



Universidades Lusíada

Vida intrauterina, início da personalidade, família e crianças : direito interno e transnacional

<http://hdl.handle.net/11067/7034>

<https://doi.org/10.34628/r9w7-gq17>

Metadados

Data de Publicação	2023
Editor	Universidade Lusíada
Palavras Chave	Feto - Estatuto legal, leis, etc., Crianças - Estatuto legal, leis, etc., Direito da família
Tipo	book
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ILID-CEJEIA] Livros

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T12:56:15Z com informação proveniente do Repositório

Ana Sofia Gomes
(Coordenação)

Vida intrauterina,
início da personalidade,
família e crianças

**DIREITO
INTERNO E
TRANSNACIONAL**



Universidade
lusíada
editora

Ana Sofia da Silva Gomes
(Coordenação)

**VIDA INTRAUTERINA,
INÍCIO DA PERSONALIDADE,
FAMÍLIA E CRIANÇAS:
DIREITO INTERNO E TRANSNACIONAL**



CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSIADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL VIDA INTRAUTERINA, INÍCIO DA PERSONALIDADE, FAMÍLIA E CRIANÇAS : DIREITO INTERNO E TRANSNACIONAL, Lisboa, 2022

Vida intrauterina, início da personalidade, família e crianças : direito interno e transnacional / coordenação de Ana Sofia Gomes

Realizado em: Universidade Lusíada (Lisboa), 17 e 18 de maio de 2022.

ISBN 978-989-640-257-0

I. GOMES, Ana Sofia, 1972- , coord.

1. Feto - Estatuto legal, leis, etc.
 2. Crianças - Estatuto legal, leis, etc.
 3. Direito da família
- CBC K642. G66 2023

Ficha Técnica

Coordenação	Ana Sofia da Silva Gomes	ISBN	978-989-640-257-0
Título	Vida intrauterina, início da personalidade, família e crianças: direito interno e transnacional		
Local	Lisboa	Depósito Legal	528679/24
Ano	2023		
Apoio	Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto «UIDB/04053/2020»		
DOI	https://doi.org/10.34628/r9w7-gq17		
Editora e distribuidora	Universidade Lusíada Editora Rua da Junqueira, 188-198 – 1349-001 Lisboa • Telefone: +351 213 611 560 URL: http://editora.ulusiada.pt • E-mail: editora@lis.ulusiada.pt		
Capa	Mário Moreira	Paginação	João Paulo Fidalgo
Impressão e Acabamentos	Estria - Produções Gráficas S.A. Rua Torcato Jorge, N° 1, Sub-Cave Odivelas (Ramada) 2675-359 Póvoa de Santo Adrião Tel.: 219 385 669 E-mail: estriasa@gmail.com		
Tiragem	100		
Solicita-se permuta – On prie l'échange – Exchange wanted – Pidese canje – Sollicitiamo scambio – Wir bitten um Austausch Casa do Conhecimento da Universidade Lusíada Rua da Junqueira, 188-198 - 1349-001 Lisboa Telefone: +351 213 611 560 E-mail: mediateca@lis.ulusiada.pt			

© 2023, Universidade Lusíada

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia da Editora.

O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vincula a Universidade Lusíada.

Distribuição gratuita. Não é permitida a sua comercialização.



SUMÁRIO

Intróito	
Ana Sofia Gomes	5
Questões de particular importância - Breves notas	
Carla Xavier Coelho	7
Surrogate Mother. The Greek Law	
Eugenia Dacoronia	19
La sustracción internacional de menores en tiempos de Covid-19	
Javier Carrascosa González	31
O direito pediátrico e o direito da família	
Jorge Duarte Pinheiro	59
Personalidade Jurídica Pré-Natal	
José A. R. L. González	73
Linhas gerais de reconhecimento de decisões de outros Estados-Membros ao abrigo do regulamento Bruxelas II TER	
Luís de Lima Pinheiro	101
The EU family: is marital status emerging as a prohibited ground of discrimination?	
Nausica Palazzo	123
Legal aspects of Surrogacy in Bulgaria	
Radostina Nikodimova	147

INTROITO

A presente publicação reúne algumas das comunicações apresentadas na Conferência Internacional Vida Intrauterina, início da personalidade, família e crianças: direito interno e transnacional, que teve lugar nos dias 17 e 18 de maio de 2022 na Universidade Lusíada de Lisboa.

O evento foi apoiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do projeto de UIDB 04053/2020.

Lisboa, novembro de 2023

Ana Sofia Gomes

QUESTÕES DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA BREVES NOTAS

Carla Xavier Coelho
Juíza de Direito

DOI: <https://doi.org/10.34628/qyc8-hf87>

Resumo: O texto aborda e procura densificar o que seja uma questão de particular importância à luz do direito português. Trata-se de um conceito geral que carece de uma densificação que tem sido feito, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. O texto procura identificar os pontos essenciais dessa construção, tendo em vista contribuir para o seu esclarecimento e posterior teorização.

Palavras-chave: Co-parentalidade; Responsabilidades parentais; Direitos das crianças.

Abstract: The text addresses and seeks to clarify what is an issue of particular importance in light of the portuguese law. It is a general concept that requires densification, which has been done, both by doctrine and by jurisprudence. The text seeks to identify the essential points of that construction, aiming to contribute to its clarification and subsequent theorization.

Keywords: Co-parenting; Parental responsibilities; Children's rights.

Como é sabido, o exercício das responsabilidades parentais (termo que substituiu no âmbito da Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro o anteriormente usado “poder paternal”) traduz o conjunto de

faculdades entregues aos progenitores, sendo exercidas no interesse dos filhos de forma a assegurar o seu sustento, saúde, segurança, educação, a representação e a administração dos seus bens (artº 1878º do Código Civil, doravante CC).

Os pais ficam investidos na titularidade das responsabilidades parentais, independentemente da sua vontade e por mero efeito da filiação, sendo este o meio de suprir a incapacidade de exercício de direitos por parte da criança (artº 124º do CC) e são preenchidas por um complexo conjunto de poderes e deveres funcionais atribuídos legalmente aos progenitores para a prossecução dos interesses pessoais e patrimoniais de que o filho menor não emancipado é titular.¹ Trata-se de uma densificação do direito/dever que lhes é atribuído no próprio plano constitucional, *maxime* no artigo. 36º da Constituição da República Portuguesa (CRP). O indicado preceito legal reconhece a todos o direito de constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade. Uma das facetas desse direito a constituir família é o direito e dever dos progenitores a educarem e manterem os filhos.

Como ensina Jorge Duarte Pinheiro² afastamo-nos já decisivamente pré-filocêntrico do direitos parentais em que o poder paternal estava ainda estruturado sobre o interesse dos pais, sendo visto como um direito subjetivo dos mesmos. Hodiernamente, porém, existe uma evidente orientação filocêntrica, aliás patente na própria nomenclatura adoptada.

O exercício dos direitos e deveres dos progenitores está funcionalizado à salvaguarda, promoção e realização do interesse da criança e não ao interesse próprio dos progenitores. Para além desta mudança de perspectiva, importa ainda ter em atenção o princípio da igualdade dos progenitores no exercício desses direitos/deveres. A Convenção sobre os Direitos da Criança consagrou o princípio de que ambos os progenitores partilham a responsabilidade na

¹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 02/05/2017, processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1, disponível em texto integral no sítio DGSJ.

² *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª reimpressão, 3ª edição, Lisboa, aafdl, 2012, p. 319.

educação e no desenvolvimento da criança e de que constitui sua responsabilidade prioritária a educação e o bem-estar da mesma (art.ºs. 18º n.º 1 e 27º n.º 2 da Convenção). Por sua vez, Convenção Europeia sobre os Exercício dos Direitos da Criança, utiliza a expressão “responsabilidades parentais” a propósito da titularidade e do exercício dos poderes-deveres que integram as funções parentais (art.ºs. 1º n.º 3, 2º al. b), 4º n.º 1 e 6º al. a), desta Convenção).

