razão do género⁹² com as quais se tem ainda de lidar, de tentar debelar. Tese que, aliás, continua a fazer caminho, pese embora as dificuldades que se lhe deparam tantas vezes, quer pelo nível de abstracção que tem inerente, quer também pela necessidade de transcendência que impõe, ou seja, sair de si próprio(a) e da sua circunstância e olhar o outro, ver o que marca um sulco às vezes bem subtil, nem por isso presente, na vida, no Direito, claro.

3.6. A filiação e os menores: a diferença

I. As crianças começam então, nos anos 70, a ver despontar os primeiros instrumentos internacionais a seu respeito.

Os idosos, esses aguardam ainda uma Carta de Direitos, que dê sequência aos preceitos programáticos⁹³ dos artigos 67.º, n.º 2, alínea b) e 72.º da Constituição da República Portuguesa⁹⁴ e que terá, como sempre em relação a instrumentos deste tipo, um papel sobretudo simbólico. Na verdade, se é

⁹² Nesta linha, escreve SYLVIANE AGACINSKI, *Política dos sexos*, Celta, Oeiras, 1999, p. 43: «O que é (...) universal em sentido lógico (...) não é ser-se homem ou ser-se mulher (...), mas o próprio facto de se ser sexuado: todos os humanos são "ou homens ou mulheres"».

⁹³ De acordo com o ensino de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (*Direitos Fundamentais*), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 105, trata-se de «normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações económicas, sociais, administrativas ou outras; e daí inevitáveis consequências quanto à sua realização».

⁹⁴ Além do Código Civil e do DL n.º 391/91, de 10 de Outubro.

⁹¹ LEONOR BELEZA, «O Estatuto das Mulheres na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º vol., Lisboa, 1977, pp. 63 e ss.

muito meritório acentuar o seu papel como personagens do Direito da Família, esta acentuação tem implícito o reconhecimento de conter uma espécie de vanguardismo ainda e questionamo-nos se às vezes não se dará o caso de, pesem as intenções jurídicas também, maravilhosas que lhe estão inerentes, se tornar em algo perverso, o que seria um risco terrível.

II. Mas o que nos importa saber, afinal, é a medida em que outras matérias entram no Direito da Família. Referimos o casamento e a propósito dele o estatuto de ambos os sexos e o das crianças.

Cremos que esta dimensão das crianças está mais incrustada nos problemas que ocupam o Direito do que possa à primeira vista imaginar-se. A humanidade inerente a cada criança determina o seu estatuto na Família e há com certeza reflexos em várias instituições que deverão ser atendidos.

É, porém, certo que há muito de contemporaneidade na descoberta das crianças enquanto titulares de direitos. Arriscaríamos dizer que isso é mais visível no caso dos direitos das crianças do que no caso dos direitos das mulheres. Aliás, já vimos que se reflectiu na maneira como são construídos os estatutos de filiação, proscrevendo uma forma mais prestigiada que outra e como também se olha na lei o então poder paternal, tendo em conta os interesses do menor.

Todavia, este dado é bastante recente na cultura europeia. E não se dirá que tem mais ou menos a mesma gestação que se encontra para o aparecimento dos direitos das mulheres. Na realidade, julga-se que tem uma gestação mais tardia e também mais lenta.

3.7. Os menores na Família

I. Há quem afirme que a cultura europeia encara a criança como um homúnculo até ao século XVI. PHILIPPE ARIÈS⁹⁵ sustenta este entendimento. A pintura depõe muito nesse sentido: figuras infantis apenas nas proporções, já que em tudo o mais se assemelham a homens e mulheres.

Esta forma expressiva que a Arte toma transpõe-se para a vida real, ou, mais precisamente, é um seu reflexo. Não havia, entenda-se, uma percepção social e normativa da criança nas suas particularidades, como ser humano em formação e carente de um processo educativo que ao Direito, designadamente, competisse conformar.

Mas uma tese diferente ocupa nesta sede um lugar. Há quem entenda que as crianças foram «descobertas» muito cedo, muito antes do século XVI, sim, mas com prejuízo próprio e na qualidade de seres adstritos à satisfação de necessidades dos adultos, progenitores e não só. Os tratamentos violentos, que muito cedo a sociedade reconhece serem as crianças vítimas preferenciais, tinha afinal um efeito útil: era a satisfação de necessidades não obtida por outra forma, era a projecção de frustrações dos adultos, não conseguida de outro modo⁹⁶. E o Direito?

⁹⁵ PHILIPPE ARIÈS, *El niño y la vida privada familiar en el antiguo régimen*, Taurus, Madrid, 1987, pp. 136 e ss. (a obra é de 1962). Segundo o Autor, a criança é uma aparição desta época, verificando-se que as anteriores são caracterizadas por uma ignorância da criança enquanto categoria. O homúnculo de que o texto dá notícia tem expressão no tamanho do crânio de crianças recém-nascidas, que não obstante possuem já a configuração de uma «cabeça adulta», ou, sob outro ponto de vista, no modo como as vestem, e são roupas de adultos que contemplamos na pintura. Este aspecto não traduz outra coisa que não seja um epifenómeno da concepção infantil na Arte, ou, por palavras mais certeiras, da sua desconsideração, em benefício de um princípio de equiparação aos adultos que perpassa todo o entendimento.

⁹⁶ LLOYD DEMAUSE, *Historia de la Infancia*, Alianza, Madrid, 1982.

II. O Direito marca a supremacia do pai, do chefe da família, sobre os menores, submetidos ao seu poder.

Sabe-se que não eram os únicos que se colocavam nesta situação, a qual se estendia à mulher casada e às mulheres da família submetidas à autoridade do chefe.

Depois, com o alvorecer da Idade Média, há uma reconfiguração nos dados jurídicos. Agora, a criança tem em certos casos uma função social que se começa a exprimir cedo. O varão mais velho de cada estirpe é um tendencial candidato à liderança da família e, por esse facto, incumbido da missão de aprender e exercitar por imitação, na medida da educação a que esteja submetido, os ditames que o habilitarão para esse efeito. Porque o carácter relacional se exprime aqui, cada um dos intervenientes na Família virá a terreno no âmbito do cumprimento do seu papel. A cidadania individual é obtemperada por um sistema de ligação que fará de cada pessoa o destinatário de um novo papel, mas em todo o caso sem margem de autonomia ou liberdade nestes anos que precedem a idade adulta.

Com o Liberalismo e, no nosso mundo do direito contemporâneo, com a Revolução Francesa, o Direito erige Direitos Fundamentais cuja repercussão atinge todas as pessoas. A criança é-o, antes de tudo o mais. E, no entanto, verifica-se que a realidade jurídica insiste num plano diferente: de autoritarismo sobre os menores, dominado talvez, agora de uma forma técnica, dogmática, mais rigorosa, por fundamentação diversa.

Em pleno século XIX, a lei francesa afirma que, sempre que o pai tenha motivos muito graves de queixa em relação à conduta de um filho, poderá recorrer ao tribunal distrital; até aos 16 anos poderá haver lugar a detenção não superior a um mês desse menor; daí até à maioridade, de 6 meses. Não se requerem, para este efeito, formalidades judiciais, sendo que a situação pode repetir-se⁹⁷.

⁹⁷ LYNN HUNT, "La vida privada durante la Revolución Francesa", in *Historia de la vida privada*, Tomo VII (coord. Ariès e Duby), Taurus, Madrid, 1991, p. 129.

III. O Humanismo possuiu todas as condições e os instrumentos teóricos para, olhando o Homem por outro prisma, contemplar também os seres humanos em formação e educação. Esta projecção terá a virtualidade de lograr os ingredientes para um reconhecimento em dignidade e igualdade.

Ora, a realidade mostra que este caminho a que o Humanismo abriu as portas não foi percorrido.

É verdade que têm uma parte forte de razão as teses que afirmam que durante muito tempo foram as crianças usadas como meio de superação de frustrações dos adultos a cargo de quem estavam. E os pais, naturalmente incluídos neste núcleo essencial, não se furtavam ao anátema. Mas, se é certo que surgiram entretanto algumas obras demonstrativas da importância que se vinha conferindo à missão educativa, esta era entendida como a educação para a chefia da família, a defesa dos seus interesses e subsistência, financeira e na projecção social. Será a educação daquele que, detendo a chefia do agregado, participará activamente na vida da *polis* democrática que emerge com a Revolução Francesa.

A relação entre o conceito que o Direito reflecte e a realidade de um tempo de mudança é por demais evidente. É verdade que a consciência progressiva dos Direitos Humanos e o seu processo de sedimentação proporcionaram um outro enquadramento dos problemas dos menores. Entre a época em que o pai de família podia a seu alvedrio entregar o filho a uma instituição devido a alegado comportamento ilícito, subrogando-se aos tribunais afinal (um poder que o Código de Napoleão vem indeferir em 1804) e esta época em que os Tribunais de Menores assumem uma intervenção tutelar educativa, ou de protecção, como última instância, vai um fosso muito importante.

Em *Los niños olvidados. Relaciones entre padres y hijos de 1500 a 1900*, FCE, México, 1993, ao realizar uma pesquisa sobre a infância e direitos dos menores entre os séculos XVI e XIX, LINDA POLLOCK vai igualmente por este caminho.

Esse fosso, exprime-o bem o caminho legal percorrido entre o Código de Seabra e o Código Civil de 1966, que em muitos aspectos é considerado, como vimos, altamente inovador.

IV. Concluiríamos então que o tempo actual é um tempo que finalmente centrou devidamente os problemas dos menores, e que, se dúvidas ou arrimos de lacuna legislativa subsistem, são matéria a completar através das adequadas reformas legislativas.

Todavia, não se compartilha deste ponto de vista. Há ainda um caminho, também de compreensão sociológica da situação dos menores, em que as opiniões divergem; e estas teses têm reflexos jurídicos. E por isso há aspectos a clarificar e a corrigir.

3.8. Teses recentes

I. Pensa-se desde logo na controvérsia que hoje separa os entendimentos comunitaristas e voluntaristas sobre os direitos das crianças.

Segundo a concepção comunitarista⁹⁸, os destinatários de políticas públicas devem ser vistos primordialmente enquanto

⁹⁸ Sobre a demarcação do comunitarismo face às doutrinas que tomam os direitos humanos como fundamento moral último e ainda às teses que desenvolvem «qualquer construção moral baseada em critérios universalistas», por todos, CARLOS SANTIAGO NINO, "Liberalismo versus comunitarismo", in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988, pp. 363-76. Obtemperava já HUME, *Tratado de la Naturaleza Humana*, III, II, ed. Nacional, pp. 704-705, a esta ideologia que pretere a autonomia em razão de considerações gerais: «Em geral, pode afirmar-se que na mente dos homens não existe uma paixão tão grande como o amor à humanidade, considerada simplesmente enquanto tal e com independência face às qualidades das pessoas, dos favores que nos façam ou da relação que tenham connosco. É verdade

que não existe criatura humana (...) cuja felicidade ou desgraça não nos afecte em alguma medida quando está próxima e a sua situação se nos apresenta de forma viva. Mas tal provém apenas da simpatia; não existe prova alguma de um afecto para com a humanidade».

Do exposto explicita-se a crítica ao comunitarismo: impossibilidade de preterir a relação individual por outra de tipo universalista. Neste ponto, claudica a inspiração das teses acima enunciadas.

No entanto, segundo a mesma tese, seria um erro reconhecer direitos às crianças ou a qualquer ser humano desde que fora da perspectiva social em que se integra. Pois, fora deste ambiente que determina a formação de cada um, não há a expressão correcta da humanidade que se desconsidera. Esse, sustentam, foi o erro maior dos individualistas e seria o erro de qualquer tese insusceptível de proceder à consideração integradora social que se impõe. Não se trata de criar mecanismos de mediação entre a afirmação dos menores e a vida social, mas sim, de atender ao papel da sociedade nesse processo complexo de integração de todos os seres com os outros, entre os outros.

A tese comunitarista é integracionista, na medida em que não desconsidera o papel da sociedade na formação pessoal do homem. Mas, ainda assim, é uma tese que centra na pessoa e na sua dignidade todos os direitos. Nessa medida, o nome porventura induz em erro, instila uma visão que não corresponde à realidade subjacente. O comunitarismo é uma forma de personalismo que lhe apõe a importância social e jurídica dos factores de integração social, inexoravelmente presentes.

Resta, porém, saber em que medida a Família tem capacidade de resposta a todos os problemas e realidades humanas que decorrem da personalidade, designadamente

que não existe criatura humana (...) cuja felicidade ou desgraça não nos afecte em alguma medida quando está próxima e a sua situação se nos apresenta de forma viva. Mas tal provém apenas da simpatia; não existe prova alguma de um afecto para com a humanidade».

Do exposto explicita-se a crítica ao comunitarismo: impossibilidade de preterir a relação individual por outra de tipo universalista. Neste ponto, claudica a inspiração das teses acima enunciadas.

do menor. Parece que uma resposta afirmativa é irrealista e redutora. É verdade que os menores se desenvolvem dentro de pequenas comunidades e nelas se procede a uma parte essencial do seu processo de socialização. Sendo assim, têm razão os comunitaristas ao sustentar que será a Família uma realidade essencial a considerar neste domínio. Não só porque no seu interior se reconhecem direitos, mas sobretudo porque é legítima representante de muitos interesses e direitos dos menores perante toda a sociedade.

Mas aqui termina a parte aceitável do comunitarismo, pois ele padece dos problemas próprios de todas as correntes que, integrando a pessoa numa comunidade, lhe esbatem ou mesmo tendem a anular a autonomia essencial em cada momento da vida. O homem é um ser comunitário mas sem que isso impeça ou muito menos exclua a sua dimensão de ser único. E esse reconhecimento é a grande conquista dos Direitos Humanos, com amplo eco doutrinário, que o comunitarismo arrisca comprometer, ao sustentar a ideia segundo a qual a integração das pessoas na sociedade familiar permite que seja esta representativa, em última instância, e de forma plena, dos seus direitos. Como e através de que mecanismos? E, sobretudo, como comprovar que o ser humano é um ser institucional em todo o sentido?

O sentido da crítica é evitar descambar num silêncio comprometedor. De facto, não se defende as conclusões comunitaristas sobre os menores como democraticamente possíveis e compatíveis com a Constituição.

II. Já as teses voluntaristas singram pelo modelo oposto.

De acordo com elas, e recorrendo ao argumento de se poderem mais confortavelmente reclamar dos direitos na sua expressão clássica (real) como direitos pessoais e essencialmente compreensíveis nessa óptica, os direitos dos menores são considerados na sua expressão de direitos individuais.

Todavia, esta conclusão deixa muito a desejar. O voluntarismo pondera os direitos dos menores mas para con-

cluir que as crianças não têm a capacidade de autonomia plenamente desenvolvida. As crianças fazem ainda o percurso que conduzirá ao estatuto que se detém na idade adulta. E, sendo assim, o menor participa já dos direitos essenciais, mas não logra ser um seu actual titular. Por essa razão, aos pais competirá tomar a defesa dos seus direitos. E isto vale por dizer que terão legitimidade para os interpretar em todas as circunstâncias, com a ressalva, com certeza, dos casos de incapacidade do próprio progenitor ou de quem o represente.

A tese não se adapta à realidade biológica e social das crianças. Reconhece-se hoje que estas são seres em evolução, sim, mas municiadas com um conjunto de direitos que exprimem uma personalidade existente na infância. E, sobretudo, é-lhes reconhecida a dignidade, também social, que indefere a ideia desta tese.

Como compatibilizar um tal ponto de vista com a dignidade humana, tal como o Direito actual a concebe e os Tratados insistem em disseminar?

A ideia de dignidade humana, que DWORKIN⁹⁹ adjectiva de poderosa e sempre recorda a concepção da auto-finalidade do homem tal como KANT¹⁰⁰ a concebeu, é um direito humano eivado de natureza ética ainda.

Seria uma contradição nos termos a tentativa da sua sustentação seguida da defesa de que, havendo interesses

⁹⁹ RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1987, p. 198.

¹⁰⁰ IMMANUEL KANT, *La paz perpetua*, Espasa-Calpe, Madrid, p. 117: «... a ideia de um direito de cidadania mundial não é uma fantasia jurídica, mas um complemento necessário do código não escrito do direito político e das gentes...». O reconhecimento da cidadania a nível tão extensivo é a contra-imagem das concepções inclusivas do homem em pequenos grupos enquanto portadora de uma axiologia superior. Qualquer pessoa – qualquer criança – é cidadã do mundo e não prisioneira de um grupo institucional, por mais laços que a unam ao mesmo. De outra forma, destitui-se de sentido a dignidade, a autonomia e a liberdade.

peçoais de natureza superior e que subordinam os direitos das crianças, a estes direitos se sobreponham as melhores medidas tomadas «no interesse da família», o que é «melhor para a família».

Aliás, cedo o Direito se dá conta da ligação essencial entre a consequência de alguém possuir pleno discernimento (inteligência e liberdade) ou não o possuir.

O Código de Napoleão aponta o aspecto. Mas não só ele. A idade que a lei aceita para o consentimento face a muitos actos relevantes depende do grau de discernimento obtido. Não tem como generalizar-se uma regra tendencial em princípio de constrangimento das soluções legais nesta matéria.

III. As teses contratualistas. Segundo elas, as crianças, dependendo dos pais na menoridade, estabelecem com estes uma relação de compromisso que levará a um termo após a idade adulta¹⁰¹.

A tese é construtivista e viciada nos termos. O contratante inicial é um ser consciente, de personalidade adulta. Uma imagem não é uma explicação jurídica.

IV. Enfim, as correntes que hoje insistem em entender que a personalidade se constrói através da afirmação participativa do menor na sociedade, para o que contribui a sua afirmação dentro, também, do agregado familiar e as consequências que deverão ser reconhecidas a tal afirmação.

São teses realistas e apelativas. O problema que colocam é difícil. Trata-se de saber a quem compete tomar posição, caso os menores não colham na opção de um dos seus progenitores, ou de ambos, uma solução compatível

com o seu próprio projecto e detenham já idade bastante para que se torne relevante e pertinente ouvi-lo.

Estas reflectem-se já nos instrumentos internacionais, se bem que de modo não muito assertivo.

3.9. Os diplomas internacionais: dimensão simbólica ou eficácia evidente?

I. Assim, a Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Crianças¹⁰² não torna claro o papel que deva cometer-se realmente à criança neste processo de decisão.

Concretizando: posto que o menor não se mostre de acordo com os pais em relação a aspectos da sua realização e desenvolvimento, como são os respeitantes ao ensino que terá ter e à educação religiosa que lhe será ministrada, como decidir? Compete ao juiz tal decisão?

A verdade é que o juiz, tendo por si a vantagem da isenção face a possíveis interesses que as opções dos pais reflectam, não tem um conhecimento do menor que lhe permita tomar com grande à-vontade posição no processo decisório. Sempre se poderá dizer que tem o juiz a possibilidade, mesmo o dever, de se fazer acompanhar na formação deste processo decisório pelo conselho de família, por técnicos de psicologia, pedagogos qualificados. Mas este aspecto, que aliás já a lei em vigor contempla, não contém sortilégios. Há aspectos educativos de grande melindre sobre os quais, em última instância, sempre se coloca a alternativa entre a outorga aos pais ou a quem os represente e a ênfase reconhecida à vontade em sentido diverso do menor.

II. A lei portuguesa tem feito esforços grandes no sentido da integração social dos menores quer na Família,

¹⁰¹ JOHN O'NEILL, *The Missing Child in Liberal Theory. Towards A Covenant Theory of Family, Welfare and Civic State*, University of Toronto Press, Toronto, 1994.

¹⁰² Assinada por Portugal em 6 de Março de 1997, em Estrasburgo, e aberta à assinatura em 25 de Janeiro de 1996.

que corresponde a uma obrigação decorrente do artigo 36.º da Constituição, quer no mundo social, através de adequados meios de acesso à cultura e à educação. Há uma noção muito clara, que a lei reflecte, de que os pais têm aqui um papel, senão insubstituível, ao menos primordial. Pretende-se dizer com a afirmação que os pais deverão liderar, sempre que possível em conjunto, o processo educativo e que esta liderança corre à margem das rupturas conjugais que porventura ocorram entre eles. Enfim, que a sua substituição deve dar-se, a benefício do menor, em alguém que mantenha uma relação de proximidade, na medida em que seja detentor de condições para o efeito (materiais, afectivas ...).

Muitas vezes cometem-se erros. A preocupação de entregar a criança à mãe biológica, posto que capaz de prover ao seu sustento e manifestando apetência afectiva para o efeito, ainda há pouco tempo faria correr torrentes de opinião. Na verdade, correu mal naquele caso¹⁰³. Mas não pode julgar-se a decisão anterior sem os elementos completos, decerto complexos, que a rodearam. Em princípio, o Tribunal que entrega a criança à sua mãe biológica e que deseja a criança é uma decisão acertada. Ou, por outro ângulo, que alternativa melhor se encontraria?

Enfim, a propósito dos menores e do seu reconhecimento social e jurídico, não obstante a importantíssima movimentação jurídica que se está a verificar nestas últimas décadas em torno da consciência disseminada dos seus direitos, não se compartilha a ideia desresponsabilizadora e maniqueísta

¹⁰³ Caso recentemente ocorrido no Leste: mãe portuguesa a quem a criança é entregue, no pressuposto de que a mãe é a pessoa em melhores condições para proporcionar carinho e condições de vida à filha. Esta, porém, pretende voltar a Portugal, dado que a mãe tem hábitos alcoólicos incompatíveis com o acompanhamento devido da criança. Equacionando o poder paternal/responsabilidade parental como direito limitado pelo interesse superior das crianças, JOHN FEINBERG, *Rights, Justice and the bounds of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 1980.

que permite um juízo que diaboliza o «passado» e elogia um presente que caminha em direcção ao mirífico... Infelizmente, somos um tanto menos optimistas. Prefere-se reconhecer que há uma consciência social e, sobretudo, instrumentos jurídicos que representam um progresso incomparável.

3.10. Um direito personalista nas decisões

I. Os nossos Tribunais de Menores fazem muito pelos direitos das crianças. E não só eles. Apesar de todos os horrores que lemos e de que tomamos conhecimento, é sustentável que as crianças são em muitas famílias um centro de enorme carinho e atenção.

Caso se proporcionasse escolher um quadro representativo do mundo da Família, das crianças integradas no mundo adulto, não se escolheria RUBENS, PICASSO ou DALI, nem sequer PAULA REGO e as suas fantásticas e misteriosas meninas!

Escolher-se-ia VELÁZQUEZ. Mais propriamente *Las Meninas*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ A pintura barroca foi realizada por DIEGO VELÁZQUEZ em 1656, tendo-se mantido nas dependências do Alcázar de Madri até ao incêndio de 1734. Nessa altura, voltou ao Palácio Novo edificado sobre o solar incendiado. No começo do XIX, foi para o Real Museu de Pintura e Escultura (actual Museu do Prado). Os inventários reais haviam dado diferentes denominações à pintura: "La Señora Emperatriz con sus damas y una enana" (1666) e "La familia del Señor Rey Phelipe Quarto" (1734). Foi no Museu do Prado, no catálogo redigido por Pedro de Madrazo, em 1843, que a obra é chamada pela primeira vez "Las Meninas" - expressão de origem portuguesa com que se designavam as acompanhantes de crianças reais no século XVII - as filhas de personagens da nobreza que entravam em Palácio como donzelas de honra das infantas e as acompanhavam todo o tempo no seu séquito. Na verdade, o quadro é a obra, bem diferente da encomenda, com que o pintor culmina o pedido do Rei: que exprimisse no quadro a grandeza da Família real. O pintor resolve inverter o plano e mostra a

Basta ter em conta que a consistência que ali (onde tudo é volátil, susceptível de várias interpretações: para onde olha o pintor? Que retrata o espelho no fundo da sala? O Rei e a Rainha ao nosso nível, sentados a posar para o retrato? Porque observa o homem lá atrás a cena?) existe parte de uma Família. O que dá consistência a um cenário enigmático, cheio de símbolos dificilmente descodificáveis, o que lhe confere também unidade é a Família do Rei Filipe IV. A Infanta Margarita irrompe na sala onde o pintor se encontra e faz, parece, uma birra: está farta de ser pintada por aquele homem, desde bebé que a habituaram a posar para este. A criança é lindíssima e fascina o artista, mas o encanto não é recíproco. Margarita talvez não tenha um fascínio sinalagmático pelas barbas do homem das tintas e das telas, pelo seu olhar prescrutador. Será medo? Seja o que for, ninguém reprova nem a contraria. Todos tentam persuadi-la: as aias portuguesas ("Las Meninas", a irmã, Teresa, talvez o Rei e a Rainha que porventura olham para nós, reflectidos num espelho. Talvez, ainda, VELÁZQUEZ ...).

É uma família muito prosaica que dá consistência ao quadro. E é uma família que acarinha uma criança, não a ameaça por não querer posar pela enésima vez. Há sentimentos que perduram. Nisto se traduz um papel decerto pouco consistente no passado, mas representativo da nossa cultura acerca da infância.

II. Ora, este ponto abre as portas a uma realidade que tem de ser devidamente realçada no início do estudo do Direito da Família. Trata-se de saber que pontos da vivência das pessoas, que revestem a qualidade de pais, filhos, edu-

grandiosidade do poder através da sua própria Arte, que afinal é expressão última da grandiosidade da época, do seu mecenas. Mas para isso socorre-se da ideia proposta: a Família. Fá-lo, contudo, através de um outro simbolismo. E no lugar de uma cena pública apresenta uma cena da vida privada. As normas dessa vida privada são aceites e reconhecidas: harmonia e cumplicidade entre os adultos, respeito pelos menores.

cadadores, menores de idade e idosos, devem ser do âmbito do Direito da Família. E se porventura há segmentos deste processo e da sua expressão jurídica que devam exorbitar o Direito da Família.

Este Direito da Família é feito de uma estrutura jurídica que o Direito Privado comum desenvolveu e cuja evolução se enquadra e arreda simultaneamente dele. Decerto que, por isso, um Direito em construção tão intensa e permanente. Também por esse motivo rendeu-lhe SCHWAB o tributo da singularidade do processo de mutação. E, ainda por esse motivo, carente da identificação dos momentos em que mais precipuamente se desvia da dogmática civilística geral para assumir a sua autonomia.

Deste modo, o estudo do Direito da Família é um desafio de rigor na descoberta das diferenças, da natureza essencial. Erram os processos de adaptação acrítica das regras gerais do ramo a que pertence. Erram e banalizam a sua natureza própria, ou pior ainda, descaracterizam-no, assumindo o caminho da sua desadaptação ao que dele e dos seus cultores se exige. A mudança jusfamiliarista não corresponde a uma descrição sociológica ou a uma mera banalidade retórica. A mudança tem aqui o significado de exigência de critérios dogmáticos de compreensão. Das figuras institucionais e seu regime; dos direitos e deveres das pessoas nos núcleos familiares; dos fundamentos jurídicos das invalidades, das rupturas (será paradigmático o caso do Divórcio) e dos critérios da filiação.

3.11. O Caso Linguístico Belga

Recorda-se a este propósito um Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, muito conhecido como *Caso Linguístico Belga*¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Acórdão do plenário da *Cour Européenne des Droits de l'Homme*, de 23 de Julho de 1968, en l'affaire "relative à certains aspects du regime lin-

No caso, colocava-se, aparentemente, “só” uma questão escolar, “só” um problema de direito à educação. Um número de crianças belgas não tinha, nas imediações de casa, escola que ministrasse o ensino da língua familiar: o francês. Preocupados, os pais vieram requerer uma escola diferente para os seus filhos, ou, em alternativa, professores adequados a suprir a lacuna. O flamengo era a alternativa e em casa não falavam flamengo. As autoridades da Bélgica invocaram a possibilidade de as crianças aprenderem francês nas imediações, deixando de viver o quotidiano em suas casas.

A questão foi colocada ao Tribunal Europeu. Este não deu provimento à demanda dos requerentes, que invocavam ofensa do direito à instrução, dado que a Bélgica estaria a impedir uma educação completa na língua materna (ofensa ao artigo 2.º do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e ofensa ao artigo 14.º da Convenção, que proíbe a discriminação entre as crianças no acesso ao ensino), e alegaram que o escopo verdadeiro da legislação era liquidar as minorias de língua francesa na Flandres, dado que lhes restava, como opção, «tornarem-se flamengos ou irem-se embora».

Com efeito, o Tribunal entendeu que não se verificava uma necessidade insusceptível de ser suprida pelos pais, através de expedientes como a escola alternativa e longe de casa. Invocou o princípio da proporcionalidade e o juiz TERJE WOLD chegou ao ponto de afirmar que «o tribunal não deverá colocar-se a decidir no centro de questões de política interna de cada Estado».

Perpassa na fundamentação da decisão, entre outros aspectos também complexos, uma grande promiscuidade entre as possibilidades materiais da Família, que pareciam reais

guistique de l'enseignement en Belgique”, mais conhecido por *Caso Linguístico Belga*, que integra o Apêndice I desta obra e se encontra também disponível em http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Giur_doc/Corte_Stras/Affaire_belgique68.pdf.

nas várias situações, e a plena desconsideração do direito da criança a um acolhimento afectivo na sua casa, no seio de uma família adequada. Esta confusão entre a importância do afecto e a importância das vantagens económicas é gritante na decisão. Contudo, foi o veredicto. Afinal, não vem para o centro da discussão jurídica o direito das crianças, limitando-se, aliás, o Tribunal a garantir que esta pode ser uma questão de política interna, não de aplicação directa de um direito.

Embora as famílias belgas tenham acusado as autoridades de xenofobia, do emprego da separação de famílias para as levar a abandonar de vez aquela zona cuja língua e costumes lhes não eram próximas, a decisão persistiu. Várias considerações, possivelmente políticas, tiveram precedência sobre os direitos das crianças à educação e, sobretudo, a não serem afastadas dos pais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

4.1. «Para onde vamos? Para casa, sempre para casa...»

I. Para além da autonomia dogmática referida, é admissível que domine aqui a mesma tendência que vemos perpassar em muitos ramos do Direito. Uma dificuldade cada vez mais acentuada em criar núcleos de compartimentação entre o que é «coisa privada» e «coisa pública»¹⁰⁶, pois a

¹⁰⁶ Cfr. RUI SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 218 e 219, onde se contraria a suposta distinção ontológica entre o Direito Privado e o Direito Penal e se salienta, na esteira de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 6 e ss., que a distinção entre Direito Público e Direito Privado não se deverá fazer «em termos binários exclusivos», mas entre dois pólos (um público e outro privado) que admitem graduação.

realidade é que há muitos aspectos do Direito da Família que se fazem permear por influência notável do Direito Público também.

Desde logo, as regras e princípios constitucionais que o conformam¹⁰⁷ e os tratados internacionais¹⁰⁸ que lhe dizem

¹⁰⁷ Paradigmáticos serão os artigos 36.º, 64.º, 65.º, 67.º, 68.º e 69.º da Constituição da República Portuguesa, os que incidem directamente no tema Família, não obstante a imprescindibilidade de muitos mais; todos os referentes a Direitos Fundamentais – cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 390 e ss.

¹⁰⁸ *Colorandi causa*, refiram-se as convenções: para a cobrança de alimentos no estrangeiro (DL n.º 45 942/64, de 28 de Setembro); sobre o reconhecimento e execução das decisões relativas às obrigações alimentares (Decreto n.º 338/75, de 2 de Julho e Aviso n.º 144/98, de 31 de Julho); sobre a lei aplicável às obrigações alimentares (Decreto n.º 339/75, de 2 de Julho); relativa à lei aplicável em matéria de prestação de alimentos a menores (DL n.º 48 495, de 22 de Julho de 1968); relativa ao reconhecimento e execução das decisões em matéria de obrigações alimentares para com os menores (DL n.º 246/71, de 3 de Julho); sobre o reconhecimento e execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores (Decreto n.º 136/82, de 21 de Dezembro); sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças (Decreto n.º 33/83, de 11 de Maio); europeia em matéria de adopção de crianças (Resolução da Assembleia da República n.º 4/90, de 31 de Janeiro); relativa à protecção das crianças e à cooperação em matéria de adopção internacional (Resolução da Assembleia da República n.º 8/2003, de 25 de Fevereiro); relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e de medidas de protecção das crianças (Decreto n.º 52/2008, de 13 de Novembro); relativa à competência das autoridades e à lei aplicável em matéria de protecção de menores (DL n.º 48 949, de 22 de Julho de 1968); sobre os direitos da criança (Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro); relativa à emissão de um certificado de capacidade matrimonial (Decreto n.º 40/84, de 24 de Julho); sobre o reconhecimento dos divórcios e separações de pessoas (Resolução da Assembleia da República n.º 23/84, de 27 de Novembro); relativa à lei uniforme sobre a forma de um testamento internacional, concluída em Washington em 26 de Outubro de 1973 (Decreto n.º 252/75, de 23 de Maio) – cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Código do Registo Civil, Código do Notariado e outras fontes com especial relevância em matéria de Família e Sucessões*, 3.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2009.

respeito. Mas, muito mais do que isso. Os Direitos da Segurança Social, do Trabalho, da Administração Pública, fazem aqui a sua incursão. Claro que a opção do legislador por considerar bens comuns os bens adquiridos a título de rendimento do trabalho na constância do matrimónio, mas sem prejuízo de outorgar a sua administração ao cônjuge que os aufer e incluindo, pois, a possibilidade de alienação dos mesmos, como regime paradigmático, exprime uma preocupação equitativa na distribuição dos bens familiares. Ora, este aspecto decorre do sentido jurídico-laboral do salário a que não é indiferente a ordem jurídico-familiar neste ponto.

Por outro lado, quando a lei das uniões de facto admite o regime de férias, faltas e licenças laborais aos companheiros, mesmo na legislação referente à Administração Pública¹⁰⁹, estará a olhar de novo a realidade familiar na perspectiva familiar, num segmento em que intervêm interesses de ambos os direitos. O Direito da Segurança Social intervém por sua vez na outorga de pensões de sobrevivência e na definição do respectivo critério a familiares e unidos de facto¹¹⁰. E assim por diante.

¹⁰⁹ Cfr. artigo 3.º, alíneas b) e c) da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

¹¹⁰ Cfr. artigos 3.º, alínea e) e 6.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Nos termos do Estatuto das Pensões de Sobrevivência (aprovado pelo DL n.º 142/73, de 31 de Março, e alterado pelos DL n.º 191-B/79, de 25 de Junho, DL n.º 173/89, de 26 de Maio, DL n.º 192/83, de 17 de Maio, DL n.º 214/83, de 25 de Maio, DL n.º 283/84, de 22 de Agosto, DL n.º 40-A/85, de 11 de Fevereiro, DL n.º 198/85, de 25 de Junho, DL n.º 20-A/86, de 13 de Fevereiro, DL n.º 343/91, de 17 de Setembro, DL n.º 78/94, de 9 de Março, e DL n.º 71/97, de 3 de Abril), têm direito à pensão de sobrevivência, como herdeiros hábeis dos contribuintes, o cônjuge sobrevivente, o divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens e a pessoa que estiver nas condições do artigo 2020.º do Código Civil (artigo 41.º, n.º 1, alínea a)), sendo certo que «[a]quele que no momento da morte do contribuinte estiver nas condições previstas no artigo 2020.º do Código Civil só será considerado herdeiro hábil para efeitos de pensão de sobrevivência depois de sentença judicial que lhe fixe o direito a alimentos e a pensão de sobrevivência será devida a partir do dia 1 do mês seguinte àquele em que a requerida, enquanto se mantiver o referido direito» (artigo 41.º, n.º 2). De acordo com aquele

regime, tem direito à prestação de sobrevivência, a pessoa que, no momento da morte do beneficiário não casado ou separado judicialmente de pessoas e bens, vivia com ele há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges. O direito à atribuição da prestação por morte do beneficiário da segurança social está, por isso, dependente da prova dos seguintes requisitos: 1. A pessoa não ser casada ou separada judicialmente de pessoas e bens; 2. Viver com a pessoa em união de facto há mais de dois anos; 3. Ter direito a alimentos e não os poder obter das pessoas identificadas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 2009.º do Código Civil. Este regime tem suscitado algumas dúvidas, às quais a jurisprudência e doutrina têm procurado responder.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar alguma controvérsia quanto ao requisito da necessidade de alimentos, quando se verifiquem os restantes requisitos para atribuição da pensão recebida pelo falecido companheiro, e, a entender-se ser aquele requisito exigível, no que respeita à possibilidade de o conceito de alimentos sofrer as restrições referidas nos artigos 2003.º e 2004.º do Código Civil.

Por um lado, a necessidade de alimentos resulta dos artigos 3.º, alínea e), e 6.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio e do artigo 2020.º do Código Civil. Os alimentos a que se refere o artigo 2020.º do Código Civil respeitam a tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, numa perspectiva de salvaguarda permanente da dignidade da pessoa humana. E o progresso económico, social e cultural reflecte-se no conteúdo dos alimentos. Porém, como sustenta jurisprudência recente, os referidos alimentos não se destinam a manter (ou ainda a mitigar uma redução de) um certo nível de vida alcançado, superior àquele que corresponde ao da satisfação condigna das necessidades básicas essenciais, diferentemente do que sucede num contexto de direito matrimonial. Por isso, para determinar a necessidade de alimentos, para os efeitos do disposto no artigo 2020.º do Código Civil, não basta realizar um confronto, meramente aritmético, entre os rendimentos auferidos, por um lado, e as despesas apresentadas, por outro, uma vez que podem haver despesas susceptíveis de extravasar a satisfação condigna das necessidades básicas da respectiva pessoa, designadamente no que concerne a uma habitação adequada, um direito social revestido também de garantia constitucional. O critério para delimitar a satisfação condigna das necessidades essenciais tem assim de corresponder, num justo equilíbrio, à realidade económica e social do País, com rejeição de situações extremas, quer de pendor miserabilista, quer de natureza voluptuária. A prestação social da segurança social, prevista para os casos de união de facto, justifica-se pela necessidade de conferir melhor protecção às pessoas que, por morte do beneficiário

da segurança social, são confrontadas com insuperáveis dificuldades económicas susceptíveis de atingir a dignidade pessoal, de forma a garantir o equilíbrio e a coesão social. Neste contexto, será de recusar a atribuição de pensão de sobrevivência a quem, tendo vivido em união de facto com o beneficiário há mais de dois anos e auferindo a quantia líquida mensal de € 2.738,19 pelo exercício da sua actividade profissional, invoca suportar mensalmente um encargo correspondente ao valor de € 2.369,82, por não se pode concluir que estivesse numa situação de necessidade de alimentos, tal como os mesmos devem ser entendidos ao abrigo do disposto no artigo 2020.º do Código Civil, pois: aquele encargo equivale a uma despesa voluptuária, que excede significativamente a utilidade, quanto mais a necessidade, da satisfação do direito a uma habitação adequada; o rendimento auferido adequa-se à satisfação condigna das suas necessidades básicas – cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de Outubro de 2007, Proc. 7402/2007-6 (Olando dos Santos Geraldês), disponível em www.dgsi.pt e, sobre o tema, por todos, NUNO DE SALTER CID, *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento. Entre o Facto e o Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 672-673 (nota 325).

Por outro lado, parece aceitar-se hoje a possibilidade de o conceito de alimentos sofrer as restrições dos artigos 2003.º e 2004.º do Código Civil. A questão que se coloca é a de saber se os alimentos são os referidos nos artigos 2003.º e 2004.º do Código Civil ou se são os alimentos a que se refere o artigo 1675.º do Código Civil (direito a alimentos inserido no cumprimento do dever recíproco de assistência entre os cônjuges). No primeiro caso, a noção de alimentos deveria restringir-se aos «meios de subsistência estritamente necessários para viver, e não para manter o padrão de vida que o requerente e o falecido mantiveram durante a união de facto, como se depreende, aliás, logo da simples localização sistemática da norma – colocada, não nas adjacências do direito matrimonial ou à sombra de recíproco dever de assistência conjugal, mas no coração do título do Código que trata dos alimentos, no sentido técnico-jurídico da expressão». Na verdade, de acordo com o artigo 2003.º, n.º 1, por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, devendo ser proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los, nos termos do artigo 2004.º, n.º 1, ambos inseridos no Título V (alimentos) do Livro IV do Código Civil. No segundo caso, a noção de alimentos teria a ver com o dever de assistência conjugal referido no artigo 1675.º do Código Civil, sendo certo que nem neste nem noutros preceitos do instituto, se faz qualquer referência às linhas redutoras do direito a alimentos referido a propósito dos artigos 2003.º e 2004.º,

tendo-se entendido que na expressão alimentos cabe tudo quanto seja necessário, não apenas ao sustento, habitação e vestuário do titular do direito, mas tudo o que a plena comunhão de vida que o casamento cria entre os cônjuges, concretamente, a igualação do seu trem de vida económica e social. Acontece que a obrigação alimentar referida no artigo 1675.º do Código Civil constitui uma relação jurídica familiar que tem como fonte o casamento, enquanto a obrigação alimentar referida no artigo 2020.º do mesmo diploma tem como fonte a lei, na medida em que tutela certos aspectos da união de facto e esta não constitui uma relação jurídica familiar, como resulta do artigo 1576.º do Código Civil. Com a Reforma de 1977 (que introduziu no Código Civil a actual redacção do artigo 2020.º) abordou-se pela 1.ª vez de forma expressa e frontal algumas questões da união de facto, tendo-se feito depois o enquadramento na segurança social através do DL n.º 322/90, de 18 de Outubro, e Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18/01, que veio evoluindo com a Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto e finalmente com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Com estes diplomas procurou-se, por imperativo de justiça social, acautelar alguns direitos fundamentais à custa do sistema ou sistemas de segurança social que dependem da contribuição dos cidadãos neles enquadrados. Porém, num momento histórico da sociedade portuguesa, em que se impõem restrições que se antevêm duras à generalidade dos cidadãos em nome da segurança social, não seria seguramente justo que dos seus cofres saísse dinheiro para alguém que dele diz carecer, não para o que é necessário ao seu sustento, habitação e vestuário, mas para fazer viagens ao estrangeiro, tanto mais que certamente não é este o espírito do legislador que adoptou as medidas de protecção das uniões de facto constantes da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Nesta medida, importa concluir que a medida dos alimentos é assim «a fixada nas disposições gerais dos arts. 2003.º e 2004.º, e não a que seria necessária para manter o mesmo padrão de vida do “casal”, como bem se compreende, pois da união de facto não decorre qualquer dever de assistência, idêntico ao que a lei impõe aos cônjuges no art. 1675.º» – cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 21 de Junho de 2005, Proc. 1456/05 (Coelho de Matos), disponível em www.dgsi.pt, Acórdão do STJ, de 23 de Setembro de 1999, in *CJ (STJ) 1999/III/13*, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 620, e PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 84.

Em segundo lugar, manifestam-se dúvidas sobre a constitucionalidade do artigo 41.º, n.º 2 do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, por introduzir uma diferenciação entre os regimes da união de facto e do

casamento, face aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Mas a conformação legislativa, estabelecendo esta diferenciação, não viola nem o princípio da igualdade, nem o da proporcionalidade, pois as situações matrimoniais e as situações de união de facto, embora socialmente apresentem afinidades, em termos jurídicos, distinguem-se em vários aspectos, justificando, por isso, um tratamento diferenciado. Na verdade, com o casamento, os cônjuges contraem deveres jurídicos, cujo incumprimento acarreta sérias consequências, inclusivamente, de natureza patrimonial, o que não sucede na união de facto, pelo que, enquanto o cônjuge sobrevivente goza do direito à herança, a pessoa sobrevivente da união de facto só, condicionalmente, tem direito a alimentos da herança. De resto, a diferenciação de tratamento não pode considerar-se destituída de fundamento razoável, nem se baseia em critério arbitrário, atento o respectivo efeito jurídico, sendo aceitável, à luz da finalidade social prosseguida, o incentivo às relações matrimoniais.

Nesta linha, relativamente à alegada inconstitucionalidade do artigo 41.º, n.º 2 do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, por violação do princípio da igualdade, a jurisprudência constitucional tem sublinhado que: a) na óptica deste princípio, a situação de duas pessoas que declaram a intenção de conceder relevância jurídica à sua união e a submeter a um determinado regime (um específico vínculo jurídico, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução) não tem de ser equiparada à de quem, intencionalmente, opta por o não fazer; b) o legislador constitucional não pode ter pretendido retirar todo o espaço à prossecução, pelo legislador infra-constitucional, cujo programa é sufragado democraticamente, de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio enquanto instituição social, mediante a formulação de um regime jurídico próprio – por exemplo, distinguindo entre a posição sucessória do convivente em união de facto (reduzida ao referido direito a exigir alimentos da herança) e a do cônjuge; c) a diferenciação de tratamento em causa na presente norma não pode, assim, ser considerada como destituída de fundamento razoável ou arbitrária, verificando-se, por outro lado, um indiscutível paralelo entre ela e o tratamento sucessório de ambas as situações (introduzido pela reforma de 1977).

Por seu turno, relativamente à pretensa inconstitucionalidade da mesma norma, por violação do princípio da proporcionalidade, a mesma jurisprudência constitucional acentua que: a) o que está em causa no confronto de uma solução normativa com o princípio da proporcionalidade não é simplesmente a gravidade ou a dimensão das desvantagens ou inconvenientes que pode acarretar para os visados (como, por

exemplo, a necessidade da prova da carência de alimentos, ou, mesmo a exclusão total de certos direitos); b) o recorte de um regime jurídico – como o da destruição do vínculo matrimonial ou o dos seus efeitos sucessórios – pela hipótese do casamento, deixando de fora situações que as partes não pretenderam intencionalmente submeter-lhe, tem necessariamente como consequência a exclusão dos respectivos efeitos jurídicos; c) o que importa apurar é se tal recorte é aceitável – se segue um critério constitucionalmente aceitável – tendo em conta o fim prosseguido e as alternativas disponíveis, sem deixar de considerar a ampla margem de avaliação de custos e benefícios e de escolha dessas alternativas, que, à luz dos objectivos de política legislativa que ele próprio define dentro do quadro constitucional, tem de ser reconhecida ao legislador; d) o tratamento *post mortem* do cônjuge é, justamente, um daqueles pontos do regime jurídico em que o legislador optou por disciplinar mais favoravelmente o casamento; e) esta distinção entre a posição *post mortem* do cônjuge e a do companheiro em união de facto – que, aliás, podem concorrer entre si depois da morte do beneficiário – é adequada à prossecução do fim de incentivo à família fundada no casamento, que não é constitucionalmente censurável e antes recebe até (pelo menos numa certa leitura) particular acolhimento no texto constitucional; e) os requisitos para o direito à pensão de sobrevivência são diversos, dependendo, no caso de união de facto, e tal como em geral para o direito a alimentos nos termos do artigo 2020.º do Código Civil, de o unido de facto ter direito a obter alimentos da herança, por não os poder obter das pessoas referidas no artigo 2009.º do mesmo Código; f) não é só para o companheiro sobrevivente que existem condições específicas para ser reconhecido o direito à pensão: o ex-cônjuge ou cônjuge separado de pessoas e bens só dela beneficia se tiver sido casado com o beneficiário pelo menos um ano e se na data da morte tiver direito a uma pensão de alimentos; os pais e os avós têm de estar “a cargo” do contribuinte à data da morte para terem direito a pensão, etc. E a pensão cessa quando os titulares do direito obtiverem outras fontes de rendimento; g) apenas ao cônjuge não são exigidas condições adicionais, pois os cônjuges estão ligados por específicos deveres de solidariedade patrimonial – o dever de assistência e, na constância do casamento, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar (artigos 1672.º e 1675.º do Código Civil); h) diversamente, a união de facto não implica forçosamente deveres patrimoniais, ou uma geral solidariedade patrimonial, admitindo-se mesmo que quem vive em união de facto continue a ter direito a alimentos do ex-cônjuge ou, até, mantenha uma pensão de sobrevivência. Recorde-se, aliás, que os próprios diplomas que intro-

II. Concluimos assim que, se uma época existiu em que falávamos com propriedade de um Direito da Família Laboral, Securitário Social, Fiscal, etc., hoje entram em cena direitos com expressão familiar cujo acervo de consequências jurídicas passa em grande parte por outras esferas ou ramos do Direito. Concretizando: a propósito das uniões de

duziram medidas de protecção das pessoas que vivem em união de facto não obrigaram os membros da união de facto a deveres de assistência recíprocos ou a deveres de alimentos em caso de ruptura, ou, sequer, alteraram os preceitos do Código Civil sobre alimentos em caso de morte; i) na solução normativa em apreço não se verifica qualquer «exclusão de plano, e em abstracto, do direito do convivente, por contraposição ao direito do cônjuge», pois a norma em questão «visou justamente, pelo contrário, conceder também protecção, pela extensão de prestações na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, às pessoas que se encontrem na situação prevista no n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil»; j) o sentido da remissão para o artigo 2020.º do Código Civil, com a exigência de provar os requisitos exigidos neste normativo, mais não é do que «a prova, justamente, da necessidade de protecção da pessoa em causa, por não a poder obter dos seus familiares directos», sendo, portanto, coerente com o objectivo visado pela prestação social em causa: para o cônjuge, considerando os deveres de solidariedade patrimonial e a obrigação de alimentos em caso de ruptura, presume-se essa situação; para o caso da união de facto, é necessário fazer prova da necessidade de protecção, tal como quando se pretende obter alimentos; k) da exigência daqueles requisitos não resulta, assim, qualquer violação do princípio da proporcionalidade, sendo de notar, aliás, que, para além da possível conveniência em distinguir a posição do cônjuge, pode verificar-se também, no caso concreto, um problema de concurso entre aquele e o companheiro em união de facto – cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 88/04, de 10 de Fevereiro, 3ª Secção, Proc. 411/03 (Gil Galvão), n.ºs 159/05, de 29 de Março, 2ª Secção, e 614/05, de 09 de Novembro, Plenário, ambos do Proc. 697/04 (Paulo Mota Pinto), disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, Acórdão do STJ, de 16 de Setembro de 2008, Proc. 08A2232 (Fonseca Ramos), disponível em www.dgsi.pt, Rita Lobo Xavier, “União de facto e pensões de sobrevivência. Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, Julho-Setembro, de 2004, pp. 16 e ss., e PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 92.

facto, há com certeza um modelo a que estas têm de obedecer, sob pena de não se subsumirem as situações em questão à categoria. No entanto, uma vez reconhecida a existência da união de facto, vemos que as suas principais consequências são atinentes a outros ramos do Direito.

Ora, isto não acontecia nem acontece com institutos clássicos, como o matrimónio, a filiação, a adopção... Há uma realidade emergente que entra no Direito da Família por via do reconhecimento de proximidade face às matérias que este contempla. No entanto, uma vez entrada, o cerne dos temas de que cura o Direito da Família a seu respeito abre uma janela gigantesca sobre outras realidades jurídicas. Muitas destas realidades são de Direito Público e têm a pretensão de assegurar as pessoas que fizeram tais opções de vida no mundo laboral ou em segmentos seus, no mundo da segurança social, da saúde, no plano da habitação.

4.2. Indicação de sequência. Justificação

I. Muda, pois, o Direito da Família, sofre uma espécie de crise de identidade não assumida. Na realidade, sob a capa de uma aparente certeza que se transmite, a de que é fácil e urgente integrar neste domínio a parte que claramente lhe compete e constitui quinhão seu, alberga-se a realidade inversa.

O que falece são os critérios de fronteira entre o que é ainda Direito da Família e aquilo que, sendo Direito que emerge de relações de tipo familiar, não tem os problemas próprios do Direito da Família. Mas ainda se perguntará se não se dará o caso de ser este afinal o caminho de uma reformulação conceitual e material do conteúdo?

De facto, não há como dar por adquirida uma resposta ao estudo do nosso objecto sem o aceitar de forma problemática e aberta. Equacionar os novos temas que emergiram e outros tantos que batem à porta da dogmática

jusfamiliar. Retomar criticamente as matérias incluídas nos programas tradicionais e as matérias que clamam por inclusão: entre o casamento e a união de facto, tanto na sua expressão legislativa como na proposta político – legislativa de maior força normativa para alguns destes institutos, pela qual tantos clamam (casamento entre homossexuais, reconhecimento dos mesmos direitos que os conferidos ao matrimónio). Tomar posição sobre a acentuação do regime jurídico dos menores. Tomar ainda posição sobre os direitos dos idosos, incluídos de novo no agregado familiar mas analisada a sua situação como pessoas fora dele.

II. E depois, cumpre ter em conta o influxo crescente com que outros ramos do Direito actuam aqui. Afirma-se crescer a violência dentro da Família? Há logo quem agite a necessidade da intervenção penal. No entanto, dentro do Código Civil, pouca é a importância que o legislador atribui a certos crimes que identifica contra um dos cônjuges ou contra familiares próximos¹¹¹.

A turbulência social e normativa da Família não é uma caixa de Pandora, muito menos uma causa de desculpa

¹¹¹ Cfr., por todos, BAILLEAU/CARTUYVELS, *La justice pénale des mineurs en Europe: Entre modèle Welfare et inflexions néo-libérales*, L'Harmattan, Paris, 2007, pp. 261-276. O cerne da discussão, demonstra-se na obra, é a oscilação contemporânea entre um modelo de compreensão da justiça de menores baseado na Convenção dos Direitos da Criança ou antes um, muito diferente, sustentado na ideia de gestão de riscos, segurança e ordem pública. De facto, o problema central, quando uma criança comete um delito, é traçar a bissectriz de um enquadramento do comportamento praticado atendendo, por um lado, ao seu interesse superior (é para todos os efeitos uma criança) e ao facto de o dano perpetrado ter decorrido no domínio social, a que ainda não é suposto ter acedido, pois que se encontra em processo que a lei reconhece de evolução e maturação. Refira-se ainda, BERNUZ BENEITEZ/ESTHER MOLINA, "La gestión de la delinquencia como riesgo, Indicadores de un nuevo modelo", in *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2008.

para as indefinições. Pelo contrário, impõe uma atitude interventiva. É a medida desta que implica, por igual, saber quais as fronteiras dos deveres recíprocos.

Reconhece-se que, se muitas serão as dúvidas sobre a pertença correcta, dogmaticamente certa, ao Direito da Família, este constitui hoje, no estudo universitário, a sede de encontro com os problemas equacionados. E, nesse sentido, não parece que lhes devamos fechar a porta do nosso objecto.

O Direito actual acentua cada vez mais traços de interdisciplinaridade. E isso provoca insegurança. Contudo, o receio de não nos centrarmos nas questões essenciais e aceitar "desvios" pode levar ao medo de receber influências: penais, laborais, administrativas.

Creemos que esse medo não deverá impor-se. O tronco dogmático da Família, a sua expressão da vida intersubjectiva na esfera de intimidade é por demais forte. Certamente exige o reconhecimento dos lugares paralelos e referências que se vão multiplicando. É um Direito complexo, muito mais do que tantas vezes se insinua por tentativas de simplificação pedagógica ou por deturpação jurisprudencial. Mas não faz sentido omitir que a dogmática jufamiliar se enriquece no confronto, nem deixar de reconhecer que esse confronto é benéfico. E não se desfigura assim o Direito da Família. A história recente mostra bem quanto ele ganha com a agregação de novos planos jurídicos, que constituem aliás um desafio salutar à preservação do núcleo essencial: a privacidade.

PARTE II
TRABALHOS DE ALUNOS DO 3.º ANO/DIA DA FDUL,
NO ANO LECTIVO DE 2009/2010

I – A NOVA LEI DO DIVÓRCIO E A IMPORTÂNCIA DOS DEVERES CONJUGAIS*

Sumário:

- § 1. Os deveres conjugais.
- § 2. A importância dos deveres conjugais antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.
- § 3. Críticas à nova Lei do Divórcio.
- § 4. Os deveres conjugais à luz da nova Lei do Divórcio.

§ 1. OS DEVERES CONJUGAIS**

Artigo 1671.º CC – princípio da igualdade – deveres recíprocos entre os cônjuges

Nota: Antes da reforma de 77 o marido e a mulher tinham direitos próprios.

Artigos 1672.º CC – neste artigo vêm previstos o dever de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

Nota: Até à reforma de 77 o dever de respeito e cooperação não vinham previstos.

Os deveres conjugais previstos no artigo 1672.º CC são taxativos?

A doutrina diz que sim porque facilmente reconduzimos outro dever a um já previsto na lei. Exemplo: o dever de sinceridade pode ser incluído no dever de respeito.

* Súmula da aula teórica da Turma B do 3.º Ano Diurno, de 6 de Novembro de 2009, apresentada pelos alunos Ana Júlia Maurício, António Queiroz Martins, Joana Andrade Nunes, Madalena Perestrelo de Oliveira e Tiago Garcia Soares.

** António Queiroz Martins e Tiago Garcia Soares, subturma 15.

O artigo 1672.º CC é **imperativo** pois não é possível excluir nenhum dos deveres enunciados. O que é possível é os cônjuges cumprirem-nos do modo que acharem mais adequado às suas necessidades.

Dever de Respeito

1. Introduzido na reforma de 77.
2. É um **dever residual**, isto é, só será aplicado quando não houver violação directa dos outros deveres do artigo 1672.º CC.
3. Tem uma **vertente negativa** – dever de um dos cônjuges não ofender a integridade física ou moral do outro (violação dos bens ou valores de personalidade). Ex: trazer para casa de família um filho fora do casamento; a mulher recorrer a técnicas de procriação assistida sem o consentimento do marido.

Para além deste deveres de “não fazer” ainda existe o dever de não levar uma vida indigna que conduza à desonra ou má reputação em público. Este dever surge da ideia de unidade moral (como já referiu alguma jurisprudência) que visava transpor o conceito de injúrias indirectas.

4. Tem uma vertente positiva – não é o dever de um cônjuge amar o outro. A lei não impõe sentimentos. O que a lei quer dizer é que o cônjuge tem: a) de mostrar um mínimo interesse pela família; b) de falar com o outro cônjuge; c) manter a comunhão espiritual, ou seja, tem de manter uma relação de proximidade.

Dever de Fidelidade

1. Este é um puro dever negativo.
2. Compreende a ideia de não cometer adultério – não ter relações sexuais consumadas com outra pessoa que não o cônjuge.
3. Relações com pessoas do mesmo sexo não é considerado adultério – é discutível.
4. Temos de ter em conta dois elementos:
 - a) **Objectivo:** relações sexuais consumadas;
 - b) **Subjectivo:** intenção/consciência que se está a violar este dever. O que não acontece no caso de coacção ou erro.