É neste quadro legislativo que devemos situar a Lei n.º n.º61/2008, de 31 de Outubro que introduziu entre nós a figura das responsabilidades parentais com a configuração actual. É no art. 1906º do CC que encontramos o conceito de “questões de particular importância”. A disposição em apreço é algo extensa, regulando o essencial do regime do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade e anulação de casamento.

Relevam neste momento os três primeiros números daquele preceito. Da sua hermenêutica retiramos desde logo a clara vontade do legislador português em equiparar as crianças dos casais parentais que já não são eles próprios um casal à situação que viviam antes da ruptura dessa relação. Daí que o legislador português, seguindo o que parece ser um caminho comum a outros legisladores que nos são próximos tenha erigido a regra geral de que *“as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.*

O próprio legislador admite a existência de excepções logo no n.º 2 do preceito, acolhendo a existência de situações em que o exercício comum das responsabilidades parentais atinentes a questões de particular importância para a vida da criança possa ser contrário aos seus interesses. A lei permite então que o tribunal, em decisão fundamentada, determine que tais responsabilidades possam ser exercidas apenas por um dos progenitores.

O n.º 3 do indicado preceito legal reporta-se aos actos da vida corrente do filho:

“O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente. (...)”

Da leitura deste preceito legal tiram-se desde logo três pontos. Por um lado, a necessidade de contrapor actos correntes a decisões de particular importância. Por outro lado, a verificação de que os primeiros são de exercício singular (ainda que o progenitor que não reside habitualmente com a criança não deva contrariar as orientações educativas mais relevantes impostas à mesma pelo progenitor com quem reside) e as segundas pertencem a ambos os pais. Por último, que existem duas excepções à regra da decisão conjunta dos progenitores. Uma decorrente da urgência com que a decisão tem de ser tomada (o que, naturalmente, indica tratar-se de uma situação pontual, por exemplo, em caso de acidente ou doença subida ter de tomar decisão imediata sobre uma qualquer operação ou tratamento, sob pena de risco grave para a vida ou integridade física da criança). E outra, a decidir, pelo Tribunal, quando esse exercício conjunto não for considerado pelo Tribunal como salvaguardando o superior interesse da criança. Desde logo, nas situações previstas no art. 1906º A do CC. Mas também outras situações podem ser equacionadas como a impossibilidade ou extrema dificuldade em estabelecer o contacto com um ou ambos os progenitores (por estar em parte incerta e não ser contactável com previsibilidade), ou o desinteresse manifesto pela vida do filho.

Na falta de acordo entre os progenitores quanto a questão de particular importância a decisão é tomada pelo Tribunal, através do mecanismo previsto no art. 44º do CC.

A primeira questão que se coloca perante a apresentação de um requerimento desta natureza é a de perceber se efectivamente a questão é de particular importância ou se insere nos actos correntes da vida da criança. A distinção nem sempre é linear, sendo

consensual na doutrina que há uma ampla zona cinzenta. Importa ter em atenção, contudo, que o legislador pretendeu dar um âmbito restrito ao conceito, como resulta claro da Exposição de Motivos da lei n.º 509/X.³

O legislador socorre-se de conceitos indeterminados e abertos, cabendo ao intérprete determinar se a situação concreta que surge tem ou não enquadramento no preceito legal. O recurso a tais conceitos é inevitável perante a necessidade de plasticidade e flexibilidade para ir ao encontro das diferentes questões que diariamente se colocam a quem exerce funções nesta área do Direito. Impõe, contudo, a quem a elas recorre um exercício de rigor e disciplina, tendo sempre presente que não cabe ao Estado através dos Tribunais substituir-se aos cidadãos e cidadãs na decisão e gestão das suas vidas diárias, tendo de ter-se em atenção o quadro constitucional vigente (cfr. art. 36º da CRP).

Como acima se escreveu, para delimitar se uma questão é ou não de particular importância (determinando, na afirmativa, a intervenção do Tribunal no quadro do art. 44º do RGPTC) haverá desde logo de distingui-la do de “responsabilidades parentais correntes”, que lhe é paralelo.

Aquelas agregam, desde logo, o conjunto de poderes/deveres de quem tem consigo a criança, tendo de determinar o modo como o quotidiano da mesma é organizado. Cabem àquele com quem a criança vive ou com quem ela está com carácter de habitualidade. Não há uma lista taxativa de quais sejam esses actos. Contudo, o facto de pertencerem a quem se ocupa da criança habitualmente e de poderem ser delegados, permite concluir que estamos a falar de actos eminentemente funcionais e que têm habitualidade. A este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Maio de 2007, já acima citado, relatado pelo Ex.mo Desembargador

³ Neste sentido, *vide* Clara Emanuel Coelho da Silva Fernandes, *O Exercício de Responsabilidades Parentais quanto a Questões de Particular Importância*, Coimbra, 2019, p. 28, disponível através do link: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/86415/1/O%20exerc%C3%ADcio%20das%20Responsabilidades%20Parentais%20quanto%20%C3%A0s%20Quest%C3%B5es%20de%20Particular%20Import%C3%A2ncia.pdf>

Pedro Brighton são indicados a título exemplificativo, mas com preocupação de exaustividade: as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, actividades e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contactos sociais; o acto de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espectáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina. Pode também incluir-se o cumprimento do plano de vacinação (tomada de vacinas obrigatórias).

Existem sempre situações pontuais a carecerem de reflexão individualizada. Por exemplo, se a actividade desportiva incluir a prática dos chamados desportos radicais que, pelo menos em tese, implicam um maior grau de risco para a vida e integridade física dos praticantes, crê-se que a autorização para a sua prática poderá ser entendida como questão de particular importância. A mesma dúvida se coloca se estiver em causa a realização de uma tatuagem. Trata-se de um acto de vida corrente ou, atendendo ao seu carácter tendencialmente permanente deve ser equiparado a operações estéticas, as quais (pelo seu carácter não essencial e riscos que podem comportar) são vistas como questões de particular importância? Devemos ponderar na distinção o tamanho da projectada tatuagem ou a zona do corpo em que se pretende realizá-la?

De uma forma geral, a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm entendido que as questões de particular importância se caracterizam pela sua raridade na vida da criança, surgindo como questões graves, centrais e fundamentais para o desenvolvimento daquela.

Feita esta delimitação, temos autores que sustentam uma visão mais subjectiva ou personalizada do que possam ser em concreto ser essas questões e os que preconizam uma interpretação mais objectiva do conceito. No primeiro grupo, Maria Clara Sottomayor preconiza que as questões de particular importância devem variar de acordo com cada criança, tendo em atenção a sua personalidade e os costumes de cada família.⁴ A autora defende ainda uma in-

⁴ Neste sentido, vide Maria Clara Sottomayor, *A Regulação do exercício de responsabilidades*

interpretação restritiva do conceito, a fim de evitar a incerteza para o progenitor residente e para terceiros. Esta interpretação restritiva parece ser consensual entre os autores portugueses, sendo certo que parece ser maioritária a perspectiva objectivista quanto à identificação dos temas que ali podem ser inseridos.

Pela minha parte, parece-me ser de acolher uma visão restritiva e tendencialmente objectivista do que seja questões de particular importância, fiel, afinal, ao desiderato do legislador, que as quis cingir, a esse núcleo essencial. Como escreveram Helena Bolieiro e Paulo Guerra trata-se de questões existenciais graves e raras na vida de uma criança, questões essas que pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças⁵, indicando a tal propósito intervenções cirúrgicas no filho (inclusive as estéticas); saída do filho para o estrangeiro, não em turismo mas em mudança de residência, com algum carácter duradouro; saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida; obtenção de licença de ciclomotores; escolha de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho; decisões de administração que envolvam oneração; educação religiosa do filho (até aos seus 16 anos prática de atividades desportivas que representem um risco para a saúde do filho; autorização parental para o filho contrair casamento; orientação profissional do filho; uso de contraceção ou interrupção de uma gravidez; participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho”. O seu enquadramento deve, assim, ser feito com recurso a uma interpretação actualista e dentro do contexto sócio-cultural em que vivemos, não sendo dependente de meras concepções pessoais.

Ana Sofia Gomes⁶ alerta para a dificuldade em traçar uma fronteira segura entre os dois conceitos. A autora põe ainda em relevo possíveis obstáculos decorrentes das diferentes perspectivas de

parentais em caso de divórcio, Coimbra, Almedina, 6ª edição, p. 320 e seguintes.

⁵ Assim, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, citados por Clara Silva Fernandes, em *O exercício das responsabilidades parentais em questões de particular importância*, cit, p. 29.

⁶ *Responsabilidades Parentais* – 3ª edição (actualizada e revista), Lisboa, Quid Iuris?, 2012, p. 71.

vida que, com frequência, os progenitores têm, reflectindo-se no modelo educacional que pretendem para os filhos.

Actualmente, o trabalho da jurisprudência e doutrina nacionais permitiu já identificar um núcleo de questões habitualmente entendidas como sendo de particular importância, quer na esfera pessoal da criança, quer na sua esfera patrimonial.

No âmbito da esfera pessoal são temas comuns entre nós a decisão entre escola pública e escola privada, bem como entre escolas privadas, desde logo quando esteja em causa:

- a) mudança entre escolas privadas; escola com currículo tradicional e outra com currículo alternativo; escola com ensino religioso e escola laica;
- b) integração da criança em ensino doméstico ou estando ela em ensino doméstico, integração em ensino comum. Outras questões, como a distância entre os estabelecimentos escolares e a residência da criança e de ambos os progenitores podem relevar para qualificar a questão como sendo de particular importância.

As questões relacionadas com educação religiosa são igualmente entendidas como sendo de particular importância.⁷ A este propósito, cabe sublinhar terem os progenitores têm o direito de criar o filho/a de acordo com as suas convicções, em posição de equilíbrio com o outro. Não estamos, pois, a falar, creio, na exposição a ensinamentos de uma ou outra religião, ou a doutrinas agnósticas e ateias. O que está em causa é a efectiva prática de actos de especial relevo numa religião (como a administração de sacramentos). Também a insistência em integrar a criança em determinada prática religiosa ou a ausência dela contra a vontade do menor deve ser entendida como questão de particular importância.

⁷ Neste sentido, por exemplo, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Novembro de 2021, proferido no âmbito do processo n.º1117/14.0TMLS-B-F. L1.7, disponível em texto integral no sítio DGSI, bem como o Acórdão do mesmo Tribunal proferido a 21 de Junho de 2012, disponível através do link: jurisprudencia.pt/acordao/72860/.

Tema cada vez mais frequente é o das deslocações da criança ao estrangeiro. As viagens em turismo acompanhadas por progenitor são hoje entendidas actos de gestão corrente que não carecem do consentimento⁸. Distinta poderá ser a questão se estiver em causa viagem que ponha em perigo a vida ou a integridade física da criança, por exemplo, pela natureza do destino escolhido (por exemplo, país em guerra civil, situação pandémica ou outra ameaça à saúde pública de relevo) ou ainda qualquer circunstância pessoal da criança (por exemplo, problemas de saúde da mesma que possam desaconselhar a viagem ou o destino turístico escolhido).

Já as questões de mudança de residência da criança para o exterior com algum carácter de durabilidade consubstanciam questões de particular importância (por exemplo, acompanhar um dos progenitores que emigre ou ir estudar para o estrangeiro).⁹

Mesmo as mudanças dentro do território nacional podem traduzir-se em questões de particular importância. Afirmam alguns autores que num país como o nosso (não muito grande e com uma rede de transportes) poderia equacionar-se esta questão como sendo antes acto corrente¹⁰. Importa distinguir. Se estivermos a falar de uma mudança para cidades próximas entre si tratar-se-á, em princípio, um acto da vida corrente, atenta a pouca distância e a existência de acessos e transportes. Todavia, mudanças para cidades mais distantes entre si (por exemplo, de Lisboa para Bragança ou do Porto para Castelo Branco) acarretam alterações significativas na vida das crianças (escola, núcleo de apoio, amigos, bem como relação com o progenitor com o qual não residem – direito da crian-

⁸ Assim, por exemplo, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proferido no âmbito do processo n.º 4775/15.4T8PRT – C. P! datado de 27 de Janeiro de 2020.

⁹ A título meramente exemplificativo, vide Ac. STJ de 28 de Setembro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1, bem como Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Setembro de 2020, proferido no processo n.º 18383/17.1T8LSB – AL1-6 ou Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 04 de Fevereiro de 2016 (processo n.º 1233/14. TBGMR – G1) e de 7 de Fevereiro de 2019 (processo n.º 784/18.0T8FAF – B GI), todos disponíveis em texto integral no sítio DGSI.

¹⁰ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*, 6ª edição, Almedina, p. 320.

ça ter uma relação próxima com ambos os progenitores pode ser afectado). Cabe ainda ter em conta que na decisão desta matéria é preciso ponderar as concretas condições de vida dos progenitores, quer para aferir dos ganhos efectivos que a mudança trouxe para as crianças, quer para perceber a real capacidade do progenitor que fica efectivamente deslocar-se ir ao encontro da criança.

Constitui igualmente decisão de especial importância o consentimento para aquisição de nacionalidade diversa da que foi atribuída à nascença à criança (em cumulação ou por exclusão da primitiva).

No âmbito das questões relacionadas com a saúde da criança é pacífico que estão integradas nas questões de particular importância as intervenções cirúrgicas que ponham em causa a vida ou a integridade física da criança; as intervenções estéticas e a decisão de interrupção voluntária de gravidez. Tem sido questionado se o acesso a meios contraceptivos deve também ser integrado como questão de particular importância. A meu ver, não. Desde logo, porque o uso de contraceptivos não acarreta qualquer perigo para a vida ou saúde do jovem. Depois, porque no nosso país vigora o direito de livre acesso a consultas de meios de planeamento familiar para todos os jovens em idade fértil.¹¹ Deve também ser entendido como acto de especial importância o consentimento para adopção de filho do menor, nos termos do art. 1982º do CC, bem como celebração de casamento entre os 16 e os 18 anos (cfr. art. 1612º do CC).

Estas são as questões que até agora foram sendo trazidas à atenção da doutrina e jurisprudência nacionais, sendo certo que a dinâmica da vida e a natureza indefinida do conceito conduz a um natural renovar das mesmas, obrigando o intérprete a rever a sua visão atendendo às características do caso concreto que se lhe apresentam.

Não sendo o tema desta breve intervenção não posso deixar de salientar a importância que na solução destes dissídios tem a audição da criança e a ponderação da sua forma de pensar e sentir

¹¹ Neste sentido, Silva Fernandes, ob. cit.

quanto à concreta questão que lhe é colocada. A audição das crianças entre nós é obrigatória a partir dos doze anos. Todavia, é prática ouvi-la antes dessa idade, tendo em atenção a sua perspectiva, balizada pela maturidade que apresenta. Nas questões de particular importância tal audição reveste relevo especial, atenta a essencialidade da decisão a proferir para a sua vida. Tanto mais que assistimos nos nossos dias, cremos, a uma mudança de paradigma no modo como os direitos das crianças são percebidos. Se a atribuição de direitos às crianças, acompanhados de meios processuais para a sua defesa, foi um momento revolucionário no nosso percurso civilizacional, o momento presente, não o é menos. As crianças têm direitos exercidos em seu benefício e são elas próprias sujeitos de direitos, a exercer em nome próprio, num exercício efectivo e desafiante de direito a ser ouvida e a falar por si e subsunção do seu discurso à sua maturidade e demais circunstâncias envolventes.