Só integrados estes dois elementos é que o adultério constitui causa de divórcio.

Excepção

5. A tentativa de adultério também pode ser uma violação deste dever, uma vez que compreende a degradação da ligação sentimental entre os cônjuges.
6. O juiz é quem faz a apreciação das presunções de adultério.

Dever de coabitação

Dever/obrigação de criar uma casa de morada de família (não pode ser alterada unilateralmente, artigo 1415.º CPC). Este local mais não é do que o local de cumprimento de outras obrigações no âmbito familiar.

1 – **Comunhão de habitação:** tem-se entendido de uma forma cada vez mais flexível, mas continua a exigir-se um esforço para que haja uma convivência comum.

2 – Comunhão de leito (de relações sexuais): Levanta-se a questão do artigo 81.º CC (nulidade da obrigação de relações sexuais) que facilmente se conclui não ser aplicável. Levanta-se também a questão da liberdade sexual do ser humano que é, como qualquer outro direito, restringível.

A razão de ser da exigência desta comunhão justifica-se, entre outras coisas, pela proibição de incesto e pelas presunções de paternidade.

Para que haja violação deste dever tem que existir uma recusa sistemática, injustificada e prolongada.

3 – Comunhão de mesa: a chamada *ménage*/vida em economia comum.

Dever de cooperação

1 – Obrigação de socorro e auxílio: ao fim e ao cabo é o correspondente à máxima “na saúde e na doença”.

2 – Assunção das responsabilidades da vida em família: grande avanço de raciocínio em que a família é obra dos dois (é aqui incluída a guarda e educação dos filhos, por exemplo). A igualdade entre os cônjuges tem aqui especial eco.

Dever de assistência

Comparando com o dever de cooperação, são deveres estruturalmente patrimoniais.

1 – Prestação de alimentos/encargos da vida em família: Esta prestação averigua-se com base nas necessidades e nas possibilidades do outro cônjuge de modo a que se mantenha o mesmo padrão de vida (artigo 1675.º CC).

Curiosa é a possibilidade levantada pelo art. 399.º CPC admitindo prestações de alimentos definitivas ou provisórias.

2 – Contribuir para os encargos da vida familiar. Grande similitude com a assunção das responsabilidades da vida em família (dever de cooperação). O que se tem exigido é a partilha de tarefas entre os dois, ou seja, nos mesmos termos.

Isto não quer dizer que os dois tenham que ganhar o mesmo salário nem que tenham que dividir as tarefas domésticas exactamente a 50%.

Como é fácil de perceber este dever levanta-nos o interessante problema da contabilização das tarefas. Ou seja, qual é o valor de passar uma tarde a brincar com os filhos? É comparável? É mensurável? Claro que é muito complexo.

2. A IMPORTÂNCIA DOS DEVERES CONJUGAIS ANTES DA LEI N.º 61/2008, DE 31/10***

Nos termos do art. 1672.º CC, os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Trata-se de deveres recíprocos, como o exige a igualdade dos cônjuges (1671.º).

A tutela especificamente familiar da garantia dos direitos conjugais era particularmente intensa.

O principal meio de garantia exclusivamente familiar dos deveres conjugais consistia na regulamentação das consequências do divórcio e da separação de pessoas e bens.

A violação culposa de um dos deveres conjugais era causa de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens litigiosos. A violação culposa dos deveres conjugais só era relevante quando, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum (ex-art. 1779.º, n.º 1).

Ou seja, sendo decretado o divórcio litigioso (ou a separação litigiosa de pessoas e bens), a sentença declarava se tinha havido culpa de um ou de ambos os cônjuges e, na última hipótese, se a culpa de um fosse superior à culpa do outro, qual deles era o principal culpado (ex-art. 1787.º, n.º 1).

*** Ana Júlia Maurício, subturma 15.

A declaração de culpa pressupunha uma **violação ilícita e culposa** dos deveres conjugais que tivesse provocado ou aprofundado a ruptura da vida em comum.

O cônjuge declarado único ou principal culpado sujeitava-se a sanções punitivas:

- de índole patrimonial em matéria de partilha de bens (ex-art. 1790.º),
- de eficácia das liberalidades (ex-art. 1791.º),
- de responsabilidade civil pela dissolução do casamento (ex-art. 1792.º) e
- de alimentos (ex-art. 2016.º).

Ou seja, na **Reforma de 77** não se havia seguido a posição da legislação alemã. Nesta não havia já correlação entre o divórcio e a violação dos deveres conjugais.

No Direito Alemão, a única causa do divórcio era o fracasso do casamento.

Pelo contrário, no nosso Direito, a causa do divórcio não era a ruptura do casamento, mas a violação culposa dos deveres conjugais.

§ 3. CRÍTICAS À NOVA LEI DO DIVÓRCIO****

A versão “quase-final” foi vetada pelo Presidente da República, com o argumento de que a lei agrava a desprotecção da parte mais fraca. O Presidente considerou que, perante a redacção da proposta de lei, seria preferível manter o regime do divórcio culposo. Com esta argumentação o Decreto foi devolvido à Assembleia da República, sem promulgação.

Porém, o Parlamento introduziu à proposta apenas alterações pontuais, que em muito pouco foram de encontro

ao pedido do Chefe de Estado. A lei acabou por ser aprovada por expressiva maioria e, consequentemente, promulgada, embora o Presidente da República tenha feito acompanhar a promulgação de uma mensagem altamente crítica a este novo regime.

Assim surge a nossa actual Lei 61/2008, de 31 de Outubro.

A grande inovação deste regime é a abolição do divórcio culposo. Mas cabe-nos perguntar o porquê de tanta controvérsia em torno da nova lei, e perceber em que medida ela beneficia ou prejudica a situação dos cônjuges em Portugal.

A nossa visão da Lei 61/2008 é altamente crítica. Ora vejamos:

1. A nova redacção do artigo 1676.º/2 CC introduz uma visão “contabilística” do casamento. O cônjuge que mais tiver contribuído para os “encargos da vida familiar” terá um crédito sobre o outro cônjuge, tendo direito a exigir-lhe a “correspondente compensação”. Parece incentivar-se cada um dos cônjuges a manter uma espécie de “conta-corrente” das suas contribuições para a vida familiar. Na verdade, na altura do divórcio será muito complicado averiguar qual o cônjuge que mais contribuiu para essa vivência em comum. Como avaliará o tribunal, por exemplo, o valor monetário do trabalho desenvolvido por uma mulher no seio do lar?
2. Esta perspectiva contabilística choca com a filosofia global do casamento como comunhão de vida e espaço de afecto.
3. O artigo 1676.º/2 CC pode ainda gerar situações chocantes. Imaginemos um caso de violência doméstica, em que o marido agride a mulher ao longo dos anos – uma realidade que não é rara em Portugal –, é pos-

sível o marido obter o divórcio independentemente da vontade da vítima de maus-tratos. Mais ainda: por força do crédito atribuído pela nova redacção do artigo 1676.º/2, o marido, apesar de ter praticado reiteradamente actos de violência conjugal, pode exigir da vítima o pagamento de uma compensação. Se, por comum acordo do casal, apenas o marido contribuiu financeiramente para as despesas familiares, é possível que, após anos de violação dos deveres conjugais, possa ainda direitos de crédito sobre a sua ex-mulher.

4. Neste contexto, a nova lei retira à parte mais fraca algumas possibilidades que, ao abrigo da antiga lei, lhe permitiam salvaguardar o seu "poder negocial", designadamente a alegação de culpa do outro cônjuge ou a recusa do divórcio por mútuo consentimento.

Actualmente, resta à mulher vítima de maus-tratos, por exemplo, intentar uma acção de responsabilidade contra o seu ex-marido, nos termos do artigo 1792.º, com todos os inerentes custos financeiros e psicológicos. Porém, nesta acção de responsabilidade civil terá de provar a culpa do ex-cônjuge, pelo que, em rigor, a ideia de culpa não é totalmente abolida.

5. Com este novo regime jurídico, um cônjuge economicamente mais débil poderá sujeitar-se a uma violação reiterada dos deveres conjugais, sob a ameaça de, se assim não proceder, o outro cônjuge requerer o divórcio unilateralmente, ficando a vítima adstrita a pagar montantes financeiros ao ex-cônjuge.

6. O artigo 1790.º impõe uma "revogação retroactiva" de uma opção livre. Ou seja, mesmo contra a vontade dos nubentes na altura do casamento, impõe-se que, na sequência do divórcio, a partilha seja feita de acordo com o regime da comunhão de adquiridos.

7. A litigiosidade em torno do divórcio aumenta, como consequência da nova visão fortemente monetária que a nova lei traz associada ao casamento.

Em última análise, a litigiosidade tenderá a projectar-se sobre terceiros, designadamente sobre os filhos menores do casal.

Esta lei parte da ideia de que em Portugal ambos os cônjuges se encontram numa posição de plena igualdade. No entanto, infelizmente, esta não é ainda a realidade do nosso país e o novo regime jurídico do divórcio, ao partir deste pressuposto, acaba por desproteger a parte mais fraca. Aliás, a Associação Portuguesa de Mulheres Juristas enviou um parecer aos diversos grupos parlamentares chamando a atenção para o facto de o novo regime jurídico do divórcio assentar numa realidade ficcionada de uma sociedade com igualdade de facto entre homens e mulheres. Esta Associação acrescenta, ainda, que a experiência dos outros países onde foram inseridos regimes semelhantes ao deste diploma se revelou negativa para um largo conjunto da população feminina.

§ 4. OS DEVERES CONJUGAIS À LUZ DA NOVA LEI DO DIVÓRCIO****

O **casamento** é um contrato pessoal de quem pretende constituir família mediante plena comunhão de vida. Esta relação contratual deve manter-se apenas enquanto for essa a vontade dos seus membros.

Apesar de a nova lei eliminar a culpa como fundamento do divórcio, não podemos concluir, através do art.

**** Joana Andrade Nunes, subturma 14.

1779.º CC e do art. 1781.º CC, pela irrelevância dos deveres conjugais.

Aquando desta alteração legislativa, poder-se-ia ter eliminado o art. 1672.º CC: tal não aconteceu.

Deste modo, parece que, para o legislador, os deveres conjugais ainda são relevantes.

Não obstante não ser necessário invocar se as situações que violaram os deveres conjugais foram originadas com/sem culpa de um dos cônjuges (requisito subjectivo exigido pela lei revogada), a invocação das mesmas releva para a apresentação dos factos objectivos que demonstram a ruptura conjugal.

Será que o legislador foi insensível à relevância da actuação culposa de um dos cônjuges e à repercussão do divórcio na condição do outro?

O nosso sistema trata de igual modo os cônjuges ainda que um deles tenha violado, de modo sistemático, o dever de boa fé que conflitua com as expectativas legítimas da outra parte?

(leitura dos actuais arts. 1790.º, 1791.º e 2016.º comparando-os com a versão anterior)

Espírito da nova lei: carácter excepcional e limitado dos alimentos pós-matrimoniais

Ex. Art. 2016.º/1 CC e 2016.º-A/3 CC: *direito de alimentos e a criação forçada do arrendamento a favor do outro cônjuge.*

O juiz, uma vez que vai decidir segundo critérios de equidade, fará uma ponderação da violação dos deveres conjugais, mormente do dever de assistência.

1. **Violação do dever de assistência:** pode dar lugar à suspensão do dever de assistência a cargo do outro cônjuge. Acção destinada ao cumprimento da obrigação de contribuir para os encargos familiares art. 1676.º/4.
2. **Violação do dever de fidelidade:** invalidade das liberalidades que tenham sido feitas pelo cônjuge adúltero:
 - a. Caducidade das doações art. 1766.º CC;
 - b. Nulidade das disposições feitas a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério: art. 2196.º/1 CC.
3. **Violação da obrigação conjugal de prestação de alimentos:** permite ao credor intentar uma acção de cumprimento: art. 1792.º/1 CC.
4. **Casa de morada de família:** art. 1793.º CC tutela compulsória “nomeadamente”.

Se houver culpa¹ do outro cônjuge, a protecção do cônjuge lesado não se limita à concessão de uma indemnização:

- a. Faculdade de recurso a uma acção ou providências cautelares para afastar o cúmplice do cônjuge adúltero da casa de morada de família;
- b. Sanção penal compulsória;
- c. Crime de desobediência.

Além das *supra* referidas medidas, não nos devemos esquecer da garantia comum geral:

Os pressupostos da responsabilidade civil e a consequente obrigação de indemnizar são aferidos segundo os critérios gerais dos arts. 562.º ss. CC.

- a. Responsabilidade civil e
- b. Responsabilidade criminal

desde que os pressupostos estejam preenchidos: a culpa tem sempre de ser provada.

Assim, se numa leitura menos cuidada poderíamos ser levados a concluir pela irrelevância dos deveres conjugais, através de uma análise do regime actual concluimos que os deveres conjugais continuam a ter “uma palavra a dizer”. A violação dos deveres conjugais, como tentámos demonstrar, comporta ainda “sanções” para o cônjuge violador dos mesmos.

Nota de direito comparado: esta lei aproxima-se da legislação de outros ordenamentos jurídicos (nomeadamente dos sistemas alemão e espanhol) em que reconhecem a liberdade de extinção unilateral do casamento, na ponderação económica dos ex-cônjuges ao tempo do divórcio, *maxime* nos seus aspectos económico-profissionais. Todavia, mesmo nesses sistemas os resultados parecem não ser tão bons quanto o esperado.

II – O ARTIGO 496.º, N.º 2, DO CÓDIGO CIVIL: ALGUMAS NOTAS SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE*

O ordenamento jurídico português admite, genericamente, a ressarcibilidade de danos não patrimoniais, à semelhança da tendência de outros ordenamentos jurídicos^{1 2}.

* Madalena Perestrelo de Oliveira, aluna do 3.º Ano Diurno, Turma B, subturma 15.

¹ Cfr., a título exemplificativo, o § 253 do BGB, que determina que contra um dano não patrimonial não pode ser exigida nenhuma reparação em dinheiro, salvo quando a lei o determine.

² Está hoje ultrapassada a questão da existência de danos morais para efeitos de responsabilidade civil. Já se argumentou, contra a sua ressarcibilidade, que estes danos não são, por natureza, susceptíveis de reparação, pois nada permite ressarcir a dor ou o desgosto de alguém, sendo, aliás, impossível obter, do dano moral, um dano de cálculo, essencial ao funcionamento do instituto da responsabilidade civil. Invocou-se, também, que semelhante indemnização conduziria a uma comercialização do sentimento (*pretium doloris*), absolutamente imoral. Esta visão está, no entanto, ultrapassada. Hoje reconhece-se que a responsabilidade civil não tem uma exclusiva função reconstitutiva, podendo contentar-se com um papel compensatório: basta pensar que qualquer dano patrimonial que não seja reparável em espécie conduz a pretensões compensatórias, o que revela que, apesar de o dano moral não ser redutível a dinheiro, pode ser compensado patrimonialmente. Por outro lado, não se atenta contra a essência dos valores morais quando se concedem indemnizações de danos não patrimoniais, já que, em abstracto, imoral apenas poderá ser a utilização dada ao dinheiro, e nunca a indemnização em si, pois não se trata de sacrificar bens morais em troca de dinheiro. Por fim, não poderíamos deixar de considerar totalmente injusto e desrazoável não reparar autêntico sofrimento infligido ao lesado. (Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Direito das Obrigações, Tomo II, Coimbra, 2010, pp. 513 ss., MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, 2008, pp. 338 ss.). Este preceito, apesar da sua deficiente inserção sistemática em sede de responsabilidade delitual, é aplicável a toda a responsabilidade civil (Cfr., contra, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 605).

Porém, o art. 496.º, n.º 2, do CC parece limitar o universo dos beneficiários dessa indemnização ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, aos filhos e outros descendentes e, na falta destes, aos pais e outros ascendentes e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. Pretendemos questionar a taxatividade deste elenco, concedendo especial atenção à posição daquele que vivia em união de facto com a vítima.

Situamo-nos, portanto, numa área do Direito particularmente sensível, onde deve, por isso, a solução encontrada ser motivada por uma interpretação valorativa, fugindo, tanto quanto possível, aos esquemas da jurisprudência dos conceitos. A realização do Direito, especialmente neste campo, deve também implicar uma *integração vertical*, o que significa que ao intérprete-aplicador cabe ter especial atenção às consequências e efeitos das suas decisões. Trata-se de conseguir ao máximo uma *interpretação sinéptica*, i.e., uma interpretação que toma em consideração as consequências da decisão, que podem sufragar ou inviabilizar os objectivos da lei e do Direito. Ignorar esta vertente implica um enfraquecimento da mensagem normativa, enquanto que a sua inclusão no modelo de decisão permite superar estádios meramente formais da aplicação do Direito³. Mais do que a compreensão de expressões linguísticas, pretendemos apurar o sentido normativo que a elas corresponde. Trata-se, no fundo, de concretizar a “estrutura circular” do compreender, ou seja, a ideia de *círculo hermenêutico*. Podemos caracterizar esta estrutura de pensamento como um ir e vir de perspectiva, em que o significado das palavras só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, apenas do significado das palavras que o

formam. O intérprete, em relação a cada palavra, terá que tomar previamente em perspectiva o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto. A partir daí, sempre que surjam dúvidas, tem de retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar o significado da palavra ou a sua ulterior compreensão do texto⁴. No fundo, o intérprete-aplicador terá de efectuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração. Neste raciocínio todo o Direito é chamado a depor. Com isto em mente, pretendemos apresentar argumentos constitucionais, históricos e de direito comparado relevantes para a interpretação do n.º 2 do artigo 496.º, na parte que nos ocupa.

§ 1. BREVE PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA

O elenco do artigo 496.º, n.º 2, tem sido validado pela jurisprudência, até constitucional, na parte em que exclui da indemnização as pessoas com quem o de cuius vivesse em união de facto. Assim, a título exemplificativo:

– TC n.º 86/2007, de 6-Fev. (PAULO MOTA PINTO; Vencidos: MÁRIO TORRES e FERNANDA PALMA): na sequência de ter sido negado à A., convivente em união de facto com a vítima mortal de um acidente de viação causado por culpa do lesante, o direito a uma compensação pelos danos não patrimoniais sofridos por morte da vítima, foi requerida a apreciação da constitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 496.º, interpretada no sentido de que, em caso de morte da

³ Cfr., MENEZES CORDEIRO, em introdução à obra de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa, 1989, pp. CX ss.

⁴ Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1997, pp. 285 ss.

vítima de acidente de viação provocada por culpa exclusiva de outrem nele interveniente, se deve excluir a indemnização por danos não patrimoniais pessoalmente sofridos, com a morte, pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges. Decidiu o Tribunal Constitucional não julgar inconstitucional a norma;

– TC n.º 87/2007, de 6 Fev. (com os mesmos relator e vencidos): conclui que a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na medida em que não admite que a pessoa que vive em união de facto com uma vítima de acidente de viação, do qual resulte a morte dessa vítima, tem o direito a receber uma indemnização por danos patrimoniais, não viola nem o princípio da igualdade nem o artigo 36.º, n.º 1, da CRP conjugado com o princípio da proporcionalidade;

– TC n.º 210/2007, de 21-Mar. (MARIA DOS PRAZERES BELEZA; vencidos: GIL GALVÃO e ARTUR MAURÍCIO): pronuncia-se pela não inconstitucionalidade, aderindo às razões constantes do acórdão 86/2007;

– STJ 4-Dez.-2003 (QUIRINO SOARES): em acção de responsabilidade civil por acidente de viação, com exclusiva responsabilidade do lesante, conclui-se que não é materialmente inconstitucional a norma do artigo 492.º, n.º 2, interpretada no sentido de que o unido de facto está excluído da sua previsão, porque o fundamento do preceito “passa muito para além do amor e da compaixão”, encontrando justificação em “deveres menos próximos do prazer, mas que cimentam a união”⁵;

⁵ Este acórdão tem a particularidade de questionar: “porque não, então, [atribuir a indemnização] ao companheiro da união de facto homos-

– Relação do Porto 10-Mai.-2006 (COELHO VIEIRA; vencido: ANTÓNIO GAMA): o n.º 2 do artigo 496.º trata de forma diferente o cônjuge legal e o cônjuge de facto, tendo boas razões para distinguir, o que distinto é.

Em sentido contrário:

– TC n.º 275/02 de 19-Jun. (PAULO MOTA PINTO, vencido: BRAVO SERRA): julgou inconstitucional, por violação do artigo 36.º, n.º 1, da CRP, conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496.º, na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui a atribuição de um direito de indemnização por danos não patrimoniais pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges.

2. TAXATIVIDADE DO ELENCO CONTIDO NO N.º 2 DO ARTIGO 496.º?

Parece-nos que a orientação maioritariamente sufragada pela nossa jurisprudência deve ser negada. Vários são os argumentos que apontam no sentido de que a enumeração do preceito é meramente exemplificativa.

sexual?”. Não conseguimos compreender o sentido da interrogação. Parece-nos que o acórdão pretende estabelecer uma diferenciação entre união de facto heterossexual e homossexual. Porém, desde a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que se dá relevância jurídica à união de facto entre pessoas do mesmo sexo.

2.1. Interpretação actualista, em harmonia com a *ratio legis*

O artigo 496.º, n.º 2, data de 25 de Novembro de 1966, altura em que o conceito de família coincidia com o de família *matrimonializada*. Baseia-se, pois, numa concepção restritiva, que deixa de fazer sentido hoje em dia, numa época em que a família institucionalizada perde terreno na sociedade e na lei. A *ratio legis* do preceito é tutelar as dores emocionais, a angústia e o sofrimento decorrentes da perda de um ente querido, que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. A limitação do artigo resulta de uma tentativa de circunscrever as pretensões indemnizatórias a quem estava mais próximo da vítima, sob pena de se perder qualquer indemnização útil, esvaída num sem número de prejudicados. Porém, nesta delimitação teve o legislador em atenção a família matrimonializada, por ser na altura o único conceito possível, já que não era então a união de facto uma realidade social difundida. E é esta a solução consagrada no texto da lei.

Mas, como salienta OLIVEIRA ASCENSÃO, a letra mata e o espírito vivifica, o que significa que o princípio absoluto será a preferência do espírito sobre a letra⁶. Ao descobrir a “racionalidade” da norma o intérprete obtém um ponto de referência que o habilita a definir o seu exacto alcance e a descriminar outras situações típicas⁸. Ora, se o espírito da lei é conceder uma indemnização àqueles que estão mais próximos da vítima, então, este artigo terá de admitir uma prudente interpretação extensiva e deverá ser lido como contendo uma enumeração exemplificativa

⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, Coimbra, 2006, p. 416.

⁷ Aliás, é essa prevalência que resulta do artigo 9.º, n.º 3, de onde resulta a presunção de que o “legislador consagrou as soluções mais acertadas”.

⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1987, p. 183.

(baseada na presunção, no que toca ao cônjuge, de que quem está ligado à vítima por vínculos matrimoniais sofre mais com a sua perda).

Imaginemos, por exemplo, que uma criança é abandonada pelos pais e criada pelos avós. A criança é morta e o desgosto é inteiramente dos avós. Fará sentido atribuir-se a indemnização aos pais⁹? Parece-nos que a indemnização deverá ser atribuída aos avós, já que esse é o espírito da lei. E se admitimos esta situação, em virtude da especial relação de proximidade entre avós e neto, porque não estender a solução àquele que vive com a vítima, numa relação estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, no reconhecimento, assim, da inquestionável identidade de razões que subjazem à atribuição do direito em causa.

No mesmo sentido, aliás, aponta o elemento histórico da interpretação.

2.2. Argumento histórico

Os problemas levantados pela solução do n.º 2 do artigo 496.º não se limitam à exclusão do direito à indemnização quanto ao unido de facto, mas, de forma mais ampla, à não previsão de uma *válvula de escape*¹⁰ que permita aos tribunais o reconhecimento do direito a pessoas que comprovadamente tenham sofrido um dano de igual intensidade, mas não figurem nos três grupos de familiares contemplados nessa norma. Aliás, é VAZ SERRA quem reconhece a injustiça da solução legal, logo no âmbito dos

⁹ O exemplo é de MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., vol. II, tomo III, p. 519.

¹⁰ Expressão de MÁRIO TORRES em voto de vencido ao acórdão do TC n.º 86/2007.

trabalhos preparatórios. Para VAZ SERRA, a compensação por danos não patrimoniais deve ser reservado para os familiares da vítima. Porém, o conceito de família deverá ser valorativo e não jurídico, sendo de entender-se que por ele abrangidas estarão aquelas pessoas que, segundo as circunstâncias materiais do caso concreto, desempenham de facto as funções de família¹¹. Considerando que pode haver outros parentes a quem pode ser reconhecido o direito à satisfação de prejuízos não patrimoniais, talvez fosse preferível não indicar, com carácter exaustivo os parentes a quem é conferido esse direito¹². Porém, a lei acaba por optar pela enumeração dos titulares da indemnização de forma a evitar a multiplicação de pretensões: tutela-se o interesse do lesante em saber quem terá de indemnizar. A solução legal tem também o objectivo de dar preferência aos parentes mais próximos, evitando que estes sejam prejudicados pela concorrência de outras pessoas, tutela-se, nesta perspectiva, quem sofreu mais com a lesão.

A versão definitiva do Código Civil opta por conceder um valor máximo à certeza e segurança jurídica, enumerando quem são os beneficiários da indemnização. Como fazem notar PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, as excelências da equidade tiveram de ser sacrificadas face às incontestáveis vantagens do direito estrito¹³. Questionamos, porém, a ponderação de interesses feita pelo legislador. Não nos parece que mereça tutela o interesse do lesante, uma vez que este, provocando danos, se coloca na iminência de pagar uma indemnização: saber a quem terá de o fazer são decorrências de direito. Já o interesse daqueles que sofrem

com a lesão não será tutelada em absoluto enquanto o elenco do n.º 2 do artigo 496.º for tido como taxativo, pois poderão ser excluídas pessoas em relação às quais se verifiquem os pressupostos do direito a ser indemnizadas.

Parece-nos, então, que a melhor doutrina é a de VAZ SERRA, que considera que, quando as circunstâncias o impuserem, pode reconhecer-se direito de satisfação a outros parentes, a afins ou estranhos à família, desde que tais pessoas estejam ligadas à vítima de maneira a constituírem de facto a família dela¹⁴. Aliás, não será de mais recordar a máxima de RADBRUCH quando escreve que “sempre que a injustiça do direito positivo atinja um tão alto grau que a segurança jurídica deixe de representar algo de positivo em confronto com esse grau de violação da justiça”, a segurança deixa de constituir um valor a proteger¹⁵.

2.3. Argumentos constitucionais

O conceito de família tem de ser entendido à luz da realidade actual e da Constituição. Ora, o artigo 36.º da CRP prevê a constituição de família não assente no matrimónio, o que resulta da distinção entre as duas realidades resultante da expressão “direito de constituir família e contrair matrimónio”. Esta distinção é também reconhecida pelo artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁶ e pelo artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Estas normas apontam para a protecção de uma realidade social que não se funda necessariamente no matrimónio. Embora não se possa excluir a liberdade de o legislador prever um regime específico para o cônjuge, com a

¹¹ Cfr. VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 83, 1959, pp. 69-109, em especial pp. 106-109.

¹² Cfr. VAZ SERRA, *Direito das Obrigações (com excepção dos contratos em especial)* – Anteprojecto, Lisboa, 1960, artigo 759.º, n.º3.

¹³ Cfr. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, 1987, p. 501.

¹⁴ Cfr. VAZ SERRA, *Reparação...*, cit., pp. 106 ss.

¹⁵ Apud BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 56.

¹⁶ Apesar de a Carta não ter eficácia jurídica obrigatória, não deixa de ser expressão de princípios comuns aos ordenamentos europeus.

finalidade de prossecução de objectivos políticos de incentivo ao casamento, por exemplo, é claro que a *ratio* do artigo 496.º, n.º 2, não é essa. Apresenta, pelo contrário, o único objectivo de ressarcir danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

Assim sendo, não existe justificação atendível para excluir em abstracto o ressarcimento daquele que vivia em união de facto com a vítima: de tal exclusão resultaria uma violação do princípio da igualdade contido no artigo 13.º da CRP.

O sentido primário do princípio é negativo e consiste na vedação de privilégios e proibição de discriminação. No fundo, não são permitidas quaisquer diferenciações de tratamento entre cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias. Mais rico e exigente é o sentido positivo do princípio – obrigação de diferenciação –, que exige o tratamento igual de situações iguais e tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador¹⁷. Esta vertente pressupõe que os poderes públicos eliminem as desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural, como forma de compensar desigualdades de oportunidades.

Porém, o problema que aqui se coloca tem que ver com a vertente de *proibição de arbítrio*, i.e., qualquer diferenciação de tratamento tem que assentar numa justificação razoável de acordo com critérios objectivos constitucionalmente relevantes. Esta vertente do princípio da igualdade é um *princípio negativo de controlo*¹⁸. Assim, se é certo que a vinculação jurídico-material do legislador ao artigo 13.º da CRP não limita a liberdade de conformação

legislativa, já que ao legislador continua a pertencer, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto que servirão como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente, poderá, ainda assim, ser violada a “discrecionabilidade legislativa” quando uma medida não tenha um adequado suporte material.

É precisamente essa diferença material entre a dor do cônjuge e a dor do “cônjuge de facto”, que justificaria um tratamento diferente das duas situações, que não nos parece que exista. Não se vê como possa relevar a inexistência de um vínculo matrimonial, em lugar de uma convivência em união de facto, para excluir *completamente* a atendibilidade dos padecimentos sofridos. Os danos não patrimoniais sofridos pelo unido de facto não são qualitativa nem quantitativamente menos merecedores da tutela do direito.

A Constituição da República Portuguesa, depois de reconhecer, no artigo 36.º, o direito a constituir família, estabelece, ainda, no artigo 67.º, n.º 1, que a família tem “direito à protecção da sociedade e do Estado”. Ora, mesmo que não se considere que deste artigo resulta uma obrigação directa de proteger as uniões de facto, pelo menos deverá reconhecer-se um *dever de não desproteger*, sem justificação razoável, a família que não se fundar no casamento¹⁹. Não conseguimos vislumbrar essa justificação razoável, uma vez que no reconhecimento de danos não patrimoniais, resultantes da dor e sofrimento, é irrelevante saber se a proximidade resulta da convivência em união de facto ou de um vínculo matrimonial²⁰.

¹⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra, 2000, pp. 238 ss.

¹⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1.º a 107.º, Coimbra, 2007, pp. 333 ss.

¹⁹ Neste sentido, cfr. acórdão do TC n.º 275/02.

²⁰ Cfr, em sentido contrário, PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 2008, pp. 87 e 88, argumentando que casamento e união de facto são situações diferentes, o que permite supor que, na maioria dos casos, a ligação entre os cônjuges será mais forte e a sua união potencialmente mais estável. Assim sendo, a distinção do artigo 496.º, n.º 2, não é arbitrária ou desprovida de fundamento objectivo ou racional.

2.4. Argumento de Direito Comparado

Em Espanha, face ao artigo 113.º do Código Penal²¹, inserido no título relativo à responsabilidade civil derivada da criminal, sustenta-se a legitimidade para efeitos da reparação de danos não patrimoniais de pessoas que, não estando ligadas à vítima por vínculos familiares, a ela estejam ligados por laços de especial afeição.

2.5. Lugar paralelo

No acórdão n.º 690/98 do Tribunal Constitucional julgou-se inconstitucional a norma constante do art. 68.º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de não admitir a constituição como assistentes, em processo penal, os ascendentes do ofendido falecido, quando lhe haja sobrevivido cônjuge separado de facto, embora não separado judicialmente de pessoas e bens, e não tenha descendentes. Neste caso considerou-se que, apesar da preferência legal, era mais forte a ligação afectiva entre o pai e o filho do que entre este e o seu cônjuge e, consequentemente, maior era o sofrimento com a perda da vítima. Esta é uma situação em que o tribunal considerou, com razão, que nem sempre os familiares mais próximos da vítima são os que mais sofrem com a sua perda, dando assim prevalência aos laços consolidados de afectividade.

Porém, consideramos que o que se discute não é a diferença ou semelhança entre casamento e união de facto, mas a diferença entre os danos do cônjuge e do unido de facto.

²¹ Estatui o artigo que a indemnização de prejuízos materiais e morais compreende não apenas aqueles causados ao lesado, mas também os causados aos seus familiares ou a terceiros.

§ 3. BALANÇO

Os danos não patrimoniais não estão, nem directa nem proporcionalmente, dependentes da existência de vínculos formais familiares ou matrimoniais. O artigo 496.º, n.º 2 não pretende tutelar a família enquanto instituição jurídica, mas, sim, a dor surgida nos elementos que constituem a família afectiva. A questão central na discussão não é a da igualdade ou diferença entre casamento e união de facto, mas a igualdade da dor sentida por aqueles que fazem parte do conceito de família, tal como definido por VAZ SERRA.

Embora o Tribunal Constitucional já tenha decidido neste sentido, em 2002, veio posteriormente recuar na sua posição, argumentando que o acórdão de 2002 tinha a marca da gravidade extrema do ilícito (tratava-se de um homicídio doloso). Porém, como afirma FERNANDA PALMA, em voto de vencido ao acórdão do TC n.º 87/2007, esta diferença “não exclui a identidade substancial entre a questão de constitucionalidade normativa” apreciada nos dois casos. Parece-nos, de facto, que o caso em que a lesão seja causada por um crime doloso não é diferente daquele em que resulte de mera culpa. Naturalmente, as circunstâncias do caso poderão ser relevantes na determinação do *quantum* indemnizatório. No entanto, nos dois casos trata-se de factos ilícitos e mortais para a vítima. E não se argumente que, não se tratando de homicídio doloso, já existe um círculo de risco e expectativas do agente de crime negligente que deve ser tutelado. A ponderação de interesses deve ser feita no sentido de ressarcir os danos efectivamente provocados, que não se vê que sejam diferentes consoantes se trate de cônjuge sobrevivente ou de unido de facto em situação análoga à dos cônjuges²².

²² Ao longo do texto referimo-nos aos danos não patrimoniais causados directamente aos familiares da vítima. Continua, ainda, em aberto a questão de saber se a perda da vida (dano morte *stricto sensu*) é passível de reparação pecuniária, como dano não patrimonial autónomo, transmitindo-se o respectivo direito à indemnização aos sucessores

da vítima, nos termos gerais ou se apenas pode ser adquirido de *iure proprio* pelas pessoas elencadas no n.º 2 do art. 496.º. A este respeito a doutrina tem-se dividido em três grandes correntes. Para alguns autores (Cfr. Leite de Campos, "A indemnização do dano da morte", in BFD 50 (1974), pp. 247-297), este direito cabe ao *de cuius* e transmite-se sucessoriamente às pessoas mencionadas no art. 496.º, n.º 2. Para outros (Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações...*, cit., pp. 608 ss, Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra, 2000, pp. 317 ss, Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Sucessões*, Coimbra, 2000, pp. 243 ss), este direito é adquirido directa e originariamente pelas pessoas indicadas no artigo, não havendo lugar a transmissão sucessória. Por fim, há quem (Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., vol. II, tomo III, p. 523, Menezes Leitão, *Direito...*, cit., p. 343) defenda que a indemnização cabe primeiramente ao *de cuius* sendo transmitida aos seus herdeiros legais (arts. 2157.º e 2133.º) ou testamentários (2179.º e 2131.º).

Parece-nos ser a última a melhor posição. Contra esta tese tem-se argumentado que seria inadmissível reconhecer o nascimento do direito à indemnização com o facto jurídico de que deriva, para o pretendo titular, a incapacidade para o adquirir. Se com a morte cessa a personalidade (artigo 68.º, n.º 1), não se poderá constituir um direito em algo que já não existe (cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações...*, cit., pp. 608 ss). Esta querela não é meramente académica, já que da posição que se adopte dependerá o direito de indemnização responder pelas dívidas da herança ou não (artigos 2068.º e 2071.º).

Porém, se dizemos que a morte não é ressarcível, a vida não poderá ser um direito subjectivo. A defesa desta posição representaria um retrocesso na defesa da dignidade humana. Sendo, então, a vida um direito subjectivo, não faz sentido descobrir direitos e depois negar-lhes o regime. Assim, o direito à vida, como direito próprio, deve ser dotado de tutela a favor do seu titular (Cfr., neste sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., vol II, tomo III, p. 523). Seria demasiado conceptualista negar esta solução. Aliás, em última análise, seria mais rentável matar alguém, se a lesão de outros bens pessoais, como a honra, legitimasse, em caso de morte da vítima, os herdeiros a reclamar indemnização pelos danos e a perda da vida não legitimasse o mesmo direito.

Argumenta-se também que atribuir semelhante indemnização seria reconhecer uma função punitiva à responsabilidade civil, já que a indemnização como direito próprio em nada mitigará o sofrimento do lesado, porque este nunca poderá desfrutar dela. No entanto, não se vê qualquer obstáculo a que a responsabilidade civil desempenhe funções preventivas e punitivas se, na verdade, essas forem as soluções mais justas.

III – FALTA DE VIRGINDADE: ERRO SOBRE QUALIDADE ESSENCIAL DA PESSOA?

A decisão de um tribunal francês¹ de anular um casamento, entre muçulmanos, porque a noiva tinha mentido sobre a sua virgindade, suscitou uma avalanche de protestos por todo o país.

O preceito do *Code Napoleon* que permite a anulação do casamento com fundamento no erro vício é muito semelhante ao nosso artigo 1636.º CC.

Será que um caso semelhante em Portugal teria o mesmo desfecho?

O artigo 1636.º permite a anulação do casamento se estiver em causa um erro que vicie a vontade.

Para que o consentimento seja verdadeiramente livre é preciso que a vontade dos nubentes seja esclarecida, isto é, formada com exacto conhecimento, sem pressão de violências ou ameaças.

Assim, para se permitir a anulação de um casamento com fundamento em erro vício, têm de estar preenchidos os apertados requisitos do referido preceito.

Segundo o Prof. Jorge Duarte Pinheiro, "qualidade essencial é a qualidade de uma pessoa que, em abstracto, seja idónea para determinar o consentimento matrimonial". Exige-se também que o erro seja desculpável, ou seja, a ignorância do enganado tem de ser compreensível em face das circunstâncias². Além do mais, exige-se ainda que o erro seja objectiva e subjectivamente essencial.

* Joana Andrade Nunes, aluna do 3.º Ano Diurno, Turma B, subturma 14.

¹ Cfr. Acórdão da *Cour D'Appel de Douai*, de 17 de Novembro de 2008, mais conhecido por *Caso de Lille/Douai*, que integra o Apêndice II desta obra.

A redacção inicial do artigo 1636.º CC previa explicitamente, na alínea d), a virgindade da mulher ao tempo do casamento como um facto relevante para a anulação do casamento.

Aquando da reforma de 77, o artigo 1636.º CC, que consagrava uma cláusula exemplificativa dos factos que poderiam relevar para a anulação do casamento com fundamento no erro vício, passou a ter a actual redacção.

Se, por um lado, a redacção inicial tentava garantir a certeza jurídica e a segurança familiar evitando que o julgador, arbitrariamente ou decalcando os princípios gerais do negócio jurídico, resolvesse as dificuldades que lhe pudessem aparecer na definição de “qualidades essenciais”, por outro lado, ao consagrar a virgindade da mulher como um facto relevante, o artigo 1636.º CC era contrário ao próprio princípio da igualdade³. Aliás, com a C.R.P. de 76, o CC sofreu várias alterações, *maxime* no campo do Direito da Família dada a inconstitucionalidade de muitas disposições.

Apesar de a virgindade poder ser subjectivamente essencial para o outro nubente – isto é, se soubesse que o outro cônjuge não era virgem não teria casado –, a verdade é que parece ser forçado preencher o requisito da essencialidade objectiva com o referido fundamento.

A sociedade hodierna já se libertou de muitas “amaras” do passado que impediam o tratamento justo de muitas questões familiares. Parece ser difícil aceitar a falta de virgindade como uma qualidade essencial à luz da sociedade dominante que legitime a anulação do casamento.

² Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, «é necessário que a ignorância do enganado não tenha sido vítima do erro só pela sua negligência ou pela sua excessiva boa fé», in *Código Civil Anotado*, vol. IV.

³ Note-se que, enquanto âncora e princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, o princípio da igualdade consta também da própria DUDH.

É verdade que se tratava de um casamento entre dois muçulmanos e que, segundo as crenças da religião que professam, as conclusões poderiam ser opostas.

Todavia, não nos podemos esquecer que está em causa um casamento civil e Portugal (e, no caso referido, a França) é um Estado laico!

Claro que, chegando à conclusão de que a virgindade, *per si*, não pode constituir um erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (dada a falta do requisito da essencialidade objectiva) poder-se-á ponderar se a actuação dolosa do cônjuge que mentiu acerca da sua condição física legítima a anulação do casamento nestes moldes.

O casamento não segue o regime geral da invalidade do negócio jurídico: o casamento civil apenas pode ser anulado, ou seja, não pode ser declarado nulo como acontece com um negócio jurídico⁴.

A validade de um negócio jurídico resulta de uma apreciação de valor, de um juízo valorativo. É inválido o negócio jurídico que a ordem jurídica considera desvalioso.

O regime geral da anulabilidade está estabelecido em função da protecção de certas pessoas que o Direito entende como merecedoras de especial tutela. Perante certos vícios, o legislador entendeu que a parte mais fraca tem a possibilidade de anular o negócio. As regras relativas à legitimidade para invocar a anulação do casamento são, todavia, distintas da regra geral do artigo 289.º CC.

Porque é que existem regras específicas? Não podia o legislador ter remetido para o regime geral?

O regime geral da legitimidade activa da anulação é restrito às pessoas que são especialmente protegidas pelo regime de cada caso. Por exemplo, no caso da incapacidade, a anulabilidade visa proteger o incapaz, só sendo admitida

⁴ Ficando reservada a possibilidade da nulidade do casamento quando se trata de um casamento católico.

a sua invocação pelo incapaz ou pelos seus representantes legais ou herdeiros.

As anulabilidades são tipicamente regimes jurídicos de protecção estatuidos em benefício de certas pessoas e a legitimidade para anular limita-se a essas mesmas pessoas ou aos seus representantes/herdeiros. Bem se compreende que, por exemplo, num negócio jurídico viciado por dolo, o autor do dolo não possa requer a anulabilidade do mesmo.

Dada a particular certeza e segurança que o regime do casamento reclama, não existe um único regime de legitimidade ou de prazos para a anulação do casamento. A legitimidade varia consoante a causa que lhe está subjacente.

A anulação fundada em impedimento dirimente tem um leque mais abrangente de pessoas que a podem invocar (artigo 1639.º CC) reforçando a ideia de que, nesse caso, o interesse público prevalece em detrimento do exclusivo interesse particular.

Em contraponto, estando em causa um erro que vicie a vontade, apenas têm legitimidade o cônjuge vítima de erro ou coacção e, se o autor falecer na pendência da causa, os seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes (artigo 1641.º CC). Neste caso, o legislador entendeu que a parte mais fraca merece uma tutela distinta de outros casos como, por exemplo, a anulação com base em impedimento dirimente.

A anulação do casamento fundada num erro vício é de tal modo estigmatizante para o cônjuge vítima do erro que justifica um leque restrito de pessoas com legitimidade. Não estamos, deste modo, perante interesses públicos imperiosos que justifiquem, por exemplo, a legitimidade do Ministério Público.

Concluimos, deste modo, que estamos perante um regime diferenciado, dadas as especificidades da relação matrimonial.

É verdade que o cônjuge que mente/omite acerca de elementos essenciais da sua vida apresenta, de algum modo,

falta de idoneidade para determinar o consentimento matrimonial.

Ainda assim, parece-nos que, dada a especificidade do regime da anulabilidade do casamento, não é possível considerar tal atitude como representando a falta de idoneidade suficiente para determinar o consentimento matrimonial.

Face ao artigo 1627.º CC só serão relevantes, em matéria de casamento, os vícios da vontade previstos na lei. Ainda que o cônjuge tenha actuado dolosamente, o dolo não é relevante para efeitos de anulação do casamento.

Sendo o dolo muito vulgar no casamento, dar-lhe relevância seria, na prática, permitir a anulação da maior parte dos casamentos que se celebram. É natural (e normal) que cada um dos nubentes tente exagerar as suas melhores qualidades assim como omitir os seus defeitos, sendo que, a irrelevância deste *dolus bonus*, resulta do artigo 253.º/2 CC. Mas por que razão não releva o *dolus malus*?

Um negócio jurídico pode ser anulado com fundamento no dolo, uma vez que o comportamento ilícito do declaratório torna justa a possibilidade de facultar ao declarante a anulação do negócio.

Em relação ao casamento não é tomada em conta a boa fé do declaratório: apenas interessa saber se, à luz dos interesses gerais, ainda existe alguma vontade que, apesar do erro do declarante, possa justificar a validade do casamento. Não se trata de encontrar um justo equilíbrio entre os interesses do declarante e do declaratório.

Existe uma espécie de benevolência para os enganos com que cada um dos nubentes ilude o outro acerca da sua pessoa e património.

O legislador dotou o regime da anulabilidade do casamento de requisitos muito apertados. Se se admitisse a “mentira” do cônjuge, ainda que tal possa ser subjectivamente essencial para o outro, estar-se-ia a destituir de sentido o regime da anulabilidade. Apenas se admite a anulação

do casamento em situação especiais ou mesmo excepcionais. Seria “deixar entrar pela janela aquilo que o legislador não deixou entrar pela porta”.

Assim, resta a possibilidade de requerer o divórcio.

A nova lei do divórcio estabelece a possibilidade de requerer o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. Actualmente, ninguém fica “amarrado” para toda a vida com quem casou.

Não se justifica, porém, tutelar estas situações através do regime da anulabilidade.

Se um dos cônjuges conclui que não faz sentido continuar uma vida em comum com o outro, pode sempre optar pelo divórcio.

O regime da anulabilidade deve reservar-se para situações verdadeiramente excepcionais que merecem “um olhar mais atento” do legislador.

IV – A RELEVÂNCIA (OU IRRELEVÂNCIA) DO DOLO COMO CAUSA DE ANULABILIDADE DO CASAMENTO*

§ 1. INTRODUÇÃO

Apresentámos este tema na prova oral de melhoria de nota de Direito da Família. O tema escolhido – a relevância (ou irrelevância) do dolo como causa de anulabilidade do casamento – foi tratado nas aulas teóricas e suscitou o nosso interesse.

Pretendemos com este breve apontamento escrito perceber se o dolo tem ou não relevância como causa de anulabilidade do casamento.

§ 2. DOLO NO DIREITO CIVIL

2.1. Generalidades

Enquanto vício na formação da vontade, o erro consiste no desconhecimento ou na falsa representação da realidade que determinou ou podia ter determinado a celebração do negócio. O vício da vontade negocial que se traduza em deficiência de discernimento do autor constitui erro. O erro consiste numa falsa percepção da realidade. O erro é a desconformidade entre a realidade e o entendimento dessa realidade. O erro que afecta a formação da vontade negocial é chamado de erro-vício. Ou seja, enquanto vício na formação da vontade, o erro consiste no desconhecimento ou na falsa representação da realidade que determinou ou podia ter determinado a celebração do negócio.

O erro-vício pode ser espontâneo ou provocado. Há casos em que o autor do negócio é induzido em erro pela actuação de outrem orientada no sentido de criar ou manter o erro. Há, então, erro qualificado por dolo ou erro provocado.

O dolo é uma das causas do erro, quando este surge, não espontaneamente, mas determinado pela conduta de outrem, dirigida justamente a fazer cair o declarante em erro¹.

Da leitura e interpretação do artigo 253.º, n.º 1, do Código Civil conclui-se que o dolo envolve três elementos:

1. Elemento objectivo – “qualquer sugestão ou artifício” – O dolo pressupõe um artifício ou embuste que pode ser activo ou omissivo. Ou seja, constitui dolo a manobra enganosa e o simples deixar a outra parte no engano.
2. Elemento subjectivo – “intenção ou consciência” – O dolo pressupõe uma atitude subjectiva do agente, que pode traduzir-se na intenção ou na simples consciência de enganar ou manter no engano o autor da declaração.
3. Elemento finalista – “induzir ou manter em erro” – O embuste deve ser finalisticamente dirigido a induzir ou manter em erro o declarante ou a dissimular esse erro.

¹ Como afirma MANUEL de ANDRADE *apud* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 836: «A sugestão ou artifício há-de traduzir-se em quaisquer expedientes ou maquinações tendentes a desfigurar a verdade (manobras dolosas) – e que realmente a desfiguram (de outro modo não haveria erro) –, quer criando aparências ilusórias, quer destruindo ou sonhando quaisquer elementos que pudessem instruir o enganado. Deve tratar-se, portanto, de qualquer processo enganatório. Podem ser simples palavras contendo afirmações sabidamente inexactas, ou tendentes essas palavras a desviar a atenção do enganado de qualquer pista que poderia elucidá-lo».

2.2. *Dolus malus* e *dolus bonus*

O grande âmbito do conceito de dolo sofre uma restrição por efeito do artigo 253.º, n.º 2, do Código Civil, ao consagrar a distinção entre *dolus bonus* e *dolus malus*, só ao segundo dando relevância.

As práticas do comércio, da promoção de negócios e do *marketing* envolvem sempre artifícios que exaltem a excelência do negócio ou tentem a outra parte à sua conclusão.

O artigo 253.º, n.º 2, do Código Civil, indica quando há *dolus bonus* ou irrelevante. Porém, é uma fórmula demasiado vaga e ampla. A fixação dos limites para além dos quais as sugestões ou artifícios dolosos são relevantes, quando não seja feita com moderação, pode trazer para o campo do Direito a consagração da má fé, do arbítrio e da ganância dos mais habilidosos.

O critério de distinção entre o *dolus bonus* e o *dolus malus* tem de integrar o dever de boa fé pré-contratual² (artigo 227.º do Código Civil) e o imperativo dos bons costumes. São vedados os comportamentos pré-contratuais que inculquem, na contraparte, uma ideia distorcida sobre a realidade contratual.

Há dolo ilícito sempre que, na negociação, uma das partes use de artifícios enganosos, omita informações que deva prestar ou não cumpra o dever de esclarecimento com violação da boa fé e dos usos próprios daquela actividade ou região.

² Deveres de boa fé pré-contratual:

- Deveres de protecção: as partes devem abster-se de atitudes que provoquem danos nos hemisférios pessoais ou patrimoniais da outra parte.
- Deveres de esclarecimento: as partes devem, mutuamente, prestar-se todos os esclarecimentos e informações necessários à celebração de um contrato idóneo.
- Deveres de lealdade: deveres de comportamento material, com o mesmo sentido de evitar actuações que se desviem da busca honesta de um eventual consenso negocial.

A parte, ao negociar, deve colocar-se na posição da contraparte e agir, não só como ela de si própria razoavelmente esperaria, de acordo com a boa fé, mas também como dela seria razoavelmente esperado que agisse, de acordo com o passado de relacionamento negocial entre as partes (se houver) e com os padrões de decência e seriedade vigentes no âmbito social envolvente do negócio (bons costumes).

2.3. Requisitos

A relevância do dolo depende de três factores:

- Que o declarante esteja em erro;
- Que o erro tenha sido causado ou dissimulado pelo declaratório ou por terceiro;
- Que o declaratório ou terceiro haja recorrido a qualquer artifício, sugestão ou embuste.

Como ensinou CASTRO MENDES³: o requisito específico de relevância do dolo é a dupla causalidade. A dupla causalidade verifica-se quando o dolo seja causa do erro ou seja determinante do erro e o erro seja determinante do negócio.

Só há dolo relevante quando o declarante tenha caído em erro por efeito da conduta artificiosa de outrem.

§ 3. ARTIGO 1636.º DO CÓDIGO CIVIL: IRRELEVÂNCIA DO DOLO?

Do artigo 1636.º do Código Civil tem-se concluído o seguinte regime:

1. O erro só é relevante se versar sobre qualidade essencial da pessoa do outro cônjuge. São essenciais as qualidades

particularmente significativas, que, em abstracto, sejam idóneas para determinar o consentimento.

2. O erro deve ser próprio. O erro será impróprio quando recair sobre uma qualidade que constitua causa de inexistência do casamento (1628.º). Se recair sobre uma circunstância correspondente a impedimento dirimente, o erro é próprio. As normas do erro não são consumidas pelas normas dos impedimentos dirimentes (o desvalor é idêntico e pode ainda estar a decorrer o prazo de um quando o outro já tenha terminado)⁴.
3. O erro deve ser desculpável. O erro indesculpável ou grosseiro, em que não teria caído uma pessoa normal perante as circunstâncias do caso, não pode ser invocado como motivo de invalidade do casamento.
4. O erro tem de versar sobre uma circunstância decisiva na formação da vontade, de modo que, se o erro não existisse, o declarante não teria querido celebrar o casamento. O erro tem de ter sido determinante subjectivamente. O erro tem de ter sido, também, objectivamente determinante. Ou seja, tem de ser razoável, tendo em conta as circunstâncias do caso e à luz da consciência social dominante, que na determinação da vontade de casar tenha sido decisiva a circunstância sobre que versou o erro.

E quando haja dolo? O artigo 1627.º do Código Civil afirma que o casamento só é anulável com fundamento nas causas especificadas na lei. O dolo não é uma dessas causas.

⁴ Adopto a posição de JORGE DUARTE PINHEIRO quanto a este requisito: in *O Direito da Família Contemporâneo*, pp. 431 e 432.

Assim, diz-se que o dolo não assume significado, quanto ao casamento.

Admite-se, apenas, a possibilidade do *deceptus* exigir uma indemnização ao *deceptor* fundada no dolo como facto ilícito. Para quem admita a contratualidade do casamento, essa indemnização funda-se na boa fé pré-contratual ou culpa *in contrahendo* (artigo 227.º do Código Civil). Caso contrário, pode fundar-se no regime geral da responsabilidade civil (artigo 483.º do Código Civil).

Diz-se que, sendo o dolo muito vulgar no casamento, dar-lhe relevância, na prática, permitiria a anulação da maioria dos casamentos.

Este argumento é pessimista e superficial. Será vulgar no casamento que os nubentes exagerem as suas qualidades e diminuam os seus defeitos. Mas há sempre que distinguir o *dolus bonus* (irrelevante) do *dolus malus* (relevante e ilícito).

Outra justificação da irrelevância do *dolus malus* é a seguinte: o fundamento da invalidade por dolo está em que o comportamento ilícito do declaratório é capaz de tornar justo, em certos termos, facultar ao declarante a anulação do negócio. Mas, em relação ao casamento não é tida em conta a boa fé do declaratório. Basta saber se existe suficiente substrato de vontade sã onde, apesar do erro do declarante, a validade do casamento possa fundar-se.

Porém, o consentimento dos nubentes quer-se livre e esclarecido. Como diz o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-Outubro-1977⁵: "Usar dolo, enganar outrem ou deixá-lo no engano é contribuir para um erro. Neste vício, o consentimento em vez de esclarecido e espontâneo apresenta-se defeituosamente formado." Será que se quer dar irrelevância a um erro provocado que impede que o consentimento seja esclarecido?

§ 4. DOIS CASOS DE POSSÍVEL RELEVÂNCIA

4.1. Acórdão Lille⁶

Trata-se de um caso discutido pelos tribunais franceses, em que a noiva mente ao noivo dizendo ser virgem (ambos muçulmanos). O noivo, ao descobrir que a noiva não era virgem, pretende a anulação do casamento com fundamento em erro-vício.

Mas será a virgindade uma qualidade essencial dos nubentes? Será uma qualidade, em abstracto, idónea para determinar o consentimento?

Em Portugal, com a alteração da Reforma de 1977, pretendeu-se erradicar os fundamentos de erro inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade. Baniu-se, assim, a virgindade feminina.

Portanto, admiti-la agora seria ir contra a *ratio* do preceito.

Mas e se o nubente criou, contribuiu ou manteve, dolosamente, em erro o outro nubente?

4.2. Caso da esterilidade

A esterilidade não era um dos fundamentos previstos no artigo 1636.º do Código Civil, versão anterior à Reforma de 1977. E esta teve também como propósito ser mais exclusiva e restrita quanto aos fundamentos da anulabilidade do casamento por erro-vício.

Assim, será ir contra a *ratio* do preceito alargar o seu âmbito a qualidades que não eram abstractamente idóneas para determinar o consentimento?

⁶ Cfr. Acórdão da *Cour D'Appel de Douai*, de 17 de Novembro de 2008, mais conhecido por *Caso de Lille/Douai*, que integra o Apêndice II desta obra.

E se houver *dolus malus* do declaratório? Julgamos que só a relevância do dolo como causa de anulabilidade do casamento pode resolver casos como o da virgindade e o da esterilidade.

§ 5. RELEVÂNCIA DO DOLO

5.1. De iure condito

O dolo releva no casamento enquanto erro-vício, nos termos do artigo 1636.º do Código Civil. Como?

1. Contrariamente ao que sucede com o erro-vício simples, a anulação da declaração extorquida com dolo não depende de uma demonstração da essencialidade do elemento sobre o qual o erro recai. O erro provocado sobre uma qualidade da pessoa do nubente torna-a essencial. Basta que o dolo seja determinante do erro.
2. Propriedade do erro-vício provocado.
3. Desculpabilidade: tratando-se de dolo ilícito este requisito está preenchido.
4. O erro causado pelo dolo ser determinante para o consentimento do declarante, analisado subjectiva e objectivamente.

Sendo o erro qualificado por dolo, essa anulabilidade surge se for determinante da vontade: não tem de ser essencial, pois bastará que, por qualquer razão, tenha dado lugar à vontade e não se põe o problema do conhecimento, uma vez que, neste caso, ele foi pura e simplesmente causado pelo declaratório.

O *dolus malus* pode ser, assim, relevante como causa de anulabilidade do casamento, através de uma reorganização dos requisitos do erro-vício, adaptados para os casos de erro provocado.

5.2. De iure condendo

O dolo tem relevância no matrimónio católico. O Código Canónico de 1983 estabelece no *Canon* 1098: «Quem celebra o matrimónio enganado por dolo, provocado para obter o seu consentimento, acerca de alguma qualidade do outro contraente que pela sua própria natureza pode perturbar gravemente a união da vida conjugal, contrai invalidamente».