Conclusão

Das breves notas apresentadas cremos poderem retirar-se algumas ilações. Desde logo, o contraponto pacífico entre questões de particular importância e actos da vida corrente na existência da criança, distinção emergente dos n.ºs 1 a 4 do art. 1906º do CC. Por outro lado, a necessidade de, em obediência ao espírito da lei, reconduzir o conceito de actos de particular importância a um núcleo essencial, restrito e raro de questões que podem colocar-se na vida da criança. A conveniência, em nome da estabilidade do direito da família e do tecido social que serve de esteio à mesma, bem como da segurança jurídica dos cidadãos, de adoptar uma visão objectivista de quais devam ser as questões entendidas como de particular importância. Sem nunca perder de vista que a solução legislativa de fazer usos de conceitos indeterminados e cláusulas abertas é normalmente sinal de que o legislador intui a sua incapacidade de antever todas as situações possíveis, o que é um alerta para o aplicador do Direito estar atento ao dinamismo social e novas questões que vão sendo colocadas.

Bibliografia

Fernandes, Clara Emanuel Coelho da Silva. *O Exercício de Responsabilidades Parentais quanto a Questões de Particular Importância*. Coimbra, 2019.

Gomes, Ana Sofia. *Responsabilidades parentais*, 3ª edição (actualizada e aumentada). Quid iuris, Lisboa 2012.

Pinheiro, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª reimpressão, 3ª edição. Lisboa, aafdl, 2012.

Sottomayor, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*. 6ª edição, Almedina.

SURROGATE MOTHER. THE GREEK LAW.

Eugenia Dacornia

Cathedral Professor of Civil Law, National and Kapodistrian University of Athens Law School; Attorney-at-Law
DOI: <https://doi.org/10.34628/0609-yj60>

Abstract: According to the Greek Civil Code (GCC), medically assisted human reproduction (MAHR) is permitted in order to treat the incapacity to have children by natural way or to avoid the transmission of a severe genetic disease to the child or to maintain fertility, regardless of medical necessity. Such medical assistance is permissible up to the reproductive age of the assisted person (54th year of age and 0 days when the latter is a woman). Women aged fifty years and one day (50 years and 1 day) to fifty-four years (54 years and 0 days) may be subjected to MAHR only with the permission of the National Authority for Medically Assisted Reproduction. The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her (Surrogacy) is allowed by a court permit issued before the transfer, so long as there is a written, and without any financial benefit (consideration), agreement among the parties involved, i.e. the persons wishing to have a child and the surrogate mother and, if the latter is married, her spouse as well. The woman asking for the court permit or the woman who gestated can have their permanent or provisional residence in Greece. Regarding the issue of whether an unmarried single man has the possibility of accessing the method of surrogacy, the most recent jurisprudence denies this possibility to the single man, on the ground that the nature of men and women is different, that only a woman can be pregnant and give birth and, as a consequence, she is the only

one who can have the relevant medical impotency, which allows her to have recourse to the surrogate mother.

The identity of the third persons who have offered gametes or fertilized ova may, at the option of those persons, be anonymous or not, or be disclosed to the child after the child has reached the age of majority, if the child so requests. If the third person chooses to be anonymous, the medical information concerning him or her shall be kept in a confidential file without any indication of his or her identity. Access to this record shall be allowed only to the child and for reasons related to his or her health. It shall not be possible to establish paternity or maternity with the third donor or donor, nor shall it be possible to create any obligations on them. The choice of an anonymous or named third donor shall be made by the assisted person and, in the case of marriage, cohabitation pact or unmarried union, by both spouses or partners. The identity of the child and its parents shall not be disclosed to third donors of gametes or fertilized ova.

Keywords: Age of the assisted person; Court permit; Disclosure of the Donator; Donation of cryo-preserved sperm and ova; Medical examination; Medically assisted human reproduction (MAHR); National Authority for Medically Assisted Reproduction; Permanent or provisional residence in Greece; Registration in the Birth Registry; Single man and surrogacy; Written Consent.

Resumo: De acordo com o Código Civil Grego (CCG), a reprodução medicamente assistida (RMA) é permitida para tratar a incapacidade de ter filhos por via natural ou de evitar a transmissão de uma doença genética grave para a criança ou para manter a fertilidade, independentemente da necessidade médica. Essa assistência médica é permitida até a idade reprodutiva da pessoa assistida (54 anos de idade e 0 dias quando esta for mulher). Mulheres com cinquenta anos e um dia (50 anos e 1 dia) a cinquenta e quatro anos (54 anos e 0 dias) podem submeter um pedido à Autoridade Nacional de Reprodução Medicamente Assistida (ANRMA) e fazê-la com autorização daquela entidade. A transferência de óvulos transplantados para outra mulher e a gravidez dela (maternidade de substituição) é permitida por autorização judicial emitida antes

da transferência, desde que haja um acordo escrito, e sem qualquer benefício financeiro (contraprestação), entre as partes envolvidas, ou seja, as pessoas que desejam ter uma criança e a mãe substituta e, se esta for casada, o seu cônjuge também. A mulher que pede autorização judicial ou a mulher que gerou pode ter residência permanente ou provisória na Grécia. Quanto à questão de saber se um homem solteiro tem a possibilidade de acesso ao método de maternidade de substituição, a mais recente jurisprudência nega esta possibilidade ao homem solteiro, com fundamento que a natureza dos homens e das mulheres é diferente, que só uma mulher pode estar grávida e dar à luz e, como consequência, ela é a única que pode ter a impotência médica relevante, o que lhe permite recorrer à mãe substituta.

A identidade dos terceiros que ofereceram gametas ou os óvulos fertilizados podem, de acordo com o critério dos próprios, ser anónimos ou não, ou ser divulgado à criança depois que ela atingir a idade maioridade, se a criança assim o solicitar. Se a terceira pessoa decidir ser anónima, as informações médicas que lhe dizem respeito serão mantidas num arquivo confidencial sem qualquer indicação da sua identidade. O acesso a este registo será permitido apenas à criança e por razões relacionadas com a sua saúde. Não será possível estabelecer paternidade ou maternidade com o terceiro doador ou doador, nem será possível criar quaisquer obrigações sobre eles. A escolha do anonimato do terceiro doador nomeado, será feita pela pessoa assistida e, no caso de casamento, pacto de coabitação ou união de facto, por ambos os cônjuges ou companheiros. A identidade da criança e de seus pais não serão divulgadas a terceiros doadores de gametas ou óvulos fertilizados.

Palavras-chave: Idade da pessoa atendida; Autorização judicial; Divulgação do doador; Doação de esperma crio-preservedo e óvulos; Exame médico; Reprodução humana medicamente assistida (RHMA); Autoridade Nacional de Reprodução Medicamente Assistida; Residência permanente ou provisória na Grécia; Cadastro no Registo de Nascimento; Homem solteiro e maternidade de substituição; Autorização por escrito.