Este *Canon* contempla, na realidade, um caso especial do erro sobre as qualidades, que tem lugar quando esse erro tenha sido provocado por dolo. Entende-se por dolo toda a espécie de engano, sugestão, mentira intencionalmente urdida por uma pessoa para equivocar, defraudar um dos contraentes acerca de uma qualidade do outro. Importa a influência que o dolo teve sobre o consentimento, pois que é a causa do erro. O consentimento é um acto próprio e pessoal e o dolo atenta contra a liberdade e esclarecimento do consentimento.

Fazendo um paralelo com o *Canon* 1098, cremos ser possível a defesa da relevância específica do dolo como causa de anulabilidade do casamento.

Quais seriam os seus requisitos?

1. Intenção ou consciência por parte do *deceptor* de estar a enganar, induzir em erro o nubente. É preciso que o *deceptor* esteja de má fé (conhece ou não desconhece sem culpa).

2. É preciso que o dolo tenha sido eficaz, que tenha posto o *deceptus* em erro. É preciso que o dolo tenha determinado o erro (dupla causalidade).
3. O dolo deve ser directo, deve ser provocado com a finalidade concreta de obter o consentimento matrimonial de um dos nubentes. O erro tem de ter sido determinante do consentimento (dupla causalidade).
4. O erro, dolosamente causado, deve recair sobre uma qualidade do outro contraente.
5. Propriedade e desculpabilidade do erro, nos termos já referidos⁷.

§ 6. CONCLUSÃO: RELEVÂNCIA DA BOA FÉ ENQUANTO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO

A boa fé, enquanto princípio geral de Direito, tem também relevância no Direito da Família. Não são admissíveis artifícios que impliquem que o consentimento, em vez de esclarecido e espontâneo, se tenha formado defeituosamente.

O Direito não pode tolerar casamentos cujo consentimento se baseia em *dolus malus*, em erro-vício provocado. Assim, *de iure condito*, consideramos ser possível adaptar os requisitos do artigo 1636.º do Código Civil a casos de *dolus malus*.

Ainda assim, julgamos que, *de iure condendo*, o dolo merece ver a sua relevância plasmada num preceito autónomo, como o proposto acima⁸.

⁷ Vide *supra* 3.

⁸ Vide *supra* 5.2.

Pensamos ter demonstrado que não se pode permitir que o dolo seja irrelevante enquanto causa de anulabilidade do casamento, que este é relevante e tem uma relevância específica, que poderia ser potenciada num preceito próprio.

Breves indicações bibliográficas:

- COELHO, FRANCISCO PEREIRA, e OLIVEIRA, GUILHERME de; *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008;
- CORDEIRO, MENEZES; *Dolo na conclusão do negócio: culpa in contrahendo: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Janeiro 1993*, in *O Direito*, Ano 125, 1993;
- CORDEIRO, MENEZES; *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, 1997;
- CORDEIRO, MENEZES; *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, Almedina, 2007;
- ESPINA, LOURDES RUANO; *El error y el dolo en el matrimonio canónico*; in *Forum Canonicum*, Ano 2, n.º 1, 2007;
- FALCÃO, MIGUEL; *Erro e dolo no matrimónio canónico: fundamentação teológica da sua relevância até ao código de 1917*, Universidade Católica Editora, 2007;
- FERNANDES, CARVALHO; *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Universidade Católica Editora, 2007;
- MENDES, CASTRO; *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 1985;
- PINHEIRO, JORGE DUARTE; *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, 2009;
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS de; *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2007;
- VIEIRA, JOSÉ ALBERTO; *Negócio jurídico: anotação ao regime do Código Civil*, Coimbra Editora, 2006.

APÊNDICES

APÊNDICE I - O CASO LINGUÍSTICO BELGA

A - ARRÊT DU 23 JUILLET 1968 RENDU PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, EN L'AFFAIRE "RELATIVE À CERTAINS ASPECTS DU RÉGIME LINGUISTIQUE DE L'ENSEIGNEMENT EN BELGIQUE"

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 48 du Règlement, et composée de MM. les Juges:

R. CASSIN, Président,
A. HOLMBÄCK,
A. VERDROSS,
G. MARIDAKIS,
E. RODENBOURG,
A. ROSS,
T. WOLD,
G. BALLADORE PALLIERI,
H. MOSLER,
M. ZEKIA,
A. FAVRE,
J. CREMONA,
Sir HUMPHREY WALDOCK,
G. WIARDA,
A. MAST, Juge ad hoc, ainsi que de MM.
H. GOLSONG, Greffier et
M.-A. EISSEN, Greffier adjoint,

Rend l'arrêt suivant sur le fond de l'affaire:

PROCEDURE

1. Par une demande datée du 25 juin 1965, la Commission européenne des Droits de l'Homme (ci-après dénommée "la Commis-

* Igualmente disponível em http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Giur_doc/Corte_Stras/Affaire_belgique68.pdf.

sion") a porté devant la Cour une affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique.

A l'origine de cette affaire se trouvent six requêtes introduites devant la Commission, en vertu de l'article 25 (art. 25) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée "la Convention"), et dirigées contre le Royaume de Belgique. Lesdites requêtes, dont la plus ancienne remonte au 16 juin 1962 et la plus récente au 28 janvier 1964, émanaient d'habitants d'Alsemberg et de Beersel, de Kraainem, d'Anvers et environs, de Gand et environs, de Louvain et environs ainsi que de Vilvorde.

2. Le Gouvernement belge, Partie, a soulevé une exception préliminaire que la Cour a rejetée par un arrêt du 9 février 1967 qui contient un résumé de la procédure antérieure à son prononcé.

3. Le 9 février 1967, le Président de la Cour a recueilli l'opinion de l'Agent du Gouvernement belge, ainsi que celle des Délégués de la Commission, au sujet de la procédure à suivre sur le fond de l'affaire. Par une ordonnance du même jour, il a décidé en vertu des articles 35 par. 1 et 48 par. 3 du Règlement:

- que le Gouvernement belge disposerait, pour présenter un premier mémoire, d'un délai qui expirerait le 1er mai 1967;
- que la Commission aurait la faculté de présenter un mémoire en réponse dans un délai de deux mois à partir de la date de réception du mémoire du Gouvernement;
- que le Gouvernement belge disposerait, pour présenter un deuxième et dernier mémoire, d'un délai qui expirerait le 15 septembre 1967.

Les deux délais ainsi accordés au Gouvernement belge ont été prorogés respectivement jusqu'au 10 mai 1967 (ordonnance du 26 avril) et jusqu'au 2 octobre 1967 (ordonnance du 2 septembre).

4. Le premier mémoire du Gouvernement belge est parvenu au Greffe de la Cour le 9 mai 1967, le mémoire de la Commission le 12 juillet 1967 et le second mémoire du Gouvernement le 2 octobre 1967.

5. Le 6 juin 1967, le Secrétaire de la Commission a informé le Greffier que la Commission avait chargé son Président, M. M. Sørensen,

de la représenter dorénavant auprès de la Cour en qualité de Délégué principal, M. S. Petrén ayant été libéré de cette fonction à sa demande.

6. Par une lettre du 22 novembre 1967, le Gouvernement belge a fait savoir au Président de la Cour qu'il avait désigné comme Agent M. A. de Granges de Surgères en remplacement de M. A. Gomrée, décédé.

7. Conformément à une ordonnance rendue par le Président de la Cour le 7 octobre 1967, une audience publique s'est ouverte à Strasbourg, au Palais des Droits de l'Homme, le 25 novembre 1967, elle s'est poursuivie les 27, 29 et 30 novembre.

Ont comparu devant la Cour:

- pour la Commission:

M. M. Sørensen, Délégué principal, assisté de:

Mme G. Janssen-Pevtschin et M. F. Welter, Délégués;

- pour le Gouvernement belge:

M. A. de Granges de Surgères, Directeur général de l'administration de la Législation au Ministère de la Justice de Belgique, Agent, assisté de:

Me A. Bayart, Avocat à la Cour de Cassation de Belgique, et

M. P. Guggenheim, Professeur honoraire de l'Université de Genève et Professeur à l'Institut universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève, Conseils;

M. A. Vander Stichele, Substitut de l'Auditeur général au Conseil d'Etat de Belgique, Expert.

La Cour a entendu en leurs déclarations et conclusions:

- pour la Commission: MM. F. Welter et M. Sørensen;

- pour le Gouvernement belge: Me A. Bayart, M. P. Guggenheim et M. A. de Granges de Surgères.

En outre, la Cour a posé aux comparants certaines questions auxquelles ils ont répondu verbalement les 29 et 30 novembre.

Le 30 novembre, le Président a prononcé la clôture des débats.

8. La Cour a délibéré en chambre du conseil les 30 novembre et 1er décembre 1967. Le 1er décembre, elle a chargé son Greffier - qui s'est acquitté de cette tâche le 5 décembre - de demander au

Gouvernement belge et à la Commission des informations complémentaires concernant, d'une part, les examens subis devant le Jury central et, d'autre part, la situation des établissements non subsidiés qui, dans la région de langue néerlandaise, dispensent un enseignement en langue française.

La réponse du Gouvernement belge et celle de la Commission sont parvenues au Greffe le 10 janvier 1968. Le Gouvernement a complété la sienne en mars 1968.

9. Après en avoir délibéré à nouveau, la Cour a rendu le présent arrêt.

EN FAIT

1. La demande de la Commission a pour objet de soumettre l'affaire à la Cour afin que celle-ci puisse décider si certaines dispositions de la législation linguistique belge en matière d'enseignement répondent ou non aux exigences des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention ainsi que de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) du 20 mars 1952 (ci-après dénommé "le Protocole additionnel").

2. Les requérants, pères et mères de famille de nationalité belge, ont saisi la Commission tant pour leur compte personnel que pour celui de leurs enfants mineurs dont le nombre dépasse huit cents. Soulignant qu'ils sont francophones ou qu'ils s'expriment le plus fréquemment en français, ils désirent que leurs enfants soient instruits dans cette langue.

Alsemberg, Beersel, Anvers, Gand, Louvain et Vilvorde, où habitent les signataires de cinq des six requêtes (n° 1474/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64), appartiennent à la région considérée par la loi comme "de langue néerlandaise" tandis que Kraainem (requête n° 1677/62) relève, depuis 1963, d'un "arrondissement administratif distinct" doté d'un "statut propre". La population de ces diverses communes comprend une proportion variable, et parfois considérable, de francophones.

3. Quoique différant les unes des autres sur une série de points, les six requêtes se ressemblent à beaucoup d'égards. Il suffira pour l'instant de constater qu'elles reprochent à l'Etat belge, en substance:

- de n'organiser aucun enseignement en langue française dans les communes où résident les requérants ou, en ce qui concerne

Kraainem, de n'en organiser un que dans une mesure qu'ils jugent insuffisante;

- de priver de subventions les établissements qui, dans les mêmes communes, ne se conformeraient pas aux clauses linguistiques de la législation scolaire;

- de refuser d'homologuer les certificats d'études délivrés par de tels établissements;

- de fermer aux enfants des requérants l'accès aux classes françaises existant en certains endroits;

- d'obliger ainsi les requérants soit à placer leurs enfants dans une école locale, solution qu'ils estiment contraire à leurs aspirations, soit à les envoyer faire leurs études dans l'"arrondissement de Bruxelles-Capitale", où la langue de l'enseignement est le néerlandais ou le français, selon la langue maternelle ou usuelle de l'enfant, ou dans la "région de langue française" (Wallonie). Or, pareille "émigration scolaire" entraînerait de graves risques et inconvénients.

4. Les requêtes, pour autant que la Commission les a déclarées recevables, dénoncent la violation des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention et de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2). Cette violation résulterait de l'application aux requérants et à leurs enfants de diverses clauses de la loi du 14 juillet 1932 "concernant le régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen", de la loi du 15 juillet 1932 "sur la collation des grades académiques", de lois des 27 juillet 1955 et 29 mai 1959, de la loi du 30 juillet 1963 "concernant le régime linguistique de l'enseignement", de la loi du 2 août 1963 "sur l'emploi des langues en matière administrative", etc. Les lois des 14 et 15 juillet 1932 ont été abrogées par celle du 30 juillet 1963, mais elles étaient en vigueur à l'époque où les requérants d'Alsemberg, de Beersel, de Kraainem, d'Anvers et de Gand ont saisi la Commission, et ces requérants continuent à les incriminer tout en s'attaquant aussi à la législation actuelle.

5. Résumant, au paragraphe 7 de son mémoire du 17 décembre 1965, l'avis qu'elle avait exprimé dans son rapport du 24 juin 1965 (ci-après dénommé "le rapport"), la Commission a rappelé qu'elle estime: - par 9 voix contre 3, que la législation litigieuse n'enfreint pas la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), considérée isolément;

– à l’unanimité, que ladite législation respecte la seconde phrase de cet article (P1-2), considérée isolément ou en combinaison avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;

– par 10 voix contre 2, qu’elle (la législation) ne méconnaît pas davantage l’article 8 (art. 8) de la Convention, considéré isolément ou en combinaison avec l’article 14 (art. 14+8), dans le cas des requérants;

– par 9 voix contre 3, que le régime général de l’enseignement dans les zones légalement unilingues ne viole pas la première phrase de l’article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;

– par 11 voix contre 1, qu’il en va de même du “statut propre” dont l’article 7 de la loi du 2 août 1963 dote six communes bilingues de la périphérie de Bruxelles; y compris Kraainem;

– par 7 voix contre 5, que les lois de 1963 sont incompatibles avec la première phrase de l’article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention, dans la mesure où elles ont pour effet le retrait total des subventions aux écoles provinciales, communales ou privées qui entretiendraient, à titre de classes non subsidiées et à côté de l’enseignement donné dans la langue que prescrivent les lois linguistiques, un enseignement complet ou partiel en une autre langue;

– à l’unanimité, que les conditions auxquelles obéit, pour les enfants dont les parents résident en dehors de l’arrondissement de Bruxelles-Capitale, l’inscription dans les écoles de cet arrondissement (article 17 de la loi du 30 juillet 1963), n’enfreignent pas, dans le cas des requérants, la première phrase de l’article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;

– que les lois de 1963 ne répondent pas aux exigences de la première phrase de l’article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention, pour autant qu’elles empêchent certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d’accéder aux écoles de langue française existant à Louvain (8 voix contre 4) et dans les six communes susmentionnées de la périphérie de Bruxelles (7 voix contre 5);

– par 8 voix contre 4, que la législation incriminée par les requêtes ne satisfait pas non plus à ces exigences en ce qu’elle entraîne, depuis 1932, le refus d’homologuer les certificats sanctionnant des études secondaires non conformes aux prescriptions linguistiques”.

6. Au cours de la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été formulées sur le fond de l’affaire:

– par le Gouvernement belge, dans son mémoire du 9 mai 1967:

Le Gouvernement belge propose les conclusions suivantes:

- 1) La législation belge incriminée dans les requêtes n’est incompatible ni avec l’article 2 du Protocole additionnel (P1-2), ni avec l’article 8 (art. 8) de la Convention des Droits de l’Homme, quand ces dispositions sont considérées isolément.
- 2) Elle ne contredit pas davantage l’article 2, première et seconde phrases, du Protocole additionnel (P1-2) et l’article 8 (art. 8) de la Convention, même si l’on combine ces dispositions avec l’article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8) de la Convention.
- 3) Les lois de 1963 pas plus que celles de 1932 ne sont incompatibles avec l’article 2, première phrase, du Protocole additionnel, combiné avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention, pour autant qu’elles empêchent la création ou le subventionnement par l’Etat d’écoles qui ne se conforment pas à la législation linguistique.
- 4) Les lois de 1963 ne méconnaissent pas l’article 2, première phrase, du Protocole additionnel combiné avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention, pour autant qu’elles ont pour effet le retrait total des subventions à un établissement qui a une section où l’enseignement est donné dans la langue régionale, mais qui a organisé aussi un enseignement parallèle donné complètement ou partiellement en une autre langue.
- 5) Le régime instauré par la loi du 2 août 1963 pour les communes de la périphérie bruxelloise, y compris la commune de Kraainem, n’est pas incompatible avec l’article 2, première phrase, du Protocole additionnel combiné avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention.
- 6) Les conditions de résidence prévues pour l’accès aux écoles de langue française existant à Louvain et dans les communes de la périphérie bruxelloise, dont Kraainem, telles qu’elles sont établies par les lois de 1963, sont compatibles avec l’article 2, première phrase, du Protocole additionnel combiné avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention.
- 7) Les dispositions des lois de 1932 et de celles de 1963 sont compatibles avec l’article 2, première phrase, du Protocole additionnel combiné avec l’article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention, en tant qu’elles ont pour effet le refus de l’homologation des certificats d’études secondaires pour le seul motif que ces études n’ont pas

été faites conformément aux prescriptions de la législation linguistique.

Le Gouvernement belge se réserve de compléter ou de modifier ces conclusions au cours de la procédure."

- par la Commission dans son mémoire du 12 juillet 1967 et, en termes presque identiques, dans celui du 17 décembre 1965, antérieur à l'arrêt du 9 février 1967:

"Ainsi qu'elle l'a rappelé dans son mémoire du 17 décembre 1965, la Commission agit dans l'intérêt général et non, à proprement parler, en qualité de partie demanderesse à l'égard de la Haute Partie Contractante contre laquelle sont dirigées les requêtes soumises à son appréciation.

Elle maintient donc la forme interrogative donnée à ses conclusions et invite la Cour à décider si la législation dont se plaignent les requérants répond ou non aux exigences:

- a) de la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), considérée isolément;
- b) de la seconde phrase de cet article (P1-2), considérée isolément;
- c) de l'article 8 (art. 8) de la Convention, considéré isolément;
- d) de la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;
- e) de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;
- f) de l'article 8 de la Convention, combiné avec l'article 14 (art. 14+8).

En particulier, elle prie la Cour de se prononcer sur l'existence ou l'absence d'une violation de ces articles, ou de tel d'entre eux, dans le cas des requérants, et notamment:

a) pour autant que les lois de 1932 s'opposaient, et que les lois de 1963 s'opposent:

- à la création,
- au subventionnement,

par l'Etat, d'écoles qui ne se conformeraient pas aux prescriptions générales d'ordre linguistique:

b) dans la mesure où les lois de 1963 ont pour effet le retrait total des subventions aux écoles provinciales, communales ou privées qui entretiendraient, à titre de classes non subsidiées et à côté de

l'enseignement donné dans la langue que prévoient les lois linguistiques, un enseignement complet ou partiel en une autre langue;

c) quant au statut propre dont l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 dote six communes de la périphérie de Bruxelles, y compris Kraainem;

d) quant aux conditions auxquelles obéit, pour les enfants dont les parents résident en dehors de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, l'inscription dans les écoles de cet arrondissement (article 17 de la loi du 30 juillet 1963);

e) en tant que l'article 7, dernier alinéa, de la loi du 30 juillet 1963 et l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 empêchent certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langue française existant à Louvain et dans les six communes mentionnées sub (c);

f) pour autant que les lois de 1932 entraînaient, et que les lois de 1963 entraînent le refus absolu d'homologuer les certificats sanctionnant des études secondaires non conformes aux prescriptions linguistiques en matière d'enseignement.

Pour les motifs qu'elle a exposés à la fin de son rapport, (...), la Commission persiste pour l'instant à s'abstenir de formuler des conclusions sur les demandes de dommages-intérêts présentées par les requérants d'Alsemberg et Beersel, de Kraainem et de Louvain."

- par le Gouvernement belge, dans son mémoire du 2 octobre 1967: "En ordre subsidiaire, pour le cas où la Cour estimerait devoir adopter la manière de voir de la Commission, l'Etat belge fait valoir des mobiles légitimes à titre de justification de la législation incriminée.

Le Gouvernement belge maintient cependant à titre principal les conclusions qu'il a émises dans son premier mémoire sur le fond et réserve ses conclusions finales.

Il tient:

- à constater dès maintenant que les distinctions dont les requérants se plaignent, ne concernent pas les droits garantis par l'article 8 (art. 8) de la Convention, les droits des parents et des enfants en matière d'enseignement n'étant pas définis par cet article (art. 8), mais par l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2);

- à constater que ces distinctions ne concernent pas le droit négatif et la liberté garantis par l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2),

et qu'elles concernent des prestations positives et des faveurs que l'Etat peut, sans doute, accorder pour faciliter l'exercice de ce droit et de cette liberté, mais concernant lesquelles les Hautes Parties Contractantes ont déclaré expressément n'entendre souscrire aucune obligation;

– à constater que ces distinctions n'atteignent pas les requérants dans leur simple désir de faire instruire leurs enfants, mais dans leur désir de leur faire donner une instruction conforme à leurs préférences linguistiques, et que les préférences linguistiques, qu'il est possible d'avoir en matière d'enseignement, ont été exclues expressément par les Hautes Parties Contractantes, du catalogue des droits et libertés garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme;

– à constater que la règle de non-discrimination, édictée par l'article 14 (art. 14) de la Convention, ne pourrait trouver à s'appliquer aux distinctions dont les requérants se plaignent, cette règle ne s'appliquant que quand il s'agit de droits ou de libertés garantis par la Convention;

– à constater que les plaintes des requérants sont dénuées de fondement."

7. Au cours de la procédure orale ont été présentées les conclusions suivantes:

– par la Commission, le 25 novembre 1967:

"La Commission maintient les conclusions qu'elle a soumises à la Cour à la fin de son mémoire sur le fond de l'affaire, en se réservant toutefois le droit d'y apporter des modifications ou des compléments selon le développement des débats ultérieurs.";

– par le Gouvernement belge, le 27 novembre 1967:

"J'ai l'honneur de donner lecture à la Cour des conclusions que prend le Gouvernement belge dans l'état actuel de la procédure, se réservant au cours de celle-ci d'y apporter s'il a lieu les compléments ou modifications nécessaires.

Conclusions principales

Plaise à la Cour,

Constater que les mesures dont les requérants se plaignent ne les atteignent pas dans les droits et libertés tels qu'ils sont reconnus par la Convention européenne des Droits de l'Homme et son Pro-

tocole additionnel, qu'il s'agisse des dispositions invoquées par eux à titre isolé ou combinées entre elles, et, répondant plus en détail aux questions soumises par la Commission:

Dire que la législation belge n'est pas incompatible avec:

a) la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), considérée isolément;

b) la seconde phrase de cet article (P1-2), considérée isolément;

c) l'article 8 (art. 8) de la Convention, considéré isolément;

d) la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;

e) la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention;

f) l'article 8 de la Convention, combiné avec l'article 14 (art. 14+8).

En particulier, le Gouvernement belge prie la Cour de se prononcer en faveur de l'absence d'une violation de ces articles ou de tels d'entre eux, dans le cas des requérants, et notamment:

a) pour autant que les lois de 1932 s'opposaient et que les lois de 1963 s'opposent à la création et à la subvention, par l'Etat, d'écoles qui ne se conformeraient pas aux prescriptions générales d'ordre linguistique;

b) dans la mesure où les lois de 1963 ont pour effet le retrait total des subventions aux écoles provinciales, communales ou privées qui entretiendraient, à titre de classes non subsidiées et à côté de l'enseignement donné dans la langue que prévoient les lois linguistiques, un enseignement complet ou partiel en une autre langue;

c) quant au statut propre dont l'article 7, paragraphes 1 et 3, de la loi du 2 août 1963 dote six communes de la périphérie de Bruxelles, y compris Kraainem;

d) quant aux conditions auxquelles obéit, pour les enfants dont les parents résident en dehors de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, l'inscription dans les écoles de cet arrondissement (article 17 de la loi du 30 juillet 1963);

e) en tant que l'article 7, dernier alinéa, de la loi du 30 juillet 1963 et l'article 7, paragraphes 1 et 3, de la loi du 2 août 1963 empêchent certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langue française existant à Louvain et dans les six communes mentionnées sous (c);

f) pour autant que les lois de 1932 entraînaient et que les lois de 1963 entraînent le refus d'homologuer les certificats sanctionnant

des études secondaires non conformes aux prescriptions linguistiques en matière d'enseignement.

Conclusion subsidiaire

Si la Cour admettait l'opinion exprimée par la Commission, selon laquelle l'article 2, première phrase, du Protocole additionnel consacrerait, en combinaison avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention, l'obligation de non-distinction:

Plaise à la Cour:

Dire que la législation belge incriminée est conforme à cette exigence, cette législation ne contenant aucune distinction illicite ou arbitraire au détriment des requérants dans le sens où l'entend l'article 14 (art. 14) de la Convention.

Plaise à la Cour:

Dire que les plaintes des requérants sont dénuées de fondement."; - par la Commission, le 29 novembre 1967:

"Il ne me reste qu'à confirmer les conclusions que la Commission a formulées dans son mémoire du 11 juillet 1967";

- par le Gouvernement belge, le 30 novembre 1967:

"Les conclusions que nous avons eu l'honneur de déposer entre les mains de la Cour (le 27 novembre 1967) peuvent être considérées comme des conclusions finales."

LE REGIME LINGUISTIQUE DE L'ENSEIGNEMENT EN BELGIQUE

8. Le régime linguistique de l'enseignement a beaucoup évolué en Belgique depuis la fondation du Royaume (1830), dans le cadre plus vaste de l'évolution du "problème linguistique belge", sur lequel la Commission et le Gouvernement belge ont fourni à la Cour des explications détaillées (cf. notamment le paragraphe 344 du rapport et le compte rendu de l'audience, matinée du 27 novembre 1967). Avant d'examiner et de trancher les six questions énumérées dans les conclusions respectives des comparants, la Cour croit utile de donner un bref aperçu des principales lois linguistiques qui se sont succédé en Belgique, de 1914 à nos jours, dans le domaine de l'enseignement.

9. Aux termes de l'article 17 de la Constitution belge du 7 février 1831:

"L'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est réglée que par la loi. L'instruction publique donnée aux frais de l'Etat est également réglée par la loi."

De son côté, l'article 23 prévoit ce qui suit:

"L'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires."

Ces deux articles n'ont jamais été modifiés.

10. Les premières lois linguistiques belges n'avaient pas trait à l'enseignement mais à la procédure pénale (lois de 1870 et de 1908) ainsi qu'au vote et à la promulgation des lois (loi de 1898).

Jusqu'en 1932, les parents jouissaient en Belgique d'une assez grande liberté en ce qui concerne la langue de l'enseignement. Une loi du 19 mai 1914 rendit obligatoire l'instruction primaire. D'après son article 15, la langue maternelle ou usuelle des enfants, déterminée par la déclaration du chef de famille, était la langue véhiculaire aux divers degrés de l'enseignement et sur toute l'étendue du territoire; si le chef d'école jugeait que l'enfant n'était pas apte à suivre avec fruit les cours dans la langue désignée par le chef de famille, celui-ci disposait d'un recours auprès de l'inspection. A la faveur d'une application large de ce texte, des parents d'expression flamande faisaient instruire leurs enfants en français. Dans certaines localités de Flandre, il existait donc des écoles primaires françaises, tant publiques que privées, en sus des écoles primaires flamandes; quant à l'enseignement secondaire, il était dispensé tantôt en français tantôt moitié en français et moitié en flamand (paragraphe 138 et 345 du rapport).

11. Ce système fut profondément modifié par la loi du 14 juillet 1932 "concernant le régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen".

Le projet préparé par le gouvernement de l'époque introduisait le concept de territorialité mais réservait une certaine liberté de choix aux familles minoritaires de chaque région; l'exposé des motifs soulignait que la langue maternelle méritait le même respect que les convictions religieuses et philosophiques.

Au cours des débats parlementaires, beaucoup de députés et de sénateurs, et en particulier d'élus wallons marquèrent toutefois une

nette préférence pour une solution plus "territorialiste". Amendé en ce sens, le projet fut approuvé à la Chambre des Représentants par 81 voix contre 12, avec 63 abstentions, et au Sénat par 82 voix contre 25, avec 13 abstentions.

Le principe de territorialité fut également retenu dans la loi du 28 juin 1932 "sur l'emploi des langues en matière administrative" et dans la loi du 15 juin 1935 "sur l'emploi des langues en matière judiciaire".

12. La loi du 14 juillet 1932 valait pour "les écoles gardiennes et les écoles primaires communales, adoptées et adoptables", pour "les établissements régis par la loi organique de l'enseignement moyen" (athénées et écoles moyennes) et pour "les classes primaires (sections préparatoires) annexées aux écoles moyennes" (articles 1, 8, 14 et 18).

Ladite loi établissait une distinction entre les régions considérées comme unilingues et les zones reconnues bilingues.

Dans les premières, c'est-à-dire "la région flamande", "la région wallonne" et "les communes d'expression allemande", la langue de l'enseignement était en principe celle de la région (articles 1, 8 et 14), l'étude d'une seconde langue (nationale ou non) n'étant obligatoire qu'au niveau secondaire (articles 3, 10, 11 et 16). Cette règle souffrait cependant plusieurs tempéraments. Ainsi, les articles 2, 4, 15 et 17 disposaient que les enfants dont la langue maternelle ou usuelle n'était pas la langue de la région avaient le droit de recevoir l'enseignement primaire dans leur langue maternelle. Les autorités compétentes demeuraient pourtant juges de la "réalité de ce besoin" et de "l'opportunité d'y donner satisfaction" en créant des classes de "transmutation"; les élèves inscrits dans les classes dont il s'agit devaient apprendre la langue de la région à partir du deuxième degré d'études primaires (3ème année), de manière à pouvoir suivre avec fruit dans cette langue les cours du quatrième degré, de l'enseignement technique ou de l'enseignement moyen, selon le cas.

En outre, l'article 9 prévoyait que les "sections linguistiques spéciales" des athénées et des écoles moyennes subsisteraient aussi longtemps que leur fréquentation par des élèves appartenant à trois catégories bien délimitées en justifierait le maintien.

Dans l'agglomération bruxelloise et les communes bilingues de la frontière linguistique, la langue véhiculaire de l'enseignement éta-

it la langue maternelle ou usuelle de l'enfant; l'enseignement de la seconde langue nationale y était obligatoire (articles 5, 6, 12, 13, 18, 19 et 22). La loi du 28 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative à laquelle renvoyait l'article 21 de celle du 14 juillet 1932, définissait l'agglomération bruxelloise en son article 2 par. 5. Les chefs de famille étaient appelés à indiquer la langue maternelle ou usuelle de leurs enfants dans la mesure où elle déterminait le régime applicable, mais l'exactitude de leur déclaration pouvait donner lieu à un contrôle (articles 7 et 20 de la loi du 14 juillet 1932).

La loi du 14 juillet 1932 (article 28), complétée par l'article 13 d'une loi du 27 juillet 1955 et par l'article 24 d'une loi du 29 mai 1959 ("pacte scolaire"), instituait une sanction du respect de ses clauses: le refus ou le retrait, selon le cas, des subventions scolaires.

Une seconde sanction découlait de la loi du 15 juillet 1932 sur la collation des grades académiques (cf. infra). En effet, l'Etat refusait d'"homologuer" les certificats d'études délivrés par les établissements qui ne se conformaient pas entièrement aux lois linguistiques. Toutefois, les élèves dont le certificat d'études n'était pas homologable avaient la ressource d'obtenir un diplôme légal en passant, dans la langue nationale de leur choix, un examen devant un jury dénommé "jury central".

13. L'article 22 de la loi du 14 juillet 1932 prévoyait que "dans toute commune où le recensement décennal" établissait "la présence d'une population de plus de 20 %, parlant habituellement une langue autre que la langue régionale, l'enseignement de cette seconde langue" pourrait, "si les Communes ou les directions des écoles adoptées ou adoptables en" décidaient "ainsi, commencer dès le deuxième degré".

De son côté, la loi du 28 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative contenait un article 3 par. 1 ainsi libellé:

"Sous réserve de ce qui est stipulé à l'article 2 pour les communes de l'agglomération bruxelloise, les communes dont la majorité des habitants parle le plus fréquemment, d'après le dernier recensement décennal, une langue différente de celle du groupe linguistique auquel l'article 1er les rattache, adopteront pour leurs services intérieurs et pour la correspondance la langue de cette majorité." Depuis 1846, en effet, un recensement général de la population avait lieu périodiquement en Belgique (arrêté royal du 30 juin

1846, loi du 2 juin 1856, arrêté royal du 5 juillet 1866, loi du 25 mai 1880); aux termes d'un arrêté ministériel du 18 novembre 1880, il avait pour but de constater non seulement le nombre, le sexe et l'âge des habitants du Royaume, mais aussi leur langue.

Le dernier recensement "linguistique" de la population remonte à 1947.

Tout en révélant la présence, dans les provinces flamandes, d'un certain pourcentage de francophones (paragraphe 349 du rapport), il montra que les Belges d'expression flamande progressaient numériquement mais que beaucoup de Belges d'expression française s'étaient installés en région flamande, notamment aux alentours de Bruxelles. Ce double phénomène, qui paraît s'être confirmé depuis lors, provoqua de vives réactions: les Wallons taxèrent les Flamands d'"impérialisme démographique", tandis que les Flamands reprochèrent aux Wallons leur "impérialisme géographique" (compte rendu de l'audience, matinée du 27 novembre 1967).

Les résultats du recensement de 1947 ne furent publiés qu'en 1954; une loi du 2 juillet 1954 atténua les conséquences qu'ils auraient dû entraîner en vertu des lois des 28 juin et 14 juillet 1932.

Un nouveau recensement de la population se déroula à la fin de 1961, mais sans comporter aucune interrogation relative à l'emploi des langues (article 3 de la loi du 24 juillet 1961 et arrêté royal du 3 novembre 1961).

Plus récemment, une loi du 8 novembre 1962 a modifié les limites de provinces, d'arrondissements et de communes, ainsi que plusieurs dispositions des lois des 28 juin et 14 juillet 1932. Elle aboutit à fixer définitivement le tracé de la frontière linguistique:

dorénavant, les changements pouvant survenir quant à la langue parlée par la population resteront, quelle qu'en soit l'ampleur, sans influence sur le régime linguistique des différentes communes.

14. Les lois des 14 et 15 juillet 1932 ont été abrogées par la loi du 30 juillet 1963 "concernant le régime linguistique de l'enseignement". De leur côté, les lois du 28 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative et du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ont été remplacées, la première par une loi du 2 août 1963, la seconde par une loi du 9 août 1963.

Adoptée à de fortes majorités tant par la Chambre des Représentants (157 voix contre 33) que par le Sénat (120 voix contre 17, avec 7 abstentions), la loi du 30 juillet 1963 consacre les mêmes principes

que celle du 14 juillet 1932, dont elle se distingue cependant sur une série de points parfois importants.

Aux termes de son article 1er, la nouvelle loi s'applique aux établissements officiels et aux établissements libres subventionnés ou reconnus par l'Etat, et ce à tous les niveaux de l'enseignement à l'exception de l'enseignement universitaire, lequel n'est d'ailleurs pas en cause dans la présente affaire. Elle renvoie pourtant, en ce qui concerne six communes de la périphérie de Bruxelles, à l'article 7 de la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative. Elle se réfère également (article 2) à ladite loi pour la définition des régions linguistiques. Son article 3 complète la liste de ces régions en annonçant que les vingt-cinq communes de la frontière linguistique, les communes de la région de langue allemande, les "communes malmédiennes" et neuf autres communes de l'Est du pays "sont dotées d'un régime spécial en vue de la protection de leurs minorités". Les limites de ces diverses régions sont fixées définitivement.

L'article 4 de la loi du 30 juillet 1963 a trait aux régions unilingues. Il dispose que la langue de l'enseignement est le néerlandais dans la région de langue néerlandaise, le français dans la région de langue française et l'allemand dans la région de langue allemande, des atténuations étant toutefois prévues pour cette dernière (article 8). Dans ces régions l'étude de la seconde langue est facultative au niveau de l'enseignement primaire (article 9); la loi du 30 juillet 1963 ne la régit pas expressément pour les établissements secondaires (paragraphe 176, 211 et 367 d) du rapport).

Les dix-neuf communes de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale (articles 5 et 21) connaissent un régime bilingue fondé sur le critère de la langue maternelle ou usuelle de l'enfant; l'étude de la seconde langue nationale y est obligatoire au niveau primaire et facultative au niveau secondaire (articles 10 et 11).

Six communes de la périphérie de Bruxelles, dont Kraainem, sont "dotées d'un statut propre" (article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963). L'enseignement s'y dispense normalement en néerlandais. Cependant, l'enseignement gardien et primaire - non l'enseignement secondaire - peut y être donné en français à l'enfant dont cette langue est la langue maternelle ou usuelle, à condition que le chef de famille habite dans une de ces communes. La commune doit organiser un tel enseignement si seize chefs de famille résidant sur son territoire le demandent. Dans les écoles

néerlandaises des six communes en question, l'étude du français est facultative tandis que celle du néerlandais est obligatoire dans les écoles françaises.

La loi du 30 juillet 1963 institue enfin plusieurs régimes spéciaux. Le seul d'entre eux qu'il y ait lieu d'analyser en l'espèce est celui de Louvain (cf. infra); pour les autres, il suffira de renvoyer aux articles 3, 6, 7, 10 et 20 de la loi et aux passages pertinents du rapport de la Commission (communes "dotées d'un régime spécial en vue de la protection de leurs minorités"; enfants des militaires en garnison à Ostende, Bourg-Léopold et Arlon; enfants quittant la commune de leur domicile pour des raisons de santé ou parce que leurs parents n'ont pas de résidence fixe; écoles européennes). Le Chapitre V de la loi du 30 juillet 1963 organise un "contrôle linguistique". En région unilingue, les élèves accèdent sans aucun contrôle aux écoles qui dispensent leur enseignement dans la langue de la région, mais il n'en va pas de même lorsque "la langue maternelle ou usuelle de l'enfant détermine le régime linguistique" applicable (Bruxelles-Capitale, classes françaises de Louvain et des six communes de la périphérie de Bruxelles, etc.). Dans cette dernière hypothèse, le chef d'école ne peut inscrire un enfant dans un régime déterminé que sur production soit "d'un certificat du chef de l'école que l'élève vient de quitter, attestant qu'il a fait ses études antérieures dans la langue de ce régime", soit "d'une déclaration linguistique du chef de famille, visée par l'inspection linguistique dans tous les cas où celle-ci ne met pas en doute l'exactitude de cette déclaration", soit "d'une décision de la commission ou du jury mentionnés à l'article 18" (article 17, deuxième alinéa; cf. Egalement les troisième, quatrième et cinquième alinéas et l'arrêté royal du 30 novembre 1966 fixant le modèle du certificat et de la déclaration linguistiques). L'inspection linguistique incombe à deux inspecteurs "appartenant à l'un et l'autre rôle linguistique" et dont les désaccords éventuels sont soumis à une commission composée par le Roi; le chef de famille peut en appeler de la décision soit des inspecteurs, soit de la commission, auprès d'un jury constitué lui aussi par le Roi (article 18 et arrêtés royaux du 30 novembre 1966 sur le statut et le fonctionnement de l'inspection linguistique), sans préjudice d'un recours ultérieur au Conseil d'Etat (paragraphe 210 du rapport). Pour l'arrondissement de Bruxelles-Capitale et les six communes de la périphérie, la loi du 2 août 1963 (articles 6 et 7 paras. 1 et 5) a créé un organe sup-

plémentaire de contrôle: le "commissaire du gouvernement, vice-gouverneur de la province de Brabant".

Le respect des clauses de la loi du 30 juillet 1963 se trouve assorti de plusieurs sanctions. Aux termes du sixième alinéa de l'article 17, "toute inscription fausse ou inexacte" d'un élève "par le chef d'école peut entraîner des peines disciplinaires" - dans les écoles officielles - ou, pour les écoles provinciales, communales ou privées, "la privation des subventions pour une période qui n'excédera pas six mois par infraction". Plus généralement, il ressort de l'article 1er que les établissements privés ne peuvent recevoir de subventions de l'Etat s'ils n'observent pas le régime linguistique de l'enseignement; d'ailleurs, la loi du 30 juillet 1963 n'abroge ni l'article 13 de la loi du 27 juillet 1955, ni l'article 24 de la loi du 29 mai 1959. En outre, la législation de 1963 a pour effet le retrait total des subventions à l'école provinciale, communale ou privée qui entretiendrait, à titre de classes non subsidiées et à côté de l'enseignement donné dans la langue que prévoient les lois linguistiques, un enseignement complet ou partiel en une autre langue (articles 1 et 4 de la loi du 30 juillet 1963, circulaires ministérielles des 9 et 29 août 1963, etc.).

Une autre sanction résulte de l'article 19 de la loi du 30 juillet 1963: "sont seuls homologables les certificats d'études faites conformément à (cette) loi dans les établissements visés à l'article 1er et dans les autres établissements libres". A ce principe, le deuxième alinéa du même article apporte une exception qui ne paraît cependant pas entrer en ligne de compte dans la présente affaire. Les lois de 1963, tout comme celles de 1932, laissent intacte la possibilité de remédier au refus d'homologation par un examen passé devant un jury central.

15. Les articles 17 et 23, précités, de la Constitution belge n'ont pas été révisés et restent en vigueur. Partant, les enfants de la région de langue néerlandaise, y compris ceux d'expression flamande, peuvent recevoir sur place un enseignement dispensé en français - ou dans une langue quelconque - par les parents, par un précepteur ou par une école privée non subsidiée. Le chef de famille qui use de cette faculté n'encourt aucune peine et s'acquitte valablement de son obligation scolaire (cf. p. ex. l'article 1er des lois coordonnées du 20 août 1957 sur l'enseignement primaire), pourvu que pareil enseignement réponde aux conditions scientifiques et tech-

niques fixées par la loi. Il en va de même, mutatis mutandis, sur l'ensemble du territoire du Royaume. A cet égard, les lois de 1932 et de 1963 n'ont pas modifié la situation antérieure.

EN DROIT

Outre les six questions spécifiques énumérées dans les conclusions respectives de la Commission et du Gouvernement belge, la présente affaire soulève des problèmes de caractère plus général, concernant le sens et la portée de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. La Cour se prononcera sur ces problèmes avant de trancher lesdites questions car la réponse que les secondes appellent de sa part dépend, jusqu'à un certain point, de la solution donnée aux premiers.

I. SUR LE SENS ET LA PORTEE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE ADDITIONNEL (P1-2) ET DES ARTICLES 8 ET 14 (art. 8, art. 14) DE LA CONVENTION

A. Résumé des arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire et de ceux présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

1. Aux termes de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), "nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction". Devant la Commission, les requérants ont soutenu que l'article 2 du Protocole (P1-2) engendre des "obligations de faire". Ils ont invoqué à cet égard l'esprit et la lettre de la Convention, ainsi que les réserves et déclarations de plusieurs Etats signataires. Ils ont aussi tiré argument des articles 17 et 23, précités, de la Constitution belge, et de son article 6 qui proclame l'égalité des Belges devant la loi. Ils ont souligné en outre que l'enseignement est, en Belgique, à la fois obligatoire jusqu'à l'âge de quatorze ans (loi du 19 mai 1914) et gratuit aux niveaux gardien, primaire et secondaire dans les écoles officielles et subventionnées (loi du 29 mai 1959). Dès lors un Etat moderne comme la Belgique ne saurait prétendre "qu'il n'a pas l'obligation de prendre les mesures qui sont de nature à permettre dans ce domaine le libre exercice des droits" consacrés notamment par sa Constitution et par la Convention.

Certes l'article 2 de Protocole (P1-2) n'astreindrait pas les Etats contractants à créer ou financer un enseignement; il ne leur interdirait pas non plus de réglementer l'accès à l'enseignement qu'ils organisent ou subsidient, pareille réglementation pouvant "se justifier par des raisons parfaitement valables". Les requérants ont cependant exprimé l'opinion que l'Etat à partir du moment où il accepte d'organiser ou de subventionner un enseignement, doit "s'abstenir de toute mesure discriminatoire", sous peine de violer l'article 2 (P1-2). A leurs yeux, ce texte doit s'interpréter "de bonne foi, en équité", et son application peut "varier d'un Etat à l'autre d'après les situations propres à chacun des Etats".

Spécialement, le droit "culturel" à l'instruction, protégé par la première phrase, s'analyserait en un "droit de prestation", en une "créance" sur l'Etat. Sans doute l'article 2 (P1-2) l'énonce-t-il en termes négatifs mais l'abandon de la formule positive envisagée à l'origine n'aurait pas la signification que lui prête le Gouvernement défendeur. "Rendre les enseignements existants accessibles à tous", telle serait la prestation exigée des Etats contractants.

D'après le Gouvernement belge, Convention et Protocole s'inspirent dans l'ensemble de la conception classique des libertés par opposition aux droits, différant en cela de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et de la Charte Sociale européenne. Or, les libertés individuelles impliqueraient pour les pouvoirs publics de simples devoirs d'abstention (statut négatif, status libertatis). Les engagements assumés par les Etats en vertu de la Convention et du Protocole revêtiraient donc, en règle générale, un caractère négatif.

Tel serait le cas, en particulier, de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2): elle obligerait l'Etat à ne pas "empêcher de s'instruire" les personnes relevant de sa juridiction, mais non pas à pourvoir lui-même à "l'éducation et à l'enseignement de ses citoyens"; bref, il en découlerait "avant tout" une "interdiction d'interdire". En effet le droit à l'instruction se trouve énoncé en termes négatifs ("nul ne peut se voir refuser ..."), tandis que l'Assemblée Consultative avait préconisé, en août 1950, une formulation positive ("toute personne a droit à ..."). Ce changement, introduit en 1951 par les experts gouvernementaux, n'aurait rien de fortuit: il montrerait que les Etats n'ont pas entendu s'engager à "prendre des mesures positives" en la matière. A cet égard, les travaux préparatoires confirmeraient très nettement les indications

tirées du texte; les déclarations émises au sujet de l'article 2 (P1-2), par les Pays-Bas (20 mars 1952) et par la République Fédérale d'Allemagne (13 février 1957), iraient d'ailleurs dans le même sens. Partant, la première phrase de l'article 2 (P1-2) n'astreindrait les Etats contractants à aucune de ces prestations que sont l'ouverture ou le subventionnement d'écoles et la reconnaissance officielle des certificats d'études. Elle ne garantirait pas davantage le droit de chacun à recevoir une instruction conforme à ses préférences culturelles ou linguistiques: celles-ci ne seraient point protégées par la deuxième phrase de l'article 2 (P1-2), qui se borne à prescrire le respect des "convictions religieuses et philosophiques"; elles seraient, a fortiori, étrangères au domaine régi par la première phrase. Par conséquent, l'article 2 (P1-2) ne condamnerait nullement une "politique d'unilinguisme" dans le domaine de l'enseignement; il laisserait aussi à un "pays bilingue" la faculté de "décider que pour accomplir leur obligation scolaire, les parents devront faire donner à leurs enfants un enseignement complet dans la langue de la région".

Sur ce point comme sur d'autres, il se révélerait beaucoup moins généreux que l'article 17 de la Constitution belge. L'interdiction de refuser à quiconque le droit à l'instruction signifierait par exemple, qu'"en l'absence d'un enseignement primaire, l'Etat ne pourrait s'opposer à la création d'écoles par des particuliers" et que "des particuliers pourraient", "au moins dans certaines conditions", "organiser un enseignement technique spécialisé que l'Etat ne pourrait ou ne voudrait assumer". Quant à l'idée, avancée par la Commission, d'un droit à l'instruction de contenu "variable d'après les circonstances", le Gouvernement belge en conteste "l'orthodoxie juridique"; il considère que "le contenu de ce droit doit être égal pour toutes les personnes soumises à la juridiction des Hautes Parties Contractantes".

La Commission a confirmé devant la Cour l'avis exprimé à ce sujet dans son rapport par une majorité de sept membres sur douze. D'après elle, les droits reconnus par la Convention ne sont pas tous "négatifs": "il faut examiner chaque matière" et "chaque disposition d'une manière indépendante, sans se laisser égarer" par une doctrine "d'un certain âge" - la doctrine classique des libertés individuelles qui "peut conserver une certaine valeur philosophique" mais "n'a aucun caractère normatif". Qu'en est-il de la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2)? Elle "inter-

dit aux Etats toute mesure qui aurait pour effet d'empêcher de s'instruire les personnes soumises à leur juridiction". En revanche, elle n'entraînerait pour eux "aucune obligation positive, dans le sens d'une obligation de prestation". Cette conclusion se dégagerait du texte, qui "emploie une formule négative". Elle s'appuierait en outre sur les travaux préparatoires: en écartant la "formule positive" adoptée par l'Assemblée du Conseil de l'Europe en août 1950, les Etats signataires auraient entendu éviter que la première phrase de l'article 2 (P1-2) "ne pût être interprétée comme comportant l'obligation, pour les gouvernements, de prendre des mesures effectives pour que chacun puisse recevoir l'instruction qu'il désire". Au demeurant, "si le Protocole avait eu pour objet d'obliger les Etats soit à créer eux-mêmes un enseignement, soit à subventionner l'enseignement privé, cette obligation aurait dû donner lieu à une réglementation tout au moins approximative". Les Parties contractantes ne seraient pas non plus tenues de respecter les "préférences que les parents peuvent avoir pour une langue déterminée". La Commission souligne pourtant que "l'article 2, première phrase, du Protocole additionnel (P1-2), malgré sa formulation négative, consacre le droit de tous à l'instruction".

Il s'agirait d'un droit "dont l'étendue n'est pas définie, n'est pas précisée dans la Convention" et dont le contenu varierait "dans le temps et dans l'espace", en fonction des "circonstances économiques et sociales". La Belgique étant "un pays hautement évolué", le droit à l'instruction comprendrait, "aux fins de l'examen de la présente affaire", "l'accès à l'enseignement gardien, primaire, secondaire et supérieur"; il impliquerait aussi "le droit de tirer pleinement profit de l'instruction reçue" car, "dans les circonstances économiques et sociales actuelles de la Belgique comme du reste des autres pays signataires du Protocole (P1)", on ne saurait imaginer que l'article 2 (P1-2) se borne à garantir le "droit à une instruction purement désintéressée" ou "humaniste". A d'autres égards, "la portée exacte" de la première phrase prêterait à discussion: "On peut se demander, par exemple, si un Etat qui, à un moment donné, a établi un système d'enseignement public peut abandonner tout ce système et s'en décharger sur l'initiative privée."

La Commission rappelle enfin qu'aux yeux de cinq des douze membres présents lors de l'adoption de son rapport du 24 juin 1965, l'article 2 du Protocole (P1-2) engendre des obligations positives;

elle attire l'attention de la Cour sur les opinions individuelles émises à ce sujet.

2. Aux termes de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), "l'Etat dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques."

Les requérants ont fait valoir devant la Commission que le droit "familial" des parents, protégé par ce texte, a "la même force juridique que les autres droits et libertés garantis"; le mot "respectera", substitué au cours des travaux préparatoires à l'expression "tiendra compte" que l'Assemblée Consultative avait jugée trop vague, exigerait "une action positive directe" de l'Etat. D'après les requérants d'Anvers, Gand et Vilvorde, d'autre part, la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) n'a pas trait à l'éducation et à l'enseignement organisés par les parents eux-mêmes, mais bien à ceux "dans le domaine desquels l'Etat assume des fonctions d'éducateur et d'enseignant"; elle concernerait donc "l'enseignement officiel et l'enseignement libre subsidié, réglé et contrôlé" par les pouvoirs publics. Quant aux "convictions philosophiques", elles incluraient notamment la "doctrine personnaliste" que ces requérants "déclarent professer"; pour les requérants d'Alsemberg, de Beersel, de Kraainem et de Louvain, elles englobent "nécessairement" les préférences culturelles et linguistiques des parents.

Le Gouvernement belge soutient, au contraire, que la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) donne naissance, comme la première, à "une pure obligation négative". Consacrant "le droit des parents d'organiser pour les enfants un enseignement conforme à leurs préférences", elle impliquerait que l'Etat ne doit pas "entraver" l'exercice de ce droit; en revanche, elle lui laisserait la faculté de "réglementer l'accès à l'enseignement que lui-même organise ou subsidie" et ne l'astreindrait pas davantage à "mettre l'enseignement organisé par les parents exactement sur le même pied que l'enseignement officiel en ce qui concerne l'octroi des subsides et l'homologation des diplômes".

L'étude des travaux préparatoires prouverait en outre que "les organes européens n'ont pas songé à des questions linguistiques",

mais "simplement à des conflits sur le plan idéologique et confessionnel".

Par conséquent, les préférences culturelles et linguistiques des parents ne figureraient point parmi les "convictions religieuses et philosophiques", de sorte que la deuxième phrase de l'article 2 (P1-2) ne garantirait pas "le droit des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de leur choix". Ici encore, l'article 17 de la Constitution belge se révélerait plus généreux car "il proclame la liberté de tout enseignement, sans distinction quant aux mobiles ou aux convictions qui peuvent inspirer cet enseignement".

Selon la Commission, qui a confirmé devant la Cour l'avis unanime exprimé à ce sujet dans son rapport, la seconde phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) n'impose pas aux Etats "le respect des préférences ou des opinions en matière culturelle ou linguistique". Sans chercher à définir en l'espèce les termes "religieuses et philosophiques", la Commission relève que le projet du Comité d'Experts prévoyait uniquement, "à un moment donné", "la protection des opinions religieuses mais qu'on y ajouta les opinions philosophiques, visant par là les opinions agnostiques". Elle souligne également que "la délégation danoise avait proposé d'inclure dans le texte le droit des parents d'envoyer leurs enfants dans des écoles reconnues dont la langue d'enseignement est autre que celle du pays en question"; or, "cette proposition, n'ayant pas recueilli de majorité, fut retirée".

En décembre 1951, deux membres de l'Assemblée Consultative demandèrent de leur côté la garantie du "droit à la langue"; leurs "suggestions demeurèrent" cependant "sans écho". Partant, la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) ne consacrerait pas "le droit des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de leur choix en ce sens que l'Etat, lorsqu'il assume des fonctions dans l'enseignement par la création d'écoles, serait obligé à tenir compte des préférences des parents pour une langue déterminée."

3. L'article 8 (art. 8) de la Convention est ainsi libellé:

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la

sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

Les requérants, en particulier ceux d'Anvers, Gand et Vilvorde, ont précisé devant la Commission comment ils interprètent la notion de "respect de la vie privée et familiale". A leurs yeux, elle implique "l'absence de toute mesure de contrainte à l'égard de la famille" et "la protection légale due" à celle-ci. Le chef de famille aurait notamment le droit de choisir à sa guise la langue dans laquelle seront instruits ses enfants et, le cas échéant, la seconde langue qu'ils étudieront; il aurait aussi droit au maintien de l'homogénéité et de l'intégrité du foyer familial, y compris "le droit personnel, absolu et inaliénable à ce que ses enfants soient à sa ressemblance intellectuelle et culturelle". Quant à l'enfant, l'article 8 (art. 8) lui reconnaîtrait le droit à un enseignement qui "assure au mieux l'épanouissement le plus complet de sa personnalité", moyennant des conditions conformes à ses "aptitudes" et à son "affectivité".

Selon le Gouvernement belge, l'obligation découlant de l'article 8 (art. 8) revêt un caractère "strictement négatif": "il s'agit d'une pure obligation de non-ingérence". L'Etat ne serait donc pas tenu d'"organiser ses services publics d'enseignement ou autres de telle manière que tous ses citoyens puissent en jouir partout avec un minimum d'inconvénients et d'incommodités pour leur vie privée et familiale". D'ailleurs, les droits des parents en matière d'éducation et d'enseignement se trouveraient définis exclusivement à l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2). L'article 8 (art. 8) ne consacrerait par conséquent en aucune manière des droits tels que celui, pour le chef de famille, "de choisir librement la langue dans laquelle ses enfants doivent être instruits". Dès lors, une législation scolaire ne saurait porter atteinte à l'article 8 (art. 8): le Gouvernement belge, modifiant un peu son argumentation antérieure, "conteste absolument" devant la Cour la possibilité d'un "lien" quelconque "entre l'article 8 (art. 8) de la Convention et l'article 2, première phrase, du Protocole (P1-2)".

D'après la Commission, qui a confirmé devant la Cour l'avis unanime exprimé à ce sujet dans son rapport, les articles 8 et 12 (art. 8, art. 12) de la Convention et l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) régissent chacun "un secteur bien déterminé de la vie

privée et familiale". La Commission en déduit que "même si l'on admet" que ces trois dispositions "puissent donner lieu, dans certaines circonstances, à une application combinée ou conjointe", il faut se garder d'interpréter l'une d'entre elles d'une manière qui aboutirait à étendre les "droits reconnus par les deux autres". Spécialement, "on ne saurait concevoir que l'article 8 (art. 8) empiète sur le domaine de l'article 2 du Protocole (P1-2), ni surtout qu'il y ajoute quelque chose". Pareil résultat serait, du reste, "contraire à la volonté des Parties Contractantes, telle qu'elle se dégage clairement des travaux préparatoires". L'article 8 (art. 8) ne tendrait donc "à garantir ni le droit à l'instruction, considéré comme un corollaire de la liberté de la vie privée, ni les droits des parents en matière d'éducation de leurs enfants, considérés comme une conséquence du droit au respect de la vie privée et familiale". Il ne serait pourtant "pas exclu que des mesures prises en matière d'enseignement" puissent enfreindre l'article 8 (art. 8). Ainsi, "un régime scolaire qui, sans méconnaître le droit des parents d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses ou philosophiques", chercherait "à éloigner les enfants de leurs parents, pourrait violer l'article 8 (art. 8)". "De même, des dispositions relatives à la langue de l'enseignement peuvent", "sous certaines conditions", apparaître "incompatibles avec l'article 8 (art. 8)", si elles entraînent "des troubles graves à la vie privée ou familiale", cette incompatibilité ne découlant pas "du fait que l'Etat ne respecterait pas la volonté des parents quant à la langue de l'enseignement", mais "des troubles graves et non justifiés apportés à la vie privée ou familiale". Partant, le Gouvernement belge verserait "dans l'erreur quand il affirme que l'article 8 (art. 8) de la Convention est étranger au différend porté devant la Cour."

4. L'article 14 (art. 14) de la Convention prévoit ce qui suit: "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation."