I. Convergence or Divergence from other legal orders?

“Immoral Contracts in Europe” is the 19th book in the series the “Common Core of European Private Law”, a project that was launched in 1993 at the University of Trento, in Italy, which adds an in-depth study of the law and practice on immorality of contracts in Europe. In this book, Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, one of the editors, comparing the answers given to a case regarding surrogate motherhood agreements,¹ by the contributors of 28 jurisdictions, to whom I had the honour to belong, resumes by saying that: “...Surrogate motherhood contracts are deemed unenforceable in the vast majority of the considered jurisdictions (25 out of 28). In this regard, a common core evidently exists. Only three legal systems run against the mainstream: Cyprus, Greece and Romania....”².

What are the reasons for which Greece deviates from the approach of the majority of the countries? As mentioned in the Greek jurisprudence,³ the right to reproduction, not only to the natural one, but also by means of the technology, constitutes a special aspect of the right to the personality and is based in art. 5 para. 1 of the Greek Constitution, which provides that “All persons shall have the right to develop freely their personality and to participate in the social, economic and political life of the country, insofar as they do not infringe the rights of others or violate the Constitution and the good usages”.

¹ For said answers see A. Colombi Ciacchi/ Ch. Mak/ Z. Mansoor (eds.), *Immoral Contracts in Europe*, Intersentia, Cambridge- Antwerp- Chicago, 2020, pp. 267-340.

² *Aurelia Colombi Ciacchi*, 28 Jurisdictions and 12 Types of Morally Dubious Contracts: To What Extent is There a Common Core?, (Case 5), *supra*, p. 724.

³ Thessaloniki Multi-member Court of First Instance 59/2019 *Dikaiossini* (=Justice, Dni) 2020, 812; Patras Multi-member Court of First Instance 398/2018 *Nomiko Vima* (= Legal Tribune, NoV) 2019, 455; 387/2019, published in data bank NOMOS.

II. Medically assisted human Reproduction (MAHR) and Relevant Greek Legislation

With this in mind, already in 2002, twenty years ago, the Greek legislator passed L. 3089/2002⁴ on medically assisted human reproduction (MAHR),⁵ which added a new relevant chapter in the Greek Civil Code (GCC, chapter eight, comprising of 6 articles, arts. 1455 to 1460⁶), allowing MAHR under certain conditions, provided therein. Three years later, in 2005, L. 3305/2005 on the application of the MAHR was enacted, regulating the general principles for it (respect of the freedom of a person and of the right to the personality and the satisfaction of the need to have descendants, but on the basis of the principles of bioethics and the interest of the child to be born, art. 1) and set the conditions for the application of the methods for the MAHR. According to its preamble,⁷ infertility, from which, according to the estimate of the World Health Organization approximately 15% of the totality of couples in reproductive age all over the world are suffering, is a serious problem with a lot of social and psychological consequences that needs to be medically treated and that ensuring effective ways of medical treatment constitutes a fundamental human right that is connected to the protection of the development of the personality of the individual. So, L. 3305/2005, in order to face the new reality and fill the existing then legislative lacuna, regulated the general frame for the application of MAHR, provided for the creation of the National Authority for Medically Assisted Reproduction, for

⁴ For its preamble see Kodikas Nomikou Vimatos (= Legal Tribune Code, KNoV) 50 (2002), p. 2622 f.

⁵ For the medical assistance in the human reproduction (in French) see *P. Agallopoulou*, *Les procréations médicalement assistées selon le droit hellénique*, in Odile Roy (ed.), *Réflexions sur le Pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2010, pp. 65-80 and the dissertation of *K. Rokas*, *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016. Français. NNT : 2016PA01D051.

⁶ Previous articles 1455-1460 GCC had been abolished with art. 17 of L. 1329/1983.

⁷ See KNoV 53 (2005), p. 23.

criminal and administrative sanctions in case of violation of its provisions, as well as for the insurance coverage of the assisted individuals by the social security program.

According to the above-mentioned provisions of the GCC, MAHR (artificial fertilization) is permitted only in order to treat the incapacity to have children by natural way or to avoid the transmission of a severe genetic disease to the child. Such medical assistance is permissible up to the reproductive age of the assisted person. Human reproduction by the method of cloning is prohibited. Gender selection of the child to be born is prohibited, unless a severe hereditary gender-related disease is to be avoided (art. 1455 GCC).

Though the preamble of L. 3305/2005, mentioned the 55th year of the woman's age as the age of natural reproductive ability,⁸ finally art. 4 para. 1 of said law stipulates that the reproductive age of the assisted person, when the latter is a woman, is considered the 50th year of age. The Piraeus Court of Appeal⁹ has held that this maximum age put by the legislator for women – contrary to men – after the elapse of which it is unrebuttably presumed that there is no natural capacity of reproduction, without giving the possibility to check whether there is natural capacity of reproduction, despite the age limit, at each particular case, does not raise a constitutional issue of lack of equality, as the natural capacity of reproduction of the two sexes is different.

However, not all Greek Courts apply this age limit very rigidly. In particular, the Multi-member Court of First Instance of Serres,¹⁰ in Northern Greece, permitted MAHR, though the woman seeking it exceeded the 50th year of age by one and a half month, as, according to the Court, the right to reproduction must not be hindered from the moment the risks for which the age limit has been set do not exist.

⁸ See KNoV 53 (2005), p. 25.

⁹ Piraeus Court of Appeal 275/2016, published in NOMOS, rejecting the appeal against the decision 391/2016 of the Piraeus Single-Member Court of First Instance.

¹⁰ Serres Multi-member Court of First Instance 4/2018, NoV 67 (2019), 458, followed by Remarks of V. Peraki, The Maximum Age Limit at the Medically Assisted Reproduction, NoV67 (2019), 460-465.

Also the Multi-member Court of First Instance of the city of Patras in the Peloponnese, in two cases,¹¹ allowed MAHR from the moment the 55th year had not been exceeded, with the same reasoning, given also that the woman seeking it was still in the natural reproductive age. To the contrary, the Multi-member Court of First Instance of the city of Irakleio,¹² in the island of Crete, is of the view, as the Piraeus Court of Appeal, that above mentioned art. 4 para. 1 L. 3305/2005 introduces an un rebuttably presumption about the reproductive age of the assisted person, which is not contrary to the Constitution; thus, the granting of a relevant permit to a woman exceeding the 50th year of age should be rejected. The relevant discussion, however, might come to an end, as, just recently it has been announced that the Government intends to raise the age limit to the 54th year.

Any medical act aiming at the assistance of human reproduction, pursuant to the stipulations of art. 1455 GCC, is undertaken with the written consent of the persons wishing to have a child. If the assistance concerns an unmarried woman, her consent and, in the case of a cohabiting relationship, the consent of the man she cohabits with, are furnished by a notarial deed. The consent is revoked with the same form up until the transfer of the sperm or the fertilised ova to the female body. Without prejudice to art. 1457 GCC, which provides for the *post-mortem* assisted reproduction,¹³

¹¹ Patras Multi-member Court of First Instance 398/2018 (the applicant was 54 years old), supra (fn. 3); 387/2019, (the applicant was 51 years old), supra (fn. 3).

¹² Irakleio Multi-member Court of First Instance 14/2019 (the applicant was 58 years old), published in NOMOS.

¹³ Art. 1457 GCC: "Assisted reproduction is allowed after the death of the spouse or the partner with whom the woman lived in free union by court permit and only if both of the following requirements are met:

- a. The spouse or the partner of the woman either suffered from a disease that could affect fertility performance or he was under a risk of death.
- b. The spouse or the partner had consented via a notary document to the *post-mortem* fertilization.

The assisted reproduction is carried out after the elapse of six months and before two years have passed from the death of the spouse or partner."

A child born after *post-mortem* fertilization is presumed, provided that the requested - according to article 1457 GCC - court permit is granted, to be born within marriage (art. 1465 para. 2 GCC).

the consent is presumed revoked if one of the persons, who had already consented, died before the transfer (art. 1456 GCC).