Devant la Commission, les requérants ne semblent pas avoir indiqué très nettement si la violation de l'article 14 (art. 14) présup-

pose ou non, à leurs yeux, celle de l'un des articles qui définissent les droits et libertés garantis. Ils ont précisé, en revanche, leur interprétation de l'article 14 (art. 14) sur plusieurs points. En premier lieu, ils ont exprimé l'opinion que le mot "assurée" implique l'existence, à la charge des Etats contractants, d'obligations de faire et non pas de simples devoirs d'abstention. De plus, ils ont reconnu que l'article 14 (art. 14), en dépit des termes catégoriques de sa version française ("sans distinction aucune"), n'interdit que les distinctions de nature "discriminatoire". Une discrimination consisterait en une action ou omission imputable aux pouvoirs publics et introduisant une inégalité de traitement de caractère arbitraire. Une distinction destinée "à rétablir plutôt qu'à détruire l'égalité", ou fondée sur des motifs "valables", serait donc entièrement "légitime". Il arriverait, cependant, qu'une distinction légitime se mue à la longue en discrimination "condamnabile", pour avoir survécu à sa raison d'être initiale. Certaines discriminations, les plus graves, dériveraient de "la volonté délibérée des gouvernants" (discriminations "actives"); d'autres auraient "leur origine dans des facteurs d'ordre économique, social ou politique" ou dans des "circonstances historiques" (discrimination "statiques"). A ce sujet, les requérants ont cité des extraits d'un rapport de M. Charles Ammoun (Liban), rédigé en 1956 pour la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. Ils se sont référés aussi, à maintes reprises, à la Convention et à la recommandation "concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement", que la Conférence Générale de l'UNESCO a adoptées le 14 décembre 1960.

Le Gouvernement belge avait fait valoir, auprès de la Commission, qu'"une violation de l'article 14 (art. 14) sans violation simultanée d'un autre article de la Convention" était "juridiquement impossible"; il tirait argument des mots "droits et libertés reconnus dans la présente Convention" et de la jurisprudence de la Commission. Depuis lors, sa pensée a évolué à cet égard. Durant la première phase de la procédure suivie devant la Cour (exception préliminaire), le Gouvernement belge a souligné que l'article 14 (art. 14) n'appartient pas au catalogue des droits et libertés énumérés dans les articles 2 à 13 de la Convention (art. 2, art. 3, art. 4, art. 5, art. 6, art. 7, art. 8, art. 9, art. 10, art. 11, art. 12, art. 13) et dans les articles 1 à 3 du Protocole additionnel (P1-2, P1-2, P1-3), car il se borne à prohiber toute discrimination dans la jouissance de ces droits et lib-

ertés. L'article 14 (art. 14) ne constituerait donc pas - séparément ou en combinaison avec d'autres articles - la source de droits non consacrés par la Convention et le Protocole; il ne transformerait pas non plus les obligations négatives découlant de ceux-ci en devoirs de prestation. En réalité, il aurait pour rôle de déterminer de manière précise le champ d'application *ratione personae* des droits et libertés garantis. Partant, sa méconnaissance ne se concevrait pas sans la violation simultanée d'un article protégeant un droit ou une liberté, à moins qu'il ne s'agisse d'un article entraînant des obligations positives. Or, les articles invoqués par les requérants conjointement avec l'article 14 - l'article 8 (art. 14+8) de la Convention et l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2) - engendreraient de pures obligations de non-ingérence. Après l'arrêt du 9 février 1967, le Gouvernement belge a complété et légèrement modifié sa thèse sur le point en question. D'après lui, la jurisprudence de la Commission semblait, "à ses débuts", "aboutir à la conclusion" que l'article 14 (art. 14) "n'avait aucun effet juridique utile et que sa présence dans le texte de la Convention n'avait qu'une portée psychologique". Plus récemment, la Commission aurait essayé "de concilier deux principes à première vue inconciliables, à savoir, d'une part, que l'article 14 (art. 14) devait avoir un effet juridique utile" et, d'autre part, qu'il visait uniquement "les droits et libertés garantis". Le gouvernement belge ne conteste pas "les mérites" de pareil "effort d'analyse juridique"; toutefois, la solution retenue par la Commission ne lui paraît pas "respecter assez le second de ces principes". A ses yeux, en effet, l'article 14 (art. 14) "ne trouve à s'appliquer utilement" que dans deux hypothèses: là où les "dispositions de la Convention et du Protocole additionnel créent à la charge des Hautes Parties Contractantes des obligations positives dont l'exécution nécessite une action de la part des autorités publiques" (ex.: article 6 de la Convention et article 3 du Protocole) (art. 6, P1-3) et là où elles donnent naissance à "des obligations négatives ou self-executing" mais "permettent exceptionnellement" aux Etats "de déroger" à ces obligations "dans certaines circonstances" (ex.: articles 2 à 5 (art. 2, art. 3, art. 4, art. 5) de la Convention et paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2)). Il en irait autrement dans une troisième hypothèse, celle d'un article qui "impose à un Etat" un simple "devoir d'abstention, sans y prévoir d'exception ou de dérogations en général" (ex.: article 2 du Protocole additionnel) (P1-2). L'article 14 (art. 14) ne con-

cernerait pas les "prestations positives" et les "faveurs" qu'un Etat peut, sans y être tenu par la Convention, "accorder" pour "faciliter l'exercice" d'une liberté protégée par un article de ce genre: admettre le contraire équivaldrait à "transformer, sous certaines conditions, une obligation négative en une obligation positive", ce que la Convention et le Protocole n'autoriseraient nullement.

Au sujet de l'article 14 (art. 14), le Gouvernement belge a développé d'autres arguments de caractère plutôt subsidiaire. Il considère, avec les requérants et avec la Commission, que l'article 14 (art. 14) n'interdit pas toute inégalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés garantis. Que faut-il alors entendre par "discrimination", par opposition à "distinction" ou "différenciation" légitime? D'après le Gouvernement belge, la Cour a qualité pour apprécier les "critères de discrimination", mais son pouvoir "se trouve dans une certaine mesure en concurrence avec la fonction étatique". En effet, "les buts généraux et spécifiques dont un gouvernement cherche la réalisation, et les moyens qu'il utilise" à cette fin, relèvent de "sa propre compétence". "Dans le doute", il y aurait donc "lieu de présumer" que ces buts et moyens "sont raisonnables"; sauf dans des cas "tout à fait exceptionnels", il suffirait à un Etat, pour se justifier, d'invoquer "un mobile légitime et avouable". Les juridictions européennes sortiraient du cadre de leurs attributions si elles contrôlaient la légitimité, l'équité et l'opportunité des actes des Etats; elles seraient "inéluclablement" amenées "à introduire dans leurs décisions des prises de position politique", résultat non "conforme à la volonté des Hautes Parties Contractantes". On en arriverait à une véritable "mise sous tutelle" de Parlements démocratiques, seuls juges des exigences du sentiment national. Quant à la distinction, avancée par la Commission, entre "avantages" et "rigueurs", elle manquerait de clarté; "la seule manière correcte de poser le problème" consisterait, en l'espèce, "à se demander si en réservant certains avantages à l'enseignement qui se donne dans la langue de la région", "la législation prive" l'enseignement dispensé dans une autre langue "d'un droit que la Convention ou le Protocole additionnel garantissent".

Dans son avis du 24 juin 1965, la Commission a exprimé l'opinion que si l'article 14 (art. 14) ne vaut point pour les droits et libertés non garantis par la Convention et le Protocole, son applicabilité "ne se limite pas" pour autant "aux hypothèses où il y aurait violation concomitante d'un autre article". Aux yeux de la Commis-

sion, "une application aussi restreinte" se heurterait au principe de l'effet utile, retenu par la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice, car la discrimination se bornerait à "aggraver la violation d'une autre disposition de la Convention". La Commission estime d'ailleurs que pareille interprétation cadrerait mal "avec le libellé de l'article 14 (art. 14)": d'après elle, le mot "assurée" implique, à la charge des Etats contractants, "une obligation qui n'est pas simplement négative". L'article 14 (art. 14) revêtirait "une importance particulière par rapport aux clauses" qui "ne définissent pas avec précision les droits" qu'elles consacrent, mais "laissent aux Etats une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'accomplissement de leurs engagements", "autorisent des restrictions ou exceptions aux droits garantis" ou "abandonnent aux Etats, jusqu'à un certain point, le choix des moyens propres à réaliser un droit". Il aurait "trait aux modalités ou à l'étendue de la jouissance de droits et libertés énumérés dans d'autres textes". "Des mesures différentes prises par un Etat envers différentes parties de son territoire ou de sa population" pourraient donc, bien que compatibles avec l'article qui protège le droit considéré, entraîner un manquement aux exigences de la Convention "si l'on apprécie la conduite de l'Etat sous l'angle de l'article 14 (art. 14)"; "il s'agirait alors de la violation non du seul article 14 (art. 14) mais du droit en question, tel qu'il est énoncé par l'article pertinent en combinaison avec l'article 14 (art. 14)".

Devant la Cour, la Commission a reconnu que "jusque dans un passé assez récent", ses idées "n'étaient pas très nettement fixées" quant au "champ d'application" de l'article 14 (art. 14). Elle a néanmoins confirmé l'opinion consignée dans son rapport du 24 juin 1965; elle a essayé de l'illustrer d'exemples concrets touchant aux articles 2, 3, 4, 5, 6 et 9 (art. 2, art. 3, art. 4, art. 5, art. 6, art. 9) de la Convention et à l'article 1er du Protocole (P1-1). D'après elle, l'article 14 (art. 14) "trouve à s'appliquer utilement" même en dehors des deux situations dans lesquelles le Gouvernement belge n'en conteste pas le "rôle autonome". Il pourrait, notamment, renforcer "la garantie des droits et libertés" qui appellent, de la part des Etats, "une certaine action législative ou administrative, mais une action limitée seulement". Ainsi, l'article 6 (art. 6) obligerait les Etats "à créer des tribunaux" chargés de trancher les contestations "de caractère civil" et de statuer sur le "bien-fondé de toute

accusation en matière pénale"; il ne les astreindrait cependant pas à "instituer un double degré de juridiction". L'Etat qui établit des Cours d'Appel irait par conséquent au-delà des obligations positives dérivant de l'article 6 (art. 6); il serait pourtant tenu, en vertu de l'article 14 (art. 14) et non de l'article 6 (art. 6), de ne fermer ces Cours à aucune personne, et le Gouvernement belge l'a du reste admis. L'article 14 (art. 14) s'appliquerait aussi "à la garantie des droits et libertés qui n'imposent aux Etats qu'un devoir d'abstention", "sans leur conférer un pouvoir d'intervention". Tel serait le cas de la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2). "Malgré sa formulation négative", elle consacrerait "le droit de tous à l'instruction". La Commission en déduit que "la jouissance de ce droit doit être assurée dans les Etats contractants à tous, sans distinction aucune": "lorsqu'il existe dans un pays une instruction organisée par les autorités publiques, celle-ci ne saurait être refusée à personne", sans quoi on "ouvrirait la porte à n'importe quelle discrimination en matière d'enseignement". Pour que l'article 14 soit violé conjointement avec l'article 2 du Protocole (P1-2), il suffirait que la discrimination litigieuse "porte sur la jouissance d'un droit ou d'une liberté déterminés, déjà compris dans le droit à l'instruction". Bref, il y aurait lieu de "lire l'article 2 (P1-2) comme si l'article 14 (art. 14) en formait, en quelque sorte, un troisième alinéa". L'article 14 (art. 14) engendrerait donc des obligations "complémentaires", "indépendantes de la nature" de celles positives ou négatives, qui découlent "des autres textes de la Convention". La thèse de la Commission n'équivaudrait nullement à transformer des "devoirs d'abstention" en "obligations de prestation": elle signifierait que quand un Etat prend, de son plein gré, "des mesures positives relatives aux droits reconnus par la Convention", il doit le faire sans discrimination. Dans le domaine de l'enseignement, l'"obligation de ne pas discriminer" ne serait ni "positive", ni "négative", mais "conditionnelle": "si l'Etat assume", librement, "des fonctions" dans ce domaine, "il doit les exercer d'une manière non discriminatoire".

La Commission, se référant à "la doctrine contemporaine" et à sa propre jurisprudence, estime que la Convention ne prohibe pas l'établissement de "différenciations" légitimes dans la jouissance des droits et libertés garantis: une "interprétation extensive", fondée sur la version française de l'article 14 (art. 14) ("sans distinction aucune"), "conduirait à des résultats absurdes". L'article 14

(art. 14) condamnerait uniquement les "discriminations", et la Commission s'attache à préciser ce qu'elle entend par là. D'après elle, un Etat ne commet pas de discrimination s'il se borne à octroyer à tel groupe ou individu un "avantage", un "privilège" ou une "faveur" qu'il refuse à d'autres. La question d'une discrimination éventuelle ne surgirait que si la différence de traitement litigieuse s'analyse en une "rigueur" infligée à certains. Encore faudrait-il que ladite "rigueur" ne se justifie point "par des considérations tenant à l'intérêt général", et notamment par des impératifs "d'ordre administratif" ou "financier". Les "mobiles" et la "philosophie" qui ont animé les gouvernants entreraient en ligne de compte à cet égard, mais il y aurait également lieu d'examiner si des mobiles et une philosophie reconnus "légitimes" n'ont pas inspiré des mesures incompatibles avec les droits et libertés protégés, y compris "le droit à la non-discrimination". "L'appréciation de l'"intérêt général" n'échapperait pas "au contrôle des organes de mise en oeuvre de la Convention". "Plusieurs articles" de celle-ci, par exemple les articles 8 à 11 et l'article 15 (art. 8, art. 9, art. 10, art. 11, art. 15), "comportent des formules qui nécessitent des évaluations que l'on pourrait qualifier de politiques"; or, "la Commission a constamment pris la position, et la Cour l'a suivie dans l'affaire Lawless", selon laquelle les organes chargés de veiller au respect de la Convention ont compétence "pour faire ces évaluations", faute de quoi "la sauvegarde internationale des Droits de l'Homme" perdrait "son efficacité" et "son sens même". Il n'en traiterait pas autrement de l'article 14 (art. 14): si l'on admet "que certaines différenciations peuvent se justifier par un motif raisonnable et légitime", l'idée de "contrôle international" exige que la Commission et la Cour "essaient de vérifier les motifs du législateur, ainsi que les buts fixés et les effets produits par la législation". Rechercher si ces motifs sont "raisonnables", ces buts "légitimes" et ces effets "justifiés", n'aboutirait point à "mettre sous tutelle" les Etats contractants, auxquels la Commission réserve d'ailleurs "une certaine marge d'appréciation".

Deux des membres présents lors de l'adoption du rapport du 24 juin 1965 ne pensent pas que l'article 14 (art. 14) ait un "champ d'application autonome"; deux autres n'acceptent pas la distinction établie par la majorité entre "faveurs" et "rigueurs", et un cinquième conteste la pertinence des impératifs de caractère "administratif" ou "financier". La Commission attire l'attention de la

Cour sur leurs opinions individuelles.

B. Interprétation retenue par la Cour

1. Pour l'examen des griefs qui lui ont été soumis, la Cour se trouve placée d'emblée devant la question générale de savoir dans quelle mesure tel ou tel article de la Convention ou du Protocole peut contenir des dispositions touchant aux droits ou libertés des enfants en ce qui concerne leur instruction, ou à ceux des parents en ce qui concerne l'instruction de leurs enfants, notamment pour ce qui est de la langue de l'instruction.

La Cour constate que si certains autres articles (articles 9 et 10 de la Convention) (art. 9, art. 10) ont été invoqués par les requérants devant la Commission, seuls sont retenus dans les arguments et conclusions tant de la Commission que du Gouvernement belge l'article 2 du Protocole (P1-2) et les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. Bien que les dispositions de la Convention et du Protocole doivent être envisagées comme un tout, la Cour estime que la décision à prendre dépend essentiellement du contenu et de la portée de ces trois articles (art. 8, art. 14, P1-2).

2. La Cour se penchera d'abord sur l'article 2 du Protocole (P1-2), car les Etats contractants y ont inséré des dispositions expresses relatives au droit à l'instruction.

3. Aux termes de la première phrase de cet article (P1-2), "nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction".

Malgré sa formulation négative, cette disposition utilise le terme "droit" et parle d'un "droit à l'instruction". De même, le préambule du Protocole précise que l'objet de celui-ci consiste dans la garantie collective de "droits et libertés". Qu'un droit soit consacré par l'article 2 (P1-2) ne fait donc aucun doute.

Il reste cependant à déterminer le contenu de ce droit et l'étendue de l'obligation qui en découle pour les Etats.

La formulation négative signifie, et les travaux préparatoires le confirment (voir notamment les Doc. CM/WP VI (51) 7, page 4, et AS/JA (3) 13, page 4), que les Parties Contractantes ne reconnaissent pas un droit à l'instruction qui les obligerait à organiser à leurs frais, ou à subventionner, un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminés. On ne saurait pourtant en déduire que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de

ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole (P1-2). Puisque "droit" il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l'article 1er (art. 1) de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat contractant.

Pour dégager la portée du "droit à l'instruction", au sens de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), la Cour doit tenir compte de l'objet de cette disposition. Elle constate à ce sujet que tous les Etats membres du Conseil de l'Europe avaient à l'époque de l'ouverture du Protocole à leur signature, et ont encore à l'heure actuelle, un système d'enseignement général et officiel. Il ne pouvait et il ne peut donc être question d'obliger chaque Etat à créer un tel système, mais uniquement de garantir aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné. Quant à l'étendue de ces moyens et à la manière de les organiser ou de les subventionner, la Convention n'impose pas d'obligations déterminées. En particulier, la première phrase de l'article 2 (P1-2) ne spécifie pas la langue dans laquelle l'enseignement doit être dispensé pour que le droit à l'instruction soit respecté. Elle ne contient pas de précisions semblables à celles qui figurent aux articles 5 par. 2 et 6 par. 3 (a) et (e) (art. 5-2, art. 6-3-a, art. 6-3-e).

Toutefois, le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas.

4. La première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) garantit par conséquent, en premier lieu, un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné, mais l'accès à ces derniers ne forme qu'une partie du droit à l'instruction. Pour que le "droit à l'instruction" produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies. La Cour traitera ce point plus en détail lorsqu'elle examinera la dernière des six questions spécifiques énumérées dans les conclusions des comparants.

5. Le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une règle-

mentation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention.

La Cour retient que le but que les Parties Contractantes se sont proposé d'atteindre, d'une manière générale, au moyen de la Convention européenne des Droits de l'Homme, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'Homme, et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la Convention a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'Etat des possibilités considérables pour réglementer l'exercice de ces droits. Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers.

6. La seconde phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) ne garantit pas un droit à l'instruction; son texte même le montre nettement: "...

L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques."

Cette disposition n'impose pas aux Etats le respect dans le domaine de l'éducation ou de l'enseignement, des préférences linguistiques des parents, mais uniquement celui de leurs convictions religieuses et philosophiques. Interpréter les termes "religieuses" et "philosophiques" comme couvrant les préférences linguistiques équivaldrait à en détourner le sens ordinaire et habituel et à faire dire à la Convention ce qu'elle ne dit pas. Les travaux préparatoires confirment d'ailleurs que l'objet de la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) n'était nullement d'assurer le respect, par l'Etat, d'un droit des parents de voir l'enseignement dispensé dans une langue autre que celle du pays dont il s'agit. En effet, le Comité d'experts qui avait la tâche de rédiger le projet de Protocole a écarté, en juin 1951, une proposition présentée en ce sens: plusieurs de ses membres ont estimé qu'elle visait un aspect du problème des minorités ethniques et sortait, dès lors, du cadre de la Convention (voir Doc.

CM (51) 33 déf., page 3). La seconde phrase de l'article 2 (P1-2) est donc étrangère aux problèmes soulevés en l'espèce.

7. Aux termes de l'article 8 par. 1 (art. 8-1) de la Convention, "toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance".

Cette disposition ne garantit point par elle-même un droit à l'instruction, ni un droit propre des parents en matière d'instruction de leurs enfants: elle a essentiellement pour objet de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée ou familiale.

Toutefois, il n'est pas exclu que des mesures prises dans le domaine de l'enseignement puissent affecter le droit au respect de la vie privée et familiale ou y porter atteinte; il en serait ainsi, par exemple, si elles avaient pour but ou pour effet de troubler la vie privée ou familiale d'une manière injustifiée, notamment en éloignant de façon arbitraire des enfants de leurs parents.

La Convention, et la Cour l'a déjà souligné, forme un tout. Dès lors, une matière spécialement visée par l'une de ses dispositions peut relever aussi, dans certains de ses aspects, d'autres dispositions de la Convention.

La Cour examinera donc les faits de la cause sous l'angle tant de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) que de l'article 8 (art. 8) de la Convention.

8. Selon l'article 14 (art. 14) de la Convention, la jouissance des droits et libertés reconnus dans celle-ci doit être assurée sans distinction aucune ("without discrimination") fondée, notamment, sur la langue. En vertu de l'article 5 du Protocole (P1-5), cette garantie vaut également pour les droits et libertés reconnus dans cet instrument. Partant, l'article 2 du Protocole (P1-2) et l'article 8 (art. 8) de la Convention doivent être interprétés et appliqués l'un et l'autre non seulement de façon isolée, mais aussi eu égard à la garantie prévue à l'article 14 (art. 14).

9. Si cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14 (art. 14), les "droits et libertés reconnus dans la Convention", une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet ar-

ticle, combiné avec l'article 14 (art. 14), pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire.

Ainsi, les personnes soumises à la juridiction d'un Etat Contractant ne peuvent puiser dans l'article 2 du Protocole (P1-2) le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création de tel ou tel établissement d'enseignement; néanmoins, l'Etat qui aurait créé pareil établissement ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (art. 14).

Pour rappeler un autre exemple cité au cours de la procédure, l'article 6 (art. 6) de la Convention n'astreint pas les Etats à instituer un double degré de juridiction. L'Etat qui établit des cours d'appel va par conséquent au-delà des obligations dérivant de l'article 6 (art. 6). Il violerait pourtant l'article 6, combiné avec l'article 14 (art. 14+6), s'il refusait cette voie de recours à certains sans raison légitime, alors qu'il l'ouvrirait à d'autres pour la même catégorie de litiges.

Dans des cas semblables, on se trouverait en présence d'une violation d'un droit ou d'une liberté garantis, tels qu'ils sont énoncés par l'article pertinent combiné avec l'article 14 (art. 14). Tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent, et par exemple suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention. Le caractère très général des termes employés à l'article 14 (art. 14) - "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée" - le prouve d'ailleurs clairement.

10. Malgré le libellé très général de sa version française ("sans distinction aucune"), l'article 14 (art. 14) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ("without discrimination").

En outre et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits

et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait. L'interprétation extensive mentionnée ci-dessus ne saurait par conséquent être retenue.

Il importe donc de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative bien entendu à l'exercice de l'un des droits et libertés reconnus, contrevient ou non à l'article 14 (art. 14). A ce sujet, la Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'Etats démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention.

Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention.

11. En l'espèce la Cour relève que l'article 14, même combiné avec l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2), n'a pas pour effet de garantir aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix. L'objet de ces deux articles, combinés entre eux (art. 14+P1-2), est plus limité: il consiste à faire assurer par chaque Partie Contractante la jouissance du droit à l'instruction à toute personne relevant de sa juridiction sans discrimination fon-

dée, par exemple, sur la langue. Tel est le sens naturel et ordinaire de l'article 14, envisagé conjointement avec l'article 2 (art. 14+P1-2). Bien plus, interpréter ces deux dispositions comme reconnaissant à toute personne placée sous la juridiction d'un Etat un droit à être instruite dans la langue de son choix conduirait à des résultats absurdes, car chacun pourrait ainsi revendiquer une instruction donnée dans n'importe quelle langue dans l'un quelconque des territoires des Parties Contractantes.

La Cour constate que là où les Parties Contractantes ont voulu reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction des droits spécifiques dans le domaine de l'emploi d'une langue ou de sa compréhension, comme à l'article 5 par. 2 et à l'article 6 par. 3 (a) et (e) (art. 5-2, art. 6-3-a, art. 6-3-e) de la Convention, elles l'ont clairement précisé dans le texte. Il faut en conclure que si elles avaient entendu créer, à l'intention de toute personne relevant de leur juridiction, un droit spécifique relatif à la langue de l'enseignement, elles l'auraient fait expressément à l'article 2 du Protocole (P1-2). Pour cette raison également, la Cour ne peut attribuer à l'article 14, combiné avec l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2), un sens qui reviendrait à reconnaître à toute personne relevant de la juridiction d'une Partie un droit à un enseignement donné dans la langue de son choix.

Il reste qu'en vertu de l'article 14 (art. 14), la jouissance du droit à l'instruction et du droit au respect de la vie familiale, garantis par l'article 2 du Protocole et l'article 8 de la Convention (P1-2, art. 8), sera assurée à toute personne sans distinction fondée, entre autres, sur la langue.

12. Pour statuer sur les questions soumises à son examen, la Cour recherchera donc s'il existe ou non en l'espèce des distinctions non justifiées, c'est-à-dire des discriminations, portant sur l'exercice des droits que les articles 2 du Protocole et 8 de la Convention consacrent conjointement avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8). Dans cette recherche, la Cour tiendra compte des données de fait et de droit caractérisant la situation de la Belgique, Etat plurilingue comprenant plusieurs régions linguistiques.

II. SUR LES SIX QUESTIONS SOUMISES A LA COUR

1. S'étant ainsi prononcée sur le sens et la portée de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14)

de la Convention, la Cour a examiné les six questions particulières énumérées dans les conclusions des comparants (cf. les pages 9-10 et 11-12 supra). La décision qu'elle a rendue au sujet de chacune de ces questions est précédée d'un résumé des faits pertinents - dans la mesure où ils n'ont pas été relatés ci-dessus - et des arguments respectifs des requérants, du Gouvernement belge et de la Commission.

A. Sur la première question

2. La première question concerne le régime linguistique de l'enseignement dans les régions considérées par la loi comme unilingues, sous réserve des deux aspects auxquels ont trait la deuxième et la sixième questions. Elle porte, plus précisément, sur le point de savoir s'il existe ou non, dans le cas des requérants, une violation de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ou de tel d'entre eux: "pour autant que les lois de 1932 s'opposaient et que les lois de 1963 s'opposent à la création et au subventionnement, par l'Etat, d'écoles qui ne se conformeraient pas aux prescriptions générales d'ordre linguistique".

3. A cet égard, les faits de la cause se dégagent suffisamment de l'aperçu global des lois litigieuses, que la Cour a donné plus haut (pages 13 à 19).

1. Arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire

4. D'après les requérants, le régime linguistique de l'enseignement dans les régions unilingues enfreint l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. Les lois de 1932 et de 1963 méconnaîtraient d'abord les deux phrases de l'article 2 du Protocole (P1-2). L'Etat belge refuserait aux enfants des requérants un enseignement intégral dans leur langue maternelle. Ce refus serait d'autant plus rigoureux que la loi du 30 juillet 1963 a provoqué, malgré l'accroissement de la population francophone, l'abolition progressive des classes de transmutation et des sections linguistiques spéciales qui, aux yeux des requérants, constituaient un "moindre mal". Les aspirations linguistiques des parents ne seraient pas davantage respectées: l'instruction primaire étant obligatoire, beaucoup de requérants se verraient rédu-

its, en pratique, à confier leurs enfants à des écoles où l'on enseigne en néerlandais. Assurément, la législation incriminée n'interdit pas aux enfants de suivre leurs études en langue française, mais il s'agirait là d'échappatoires utopiques et illusoire. En effet, les requérants n'auraient pas la possibilité de faire instruire leurs enfants à domicile. Quant à les envoyer à Bruxelles, en Wallonie ou à l'étranger, cette solution se heurterait à des obstacles matériels et moraux souvent insurmontables. Enfin, la création d'écoles privées d'expression française en Flandre n'offrirait, elle aussi, qu'un remède assez théorique en raison des frais élevés découlant de l'absence de subventions.

Les griefs formulés sur le terrain de l'article 8 (art. 8) de la Convention s'appuient sensiblement sur les mêmes éléments de fait. La législation linguistique belge menacerait l'épanouissement intellectuel et affectif des enfants, empêcherait le chef de famille de choisir la langue dans laquelle seront instruits ses enfants et porterait atteinte à l'unité de la famille en contraignant les requérants à inscrire leurs enfants soit dans des écoles locales d'expression flamande, "instruments de dépersonnalisation forcée", soit dans des écoles éloignées de leur foyer. Les inconvénients de l'"émigration scolaire", sans être dictés par la loi, n'en dériveraient pas moins directement de celle-ci. Les requérants et leurs enfants seraient, par conséquent, les victimes de diverses ingérences dans leur vie privée et familiale.

Les lois litigieuses entraîneraient enfin une série de discriminations contraires à l'article 14 (art. 14) de la Convention et fondées, notamment, sur la langue et la fortune des parents. Ainsi, les enfants francophones ne bénéficient pas en Flandre d'un enseignement public ou subventionné dans leur langue maternelle, tandis que les enfants d'expression flamande y trouvent un tel enseignement. De son côté, l'"émigration scolaire" ne corrigerait certaines inégalités que pour les remplacer par d'autres: surcroît de charges financières, dangers inhérents aux transports en commun, rupture de l'unité de la famille, etc. Il ne s'agirait pas de simples "différenciations légitimes", mais bien de "discriminations" et, qui plus est, de discriminations "actives" et non "statiques". Le "parallélisme" établi par la loi entre les deux régions principales du pays serait "plus apparent que réel"; il ne saurait du reste compenser les discriminations commises, en Flandre comme en Wallonie, au détriment des "alloglottes", car la Convention proclamerait "l'égalité

entre les hommes et non entre des collectivités inorganiques". Sans doute le "mouvement flamand" luttait-il, à l'origine, "pour la promotion de l'homme flamand", ce qui pouvait, à "la rigueur", expliquer certaines mesures discriminatoires de caractère temporaire; toutefois, il poursuivrait aujourd'hui "sur sa lancée" et se muerait en "instrument d'impérialisme autoritaire" tendant à asservir l'individu au sol. En effet, le but actuel du législateur consisterait à "réaliser par la contrainte l'assimilation d'une partie de la population" et spécialement à "liquider les minorités francophones" de Flandre en obligeant leurs membres à "se flamandiser" ou à "déménager".

Les "abus" incontestables du "siècle passé" seraient "depuis longtemps réparés" et ne justifieraient en aucune manière "l'abus opposé", introduit "par la législation de 1932 et singulièrement aggravé par celle de 1963". Sous couleur de "sauver l'unité nationale", on aurait "divisé le pays" et abouti, en dépit des intentions officielles, à "une recrudescence des tendances séparatistes et fédéralistes". Les requérants d'Alsemberg, Beersel, Kraainem et Louvain s'en prennent aussi à la suppression du recensement linguistique de la population (loi du 24 juillet 1961 et arrêté royal du 3 novembre 1961).

2. Arguments présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

5. Auprès de la Commission, le Gouvernement belge a soutenu que le régime linguistique de l'enseignement dans les régions unilingues ne viole aucun des trois articles invoqués par les requérants (art. 8, art. 14, P1-2). Tout en concluant, à titre principal, à l'inapplicabilité complète de ces articles (cf. supra), il a présenté plusieurs arguments de caractère subsidiaire.

En ce qui concerne l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et l'article 8 (art. 8) de la Convention, le Gouvernement belge a fait valoir en substance que les inconvénients résultant du régime litigieux n'ont pas la gravité que les requérants leur prêtent. Les intérêts en jeu seraient ceux d'une "petite minorité de Belges".

En outre, l'envoi éventuel d'un élève francophone dans une école d'expression néerlandaise n'aurait "rien de catastrophique": il donnerait à cet élève la chance de devenir "parfaitement bilingue"; or, la meilleure solution du problème linguistique belge résiderait dans le bilinguisme. D'ailleurs, il existe en Flandre des

écoles privées où l'on enseigne en français; certes, elles jouissent de "moindres commodités" et notamment ne perçoivent pas de subventions, mais les frais incombant aux parents ne seraient point ruineux, d'autant que les requérants appartiendraient à des milieux fortunés. Pour la même raison, les dépenses inhérentes à l'"émigration scolaire" ne seraient "pas le moins du monde prohibitives"; les distances à parcourir n'excéderaient pas quelques kilomètres ou dizaines de kilomètres et l'exceptionnelle densité du réseau ferroviaire belge permettrait des déplacements rapides.

Les différences de traitement dont les requérants se plaignent ne constitueraient en aucune manière des discriminations contraires à l'article 14 (art. 14) de la Convention. Les textes législatifs critiques ménageraient un "parallélisme rigoureux entre la réglementation prévue pour la région de langue néerlandaise et celle prévue pour la région de langue française". De plus, ils émanent de chambres élues au suffrage universel, qui les ont adopté à de très fortes majorités. Malgré des "imperfections inévitables", ils représenteraient un compromis démocratique entre "les valeurs de liberté et les valeurs sociales". Le Parlement belge ne poursuivrait nullement la "liquidation" des minorités francophones de Flandre. Il aurait, en réalité, cherché et réussi à conjurer les "graves crises nationales" causées par le "séparatisme flamand" (lois de 1932) et par le fédéralisme flamand et wallon (loi du 24 juillet 1961 et lois de 1963), à réhabiliter la langue et la culture flamandes grâce à la formation d'une "intelligentsia connaissant bien le néerlandais" et capable de jouer son rôle éducateur, et plus généralement à doter le pays de structures stables reposant, pour l'essentiel, sur deux grandes régions homogènes et sur une capitale bilingue. Spécialement, la loi du 24 juillet 1961, qui a supprimé les recensements linguistiques de la population - dont la valeur scientifique prêtait d'ailleurs à discussion - aurait eu pour but d'éviter de "lancer périodiquement les deux communautés (...) dans un affrontement dont l'âpreté présentait un danger politique certain". De telles intentions n'auraient rien d'arbitraire ni de discriminatoire. Bien mieux, la législation linguistique belge s'analyserait en un "refus de discrimination".

Le Gouvernement belge a repris certains de ces arguments devant la Cour, mais sans guère y insister; il a constaté que sa thèse coïncidait dans l'ensemble, sur le point considéré, avec l'avis de la Commission auquel il s'est expressément référé.

6. La Commission estime, en effet, que le régime linguistique de l'enseignement dans les régions unilingues ne se heurte pas aux exigences de la Convention et du Protocole additionnel; elle a confirmé devant la Cour l'opinion que la majorité de ses membres avait exprimée à ce sujet dans le rapport.

L'absence de violation de l'article 2 du Protocole (P1-2) découlerait du fait qu'aux yeux de la Commission (cf. *supra*), la première phrase de cette disposition n'oblige les Etats ni à créer, ni à subventionner un enseignement quelconque (sept voix contre cinq) et que la seconde ne garantit pas le respect des préférences culturelles ou linguistiques des parents (unanimité). La Commission rappelle toutefois que d'après cinq de ses membres, la première phrase de l'article 2 (P1-2) donne naissance à des devoirs de prestation. Deux de ces membres arrivent néanmoins à la même conclusion que la majorité; pour les trois autres, en revanche, "le refus (...) d'organiser ou de subventionner, dans les régions flamandes, l'enseignement en français au niveau primaire obligatoire, n'est pas conciliable avec l'article 2 (P1-2)".

Le régime linguistique de l'enseignement dans les régions unilingues ne méconnaîtrait pas non plus l'article 8 (art. 8) de la Convention.

Certes, on pourrait imaginer qu'il apporte "à la vie privée et familiale" des requérants "des troubles graves et non justifiés" (cf. *supra*). La question ne se poserait cependant que pour l'enseignement primaire, seul obligatoire en Belgique. Parmi les diverses solutions qui s'offrent aux requérants, celles consistant à faire instruire les enfants à domicile, à les envoyer à l'étranger ou à les placer, en Flandre, dans une école privée d'expression française, n'entreraient pas en ligne de compte pour "l'immense majorité des chefs de famille" en raison de leur "coût élevé". Resteraient donc le recours à l'"émigration scolaire" et l'inscription des enfants dans une école de langue néerlandaise. L'émigration scolaire - "navette" quotidienne ou mise en pension - présenterait des inconvénients "très réels", mais ces inconvénients ne seraient "pas dictés par la loi", "faute de quoi ils violeraient l'article 8 (art. 8)": ils résulteraient "du désir des parents" qui auraient la ressource de "les éviter en inscrivant leurs enfants dans un établissement local d'expression flamande". Or, "la nécessité de confier les enfants à une école flamande" ne constituerait pas "une ingérence dans la vie privée ou familiale". Si l'abolition des classes de transmutation

et des sections linguistiques spéciales (loi du 30 juillet 1963) lui paraît "regrettable", la Commission pense que "les parents francophones trouveront généralement la possibilité de réagir dans leurs foyers contre la 'dépersonnalisation' ou la 'flamandisation' de leurs enfants", que les élèves "réussiront d'ordinaire après une courte période de transition, à suivre avec fruit l'enseignement qu'ils recevront en néerlandais" et que la plupart des parents "seront en mesure de surveiller l'instruction des enfants": "on conçoit mal que ceux qui habitent dans la région d'une façon durable en ignorent totalement la langue", "l'une des langues nationales de la Belgique". Sans doute peut-il arriver "que des enfants éprouvent des difficultés sérieuses à apprendre le néerlandais et que leurs parents ne sachent rien de cette langue", mais les requérants n'ont cité "aucun exemple de ce genre". Deux membres de la Commission estiment toutefois que "la législation litigieuse produit des effets contraires à l'article 8 (art. 8)", mais que "la Commission ne possède pas assez d'éléments pour pouvoir apprécier in concreto si les requérants, ou certains d'entre eux, sont victimes de tels effets"; la Commission attire l'attention de la Cour sur leurs opinions dissidentes.

La Commission s'emploie enfin à déterminer s'il existe, sur le point considéré, une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel (art. 14+P1-2) ou avec l'article 8 (art. 14+8) de la Convention. Après avoir souligné qu'"un régime linguistique de l'enseignement organisé sur une base territorialiste" n'enfreindrait pas forcément la Convention, car il "pourrait se justifier" par des impératifs "d'ordre administratif, financier ou autre", elle examine en détail les textes critiqués par les requérants, en vue d'en dégager la "tendance générale". Cet examen montrerait que la législation incriminée "n'a ni pour but, ni pour effet de garantir les qualifications jugées nécessaires pour l'exercice de telles ou telles fonctions ou professions, ni d'ailleurs des connaissances linguistiques". Il prouverait aussi que "les réformes linguistiques" visaient "initialement" à éliminer les "abus" que la "liberté linguistique absolue" régnant au 19^e siècle avait entraînés et "dont la population de langue néerlandaise avait supporté tout le poids", mais que les lois de 1932 et de 1963 ont "renversé la situation". En effet, "le parallélisme ménagé entre les régions flamande et wallonne" ne serait "pas intégral, au moins sous l'empire des lois de 1963"; de plus, il jouerait en pratique

"contre les francophones établis en région flamande", tandis qu'il n'affecterait "guère les Flamands de Wallonie". Du reste, "dans la mesure où il est réel", il aboutirait à "introduire dans chacune des deux régions des distinctions que leur caractère de réciprocité ne suffirait pas "à effacer". "Quant aux échappatoires offertes aux francophones", notamment l'émigration scolaire, elles comporteraient "des inconvénients et des dangers" qui les rendraient "inefficaces".

"Bien plus, certaines dispositions des lois litigieuses" dépasseraient leur but officiel: elles ne pourraient "s'expliquer que par la volonté d'endiguer l'extension de la langue française en zone flamande" voire d'assimiler les "francophones de Flandre", contre leur gré "au milieu linguistique régional". Or, si "la Commission comprend sans peine l'attachement des Flamands à leur langue et à leur culture, leur souci de les préserver et développer", et si "une politique qui reflète leurs aspirations lui paraît donc, en soi, fort légitime", elle ne saurait, "par voie de conséquence", "estimer illégitime que les francophones" de Flandre essaient de "sauvegarder leur propre langue" qui "s'y trouve implantée depuis des siècles". Sans contester qu'il soit "loisible au Gouvernement belge de s'abstenir de toute action positive capable d'exaucer les vœux des francophones", la Commission s'interroge "sur le résultat d'une politique qui les contrarie par des mesures de contrainte et des sanctions": ne risque-t-on pas "de provoquer des abus semblables à ceux" du passé, mais "dont aurait à pâtir, cette fois, la population d'expression française"? "Quoi qu'il en soit", la lecture du dossier révélerait "clairement, aux yeux de la majorité de la Commission, l'intention du Gouvernement et du législateur belges de défavoriser, en région flamande, les francophones par rapport aux habitants de langue néerlandaise"; "les lois de 1932" auraient instauré, "au détriment des premiers et au profit des seconds, de nombreuses inégalités que les lois de 1963" auraient "sensiblement aggravées".

De l'avis de la Commission, les inégalités dérivant du régime linguistique de l'enseignement dans les régions unilingues ne constituent cependant pas des discriminations contraires à l'article 14 (art. 14). Tout en relevant que le Gouvernement belge n'a pas démontré la nécessité de "ces inégalités et désavantages", qu'un double réseau d'enseignement, néerlandais et français, suffirait certainement à empêcher les abus d'antan, que l'unilinguisme ne

répond point à des impératifs "d'ordre financier, technique ou administratif" et que l'on ne tient nul compte du "nombre" et du "degré de concentration des francophones établis" en Flandre, cinq membres de la Commission "hésitent à considérer" ledit régime "comme discriminatoire". Ils rappellent que la Convention et le Protocole additionnel n'obligent pas les Etats à créer ou subventionner un enseignement quelconque; ils en infèrent que l'Etat belge, "dans la mesure où il favorise l'enseignement en langue néerlandaise" et "défavorise l'enseignement en langue française", octroie "un privilège" aux habitants d'expression flamande sans infliger de "rigueurs" aux francophones. Ils ajoutent que les Etats Contractants "se contentent généralement d'organiser ou de soutenir un enseignement dans leur langue nationale" et de l'ouvrir, en pleine égalité, "à tous leurs habitants"; or, l'Etat belge ne s'écarterait pas de cette norme "de conduite internationale": il se bornerait "à l'adapter, d'une façon il est vrai sommaire, à la circonstance qu'il existe en Belgique plusieurs groupes linguistiques". Dans ces conditions, les cinq membres dont il s'agit "ne croient pas devoir s'arrêter aux critiques que les requérants ont adressées à certaines règles de détail de la législation", par exemple les règles relatives à l'enseignement de la seconde langue nationale: si "le refus de l'Etat de créer ou de subventionner des écoles" ne s'analyse pas en une discrimination, "il en découle nécessairement que l'Etat dispose (...) d'une marge d'appréciation" en ce qui concerne "l'organisation des programmes de l'enseignement officiel ou subventionné". Quatre autres membres arrivent eux aussi, quoique par des raisonnements différents, à la conclusion que le régime linguistique de l'enseignement dans les régions unilingues "n'est pas incompatible avec la Convention". En revanche, trois membres de la Commission n'approuvent pas cette conclusion. Deux d'entre eux estiment, en substance, que "le refus d'organiser ou de subventionner l'enseignement en français dans des localités où il y a un nombre suffisant de francophones tombe sous le coup" de l'article 14 (art. 14).

3. Décision de la Cour

7. La première question concerne exclusivement celles des dispositions des lois de 1932 et de 1963 qui s'opposaient ou s'opposent, dans les régions considérées par la loi comme unilingues, à la cré-

ation et au subventionnement, par l'Etat, d'écoles qui ne se conformeraient pas aux prescriptions générales d'ordre linguistique. Dans le cas d'espèce, cette question porte essentiellement sur le refus de l'Etat de créer ou de subventionner, dans la région unilingue néerlandaise, des écoles d'enseignement primaire (enseignement obligatoire en Belgique) qui utilisent le français comme langue d'enseignement.

Un tel refus ne contrevient pas à la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2). En interprétant ce texte, la Cour a déjà constaté qu'il ne consacre pas le droit à la création ou au subventionnement d'écoles où l'enseignement serait donné dans une langue déterminée.

La première phrase de l'article 2 (P1-2) ne contient en elle-même aucune exigence d'ordre linguistique. Elle garantit le droit d'accéder aux établissements scolaires existant à un moment donné et le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies, ce dernier droit n'entrant pas en ligne de compte sur le point dont il s'agit ici. Or, dans les régions unilingues, francophones et néerlandophones ont également accès à l'instruction publique ou subventionnée, c'est-à-dire à un enseignement donné dans la langue de la région.

Les dispositions légales en cause ne violent pas davantage l'article 8 (art. 8) de la Convention. Certes, les lois de 1932 et de 1963 ont eu pour conséquence la disparition, dans la région unilingue néerlandaise, de la plupart des écoles dispensant un enseignement en français. Dès lors, les enfants francophones habitant cette région ne peuvent y suivre qu'un enseignement en néerlandais, à moins que leurs parents n'aient les moyens de les confier à des établissements privés d'expression française. Il en résulte évidemment des répercussions sur la vie familiale lorsque les parents ne disposent pas des moyens nécessaires pour inscrire leurs enfants dans une école privée, ou qu'ils préfèrent épargner à leurs enfants les inconvénients (voir sixième question ci-après) que comporte l'application de la loi en ce qui concerne les études effectuées dans une école privée qui ne se conforme pas aux prescriptions de la législation linguistique en matière d'enseignement. Ces enfants feront leurs études sur place en néerlandais, sauf si leurs parents les envoient dans une école à Bruxelles, en Wallonie ou à l'étranger.

Aussi rigoureuses que de telles conséquences puissent être dans des cas individuels, elles n'entraînent pourtant aucune violation de l'article 8 (art. 8). En effet, cette disposition ne garantit nullement le droit d'être instruit dans la langue des parents par les soins ou avec l'aide des pouvoirs publics. En outre, dans la mesure où la législation amène certains parents à se séparer de leurs enfants, pareille séparation n'est pas imposée par cette législation: elle découle du choix de parents qui placent leurs enfants dans un établissement scolaire situé en dehors de la région unilingue néerlandaise, et ce à seule fin de les soustraire à un enseignement donné en néerlandais, c'est-à-dire dans l'une des langues nationales de la Belgique.

Reste à savoir si les dispositions légales critiquées violent la première phrase de l'article 2 du Protocole ou l'article 8 de la Convention, combinés avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8).

Ici encore, la réponse doit être négative. Il est vrai que le législateur a instauré un régime scolaire qui, dans la région unilingue néerlandaise, favorise le seul enseignement dispensé en néerlandais tout comme il consacre l'homogénéité linguistique de l'enseignement dans la région unilingue française. Ces distinctions de traitement des deux langues nationales dans les deux régions unilingues sont cependant compatibles avec l'article 2 du Protocole (P1-2), tel que la Cour l'a interprété, et avec l'article 8 (art. 8) de la Convention, même combinés avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8).

En effet, l'article 14 (art. 14) n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention.

En recherchant si les dispositions légales incriminées répondent à ces critères, la Cour relève qu'elles ont pour but de réaliser l'unité linguistique à l'intérieur des deux grandes régions de la Belgique, dans lesquelles une large majorité de la population ne parle que l'une des deux langues nationales. Cette législation rend difficilement viables des établissements scolaires où l'on enseignerait uniquement dans la langue nationale qui n'est pas celle de la plupart des habitants de la région. En d'autres termes, elle tend, dans la région unilingue néerlandaise, à décourager la création ou le

maintien d'écoles où l'enseignement se dispenserait exclusivement en français.

On ne saurait considérer une telle mesure comme arbitraire. Elle repose, tout d'abord, sur cet élément objectif que constitue la région. Elle s'inspire en outre d'un intérêt public, celui d'assurer que tous les établissements scolaires dépendant de l'Etat et existant dans une région unilingue, dispensent leur enseignement dans la langue qui est, au premier chef, celle de la région.

Cette partie de la législation ne viole pas les droits de l'individu.

La Cour retient à ce sujet que les textes incriminés ne concernent que l'enseignement officiel ou subventionné. Ils n'empêchent point, dans la région unilingue néerlandaise, l'organisation d'un enseignement libre d'expression française, enseignement qui d'ailleurs y subsiste dans une certaine mesure. La Cour ne considère donc pas que les moyens adoptés en la matière par le législateur belge soient disproportionnés aux exigences de l'intérêt public poursuivi, au point de constituer une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2) ou avec l'article 8 (art. 14+8) de la Convention.

B. Sur la deuxième question

8. La deuxième question porte sur le point de savoir s'il existe ou non, dans le cas des requérants, une violation de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ou de tel d'entre eux, "dans la mesure où les lois de 1963 ont pour effet le retrait total des subventions aux écoles provinciales, communales ou privées qui entretiendraient, à titre de classes non subsidiées et à côté de l'enseignement donné dans la langue que prévoient les lois linguistiques, un enseignement total ou partiel en une autre langue."

1. Faits

9. Par une circulaire du 9 août 1963, le Ministre de l'Education Nationale et de la Culture a attiré l'attention des "chefs des établissements d'enseignement" qui avaient "des classes dénommées de transmutation" sur le fait qu'en application de la loi du 30 juillet 1963, il leur faudrait "procéder, à partir du 1er septembre 1963, à la suppression de toutes les classes gardiennes (de régime néerlandais ou français) et de la première année de l'enseignement

primaire (de régime néerlandais ou français)", "les autres années" devant "être supprimées progressivement d'année en année" et "plus aucun nouvel élève" ne pouvant être inscrit dans ces classes. Une circulaire ministérielle du 29 août 1963, complétant la précédente et destinée "aux pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement libre" a précisé ce qui suit:

"(...) Conformément à la déclaration faite lors de la discussion du projet de loi concernant le régime linguistique de l'enseignement, les subsides seront retirés aux écoles qui maintiendraient, comme classes non subsidiées, les classes de transmutation dont la suppression doit avoir lieu de droit. Si un établissement continue à organiser des classes gardiennes ou la première année de l'enseignement primaire, dans une langue qui n'est pas celle de la région, les subsides seront suspendus pour l'établissement entier." Lesdites circulaires semblaient se fonder sur l'article 1er de la loi du 30 juillet 1963 combiné avec l'article 4. Aux termes de l'article 1er, "les établissements officiels d'enseignement gardien, primaire, moyen, normal, technique, artistique ou spécial et les mêmes établissements libres subventionnés ou reconnus par l'Etat sont soumis aux dispositions de la présente loi". Quant à l'article 4, il prévoit notamment que "la langue de l'enseignement est le néerlandais dans la région de langue néerlandaise" et "le français dans la région de langue française".

Pris à la lettre, le premier alinéa de la circulaire du 29 août 1963 ne visait que les classes de transmutation, lesquelles ont disparu depuis lors par le jeu de l'article 22 de la loi du 30 juillet 1963.

Le second alinéa se prêtait pourtant à une interprétation plus large: il mentionnait aussi les classes gardiennes, alors qu'il n'a jamais existé de classes de transmutation au niveau de l'enseignement gardien qui est purement facultatif en Belgique. En outre, la circulaire du 29 août s'adressait à tous "les pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement libre" et non plus, comme celle du 9 août, "aux chefs des établissements d'enseignement" qui avaient "des classes dénommées de transmutation".

Au demeurant, la Commission estime que "du moment que le maintien des classes préparatoires signifie la perte des subventions pour l'enseignement entier", "l'existence d'un enseignement complet dans une langue autre que celle de la région" entraîne sans nul doute, à plus forte raison, "la même sanction".

Le Gouvernement belge ne conteste pas cette affirmation. Bien au contraire, son mémoire du 9 mai 1967 contient le passage que voici: "Des circulaires - notamment celles des 9 et 29 août 1963 - ont attiré l'attention des chefs d'établissements d'enseignement libre subsidié sur ce qu'en vertu de la loi du 30 juillet 1963, l'octroi de subsides était soumis à la condition que ces établissements s'abstiennent d'organiser, à côté de l'enseignement donné dans la langue de la région, un enseignement parallèle qui serait donné entièrement ou partiellement en une autre langue.

Toutefois, au niveau de l'enseignement primaire, un régime transitoire de suppression progressive fut admis".

La Cour en déduit que le retrait des subsides ne s'applique pas uniquement en cas de maintien d'une classe de transmutation dont la loi du 30 juillet 1963 devait entraîner la fermeture. Elle constate également que la mesure litigieuse revêt un caractère permanent: dans la région de langue néerlandaise, un établissement "néerlandophone" qui viendrait à ouvrir des classes totalement ou partiellement françaises du niveau gardien, primaire ou secondaire, perdrait son droit aux subsides; quant aux établissements "bilingues" qui, dans la même région, entretenaient jadis de telles classes, il leur a fallu les fermer, ou s'en séparer, pour conserver ce droit.

2. Arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire

10. A en croire les requérants, et spécialement ceux d'Anvers, de Gand et de Vilvorde, le retrait des subventions constitue l'un des moyens utilisés par l'Etat belge pour priver les parents francophones de Flandre, en pratique, de la possibilité de faire donner sur place à leurs enfants un enseignement en langue française. Il s'ajouterait aux obstacles légaux (refus de subventions et refus d'homologation) et à certaines pressions extra-juridiques (cas de l'athénée de Renaix, etc.).

Les requérants relèvent que d'après l'article 5, alinéa premier, de la loi du 30 juillet 1963, applicable dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, "les sections dans lesquelles la langue de l'enseignement est le français et les sections dans lesquelles la langue de l'enseignement est le néerlandais, ne peuvent être placées sous une même direction (...)". Ce texte ne concerne pas la région de langue néerlandaise, mais les circulaires des 9 et 29 août

1963 aboutiraient, dans la meilleure des hypothèses, au même résultat: elles obligeraient les établissements visés soit à supprimer leur section française, soit à se scinder en deux. A Anvers, l'Institut St. Joseph des Filles de Marie et le Collège Marie-José (réuni au Lycée) ont opté pour la seconde solution: ils ont érigé un mur entre les deux sections. Aux yeux des requérants, la construction d'un tel mur "froisse les sentiments de l'enfant qui doit se trouver ainsi victime d'un complexe" et d'une "ségrégation humiliante". Les établissements dont il s'agit seraient d'ailleurs voués à disparaître à plus ou moins brève échéance, par l'effet cumulé des règles légales et des pressions exercées; d'ores et déjà, plusieurs d'entre eux auraient cessé tout enseignement en français depuis l'entrée en vigueur de la législation de 1963.

Les requérants insistent en outre sur la nécessité de distinguer entre le refus des subsides et leur retrait, lequel revêtirait un "caractère punitif".

3. Arguments présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

11. D'après le Gouvernement belge, le retrait des subventions ne viole ni l'article 2 du Protocole (P1-2), ni l'article 8 (art. 8) de la Convention, qui n'obligent pas les Etats à verser des subventions aux écoles et ne protègent pas les préférences culturelles ou linguistiques des parents; il n'enfreindrait pas non plus l'article 14 (art. 14) de la Convention, lequel ne s'appliquerait "utilement" que là où la Convention "impose" aux Etats "une certaine action" ou les autorise à "restreindre l'exercice des droits et la jouissance des libertés garantis", ce qui ne serait pas le cas en l'occurrence (cf. supra). "L'abstention d'organiser un enseignement parallèle, qui se donnerait entièrement ou partiellement dans une langue autre que celle de la région", serait une simple "condition mise à l'octroi de ces faveurs que sont les subsides", faveurs dont le retrait "est étranger à la matière régie par la Convention et le Protocole additionnel".

Les autres arguments du Gouvernement belge ont un caractère subsidiaire: ils valent uniquement pour l'hypothèse où la Cour adopterait l'interprétation large que la majorité de la Commission donne à l'article 14 (art. 14). Le Gouvernement belge "ne voit guère" de différence "entre des avantages pour la population néerlandophone et des désavantages pour la population francophone"

ni, partant, entre le refus des subsides et leur retrait. S'attachant à démontrer que cette dernière mesure ne constitue pas une discrimination, il souligne que l'un des "principes directeurs de la législation belge" consiste à placer "l'enseignement privé subsidié" sous le "même régime" que "l'enseignement officiel" et à empêcher les "fraudes à la loi". Or, les "établissements néerlandophones qui créaient des sections francophones" auraient recouru fréquemment "à des artifices, d'une élégance parfois très discutable, pour faire bénéficier quand même leur section francophone des subsides" alloués "à l'enseignement néerlandophone". Selon le Gouvernement belge, les chefs de ces établissements n'arrivaient d'ailleurs, "dans la plupart des cas", à "créer une section francophone que parce qu'ils se trouvaient à la tête d'un enseignement néerlandophone subsidié et reconnu". Dès lors, les sections francophones n'étaient en général "viabiles que comme annexe d'un établissement néerlandophone", et l'on pouvait "formuler objectivement de sérieuses réserves quant à la valeur de l'enseignement" qu'elles dispensaient. Certains établissements auraient cessé tout enseignement en français depuis 1963-1964.

"Quelques sections francophones suffisamment importantes pour être viabiles par elles-mêmes" auraient cependant "subsisté en se transformant en établissements autonomes". Au demeurant, la Convention, moins généreuse en cela que la Constitution belge, ne consacrerait pas le droit de mener "une politique linguistique non conforme à celle des autorités nationales", et la politique linguistique de l'Etat belge poursuivrait un "objectif légitime" dont l'appréciation échapperait à la compétence de la Commission et de la Cour: assurer en Flandre la formation d'élites d'expression néerlandaise en luttant contre le "phénomène de francisation" qui se manifestait jadis.

12. La Commission a confirmé, devant la Cour, l'avis que la majorité de ses membres avait exprimé à ce sujet dans le rapport. A ses yeux, le retrait des subventions - comme leur refus - ne viole ni l'article 8 (art. 8) de la Convention, ni la seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), que ces dispositions soient envisagées "isolément" ou "en combinaison" avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8) de la Convention; il n'enfreint pas non plus la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) aussi longtemps que l'on fait abstraction de l'article 14 (art. 14) (cf. supra).