The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her (Surrogacy) is allowed, according to art. 1458 GCC – one of the most controversial regulations which was the object of severe critique not only by the opposition but also by the deputies of the majority at the discussions of the Parliament during its voting – by a court permit issued before the transfer, so long as there is the above mentioned written, and without any financial benefit (consideration), agreement among the parties involved, i.e. the persons wishing to have a child and the surrogate mother and, if the latter is married, her spouse as well. The payment of expenses required for the success of the pregnancy, gestation and puerperium does not constitute consideration.

The court permit is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is produced not only in regard to the fact that she is medically unable to conceive but also that the surrogate mother is in good health condition and able to conceive.

III. Necessary Conditions for the Issue of the Court Permit

More particular, the applicant, who wishes, but is not able, to gestate due to medical reasons, shall not exceed the age of natural reproduction ability, which is essentially fixed, as mentioned above, in the fiftieth year of her age. Additionally, both the woman who is about to gestate and the persons who wish to have a child have to be subjected to a medical examination concerning the viruses of human immunodeficiency (HIV1 and HIV2), hepatitis B and C and syphilis. The woman willing to gestate is further subjected to a thorough psychological examination.

L. 3089/2002 (art. 8) used to stipulate that Arts. 1458 and 1464 GCC only apply where the woman asking for the court permit and the woman who gestated have their *permanent* residence in Greece. New L. 4272/2014 (art. 17), though, which replaced said article, provides that the woman asking for the court permit or the woman who gestated can have their *permanent or provisional* residence in Greece.

The Legal Council of the State, with its Opinion No. 201/2018, rejected the possibility to Greek citizens who used surrogate mothers who did not have the Greek nationality and lived abroad the possibility to register the children in the Greek Registries, as the latter did not acquire the Greek nationality by birth.

IV. Surrogacy and Unmarried Single Men

There has been a big discussion about whether an unmarried single man has the possibility of accessing the method of surrogacy.¹⁴ According to one opinion, the man does not have this possibility. According to the opposite opinion,¹⁵ however, a man can also use the said technique. The jurisprudential data in this matter are very few. Decision no. 2827/2008 of the Athens Single Member Court of First Instance¹⁶ and no. 13707/2009 of Thessaloniki Single Member Court of First Instance¹⁷ are the only two decisions, to my knowledge, that have accepted the applications of unmarried men for the use of the surrogacy method on the basis of the application of art. 1458 GCC by analogy.

An appeal was filed, though, by the Public Prosecutor of the Athens Court First Instance against the decision 2827/2008 of Athens Single Member Court of First Instance, which was accepted and the Athens Court of Appeal, with its decision 3357/2010,¹⁸ reversed the first instance decision. According to the grounds of the Court of Appeal decision, the single man has no right to use the surrogacy method, on the ground that the nature of men and

¹⁴ For the relevant problematic see, among others, *N. Koumoutzis*, Artificial Procreation of the Unmarried Single Man, *Chronika Idiotikou Dikaiou* (= Chronicles of Private Law, ChrID) 11/2011, 316 f.

¹⁵ For the scholars supporting the one or the other opinion see *K. Kipouridou / M. Milapidou*, Surrogant Motherhood in Greece and in Sweden: A Comparative Overview of Two different Legislative Approaches in the Frame of Globalization, *Armenopoulos* 71 (2017), p. 1845, fn. 9

¹⁶ ChrID 9/2009, 817, followed by Remarks of *Th. Papahristou*, ChrID 9/2009, 818.

¹⁷ ChrID 11/2011, 267.

¹⁸ NoV 2012, 1437, followed by a Note of *P. Nikolopoulos*, 1440 = Dni 2013, 740 = ChrID 13/2013, 508.

women is different; only a woman can be pregnant and give birth and, as a consequence, she is the only one who can have the relevant medical impotency, which allows her to have recourse to the surrogate mother. This approach is also followed by the majority view of the Multi-Member Court of First Instance of Thessaloniki in a decision of 2017.¹⁹

It is of interest to mention that after the granting of the permit to the single man to use the surrogacy method with the above decision 2827/2008 of the Athens Single Member Court, another issue arose when the Registration of the newly born twins had to take place at the Birth Registry: what name was going to be registered as the name of the babies' mother. The Legal Council of the State, to which the issue was referred, gave the Opinion No. 261/2010²⁰, according to which the woman who gave birth is to be registered as the mother, as provided in art. 1463 GCC, given that no kinship was established according to art. 1464 GCC, which provides that "if the child is born after medically assisted reproduction of a surrogate mother, under the conditions of Art. 1458 GCC, it is presumed that mother is the one who has obtained the court permit. This presumption can be reversed by a court action concerning the maternity, within six months of the birth of the child. Maternity can be contested via a court action either by the presumed mother or the surrogate mother, provided that evidence is produced that the child is the biological issue of the latter. The court action must be filed by the woman entitled to do so personally or by her specially authorised attorney or, with court permission, by her legal representative. Following the irrevocable court decision that accepts the court action, the surrogate mother is considered to be the mother of the child with retroactive effect as from the time of the child's birth".

Prof. of Civil Law Dr. *D. Papadopoulou-Klamari*,²¹ in her remarks on the above Opinion, though, is of the view that this ap-

¹⁹ Thessaloniki Multi-member Court of First Instance 8641/2017, published in NOMOS.

²⁰ Theory and Practice of Civil Law (TPCL) 2010, 1205 ff.

²¹ Acquisition of a Child by an Unmarried Single Man- Issues of Motherhood and Mother's Name, TPCL 2010, 1215.

proach is not correct and that the children do not legally acquire a mother, as the conditions of art. 1464 GCC are not met. According to the author, no mother's name should be registered, as in the case of abandoned children who have no father or mother, given that books kept in the Registry only show the personal status of a person, they do not establish kinship.

V. Donation of cryo-preserved sperm and ova. Non-disclosure of the Donator

Persons resorting to assisted reproduction can decide by a joint written declaration – to their doctor or the responsible person in the medical center, which takes place before beginning the appropriate procedure, whether the cryo-preserved sperm and cryo-preserved ova not required for the reproduction procedure should be donated for fertility treatment of other persons that the doctor or the fertility clinic will decide, used for research or therapeutic purposes or destroyed. If there is no joint declaration of the persons concerned, the sperm and fertilized ova are preserved for a period of up to five years from their receipt or creation and after the expiry of that period, they are either used for research or treatment purposes or destroyed. Non cryo-preserved fertilized ova are destroyed after the elapse of fourteen days from fertilization. The eventual period of cryo-preservation in between is not counted (Art. 1459 GCC).

The identity of third parties who have donated the sperm and fertilized ova is not disclosed to the persons who wish to have a child. Medical information concerning the third-party donor is kept in a confidential archive with no indication of the donor's identity. Access to this archive is permitted only to the child and for reasons relating to the child's health. The identity of the child and of the parents is not disclosed to the third-party donors of sperm or fertilized ova (Art. 1460 GCC).

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN TIEMPOS DE COVID-19

Javier Carrascosa González

Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.34628/r6te-w559>

Resumen: La situación producida tras la pandemia mundial del COVID-19 ha tenido una influencia importante en la aplicación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. En especial, la pandemia ha provocado que se invoquen ciertas causas de posible no restitución del menor al país de su residencia habitual basadas en los efectos negativos que la pandemia puede tener sobre el menor. Este trabajo analiza diversos aspectos de esta situación de manera diferenciada. En particular, se examinan las restricciones tolerables a los movimientos internacionales de las personas: retorno del menor a su país de origen, la imposibilidad de viaje de retorno del menor a su país de origen, los viajes internacionales arriesgados y peligrosos en el retorno de los menores, la organización rápida de un viaje seguro de regreso del menor, la prueba de las excepciones al retorno del menor a su país de origen, la comparación del nivel de infección por COVID 19 entre el Estado de origen del menor y el Estado donde se encuentra el menor, el riesgo de contraer COVID 19 en el viaje internacional de restitución del menor, y la necesidad de un pronto retorno ante un posible cierre de fronteras y el debate sobre el efecto perjudicial de las medidas anti-COVID19 como el uso obligatorio de mascarillas, en el Estado de origen del menor.