La Commission estime en revanche, par sept voix contre cinq, que ladite mesure méconnaît le droit à l'instruction, tel que le garantissent conjointement la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) et l'article 14 (art. 14) de la Convention. Elle considère en effet, sur la base de son interprétation susmentionnée de l'article 14 (art. 14) ("champ d'application" et "notion de discrimination": cf. *supra*), que le retrait des subsides s'analyse en une "rigueur injustifiée": bien plus qu'à "favoriser, dans l'une ou l'autre des régions, la langue et la culture régionales", il tendrait "à empêcher l'extension voire le maintien, dans une région, de la langue et de la culture de l'autre région" et à "réaliser l'assimilation des minorités au milieu linguistique". Dans cet ordre d'idées, la Commission relève que le retrait "est encouru même en cas de maintien de classes gardiennes non conformes à la législation incriminée", s'applique à des écoles qui, "sur le plan technique et scientifique", respectent "pleinement" les "exigences légales" puisqu'elles bénéficiaient de subsides avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 1963, ne concerne en pratique que des établissements situés en Flandre, car il ne paraît pas exister d'établissements semblables en Wallonie, "frappe durement les enfants francophones, sans apporter aucun avantage aux enfants de langue néerlandaise" et "procède par le moyen d'une sanction de caractère répressif dont les victimes ne sont point, d'ailleurs, les établissements scolaires visés, mais les habitants francophones" de la région de langue néerlandaise et plus précisément, en l'espèce, "tous les signataires des six requêtes" déférées à la Cour.

La Commission souligne encore que l'enseignement français dont il s'agit "répondait à un besoin", car elle ne conçoit pas "qu'une école privée organise des classes coûteuses et non subsidiées si le nombre des élèves est insuffisant". Quant aux "fraudes à la loi", elle pense que l'Inspection scolaire pourrait aisément les "démasker" et prononcer, si elle en découvrait, "la sanction du retrait". Or, "ce n'est pas ainsi" que l'on opérerait: "le simple fait, pour un établissement, de donner un enseignement partiel ou complet non subventionné en langue française" entraînerait "automatiquement, par l'effet (...) d'une guillotine" en quelque sorte, "le retrait des subventions entières".

Cinq membres de la Commission n'aperçoivent cependant aucune violation sur le point en question; la Commission attire l'attention de la Cour sur leurs opinions dissidentes.

4. Décision de la Cour

13. La situation visée par la deuxième question est liée à celle qui fait l'objet de la première. Les dispositions légales mentionnées dans la première rendent impossible, dans la région unilingue néerlandaise, la création ou le subventionnement, par l'Etat, d'écoles qui dispenseraient un enseignement en français. Les mesures légales et administratives auxquelles se réfère la deuxième question se bornent à compléter lesdites dispositions: elles tendent à empêcher le fonctionnement d'écoles "mixtes" qui, dans une région unilingue - en l'espèce, la région unilingue néerlandaise -, entretiendraient à titre de classes non subsidiées, et à côté d'un enseignement dans la langue de la région, un enseignement total ou partiel dans une autre langue.

Il s'agit donc d'un ensemble de textes poursuivant un but commun, la défense de l'homogénéité linguistique de la région.

La réponse de la Cour à la deuxième question est la même que celle déjà donnée à la première.

En effet, ni l'article 2 du Protocole (P1-2), ni l'article 8 (art. 8) de la Convention ne se trouvent violés par les dispositions litigieuses.

Comme la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), en elle-même, laisse entière la liberté de l'Etat de subventionner ou non des écoles privées, le retrait des subventions aux écoles qui ne remplissent pas les exigences auxquelles l'Etat subordonne l'octroi de ces subventions - en l'occurrence la condition de dispenser exclusivement un enseignement conforme aux lois linguistiques - n'entre pas dans le cadre de cet article (P1-2).

Il y a absence de violation également en ce qui concerne l'article 8 (art. 8) de la Convention, pour les raisons ci-dessus développées dans la réponse à la première question.

La Cour ne constate pas non plus de violation de l'article 2 du Protocole et de l'article 8 de la Convention, pris conjointement avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8).

La Cour a déjà indiqué, au sujet de la première question, le caractère non arbitraire et, dès lors, non discriminatoire, de mesures qui tendent à assurer, dans les régions unilingues, que la langue d'enseignement des écoles officielles ou subventionnées soit exclusivement celle de la région. Ces mesures n'empêchent pas les parents francophones qui le désirent de faire donner à leurs enfants une instruction en français soit dans des écoles privées non

subsidiées, soit dans une école de la région unilingue française ou de Bruxelles-Capitale.

La législation visée par la première question n'autorise pas la création ou le fonctionnement, en région unilingue néerlandaise, d'écoles officielles ou subventionnées dispensant un enseignement en français. La législation à laquelle a trait la deuxième question va plus loin: par le retrait total des subventions, elle rend impossible, dans la même région, qu'un enseignement en français soit donné à titre accessoire par une école néerlandophone subventionnée.

La Commission a souligné que pareil retrait "frappe durement les enfants francophones" de Flandre, étant donné notamment que la plupart des établissements dispensant en Flandre un enseignement en français étaient des écoles "mixtes".

Tout en admettant qu'il s'agit là d'une mesure rigoureuse, la Cour ne peut se ranger à l'avis de la Commission selon lequel une telle rigueur est prohibée par le jeu combiné de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) et de l'article 14 (art. 14) de la Convention. Cette opinion ne pourrait être partagée que si la "rigueur" équivalait à une distinction de traitement arbitraire et dès lors discriminatoire. Or, la Cour a constaté que les dispositions légales visées par la première question – quelle qu'en soit la rigueur – reposent sur des critères objectifs. Il en va de même de la mesure dont il s'agit ici. Elle a pour but d'éviter la possibilité que l'enseignement que l'Etat ne veut pas subsidier – pour des raisons qui sont pleinement compatibles avec les articles 2 du Protocole additionnel (P1-2) et 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention – ne profite, de quelque manière que ce soit, des subventions obtenues par l'enseignement conforme aux lois linguistiques. Ce but est plausible en soi et la Cour n'a pas à apprécier s'il est possible de l'atteindre d'une autre manière.

De leur côté, les effets de cette mesure sont uniquement de nature à éviter qu'un enseignement subventionné et un enseignement non subventionné ne soient dispensés dans une même école. Ils ne portent aucunement atteinte à la liberté d'organiser, indépendamment de l'enseignement subventionné, un enseignement libre d'expression française.

Les mesures légales et administratives en question ne font donc pas obstacle à l'exercice des droits individuels consacrés par la Convention, de sorte qu'elles respectent le nécessaire équilibre entre les intérêts collectifs de la société et les droits individuels garan-

tis. Dès lors, elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'article 2 du Protocole et de l'article 8 de la Convention, pris conjointement avec l'article 14 (art. 14+P1-2, (art. 14+8).

C. Sur la troisième question

14. La troisième question porte sur le point de savoir s'il existe ou non, dans le cas des requérants, une violation de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ou de tel d'entre eux, "quant au statut propre dont l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 dote six communes de la périphérie de Bruxelles, y compris Kraainem", le tout sous réserve des conditions de résidence auxquelles a trait la cinquième question.

1. Faits

15. Sise à quelques kilomètres à l'Est de Bruxelles, la commune de Kraainem appartenait, sous l'empire des lois de 1932, à la région unilingue flamande. A la suite d'"un mouvement important d'émigration de Bruxellois francophones" vers "la périphérie plus aérée" ainsi que d'un "phénomène spontané de francisation", elle a perdu peu à peu son caractère de localité purement flamande. Le dernier recensement linguistique, qui remonte à 1947, y a révélé la présence de 47% de francophones. D'après les signataires de la requête n° 1677/62, un "recensement linguistique indirect" a eu lieu à Kraainem le 31 décembre 1961 malgré la loi du 24 juillet 1961: l'administration communale, ayant fait distribuer à la population des bulletins bilingues, aurait constaté l'existence d'une proportion de 61,18% de francophones, qui atteindrait aujourd'hui 65%. Pour sa part, le Gouvernement belge estime que "ces prétendues statistiques", "établies dans des circonstances tout autres que celles d'une recherche scientifique objective", doivent être accueillies "avec la plus grande réserve".

Quoi qu'il en soit, Kraainem ne relève à l'heure actuelle ni de "la région de langue néerlandaise", ni de "la région de langue française", ni de "l'arrondissement de Bruxelles-Capitale", dont les articles 3, 4, et 6 de la loi du 2 août 1963 fixent la composition respective.

Aux termes de l'article 7 par. 1 de la même loi, elle forme avec cinq autres communes des environs immédiats de la capitale du Royaume, à savoir Drogenbos, Linkebeek, Rhode-St. Genèse, We-

mel et Wezembeek-Oppem, "un arrondissement administratif distinct" doté "d'un statut propre".

Ce statut se trouve défini, pour l'essentiel, aux paragraphes 2 et 3 de l'article 7. Le paragraphe 2 prévoit en substance que les six communes dont il s'agit bénéficient d'un régime bilingue "en matière administrative", du moins dans les rapports entre les services locaux et le public. Quant au paragraphe 3, applicable "en matière scolaire", il est ainsi libellé:

"A. La langue de l'enseignement est le néerlandais.

L'enseignement de la seconde langue peut être organisé dans l'enseignement primaire à raison de quatre heures par semaine au 2ème degré et de huit heures par semaine aux 3ème et 4ème degrés.

B. L'enseignement gardien et primaire peut être donné aux enfants en français si cette langue est la langue maternelle ou usuelle de l'enfant et si le chef de famille réside dans une de ces communes. Cet enseignement ne peut être organisé qu'à la demande de seize chefs de famille résidant dans la commune.

La commune qui est saisie de la demande susvisée doit organiser cet enseignement.

L'enseignement de la seconde langue nationale est obligatoire dans les écoles primaires à raison de quatre heures par semaine au 2ème degré et de huit heures par semaine aux 3ème et 4ème degrés.

C. L'enseignement de la seconde langue peut comprendre des exercices de récapitulation des autres matières du programme."

Pour les six communes dont il s'agit, le contrôle linguistique organisé par le Chapitre V de la loi du 30 juillet 1963 se double de celui qu'exerce le Commissaire du Gouvernement, vice-gouverneur de la province de Brabant (article 7, paras. 1 et 5, de la loi du 2 août 1963).

2. Arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire

16. Les requérants de Kraainem (requête n° 1677/62) considèrent que cette législation viole l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. A leurs yeux, "l'agglomération bruxelloise" constitue "une seule entité indivi-

ble". Or, la loi du 30 juillet 1963 (articles 4 et 5) et la loi du 2 août 1963 (articles 3, 6 et 7) l'ont pourvue d'"au moins trois régimes" différents: celui de Bruxelles-Capitale, celui des six communes susmentionnées, dont Kraainem, et celui des autres communes "périphériques", y compris Alsemberg et Beersel, qui continuent d'appartenir à la région de langue néerlandaise. Pareil système représenterait la volonté de "juguler" les faits: soucieux d'assurer la "renouveau flamande" des "communes limitrophes où le trop-plein de Bruxelles est allé se déverser", les pouvoirs publics auraient "cadennassé" la capitale "dans une espèce de carcan" d'autant plus rigide que la loi du 24 juillet 1961 a supprimé les recensements linguistiques de la population.

Plus que relativement plus intéressant" que celui d'Alsemberg et de Beersel, le statut de Kraainem représenterait "le comble de l'absurdité", car il tendrait à "protéger" une majorité, et non à protéger une minorité de francophones. Cette protection demeurerait ailleurs très insuffisante; elle se ramènerait à de "menues facilités" qualifiées à tort de "larges concessions". Et d'abord, l'article 3-B de la loi du 2 août 1963, ne vise que l'enseignement gardien et primaire; les établissements d'enseignement secondaire et technique de Wemmel, Wezembeek-Oppem et Rhode-St.-Genèse obéissent au régime unilingue flamand, tout comme en Belgique les élèves de ceux qui viendraient à se créer à Kraainem, Drogenbos et Linkebeek. Même dans le domaine de l'enseignement gardien et primaire, l'article 7 par. 3-B ne donnerait pas satisfaction: il n'adopte le critère de la langue maternelle ou usuelle, qui ne garantit pas entièrement la liberté de choix des parents et dont un strict contrôle linguistique aggraverait la rigueur. Du reste, les autorités scolaires montreraient souvent "beaucoup de réticence" à ouvrir des classes françaises dans les six communes. En outre, l'article 7 par. 3-B impose, dans ces classes, l'enseignement du néerlandais à raison de quatre heures par semaine au deuxième degré du niveau primaire et de huit heures aux troisième et quatrième degrés; l'enseignement de la seconde langue" prendrait donc "beaucoup plus de temps" que celui de la première "puisque l'enseignement en français ne dépasserait pas "six heures dans les programmes belges d'école primaire". Cette situation serait d'autant plus "exceptionnelle" que l'enseignement du français dans les classes néerlandaises de Kraainem revêt, lui, un caractère facultatif (article 3-A de la loi du 2 août 1963). Bref, le Parlement belge cher-

cherait à "plier" les enfants "aux exigences du sol": contraint de reconnaître "certains droits acquis d'une évidence et d'une importance flagrantes", il ne les tolérerait que "provisoirement" afin "qu'ils se résorbent au plus tôt". En dernière analyse, les classes françaises de Kraainem ne seraient que des instruments de "dépersonnalisation", des "classes de transmutation renforcées". Aussi, les requérants refuseraient-ils d'y envoyer leurs enfants; pour bénéficier d'une "instruction convenable en français", ceux-ci effectueraient "de longs et coûteux déplacements journaliers vers une des dix-neuf communes de Bruxelles", au prix de "distorsions dans leur vie privée et familiale" et dans celle de leurs parents.

3. Arguments présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

17. Auprès de la Commission, le Gouvernement belge a soutenu que le statut linguistique de l'enseignement à Kraainem n'enfreint aucun des trois articles invoqués. Tout en concluant, à titre principal à l'inapplicabilité complète de ces articles (cf. supra), il a présenté quelques arguments en ordre subsidiaire. Il a fait valoir, en substance, que le contrôle linguistique ne s'exerce pas avec la rigueur arbitraire qui lui prêtent les requérants, que les classes françaises de Kraainem ne constituent point des instruments de dépersonnalisation et que le Parlement belge ne poursuit nullement la "reconquête flamande" des environs de Bruxelles.

Devant la Cour, le Gouvernement belge n'a plus guère traité de la question dont il s'agit; il s'est expressément référé à l'avis de la majorité de la Commission.

18. La Commission considère, en effet, que le "statut propre" défini à l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 ne se heurte pas aux exigences de la Convention et du Protocole additionnel; elle a confirmé devant la Cour l'opinion qu'elle avait exprimée à ce sujet dans son rapport.

Estimant que les requêtes "doivent être déclarées mal fondées" pour autant qu'elles s'appuient sur l'article 2 du Protocole (P1-2) (cf. supra), la Commission ne croit pas nécessaire d'examiner les "circonstances particulières qui peuvent les distinguer entre elles", ni les différences "entre la législation de 1932 et celle de 1963".

Elle relève néanmoins qu'en vertu de la loi du 2 août 1963, "les requérants de Kraainem peuvent obtenir pour leurs enfants un enseignement en français, tout au moins du niveau primaire".

En ce qui concerne l'article 8 (art. 8) de la Convention, les requérants n'auraient à "se plaindre d'aucune ingérence de l'Etat dans leur vie privée et familiale" puisque l'enseignement secondaire n'entre pas en ligne de compte à cet égard (cf. supra) et que Kraainem possède, à l'heure actuelle, des classes primaires d'expression française. Ils ne fourniraient "aucun détail" au sujet des "réticences" qu'ils reprochent aux pouvoirs locaux et, surtout, n'affirmeraient pas "que leurs enfants ne (puissent) bénéficier sur place d'un enseignement en français". De plus, ils n'auraient "en principe rien à redouter" du contrôle linguistique s'ils sont réellement francophones dans l'hypothèse "où l'un d'entre eux" se prétendrait victime d'une décision erronée de l'inspection linguistique, des recours internes s'offriraient à lui". Le grief tiré de l'enseignement intensif du néerlandais dans les classes françaises de Kraainem ne paraît pas non plus justifié: la Commission trouve "naturel qu'un Etat bilingue comme la Belgique prenne des mesures, surtout dans les régions bilingues, pour assurer à ses habitants la connaissance des deux langues du pays"; "tout au plus pourrait-on" s'étonner, après elle, "que dans les écoles néerlandaises" de Kraainem l'enseignement de la langue française soit facultatif". L'obligation d'étudier "la seconde langue du pays" ne porterait pas atteinte "à la personnalité, à la vie privée de l'élève": "l'enseignement général est donné en français" et les parents auraient, d'ordinaire, "les moyens de veiller à ce que les enfants acquièrent une bonne connaissance de leur langue maternelle".

De toute façon, les requérants n'auraient "signalé à la Commission aucun cas où cette possibilité n'existerait pas".

La Commission recherche enfin s'il y a ou non, sur le point considéré, violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 2 du Protocole additionnel (art. 14+P1-2) ou avec l'article 1 (art. 14+8) de la Convention. Certaines règles du statut litigieux paraissent refléter "le souci de l'Etat belge de veiller au maintien de la langue néerlandaise", voire d'assimiler les "minorités, contre leur gré, au milieu linguistique régional". Onze membres de la Commission pensent cependant qu'il n'en résulte aucune discrimination contraire à l'article 14 (art. 14). Sept d'entre eux jugent

"normal que la loi impose l'enseignement du néerlandais dans des communes où cette langue est celle d'une partie importante et parfois de la majorité des habitants". Quant à l'absence, à Kraainem, d'"un enseignement en français, officiel ou subventionné, du degré secondaire", elle ne leur semble pas davantage inconciliable avec l'article 14 (art. 14): "s'il est admis que le refus de l'Etat de créer ou de subventionner un enseignement du degré primaire de langue française" ne revêt pas un caractère discriminatoire, il en va de même, a fortiori, "pour l'enseignement secondaire". Certes, "l'Etat introduit" à cet égard "une distinction" au détriment des élèves de langue française; il s'agirait pourtant "d'une faveur que la loi accorde aux habitants de langue flamande" et "non d'une rigueur qui entraverait les francophones dans la jouissance des droits garantis par la Convention". "D'après les renseignements fournis à la Commission", du reste, il n'existe d'enseignement secondaire néerlandais que dans trois des communes énumérées à l'article 7 par. 1 de la loi du 2 août 1963, à savoir Wemmel, Wezembeek-Oppem et Rhode-St. Genèse. Les parents de langue néerlandaise résidant à Kraainem doivent donc eux aussi, pour que leur enfants suivent des études secondaires, "les envoyer dans des écoles plus ou moins éloignées"; cette situation ne dépendrait nullement "de la question linguistique".

Quatre autres membres de la Commission arrivent également, par des raisonnements différents, à la conclusion que le régime des six communes de la périphérie de Bruxelles ne méconnaît pas la Convention.

En revanche, un membre n'approuve pas cette conclusion : il estime en substance que les requérants de Kraainem demeurent, "quoique à un degré bien moindre qu'avant 1963", "victimes d'une discrimination incompatible avec l'article 14 (art. 14) de la Convention". La

Commission attire l'attention de la Cour sur ces diverses opinions individuelles.

4. Décision de la Cour

19. Réserve faite des conditions de résidence auxquelles a trait la cinquième question, le statut propre dont l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 dote six communes de la périphérie de Bruxelles, y compris Kraainem, ne viole, dans le cas des signataires de

la requête n° 1677/62, aucun des trois articles invoqués par ceux-ci devant la Commission.

Pas plus que les dispositions légales et administratives visées par les première et deuxième questions, le statut des six communes n'entraîne un refus du droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), ou une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, consacré par l'article 8 (art. 8) de la Convention.

La Cour souligne à ce sujet, tout d'abord, que les écoles gardiennes et primaires d'expression française existant dans les six communes sont accessibles aux enfants des signataires de la requête n° 1677/62.

Le droit à l'instruction de ces enfants, au sens de la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), se trouve ainsi respecté.

Une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 (art. 8) de la Convention, ne peut pas davantage être constatée en l'espèce. En alléguant devant la Commission la violation de ce texte, les requérants en ont méconnu la portée. Obliger un enfant à étudier, de manière approfondie, la langue nationale qui n'est pas la sienne, ne saurait être qualifié d'entreprise de "dépersonnalisation". Quant à la décision de certains requérants d'envoyer leurs enfants dans une école de langue française de Bruxelles-Capitale, plutôt que dans une école régie par l'article 7 par. 3-B de la loi du 2 août 1963, elle résulte de leur propre choix et non d'une immixtion des autorités dans leur vie privée et familiale.

Reste à savoir si les mesures dont il s'agit violent la première phrase de l'article 2 du Protocole ou l'article 8 de la Convention, combinés avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8).

Ici encore, la réponse doit être négative.

Les six communes en question appartiennent à une région traditionnellement néerlandophone. En considération du grand nombre des francophones qui s'y trouvent, le législateur y a instauré un régime dérogeant au principe de la territorialité. Il y subordonne l'organisation d'un enseignement officiel ou subventionné en français au dépôt d'une demande émanant de seize chefs de famille domiciliés dans la commune considérée; de plus, cet enseignement s'accompagne obligatoirement de l'étude approfondie du néerlandais. Ce faisant, la loi ne dépasse pas un cadre tracé selon des critères objectifs et s'inspire d'un intérêt public. En outre,

la création et le maintien d'un enseignement dispensé en français sont possibles dans lesdites communes. Enfin, le fait d'assortir cet enseignement de l'étude approfondie du néerlandais, alors que celle du français demeure facultative dans les écoles néerlandaises des mêmes communes, ne constitue pas une discrimination puisque ces dernières appartiennent à une région traditionnellement néerlandophone.

En ce qui concerne l'argument tiré de l'absence, à Kraainem, d'un enseignement secondaire officiel ou subventionné en français, la Cour rappelle que l'article 2 du Protocole (P1-2) n'oblige pas les Etats contractants à créer des établissements scolaires: il s'agit là d'une question laissée à l'appréciation des autorités nationales compétentes.

La Cour constate aussi, une fois de plus, qu'en Belgique la scolarité obligatoire porte essentiellement sur l'instruction primaire. Elle relève, du reste, que Kraainem ne possède pas non plus, à l'heure actuelle, d'enseignement néerlandophone du niveau secondaire.

D. Sur la quatrième question

20. La quatrième question porte sur le point de savoir s'il existe ou non, dans le cas des requérants, une violation de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ou de tel d'entre eux, "quant aux conditions auxquelles obéit, pour les enfants dont les parents résident en dehors de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, l'inscription dans les écoles de cet arrondissement (article 17 de la loi du 30 juillet 1963)."

1. Faits

21. Aux termes des deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas de l'article 17 de la loi du 30 juillet 1963, "Dans tous les cas où la langue maternelle ou usuelle de l'enfant détermine le régime linguistique de son enseignement, le chef d'école ne peut procéder à son inscription dans un régime déterminé que sur production:

- a) soit d'un certificat du chef de l'école que l'élève vient de quitter, attestant qu'il a fait ses études antérieures dans la langue de ce régime;
- b) soit d'une déclaration linguistique du chef de famille, visée par l'inspection linguistique dans tous les cas où celle-ci ne met pas en doute l'exactitude de cette déclaration;

c) soit d'une décision de la commission ou de jury mentionné à l'article 18.

Toutefois, lorsque l'enfant est inscrit pour la première fois dans une école gardienne, le chef d'école peut inscrire l'enfant sur production de la déclaration linguistique qui sera envoyée dans le mois à l'inspection linguistique pour vérification.

Pour les élèves qui s'inscrivent dans une école de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale et dont les parents résident en dehors de cet arrondissement, la langue de l'enseignement sera la langue de la région de la résidence des parents, sauf déclaration contraire du chef de famille et approuvée par l'inspection linguistique.

Le Roi détermine les modèles du certificat et de la déclaration qui devront comprendre tout renseignement de nature à faciliter la vérification de leur exactitude."

Un arrêté royal a été pris le 30 novembre 1966 en application de ce dernier alinéa; deux autres arrêtés royaux du même jour ont fixé le statut et les règles de fonctionnement de l'inspection linguistique prévue à l'article 18 de la loi du 30 juillet 1963.

2. Arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire

22. D'après les requérants, ces dispositions enfreignent l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. Dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, "la langue de l'enseignement est", en principe, "le néerlandais ou le français, selon la langue maternelle ou usuelle de l'enfant" (article 5 de la loi du 30 juillet 1963). Or, le système de la langue maternelle ou usuelle n'assure pas aux parents une entière liberté de choix: la déclaration du chef de famille doit être "la constatation d'un fait", non "l'expression d'un vœu", et les services de l'inspection linguistique en vérifient l'exactitude (articles 17 et 18 de la loi du 30 juillet 1963). Ce contrôle, que les requérants jugent "odieux" par lui-même, ouvrirait de surcroît la porte à l'"arbitraire", d'autant que la langue maternelle peut différer de la langue usuelle et qu'il existe de nombreux ménages bilingues.

Quant aux recours offerts par la loi du 30 juillet 1963 (article 18) et par celle du 23 décembre 1946 (Conseil d'Etat), ils n'auraient pas d'effet suspensif et, d'ailleurs, ne sauraient corriger le vice fondamental du système critiqué.

Les griefs des requérants se dirigent cependant surtout contre le quatrième alinéa de l'article 17 de la loi du 30 juillet 1963, qui a trait à l'hypothèse particulière où les parents désireux de confier leur enfant à une école de Bruxelles-Capitale résident en dehors de cet arrondissement. Cet alinéa introduirait une entrave supplémentaire à l'exercice de la liberté de choix des requérants: si ces derniers envoient leurs enfants s'instruire dans la capitale, la langue de l'enseignement sera normalement celle de la région où ils habitent, en l'occurrence le néerlandais. Sans doute le chef de famille pourra-t-il faire une déclaration en sens contraire, mais il lui faudra obtenir, dans les conditions décrites plus haut, l'accord de l'inspection linguistique. Pour renverser la "présomption légale" instituée par le quatrième alinéa de l'article 17, il devra fournir la "contre-preuve", procédure "nettement discriminatoire" aux yeux des requérants. "Dans des situations douteuses ou complexes" - et elles ne seraient pas rares en Belgique - ladite présomption l'emportera.

Pour les enfants qui sortent d'une école gardienne située en zone unilingue flamande, l'envoi à Bruxelles constituerait une solution encore plus précaire en raison des deuxième et troisième alinéas. Bref, l'article 17 tendrait à priver le chef de famille, "même au prix de la dislocation du foyer", "du droit élémentaire d'avoir les fruits de sa chair à sa ressemblance intellectuelle".

Les signataires de la requête n° 2126/64 signalent, néanmoins, que "1253 enfants vilvordoïsis fréquentent les établissements d'enseignement francophones de Bruxelles ou en Wallonie". Pour le transport des enfants âgés de trois à neuf ou dix ans, ils ont affrété des autobus; en outre, ils ont instauré un tour de rôle pour surveiller l'embarquement aux divers points de départ et la descente aux lieux d'arrivée. D'autres requérants semblent avoir également adopté cette solution.

3. Arguments présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

23. Auprès de la Commission, le Gouvernement belge a soutenu que l'article 17 de la loi du 30 juillet 1963, et notamment son quatrième alinéa, ne viole ni l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), ni les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. Tout en concluant, en ordre principal, à l'inapplicabilité complète de ces articles (cf. supra), il a présenté une série d'arguments à titre sub-

sidiaire. Il a fait valoir, en premier lieu que le critère de la langue maternelle ou usuelle est beaucoup plus simple, souple et libéral que les requérants ne le prétendent. Un enfant de langue française ne courrait nullement le risque de se voir refuser l'accès aux classes françaises de Bruxelles-Capitale, même s'il a commencé ses études en Flandre et en néerlandais. A cet égard, la loi du 30 juillet 1963 ne déroge de la loi du 14 juillet 1932 que sur un point: elle crée "deux présomptions légales" fondées respectivement sur "la langue dans laquelle l'enfant a reçu l'enseignement précédemment" (deuxième alinéa de l'article 17) et sur la langue de la région où les parents habitent (quatrième alinéa). Toutefois, ces présomptions "peuvent être renversées par les déclarations du père de famille". Quant au contrôle incombant à l'inspection linguistique il ne s'exercerait pas avec la rigueur que les requérants lui prêtent; son objectivité trouverait une garantie supplémentaire dans les recours institués par la législation en vigueur (article 18 de la loi du 30 juillet 1963, arrêté royal du 30 novembre 1966 sur le fonctionnement de l'inspection linguistique et loi du 23 décembre 1946 portant création du Conseil d'Etat de Belgique). Dès lors, les abus imputables à des "fonctionnaires pointilleux" ne se produiraient que rarement. Du reste, les requérants ne sauraient s'en plaindre à la Commission avant d'en avoir saisi, "dans un but d'assainissement", la "juridiction nationale" compétente.

Devant la Cour, le Gouvernement belge s'est expressément référé à l'avis de la Commission sur le point dont il s'agit. Il a souligné en outre que les enfants dont la langue maternelle ou usuelle est autre que le français ou le néerlandais, par exemple l'allemand, peuvent s'inscrire à Bruxelles-Capitale aussi bien dans les écoles (françaises) que dans les écoles néerlandaises". Il a ajouté que "les écoles de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale qui dispensent une formation spécifique" donnée dans une seule langue peuvent accueillir des élèves dont cette langue n'est pas la langue maternelle, même si les parents résident ailleurs: il suffit, en pareil cas, que ces élèves soient dans l'impossibilité d'acquérir "une telle formation dans leur région linguistique" (circulaire ministérielle du 10 octobre 1963).

24. La Commission, confirmant devant la Cour l'avis unanime formulé à ce sujet dans son rapport, estime que l'article 17 de la loi du 30 juillet 1963 n'enfreint aucun des trois articles (art. 8, art. 14,

P1-2) invoqués par les requérants. En ce qui concerne l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et l'article 8 (art. 8) de la Convention, envisagés isolément, son opinion repose sur des considérations résumées plus haut. La Commission ne pense pas non plus que l'article 17 de la loi du 30 juillet 1963 entraîne, en l'espèce, une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 2 du Protocole (14+P1-2) ou avec l'article 8 (art. 14+8) de la Convention. Sans doute relève-t-elle que les parents néerlandophones de Wallonie ne semblent pas envoyer leurs enfants à Bruxelles-Capitale aussi fréquemment que les parents francophones de Flandre; elle y voit l'une des preuves de la relativité du "parallélisme" ménagé par la loi entre les deux grandes zones unilingues. Le fait que les enfants d'expression néerlandaise "n'ont pas accès aux écoles françaises de Bruxelles" et l'existence du contrôle linguistique lui paraissent refléter "le souci de l'Etat belge de veiller au maintien de la langue néerlandaise". La Commission constate cependant que les requérants, y compris ceux de Vilvorde, n'affirment "nulle part (...) que les enfants de l'un ou l'autre d'entre eux n'aient pas été acceptés dans les écoles françaises de Bruxelles"; elle en déduit qu'"ils ne peuvent se prétendre victimes d'une mesure discriminatoire".

Dans son mémoire du 16 décembre 1965, la Commission "signale à l'attention de la Cour un aspect particulier de la législation dont se plaignent les requérants": "là même où ils prévoient la possibilité d'un double réseau linguistique d'enseignement officiel ou reconnu", par exemple dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, "les textes en vigueur n'accordent pas aux parents la liberté de choisir entre le français et le néerlandais pour l'instruction de leurs enfants" puisqu'"ils instaurent le système de la langue maternelle ou usuelle et placent la déclaration du père de famille sous le contrôle de l'inspection linguistique". La Commission se demande s'il en résulte une simple "distinction légitime" ou une véritable "discrimination" incompatible avec l'article 14 (art. 14). Toutefois, la Commission constate que la question ne surgit pas "à l'état pur dans les causes dont la Cour se trouve saisie, car les requérants se présentent comme des francophones et désirent pour leurs enfants un enseignement en français".

4. Décision de la Cour

25. Les conditions auxquelles est subordonnée, pour les enfants dont les parents résident en dehors de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, l'inscription dans les écoles de cet arrondissement, sont définies à l'article 17 de la loi du 30 juillet 1963. L'application de ce texte ne viole, dans le cas des requérants, aucun des trois articles de la Convention et du Protocole (art. 8, art. 14, P1-2) invoqués par ceux-ci devant la Commission.

La Cour rappelle en effet que la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) n'implique, en elle-même, aucune exigence d'ordre linguistique et que l'article 8 (art. 8) de la Convention ne consacre pas un droit propre des parents en matière d'instruction de leurs enfants. Elle relève en outre que la disposition légale litigieuse n'a pas troublé d'une manière injustifiée la vie privée et familiale des requérants.

La Cour ne constate pas davantage, sur le point considéré, de discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2) ou avec l'article 8 (art. 14+8) de la Convention; pareille discrimination n'a d'ailleurs pas été démontrée par les requérants.

Dans son mémoire du 16 décembre 1965, la Commission a signalé à l'attention de la Cour le fait que là où il existe un double réseau d'enseignement officiel ou subsidié, par exemple à Bruxelles, les parents n'ont pas la liberté de choisir entre le français et le néerlandais pour l'instruction de leurs enfants. Dans la présente affaire, cette question revêt un caractère théorique puisque les requérants se déclarent francophones et désirent pour leurs enfants un enseignement en français; la Commission n'a d'ailleurs pas manqué de le souligner. Or, la Cour ne saurait trancher un problème qui ne se pose pas en l'espèce.

E. Sur la cinquième question

26. La cinquième question porte sur le point de savoir s'il y a ou non, dans le cas des requérants, violation de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ou de tel d'entre eux, "en tant que l'article 7, dernier alinéa, de la loi du 30 juillet 1963 et l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 empêchent certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langue fran-

çaise existant à Louvain et dans les six communes" de la périphérie de Bruxelles dotées d'un "statut propre", y compris Kraainem.

1. Faits

27. Aux termes de l'article 7, deuxième alinéa in fine, de la loi du 30 juillet 1963, un "arrêté royal motivé, délibéré en Conseil des Ministres et publié en entier au Moniteur belge", peut déroger aux dispositions de l'article 4 - lequel a trait aux régions unilingues - "au profit": "de sections d'enseignement spécial, de sections d'enseignement technique existant actuellement, et de sections d'enseignement moyen existant actuellement, servant de sections didactiques à une université et qui sont situées dans la même agglomération que cette université.

Toutes ces sections sont uniquement accessibles à des enfants dont la langue maternelle ou usuelle n'est pas la langue de l'enseignement de la région linguistique où l'école est située, lorsque le chef de famille réside en dehors de cette région, ou bénéficie du régime particulier prévu à l'article 40 de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, ainsi qu'aux enfants de nationalité étrangère lorsque le chef de famille fait partie d'une organisation de droit des gens, d'une ambassade, d'une légation ou d'un consulat."

L'article 40 de la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative, auquel ce texte se réfère, concerne "le personnel, les élèves et les professeurs" de "l'Université bilingue établie dans une commune sans régime spécial", "ainsi que les membres de leur famille vivant sous leur toit".

En vertu de l'article 7, deuxième alinéa in fine, de la loi du 30 juillet 1963, un arrêté royal du 8 août 1963, publié au Moniteur belge du 22 août 1963, a introduit des "dérogations temporaires aux dispositions de l'article 4" de la même loi. Il prévoyait notamment ce qui suit:

"BAUDOUIN, Roi des Belges,

(...)

Considérant que le bref délai qui sépare la publication de cette loi de sa mise en application rend impossible un examen approfondi de la situation des différentes sections existantes qui pourraient se prévaloir d'une dérogation aux dispositions de l'article 4 (...);

Considérant qu'il convient de fixer au plus tôt les établissements intéressés au sujet de leur sort pendant l'année scolaire 1963-1964;

(...),

Nous avons arrêté et arrêtons:

Article 1er, Les établissements officiels et les établissements libres subventionnés ou reconnus par l'Etat qui ont organisé, au cours de l'année scolaire 1962-1963, un enseignement dans une langue autre que celle de la région linguistique où l'école est située, peuvent maintenir cet enseignement au cours de l'année scolaire 1963-1964:

a) (...);

b) dans les sections d'enseignement technique ou spécial;

c) dans la section d'enseignement moyen d'expression française de l'Institut du Sacré-Coeur de Heverlée.

Cet enseignement ne sera accessible qu'aux enfants qui étaient déjà inscrits dans l'établissement au cours de l'année scolaire 1962-1963, ainsi qu'aux enfants visés à l'article 7 de la loi du 30 juillet 1963.

Article 2 (...)."

Le Gouvernement belge a produit à la demande de la Cour, le 30 novembre 1967, le texte d'un arrêté royal du 30 novembre 1966 "portant application de l'article 7, alinéa 2, 2° de la loi du 30 juillet 1963". Publié au Moniteur belge du 3 décembre 1966, cet arrêté revêt apparemment un caractère permanent que n'avait pas celui du 8 août 1963. En voici les principales dispositions:

"BAUDOUIN, Roi des Belges,

(...);

Considérant l'existence d'un enseignement organisé dans des sections d'enseignement spécial et celle, au 30 juillet 1963, d'un enseignement organisé dans des sections d'enseignement technique, dans des sections d'enseignement moyen servant de sections didactiques à l'Université catholique de Louvain, et situées dans la même agglomération que cette université;

(...);

Vu l'urgence;

(...);

Nous avons arrêté et arrêtons:

Article 1er. L'enseignement organisé en langue française dans des sections d'enseignement spécial ainsi que celui existant au 30 juillet 1963 dans des sections d'enseignement technique et dans des sections d'enseignement moyen servant de sections didactiques à l'Université catholique de Louvain, et qui sont situées dans la

même agglomération que cette université, est accessible aux enfants visés à l'article 7, alinéa 2, 2° de la loi du 30 juillet 1963, ainsi qu'à ceux qui étaient déjà inscrits dans de telles sections pendant l'année scolaire 1962-1963.

Article 2. Le présent arrêté entre en vigueur le 1er septembre 1966.

Article 3. (...)."

La ville de Louvain et la commune limitrophe de Heverlée relèvent toutes deux de la "région de langue néerlandaise"; quelques kilomètres les séparent de la frontière linguistique. Une université catholique se trouve implantée à Louvain depuis des siècles; elle comprend une section flamande et une section française. L'Institut du Sacré-Coeur de Heverlée est, lui aussi, un établissement privé; il possédait autrefois des classes moyennes françaises, ouvertes uniquement aux enfants de sexe féminin. Comme ces classes servaient, notamment, aux "exercices didactiques de l'Université", l'arrêté royal du 8 août 1963 en a autorisé le maintien. Quant à l'arrêté du 30 novembre 1966, il ne semble pas avoir modifié leur situation dans un sens défavorable bien qu'il ne les mentionne plus nommément. Les requérants et le Gouvernement belge n'ont pas signalé la présence, dans l'agglomération de Louvain, de classes françaises - officielles, subventionnées ou reconnues - autres que celles de l'Institut du Sacré-Coeur de Heverlée. Il ressort pourtant du rapport de la Commission et des arrêtés royaux des 8 août 1963 et 30 novembre 1966 que des sections françaises d'enseignement spécial, technique et moyen, rattachées à l'Université de Louvain, ont pu également subsister.

Qu'elles soient sises à Louvain ou Heverlée, les classes en question bénéficient d'une aide financière de l'Etat. N'y ont cependant accès que quatre catégories d'enfants: les enfants qui les fréquentaient pendant l'année scolaire 1962-1963; les enfants du personnel, des élèves et des professeurs de l'Université, ainsi que des membres de leur famille vivant sous leur toit; les enfants de nationalité étrangère, lorsque le chef de famille appartient à une organisation de droit des gens, à une ambassade, à une légation ou à un consulat; enfin, les enfants belges d'expression française si le chef de famille réside en dehors de la région unilingue néerlandaise.

28. L'article 7 par. 3-B de la loi du 2 août 1963 a déjà été cité in extenso à propos de la troisième question (par. 15 supra). Il suffira

de rappeler ici qu'à Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Rhode-St. Genèse, Wemmel et Wezembeek-Oppem, l'enseignement gardien et primaire doit être dispensé en français aux enfants dont cette langue est la langue maternelle ou usuelle "si le chef de famille réside dans une de ces communes" et si "seize chefs de famille résidant dans la commune" considérée en font la demande.

La Commission estime que ce texte est "quelque peu ambigu". Elle lui donne l'interprétation suivante, que le Gouvernement belge n'a pas contestée:

"Il semble (...) que des chefs de famille établis dans des communes différentes d'une même catégorie ne puissent pas se concerter pour demander l'ouverture d'une école française dans l'une d'entre elles, mais que la demande doive émaner de seize chefs de famille habitant dans une même commune. Par contre, il paraît certain que du moment qu'une école française existe dans l'une quelconque des communes en question, les enfants francophones des autres communes de la même catégorie (...) y ont également accès."

Quoi qu'il en soit, un enfant ne peut fréquenter les classes françaises de Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Rhode-St. Genèse, Wemmel ou Wezembeek-Oppem si le chef de famille réside ailleurs que dans l'une de ces six communes "dotées d'un statut propre" par exemple dans la région unilingue flamande.

2. Arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire

29. D'après les requérants, la législation litigieuse enfreint, sur les deux points considérés, l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention.

En ce qui concerne les classes françaises de Louvain et de Heverlée, les signataires de la requête n° 1994/63 (Louvain et environs) affirment, pour commencer, que Louvain appartient "au patrimoine belge" et devrait, par conséquent, "bénéficier d'un statut national plutôt que (...) flamand". Or, il s'en serait "fallu de peu", en 1963, qu'on ne supprimât la section française de l'Université au nom du "principe de l'intégrité absolue du territoire flamand"; on n'y aurait renoncé, à l'époque, que pour des raisons d'ordre pratique et financier et l'action tendant à "expulser" ladite section en Wallonie se poursuivrait à l'heure actuelle. Les requérants soulignent

en outre qu'il existait jadis, à Louvain et à Heverlée, une série de classes françaises dont des classes de transmutation. L'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 1963 a provoqué la disparition de la plupart d'entre elles. Quant à celles qui restent, elles survivraient à titre purement précaire et révocable puisque l'article 7, deuxième alinéa, de la loi du 30 juillet 1963 revêt un caractère permissif "il peut être dérogé" et non pas impératif.

Les signataires de la requête n° 1994/63 reprochent au législateur belge de les empêcher d'inscrire leurs enfants dans les classes ainsi maintenues. En effet, ils déclarent avoir presque tous leur domicile à Louvain, à Heverlée ou dans d'autres communes de la région unilingue flamande, ne point compter parmi les membres du personnel, les élèves et les professeurs de l'Université catholique et posséder la nationalité belge. Ils admettent donc qu'ils ne répondent pas aux diverses conditions définies à l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963. L'inspection linguistique vérifierait avec soin le respect de ces conditions; l'un des requérants en aurait fait personnellement l'expérience. Partant, l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 irait à l'encontre des "aspirations des requérants" de Louvain, "qui désirent une éducation française pour leurs enfants".

Il entraînerait une situation "d'autant plus critiquable que les requérants utilisent" exclusivement ou principalement "la langue française", "qu'ils habitent dans une région à forte minorité d'expression française et qu'une école française est maintenue dont on leur refuse l'accès". Cette dernière circonstance montrerait qu'il importe peu, en l'occurrence, de savoir si l'article 2 du Protocole (P1-2) engendre ou non des obligations positives. Pour donner à leurs enfants l'occasion d'accomplir leurs études en français, les requérants se verraient contraints soit à recourir à l'"émigration scolaire", soit à quitter Louvain; il en résulterait une atteinte aux droits garantis par l'article 8 (art. 8) de la Convention. En ouvrant les classes françaises de Louvain et de Heverlée à certains enfants étrangers et à ceux des membres du personnel, des élèves et des professeurs de l'Université, le législateur aurait créé "des écoles de castes et de privilégiés". De manière générale, l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 introduirait une série de discriminations fondées non seulement sur la résidence, mais encore sur le sexe (Institut du Sacré-Coeur de Heverlée), la langue, l'appartenance à

une minorité nationale ou linguistique, la nationalité et la profession.

Les requérants d'Anvers et de Gand (requêtes n° 1691/62 et 1769/63) se plaignent également de ne pouvoir confier leurs enfants aux classes françaises de l'agglomération de Louvain.

La condition de résidence à laquelle l'article 7 par. 3-B de la loi du 2 août 1963 subordonne l'accès aux classes françaises des six communes "dotées d'un statut propre" méconnaîtrait, elle aussi, la Convention et le Protocole. A vrai dire, elle ne cause aucun préjudice aux signataires de la requête n° 1677/62 puisqu'ils vivent à Kraainem; la Commission et le Gouvernement belge n'ont pas manqué de le relever.

De fait, ces requérants s'attaquent surtout aux autres aspects du régime applicable à Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Rhode-St. Genèse, Wemmel et Wezembeek-Oppem (cf. supra); ils jugent cependant anormal qu'une clause "strictement territorialiste" empêche "des enfants habitant de l'autre côté de la rue, mais déjà sur le territoire administratif (d'une) autre commune", de fréquenter les écoles en question. Les requérants d'Alsemberg, Beersel, Anvers, Gand, Louvain et Vilvorde sont plus directement touchés. Ainsi, le fils de l'un des avocats qui représentent les requérants d'Anvers, Gand et Vilvorde (requêtes n° 1691/62, 1769/63 et 2126/64) habitait à Tervueren, localité appartenant à la région de langue néerlandaise, mais contiguë à Wezembeek-Oppem; l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 1963 l'aurait obligé à retirer ses enfants d'une école française de Wezembeek-Oppem, sise à 150 mètres de son domicile, et à les envoyer quotidiennement à Bruxelles, distante d'une douzaine de kilomètres.

Les requérants se prétendent victimes, à cet égard, de violations de l'article 2 du Protocole (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, et notamment d'une discrimination fondée sur la résidence.

Dans le cas de Louvain comme dans celui des six communes de la périphérie de Bruxelles, les discriminations dénoncées par les requérants ne reposeraient point sur "des raisons financières ou administratives": elles refléteraient la volonté de consacrer "les droits du sol" au détriment des libertés individuelles et de "liquider les minorités francophones" en les contraignant à "se flamandiser" ou "déménager".

3. Arguments présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

30. Le Gouvernement belge soutient que la législation litigieuse ne se heurte nullement, sur les deux points considérés, aux exigences des trois articles (P1-2, art. 8, art. 14) invoqués par les requérants. Tout en concluant, en ordre principal, à l'inapplicabilité complète de ces articles (cf. supra), il présente plusieurs arguments à titre subsidiaire. Il souligne, en substance, que l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 et l'article 7 par. 3-B de la loi du 2 août 1963 ne s'écarterent du principe de territorialité que pour des raisons de caractère très particulier: répondre aux "besoins didactiques de l'Université", bilingue, de Louvain et offrir, dans les six communes dotées d'un statut propre, certaines facilités à l'"assez forte minorité linguistique francophone" qui s'y trouve implantée. Ces justifications expliqueraient en même temps les limites dans lesquelles jouent les exceptions dont il s'agit. Pourquoi le législateur tolérerait-il que les "concessions" accordées aux francophones à Louvain et dans les communes de la périphérie de Bruxelles servent de "point de départ" à "une francisation de la population flamande de ces communes et des communes avoisinantes", alors que son but – "avouable" et "légitime" – consiste précisément à assurer en Flandre la formation d'élites d'expression néerlandaise?

Les problèmes qui se posent en la matière seraient "des problèmes de plus ou de moins" et "la question de savoir dans quelle mesure il est opportun d'étendre ces dérogations" relèverait de la politique et non du droit. L'avis de la Commission aurait ceci d'"illogique" et de "paradoxal" que la violation constatée par la majorité "disparaîtrait si l'Etat belge supprimait purement et simplement les concessions" susmentionnées.

31. Confirmant devant la Cour l'avis formulé dans son rapport, la Commission commence par relever que l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), pris isolément, "n'oblige pas l'Etat belge à accueillir les enfants des requérants dans les écoles françaises" – officielles ou privées – "organisées ou maintenues en région flamande à titre exceptionnel ou temporaire": "libre de créer ou de subventionner des écoles ou de s'en abstenir", l'Etat "peut régler comme il l'entend l'accès à ces écoles". Deux membres de la Commission arrivent à la même conclusion par des raisonnements différents, mais trois autres jugent "incompatible avec la première phrase de

l'article 2 (P1-2) (...) que l'Etat belge ne permette pas à des francophones résidant soit dans la région unilingue flamande, soit dans la région de la frontière linguistique bruxelloise, d'envoyer leurs enfants aux écoles françaises de leur voisinage". La Commission attire l'attention de la Cour sur ces diverses opinions individuelles. Bien que "l'exclusion des enfants des requérants" ne lui semble pas se fonder sur des motifs "d'ordre technique ou administratif", la Commission ne croit pas non plus "qu'il en résulte une violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention": si "l'Etat n'est pas tenu par la Convention, malgré l'obligation scolaire qu'il a instaurée", d'"offrir un enseignement français aux francophones" de Flandre, "il en découle que rien ne l'astreint (...) à leur ouvrir des écoles françaises existantes ni à subventionner des écoles françaises" qui accepteraient "les enfants des requérants dans des conditions" non prévues "par la législation linguistique".

La Commission s'attache enfin à déterminer si l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 et l'article 7 par. 3-B de la loi du 2 août 1963 méconnaissent ou non, sur le point considéré, l'article 2 du Protocole et l'article 8 de la Convention, envisagés cette fois en combinaison avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8)). Elle se prononce par la négative en ce qui concerne l'article 8 (art. 8) de la Convention et la seconde phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), et par l'affirmative quant à la première phrase de l'article 2 (P1-2).

Les deux dispositions légales attaquées par les requérants lui paraissent figurer parmi celles qui reflètent la volonté d'assimiler les minorités, contre leur gré, au milieu linguistique régional. Les inégalités de traitement établies par l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 ne constitueraient cependant pas toutes des discriminations. En effet, les deux exceptions dont bénéficient certains enfants étrangers et "les enfants des professeurs, des étudiants et des membres du personnel de l'Université" de Louvain se justifieraient, la première par les règles de la courtoisie internationale, la seconde par le "caractère bilingue" de cette Université. La Commission n'aperçoit pas davantage de discrimination "dans le fait que l'Institut du Sacré-Coeur de Heverlée n'accueille que des jeunes filles, ni d'ailleurs dans la faveur (...) accordée aux enfants qui y étaient inscrits pour l'année scolaire 1962-1963" (arrêtés royaux des 8 août 1963 et 30 novembre 1966).

En revanche, la Commission estime que l'article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 porte atteinte au droit à l'instruction, tel que le

garantissent conjointement la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et l'article 14 (art. 14) de la Convention, dans la mesure où il ferme les classes françaises de Louvain et de Heverlée aux "enfants des requérants pour le motif qu'ils résident dans la région flamande" (avis exprimé par huit voix contre quatre). Il en irait de même de l'article 7 de la loi du 2 août 1963 pour autant que le paragraphe 3-B écarte des classes françaises des six communes dotées d'un statut propre les enfants dont les parents n'habitent pas dans ces communes, alors que les classes néerlandaises desdites communes "sont accessibles", d'après le paragraphe 3-A et jusqu'à concurrence des "places disponibles", "aux enfants néerlandophones" du voisinage et notamment de Wallonie (avis exprimé par sept voix contre cinq).

La Commission ne croit pas qu'il faille distinguer, à cet égard, "entre les écoles officielles et les écoles privées reconnues".

"Ces dernières seraient autorisées" et "disposées" à "accueillir des élèves sans considération aucune de la résidence des parents", n'étaient la législation linguistique et le risque de perdre leur droit aux subsides de l'Etat. Quant aux écoles officielles, "on pourrait évidemment concevoir qu'elles soient réservées", "pour des raisons d'ordre administratif ou financier", "aux enfants habitant les communes" où elles se trouvent. Les "renseignements fournis tant par les requérants que par le Gouvernement belge" montreraient toutefois l'absence de raisons de cette nature. "Les conditions de résidence" en question ne s'expliqueraient "que par le dessein d'empêcher", en région flamande, "l'extension ou le maintien de la langue et de la culture française", voire de réaliser "l'assimilation des minorités au milieu linguistique régional". Cette volonté serait "particulièrement manifeste pour ce qui est des écoles françaises de Louvain et de Heverlée" où l'on admet "des enfants venant de Wallonie" tandis que l'on refuse "les enfants des francophones" vivant "sur place".

Partant, il importerait "peu que ni la Convention, ni le Protocole additionnel n'obligent l'Etat à créer ou à subventionner un enseignement quelconque": "en l'espèce, cet enseignement existe et, dans la mesure où il est privé, il est subventionné". "L'exclusion des enfants des requérants" s'analyserait en une "rigueur" et les "enfants néerlandophones" n'en retireraient "aucun avantage".

L'abolition pure et simple des classes françaises de Louvain, Heverlée, Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Rhode-St. Genèse,

Wemmel et Wezembeek-Oppem effacerait-elle la discrimination dont il s'agit? La Commission n'estime pas devoir examiner "cette possibilité qui aurait (...) pour conséquence, entre autres, de priver d'école française la localité de Kraainem où (...) les francophones sont en majorité": "ce qui peut arriver à la suite d'un changement législatif, dans un avenir proche ou reculé", ne l'"intéresse pas". Il lui paraît d'ailleurs assez "invraisemblable qu'il puisse entrer dans les vues du Gouvernement belge de choisir une solution aussi radicale" qu'il serait sans doute "difficile" d'adopter en pratique. Cinq membres de la Commission ne discernent aucune violation dans le cas de Kraainem et des cinq autres communes de la périphérie de Bruxelles; quatre d'entre eux n'en constatent pas non plus dans celui de Louvain et de Heverlée. La Commission attire l'attention de la Cour sur leurs opinions dissidentes.

4. Décision de la Cour

32. La Cour examinera successivement les mesures légales et administratives régissant l'accès à l'enseignement francophone à Louvain et à Heverlée d'une part et dans les six communes dites à facilités d'autre part.

Louvain et Heverlée appartiennent à la région unilingue néerlandaise.

Si le législateur y a autorisé le maintien d'un enseignement francophone, il l'a fait avant tout en considération des besoins découlant du caractère bilingue de l'Université de Louvain. Les principes dominant, dans les deux communes, le fonctionnement de l'enseignement en langue française, déterminent aussi les conditions d'accès à cet enseignement. Le bénéfice des textes litigieux (article 7 in fine de la loi du 30 juillet 1963 et arrêtés royaux des 8 août 1963 et 30 novembre 1966) dépend donc de leur objet. Il est accordé, au premier chef, aux professeurs, employés et étudiants francophones de l'Université de Louvain, sans la présence desquels cette dernière ne pouvait demeurer bilingue. De même, si les classes françaises de Louvain et de Heverlée restent ouvertes aux enfants de familles francophones résidant en dehors de la région unilingue néerlandaise, c'est parce qu'elles servent de sections didactiques à l'Université bilingue de Louvain. Quant à la faveur accordée à certains enfants de nationalité étrangère, elle se justifie par les usages de la courtoisie internationale. Dès lors, l'exclusion des enfants de langue française habitant la région unilingue née-

rlandaise et dont les parents ne comptent point parmi les professeurs, les étudiants et les membres du personnel de l'Université, ne constitue pas une mesure discriminatoire eu égard à la légitimité de l'objectif spécifique du législateur.

La situation est tout autre dans le cas des six communes "à facilités", qui appartiennent à l'agglomération entourant Bruxelles, capitale d'un Etat bilingue et centre international. D'après les renseignements fournis à la Cour, lesdites communes comptent un nombre important de familles francophones; elles constituent, jusqu'à un certain point, une zone de caractère "mixte".

C'est pour répondre à cette donnée de fait que l'article 7 de la loi du 2 août 1963 a dérogé au principe de territorialité, ainsi que la Cour l'a noté en traitant la troisième question. Il ressort, en effet, de son paragraphe 1er que les six communes ne relèvent plus de la région unilingue néerlandaise, mais forment un "arrondissement administratif distinct" doté d'un "statut propre". Le paragraphe 2 en tire une première série de conséquences: il prévoit en substance que les six communes dont il s'agit bénéficient d'un régime bilingue "en matière administrative". Quant au paragraphe 3, dont les requérants contestent la compatibilité avec les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention et avec l'article 2 du Protocole (P1-2), il s'applique "en matière scolaire". Il dispose que la langue de l'enseignement est le néerlandais dans les six communes; il prescrit cependant l'organisation, au profit des enfants dont le français est la langue maternelle ou usuelle, d'un enseignement français, officiel ou subsidié, aux niveaux gardien et primaire, à condition que seize chefs de famille la demandent. Toutefois, ce dernier enseignement n'est pas accessible aux enfants dont les parents résident en dehors des communes considérées. Au contraire, les classes néerlandaises des mêmes communes accueillent en principe tout enfant, quels que soient sa langue maternelle ou usuelle et le lieu de résidence de ses parents. La condition de résidence ne jouant donc qu'à l'égard de l'un des deux groupes linguistiques, la Cour se trouve appelée à rechercher s'il en résulte une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2) ou avec l'article 8 (art. 14+8) de la Convention.

Une telle mesure ne se justifie pas eu égard aux exigences de la Convention, en tant qu'elle comporte, au détriment de certains in-

dividus, les éléments d'un traitement discriminatoire fondé plus encore sur la langue que sur la résidence.

Tout d'abord, cette mesure ne s'applique pas de façon uniforme aux familles parlant l'une ou l'autre langue nationales. Les enfants néerlandophones qui résident dans la région unilingue française, d'ailleurs toute proche, ont accès aux établissements scolaires de langue néerlandaise existant dans les six communes, tandis que les enfants francophones habitant la région unilingue néerlandaise se voient refuser l'accès aux écoles françaises des mêmes communes. De même, les classes néerlandaises des six communes sont ouvertes aux enfants néerlandophones de la région unilingue néerlandaise, alors que les classes françaises desdites communes sont fermées aux enfants francophones de cette région.

Pareille situation contraste du reste avec celle qui découle des possibilités d'accès aux écoles de langue française de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, ouvertes aux enfants francophones indépendamment du lieu de résidence de leurs parents (articles 5 et 17 de la loi du 30 juillet 1963).

Il apparaît, dès lors, que la condition de résidence n'est pas imposée dans l'intérêt des établissements scolaires, pour des raisons d'ordre administratif ou financier; elle procède uniquement, dans le cas des requérants, de considérations tenant à la langue. En outre, la mesure litigieuse ne respecte pas entièrement, dans le chef de la plupart des requérants et de leurs enfants, le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La Cour relève à cet égard, en particulier, que l'impossibilité d'accéder aux écoles françaises, officielles ou subsidiées, des six communes "à facilités" affecte d'autant plus les enfants des requérants dans l'exercice de leur droit à l'instruction qu'il n'existe pas de telles écoles dans les communes où ils résident.