Palavras-clave: COVID 19; Sustracción internacional de menores; Mascarillas; Menores.

Abstract: The situation produced after the global COVID-19 pandemic has had an important influence on the application of art. 13.b) of the Hague Convention of October 25, 1980. In particular, the pandemic has caused certain causes to be invoked for possible non-restitution of the minor to the country of their habitual residence based on the negative effects that the pandemic may have on the child. minor. This work analyzes various aspects of this situation in a differentiated way. In particular, the tolerable restrictions on the international movements of people are examined: return of the minor to their country of origin, the impossibility of the minor's return trip to their country of origin, risky and dangerous international trips in the return of the minors. minors, the rapid organization of a safe return trip of the minor, the proof of exceptions to the return of the minor to their country of origin, the comparison of the level of COVID 19 infection between the State of origin of the minor and the State where the minor is found, the risk of contracting COVID 19 on the international return trip of the minor, and the need for a prompt return in the face of a possible border closure and the debate on the detrimental effect of anti-COVID19 measures such as the mandatory use of masks, in the State of origin of the minor.

Keywords: COVID 19; International child abduction; Masks; Minors.

I. La sustracción internacional de menores. Un fenómeno en la sociedad móvil, diversa y líquida del siglo XXI.

1. La “sustracción o secuestro internacional de menores” es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales (SAP Penal Almería 6 julio 2007 [pretendido secuestro de menor desde España a Bélgica])¹.

¹ SAP Penal Almería 6 julio 2007 [CENDOJ 04013370012007100136].

El caso tipo de secuestro internacional de menores ha sido, tradicionalmente, el siguiente: el progenitor al que, tras un divorcio, se ha atribuido el “derecho de visita”, aprovecha un período de tal derecho de visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro, razón por la que este fenómeno se denomina también “*Legal Kidnapping*” o secuestro “legal” de menores (*legalized kidnapping*)².

En la actualidad, más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. Este dato supone un cambio radical respecto del pasado, en el que la inmensa mayoría de los secuestradores eran los sujetos que no ostentaban la custodia. Las madres secuestradoras que tienen atribuida la custodia sustraen al menor del país donde éste tiene su residencia habitual, huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita, se llevan al menor a otro país³.

Existen, sin embargo, infinidad de modalidades fácticas de *Legal Kidnapping*. Se produce también cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia. Y también cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro país, y evita así que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciendo tal derecho.

La sustracción internacional de menores es un problema social de primera magnitud. Es, por desgracia, un fenómeno cada vez más frecuente en todo el mundo desde los años setenta⁴. El secuestro internacional de menores tiene una víctima: el menor.

² A.E. ANTON, “The Hague convention of international child abduction”, *ICLQ*, 1981, vol. 30, pp. 537-567.

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Problemas de secuestro internacional de menores”, *Actualidad Civil*, 1998, n.21, 25/31 mayo 1998, pp. 481-527.

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, Tirant Lo Blanch, València, 2020, volumen II, pp. 2116-2180.

Éste es arrancado de su entorno familiar, social y escolar en el que siempre ha vivido, y se le impone un “alejamiento geográfico” en relación con un titular de su responsabilidad parental, que suele ser su padre o su madre. Estos casos han alcanzado relevancia periodística por su politización. Algunos ejemplos serán suficientes: (1) Caso *Eneko*, un hijo de ciudadana española, que ostentaba la custodia del mismo, y de ciudadano alemán convertido al islamismo, secuestrado por éste y trasladado al Yemen; (2) Caso *Eliancito*, el “niño balsero”, trasladado a Miami desde Cuba⁵; (3) Caso *María Amor González*, ciudadana española que trasladó a sus cuatro hijos desde Israel hasta Avilés y que fue obligada a devolver a los menores a Israel (15 enero 2007); (4) Caso de *María José Carrascosa*, ciudadana española que en 2005 trasladó a su hija desde los Estados Unidos a España y que, tras regresar a los Estados Unidos, fue encarcelada en dicho país por varios delitos, entre otros, el de secuestro de su hija.

2. La sustracción internacional de menores constituye un fenómeno muy complejo con múltiples aristas sociales, personales, emocionales y jurídicas. Su origen radica en un amplio abanico de causas de distinto carácter.

1º) *Quiebra de un matrimonio mixto*. En los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y distinta cultura son frecuentes las separaciones y los divorcios. Son “parejas de alto riesgo”, explican B. ANCEL / H. MUIR-WATT⁶. Estos divorcios suelen terminar con el retorno del extranjero a su país de origen. En el contexto de dicho retorno, el progenitor suele querer trasladar consigo a sus hijos.

2º) *El detestable “nacionalismo judicial”*. Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado. No es fácil

⁵ *Diario EL PAIS* 2 abril 2000, pp. 6 y 35.

⁶ B. ANCEL / H. MUIR-WATT, “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue critique de droit international privé*, 2005, pp. 569-605.

convencer a un juez alemán de que el menor nacido en Alemania de madre alemana y padre turco, que ha vivido siempre en Alemania, donde ha crecido, y que habla el alemán, estará mejor asistido y educado por su padre turco, cuyo país y familia sólo ha visitado, a veces, en vacaciones, y cuya lengua no siempre habla, subraya E. JAYME⁷. Tampoco es fácil convencer a un juez español de que el hijo de madre española que lo ha trasladado ilegalmente a España, estará mejor con su padre yemení en dicho país, vistas las condiciones sociales y los parámetros culturales de dicho país.

- 3º) *El controvertido "derecho de visita"*. El progenitor que no tiene atribuida la custodia del menor pero sí dispone del "derecho de visita" suele utilizar con frecuencia los períodos de visita al menor para atraer hacia sí al hijo y alejarlo de quien lo tiene bajo su custodia. Utiliza, incluso, el derecho de visita para trasladar al menor lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país, con lo que se infringe la "custodia" del menor atribuida al otro progenitor.
- 4º) *Las madres secuestradoras y los padres maltratadores*. En la actualidad, más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. Las madres secuestradoras que tienen atribuida la custodia huyen de la violencia y de los abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita y trasladan al menor desde el país en el que dicho menor tenía su residencia habitual a otro país, lejos del padre maltratador.
- 5º) *El paso rápido por las fronteras*. Transportes internacionales veloces, pasaporte familiar en el que aún figura el menor y simple documento de identificación personal, cruce de fronteras por carretera sin control policial en la UE, son factores que permiten al secuestrador del menor trasladar

⁷ E. JAYME, "Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 295-304.

a éste, fácilmente, lejos del país de su residencia habitual. La existencia, en Europa, de un “espacio sin fronteras personales interiores” (“espacio Schengen”), en el que no se exige exhibición de documentos a los sujetos que pasan de un país a otro, facilita el traslado internacional del menor.

6º) *El transcurso de los años: Kampf gegen die Uhr*. Mientras se eternizan los procedimientos legales, el menor crece y se integra rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede comportar más perjuicios que beneficios. La lucha contra el *Legal Kidnapping* es siempre una “lucha contrarreloj”: *Kampf gegen die Uhr*.

3. En la presente exposición se analizará, exclusivamente, la incidencia de la pandemia del COVID-19 en el funcionamiento del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980.

II. Pluralidad de instrumentos normativos.

4. El combate del Derecho contra la sustracción internacional de menores no es sencillo. Varios datos deben subrayarse al respecto.