La jouissance du droit à l'instruction tel que la Cour le conçoit, et plus précisément celle du droit d'accéder aux établissements scolaires existants, ne se trouve donc pas, sur le point considéré, assuré à tous sans discrimination fondée, notamment, sur la langue. En d'autres termes, la mesure litigieuse se révèle à cet égard incompatible avec la première phrase de l'article 2 du Protocole, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas nécessaire de rechercher si ladite mesure respecte l'article 8 de la Convention, combiné ou non avec l'article 14 (art. 14+8).

F. Sur la sixième question

33. La sixième question porte sur le point de savoir s'il existe ou non, dans le cas des requérants, une violation de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ou de tel d'entre eux, "pour autant que les lois de 1932 entraînaient et que les lois de 1963 entraînent le refus absolu d'homologuer les certificats s'appliquant des études secondaires non conformes aux prescriptions linguistiques en matière d'enseignement."

1. Faits

34. Au terme de chaque cycle d'études secondaires, les établissements d'enseignement délivrent aux élèves des certificats spécifiant les études accomplies et constatant qu'elles l'ont été avec fruit. En effet, la Belgique n'a pas adopté le système du baccalauréat.

Le certificat de fin d'études secondaires atteste l'aptitude de son titulaire à suivre les cours de l'enseignement supérieur. Toutefois il n'a de valeur légale qu'après son "homologation" par un jury constitué à cet effet pour l'ensemble du pays, le jury d'homologation. Celui-ci examine uniquement les certificats; il n'accorde l'homologation que si les études répondent aux prescriptions légales.

Le porteur d'un certificat non homologué peut faire des études supérieures, par exemple à l'Université, et obtenir un grade universitaire appelé "grade scientifique", mais non pas un grade "légal" ou "académique". Or, seuls les grades légaux ou académiques donnent accès à une série de fonctions et de professions: carrières administratives ou judiciaires, barreau, notariat, médecine, etc. Les détenteurs de certificats non homologués doivent, s'ils se destinent à de telles fonctions ou professions ou s'ils désirent acquérir un grade légal ou académique, passer un examen complet devant un organe communément dénommé "jury central".

35. L'homologation d'un certificat dépend du respect tant des conditions techniques et scientifiques définies par la loi que de celles qui ont trait au régime linguistique de l'enseignement.

La loi du 12 mai 1910 prévoyait que les titulaires de certificats non homologables pour des raisons d'ordre linguistique devaient, pour pouvoir être admis à l'examen de candidat en philosophie et lettres, de candidat notaire, de candidat en sciences naturelles, de

candidat en sciences physiques et mathématiques et de candidat ingénieur, subir devant le jury central une épreuve complémentaire portant uniquement sur celle des deux langues nationales qui n'avait pas été celle de leur instruction au degré moyen. Il en allait de même du projet d'où sortit la loi du 15 juillet 1932; l'exposé des motifs soulignait que ceux qui aspiraient à embrasser "une profession impliquant la possession d'un diplôme légal (devraient) fournir la preuve qu'ils (connaissaient) la langue de la région dans laquelle ils (seraient) appelés à exercer cette profession". Le Parlement belge modifia cependant ledit projet qui devint la loi du 15 juillet 1932 sur la collation des grades académiques.

36. La loi du 15 juillet 1932 abrogea celle du 12 mai 1910 (article 4). Ses principales dispositions étaient ainsi conçues:

"Article 1er

Nul ne peut être déclaré admissible à l'examen de candidat en philosophie et lettres, de candidat en sciences ou de candidat en sciences naturelles et médicales, si le certificat d'études moyennes, délivré conformément aux articles 5 à 8 de la loi du 10 avril 1890 - 3 juillet 1891 sur la collation des grades académiques, dont il est porteur, n'atteste:

A. Si ledit certificat émane d'un établissement situé dans la région flamande ou dans la région wallonne:

1. Que les cours suivis par l'intéressé ont été faits dans la langue de la région;
2. Que l'intéressé a suivi, pendant au moins quatre heures par semaine, dans chaque année d'études, le cours d'une seconde langue moderne, visé à l'article 10 de la loi relative au régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen.

B. Si le certificat émane d'un établissement situé dans une commune de l'agglomération bruxelloise ou dans une commune bilingue de la frontière linguistique:

1. Que les cours suivis par l'intéressé étaient organisés de manière à assurer à sa langue maternelle ou usuelle - soit le français, soit le flamand - la prédominance comme langue d'enseignement;
2. Que l'intéressé a suivi, pendant au moins quatre heures par semaine, dans chaque année d'études, un cours de langue flamande, s'il a fait ses études en français, et un cours de langue française, s'il a fait ses études en flamand.

Lorsque l'intéressé a fait ses études dans l'une des sections spéciales, visées à l'article 9 de la loi relative au régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen ou dans une section spéciale analogue d'un établissement d'enseignement non soumis à la législation organique de l'enseignement moyen, il faut que le certificat d'études moyennes atteste que le titulaire réunissait les conditions, requises par cet article pour être admis dans cette section, et que les prescriptions de l'article 10 de ladite loi relatives à l'étude d'une seconde langue aient été observées. Le certificat indique d'une façon précise le régime d'après lequel les études ont été faites.

Article 2

Pour l'application de l'article précédent en ce qui concerne les certificats émanant d'établissements d'enseignement non soumis à la législation organique de l'enseignement moyen, la langue maternelle ou usuelle est déterminée par la déclaration du chef de famille. En cas de doute sur l'exactitude de cette déclaration, il est procédé à l'examen, dès le début de l'année scolaire, par le chef de l'établissement ou son délégué, assisté de deux membres de son personnel enseignant.

Le certificat d'études mentionne expressément que cette procédure a été strictement observée.

Article 3

Lorsque le titulaire du certificat d'études moyennes a fait ses études dans deux ou plusieurs établissements situés dans des régions différentes, le certificat doit attester que les prescriptions de l'article premier ont été observées dans chaque région.

Lorsque le titulaire a commencé ses études moyennes à l'étranger et les a achevées en Belgique, le certificat doit attester que les prescriptions de l'article premier ont été observées, en ce qui concerne la partie des études faites en Belgique.

Article 5

Dans l'application de la présente loi aux communes d'expression allemande, des dérogations justifiées par les circonstances locales peuvent être décidées par arrêté royal motivé, publié au Moniteur."

Le refus d'homologuer les certificats non conformes à la législation linguistique fut étendu par la suite à diverses catégories d'études non régies par la loi du 15 juillet 1932 (loi du 27 juillet 1947, arrêté royal du 5 mai 1953 et article 23 de la loi du 29 mai 1959).

37. La loi du 30 juillet 1963, dont les articles 4 à 8 déterminent la langue de l'enseignement dans les diverses régions du Royaume, a abrogé (article 24) la loi du 15 juillet 1932. Aux termes de son article 19, "Sont seuls homologables les certificats d'études faites conformément à la présente loi dans les établissements visés à l'article 1er et dans les autres établissements libres.

Il est fait exception pour les certificats délivrés, par dérogation à l'article 4 de la présente loi, par une université comme sanction des études dans une année préparatoire au grade de candidat ingénieur civil".

L'article 1er, auquel renvoie l'article 19, précise que la loi du 30 juillet 1963 s'applique aux "établissements officiels d'enseignement gardien, primaire, moyen, normal, technique, artistique ou spécial" et aux "mêmes établissements libres subventionnés ou reconnus par l'Etat". Quant à l'article 4, il stipule que "la langue de l'enseignement est le néerlandais dans la région de langue néerlandaise, le français dans la région de langue française et l'allemand dans la région de langue allemande, sauf les cas prévus aux articles 6 à 8".

La portée de l'article 19 précité a prêté à controverse entre les requérants et le Gouvernement belge. Les requérants ont soutenu que d'après l'article 19, combiné avec l'article 1er, l'homologation du certificat de fin d'études moyennes ne dépend plus exclusivement, comme sous l'empire de la loi du 15 juillet 1932, de la "régularité linguistique" des études en question, mais aussi de celle des études gardiennes et primaires antérieures. Le Gouvernement belge a contesté l'exactitude de cette interprétation. Après avoir examiné le problème, la Commission a conclu, avec le Gouvernement belge, que l'article 19 ne vise en réalité que l'enseignement du niveau secondaire. Les considérations qu'elle a développées en ce sens paraissent à la Cour entièrement convaincantes.

38. Sous l'empire de la législation de 1963 comme sous celui des lois de 1932, il peut être remédié au refus d'homologation par un examen passé devant le jury central. Ainsi que le Gouvernement

belge l'a souligné, "le jury central n'a pas été institué à l'origine comme échappatoire pour la loi linguistique, mais dans un but social et démocratique: il permet à des jeunes gens de famille modeste, à qui leurs parents n'ont pas pu payer d'études régulières, d'acquiescer malgré tout un diplôme légal; il sert également à réparer des erreurs d'aiguillage". Aussi y a-t-il parmi les candidats, à côté d'élèves ayant accompli leurs études dans des conditions non conformes aux lois linguistiques, "beaucoup d'autodidactes, d'étudiants qui ont reçu un enseignement quelconque ou par correspondance". Il existe des jurys centraux non seulement au niveau de l'enseignement moyen (inférieur et supérieur), mais encore à celui de l'enseignement commercial, normal et universitaire et des branches les plus importantes de l'enseignement technique et artistique.

L'examen porte sur l'ensemble des matières inscrites au programme officiel des études dont il s'agit. En ce qui concerne l'enseignement moyen, les candidats ont la faculté de se présenter en deux stades correspondant à chacun des cycles – inférieur et supérieur – de cet enseignement. Les épreuves se déroulent en néerlandais, en français ou en allemand, au choix de l'intéressé. L'inscription donne lieu au paiement de droits qui s'élèvent actuellement à 100 francs belges, pour l'obtention du diplôme d'aptitude à accéder à l'enseignement supérieur (examen de maturité) et à 200 francs belges pour celle du certificat d'études moyennes supérieures ou du diplôme d'admission à l'examen de candidat ingénieur civil (Moniteur Belge du 4 mai 1968, pages 5103-5104).

Les informations complémentaires fournies à la Cour, en janvier 1968, par le Gouvernement belge et par la Commission, montrent "que le nombre de certificats délivrés par des écoles et admis à l'homologation est plus grand en régime néerlandais qu'en régime français", mais que "la proportion est inverse en ce qui a trait aux certificats délivrés par le jury central". La Commission attribue ce phénomène au nombre de candidats francophones qui n'ont pu obtenir l'homologation de leur certificat par suite d'études irrégulières du point de vue linguistique".

Ni le Gouvernement belge, ni la Commission n'ont été en mesure de répondre au désir de la Cour d'obtenir un tableau classant d'une part les élèves possesseurs d'un certificat de fin d'études moyennes, mais qui ne se sont pas conformés aux exigences de la législation linguistique et, d'autre part, les autres candidats. Le Gouverne-

ment belge signale en effet que "les formulaires d'inscription des candidats ne comportent, à dessein, aucune demande d'indication d'études antérieures", car on entend que le jury central se trouve "dans une situation de parfaite objectivité".

Il apparaît que le pourcentage des succès enregistrés devant le jury central au niveau supérieur de l'enseignement moyen oscille en général entre 25 et 50% pour chacune des deux sessions annuelles et qu'il est assez souvent moins fort en régime français qu'en régime néerlandais.

D'après le Gouvernement belge, il "correspond sensiblement au pourcentage des étudiants qui, ayant entamé leurs études moyennes, parviennent à les achever avec fruit". Un candidat qui a essuyé un échec peut se représenter devant le jury central autant de fois qu'il le veut.

1. Arguments présentés par les requérants devant la Commission ou par son intermédiaire

19. Les requérants estiment que si les textes antérieurs à la législation de 1932 (loi du 12 mai 1910) étaient "éminemment équitables" en la matière, la loi du 15 juillet 1932 violait et l'article 19 de la loi du 30 juillet 1963 viole, sur le point considéré, l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et les articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. A leurs yeux, le refus d'homologation rend "illusoire" et "frustratoire" l'envoi des enfants dans des écoles privées d'expression française sises en Flandre, car ces écoles ne délivrent que de "magnifiques parchemins" sans utilité pratique. Assurément, un employeur se contente parfois, "à la rigueur", d'un tel certificat; il arrive aussi que les élèves de "pensionnats pour jeunes filles" se préoccupent moins de briguer un diplôme légal que de recevoir une "formation complète". Il ne s'agirait pourtant là que d'hypothèses "particulièrement rares": "dans les organismes officiels, dans les administrations", seul compterait le diplôme légal, "document essentiel" dans la vie d'un homme en Belgique. Les requérants ne contestent pas que la possession d'un certificat non homologué suffit à l'acquisition d'un grade "scientifique", par opposition aux grades "légaux" ou "académiques".

Cependant, l'existence même de deux titres distincts impliquerait une différence de valeur. Les grades scientifiques n'intéresseraient guère que les étrangers. Du reste, ils se diviseraient en deux catégories comprenant, la première 118 grades qui correspondent à

certaines des 3469 grades légaux, la seconde les "grades qui sactionnent les études non prévues par la loi". Le titulaire d'un certificat non homologué n'aurait, en principe, accès ni à l'enseignement technique, ni à l'enseignement commercial du degré supérieur, ni à l'enseignement commercial supérieur, ni aux "carrières les plus intéressantes": magistrature, barreau, administration en général, professions médicales et paramédicales, etc. Le Gouvernement belge ayant objecté que la Convention ne garantit pas le droit à l'exercice d'une profession, les requérants ont répliqué qu'ils n'invoquent nullement ce droit mais bien "la liberté du père de famille, le droit à l'instruction, le droit au respect de la vie familiale" et le principe de non-discrimination. D'après eux, le refus d'homologation s'analyse en une "sanction" déguisée, en une mesure "punitiv" qui condamne "à la fermeture" les "écoles dissidentes". Il ne procèderait point de considérations administratives ou techniques touchant, par exemple, à la "valeur de l'enseignement" dispensé et à "sa conformité aux programmes", mais s'expliquerait par la volonté délibérée d'"extirper" le français de Flandre et de "néerlandiser" Bruxelles et ses environs. Il revêtirait donc un caractère arbitraire et discriminatoire. Il vouerait en effet quiconque a suivi "un enseignement français en Flandre, ou flamand en Wallonie", à demeurer un "citoyen de seconde zone". La discrimination "la plus flagrante" se situerait "sur le plan international", car la Belgique reconnaît l'équivalence des diplômes de fin d'études secondaires décernés dans une série d'Etats avec lesquels elle a conclu des accords bilatéraux ou multilatéraux.

Quant à la possibilité d'obtenir un diplôme légal en se présentant devant le jury central, les requérants la qualifient de "palliatif discriminatoire" par essence. Ils soulignent à ce sujet que "le certificat d'études moyennes" accomplies "en français en région flamande" conformément au "programme officiel" est "frappé de nullité alors qu'il atteste un même degré de préparation et de connaissances que le diplôme flamand, ou que le diplôme français délivré dans la région bruxelloise ou wallonne". En outre, les candidats doivent subir "en une seule fois" un "examen d'ensemble", "d'ailleurs difficile", portant "sur toutes les matières de l'enseignement moyen depuis la sixième jusques et y compris la première scientifique ou la rhétorique"; il leur faudrait par conséquent déployer "un effort infiniment plus grand" que leurs condisciples qui acquièrent leur diplôme "année par année". De surcroît, et sans parler "des frais

d'inscription", ils comparaissent devant "un jury de cinq examinateurs qui leur sont étrangers"; partant, ils se trouveraient "dans une position psychologiquement tout autre que l'enfant qui passe ses épreuves annuellement et fragmentairement devant son propre professeur". Voilà pourquoi le recours au jury central resterait une "exception".

Les requérants précisent que leur thèse n'implique en aucune manière, dans leur esprit, que les Etats soient tenus, en vertu de la Convention et du Protocole, d'accorder aux colonies d'étrangers fixées sur leur territoire les mêmes facilités qu'à leurs nationaux: à la différence de l'italien ou du polonais, "le français est, en Belgique, une langue nationale"; "citoyens à part entière", les Belges d'expression française auraient droit à une complète égalité de traitement par rapport à leurs compatriotes.

3. Arguments présentés devant la Cour par le Gouvernement belge et par la Commission

40. Le Gouvernement belge estime que la législation litigieuse n'enfreint, sur le point dont il s'agit, aucun des trois articles (P1-2, art. 8, art. 14) invoqués par les requérants. Tout en concluant, en ordre principal, à l'inapplicabilité de ces articles (cf. supra), il avance plusieurs arguments à titre subsidiaire.

Et d'abord, l'"émigration scolaire", assortie ou non d'"un certain panachage", permet d'éviter le refus d'homologation: "les étudiants francophones domiciliés en Flandre ont le droit de fréquenter les établissements d'enseignement secondaire francophones, officiels ou subsidiés et reconnus, de l'agglomération bruxelloise" ou de Wallonie, "où ils pourront obtenir un diplôme d'enseignement secondaire légalement valable"; il leur est aussi loisible, pour atteindre le même résultat, de "commencer leurs études secondaires dans un établissement néerlandophone" de Flandre et de les achever "dans un établissement francophone" de Bruxelles ou de Wallonie. Sans doute la déclaration du chef de famille donne-t-elle lieu à "une vérification" dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale (cf. supra). Il ressortirait cependant des textes en vigueur, et notamment d'un arrêté royal du 30 novembre 1966, qu'"aussi longtemps qu'une décision définitive" n'aura pas établi la fausseté de cette déclaration, l'enfant pourra continuer à se rendre à l'école "où il a été admis"; les études qu'il y aura faites seront réputés

conformes "à la loi linguistique" et n'empêcheront donc "en rien l'homologation de son diplôme".

Les écoles moyennes d'expression française de Flandre, elles, ne délivrent que des certificats non homologables. Cependant, la plupart de leurs élèves se recruteront parmi des jeunes filles que leurs parents entendent seulement voir "s'occuper", "de douze à dix-huit ans", "d'une façon honnête et innocente" et qui n'ont donc "pas besoin de diplôme". D'ailleurs, les certificats non homologués ne seraient pas inutiles: des employeurs s'en contenteraient parfois. Sans doute les titulaires de tels certificats ne peuvent-ils ni suivre les enseignements technique supérieur, artistique supérieur, normal supérieur, commercial secondaire du degré supérieur et commercial supérieur, ni postuler un grade universitaire légal, ni embrasser aucune des carrières exigeant un diplôme, en particulier "les carrières juridiques officielles - avocat, magistrat, notaire -", "les carrières médicales et paramédicales", "les carrières dans l'enseignement", "les carrières d'ingénieur de l'Etat" et les carrières administratives "à partir d'un certain niveau". En revanche, "l'enseignement universitaire qui confère des titres scientifiques", à l'exception de l'enseignement commercial, échappe "à l'application de la loi linguistique". Les titres scientifiques, "accordés par les universités dans des conditions qu'elles définissent tout à fait librement", offriraient un grand intérêt pour qui se destine à une "carrière dans l'industrie et le commerce" ou à une profession "parajuridique ou technique". Les uns, par exemple le titre de "docteur en droit, grade scientifique", sont "les frères jumeaux" de ceux que l'on "rencontre dans l'enseignement légal"; d'autres, aussi nombreux que variés, n'ont pas d'équivalent dans ce dernier. Partant, le refus d'homologation constituerait un simple "inconvenient" et non une "sanction déguisée". Ne concernant pas "la faculté d'organiser un enseignement et de jouir des résultats naturels de cet enseignement", il ne serait "en rien assimilable à un refus du droit à l'instruction"; il ne frapperait pas les requérants "au niveau de l'enseignement, mais au niveau de ses conséquences". Or, la Convention contiendrait une "lacune regrettable" qui ne s'expliquerait point par "une inadvertance": on n'y trouve "pas un seul article sur l'exercice des professions". Sans vouloir pousser à l'extrême cet argument "un peu exégétique", le Gouvernement belge estime qu'il est nécessaire d'observer "une certaine prudence" en un domaine que la Convention ne régit pas expressément.

Au demeurant, les porteurs de certificats non homologués peuvent acquérir un diplôme légal en passant - dans la langue de leur choix - un examen devant le jury central. Le Gouvernement belge ne nie pas que "le nombre des échecs" est "bien plus considérable" devant ce jury que "dans les établissements officiels ou reconnus, à la fin des études moyennes", mais pareille situation lui semble "inévitabile". En effet, "les étudiants qui se présentent aux examens de la dernière (...) année d'études moyennes forment un groupe très sévèrement sélectionné par les examens subis et les échecs essuyés au cours des cinq années précédentes". Au contraire, ceux qui comparaissent devant le jury central n'ont pas "fait l'objet d'une sélection aussi sévère" et l'on compte parmi eux un pourcentage "non négligeable d'autodidactes ou de semi-autodidactes". Le programme de l'examen en question serait conçu de manière à donner aux candidats "des chances raisonnables de succès". Quant au montant des droits d'inscription à payer, il serait "modique".

Le Gouvernement belge souligne encore qu'en règle générale, "le diplômé universitaire peut, quelle que soit la langue de son diplôme, s'établir dans tout le pays et exercer la profession correspondant à son grade académique". En Belgique, seul l'accès à quelques professions - "magistrature, administration, enseignement organisé, subsidié ou reconnu par les pouvoirs publics, etc." - dépend de la connaissance de la langue régionale; on peut "ignorer complètement le néerlandais et être médecin, avocat ou ingénieur en Flandre". Qu'arriverait-il si l'Etat belge acceptait d'homologuer les certificats d'études délivrés en Flandre par les écoles privées d'expression française mais introduisait, en même temps, une législation "qui formulerait pour l'exercice de toute profession intellectuelle des exigences en matière de connaissances linguistiques". Selon le Gouvernement, on créerait "une situation malsaine": d'un côté, on "encouragerait tous les francophones de Flandre à envoyer leurs enfants" dans de telles écoles; de l'autre, on écarterait ces enfants des "fonctions auxquelles ils se destinent", car lesdites écoles ne leur dispenseraient pas une formation linguistique adéquate. Aux yeux du Gouvernement, une législation de ce genre serait "bien plus sévère, dure et malhonnête" que les textes en vigueur et "constituerait un véritable guet-apens", mais elle ne violerait "ni la lettre ni l'esprit de la Convention". A fortiori, les lois existantes, "plus libérales et plus prudentes", respecteraient la Convention et le Protocole.

Le Gouvernement belge insiste en outre sur l'une des conséquences qu'entraînerait, à son avis, l'adoption de la thèse des requérants. Il rappelle que la Convention et le Protocole ont pour but de protéger les Droits de l'Homme et non ceux du citoyen, car les droits et libertés garantis valent pour toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats Contractants, "même si elles sont étrangères, même si elles ont la nationalité d'un Etat non signataire", et ce "sans distinction aucune fondée, notamment, sur l'origine nationale" (articles 1 et 14 de la Convention) (art. 1, art. 14). Le Gouvernement en infère que "les requérants ne sont pas fondés à invoquer devant les juridictions européennes des droits plus amples que ceux auxquels pourraient prétendre des étrangers": "dira-t-on qu'une minorité étrangère, installée près des charbonnages belges, puisse exiger une intervention financière en vue d'un enseignement donné en langue étrangère et l'homologation automatique des diplômes résultant de pareil enseignement?"

Enfin, des "mobiles légitimes" justifieraient "la sanction du refus d'homologation". Loin de vouloir "liquider la classe dirigeante francophone" de Flandre, le législateur aurait cherché et réussi à "conjurer certaines crises menaçantes" et à "former en Flandre une intelligentsia connaissant bien le néerlandais" et donc capable d'accomplir son "devoir social".

Les autorités belges seraient parties d'une double constatation: la présence, en Belgique, de "deux groupes importants de population parlant des langues distinctes et massés dans des régions différentes"; "l'inexistence presque totale d'une élite néerlandophone", imputable au "phénomène de francisation" qui se manifestait "en pays flamand". Soucieux d'"apaiser des conflits déjà anciens", le Parlement aurait songé d'abord à "une solution de bilinguisme"; il l'aurait cependant écartée car elle n'aurait pas permis de "faire naître une élite vraiment néerlandophone". Il aurait ainsi été amené à retenir un système territorialiste, jugeant que "la meilleure manière d'assurer la collaboration" et la "cohabitation harmonieuse" des deux grandes "collectivités linguistiques au sein d'un Etat national unitaire" consistait à "donner la prédominance dans chaque région du pays à la langue régionale, prédominance et non exclusivité puisque la liberté est garantie". On aurait estimé, spécialement, "que dans l'intérêt de la communauté flamande" et pour remédier à "une tension sociale et politique des plus graves", il fallait stimuler "la fréquentation de l'enseignement néerlandophone"

et "ne pas accorder une assistance et des encouragements aux établissements" qui favoriseraient la "francisation des élites". Comment aurait-on suscité en Flandre une élite néerlandophone sans "enrayer" ou "freiner" ce "phénomène de francisation active"? En "désapprouvant" le second de ces desseins alors qu'elle "approuve" le premier, la Commission adopterait une position peu cohérente.

Aux yeux du Gouvernement belge, l'enseignement dispensé "dans les instituts francophones unilingues" de Flandre "était de bonne qualité en toutes matières sauf une, à savoir la langue néerlandaise". Or, dans "l'optique du législateur belge" et contrairement à l'opinion implicite de la Commission, le fait qu'une école de Flandre "ne procure qu'une connaissance insuffisante" du néerlandais n'est pas "sans incidence sur la valeur de l'enseignement" dont il s'agit. La Convention et le Protocole n'obligeraient point l'Etat à "reconnaître la validité des diplômes d'un institut d'enseignement déterminé, dès que cet enseignement est satisfaisant du point de vue technique"; ils ne lui interdiraient pas de subordonner cette reconnaissance à "certaines conditions linguistiques", ni "de réserver" une série de fonctions ou de professions "à ceux dont les connaissances techniques et linguistiques garantissent l'aptitude". D'après le Gouvernement belge, quiconque aspire à "jouer un rôle dirigeant dans le pays" doit "vouloir la promotion sociale et culturelle" du peuple et, partant, acquérir "une connaissance suffisante de la langue" de ce dernier.

Le but "légitime" poursuivi aurait été atteint: "si, à partir de 1932", beaucoup de "parents flamands ont préféré envoyer leurs enfants dans des établissements néerlandophones, la raison en était uniquement" à l'époque, et demeure "principalement" à l'heure actuelle, qu'en Flandre seuls ces établissements délivrent des certificats homologables. "Désormais, les Flamands" auraient "une élite nombreuse" et "le séparatisme flamand" aurait "disparu". Bref, "la conception belge" n'entraînerait aucune "discrimination illicite à l'encontre des minorités". Elle ne serait d'ailleurs pas propre à la Belgique: dans plusieurs autres pays, dont la Suisse, le principe de non-discrimination "cède" également "le pas à l'homogénéité régionale en matière scolaire".

41. La Commission a confirmé devant la Cour l'avis qu'elle avait formulé à ce sujet dans son rapport.

Le refus d'homologation n'enfreindrait pas l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2), envisagé isolément. Sans doute le "droit à l'instruction" comprendrait-il, au moins "dans les circonstances économiques et sociales actuelles de la Belgique" et "des autres pays signataires du Protocole", "le droit de tirer pleinement profit de l'instruction reçue" (cf. supra). Toutefois, l'article 2 (P1-2) laisserait l'Etat "libre de créer ou de subventionner des écoles ou de s'en abstenir" (cf. supra). Il en résulterait "que l'Etat belge n'est pas tenu, par le texte en question, d'homologuer les certificats d'études délivrés par des écoles quelconques, qu'elles observent ou non les exigences de la législation linguistique". Selon la Commission, "la circonstance que la législation incriminée frappe un enseignement dispensé en une langue communément parlée par une grande partie de la population et considérée comme l'une des langues nationales, peut paraître particulièrement rigoureuse"; elle serait "cependant irrelevante sous l'angle de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2)", qui n'autoriserait "aucune distinction entre les nationaux d'un Etat et les ressortissants étrangers". Deux membres de la Commission arrivent à la même conclusion par des raisonnements différents, mais trois autres voient dans la mesure litigieuse "une restriction empêchant de tirer le profit qui est normalement inhérent à l'enseignement reçu" et, partant, "un refus partiel du droit à l'instruction". La Commission signale à l'attention de la Cour ces diverses opinions individuelles.

Il n'y aurait pas non plus violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention sur le point dont il s'agit: l'hypothèse de "troubles graves et non justifiés apportés à la vie privée ou familiale" des requérants n'entrerait en ligne de compte "que pour l'enseignement primaire"; or, le problème de l'homologation ne se pose pas à ce niveau (cf. supra).

La Commission recherche enfin si le refus d'homologation méconnaît ou non l'article 2 du Protocole et l'article 8 de la Convention, combinés cette fois avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8). Elle se prononce par la négative en ce qui concerne l'article 8 (art. 8) de la Convention et la seconde phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), et par l'affirmative quant à la première phrase de l'article 2 (P1-2). S'efforçant de dégager "la tendance générale de la législation incriminée", la Commission estime que cette dernière "n'a ni pour but, ni pour effet de garantir les qualifications jugées nécessaires pour l'exercice" de certaines "fonctions ou professions",

"ni d'ailleurs des connaissances linguistiques". Lorsque de telles connaissances "sont requises, le candidat doit établir qu'il les possède"; "il ne lui suffit pas de s'être conformé, pendant ses études, aux lois linguistiques". Dans cet ordre d'idées, la Commission constate que "la connaissance de la langue régionale n'est demandée" que dans quelques "professions intellectuelles" ("magistrature", "administration", "enseignement officiel ou reconnu par l'Etat", etc.), que l'étude de la seconde langue nationale est presque partout facultative en Belgique, singulièrement depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 1963, et que "l'élève qui subit un examen devant le jury central s'exprime dans la langue de son choix". Elle en déduit que l'on peut, "du moins théoriquement", "accéder aux grades universitaires légaux sans avoir appris la seconde langue nationale".

Elle ajoute que les diplômes décernés par les quatre universités de Belgique - les Universités bilingues du Bruxelles et Louvain, l'Université néerlandophone de Gand et l'Université francophone de Liège - permettent "à leurs titulaires d'exercer sur tout le territoire du Royaume, sans avoir fait la preuve d'une connaissance même rudimentaire de la langue de la région, chacune des fonctions publiques et des professions pour lesquelles la possession" de cette langue "n'est pas spécialement exigée". "Inversement, le ressortissant belge qui aurait reçu un enseignement moyen non conforme à la législation linguistique", puis "obtenu dans une université un simple grade scientifique", "ne pourrait exercer nulle part en Belgique" - sauf à "passer un examen complet devant le jury central" - "les fonctions ou professions auxquelles ses études l'auraient préparé", quand bien même il aurait "une connaissance parfaite des deux langues nationales".

En réalité, la législation litigieuse viserait à "l'assimilation des minorités, contre leur gré, au milieu linguistique régional"; elle ne tendrait pas seulement "à protéger la langue et la culture néerlandaises en région flamande" et "à enrayer dans cette région l'extension de la langue française". A cet égard, la Commission rappelle notamment "que le refus d'homologation est encouru pour peu qu'un élève n'ait pas suivi (...) un enseignement secondaire conforme à la loi linguistique", "ne fût-ce que pendant une année ou quelques mois". Elle souligne en outre "que l'élève qui a reçu en Wallonie un enseignement en français obtient un certificat homologable, à la différence de l'élève qui a suivi un enseignement

en français absolument identique, mais en région flamande". Le premier pourra donc "accéder à un grade légal ou académique" tandis que le second devra, même s'il s'adonne avec fruit aux "mêmes études" universitaires, se contenter d'un simple grade scientifique, à moins de subir "avec succès, dans la langue de son choix, un examen complet devant le jury central". Assurément, ces règles valent aussi pour "des études accomplies en langue néerlandaise mais dans un établissement de Wallonie". En pratique, toutefois, elles n'affecteraient guère l'enseignement dispensé en néerlandais: s'il y avait, avant les lois de 1932, des écoles secondaires françaises en région flamande", "nul n'a affirmé devant la Commission qu'il existât, à l'époque, des écoles néerlandaises en Wallonie". Ici encore, le "parallélisme" invoqué par le Gouvernement belge défavoriserait donc "uniquement les francophones".

Partant de là, huit membres de la Commission expriment l'opinion que le refus d'homologation porte atteinte au droit à l'instruction, tel que le définissent conjointement l'article 2 du Protocole (P1-2) et l'article 14 (art. 14) de la Convention.

Certes, "ni la Convention ni le Protocole additionnel ne garantissent l'accès à des fonctions ou professions quelconques". L'article 2, première phrase, du Protocole (P1-2) n'en consacrerait pas moins, "malgré sa formulation négative", "le droit de toute personne à l'instruction". Or, de nos jours et "dans l'immense majorité des cas", l'instruction ne serait pas une fin "en soi". "Ceux qui suivent un enseignement (...) ne le font pas dans un but désintéressé, mais dans l'intention de se préparer aux activités qu'ils se proposent" d'entreprendre à l'issue de leurs études. Pour la Commission, "le droit à l'instruction ne serait qu'une illusion s'il n'englobait pas celui d'en tirer pleinement profit", et l'article 2 (P1-2) "serait vide de sens" si l'on admettait qu'il se limite à protéger le droit "à une instruction purement humaniste". Supposons "une législation qui, sans interdire à personne le droit à l'instruction, établirait des mesures discriminatoires quant aux avantages que les individus ou groupes d'individus peuvent retirer de l'instruction qu'ils ont reçue", y compris "l'exercice des fonctions et professions auxquelles cette instruction donne normalement accès". Aux yeux de la Commission, pareille législation ne violerait pas "l'article 2 du Protocole (P1-2), considéré isolément", mais enfreindrait "cette disposition, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2)", car elle

"n'assurerait pas à tous et sans distinction la jouissance du droit à l'instruction".

En Belgique, certains avantages sont réservés aux porteurs de certificats homologués. Pour déterminer s'il en résulte ou non une "discrimination" incompatible avec l'article 14 (art. 14), la Commission juge nécessaire de scruter les "motifs" inspirant le refus d'homologation. D'après elle, il ne s'agit ni de "considérations d'ordre scientifique" (cf. supra), ni de raisons administratives.

Sur ce dernier point, la Commission concède que l'Etat belge n'inspecte pas "les écoles qui ne se soumettent pas à la législation linguistique". Elle relève, cependant, qu'"il ne servirait à rien à l'école qui n'observe pas" entièrement cette législation "de déclarer qu'elle entend" se prêter "à l'inspection scolaire": en vertu de l'article 24 de la loi du 29 mai 1959, "l'Etat refuserait de donner suite à cette déclaration". Selon la Commission, ce refus entraîne lui aussi "une discrimination prohibée par l'article 14 (art. 14)": "il n'y aurait aucune difficulté sérieuse de caractère administratif, ni d'ailleurs de caractère financier, pour faire contrôler en pays de langue néerlandaise des écoles qui donneraient un enseignement en français" ou des "écoles flamandes situées en Wallonie". En vérité, la mesure litigieuse constituerait "l'un des moyens de la politique de l'Etat belge", qui veut, certes, "favoriser en Flandre la langue et la culture néerlandaises mais qui, dépassant ce but, s'attache à empêcher dans la même région l'extension, voire le maintien de la langue française".

Sans doute "les élèves pourvus d'un certificat non homologable" ont-ils la ressource "d'obtenir un diplôme pleinement valable en passant un examen complet devant le jury central". Cette "échappatoire" n'offrirait pourtant guère d'intérêt: les requérants auraient montré, et le Gouvernement belge n'aurait pas contesté, que l'examen en question "est un écueil très dangereux" et "comporte des désavantages et des risques sérieux". La Commission ne considère d'ailleurs pas "l'institution du jury central" comme un "remède" digne du nom, puisque le refus d'homologation se fonde exclusivement sur l'irrégularité linguistique des études accomplies. En réalité, "l'obligation" de comparaître devant le jury central représenterait une "rigueur" que ne justifierait "aucun motif d'intérêt général" et qui, "du reste", ne procurerait "aucun avantage aux jeunes gens de langue néerlandaise qui en sont dispensés". De toute manière, "les circonstances qui peuvent at-

ténuer, le cas échéant, la portée" du refus d'homologation (jury central, émigration scolaire avec ou sans "panachage", grades "scientifiques" etc.) ne sauraient, de l'avis de la Commission, effacer la violation, si violation il y a, découlant de ce refus.

La Commission n'ignore pas que "d'assez importantes colonies d'étrangers" se trouvent installées en Belgique et que la loi leur permet d'ouvrir des écoles où l'on enseignerait "en italien, en polonais ou dans une autre langue".

L'objection soulevée à ce propos par le Gouvernement belge (cf. supra) ne serait cependant "pas concluante". Elle ne tiendrait pas compte du fait que le refus d'homologation frappe les certificats délivrés non seulement "par des écoles qui n'observent pas la législation linguistique dans son ensemble", mais aussi "par les écoles privées reconnues ou subventionnées par l'Etat, voire par les écoles officielles, lorsqu'il ne résulte pas de ces certificats" que leurs titulaires "se sont personnellement conformés, tout au long de leurs études secondaires, aux prescriptions des lois linguistiques". De plus, le refus d'homologation ne produirait pas "les mêmes conséquences" pour les "citoyens belges" et pour les "ressortissants étrangers": "ces derniers, même s'ils possèdent des diplômes valablement délivrés par les autorités belges, n'ont pas accès aux fonctions publiques, ni à certaines professions réservées" aux nationaux.

Au demeurant, l'argumentation du Gouvernement belge manquerait de fondement "sur le plan de l'article 14 (art. 14)". "Au regard de ce texte", il s'agirait de rechercher "si la jouissance du droit à l'instruction est assurée à tous de façon non discriminatoire". Or, la Commission pense que l'"on ne saurait faire abstraction", "dans cette recherche", "de ce qu'en Belgique" le français "est une des langues officielles" et "la langue maternelle ou usuelle de près de la moitié" des habitants. D'après elle, l'Etat belge pourrait "invoquer des raisons fort plausibles pour ne pas reconnaître les études" accomplies en Belgique "dans des écoles privées italiennes ou polonaises": il lui faudrait "instituer auparavant un contrôle scolaire", au prix de "difficultés administratives et de charges financières considérables". L'Etat belge "pourrait d'ailleurs avoir des motifs sérieux pour considérer comme indésirable l'implantation", sur son sol, "d'une langue totalement étrangère". La Commission en déduit que "si l'on se place sur le terrain de l'article 14 (art. 14)", "il peut exister des motifs valables, éliminant la notion

de discrimination, pour ne pas accorder aux écoles des colonies étrangères le même traitement" qu'aux "écoles créées par des ressortissants belges, à l'intention de ressortissants belges et donnant un enseignement dans une langue nationale". En l'espèce, seule serait "pertinente" une comparaison entre la situation légale du "groupe d'expression française" et celle du "groupe d'expression néerlandaise".

Dès lors, le refus d'homologation se révélerait "inconciliable avec l'article 2 du Protocole additionnel, combiné avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention". Pour autant qu'il s'applique à des certificats sanctionnant des études non conformes, "en tous points", aux "prescriptions légales concernant la langue de l'enseignement", ce refus s'analyserait en une "rigueur fondée uniquement sur la langue et donc contraire à l'article 14 (art. 14)". L'octroi de l'homologation ne constituerait nullement un "privilège" ou une "faveur", mais "tout simplement la consécration d'études régulièrement poursuivies", "la conséquence normale d'un enseignement reçu dans une école moyenne qui - cela va sans dire - répond par hypothèse aux exigences scientifiques légales". En privant "certains citoyens", "pour des motifs purement linguistiques" et "pour des raisons entièrement étrangères aux impératifs de l'enseignement lui-même", du bénéfice des études accomplies, l'Etat belge aurait établi une "discrimination" incompatible avec l'article 14 (art. 14).

Quatre membres de la Commission n'aperçoivent cependant aucune violation sur le point considéré; la Commission attire l'attention de la Cour sur leurs opinions dissidentes.

4. Décision de la Cour

42. Les dispositions des lois de 1932 et de 1963 qui prévoyaient et prévoient le refus d'homologuer les certificats sanctionnant des études secondaires non conformes aux prescriptions linguistiques en matière d'enseignement, n'enfreignent ni la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), ni l'article 8 (art. 8) de la Convention, considérés en eux-mêmes.

En effet, le droit à l'instruction, consacré à la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), n'est pas mis en échec par les lois critiquées. En particulier, le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies, n'est pas méconnu

par lesdites dispositions légales: laissant entier ce droit, elles en subordonnent simplement l'exercice à la condition expresse d'un examen devant un jury central. Cet examen ne constitue pas une épreuve d'une difficulté excessive. Il ressort des pièces produites et des déclarations faites devant la Cour que le candidat peut passer l'épreuve en deux stades et dans la langue nationale de son choix et que tout candidat n'ayant pas réussi peut se représenter devant le jury central autant de fois qu'il le désire. De plus, le pourcentage des échecs enregistrés devant le jury central au niveau supérieur de l'enseignement moyen n'a rien d'anormal. Au demeurant, les frais d'inscription à l'examen sont minimales.

Quant à l'article 8 (art. 8) de la Convention, invoqué par les requérants devant la Commission, on ne voit pas comment le système du jury central pour l'enseignement moyen, entraînerait une violation du droit au respect de la vie privée et familiale. Ici encore, la Cour constate l'absence de violation.

Reste à savoir si les dispositions légales visées par la sixième question sont compatibles avec la première phrase de l'article 2 du Protocole, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention. Cette question doit être examinée en fonction des critères que la Cour a dégagés ci-dessus pour déterminer si une mesure donnée revêt un caractère discriminatoire au sens de l'article 14 (art. 14).

A ce sujet, la Cour relève tout d'abord que le législateur, en adoptant le système litigieux, a poursuivi un but d'intérêt public: favoriser l'unité linguistique à l'intérieur des régions unilingues et, notamment, promouvoir chez les élèves la connaissance approfondie de la langue usuelle de la région. Ce but d'intérêt public ne comporte, en lui-même, aucun élément discriminatoire.

En ce qui concerne le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, la recherche de la réponse offre de plus grandes difficultés.

L'une d'entre elles réside dans le fait que les enfants qui, étant titulaires d'un certificat non homologable pour des raisons d'ordre purement linguistique, doivent subir un examen devant le jury central, se trouvent dans une situation moins avantageuse que les élèves ayant obtenu un certificat de fin d'études homologable. Toutefois, cette inégalité de traitement résulte en général d'une différence relative au régime administratif de l'établissement fréquenté: dans le premier des deux cas susmentionnés, il s'agit d'ordinaire d'un établissement qui, en vertu de la législation en

vigueur, n'est pas soumis à l'inspection scolaire; dans le second, au contraire, le certificat émane nécessairement d'un établissement assujéti à une telle inspection. Ainsi, l'Etat traite inégalement des situations inégales.

Il ne prive pas l'élève du fruit de ses études. En effet, le titulaire d'un certificat non homologable peut obtenir la reconnaissance officielle de ses études en se présentant devant le jury central. L'exercice de son droit à l'instruction n'est donc pas entravé d'une manière discriminatoire au sens de l'article 14 (art. 14).

Il n'est cependant pas impossible que l'application des dispositions légales litigieuses aboutisse, dans des cas individuels, à des résultats qui mettraient en cause l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, au point

de constituer des discriminations.

Lors des débats devant la Cour, la Commission a en effet avancé l'hypothèse d'un refus d'homologation opposé à un élève qui aurait suivi, au début de ses études secondaires, un enseignement non conforme aux lois linguistiques, fût-ce pendant quelques mois seulement, et dont les études ultérieures se seraient déroulées dans les conditions définies par ces lois, et ce dans un établissement soumis à l'inspection scolaire. Même dans un cas de ce genre, où l'on ne pourrait guère parler de fraude à la loi, les dispositions légales incriminées feraient obstacle à la délivrance d'un certificat homologable.

Un tel résultat, si tant est qu'il puisse découler de l'application de la loi, devrait inspirer des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le droit à l'instruction dont la Convention et le Protocole assurent à tous la jouissance sans discrimination aucune.

En l'espèce, toutefois, il n'a été ni établi, ni même allégué, que l'on en soit arrivé à pareil résultat dans le cas de l'un des enfants des requérants.

L'examen de l'hypothèse ainsi envisagée n'empêche donc pas la Cour de conclure que les dispositions légales visées par la sixième question ne se trouvent pas, en elles-mêmes, en contradiction avec les exigences de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. Dit, par huit voix contre sept, que l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 n'est pas conforme aux exigences de l'article 14 de la

Convention combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (art. 14+P1-2), en tant qu'il empêche certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langue française existant dans les six communes de la périphérie de Bruxelles dotées d'un statut propre, y compris Kraainem;

Réserve le droit éventuel, pour les requérants intéressés, de demander une satisfaction équitable quant à ce point particulier;

2. Dit à l'unanimité, en ce qui concerne les autres points litigieux, qu'il n'y a eu et qu'il n'y a violation d'aucun des articles de la Convention et du Protocole invoqués par les requérants.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le vingt-trois juillet mil neuf cent soixante-huit.

Le Président

Signé: R. CASSIN

Le Greffier

Signé: H. GOLSONG

MM. les Juges A. Holmbäck, G. Maridakis, E. Rodenbourg, A. Ross, T. Wold, G. Wiarda et A. Mast, estimant que l'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963 respecte la Convention et le Protocole additionnel (cf. le point I du dispositif), se prévalent du droit que leur confèrent les articles 51 par. 2 (art. 51-2) de la Convention et 50 par. 2 du Règlement de la Cour: MM. Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast joignent à l'arrêt l'exposé de leur opinion dissidente collective; MM. Maridakis et Wold y joignent celui de leurs opinions dissidentes individuelles.

En outre, MM. les Juges G. Maridakis et T. Wold, tout en se ralliant au point 2 du dispositif, qui a trait aux autres questions soumises à la Cour, joignent à l'arrêt l'exposé de leurs opinions individuelles, se fondant sur des raisonnements différents de celui de la majorité.

Paraphé: R.C.

Paraphé: H.G.

OPINION DISSIDENTE COLLECTIVE DE MM. LES JUGES HOLMBÄCK, RODENBOURG, ROSS, WIARDA ET MAST (Point I du dispositif de l'arrêt)

Les mesures légales et administratives régissant l'accès à l'enseignement donné en français dans les six communes dites "à facilités", ne sont pas incompatibles avec la première phrase de l'article 2 du Protocole combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention. Cette opinion procède d'une application logique des principes formulés par la Cour, notamment, dans la partie générale de l'arrêt (Interprétation retenue par la Cour) et dans les motifs de la décision qu'elle a prise au sujet de la première question. Les tenants de la présente opinion estiment que la réponse que la Cour a, à une voix de majorité, donnée à la deuxième branche de la cinquième question est difficilement conciliable avec une interprétation rationnelle de ces principes. La partie générale de l'arrêt expose les principes suivants:

"... l'article 14 (art. 14) (de la Convention) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus ... On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait". L'arrêt constate que l'article 14, combiné avec l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2), n'a pas pour effet de garantir aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix parce que, là où les Parties Contractantes ont voulu reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction, des droits spécifiques dans le domaine de l'emploi d'une langue ou de sa compréhension, elles l'ont clairement précisé dans le texte, comme à l'article 5 par. 2 et à l'article 6 par. 3 (a) ((art. 5-2, art. 6-3-a) de la Convention. L'arrêt expose ensuite dans sa partie générale quand la distinction de traitement est contraire à l'article 14 (art. 14).

Il établit les règles suivantes:

- 1) La distinction doit poursuivre un but légitime.
- 2) La distinction ne peut manquer de "justification objective".

3) L'article 14 (art. 14) est violé lorsqu'il "est clairement établi" qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

4) L'existence de ce rapport raisonnable doit s'apprécier en connaissance des "données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée".

5) La Cour ne saurait, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, "se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi, elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention". Il en résulte que "les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention", et que "le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention". Les tenants de l'opinion dissidente ici exposée, ne contestent pas le bien-fondé de ces cinq principes mais ils prétendent qu'il y a discordance entre les prémisses juridiques posées par la Cour et la réponse donnée à la seconde branche de la cinquième question. Ils estiment:

I. que la distinction de traitement incriminée poursuit un but légitime;

II. que les mesures incriminées reposent sur des données objectives qui les justifient;

III. que l'absence de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, n'est pas établie et n'est certainement pas clairement établie; qu'en ce qui concerne la réponse donnée à la deuxième branche de la cinquième question, l'arrêt n'a pas suffisamment tenu compte de la règle selon laquelle les autorités nationales, à qui il appartient au premier chef d'apprécier les exigences qu'impliquent les données de fait et de droit en cause, demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention.

I. LA DISTINCTION DE TRAITEMENT INCRIMINEE POURSUIT UN BUT LEGITIME

En excluant du bénéfice de l'enseignement donné en français, les enfants dont les parents habitent la région unilingue néerlandaise, proche des communes dites "à facilités", le législateur a eu le souci d'assurer l'homogénéité linguistique des deux communautés,

laquelle, dans ses vues, serait menacée par une extension au-delà du territoire des six communes, d'un régime d'exception. Dans la conception des lois des 30 juillet et 2 août 1963, qui ont été votées à une très large majorité de parlementaires flamands, wallons et bruxellois, cette homogénéité est la condition même d'un accord durable entre les communautés.

Cette vue des choses peut être discutée et elle l'a été très longuement au sein du Parlement belge, mais il n'est aucune raison de croire que l'objectif poursuivi en l'espèce par les lois incriminées est contraire à la lettre ou à l'esprit de la Convention.

La Cour a d'ailleurs, en réponse à la première question, affirmé que "les dispositions légales incriminées ... ont pour but de réaliser l'unité linguistique à l'intérieur des deux grandes régions de la Belgique dans lesquelles une large majorité de la population ne parle que l'une des deux langues nationales" et qu'"en d'autres termes, (la législation) tend, dans la région unilingue néerlandaise, à décourager la création ou le maintien d'écoles où l'enseignement se dispenserait exclusivement en français".

La Cour constate qu'"on ne saurait considérer une telle mesure comme arbitraire", qu'"elle repose tout d'abord sur cet élément objectif que constitue la région" et qu'elle s'inspire en outre d'un intérêt public, celui d'assurer que tous les établissements scolaires dépendant de l'Etat et existant dans une région unilingue, dispensent leur enseignement dans la langue qui est, au premier chef, celle de la région".

II. LA DISTINCTION DE TRAITEMENT INCRIMINEE REPOSE SUR DES DONNEES OBJECTIVES

Par hypothèse, les francophones aux dépens de qui l'équilibre qu'implique une mesure non-discriminatoire aurait été rompu, habitent des communes situées en territoire unilingue néerlandais limitrophes des communes à "facilités". Leur régime est celui de tous les francophones habitant dans cette partie de la Belgique.

Le prétendu manque d'objectivité constitutif de discrimination repose sur une équivoque dans l'appréciation de la situation qui leur est faite parce qu'ils habitent la région unilingue flamande proche de la commune dite "à facilités".

On s'émeut de ce qu'il leur faut, s'ils veulent que leurs enfants aient un enseignement donné en français, les envoyer dans une école de Bruxelles plus éloignée de leur domicile que l'école de langue

française de la commune "à facilités" à proximité de laquelle ils habitent.

En conclure que leur imposer cet embarras ou cet inconvénient aboutit à une discrimination, revient à méconnaître la signification de cette donnée objective que constitue la frontière qui sépare les communes à facilités des communes unilingues néerlandaises.

Cette frontière est une donnée objective et nécessaire, inhérente à la nature des rapports entre le régime de droit commun et le régime qui lui fait exception.

Toute dérogation apportée à un régime de droit commun, quel qu'il soit, a de par sa nature, des effets qui peuvent paraître arbitraires, mais qui ne le sont qu'en apparence. Le mineur ne devient pleinement capable que le jour de sa majorité; il ne l'est pas la veille. Il serait inconsidéré pourtant de taxer d'arbitraire, pour ce motif, la loi qui fixe la majorité à 21 ans. Le même raisonnement vaut dans l'espèce soumise à la Cour par la deuxième branche de la cinquième question.

Le législateur belge n'était pas obligé d'accorder aux six communes "à facilités", situées en territoire unilingue, un régime d'exception consacrant certains aménagements au principe de la territorialité. Il l'a fait mais, en le faisant, il a expressément affirmé que dans ces six communes, il n'entendait pas renoncer au principe de la territorialité. L'article 7 par. 3 de la loi du 2 août 1963, qui est formel à ce sujet, porte en effet, en sa disposition liminaire, qu'en matière scolaire dans les six communes, la langue de l'enseignement est le néerlandais.

Dans le même ordre d'idées, le paragraphe 4 de l'article 7 de la loi du 2 août 1963 (paragraphe relatif au régime administratif en général des communes dites "à facilités"), dispose ce qui suit: "Dans leurs rapports avec les services locaux établis dans les six communes visées par le présent article, les services centraux, les services régionaux dont lesdits services locaux relèvent, ainsi que les services locaux et régionaux de la région de langue néerlandaise, font usage du néerlandais".

La réponse donnée à la seconde branche de la cinquième question ne mentionne pas le texte du paragraphe 4 et n'accorde pas au paragraphe 3 la portée qui est la sienne. Cette portée est considérable puisqu'elle concerne, au premier chef, le régime linguistique de l'enseignement. Sans doute, comme le constate l'arrêt, le législateur a-t-il en ce qui concerne les six communes, dérogé au

principe de la territorialité; sans doute, les six communes constituent-elles "un arrondissement administratif distinct" et sont-elles dotées d'un "statut propre"; sans doute, aux termes du paragraphe 2 de l'article 7, les services locaux établis dans ces communes rédigent-ils en néerlandais et en français, les communications et les formulaires destinés au public. Mais les paragraphes 3 et 4 précités impliquent qu'aussi bien en ce qui concerne l'enseignement que l'administration, le régime linguistique de droit commun des localités en question, est le régime néerlandais.

Ainsi les prémisses dont procède la réponse donnée à la deuxième branche de la cinquième question, sont-elles d'autant plus discutables, que la portée des paragraphes 3 et 4 est déterminante.

Le législateur qui, il y a lieu de le répéter, peut accorder des dérogations au principe de la territorialité mais qui n'est pas tenu de le faire, a, au regard de la Convention, le droit de déterminer dans quelles exactes limites il entend contenir l'ampleur de la dérogation qu'il concède. En l'espèce, il a décidé que ces limites seraient celles, éminemment objectives, du territoire des six communes.

Un régime dérogatoire au droit commun est par sa nature même, limité dans ses effets. Que ceux qui ne remplissent pas les conditions objectives requises (parce qu'ils habitent en dehors du territoire prévu) soient à certains égards traités autrement que ceux qui les remplissent (parce qu'ils habitent dans ce territoire), n'est donc aucunement constitutif d'une discrimination.

L'article 14 (art. 14) n'est pas davantage violé parce que la condition de résidence ne joue qu'à l'égard de l'un des deux groupes linguistiques.

Certes, "les enfants néerlandophones qui résident dans la région unilingue française, d'ailleurs toute proche, ont accès aux établissements scolaires de langue néerlandaise existant dans les six communes, tandis que les enfants francophones habitant la région unilingue néerlandaise se voient refuser l'accès aux écoles françaises des mêmes communes", mais cette différence de traitement n'est pas arbitraire. Elle est justifiée objectivement. Elle l'est d'abord par le but légitime que le législateur a poursuivi, à savoir assurer l'homogénéité linguistique des communautés.

Elle l'est ensuite et surtout parce que les écoles de langue néerlandaise sont, dans les six communes, les écoles de droit commun et que dans les deux régions, le propre des écoles de droit commun est d'être ouvertes à tous.

Enfin, en créant en pays flamand des écoles françaises qui relèvent d'un régime d'exception, le législateur a laissé inchangé le régime de droit commun des écoles néerlandaises en pays flamand.

Ainsi, la différence de traitement dénoncée à tort comme une discrimination, est l'inéluctable conséquence du fait que le législateur – et c'était son droit – a entendu limiter les effets de l'exception qu'il consentait au principe de territorialité aux seuls enfants des familles dont le chef réside dans les communes "à facilités", et les limites consenties au droit commun l'ont été sur la base de cette donnée, objective par excellence, que constitue le domicile du chef de famille.

Dès lors importent seules, évidemment, les conditions d'accès aux écoles françaises admises dans ces communes. Que les enfants néerlandophones de la région unilingue néerlandaise aient accès aux classes néerlandaises des six communes est irrelevant, car la fréquentation par des enfants néerlandophones d'écoles qui disposent d'un enseignement en néerlandais ne met pas en cause l'ampleur de l'exception faite au principe que le néerlandais est, en droit commun, la langue de l'enseignement dans les communes "à facilités".

On relèvera d'ailleurs le caractère théorique des données sur lesquelles est fondée la prétendue discrimination.

En effet, aucune raison d'ordre linguistique ne peut pousser les parents néerlandophones résidant dans la partie de langue néerlandaise du pays, ou les parents francophones résidant dans la partie française du pays, à envoyer leurs enfants dans des écoles de langue néerlandaise ou française des six communes puisqu'ils trouvent sur place l'école du régime linguistique de leur choix.

Quant aux parents néerlandophones résidant dans les communes de régime français proches de la frontière linguistique, l'accès qu'ont leurs enfants aux écoles néerlandaises des six communes ne pose aucun problème de discrimination puisqu'ils ne prétendent user que du réseau d'enseignement de droit commun et ne réclament pas, comme les parents francophones résidant dans la partie néerlandaise du pays, le bénéfice d'un régime d'exception.

Il faut donc conclure que la distinction de traitement incriminée n'est aucunement discriminatoire.

III. Les requêtes doivent, en ce qui concerne la deuxième branche de la cinquième question, être rejetées par application des principes régissant la théorie de la proportionnalité, l'appréciation des

données de fait et de droit et le caractère subsidiaire de la mission de la Cour.

Dans la partie de l'arrêt consacrée à l'interprétation générale retenue par la Cour, il est posé en principe que l'article 14 (art. 14) de la Convention n'est violé que lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché. Il ne suffirait donc pas – à supposer que telle soit l'hypothèse – que l'on se trouve en présence d'un cas marginal, pour conclure à une violation des droits de l'homme dans le cas des requérants. La différenciation de traitement n'est pas discriminatoire et il n'est aucunement établi que le rapport de proportionnalité a été méconnu. Aux francophones résidant dans les communes unilingues néerlandaises limitrophes des six communes s'applique la législation de droit commun qui vaut pour toutes les communes relevant de la région de langue néerlandaise, et dans sa réponse à la première question, la Cour a dit pourquoi cette législation n'est contraire ni à l'article 2 du Protocole (P1-2), ni à l'article 8 (art. 8) de la Convention, envisagés isolément ou en combinaison avec l'article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8).

D'autre part, les embarras invoqués par les requérants tiennent à l'éloignement de la résidence des parents des écoles de langue française qui, à la différence des écoles dans les six communes, sont accessibles aux enfants francophones de la région unilingue néerlandaise.

Par hypothèse, ces embarras sont évidemment moindres pour les parents qui, comme les requérants, résident dans les localités de régime unilingue néerlandais limitrophes des communes "à facilités" de l'agglomération bruxelloise, que les embarras causés aux parents francophones qui en territoire unilingue néerlandais, habitent plus loin ou peuvent habiter beaucoup plus loin de la plus proche école de langue française accessible à leurs enfants.

Or, la Cour a jugé, en ce qui concerne ces derniers parents, que "les moyens adoptés en la matière par le législateur belge (ne sont pas) disproportionnés aux exigences de l'intérêt public poursuivi au point de constituer une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2) ou avec l'article 8 (art. 14+8) de la Convention".

A plus forte raison, le principe de proportionnalité n'a-t-il pas été violé en ce qui concerne les requérants qui habitent les localités

limitrophes des communes "à facilités".

Considérer, pour les motifs qui ont été réfutés sub. II, que les limites objectives apportées par le législateur belge à l'exception qu'il a admise au principe de territorialité sont arbitraires, aboutit à lui contester le droit de déterminer, au regard des données de fait et de droit caractérisant la situation actuelle en Belgique, la portée de la dérogation qu'il a – sans y être tenu – estimé pouvoir concéder à un régime de droit commun plus rigoureux, régime dont la Cour a reconnu qu'il n'est pas contraire à la Convention. En le faisant, la Cour a "perdu de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention". C'est pourquoi, par l'ensemble des motifs ci-dessus exposés, de l'avis des tenants de la présente opinion dissidente, les requêtes auraient dû être rejetées en ce qui concerne la seconde branche de la cinquième question.

**OPINION INDIVIDUELLE, EN PARTIE DISSIDENTE
(POINT I DU DISPOSITIF DE L'ARRET), DE M. LE JUGE
G. MARIDAKIS**

1. La Belgique depuis 1830, année où elle parvint à l'indépendance, se divisait en deux zones de fait: la Flandre et la Wallonie. Les Wallons s'exprimaient en français, les Flamands en néerlandais. L'administration supérieure s'exprimait en français. Sur le plan judiciaire tout se passait en français. Pour l'enseignement, il ne se posait pas de problèmes particuliers en Wallonie. Dans la région flamande, l'enseignement primaire était dispensé en néerlandais. L'enseignement secondaire était bilingue. L'enseignement universitaire se donnait exclusivement en français.

Au cours des années 1900-1930 s'était créé un "mouvement séparatiste flamand".

C'est alors qu'intervint la législation de 1932. Les lois de 1932 ont mis les deux langues sur un pied d'égalité et ont adopté la solution territorialiste. Les lois de 1932 ne fixaient pas d'une manière immuable la frontière linguistique. Celle-ci pouvait changer en fonction du résultat des recensements linguistiques décennaux. Le dernier recensement linguistique eut lieu en 1947 et les résultats publiés en 1954 prouvent que les Flamands avançaient démographiquement, et les Wallons progressaient géographiquement.

2. Les lois de 1963 divisent le territoire national en quatre régions linguistiques, région flamande, région française, région allemande, région de l'agglomération bruxelloise.

Dans chacune des trois premières régions les lois de 1963 imposent l'emploi exclusif du flamand, du français, de l'allemand.

D'après les lois de 1963, contrairement à celles de 1932, chaque région linguistique a des frontières stables, tracées en sorte qu'une seule langue soit prépondérante dans chaque région.

L'immutabilité de la frontière linguistique et l'unilinguisme territorial constituent les bases sur lesquelles s'appuient les lois de 1963. C'est manifestement dans l'intention d'affermir ces bases qu'aux termes de ces mêmes lois de 1963 le législateur belge:

- 1) Supprime les classes de transmutation.
- 2) Dans les régions unilingues, l'Etat belge refuse de créer des écoles officielles ou de subventionner des écoles privées, où l'enseignement serait donné en une langue autre que celle de la région.
- 3) L'Etat belge refuse de subventionner les écoles qui entretiennent, comme classes non subsidiées, un enseignement dispensé en une langue autre que celle de la région.
- 4) L'Etat belge refuse d'homologuer les certificats d'études délivrés par les écoles qui ne se conforment pas aux prescriptions de la législation linguistique.
- 5) L'Etat belge soumet à un régime spécial les communes bilingues de la périphérie bruxelloise.

3. Les requérants sont francophones et résident en régions à prédominance de la langue flamande. Ils reprochent à l'Etat belge, en substance:

- de n'organiser aucun enseignement en langue française dans les communes où résident les requérants, ou en ce qui concerne Kraainem, de n'en organiser un que dans une mesure qu'ils jugent insuffisante.
- de priver de subventions les établissements qui, dans les mêmes communes, ne se conformeraient pas aux clauses linguistiques de la législation scolaire.
- de refuser d'homologuer les certificats d'études délivrés par de tels établissements.

- de fermer aux enfants des requérants l'accès aux classes françaises existant en certains endroits.
 - d'obliger ainsi les requérants soit à placer leurs enfants dans une école locale, solution qu'ils estiment contraire à leurs aspirations, soit à les envoyer faire leurs études dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, où la langue de l'enseignement est le néerlandais ou le français, selon la langue maternelle ou usuelle de l'enfant, ou dans la "région de langue française" (Wallonie). Or, pareille "émigration scolaire" entraînerait de graves risques et inconvénients. Les requérants allèguent la violation des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention, ainsi que de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2).

4. L'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) est ainsi conçu: "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques."

Les requérants soutiennent que l'expression "convictions religieuses et philosophiques" comprend également la langue. Les convictions philosophiques englobent "nécessairement", entre autres, les préférences culturelles et linguistiques des parents et il serait inconcevable qu'un Etat respectueux de cet article 2 (P1-2) accorde au père de famille la liberté d'élever ses enfants dans telle religion ou telle philosophie, en ne lui accordant pas le choix de le faire dans l'une des langues nationales plutôt que dans l'autre.

5. Par la phrase "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction", les Etats contractants ont voulu exprimer une conviction commune à tous les peuples européens, à savoir que l'homme, en tant qu'être doué de Raison (Logos) a un penchant inné pour la connaissance. ("All men naturally desire knowledge" Aristoteles, *The Metaphysics* I). Or, comme la connaissance s'acquiert par l'instruction, il s'ensuit nécessairement que l'instruction, en tant que concomitante à la Raison, coexiste avec cette dernière et constitue pour tout homme un droit inaliénable et intangible" "(Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction)". Cette phrase "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction" constitue une directive (standard juridique, Richtliniennorm) que l'Etat doit suivre "dans l'exercice

des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement".

Le penchant inné de l'homme pour la connaissance, conséquemment, pour l'instruction qui y mène, ne pouvant être entravé en aucune manière, les Etats contractants se bornent à ajouter que "L'Etat dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques".

On entend par "convictions religieuses et philosophiques" les conceptions sur le monde en général et sur la société humaine en particulier que chaque homme considère comme les plus justes, d'après la religion qu'il professe et d'après les théories philosophiques qu'il adopte.

Ces conceptions composent le monde intérieur de chaque homme. A mesure que ce monde en formation se développe, il a nécessairement recours pour réussir à s'exprimer, à un langage déterminé, mais il n'existe pas moins en soi, quel que soit l'idiome dans lequel il tente de s'extérioriser.

L'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) étant ainsi entendu, les lois de 1963 ne se rapportent aucunement au contenu de l'éducation, quelle que soit la langue dans laquelle l'enseignement est donné - français ou néerlandais; il s'ensuit que ces lois ne mettent aucun obstacle à ce que les parents élèvent leurs enfants selon leurs propres convictions religieuses et philosophiques.

6. L'article 8 (art. 8) de la Convention est conçu en ces termes:

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

Les requérants se plaignent de ce qu'ils soient obligés d'envoyer leurs enfants à une école française soit dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale, soit à une école "dans la région de langue fran-

çaise" et que pareille "émigration scolaire" entraîne de graves risques et inconvénients.

Examinée sous cet angle, la question de savoir si les lois de 1963 sont incompatibles ou non avec l'article 8 (art. 8) de la Convention aboutit à une question de fait: dans chaque cas d'espèce on recherchera l'influence qu'exerce sur la vie privée et familiale le fait que l'école francophone est située à proximité ou loin de la résidence des parents et les dangers que comporte l'"émigration scolaire" quotidienne.

La question revêt pourtant un caractère général et pourrait être formulée en ces termes: les lois belges de 1963 se heurtent-elles, quant à leur contenu, à l'article 8 (art. 8) de la Convention?

Les lois belges de 1963, par l'immutabilité de la frontière linguistique et par l'unilinguisme territorial qu'elles instituent, visent à des fins plus générales, en faveur de l'ensemble de la nation belge, et ne touchent aucunement la vie privée et familiale fondée sur les liens du sang et sur les traditions de la famille. Il y aurait eu manque de respect de la vie privée et familiale si l'ingérence de l'autorité publique contraignait la personne à façonner sa vie privée et familiale en s'écartant de ses traditions, en s'écartant aussi de l'esprit qui prédomine, en vertu des liens du sang, dans les relations entre les parents et leurs enfants et généralement entre parents.

Mais ni les traditions familiales ni les liens du sang ne sont troublés par le fait qu'en raison de l'immutabilité de la frontière linguistique et en raison de l'unilinguisme territorial, principes introduits tous les deux dans l'intérêt général de la nation belge, les requérants francophones qui résident dans une région où l'enseignement est dispensé exclusivement en langue néerlandaise, sont obligés d'envoyer leurs enfants dans des écoles francophones situées loin de leur résidence.

A ceux qui vont dans des écoles où l'enseignement n'est pas dispensé dans la langue de la région, les lois de 1963 refusent d'octroyer ce qu'elles octroient à ceux qui vont dans les écoles où l'enseignement est dispensé dans la langue de la région, surtout refus d'homologations, refus des subventions (Supra sub. n° 3).

Mais ce refus est institué afin de rendre effectifs aussi bien le principe de l'immutabilité de la frontière linguistique que celui de l'unilinguisme territorial, sur lesquels la législation belge a fondé sa politique linguistique, en considération de l'intérêt général des Belges. En conséquence, si pour des motifs d'intérêt général

touchant l'ensemble de la nation belge, les parents francophones se voient obligés d'envoyer leurs enfants dans des écoles francophones, situées loin de leurs habitations, il ne résulte de cette circonstance d'autres dangers que ceux auxquels les écoliers sont exposés, dans leur parcours quotidien entre l'école et la maison paternelle, dangers qu'une vigilance un peu plus intense de la part des parents suffit pour écarter.

En conséquence, le fait que les parents francophones se voient obligés d'envoyer leurs enfants dans des écoles où l'enseignement est dispensé dans la langue française, c'est-à-dire dans la langue de la région linguistique francophone, est un simple embarras et ne constitue pas une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée et familiale, dans le sens de l'article 8 (art. 8) de la Convention. Cet embarras est, pour ainsi dire, la rançon d'une mesure législative inspirée par des considérations d'ordre national et social (Loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement, Art. 5 al. 2: "... en respectant le droit des parents d'envoyer leurs enfants à une distance raisonnable dans une école de leur choix").

7. L'article 14 (art. 14) de la Convention acquiert son véritable sens s'il s'intègre dans l'article 1er (art. 1) de la Convention.

Celui-ci serait alors formulé dans ces termes:

"Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention et la jouissance de ces droits et de ces libertés doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, naissance ou toute autre situation."

Le législateur belge a estimé qu'une juste réglementation de la violente querelle linguistique entre Flamands et Wallons pourrait intervenir si la frontière linguistique était immuablement tracée une fois pour toutes et si l'unilinguisme territorial était en même temps institué.

Ce même législateur belge a estimé que l'immutabilité de la frontière linguistique et l'unilinguisme territorial ne pourraient jamais être appliqués, si les restrictions précitées sub. 3 n'étaient pas introduites.

Par distinction (discrimination dans le texte anglais) interdite d'après l'article 14 (art. 14) de la Convention, on entendra celle qui, formulée ouvertement ou sous déguisement, est introduite, dans l'intention manifeste et dans le seul but d'échapper aux obligations qui incombent en vertu de la Convention à l'Etat.

Dans l'affaire en cause, les susdites restrictions sub n° 3 sont valables tant pour la région linguistique flamande que pour la région linguistique francophone. Elles ont leur justification dans le fait qu'elles tendent à un but déterminé: celui de ne pas laisser dans la sphère de simples mots mais bien de rendre effectifs, aussi bien l'immuabilité de la frontière linguistique que l'unilinguisme territorial, afin de mettre fin à la violente dispute entre Wallons et Flamands et de rétablir un ordre de vie régulier et serein pour l'ensemble de la nation belge.

Ces mêmes restrictions, surtout le refus d'homologations et le refus des subventions, sont de la même nature que les "sanctions" qui sont énumérées au Chapitre VII, article 50 de la Loi (parallèle) du 2 août 1963 "sur l'emploi des langues en matière administrative".

Ces restrictions ("sanctions") dans leur ensemble et chacune en elle-même convergent vers le même but, qui est de ne pas laisser en l'air mais de rendre réels et effectifs l'immuabilité régionale et l'unilinguisme territorial sur lesquels le législateur belge a basé sa politique linguistique tant au point de vue administratif qu'au point de vue de l'enseignement.

Mais, si toutes ces restrictions sont de la même nature et si toutes tendent vers le même but, à savoir l'intérêt de la nation belge tout entière, et si elles sont toutes de la même valeur, il s'ensuit que c'est une contradiction de caractériser les unes comme "faveur" les autres comme "rigueur" envers les Wallons ou les Flamands. Elles constituent plutôt un moyen d'adaptation légale à une différenciation préexistante en fait et qui est le résultat des réalités historiques fortement enracinées.

Ces restrictions pourraient être en quelque sorte caractérisées, par analogie avec les dispositions des articles 8, 9, 10, 11 et 18 (art. 8, art. 9, art. 10, art. 11, art. 18) de la Convention, comme des "mesures nécessaires" pour instaurer, à l'avantage de la nation belge tout entière, le déroulement harmonieux et l'évolution prospère de la vie dans l'Etat belge.

En outre, selon les principes généraux de la technique d'interprétation, l'ensemble des dispositions d'une loi forme un tout.

Leur unité provient de ce qu'elles sont toutes l'expression d'une volonté unique. On ne doit donc pas donner d'une disposition isolée une interprétation qui ne soit pas conforme à l'esprit de l'ensemble des textes. C'est ce qu'exprime le célèbre adage romain: "Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus judicare vel respondere".

En conséquence, une disposition déterminée des lois belges ne se heurte à la Convention que si, après avoir été interprétée selon l'esprit qui régit les lois belges considérées comme un tout, elle se heurte à une disposition déterminée de la Convention, interprétée selon l'esprit qui régit cette Convention, considérée elle aussi comme un tout.

Selon l'esprit de la Convention, manifesté notamment aux articles 8, 9, 10, 11 et 18, (art. 8, art. 9, art. 10, art. 11, art. 18) chacun des Etats contractants peut, pour des motifs ayant trait à l'intérêt général, prendre "les mesures nécessaires dans une société démocratique" afin de protéger l'intérêt général, tel qu'il se dégage des circonstances en cause; mais cela, dans la mesure où, tout en sauvegardant l'intérêt général, il ne supprime ni ne limite sensiblement les obligations découlant de la Convention pour cet Etat de respecter les droits de l'homme garantis par la Convention.

Dans le cas d'espèce, les lois belges considérées comme un tout et selon l'esprit qui les régit, tendent à un but déterminé, qui est de rétablir parmi la nation belge le calme et l'ordre profondément perturbés par la question linguistique.

Il s'ensuit que si, pour atteindre ce but qui sert l'intérêt général, le législateur belge a estimé que "les mesures nécessaires dans une société démocratique" consistaient dans le refus d'homologation, la suppression des subsides etc., ces mesures, en tant que conformes à l'esprit qui régit les lois belges considérées comme un tout, ne se heurtent pas à l'esprit qui régit la Convention considérée elle aussi comme un tout et n'impliquent en conséquence aucune "discrimination" interdite par la Convention.

D'après les réflexions qui précèdent, les restriction ci-dessus sub. n° 3 ne comportent aucune "discrimination" entre francophones et

néerlandophones dans le sens qu'entend et qu'interdit l'article 14 (art. 14) de la Convention.

OPINION INDIVIDUELLE, EN PARTIE DISSIDENTE (POINT I DU DIPOSITIF DE L'ARRET), DE M. LE JUGE TERJE WOLD
(Traduction)

La majorité de la Cour a estimé opportun d'aborder l'examen de "problèmes de caractère plus général" concernant le sens et la portée de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et des articles 8 et 14 (art. 8, art. 14) de la Convention. Me trouvant en désaccord avec l'interprétation de la majorité sur des points importants, j'estime nécessaire de formuler une opinion individuelle.

Article 2 du Protocole (P1-2)

Dans son rapport, la Commission (majorité), se fondant à la fois sur le texte de l'article (P1-2) et sur les travaux préparatoires, est arrivée à la conclusion que l'article 2 (P1-2) "n'oblige pas les Etats à assurer eux-mêmes un enseignement quelconque" (rapport, paragraphe 375) et que "si le Protocole avait eu pour objet d'obliger les Etats soit à créer eux-mêmes un enseignement, soit à subventionner l'enseignement privé, cette obligation aurait dû donner lieu à une réglementation tout au moins approximative" (rapport, paragraphe 375).

J'accepte cette interprétation de la Commission.

Toutefois, de l'avis de la majorité de la Cour, qui est, me semble-t-il, d'accord avec cette interprétation, l'article 2 (P1-2) contient en outre un élément de caractère positif. S'appuyant sur le fait qu'il renferme l'expression "droit à l'instruction" et que tout les Etats membres possèdent un système d'enseignement général et officiel, la majorité affirme que cet article garantit "aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné" (pages 34 et 35 de l'arrêt). Ainsi, contrairement aux termes mêmes de l'article (P1-2), la majorité introduit dans la première phrase de l'article 2 (P1-2), par voie d'interprétation, une obligation positive. Elle va même plus loin en déclarant que l'individu a également droit à la reconnaissance des études qu'il a faites.

A mon avis, cette interprétation de l'article 2 (P1-2) n'est pas valable.

Avant tout, nous ne devons pas oublier que nous avons affaire à une convention internationale et que nous devons opérer une nette distinction entre les droits garantis par la Convention et les droits accordés aux ressortissants d'un pays en vertu de sa législation intérieure. Nul n'ignore parmi nous que tous les pays européens ont élaboré des systèmes d'enseignement dont leurs citoyens peuvent user conformément à la législation nationale. Toutefois, cet accès aux établissements d'enseignement ne repose pas sur la Convention. A mon avis, cette hypothèse n'est corroborée ni par les termes de la Convention ni par les travaux préparatoires. Au contraire, elle se trouve nettement infirmée aussi bien par le texte de la Convention que par les travaux préparatoires.

Plusieurs articles de la Convention emploient le mot "droit" (article 9 (art. 9): droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; article 10 (art. 10): droit à la liberté d'expression, etc.). Il est évident que ces droits n'imposent aux Etats membres aucune obligation positive de garantir à chaque citoyen le "droit" de faire usage, par exemple, des églises existantes, dont l'Etat peut être le propriétaire, ou de se servir des moyens d'expression appartenant à l'Etat: imprimeries, journaux ou entreprises de radiodiffusion, de télévision ou de cinéma, etc. Le "droit à l'instruction" a la même portée et la même signification; il n'implique aucune obligation positive de l'Etat.

Une interprétation logique de l'article 2 (P1-2) conduit à la même conclusion. En premier lieu, d'après l'article 1er (art. 1) de la Convention, toute personne est titulaire du droit à l'instruction.

Cela signifie que toutes les personnes relevant de la juridiction de l'un quelconque des Etats membres ayant ratifié la Convention ont le même droit individuel à l'instruction. Il ne s'agit pas d'un droit de groupe ou de minorité, mais d'un droit subjectif dont jouit tout individu sans distinction de nationalité, de race, de sexe, de langue. Il est donc erroné de formuler la question sur laquelle la Cour doit statuer en l'espèce comme étant celle de savoir "si les francophones de Flandre et les néerlandophones de Wallonie ont le droit de revendiquer une instruction dans leur langue nationale". Toutes les langues sont sur le même plan en ce qui concerne la liberté de l'instruction. C'est ce que l'article 14 (art. 14) dispose expressément. La question dont est saisie la Cour est donc en réalité la suivante: toute personne, par exemple un Chinois, un Japonais, un

Américain, un Portugais, a-t-elle en Belgique le droit de revendiquer une instruction dans sa propre langue nationale? Ou - si nous acceptons l'interprétation de la majorité, selon laquelle le "droit à l'instruction" est un "droit d'accès" - toute personne se trouvant sur le territoire belge a-t-elle le même droit individuel d'accès à tous les établissements belges d'enseignement? Un Chinois, un Japonais, un Américain, un Portugais ont-ils à cet égard les mêmes droits que les ressortissants belges? La réponse est évidemment négative. Or, toutes les langues sont sur le même plan en ce qui concerne l'article 2 (P1-2). Pour déterminer le contenu exact du "droit à l'instruction", au sens de l'article 2 (P1-2), il faut prendre sérieusement en considération le fait que les bénéficiaires du droit à l'instruction garanti par la Convention, sont, pour ainsi dire, toutes les personnes vivantes et le fait que ce droit leur est accordé à toutes sans distinction aucune. Il va presque sans dire que ce droit ne peut aller au-delà de la liberté individuelle de choisir, sans ingérence de l'Etat, l'instruction que l'on désire. Ce droit appartient à tous et il est le même pour tous, quel que soit le pays; c'est là un principe fondamental dans le domaine des Droits de l'Homme. Les travaux préparatoires confirment le fait que le droit à l'instruction a été conçu comme une liberté de choix. Dès l'origine, le droit à l'instruction a été énoncé comme l'un des trois droits familiaux (travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole (P1-2), p. 5, CDH (67) 2) et défini comme le "droit des parents de choisir par priorité le genre d'éducation à donner à leurs enfants". Tout au long des travaux préparatoires, le droit à l'instruction est à maintes occasions mentionné par tous les participants comme une faculté de choix appartenant aux parents et qui devrait être garantie comme une liberté fondamentale.

Les travaux préparatoires montrent aussi nettement qu'il n'entrerait dans l'intention de personne que l'article 2 (P1-2) consacrerait le droit à une prestation à fournir par l'Etat. Au contraire, l'objectif fondamental était de protéger l'individu contre une ingérence de l'Etat. Tel est, à mon sens, le fait dont il faut tenir compte en interprétant l'article 2 (P1-2). On ne doit pas oublier qu'au moment où la Convention fut adoptée, les peuples européens venaient de passer par des années de privation de leurs libertés, pendant lesquelles les gouvernements avaient usé de toutes sortes de moyens et de pressions pour gagner la jeunesse au nazisme, en particulier par l'intermédiaire des écoles et des organisations de jeunesse. Un but

important de la Convention a été que de tels faits ne se reproduisent plus et que la liberté de l'instruction soit sauvegardée. L'accent est fréquemment mis sur ce point dans les travaux préparatoires.

Le "droit" d'accéder aux établissements d'enseignement existant dans les Etats membres n'est pas traité dans la Convention et ne constitue pas du tout un Droit de l'Homme au sens de la Convention. Nul ne conteste que toute personne peut avoir le droit d'accéder aux écoles et aux établissements d'enseignement de Belgique et des pays européens conformément à la législation de chaque pays, mais il ne s'agit pas là d'un droit consacré par la Convention. L'opinion de la majorité, selon laquelle le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas le droit d'être instruit dans la langue nationale, ne s'appuie en fait sur rien. Imposant à l'Etat une obligation négative, l'article 2 (P1-2) n'en est pas moins important et plein de sens.

Tout droit garanti par la Convention doit être le même dans tous les Etats Contractants. Le droit à l'instruction doit avoir exactement le même contenu en Belgique qu'en Norvège ou en Turquie ou dans tous les autres Etats ayant ratifié la Convention. Dans son domaine limité, la Convention a précisément pour but d'adopter le même système européen.

Or, la majorité va à l'encontre de ce but fondamental de la Convention en exprimant l'opinion que le droit à l'instruction "appelle, de par sa nature même, une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus". Cette phrase montre que l'opinion de la majorité sort du cadre de la Convention. Les Droits de l'Homme garantis sont des droits absolus, qui ne peuvent faire l'objet d'une réglementation de la part d'un Etat isolé, sauf lorsque la Convention le prévoit expressément et sous les conditions qu'elle fixe elle-même. En ce qui concerne le droit à l'instruction, la Convention ne contient aucune disposition de ce type. Si les articles de la Convention devaient s'interpréter d'une manière qui autoriserait les Etats membres à réglementer les Droits de l'Homme "en fonction des besoins et des ressources de la communauté", on s'engagerait dans une voie très dangereuse. Une telle interprétation ne saurait être acceptée. Pire encore est l'interprétation, retenue elle aussi par la majorité, selon laquelle la Convention "implique un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fonda-

mentaux de l'homme". Je m'oppose fermement à cette interprétation. A mes yeux, elle entraîne la Cour sur le terrain de la politique intérieure des divers Etats membres où elle n'a jamais été censée intervenir.

Je me permets enfin d'indiquer rapidement certaines des difficultés d'ordre pratique auxquelles conduit l'interprétation de la majorité.

Doit-on garantir à toute personne le "droit" d'accéder à tous les établissements d'enseignement des Etats membres, écoles primaires et secondaires, universités, etc.? Qu'advient-il de ce droit individuel d'accès lorsqu'il n'y aura pas de place pour tout le monde?

Dans nombre de pays, les locaux ne suffisent même pas à l'accueil des nationaux. Si donc on avait réellement entendu imposer aux Parties Contractantes une obligation positive, on aurait nécessairement dû adopter certaines règles et certaines restrictions.

De plus, cette réglementation aurait dû être la même pour tous les Etats parties à la Convention. Or, on n'a pas même discuté d'une telle réglementation. La raison en est simple: le système d'enseignement des Etats membres est une question intérieure et relève de la compétence de chacun d'eux; il est totalement étranger au domaine de la Convention. Au cours des travaux préparatoires, il a aussi été expressément souligné que la Convention ne devait pas affecter l'organisation scolaire intérieure des Etats. La présente affaire montre également combien il serait vide de sens que la Cour européenne, se fondant uniquement sur la version actuelle de l'article 2 (P1-2), ait compétence pour s'ingérer dans l'organisation du système scolaire de la Belgique, lequel a été adopté par le Parlement belge à une large majorité de tous les groupes du pays. La seule question qu'il soit raisonnable d'examiner en ce qui concerne les lois belges est celle de savoir si elles sont strictes et rigoureuses au point d'entraîner un refus du libre choix de l'instruction. Or, ceci n'a pas même été prétendu.

Pour toutes ces raisons, il me paraît évident que l'interprétation positive adoptée par la majorité ne tient pas. Au contraire, l'interprétation négative à laquelle s'est ralliée la Commission est à la fois logique et compatible avec le texte de l'article 2 (P1-2).

Article 14 (art. 14) de la Convention

L'article 14 (art. 14) ne peut s'appliquer en l'espèce. Ceci découle déjà du fait qu'il n'y a eu de la part de l'Etat belge, à mon avis,

aucun refus du droit à l'instruction. Je ne vois pas d'inconvénient à considérer l'article 14 (art. 14) comme faisant partie intégrante de chacun des articles précédents de la Convention et des articles du Protocole additionnel. Cette idée n'apporte cependant rien de nouveau à la discussion; elle fait seulement ressortir à l'évidence que la jouissance du droit énoncé dans chaque article être assurée sans discrimination fondée, par exemple, sur la langue.

Je reconnais aussi que les articles 2 et 14 (art. 14+P1-2), combinés entre eux, ont pour objet de garantir que le droit à l'instruction sera assuré par chaque Etat membre sans discrimination fondée sur la langue. Encore faut-il préciser le contenu du droit à l'instruction.

Sur ce point, je renvoie aux observations que j'ai formulées au sujet de l'interprétation de l'article 2 (P1-2).

La majorité de la Cour soutient que l'on peut imaginer une mesure qui, bien que conforme en elle-même aux exigences d'un article donné de la Convention, enfreint néanmoins cet article pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire. A mon sens, cette façon de voir est illogique et prête à confusion. Si une mesure porte atteinte à un Droit de l'Homme par son caractère discriminatoire, la raison en sera toujours que ladite mesure est incompatible avec l'article pertinent et entraîne en elle-même une violation. Sans vouloir entrer dans les détails, je désire simplement faire observer que la théorie édictée par la majorité ne jette pas, à mes yeux, la moindre clarté sur le problème dont nous sommes saisis. La seule et unique question sera toujours celle-ci: y a-t-il violation d'un article donné de la Convention? C'est en statuant sur cette question que la Cour peut être amenée à déterminer s'il y a eu discrimination. Le problème des rapports entre l'article 14 (art. 14) et les autres articles de la Convention trouve ainsi une solution simple.

Quant aux exemples cités par la majorité de la Cour, ils ne sont pas non plus particulièrement convaincants. Ainsi, le fait qu'un Etat prenne des mesures discriminatoires en fixant des conditions d'accès à des établissements d'enseignement ne constitue pas une violation de la Convention si le droit d'accès auxdits établissements n'est pas garanti en tant que droit individuel dans la Convention, (cf. article 1er) (art. 1). Il en va de même de l'exemple cité par la majorité en ce qui concerne l'application de l'article 6 (art. 6). Pour trancher la question de savoir s'il y a eu ou non discrimination, on doit se fonder sur les faits de chaque cause. Il est presque impossible d'énoncer des principes généraux en la matière.

La majorité s'étant efforcée néanmoins de le faire, je me vois dans l'obligation de présenter quelques observations.

Dans tous nos pays, nous nous référons au principe d'égalité; nous affirmons qu'il régit nos législations et même si nos Constitutions ne l'énoncent pas expressément, nous considérons comme établi qu'il existe et peut être appliqué. Il n'est pas rare non plus qu'il soit invoqué.

Mais si le principe de l'égalité devant la loi est appliqué au sein des divers Etats dans tout le domaine couvert par la législation nationale, il va sans dire qu'il doit être appliqué, et même avec plus de force et de rigueur, dans le domaine limité des Droits de l'Homme garantis par la Convention européenne. Les Droits de l'Homme sont, et doivent être, les mêmes pour tous; si nous autorisons une dérogation dans ce domaine, nous risquons à brève échéance de détruire les garanties que la Convention assure aux particuliers.

Il est vrai que les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations et de problèmes appelant des solutions juridiques différentes. Toutefois, ce fait est sans importance quand il s'agit d'interpréter le contenu des différents Droits de l'Homme tels que les conçoit la Convention. La conception des Droits de l'Homme ne saurait varier d'un Etat membre à l'autre. Cette observation vaut également pour tous les autres concepts de la Convention. Elle s'applique à la notion de "discrimination" et même, par exemple, à la question de savoir ce qui est juridiquement "raisonnable" au sens de l'article 5 par. 3 (art. 5-3). Il s'ensuit que la notion de "discrimination" doit recevoir la même interprétation dans tous les Etats européens. Il nous faut dégager une interprétation "européenne". Il appartient à la Cour, après avoir interprété la notion de discrimination contenue dans la Convention, de décider du point de savoir s'il y a eu discrimination en l'espèce.

Cette décision doit se fonder sur une appréciation des faits et circonstances de chaque cause. Il n'est guère utile, en l'occurrence, de se référer aux "principes qui prévalent généralement dans les

sociétés démocratiques" ou au "rapport raisonnable de proportionnalité" entre les moyens et le but. C'est le contenu du Droit de l'Homme dont il s'agit qui constituera toujours le facteur décisif. Ce droit, chacun doit en jouir pleinement, "sans distinction aucune". Il n'est pas possible de définir des règles générales pour trancher la question de savoir s'il y a eu discrimination dans telle affaire. Dans le domaine des Droits de l'Homme reconnus par la Convention, la Cour aurait tort, à mon sens, d'entamer une discussion au sujet des besoins et des ressources des divers Etats membres.

La seule dérogation à la Convention qui soit autorisée est celle prévue dans la Convention elle-même et nous devrions, à mon avis, demeurer strictement sur le terrain de ces exceptions qui ne sont pas énoncées en termes généraux, mais rattachées à chacun des articles.

Au sujet de l'interprétation de la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (P1-2) et de l'article 8 par. 1 (art. 8-1) de la Convention, je partage l'opinion de la majorité.

De ce qui précède, je conclus qu'il n'y a eu en l'espèce, de la part de l'Etat belge, violation d'aucun des Droits de l'Homme garantis par la Convention européenne. La législation belge sur l'enseignement ne contrevient pas aux dispositions de la Convention et il n'est pas nécessaire pour moi d'entreprendre un examen détaillé de l'affaire qui, à mon sens, touche plus ou moins par sa nature à la politique intérieure et relève de la compétence exclusive et souveraine de l'Etat belge.

B - COMENTÁRIO CRÍTICO

§ 1. O SIGNIFICADO DO CASO LINGUÍSTICO BELGA PARA OS DIREITOS DOS MENORES

O *Caso Linguístico Belga* foi decidido pela *Cour Européenne des Droits de l'Homme* (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) e pertence a uma primeira geração jurisprudencial no domínio da competência face a queixas oriundas dos cidadãos dos Estados-membros.

A referência que lhe é feita no texto afigura-se, à primeira vista, deslocada do nosso domínio de discussão. Os objectivos com que pesquisamos são os progressos no reconhecimento dos direitos dos menores, cuja verificação é uma realidade do nosso tempo e ganha forte incremento depois da 2.^a Guerra na Europa. Daí que a segunda metade do século XX e o século actual lhes venham manifestando de forma tão importante a sua adesão. Ora, no caso em apreço, este parece um aspecto omisso na jurisprudência de Estrasburgo, já que, à primeira vista, tudo indica tratar-se de um caso em que os direitos dos menores foram postergados. Mas será exactamente assim?

Esta primeira ideia de desarticulação com a matéria, que dissemos ressaltar, funda-se e sustenta-se em duas ordens de considerações.

Em primeiro lugar, o *Caso Linguístico Belga* é aqui chamado a depor pelo relevo que representa em sede de direito dos menores a uma educação (ensino naturalmente compreendido no conceito). Porém, o ponto crucial na decisão proferida parece mesmo, nos antípodas da corrente contemporânea, negar, no contexto em que se situa, direitos a menores e às suas famílias.

Em segundo lugar, no ponto em que o chamamos a depor, o Acórdão mostra que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá por adquirido o direito das crianças enquanto direito fundamental ao desenvolvimento e inserção familiar. Não enfrenta a questão do afastamento dos filhos face aos pais para efeito de educação como postergação de um direito fundamental, porque, conclui, existiam no caso em apreço motivos relevantes para que a aplicação da lei belga, o chamado princípio da territorialidade como critério de definição da língua ensinada, se sobrepusesse por razões ponderosas. E, sendo assim, o seu objecto centra-se noutra eixo que não o direito dos menores ou o seu exercício em condições normais: na aferição da bondade do critério

excepcional que foi adoptado e que postergou qualquer direito ao ensino sem sair da casa materno-paterna.

A primeira impressão é assim virtualmente negativa. Todavia, esta impressão não coincide com o étimo da decisão, nem com os princípios que fundadamente a sustentam. No *Caso Linguístico Belga* o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconhece os direitos dos menores e dos seus pais. E reconhece-os pelo próprio modo como interpreta a Convenção. Dá por adquirido, vê-lo-emos adiante, um direito dos cidadãos europeus a exigir do Estado a concretização das possibilidades de exercício dos mesmos direitos que a Convenção reconhece.

O problema com que se debate o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é, pois, de outra ordem. Trata-se de aferir a competência, de que é porventura detentor, para intervir na legislação belga.

Segundo a doutrina do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a legislação é reconhecidamente nefasta, o que torna muito difícil proceder à sua alteração sem criar problemas jurídicos e políticos de monta no Estado belga. É por isso, e apenas em função disso, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confina a sua margem de apreciação e entende não lhe competir inverter o seu sentido.

Mas esse outro problema não é o nosso problema. Interessa-nos o modo como evolui o reconhecimento dos direitos dos menores na jurisprudência europeia, num caso emblemático para a Comunidade que o aborda.

Ora, em boa verdade, o carácter avesso a tal reconhecimento está longe de se poder considerar adquirido.

Deste modo, impõe-se um exame mais atento da decisão. Se não tece armas contra os direitos dos menores, como procede então relativamente a estes?

§2. A QUESTÃO VERSADA NO CASO LINGUÍSTICO BELGA

2.1. Contextualização

Sustentar que o *Caso Linguístico Belga* tem enorme importância para o tema em que surge aqui chamado a depor, o direito fundamental das crianças numa das suas vertentes essenciais, supõe conhecimento, ainda que elementar, da questão subjacente.

Olhemos, pois, em traço muito breve, a questão.

Nos anos 60 a saturação com o sacrifício e a consciência do direito próprio levam progenitores da zona francófona a afirmar o direito a um ensino que possibilite aos seus filhos a não deslocação para fora da casa parental a fim de aprender a língua materna: o francês.

E aconteceu assim porque tal acesso era negado em certos casos.

Com efeito, a Lei de 1932, reafirmada e consequentemente reforçada em 1963, quando o ponto foi de novo tomado pelo legislador, adoptava como critério de oficialidade do idioma a localidade em que se situava.

A Bélgica divide-se entre as províncias valongas e as províncias flamengas. Nas primeiras a língua é o francês, ao passo que nas segundas a língua será o neerlandês¹. O ensino da língua não oficial é então facultativo no nível primário de ensino. Não fica, nos termos da lei, preterida a possibilidade de prosseguir o estudo da língua materna, quando esta não seja a língua oficial. Isso pode ocorrer no âmbito de uma escola privada. Mas comporta custos muito elevados

¹ Também existe uma zona, no leste do país, em que o alemão domina, mas não suscita o mesmo tipo de rivalidade nem apresenta problemas com expressão. E o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aliás, não se ocupa no *Caso Linguístico Belga* deste pequeno grupo de pessoas que falam a língua alemã.

e porventura, como foi alegado no *Caso Linguístico Belga*, o custo da separação da casa materno-paterna.

Esta é a regra que as famílias pretendiam alterar².

2.2. Argumentação das famílias belgas e decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

O modo como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reage à questão depende directamente da forma como aparece exarada a argumentação das famílias belgas.

Quanto a estas, verifica-se que afirmam a violação pelo sistema legal do país de normas da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Vejamos quais.

No recurso apresentado junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem as famílias invocaram:

- O artigo 2.º do Protocolo Adicional n.º 1, que estatui que «[a] ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas».
- O artigo 8.º da Convenção, ao dispor que: «1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

² Sobre a questão linguística, cfr. a explicação completa de ROBERT PELLOUX, “ L’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire linguistique belge (exception préliminaire)”, in *Annuaire Français de Droit International*, Année 1967, Volume 13, pp. 205-216.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

Para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o sentido último desta norma não é o reconhecimento da garantia de um direito dos pais à instrução dos seus filhos. Trata-se, sim, de protecção garantida de que a vida privada não sofrerá interferências dos poderes públicos, de que a vida familiar se situa no âmbito privado e não pode ser destinatária de influxos públicos, de retrocesso a concepções antes conhecidas mas banidas logo na primeira geração de Direitos Humanos que percorre a Europa depois da Guerra.

Ou seja, de acordo com esta tese, o que a Convenção faz é estabelecer a concretização, no plano educativo, do conceito de pressupostos de desenvolvimento dos seres humanos, o direito co-natural de liberdade de determinação e autonomia face a concepções dos poderes públicos. A Família é um domínio privado e isso determina a não interferência do Estado no processo educativo.

Este argumento tem, desde logo, interesse histórico. Depois da Guerra era de esperar que o princípio da não interferência do Estado em matérias do foro privado se afirmasse. Mas a sua lembrança na esfera dos direitos familiares é da maior importância aqui. Com efeito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio afirmar que a natureza desta autonomia é tal que se devem ter por determinadas e muito clarificadas as excepções que possam ocorrer. Neste sentido, a concepção de privacidade para que aponta é vasta, é moderna e olha longe.

- O artigo 14.º da Convenção, que estabelece que «[o] gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação».

Centramo-nos em ponderação sobre as conclusões que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem retira sobre o sentido deste último preceito, pois parece ser nelas que reside o *novum* da doutrina do *Caso Linguístico Belga* na matéria que nos convoca para o seu exame.

Já em 1965 a Comissão, analisando o alcance do artigo 14.º, chegara a afirmar a possibilidade de violação do artigo em apreço sem que se registasse necessária violação concomitante de algum outro artigo. O exemplo aduzido advinha então do artigo 6º. Com efeito, este artigo impõe a criação de Tribunais com competência civil e penal por parte dos Estados. É certo que estes Tribunais não estão obrigados, segundo a norma, a possuir mais de um nível decisório. Resta, porém, saber o que acontece no caso de um Estado optar por tal jurisdição dupla. Aí, entende o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a propósito do *Caso Linguístico Belga*, que o recurso será possível sem qualquer discriminação.

Ora, neste ponto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decide diferenciar os critérios que distinguem discriminações legítimas de outras. A legitimidade, segundo o Tribunal, afere-se em razão do fim face aos princípios prevaletentes nas sociedades democráticas³ e da propor-

³ Sobre o conceito, cfr. PHÉDON VEGLERIS, "Valeur et signification de la clause 'Dans une société démocratique' dans la Convention européenne des Droits de L'homme", in *Revue des Droits de l'Homme*, vol. 1, 1968, pp. 219-241.

cionalidade dos meios usados face ao fim visado. Assim sucede no *Caso Linguístico Belga* em relação ao artigo 14.º da Convenção⁴.

2.3. *Status negativus* e *status positivus*

A interpretação aqui feita do artigo 14.º da Convenção constitui, como assinala de imediato ROBERT PELLOUX⁵ e parece assaz evidente a um olhar contemporâneo, o reflexo de um entendimento pioneiro da norma.

Na verdade, esse olhar novo que aqui encontramos e foi referido *supra* é ampliador do reconhecimento da esfera do exercício dos direitos. Releva do entendimento dos direitos fundamentais, não apenas como realidade negativa (o direito a não ser perturbado no exercício do direito fundamental) mas antes como realidade positiva, ou seja, o direito a exigir do Estado uma atitude de concretização das possibilidades de exercício, sempre que por qualquer motivo estas não se verifiquem.

PELLOUX⁶ dá conta em síntese do núcleo da questão. Em causa está interpretar a Convenção como um tratado internacional inexpressivo, a que a tese do *status negativus* bem se adequa, ou antes como um tratado regional, que congloba países de uma região determinada. A ser assim, a ousadia na dinâmica dos Direitos Fundamentais compreende-se e fundamenta-se de outro modo. É compatível com esta segunda visão o modo amplo como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem compreende o artigo 14.⁰⁷

⁴ Neste sentido, ROBERT PELLOUX, "L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (fond)", in *Annuaire Français de Droit International*, Année 1968, Volume 14, pp. 201-216 (207).

⁵ ROBERT PELLOUX, "L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (fond)", cit., p. 208.

⁶ *Idem*, pp. 208 e 209.

⁷ Cfr. MARC-ANDRÉ EISSEN, "L'autonomie de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de

E, partindo neste caminho, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem exara um entendimento mais amplo da margem de aplicação da Convenção, que no caso vertente olha de imediato os direitos de menores.

Não esquecemos que é, aliás, por causa deles que surge a decisão. Foi o que se afirmou, logo numa das primeiras análises dedicadas ao *Caso Linguístico Belga* (em termos monográficos, a primeira), a acentuar este reconhecimento de uma vocação normativa mais ingente e mais ampla do artigo 14.º da Convenção. Escreveu o seu Autor⁸, eminente Professor de Direito, na altura: «Se se conceber a Convenção como um tratado tal qual outro qualquer, concluído e aplicável no âmbito do direito internacional geral, sem dúvida impõe-se optar pela interpretação restritiva destes artigos e a concepção clássica do *Status libertatis*. Diferentemente, se se conceber a Convenção como um acordo concluído entre os membros de uma organização regional e que se fundamenta numa certa comunidade de princípios morais e jurídicos, então é mais fácil optar por uma interpretação construtiva, que alarga um pouco a zona de protecção de cada uma das disposições e permite, ao menos em certos casos, passar do estatuto negativo ao estatuto positivo».

la Commission", in *Mélanges offerts à Polys Modinos: problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Éditions A. Pedone, Paris, 1968, pp. 122-145.

⁸ ROBERT PELLOUX, "L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (fond)", cit., pp. 208 e 209. Também neste sentido, e citado por PELLOUX, MARC-ANDRÉ EISSEN, "The Independence of Malta and the European Convention of human rights", in *British Yearbook of International Law*, vol. 41, 1965-66, pp. 401-410 (409).

PELLOUX chega a uma reinterpretação do artigo 14.º da Convenção a partir desta nova concepção interpretativa. E exara-a: o exercício dos direitos e liberdades reconhecido pela presente Convenção deverá ser assegurado (a expressão é do Autor, a p. 209 do estudo citado). Este direito assegurado não é já, com efeito, o direito a não ver recusado o direito à instrução, que surge no Protocolo Adicional n.º 1.

E, perante este dado, o *Caso Linguístico Belga* é à primeira vista paladino do esforço da jurisprudência europeia logo nos seus alvares para com a atenção aos direitos humanos.

À primeira vista, a conclusão saliente do *Caso Linguístico Belga* vai no sentido de constituir referência dos direitos dos menores, na vertente educativa, e por isso, assinalável em todas as circunstâncias como uma norma significativa a este título, essencialmente por ele.

§ 3. A TESE SOBRE DIREITOS DOS MENORES QUE SE ASSOCIA EM REGRA AO CASO LINGUÍSTICO BELGA E A DECISÃO: VERIFICAÇÃO DE UM PARADOXO

Reconhece-se que o sentido moderno e progressivo da decisão não vinga com a justiça que parece inquestionável reclamar para ele. Pois a questão que sustentava a pretensão das famílias belgas da zona francófona em relação à escolaridade dos seus filhos não colheu provimento. A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi aqui favorável à solução que o governo belga dera à matéria, não criando escolas na língua materna na zona de residência.

Em boa verdade, é totalmente imputável ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem este “esquecimento” a que foi votada a doutrina ampla que sustentou, pois acaba por tomar a resolução de aniquilar o seu próprio terreno conquistado. No momento em que assume a sindicabilidade do exercício dos direitos, tal qual a Convenção amplamente os concebe, decide o *Caso Linguístico Belga* dando provimento a um princípio que é pilar da construção normativa da língua oficial: o critério territorial. E este provimento do princípio da territorialidade tem consequências negativas imediatas sobre a vida quotidiana das famílias, beliscando o quotidiano dos francófonos que não têm como ensinar o francês aos filhos sem oneração, mesmo sem os deslocar de casa.

Por muito alto que tenha ouvido a voz de um custo superior, o custo de alterar atrabiliariamente o princípio da territorialidade, era esperável uma palavra de outra ordem. Subtil, ROBERT PELLOUX⁹ indica o caminho: ser mais “humano”, o que representaria aqui, nas suas palavras, «tornar obrigatório o ensino da segunda língua ao menos no segundo grau [ciclo] e atribuir-lhe um número suficiente de horas». No mesmo caso em que era possível, pela aplicação ampla do direito dos menores à educação/integração cultural no seio da Família, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem encontra um freio a tal aplicação. E fundamenta o indeferimento na falta de proporcionalidade, na autonomia do estado belga para decidir sobre a matéria.

Porquê?

Invoca razões de interesse público. Ou seja, celebrado um acordo essencial sobre o critério de determinação da língua oficial em determinada zona, é ele que se sobrepõe, a menos que alguma razão ponderosa se revele. Ora, isso não acontecia: os pais poderiam colocar as crianças a estudar francês em zonas próximas.

Pouco importa entrar no fundo de uma argumentação que, aliás, seguiu o seu rumo histórico. Em todo o caso, admite-se que a favor da decisão judicial tenha estado a preocupação com a revogação de uma norma politicamente complexa, cuja votação se desenrolara em contexto de pós-conflitualidade e que, porventura, não conviria tocar. Isso mesmo diz PELLOUX, belga francófono: «agora é

⁹ ROBERT PELLOUX, “ L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (fond)”, cit., p. 216. Com efeito, nesta zona, o Tribunal poderia ter actuado. Posto que reconhece que o exercício de um direito pode ser accionado a partir do momento em que o mesmo direito possui já, num Estado, uma certa margem de concretização, porque não aplicar o regime de Bruxelas, capital, a todas as zonas da Bélgica francófona, com base numa concretização dos mesmos princípios aí atendidos?

demasiado tarde: não parece possível colocar de novo em questão o regime da territorialidade linguística, apesar dos seus inconvenientes consideráveis»¹⁰.

É por este outro sentido, o de decisão marcante no percurso dos direitos dos menores, na vertente educativa, que se chama a depor e reproduz o texto.

§ 4. O CASO LINGUÍSTICO BELGA E O DIREITO PORTUGUÊS DOS MENORES À VIDA EM FAMÍLIA

O Direito Português marca pela amplitude na consagração dos direitos das crianças, em articulação com os instrumentos internacionais: baseado nos mais importantes instrumentos, quando não autónomo e liderante na matéria.

Em sede educativa, o problema específico do *Caso Linguístico Belga* não teria qualquer ponto de comparação na nossa ordem jurídica. A diferença faz-se sentir desde logo pela análise do tipo de Estado unitário.

A doutrina portuguesa tem dado passos relevantes no sentido do reconhecimento dos direitos dos menores. O aspecto releva de forma muito singular no contexto europeu e mundial com a Constituição de 1976¹¹. Mas logo se vai desenvolvendo o Direito da Família: com a Reforma de 1977,

¹⁰ *Idem. Ibidem.*

¹¹ Cfr. artigo 36.º, n.º 6 da Constituição da República Portuguesa: «Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumprem os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial». Não parece haver motivação social e cultural directa, localizada entre nós, para a norma. No entanto, ela integra-se no espírito de pormenorização e mesmo prolixidade constitucional na definição de todos os pilares do Estado de Direito, muito em especial, dos Direitos Fundamentais.

com a legislação referente aos direitos dos menores¹² mas, igualmente, no incremento dogmático do seu tratamento.

Releva, em primeiro lugar, com a Constituição. Esta consagra desde a sua primeira versão, não apenas o direito do menor enquanto pessoa e o correlativo direito ao desenvolvimento da personalidade e da liberdade (artigos 26.º, n.º 1 e 27.º da Constituição), como o direito à vida familiar¹³.

Esta regra geral não se desintegra de outra que surge dois números adiante. Aí a Constituição afirma o direito dos menores a não serem separados dos pais. Esta separação que à primeira vista é a sede dos casos mais evidentes da violência separatista. A Guerra, separação autoritária por intervenção do Estado na Família¹⁴ de modo iníquo e necessariamente autoritário, é fruto da mesma semente: o direito a uma

¹² Sobre a matéria, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2009, pp. 367 e ss.

¹³ Escrevem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1º a 107º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 566 sobre a «garantia de não privação dos filhos», contida no referido n.º 6, identificando-a com «um direito subjectivo a favor dos pais», ao menos em parte. As possibilidades de derrogação que colocam na mira das possibilidades do artigo serão os casos de incumprimento de deveres fundamentais pelos pais.

¹⁴ O estudo científico da Família no domínio das ciências humanas atravessa três domínios privilegiados, que ecoam sobre a estruturação jurídica, embora de forma necessariamente diferente, de acordo com o contexto, a circunstância cultural e a política. Referem-se o evolucionismo, o historicismo, o funcionalismo enfim, que alastra a sua influência de forma agigantada nas últimas décadas. Se o funcionalismo tem por si a virtude de estudar as relações de complexidade, a dinâmica social mediante a interacção da Família com o Estado, as pessoas, a sociedade em todas as suas dimensões, não há que cometer-lhe o carácter tradicionalmente cometido de responsável pelo imobilismo ou estagnação social. Pois, se são universais as necessidades a satisfazer, a verdade é que há respostas alternativas, que afastam o uniformismo e a tendência para o tipo de consequências que proporciona – neste sentido AMITAI ETZIONI, *The New Golden Rule: Community and Morality*

educação que não prescindia das ligações genéticas, a menos que motivos ponderosos levem nessa direcção.

O plano em que estes direitos se situam não prescinde da concepção familiar da ordem jurídica: é afinal tributário de princípios comuns, uma mesma concepção inerente. A Família terá de respeitar os direitos à privacidade. Significa isto, desde logo, um modo concreto de articulação com o Estado e os seus poderes; com a delimitação destes últimos. O Estado não deverá intrometer-se nas opções essenciais que se tomam acerca da educação e da forma de vida. Não poderá impor tipos de escolaridade ou sequer sugerir opções confessionais. O Estado não interferirá na relação entre os filhos e os seus progenitores, a menos que estes não cumpram a civilidade. O que vale por dizer: a menos que não se integrem nos critérios que o Estado de Direito adopta.

Mas, em substância jurídica, até onde avançamos com estes critérios e com as normas que os sustentem?

A realidade mostra que os objectivos não se cumprem muitas vezes e, mais complexo ainda, que existem zonas em que a percepção do limite da regra de privacidade é complexa. Se marido e mulher têm crenças diversas e um pensa educar a criança laicamente até que esta, pela observação dos pais e do mundo circundante, opte afinal, enquanto o outro cônjuge pensa que educar supõe uma educação religiosa, como proceder? Onde termina o respeito pela privacidade e surge o interesse da criança? E este interesse, emerge onde? Ante o Estado ou na esfera pública? Devem criar-se mecanismos privados de intervenção nesta sede?

in *a Democratic Society*, Basic Books, New York, 1997, e *The Limits of Privacy*, Basic Books, New York, 1999. Sobre o funcionalismo, cfr., por todos, a abordagem das teses de TALCOTT PARSONS, RADCLIFFE - BROWN, DAVIDOFF, ANA TERESA LÓPEZ DE LLERGO, "La Familia funcional", in JOSÉ ANDRÉS GALLEGÓ/JOSÉ PÉREZ ADÁN, *Pensar la Familia*, Ediciones Palabra, Madrid, 2001, pp. 47 e ss.

§ 5. CONCLUSÃO

A doutrina jurídica vem recebendo, neste contexto também, influxos importantes da sociologia, sustentados por concepções que, naturalmente, divergem entre si. A ênfase que o pensamento *luhmaniano* coloca na vertente familiar como susceptibilidade de consolidação na criança de uma personalidade capaz de socializar e a serenidade dos componentes da Família¹⁵ vem ao encontro das teses que sustentavam a mesma importância institucional do envolvimento familiar a partir de outros eixos: o tipo de sociabilidade humana; o sentido espiritual do homem. Concepções antropológicas, filosóficas e religiosas unem-se em muitos casos numa convergência de sentido que conflui para tanto e tão pouco: a Família desenvolve e promove a dignidade.

Cada vez é maior a ênfase colocada no «interesse superior da criança»: como critério de ponderação, como *topos* de solução ante os casos que se nos apresentam de conflito com o mundo adulto, dentro e fora da Família¹⁶.

Mas sem prejuízo de ser uno também o eixo das dificuldades. Dificuldades que não advêm apenas da complexidade que as relações pessoais na vida de hoje fazem proliferar. É certo que as apontamos como grandes causadoras de dificuldade no acerto de respostas, na viabilidade mesmo de tais respostas. A importância da profissão dos pais nem sempre se coaduna com a necessidade de presença familiar e empenho. Não é isto quase tão grave, ou porventura mais, do que a deslocação de uma criança durante os dias escolares,

¹⁵ Assim, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, "Os direitos da criança em três andamentos", disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=7ttZU75X9QU%3d&tabid=340>, e "Os direitos das crianças. Linhas para uma construção unitária", in ROA, ano 68, I (Jan. 2008), pp. 275-309.

¹⁶ *Idem*.

que em todo o caso se sente amada, desejada na casa familiar e é sempre recebida com carinho?

Diferentemente do que observamos quando nos cumpre opinar juridicamente sobre o comportamento adulto imputável, o comportamento infantil coloca-nos face a uma aporia que nenhuma responsabilidade está à altura de satisfazer. A criança é um ser em evolução que caminha para uma existência à nossa imagem, mas com a sua personalidade própria, que nada permite predizer ou simular por simplificação. Por isso, o respeito que a criança nos merece começa exactamente aqui: no ponto de reconhecimento de quanto se desconhece sobre ela. Tanto quanto a observação, tão falível, da sua identidade, deve trazer-se ao Direito a força de princípios morais¹⁷ na definição dos critérios de actuação que lhes respeitam.

Nas razões de ordem pública que determinam uma solução mal-amada pelos visados, como a decisão do ensino belga, há injustiça e violação de direitos. Sem dúvida. E, ao chegar a esta conclusão, deve o jurista pôr-se em guarda, na sua função de detectar o que é contrário ao Direito. Nunca caminhar pela sua justificação, ainda que ténue e subtil.

Mas não é disso que se trata. Trata-se ainda do direito ao desenvolvimento da personalidade, que nesta vertente surge pela versão do direito à memória.

Nos casos da injustiça exógena à Família, motivada por terceiros, ainda que seja o próprio Estado o seu motivador, aí, sempre que o Estado separe por perigo iminente de catástrofe os menores dos seus pais e os coloque em lugar mais seguro, pergunta-se: ficará o miúdo de hoje, adulto depois, gravado por sentimento de rejeição? Certamente, na maioria dos casos.

¹⁷ Cfr. DAVID WILLIAM ARCHARD, *Children, Family and the State*, Aldershot, Ashgate, 2003, pp. 29 e ss., e *The Moral and Political Status of Children: New Essays*, co-edited with Colin Macleod, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Mas pergunta-se: e não será que as duras tensões quotidianas, os conflitos de interesses dentro da Família, se revelam bem mais dilacerantes, quando atingem níveis de perturbação que levam a duvidar dos sentimentos mais profundos e ameaçam a segurança psicológica essencial (será o caso dos conflitos de vontade face àqueles que sobretudo amamos e nos amam)?

Não é nunca fácil a ponderação quando conflituam Direitos Fundamentais. No caso dos direitos dos menores, a dogmática deve apetrechar-se de um critério adicional, pois os bens das crianças não são percepcionáveis por nós com a mesma (apesar de tudo) facilidade com que se sopesam interesses e direitos que experimentamos de acordo com padrões de conhecimento e previsão muito mais evidentes. No contexto da experiência, a alma do menor é uma incógnita que não temos o direito de antever com a mesma facilidade. Diga-se, com a mesma quase trivialidade.

O Tribunal do *Caso Linguístico Belga* olhou os pais e as crianças concretas na vontade de união e concluiu que esse era o problema dominante naquele conflito. Não se tratava de um conflito insondável entre crianças e adultos que porventura se desencontram ou desentendem, apesar de uma das partes, ou ambas, desejar o equilíbrio que falta.

Decidiu não lhes dar razão mas viu o rosto das consequências. Mantinha-se a união entre pais e filhos através do desejo recíproco de unidade. A Família não sofria ameaça neste caso.

Postergou-se o interesse superior das crianças?

Com a tentativa de resposta – ainda hoje tão instantânea e longe da solução desejada – nos defrontamos. O *Caso Linguístico Belga* não marca um episódio da história antiga, da geração doutrinária que comprimiu esses direitos. Os juízes de Estrasburgo não desacautelaram o ponto fulcral, a estabilidade emocional das crianças, que se lhes afigurou assegurada. Outra leitura da decisão distorce este ponto; será parcelar e injusta.

Estamos, afinal, no trilho da compreensão do *Caso Linguístico Belga*, agora na constelação global dos problemas que levantou, a quatro décadas de distância. Com um olhar que, pelo exposto, não ousa ser intransigente. Com um olhar que reconhece nos problemas que pondera os problemas contemporâneos dos menores: a inquietação ante a invectiva acerca daquilo que mais os salvaguarda, que mais segurança e estabilidade emocional lhes pode trazer, por via da Família, não descurada pelo olhar do Estado.

APÊNDICE II - O CASO DE LILLE/DOUAI

A - ARRÊT DU 17 NOVEMBRE 2008 RENDU PAR LA COUR D'APPEL DE DOUAI*

1º Mariage

Nullité - Causes - Défaut de consentement - Cas - Erreur sur la personne ou sur les qualités essentielles de la personne - Caractérisation - Défaut - Applications diverses.

2º Ministère public

Partie principale - Intérêt à agir - Fondement - Défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci - Applications diverses.

1º Le mensonge qui ne porte pas sur une qualité essentielle n'est pas un fondement valide pour l'annulation d'un mariage; tel est particulièrement le cas quand le mensonge prétendu aurait porté sur la vie sentimentale passée de la future épouse et sur sa virginité, dont l'absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale. La prétendue atteinte à la «confiance réciproque» résultant de ce mensonge est donc sans portée quant à la validité de l'union.

2º L'appel du ministère public est recevable relativement à un jugement faisant droit à une demande en nullité de mariage à raison d'un mensonge de l'épouse relatif à sa virginité, «qualité essentielle» au sens de l'article 180, alinéa 2, du code civil, car il est susceptible de mettre en jeu des principes d'ordre public relevant du droit des personnes, dont l'appréciation ne peut être laissée à la libre disposition des parties.

LA COUR,

EXPOSÉ DES FAITS - PROCÉDURE ANTÉRIEURE

M. X... et Mme Y... se sont mariés le 8 juillet 2006 à Mons-en-Baroeul (59).

* Igualmente disponível em <http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/0/55/93/89/jurisprudence/Douai171108.pdf>.

Selon assignation délivrée le 26 juillet 2006, M. X... a engagé à l'encontre de Mme Y... une action en nullité du mariage, fondée sur l'article 180 du code civil ; le dossier a fait l'objet d'une radiation prononcée le 4 septembre 2007, les parties n'ayant pas déposé de conclusions signifiées malgré injonction; l'affaire a été remise au rôle à l'occasion des conclusions signifiées par Mme Y... acquiesçant à la demande en nullité ; le ministère public, à qui la cause avait été communiquée, a apposé au dossier, en date du 6 novembre 2007, la mention "Vu et s'en rapporte".

Selon jugement rendu le 1er avril 2008, le tribunal de grande instance de Lille a, sous exécution provisoire, prononcé l'annulation du mariage aux motifs que, Mme Y... ayant acquiescé à la demande de nullité fondée sur un mensonge relatif à sa virginité, il s'en déduisait que cette qualité avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement de M. X... au mariage projeté et que, dans ces conditions, il convenait de faire droit à la demande de nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint.

Le ministère public a relevé appel de ce jugement.

Une ordonnance de référé, rendue le 19 juin 2008 par le délégataire du premier président de la cour d'appel, a arrêté l'exécution provisoire et autorisé l'appelant à faire juger l'affaire selon la procédure à jour fixe.

PRÉTENTIONS ET MOYENS ACTUELS DES PARTIES

Le ministère public, une fois soutenu la recevabilité de son appel en ce que la décision attaquée porte atteinte à l'ordre public et à ses principes fondamentaux, conclut à l'infirmité du jugement, en faisant valoir au fond que:

- l'acquiescement de l'épouse à la demande en nullité engagée par le mari est sans effet dans la présente matière, relevant de l'état des personnes, qui est indisponible;
- les intéressés n'ont pu de façon valide poser la virginité de la future épouse comme une "qualité essentielle" (au sens de l'article 180, alinéa 2, du code civil), car une telle stipulation porterait atteinte aux principes d'égalité de l'homme et de la femme et de libre disposition de son corps ainsi qu'à la dignité, outre qu'elle présenterait un caractère discriminatoire;
- le mensonge lui-même, tel qu'invoqué par M. X..., ne s'assimile pas à la violation d'une qualité essentielle.

M. X... soutient en premier lieu que l'appel est irrecevable, invoquant les moyens suivants:

- le ministère public (au travers de déclarations publiques faites par la garde des sceaux ou par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Lille) a acquiescé le 30 mai 2008 à la décision rendue;
 - le jugement déféré, dont seul le dispositif compte, ne porte pas atteinte à l'ordre public;
 - l'acquiescement à la demande en nullité tel que formulé par l'épouse en première instance ne pouvait être contesté que devant le juge de la mise en état, seul compétent en application de l'article 771 du code de procédure civile;
 - cet acquiescement à une demande de nullité relative était possible car le procès ne concernait pas des droits indisponibles;
 - le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes n'est pas en jeu, le mari n'ayant recherché l'annulation du mariage que pour une question de sincérité, ce qui n'est pas discriminatoire.
- À titre subsidiaire, M. X... soulève l'irrecevabilité des demandes reconventionnelles formées contre lui, car Mme Y... a acquiescé sans réserves à sa demande en nullité, et qu'il est interdit à un plaideur de se contredire. Il fait valoir également que Mme Y... ne justifie pas de ce qu'elle allègue et que les faits postérieurs au mariage ne sauraient constituer une cause de nullité. Il ajoute que l'acquiescement au jugement par Mme Y... emporte renonciation aux voies de recours. Il soutient enfin que la demande en dommages-intérêts formée par Mme Y... en cause d'appel est irrecevable, et en tout cas mal fondée.
- Toujours à titre subsidiaire, M. X... conclut au rejet de l'appel, le mariage devant être annulé soit compte tenu de la double déclaration que les époux ont faite quant à l'impossibilité de poursuivre l'union, soit au visa de l'article 146 du code civil, aucun vrai consentement réciproque n'ayant été recueilli, ainsi qu'en témoigne le fait que les époux n'ont pas entretenu de communauté de vie.
- Enfin, il propose la confirmation du jugement déféré par application de l'article 180 du code civil, pour les motifs suivants:
- le mensonge de l'épouse sur sa vie intime et sentimentale antérieure à l'union est établi, d'autant que son acquiescement à la demande équivaut à l'aveu implicite et irrévocable de la pertinence des faits invoqués par le mari;

- l'absence de sincérité de l'épouse et son mensonge ont été déterminants de son propre consentement;
- il y a bien eu une erreur du mari sur une qualité essentielle de l'épouse (en tout cas une qualité considérée comme essentielle par les intéressés dans leur projet matrimonial), à savoir son aptitude à dire la vérité sur son passé sentimental et sur sa virginité.

Mme Y... soutient en premier lieu que l'appel est irrecevable, invoquant les moyens suivants:

- le ministère public n'était que partie jointe en première instance, ce qui ne lui permet pas de relever appel;
- le jugement déferé, dont seul le dispositif compte, ne porte pas atteinte à l'ordre public et ne relève d'aucune fraude;
- l'ingérence (au surplus tardive) du ministère public dans sa vie privée méconnaît les prescriptions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) relatif à la protection de la vie privée et familiale, ainsi que son droit au libre mariage.

À titre subsidiaire, elle conclut à l'infirmité du jugement et au rejet de l'action principale, pour les motifs suivants:

- son acquiescement en première instance ne s'entendait que d'une acceptation du principe de la demande, sans valoir approbation des motifs invoqués par le mari;
- en toute hypothèse, elle conteste le mensonge qui lui est reproché, faisant valoir qu'avant le mariage, la question de l'absence de liaison antérieure et celle de la virginité ou de la non-virginité de la future épouse n'avaient jamais été abordées: elle critique spécialement les attestations produites par le demandeur et fait valoir en droit que la virginité ne saurait être considérée comme une qualité essentielle en vue du mariage.

Elle forme une demande reconventionnelle en annulation de l'union, le mari ayant méconnu l'obligation de respect qui pesait sur lui et manifesté ainsi son défaut de consentement aux pleins et entiers effets du mariage.

Elle sollicite enfin paiement de dommages-intérêts à hauteur de 1,00 euro.

DISCUSSION

A. - SUR LA RECEVABILITÉ DE L'APPEL

I. - SUR L'APPEL PRINCIPAL DU MINISTÈRE PUBLIC

1° Sur le moyen tiré du défaut d'atteinte à l'ordre public
Dans son assignation introductive d'instance, le demandeur a fait valoir notamment que sa future épouse s'était présentée comme "célibataire et chaste" alors qu'en réalité, elle avait eu auparavant une liaison avec un autre homme et qu'elle n'était plus vierge, et que ce mensonge à l'orée de la vie matrimoniale révélait que les époux ne pouvaient avoir confiance l'un en l'autre - alors que la sincérité est une qualité objectivement essentielle - ce qui justifiait l'annulation du mariage au visa de l'article 180 du code civil, soit pour défaut de consentement, soit pour erreur sur les qualités essentielles.

Il indiquait également:

"M. X... rappelle en outre qu'il appartient - comme son épouse - à une communauté où une tradition demeure qui veut que l'épouse doit rester vierge jusqu'au mariage."

Le jugement déferé a fait droit à cette action et prononcé l'annulation du mariage en prenant en considération la virginité de l'épouse (et son mensonge sur ce point), perçue par les deux époux comme une "qualité essentielle déterminante du consentement" du mari.

L'action ainsi présentée et le jugement rendu, qui sont susceptibles de mettre en jeu les principes de respect de la vie privée, de liberté du mariage, de prohibition de toute discrimination entre les hommes et les femmes (principes protégés par l'article 9 du code civil et par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - CEDH -, outre son Protocole additionnel no 7 en date du 22 novembre 1984, ratifié par la loi no 85-1475 du 31 décembre 1985), relèvent du droit des personnes - dont les parties n'ont pas la libre disposition - et de l'ordre public.

L'appréciation des "qualités essentielles" au sens de l'article 180, alinéa 2, du code civil relève également du contrôle de l'ordre public dès lors qu'elle ne peut être laissée à la libre disposition des parties.

2° Sur les autres moyens invoqués par M. X...

Les déclarations publiques qu'ont pu faire la garde des sceaux ou le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Lille après le prononcé du jugement ne valent pas acquiesce-

ment à cette décision au sens de l'article 410 du code de procédure civile. En effet, un acquiescement au jugement doit, pour être certain, être soit exprès (c'est-à-dire ressortir d'un acte écrit précis exprimant l'acquiescement), soit implicite (c'est-à-dire résulter d'actes démontrant avec évidence et sans équivoque l'intention de la partie à laquelle est opposé le jugement d'accepter le bien-fondé de l'action, ou d'actes incompatibles avec la volonté d'interjeter appel). Tel n'est pas le cas en l'espèce, les déclarations en cause ne révélant pas une intention non équivoque de ne pas relever appel. Le jugement déferé a fait droit à l'action engagée par M. X... en accueillant ses moyens de droit et de fait, mais sans donner acte à Mme Y... de son acquiescement à la demande: ce n'était donc pas un "incident mettant fin à l'instance" qui aurait relevé de la compétence exclusive du juge de la mise en état (en vertu de l'article 771 du code de procédure civile).

L'acquiescement de Mme Y... à la demande, qu'il fût ou non possible et recevable, est sans portée quant à la recevabilité de l'appel par le ministère public : cet acquiescement formulé par une partie au procès (Mme Y...) n'a pu, en toute hypothèse, priver une autre partie au procès (le ministère public) de son droit de relever appel.

3° Sur les autres moyens invoqués par Mme Y...

Dès lors que le ministère public, à qui la cause avait été communiquée en première instance, y est intervenu, fût-ce comme partie jointe, et s'en est rapporté à justice, ce qui constituait une contestation, il est recevable à former appel du jugement qui est susceptible de mettre en jeu des principes d'ordre public.

L'intervention du ministère public au procès opposant au principal M. X... à Mme Y... puis son appel relèvent du contrôle de l'ordre public et ne portent pas une atteinte disproportionnée au respect dû à Mme Y... de sa vie privée, protégée par l'article 9 du code civil ou l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, non plus qu'à son droit au libre mariage tel que posé à l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi l'appel principal est-il recevable.

II. – SUR L'APPEL INCIDENT DE MME Y...

Le fait que Mme Y... a, en première instance, formulé son "acquiescement à la demande en nullité du mariage présentée par son

époux" ne valait pas adoption du moyen juridique soutenu en vue de l'annulation, ni aveu des faits relatés par le demandeur, d'autant plus que l'acquiescement à la demande "n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition" (article 408 du code de procédure civile): l'acquiescement de Mme Y... à la demande n'avait ainsi pas de valeur particulière.

Par ailleurs, l'acquiescement de Mme Y... au jugement est lui-même sans portée dès lors qu'une autre partie – le ministère public – a formé régulièrement un recours (article 409 du code de procédure civile).

Ainsi l'appel incident est-il recevable.

B. – SUR LE FOND

1° Sur la demande d'annulation formée par M. X...

M. X..., faisant référence à des écrits croisés que se sont communiqués les époux dans le cours du présent procès, sollicite de voir "prononcer la nullité sur double déclaration des parties sans conséquence pécuniaire".

Une telle demande, dans cette matière d'ordre public où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, est sans portée.

M. X... sollicite ensuite l'annulation de l'union au visa de l'article 146 du code civil, en invoquant les visions différentes des parties sur la vie matrimoniale ainsi que l'absence de cohabitation, révélatrice de ce que les époux n'auraient pas eu de véritable intention matrimoniale.

Il ne ressort cependant pas des éléments de la cause que, quelles qu'aient pu être leurs divergences sur la conception du mariage, les époux se seraient prêtés à la cérémonie dans un but étranger à l'union matrimoniale, dès lors que chacun d'eux manifestait alors la volonté de fonder une famille.

D'autre part, les propres attestations produites à son dossier par M. X... révèlent que c'est lui-même qui, faisant une question de principe de la "trahison" dont il s'estimait victime, a décidé de ne pas poursuivre l'union et a demandé à ses proches de raccompagner l'épouse chez ses parents.

Dans cette situation, la demande n'est pas fondée.

Pour obtenir enfin l'annulation du mariage au visa de l'article 180, alinéa 2, du code civil, M. X... conclut explicitement à hauteur d'appel (ses conclusions, p. 19) que:

“La qualité érigée au rang d’essentielle par M. X... n’est pas la présence de la virginité, mais l’aptitude de l’épouse à dire la vérité sur son passé sentimental et sur sa virginité”.

Il indique également (ses conclusions, p. 8) que: “Il n’a jamais “posé comme condition” la virginité de son épouse. Il ne s’agissait chez lui que d’une espérance et non d’une exigence”.

Ainsi la virginité de l’épouse n’est-elle pas, devant la cour, invoquée comme une qualité essentielle recherchée par M. X... lors du mariage, et elle n’a pas été une condition qu’il aurait posée à l’union.

Le moyen d’annulation invoqué par M. X... tient à ce que Mme Y... lui aurait, dans la période précédant le mariage, menti sur sa vie sentimentale antérieure et sur sa virginité, et que ce mensonge aurait provoqué chez lui une erreur sur la confiance qu’il pouvait avoir en sa future épouse et sur la sincérité de celle-ci, tous éléments – confiance et fidélité réciproques, sincérité – relevant des “qualités essentielles” attendues par chacun des conjoints de l’autre.

Devant la cour, Mme Y... conteste avoir menti à son futur époux dans la période précédant le mariage, affirmant que sa vie sentimentale passée n’avait pas été abordée.

La position adoptée en première instance par Mme Y... – elle était alors défenderesse et s’était contentée d’acquiescer à la demande en nullité sans s’exprimer sur le motif juridique fondant l’action ni passer aveu des faits allégués par le demandeur – n’est pas en contradiction fondamentale avec celle adoptée devant la cour – elle est à ce stade du procès défenderesse et intimée – sur l’appel formé par le ministère public, et elle conteste la demande tout en sollicitant la nullité du mariage sur un autre fondement.

Mme Y... est en conséquence recevable, devant la cour, à présenter sa propre version des faits.

Les éléments apportés aux débats par M. X... sont insuffisants à prouver le mensonge prétendu, alors que:

- l’attestation rédigée par le père de M. X... ne relate aucun fait propre à éclairer le débat;
- les deux attestations rédigées par des proches de M. X... (son frère, son témoin de mariage), qui ne relatent aucun fait que les témoins auraient constaté personnellement et directement pendant la période ayant précédé le mariage, ne font état que de propos que les époux auraient tenus ou de confidences qu’ils auraient faites

après le mariage: ces attestations sont trop indirectes pour avoir valeur probante.

Ainsi M. X... ne fait-il pas la preuve – qui lui incombe – du mensonge prétendu.

Il sera ajouté qu’en toute hypothèse, le mensonge qui ne porte pas sur une qualité essentielle n’est pas un fondement valide pour l’annulation d’un mariage.

Tel est particulièrement le cas quand le mensonge prétendu aurait porté sur la vie sentimentale passée de la future épouse et sur sa virginité, qui n’est pas une qualité essentielle en ce que son absence n’a pas d’incidence sur la vie matrimoniale.

Ainsi la prétendue atteinte à la “confiance réciproque” est-elle sans portée quant à la validité de l’union.

En conséquence de ces considérations, il y a lieu de débouter M. X... des fins de son action.

2° Sur la demande reconventionnelle formée par Mme Y... :

Comme il a été relevé ci-avant, le fait que Mme Y... a, en première instance, formulé son “acquiescement à la demande en nullité du mariage présentée par son époux” ne valait pas adoption du moyen juridique soutenu en vue de l’annulation, ni aveu des faits ainsi que relatés par le demandeur.

En dépit de son acquiescement au jugement, elle a retrouvé devant la cour l’entière possibilité de se défendre dès lors qu’une autre partie (le ministère public) a formé régulièrement un recours.

Sa demande reconventionnelle est ainsi recevable.

S’agissant du fond de la demande en nullité, Mme Y... fait valoir que M. X... n’avait pas la volonté d’accepter, voire la capacité de concevoir, l’obligation de respect entre les époux édictée à l’article 212 du code civil et qu’il a manifesté, dès le premier soir de l’union, à son égard, une violence morale et physique en divulguant auprès de tiers son état intime et en la faisant reconduire chez ses parents. Cependant, ces éléments, qui sont susceptibles de constituer des manquements aux obligations du mariage, ne permettent pas de caractériser l’erreur de l’épouse sur les qualités essentielles du mari, d’autant que Mme Y... ne produit aucune pièce de nature à établir que M. X... n’aurait pas eu la volonté de s’unir effectivement et durablement.

La demande doit donc être rejetée.

Mme Y... sollicite enfin paiement de dommages-intérêts pour préjudice moral.

En ce qu'elle fonde sa réclamation sur l'atteinte continue à sa vie privée que constitue le présent procès, y compris devant la cour, et sur le retentissement public qui a été donné, postérieurement au jugement, à cette affaire au détriment de son intimité, il s'agit d'une demande qui, même nouvelle en appel, est recevable.

Cependant, il ne peut être considéré que M. X... aurait porté atteinte à sa vie privée par le seul procès qu'il a engagé et auquel elle a entendu acquiescer en première instance; par ailleurs, M. X... n'est pas responsable de la publicité qui a été donnée à ce dossier et il n'est pas appelant.

La demande doit donc être rejetée.

PAR CES MOTIFS:

- dit recevable et bien fondé l'appel formé par le ministère public;
- infirme en toutes dispositions le jugement déferé;

ET, STATUANT À NOUVEAU:

- déboute M. X... de son action en annulation du mariage;
- déboute Mme Y... de sa demande reconventionnelle en annulation du mariage; la déboute de sa demande de dommages-intérêts;
- condamne M. X... aux entiers dépens de la première instance et de l'instance d'appel.

CA Douai (1re ch. civile), 17 novembre 2008.

INFIRMATION

RG n.º 08/3786. – TGI Lille, 1er avril 2008.

Mme Roussel, Pte – M. Mericq, Pt. – Mme Metteau, conseillère.

B – COMENTÁRIO CRÍTICO

§1. O CASO DE LILLE: SENTIDO PUNITIVO DA PRIMEIRA DECISÃO

A decisão judicial do Tribunal de Lille, anulando o casamento de dois jovens que, tudo indica, se amavam e

possuíam padrões de vida e concepções religiosas dotadas de grande afinidade, provocou grande perturbação na esfera social e política francesa.

De acordo com o Tribunal, a mentira da nubente sobre a sua experiência sexual (afirmou-se virgem, o que não correspondia à realidade) era fundamento bastante para a declaração de nulidade do casamento. Com efeito, a nubente induzira o nubente em erro sobre qualidade essencial, a saber, o seu estado de integridade física e a experiência que fundamentava a alteração. Porque ambos incomodavam às convicções do nubente acerca do padrão por si exigido sobre a mulher com quem celebrasse Matrimônio, ficava preterida a validade do mesmo. O fundamento estaria logo no artigo 180.º do *Code Civil*: erro sobre qualidade essencial da pessoa do outro cônjuge¹.

Num primeiro momento a noiva acedeu ao desejo/ ordem do marido e retomou a sua vida no lar da sua Família, ao qual, aliás, foi de imediato conduzida, segundo consta dos autos, de madrugada, na própria noite do casamento.

Mas o tempo e o conhecimento público do sucedido gerariam uma forte indignação que atingiu a comunidade jurídica e o poder político.

Os juízes de Lille foram submetidos a um julgamento de opinião pública muito virulento: por não terem respeitado a igualdade de gênero; por terem feito uma interpretação retrógrada do regime das invalidades matrimoniais do *Code Civil*.

No limite, a crítica deslocou-se do Tribunal e da sua aplicação do Direito para a própria qualidade do Direito

¹ Há duas fases distintas na compreensão dos fundamentos de invalidade matrimonial em França. Até 1975 a doutrina nesta matéria sustentava-se no caso *Berthon*: a invalidade do casamento incidiria apenas sobre a pessoa ou a sua identidade. Em 11 de Julho de 1975 o regime da nulidade aproxima-se daquele outro da nulidade geral. É a partir de então que o erro sobre a virgindade pode em tese suscitar-se, apesar do freio constitucional.

aplicado. E, no rubro da discussão, o membro do Governo a quem competia a pasta da Igualdade veio a terreno lamentar as interpretações que por vezes se fazem das leis, repondo a estabilidade legislativa, e, sobretudo, afastando qualquer responsabilidade do poder político.

Restava deslocar do vilipêndio ao *Code Civil*, por se haver tornado na opinião de muitos, obsoleto, para a crítica acerba aos juízes. Estes viram cair sobre si as culpas maiores.

Com efeito, acusaram-se os decisores de Lille, entre outras coisas, de caucionar o fanatismo.

Enquanto a França profunda reagia desta forma, vinha a comunidade muçulmana a terreno. Ouviu-se uma voz universitária a favor da decisão.

ANNE-MARIE LE POURHIET, Professora de Direito Público, deu por bem fundada a decisão e justificou a sua posição. Para a professora de Direito Constitucional é um «modesto vício da vontade» que está em causa. Ora, sendo assim, considera bem fundada a configuração do caso como erro sobre qualidade essencial. E conclui que qualquer outra solução redundaria na introdução do casamento forçado no direito francês². A Autora põe ainda em causa a legitimidade da classe política para interferir num caso jurisprudencial. Verbera, desde logo, os euro-deputados, por prosseguirem, hábito seu já, segundo afirma, em assuntos relativos a convicções que lhes não dizem respeito. Mas, continua, isto não é argumentação jurídica: quem argumenta a favor do uso do véu do lado laico, não tem outra emoção que não seja a resultante do bem exprimir uma convicção, cumprir o que entende ser um dever. Há que ser rigoroso.

O cortejo da argumentação *ad terrorem* invoca todos os pilares do constitucionalismo e dos direitos humanos. O casamento é livre, não pode anular-se e assim se conclui como

² ANNE-MARIE LE POURHIET, "Pour l'annulation du mariage de Lille", in *Observatoire du communautarisme*, Julho de 2008, disponível em http://www.communautarisme.net/Pour-l-annulation-du-mariage-de-Lille_a1017.html.

se nada mais houvesse entre o céu e a terra do Direito. Desde logo, como se não houvesse divórcio, aliás, mais comum e mais moderno.

É necessário estigmatizar com a invalidade para pôr fim ao casamento? Marcar a dedo? Mostrar perante o Tribunal, e, através dele, perante a opinião pública, que se não continua o vínculo jurídico matrimonial inicialmente planeado porque um dos cônjuges não reúne condições para o efeito, num domínio tão íntimo e carregado de efeitos sexuais e psicológicos profundos, onde a vida nos seus traços essenciais se exprime ou permite, com grande prodigalidade, juízos variados?

Na sociedade contemporânea há meios de reacção a estes fundamentalismos e estes vão ouvir-se muito alto, caso a decisão se mantenha ou proliferem juízos de favorabilidade a seu respeito.

ELISABETH BADINTER, também Professora Universitária, feminista, escreve que doravante muitas serão as jovens a submeter-se a intervenções cirúrgicas camufladoras das suas opções íntimas³.

Independentemente de outras considerações jurídicas, ergue-se aqui em prol do mal fundado da decisão de Lille o texto constitucional. A França é pátria reconhecida dos direitos humanos e afronta, desde logo, à sua cultura jurídica a possibilidade de, por qualquer meio, desconsiderar o princípio da igualdade perante a lei. Sublinha-se logo que o princípio da igualdade perante a lei seria infirmado caso se optasse pela inclusão do caso do erro sobre a virgindade feminina entre os pressupostos do artigo 180.º. De facto, esta situação é comprovável, o que não acontece com a virgindade masculina. Mas, muito para além disso, a invalidade com este fundamento estigmatiza um sexo, traz ao conhecimento público circunstâncias pessoais que pertencem à esfera íntima. Numa palavra: consubstancia devassa.

³ *France inter*, 28 de Maio de 2008.

O *Caso de Lille* tem, logo por este motivo, um interesse evidente.

§ 2. AS INVALIDADES. DIREITO FRANCÊS (ARTIGO 180.º DO CODE CIVIL) E DIREITO PORTUGUÊS (ARTIGO 1636.º DO CÓDIGO CIVIL)

O *Caso de Lille* é também de interesse específico quando se faz exame comparativo entre o Direito Francês e o Direito Português nesta matéria. Hoje verifica-se homologia entre a expressão «erro sobre as qualidades essenciais da pessoa do outro cônjuge» do artigo 180.º do *Code Civil* e do artigo 1636.º do Código Civil.

Há razão para admitir que um Tribunal Português opte por caminho semelhante ao de Lille, em algum momento? Estará a lei carecendo de clarificação ou a doutrina de advertências especiais neste domínio?

Este é o fundamento para analisar aqui *Lille/Douai*.

As pesquisas de jurisprudência sobre o regime de invalidades do casamento na nossa ordem jurídica mostraram-se inférteis e retratam muito bem o desinteresse prático actual do problema. Com efeito, num país que abriu as portas do divórcio a possibilidades mais rápidas e através de meios não conturbados de exposição da esfera privada, pergunta-se pelo interesse em seguir esse primeiro caminho quando se pretende desfazer um casamento que se entende agora em má hora celebrado. Além disso, os motivos de invalidação do casamento civil surgem em casos contados: falta de idade nupcial, erro e coacção são comportamentos que raramente têm a virtualidade de conduzir a um casamento; acontecem numa fímbria de desencontro com os princípios sociais, com a adaptação ao meio, ou mesmo raridade, que os circunscrevem muito. E esta restrição espelha-a a escassez dos números na jurisprudência.

À anomia social que projectam junta-se também a simplificação que o legislador, em arrimo pedagógico compreensível – é o legislador de matéria ancestral, suportada pela experiência da história, do Direito comparado, do Direito Canónico –, exara na sua enumeração.

O artigo 1636.º do Código Civil foi até à última Reforma, desde o alvorecer deste Código, uma norma taxativa.

O primeiro caso apontado assinalava a superioridade da estatolatria: quem mentisse sobre a sua qualidade cidadã praticava erro. Pode admitir-se que estava inerente, além do mais, a ideia de que não era alheia ao legislador a preocupação com o país de origem, um Portugal multirácico, multicontinental, por fim, nas primícias do Código, consciente de uma Guerra Colonial e dos efeitos da nacionalidade. Enfim, num país que não atribuía a todos os que nasciam dentro do território os mesmos direitos, se bem que a nacionalidade portuguesa fosse dado adquirido.

Seguiam-se os caracteres fundamentais da pessoa, doenças que marcassem de forma potente a sua vida e a saúde da descendência (o caso das doenças venéreas marcava desde que a primeira República irrompera com a Lei do Divórcio) e, finalmente, o erro sobre a virgindade da mulher. Comprovável esta na maioria dos casos, dava-se por adquirida a possibilidade de anulação do casamento sempre que se verificasse, por se subsumir à categoria de erro sobre qualidade essencial. Falta de representação, assim, do modo ou circunstância da mulher.

O sentido que atravessa o elenco das qualidades essenciais dos nubentes, antes da Constituição de 1976, é ideológico. Mentir sobre a condição cidadã é mentir sobre qualidade essencial de forma impeditiva do casamento por demais evidente. A enumeração evidencia este factor em primeiro plano. Depois, e só depois, surgem as situações de erro sobre circunstâncias da personalidade. A virgindade feminina aparecia, na versão imediatamente anterior à

Reforma de 1977, em último lugar, mas marcava presença de forma muito clara. Também aqui o Código Civil assumia a desigualdade dos sexos.

A cláusula cai em 1976. O argumento mais directo apresentável aqui será a violação do princípio da igualdade entre os dois sexos. Perante a mesma circunstância, podem as mulheres submeter-se ao teste da comprovação, não se passando o mesmo com os homens. Clara, por este motivo, a discriminação, a atribuição de diferentes consequências legais de acordo com o sexo, que se indefere.

Mas apenas isso? Se porventura um teste superveniente tivesse permitido retirar conclusão idêntica e segura para o parceiro masculino, desaparecia a inconstitucionalidade da norma? Estamos em crer que não. Acima do argumento invocado paira o princípio da dignidade, que é sempre critério essencial do prejuízo de aduzir o argumento da virgindade, uma vez que a sua comprovação e a própria invocação, com a intromissão na esfera íntima que acarreta, é sempre contrária a esta, seja para mulheres seja para homens, ainda que sobretudo, por motivos de ordem cultural, para as mulheres de forma especialmente marcante.

Esse argumento decorre da Constituição da República Portuguesa e bastará invocar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º). A decisão da *Cour d'Appel de Douai*, sem qualquer dúvida, singra de imediato por esse caminho: a questão que fere de inconstitucionalidade a interpretação de Lille é a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Concluimos assim que o erro sobre a virgindade não tem como contemplar-se na lei portuguesa, por causa do princípio da igualdade. E é possível que este princípio tenha aqui uma força hermenêutica, estribada em argumentos culturais e políticos determinantes: a afirmação da paridade entre homem e mulher na *polis*, na vida doméstica, na sociedade conjugal, lado a lado, na gestão da casa (pela eliminação do chefe de família) e, paulatinamente, no mercado de trabalho.

§ 3. AS QUALIDADES ESSENCIAIS

3.1. A queda da última cláusula do artigo 1636.º em 1977

Será uma outra fase de aprofundamento, aquela que traz maior densidade à dignidade. Mas uma visibilidade que olha sobre o ombro do Direito entretanto construído. Não uma visibilidade surgida apenas então. Há uma diferença entre o momento da gestação do Direito e o da sua percepção.

Este aspecto não é nada irrelevante na matéria que aqui nos traz. Ante a displicência da doutrina portuguesa, que olha o preceito acrescentando sem critério de unificação e em atitude de virtuosa forma de alargamento por igualação das cláusulas iniciais, ocorre perguntar: será compreensível que se admita a extensão do preceito, no mesmo momento interpretativo e conclusivo em que se pretendeu banir factores geradores de desigualdade e de desrespeito pela privacidade? Não fora essa a razão e o sentido da cláusula e o seu elenco seria outro. Mas é esse o sentido de que não abre mão o legislador e não pode abrir mão o nosso modo de interpretar a lei.

3.2. O artigo 180.º do *Code Civil* perante o problema de integração da mesma cláusula

O *Caso de Lille*, acima referenciado, e agora desenvolvido à luz da lei que o aplicou e da doutrina portuguesa, tem a força jurídica que a multiculturalidade convoca. É um caso deveras interessante porque une sob uma mesma lei, liberal e próxima do Direito Português, duas formas antónimas de olhar a concretização constitucional e legal dos efeitos jurídicos do género. No *Caso de Lille*, o direito do marido prevalece, porque ele é do sexo masculino e, na cultura em questão, os homens mandam e as mulheres subordinam-se.

São dois jovens muçulmanos⁴ que encontramos aqui. Nada do que pensam e sentem acerca da opção matrimonial vai ser indiferente à demanda.

A ora esposa garantira ao futuro marido que era virgem e assim se manteria até à celebração do casamento. O marido verifica, horas depois de celebrado o casamento, que isso não acontece e obtém a confissão drástica que ela tivera uma outra relação sexual antes.

Expulsa-a acto contínuo de casa e intenta acção de anulação do casamento no dia seguinte. Invoca o artigo 180.º do *Code Civil*.

Há similitude entre este e a lei portuguesa. Contrariamente a esta, a enumeração nunca foi em França exemplificativa, pelo que é de «erro sobre qualidades essenciais do outro cônjuge» que somos chamados a apreciar. Na acção judicial, o marido sustenta que a mentira em que se baseia a informação e a consequente representação da virgindade da nubente consubstancia aspecto essencial. O que lhe repugna, o que sobretudo rejeita é ter sido enganado numa matéria que a esposa sabia determinante para ele. O erro, colocado sob este enfoque, atravessa o *Rubicão* da qualidade pessoal física para penetrar, através dela, mas não só, antes em conjunto com a mentira, na qualidade psicológica.

Quando a acção é intentada, a mulher assume a verdade dos factos indicados pelo marido, auto-incrimina-se e aceita a anulação do casamento que ele pretende.

O *Caso de Lille* teria ficado sem história se o problema tivesse morrido aqui, ou, não morrendo, continuasse apenas a via judicial tradicional.

Mas não é isso que acontece. Chega à comunicação social, ao Parlamento (Assembleia Nacional) e provoca declarações consternadas do membro do Governo encarregado

dos temas femininos. Lamenta este em declaração pública as «más interpretações de leis» que podem fazer-se.

Esperaríamos outra coisa? A França dos Direitos do Homem e do Cidadão, da ideologia de género implementada e desenvolvida na Europa, do magistério e da mística de SIMONE DE BEAUVOIR e do consulado de SIMONE VEIL, a França de GISELLE HALLIMI, não vem dizer que esqueceu na inconstitucionalidade um segmento do seu Direito da Família, na esfera tradicional do casamento. Do que se trata não é de falha do legislador, mas de desatenção da jurisprudência.

É, aliás, por aqui que ele se desvirtua e dá uma volta total. A vítima, o marido, vem assumir a encarnação de personagem violenta e machista, na actuação inversa da requerida pelo Estado de Direito. A prova da culpa pela mulher passa pelo nimbo de uma auto-flagelação de pessoa abandonada perante um código de comportamento de cultura que para todos os efeitos infringira e é vista como pessoa liberada que, apenas por pressão social, assume uma culpa reflexa da que lhe imputam e não corresponde à sua verdade nem à verdade social e jurídica do comportamento.

Quanto a este último, diz-se que afronta a dignidade humana e a igualdade entender que há «erro sobre qualidades essenciais».

3.3. O recurso e a decisão da *Cour d'Appel de Douai* de Abril de 2008

É com este pano de fundo que o caso se submete a recurso. Aqui, o Tribunal:

- Dá por aceite a bondade da decisão do Ministério Público, entendendo que a discussão sobre a validade do casamento não pode relevar do foro privado: é questão de ordem pública;

⁴ O nubente "de Lille" era um jovem engenheiro muçulmano. E a nubente, ainda estudante, também era muçulmana.

- Não reitera a essencialidade do erro por qualquer motivo, com fundamento na dignidade e na igualdade;
- Não reitera o valor probatório da assunção de culpa da mulher, quer pela fragilidade da posição em que está colocada, quer pelo princípio da privacidade;
- Recusa do mesmo passo o pedido reconventional desta a partir da ideia de que o mesmo argumento valerá para si: ou seja, a dignidade do marido e o seu respeito correspectivo.

§ 4. UMA DECISÃO COMO A DE LILLE EM PORTUGAL? LINHAS DE UMA ALTERNATIVA DOGMÁTICA

O *Caso de Lille* é à primeira vista uma referência, mas de baixo valor probabilístico. Com efeito, a doutrina não refere o pressuposto que banuiu em 1977 entre os candidatos à inclusão na norma. Não se vê que por esse caminho se tenda a inflectir.

Mas o modo como prolifera na doutrina a aceitação de outras cláusulas de nulidade⁵ leva a reconhecer que não obstante, parece falecer uma concepção determinada e

⁵ Cânone 1098 do Código Canónico: «Quem contrai casamento enganado por dolo perpetrado para obter o consentimento matrimonial a respeito de alguma qualidade da outra parte, e essa qualidade possa por sua natureza, perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, contrai invalidamente».

A partir desta disposição, ANA JÚLIA MAURÍCIO desenvolve, no artigo intitulado “A relevância (ou irrelevância) do dolo como causa de anulabilidade do casamento” e que integra a Parte II da presente obra, a tese da aplicação a estes casos da dogmática do dolo aí vertida.

amadurecida sobre o ponto: quais as bases constitucionais do limite? Quais os critérios a partir de que se deve proceder à sua definição?

Do nosso ponto de vista a resposta é evidente. O legislador está espartilhado pela concretização dos direitos à dignidade e à igualdade. Tudo o que possa sugerir a permissão de transformar em discussão na esfera pública de temas privados confere pedras em vez de pão. A lei penal foi incisiva quando, em matéria similar, deu o sinal. Nos crimes contra a honra, não permite o legislador a prova da verdade. A prova da verdade é, por sua vez, devassa. Ou seja: a discussão judicial, ainda em matéria de prova, conhece limites decorrentes da dignidade humana.

Concretizando o ponto, dir-se-á parecer pouco crível que um fundamento que permita o desnivelamento entre os dois sexos não seja um candidato provável à inclusão no espírito da lei, porque contraria directamente a Constituição e, do mesmo modo, contraria o ambiente cultural, jurídico também, em que se tem desenvolvido a (escassa) discussão em torno das invalidades matrimoniais.

E, no entanto, toda a cautela nos é requerida. Pois ao «silêncio acerca do pressuposto da virgindade» contrapõe-se uma tendência de favorabilidade a outras inclusões: há vários autores que reclamam ou beneplacitam a inclusão do erro sobre a infertilidade, o que é com certeza um fundamento deveras problemático. Mas trata-se de meras afirmações: não se atinge o limiar da discussão.

O que compete fazer para que o Direito continue sendo, nas palavras do Salmo, o Direito?

Os pontos em que a decisão se nos afigura deveras interessante enquanto objecto de comparação jurídica são dois: a fundamentação e o dolo.

4.1. Fundamentação

Se é verdade que a decisão proferida em recurso deixa ressoar a influência da opinião pública (jurídica, de modo proeminente, aqui incluída) na França, Mátria dos Direitos do Homem e do Cidadão e do acompanhamento da concretização legislativa dos caminhos para a igualdade de género, e se isso tem tanto mais relevo jurídico quanto a argumentação do Tribunal, em 2.^a instância, versa a inconstitucionalidade da primeira decisão, a partir da violação do princípio da dignidade humana – preterindo mesmo a desigualdade entre as possibilidades de demonstração de uma circunstância física num e noutro caso e preterindo a consideração acerca do erro em que a celebração se firmou –, o certo é que esta segunda decisão tem, no caso, uma importância diferente da primeira.

Na verdade, a desconsideração jurídica, no momento em que se arreda a importância da circunstância física da nubente, inclui-se e decorre da consideração pela sua dignidade.

Esta interpretação que – aliás sufragamos – é a da *Cour d'Appel de Douai*. Ainda que se tornasse em dado momento possível, hoje, averiguar a mesma realidade face ao nubente masculino, será que a igualdade então proporcionada implicaria um outro olhar sobre as possibilidades de prova, tornadas agora já equiparáveis?

Cremos que não. A prova em questão tem contra a sua produção relevante em instância judicial a afronta à privacidade que consubstancia. O princípio da dignidade, na compreensão que se sufraga, indefere a sua produção.

4.2. O dolo: o Direito Canónico e o conceito dogmático

Questão diferente é a da relevância da sonegação da verdade. Trata-se de uma atitude de relevância contratual geral que o direito matrimonial afasta. O argumento usado

vem no sentido de não atender o Direito, nestes casos, a declarações que não indiciam comprometer os princípios éticos de uma vida comum honesta, já que retratam um momento complexo, em que as fronteiras da legitimidade da acção dos nubentes não são passíveis de aferição por um critério jurídico claro e evidente.

O que leva uma pessoa a mentir? A vontade de celebrar o Matrimónio, fruto de sentimentos muitas vezes misturados, de uma irracionalidade que não abre concessões à prova de jactância ou de mentira desrespeitadora do “outro” em termos evidentes. E, ainda que isso aconteça, a mentira imputável a um momento não prova um projecto ou atitude de vida nesse sentido. Esta a razão pela qual o Direito Português pretere a relevância do dolo na formação do casamento.

Mas pergunta-se: até que ponto são homogêneas as situações de indução do outro nubente em erro?

O argumento favorável à equiparação jurídica de todas as situações de erro sustenta-se numa ideia de adequação social: procuram as pessoas favorecer a sua imagem perante aquele com quem pretendem casar; animadas por razões sobretudo afectivas, seguem esse caminho e o esforço em questão não tem como considerar-se demeritório. Se a propensão para agradar procura que se saliente a virtude, qual a vantagem ou a legitimidade da ordem jurídica para interferir, desqualificando o comportamento de quem procede “por bem”?

Contudo, o problema releva de uma simplificação que se afigura destituída de rigor. Não deverá dar-se por adquirido que todas as formas de indução do outro nubente em erro se subsumam às mesmas características. E, se for caso de concluir que não subsumem, diferentes serão, desejavelmente, as consequências de uns e de outros casos.

Vejamos então.

O problema que se coloca é o de saber da motivação ética do comportamento de “artifício” e da repercussão jurídica que lhe deva ser atribuída.

Imagine-se que se trata de um comportamento que denota esforço na apresentação de uma boa imagem moral (pretende-se mostrar menos vaidade, menos inveja, mais qualidade profissional...). São casos em que é esperável que em idênticas circunstâncias, ou em muitas outras, da vida, o esforço humano se empenhe no sentido de um melhorismo no comportamento, na experiência relatada, nas auto-justificações...

O problema já se coloca de outra forma quando o erro em que se induz o nubente é provocado de má fé, com a presciência de que os seus efeitos na vida matrimonial serão tendencialmente nefastos e vincadamente lesivos do outro nubente: na vida de relação e na esfera íntima. Esta situação, que se desvia do horizonte da boa fé e da bagatela do ardil provocado e se situa já na lesão da vida do outro nubente, não terá a mesma dimensão⁶.

A matéria do dolo é assumidamente uma das matérias ocultas na dogmática das invalidades matrimoniais civis, em nome do princípio de que não releva e, por isso não, compete sequer distinguir entre *dolus bonus* e *dolus malus*.

E é de compreender que o problema assim cristalice na doutrina francesa. A França é um país laico num sentido

⁶ O problema tem dimensões e complexidade que levam longe. Em todo o caso, crê-se importante chamar a depor a diferença entre as emoções provocadas em cada ser humano, em cada nubente, no nosso caso, por apresentação de padrões de personalidade fantasiada, distorcida, estabelecendo a diferença entre os padrões que apelam à interferência em critérios de frivolidade intelectual. Como escreve JESÚS MOSTERÍN, *Racionalidad y accion humana*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 27, «[o] frívolo não trata de maximizar a verdade do seu mundo mediante uma revisão consciente das suas crenças de acordo com o método racional». A atitude que se opõe a esta é a do cientista: uma atitude crítica. Mas não é de excluir, antes aceitar, a inclusão de toda a atitude que, muito embora dispense, num esforço ético e de solidariedade, as motivações mais precárias da acção, ainda assim procure uma justificação que transcenda as suas convicções precárias e as coloque sob o crivo de uma fundamentação submetida a um código de valores.

diverso ao que compete ter em conta no (re)conhecimento da sociedade e do Estado português. A laicidade portuguesa não prescinde de um património histórico e cultural e não abre mão do respeito democrático pelas convicções religiosas da maioria dos portugueses⁷.

A doutrina portuguesa tem razões de fundo para questionar, ou, no mínimo, interpelar a lei neste ponto fazendo incidir sobre ele um fulcro de realce diferente.

⁷ Como referiu BENTO XVI no seu encontro de 12 de Maio de 2010 com os intelectuais portugueses, no Centro Cultural de Belém, em Lisboa: «De facto, a cultura reflecte hoje uma “tensão”, que por vezes toma formas de “conflito”, entre o presente e a tradição. A dinâmica da sociedade absolutiza o presente, isolando-o do património cultural do passado e sem a intenção de delinear um futuro. Mas uma tal valorização do “presente” como fonte inspiradora do sentido da vida, individual e em sociedade, confronta-se com a forte tradição cultural do Povo Português, muito marcada pela milenária influência do cristianismo, com um sentido de responsabilidade global, afirmada na aventura dos Descobrimentos e no entusiasmo missionário, partilhando o dom da fé com outros povos. O ideal cristão da universalidade e da fraternidade inspiravam esta aventura comum, embora a influência do iluminismo e do laicismo se tivesse feito sentir também. A referida tradição originou aquilo a que podemos chamar uma “sabedoria”, isto é, um sentido da vida e da história, de que fazia parte um universo ético e um “ideal” a cumprir por Portugal, que sempre procurou relacionar-se com o resto do mundo» – disponível em http://www.vivaopapa.com/pdf/palavras_do_papa_em_portugal.pdf. Aliás, os conflitos que porventura ocorram entre maioria e minorias deverão ter em conta que estas últimas têm direito ao reconhecimento das suas convicções. Decorre esse respeito da Constituição e do sentido intrínseco dos direitos em questão. E há que distinguir os casos em que uma solução exprime o sentido ideológico do «pensamento maioritário», o que acontece decerto bastantes vezes, daqueles outros casos, não menos relevantes contudo, em que a expressão que se identifica é muito mais a transformação, operada com o tempo, entre uma ideia religiosa, entretanto diluída, e uma substituição por traço cultural assumido em geral, em nome já de outros critérios e até valores – cfr. ETTORE GLIOZZI, “La laicità e il Consiglio di Stato”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, vol. 60, N.º 3, pp. 841-848 (845).

Entre nós o dolo não terá com a mesma desinquietada certeza a capacidade de ser relegado para fora do âmbito de preocupação neste ponto da invalidade matrimonial. Ao invés, justifica-se chamá-lo a depor através de referências dogmáticas legítimas.

Tomamos o ponto de partida: releva o dolo na fundamentação da invalidade matrimonial, em todos os casos? Deve ter-se por apodíctico que assim é?

Quando se engana voluntariamente alguém «sobre qualidades essenciais» e de modo a que desse engano decorra uma opção de vida (refere-se, claro, o outro nubente) nos antípodas da que sabemos que seria tomada no conhecimento da verdade, como agir?

Através do recurso a uma regra rígida, não se agirá diferentemente de qualquer outra situação. E o dolo não relevará.

Olhando a questão pelo crivo que pondera a relação muito essencial e específica aqui em questão (relação de intimidade; partilha de vida; reflexos sobre a personalidade...) concluímos que não repugna, antes se suscita, ponderar algum critério de relevância do artifício, do embuste e dos efeitos na personalidade e na vida que daí vão decorrer.

Atenta a uma ordem jurídica que prejudica absolutamente outra “saída” para a situação, pois que desconsidera o divórcio; mas, pelo menos de igual modo, atenta aos princípios de autenticidade da vontade manifestada enquanto vontade matrimonial vocacionada para um projecto de vida, também em verdade, a Igreja salvaguarda a relevância de certos casos de dolo. E trá-los a produzir efeitos. No ponto que nos importa, através do Cãnone 1098 já referido e a que voltaremos.

Ocorre perguntar. Poderia ser assim entre nós?

Foi já afirmado que a doutrina teve acolhimento muito recente.

Argumentar-se-á que mais depressa se intenta uma acção de divórcio do que se espera por uma lei não assente no nosso caldo de cultura jusfamiliar e que lutará contra os

anticorpos que sempre existem às ideias e às fontes para que aponta.

Mas caberá sobretudo ter em conta que o domínio do Matrimónio, neste tempo em que se discute mais e se extrema, ganha em reforço de autenticidade. E apenas se empobrece, juridicamente por certo, esgrimindo com paliativos. Quem não comungou no mesmo projecto matrimonial não quis realmente casar-se. Quem se divorcia, tê-lo-á querido alguma vez.

§ 5. CONCLUSÃO

É verdade que a *Cour d'Appel de Douai*, apreciando em 2.^a instância o Matrimónio de dois muçulmanos, foi sensível ao argumento. Sem o uso da terminologia dogmática, o princípio está lá. Ou seja: não surge uma teoria geral sobre a relevância do erro, mas surge uma cadeia de argumentos que o indeferem neste caso.

Ainda assim, ocorre chamar a depor as dúvidas que nos suscitam. Será que se teve em conta uma possível relevância do erro (contrária à tendência geral) mas se decidiu afastá-la sempre que tal erro indicie provir de uma vontade débil: a parte que se sente menos protegida na celebração; aquela parte que tenta fazer valer os alegados trunfos de uma “menoridade” que admite ser-lhe reconhecida?

Coloquemos o caso do erro noutra sede: a de um nubente que se julga portador de doença grave e que pode comprometer a saúde do parceiro ou da descendência, mas que não revela a situação. Admita-se que a doença encontrara entretanto cura e tal ocorrera antes que o cônjuge se tivesse apercebido da situação inicial. Nesta outra situação, verificasse que, reportada a situação ao momento do casamento, era um caso integrado na lei. Mas deixara de o ser entretanto. Deve entender-se o casamento por válido? Ou, por via de uma leitura ampliadora da circunstância pessoal, que o

legislador encarou como perene, ao menos duradoura, mas na realidade deixou de o ser, deverá admitir-se que aquela qualidade sobre que incide o erro é ainda essencial? Optar por esta tese é intrinsecamente desconforme ao sentido da lei: afirmamo-lo sem reserva. De facto, o sentido dos fundamentos de invalidade que a lei continha, no passado, assentava em constituírem âmbitos da vida em que a qualidade visada tinha, pelo seu reflexo na vida, o sentido de um estado pessoal em contradição com aquela representação do mesmo estado pessoal sobre que assentou a decisão matrimonial.

Assim sucedia mesmo num caso em que mais dúvidas se nos apresentam sobre o sentido da invalidade. Trata-se do erro sobre a nacionalidade. O Estado português integrou-o na lei tendo em conta a sua auto-representação acerca do valor do mesmo: o Estado e a Pátria têm um valor essencial em todas as dimensões da vida e por isso a vida pessoal está aqui presente. E ainda, reflexamente porventura, na representação pessoal desta integração estatal na ordem de valores que os cidadãos assumem. Mentir sobre o Estado seria mentir sobre algo tão importante quanto a nacionalidade. Mas se o nubente que mentiu entretanto a perdesse porque mudaram as regras de nacionalidade? Se assim fosse, a continuidade da relação entretanto estabelecida poderia ficar imune a este facto, como poderia não ficar. Este aspecto não deixaria de carecer de uma ponderação casuística.

Porém, ao nível do erro inclinamo-nos a pensar que existem casos em que este sobreleva a evolução das circunstâncias fundamentadoras de invalidade, a ponto de não dever ser totalmente relevado. Razões que não provêm de uma nova abordagem do Direito, antes de um poder repristinar a noção jurídica que está aí. Desde logo, com aplicação na ordem jurídica portuguesa do plano do casamento canónico e das invalidades deste. E não se suscita um aproveitamento?

ÍNDICE

PREFÁCIO	7
PARTE I – Introdução	13
§ 1. O objecto do Direito da Família	15
1.1. Intróito	15
1.2. O tema de Direito Civil mais dinâmico?	16
1.2.1. Da sociedade industrial aos novos direitos e às realidades ainda mais recentes	17
1.2.2. Novos grupos familiares. A convicção dos ganhos pelo casamento por parte dos homossexuais	18
1.2.3. O reconhecimento de alternativas à filiação	25
1.2.4. A atitude (dogmática?): o “direito dos afectos”	29
1.2.5. Os anos sessenta e as grandes mudanças	31
§ 2. As estratégias de estudo do Direito da Família ...	36
2.1. Tornar proeminente o que mais se evidencia e ocultar a outra realidade jurídica?	36
2.2. O inevitável influxo interdisciplinar	38
2.3. Os problemas da sequência da matéria	54
2.4. As mudanças nas fontes	56
2.5. Um outro regime legal de Família?	58
2.6. O actual conceito de Família.....	62
§ 3. As características contemporâneas do Direito da Família	63
3.1. A história recente	64

3.2. Um Debate na Faculdade de Direito e uma Reforma <i>jusfamiliar</i>	69
3.3. O ensino do Direito da Família	72
3.4. O maior ganho da Reforma de 1977 (estatuto das mulheres, estatuto dos jovens antes referido) à luz das evoluções mais recentes	75
3.5. O menor avanço no reconhecimento dos direitos dos menores: do Direito legislado à aplicação	77
3.6. A filiação e os menores: a diferença	79
3.7. Os menores na Família	81
3.8. Teses recentes	84
3.9. Os diplomas internacionais: dimensão simbólica ou eficácia evidente?	89
3.10. Um direito personalista nas decisões	91
3.11. O Caso Linguístico Belga	93
§ 4. Considerações finais	95
4.1. «Para onde vamos? Para casa, sempre para casa...»	95
4.2. Indicação de sequência. Justificação	104
PARTE II – Trabalhos de alunos do 3.º Ano/Dia da FDUL, no ano lectivo de 2009/2010	107
I – A nova Lei do Divórcio e a importância dos deveres conjugais	109
§ 1. Os deveres conjugais	109
§ 2. A importância dos deveres conjugais antes da Lei n.º 61/2008, de 31/10	113
§ 3. Críticas à nova Lei do Divórcio	114
§ 4. Os deveres conjugais à luz da nova Lei do Divórcio	117

II – O artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil: algumas notas sobre a sua constitucionalidade	121
§ 1. Breve panorama da jurisprudência	123
§ 2. Taxatividade do elenco contido no n.º 2 do artigo 496.º?	125
2.1. Interpretação actualista, em harmonia com a <i>ratio legis</i>	126
2.2. Argumento histórico	127
2.3. Argumentos constitucionais	129
2.4. Argumento de Direito Comparado	132
2.5. Lugar paralelo	132
§ 3. Balanço	133
III – Falta de virgindade: erro sobre qualidade essencial da pessoa?	135
IV – A relevância (ou irrelevância) do dolo como causa de anulabilidade do casamento	141
§ 1. Introdução	141
§ 2. Dolo no Direito Civil	141
2.1. Generalidades	141
2.2. <i>Dolus malus</i> e <i>dolus bonus</i>	143
2.3. Requisitos	144
§ 3. Artigo 1636.º do Código Civil: irrelevância do dolo?	144
§ 4. Dois casos de possível relevância	147
4.1. Acórdão Lille	147
4.2. Caso da esterilidade	147
§ 5. Relevância do dolo	148
5.1. De <i>iure condito</i>	148
5.2. De <i>iure condendo</i>	149

§ 6. Conclusão: relevância da boa fé enquanto princípio geral de Direito	150
APÊNDICES	153
APÊNDICE I – O caso linguístico belga	155
A – Arrêt du 23 Juillet 1968 rendu par la Cour Européenne des Droits de L’Homme, en l’affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en belgique”	155
B – Comentário crítico	281
APÊNDICE II – O caso de Lille/Douai	299
A – Arrêt du 17 Novembre 2008 rendu par la cour D’Appel de Douai	299
B – Comentário crítico	308