La vía más eficaz para atajar este complicado problema son los instrumentos legales internacionales multilaterales que establecen vías de cooperación internacional entre tribunales y autoridades de diferentes Estados. Entre ellos, destacan los siguientes:

- (a) Reglamento Bruselas II-ter 2019/1111 de 25 junio 2019⁸;
- (b) Convenio europeo de Luxemburgo de 20 mayo 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en ma-

⁸ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter).

teria de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia⁹;

- (c) Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores¹⁰.

La proliferación descontrolada, caótica, premiosa y anárquica de instrumentos legales internacionales pone de relieve que existe una “lucha política” entre diversos organismos internacionales por elaborar un instrumento internacional de combate contra el *Legal Kidnapping*. La multiplicación de normas de DIPr. complica el panorama legal y en ocasiones puede perjudicar el interés del menor.

5. El art. 8 del CEDH 1950 protege el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”¹¹. En esta línea, el TEDH ha subrayado varios datos de sumo interés.

- 1º) El art. 8 CEDH impone a los Estados partes en el convenio la obligación de garantizar “*el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas*” (STEDH 25 enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía*, STDH 27 octubre 2011, *Bergmann vs. Chequia*, STEDH 24 mayo 2011, *Saleck Bardi vs. España*; STEDH 22 septiembre 2009, *Stochlak vs. Polonia*)¹².

⁹ Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 mayo 1980 (BOE núm.210 de 1 septiembre 1984).

¹⁰ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (BOE núm.202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm.21, de 24 enero 1996).

¹¹ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979).

¹² STEDH 25 enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía* [ECLI:CE:ECHR:2000:0125JUD003167996]; STEDH 24 mayo 2011, *Saleck Bardi vs. España* [ECLI:CE:ECHR:2011:0524JUD006616709]; STDH 27 octubre 2011, *Bergmann vs. Chequia* [ECLI:CE:ECHR:2016:0107JUD002327914]; STEDH 22 septiembre 2009, *Stochlak vs. Polonia* [ECLI:CE:ECHR:2009:0922JUD003827302].

- 2º) Los Estados partes están obligados a adoptar “medidas rápidas” en el contexto del secuestro internacional de menores (STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković vs. Montenegro*, STEDH 22 diciembre 2009, *Tapia Gasca y D. vs. España*)¹³. Las dilaciones y otras medidas ineficaces vulneran el art. 8 CEDH (STEDH 1 diciembre 2009, *Eberhard y M vs. Eslovenia*; STEDH 6 julio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [retraso de más de cuatro años de los tribunales suizos en acordar el retorno de un menor al Estado de Israel])¹⁴. El art. 11 CH 1980, en dicha línea, señala que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuaran con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Y recuerda que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la autoridad central del Estado requeriente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.
- 3º) El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos así como el derecho de visita forman parte, ambos, del derecho a la vida familiar recogido en el art. 8 CEDH (STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković contra Montenegro*; STEDH 1 diciembre 2009, *Eberhard y M vs. Eslovenia*)¹⁵.
- 4º) La falta de ejecución de una orden de retorno del menor secuestrado al país de su residencia habitual supone una vulneración del art. 8 CEDH por parte del Estado que no

¹³ STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković contra Montenegro* [ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD004933707]; STEDH 22 diciembre 2009, *Tapia Gasca y D. vs. España* [ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002027206].

¹⁴ STEDH 1 diciembre 2009, *Eberhard y M vs. Eslovenia* [ECLI:CE:ECHR:2009:1201JUD000867305]; STEDH 6 julio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507].

¹⁵ STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković contra Montenegro* [ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD004933707].

ejecuta dicha orden (STEDH 26 julio 2011, *Shaw vs. Hungría*)¹⁶.

III. Convenio de La Haya de 25 octubre 1980.

1. Aspectos generales.

A) Convenio fáctico, acción de restitución del menor y no litigación sobre el fondo.

6. El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 ha sido elaborado por la Conferencia de La Haya de DIPr. Su rasgo principal es que no se trata de un “convenio clásico de Derecho internacional privado que señala la competencia judicial internacional, la Ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones¹⁷. Se trata, más bien al contrario, de un “convenio internacional de carácter fáctico”, subrayan J. KROPHOLLER y L. CHATIN¹⁸. Y ello por las siguientes razones.

1º) El convenio no regula la “Ley aplicable” al fondo de la titularidad de los derechos de guarda y visita, ni la cuestión de la atribución o privación de la patria potestad o de la responsabilidad parental (AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [retorno de menor a Italia]; AAP Guipúzcoa 14 junio 2019 [restitución de menores a Nicaragua]; SAP Pontevedra 15 julio 2019 [restitución de menor a Venezuela]; AAP Cádiz 22 febrero 2011 [restitución de menor a los Estados Unidos de América])¹⁹. Tampoco regula la “competencia judicial

¹⁶ STEDH 26 julio 2011, *Shaw vs. Hungría* [ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD000645709].

¹⁷ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (BOE núm.202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm.21, de 24 enero 1996).

¹⁸ L. CHATIN, “Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé”, *TCFDIP*, 1981-1982, pp. 107-138; J. KROPHOLLER, “Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommnes”, *RabelsZ.*, 1994, pp. 1-19.

¹⁹ AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [ECLI:ES:APCR:2021:87A]; AAP Guipúzcoa 14 junio 2019

internacional” sobre estas cuestiones, ni la “validez extra-territorial de decisiones” en estas materias.

2º) El convenio persigue el retorno a la situación de hecho anterior al traslado del menor. Por ello se habla de “convenio fáctico”. El convenio establece una estructura de cooperación internacional de autoridades y una “acción directa” para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual (AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [retorno de menor a Italia]; AAP Lleida 9 diciembre 2011 [restitución de menores a Wisconsin], AAP Cádiz 22 febrero 2011 [restitución de menor a los Estados Unidos de América], AAP Almería 6 febrero 2004)²⁰. El convenio contiene normas *self-executing*, esto es, normas jurídicas aplicables por sí mismas sin necesidad de que los Estados partes elaboren normas de desarrollo del mismo. No obstante, el convenio no prohíbe que los Estados partes desarrollen la regulación jurídica contenida en el mismo. En concreto, muchos Estados partes, y entre ellos España, cuentan con normas legales que regulan, con pleno respeto al convenio, ciertos aspectos procedimentales que no aparecen regulados por el convenio pero que resultan de extrema utilidad para alcanzar una aplicación plenamente satisfactoria del convenio (AAP Almería 6 febrero 2004)²¹. El Convenio de La Haya de 1980 no impide que una persona utilice el tradicional sistema de solicitar el *exequatur* de una sentencia en otro Estado parte y con ello, obtener la custodia del menor y lograr así su restitución al Estado de su previa residencia habitual (SAP Barcelona 23 enero 2018 [traslado de menor a Marruecos])²².

[ECLI:ES:APSS:2019:676A]; SAP Pontevedra 15 julio 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1766]; AAP Cádiz 22 febrero 2011 [CENDOJ 11012370052011200014].

²⁰ AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [ECLI:ES:APCR:2021:87A]; AAP Lleida 9 diciembre 2011 [CENDOJ 25120370022011200101]; AAP Cádiz 22 febrero 2011 [CENDOJ 11012370052011200014]; AAP Almería 6 febrero 2004 [CENDOJ 04013370012004200009].

²¹ AAP Almería 6 febrero 2004 [CENDOJ 04013370012004200009].

²² SAP Barcelona 23 enero 2018 [ECLI:ES:APB:2018:77].

3º) Como consecuencia de lo anterior, el muy importante art. 16 del convenio dispone que, una vez trasladado ilícitamente el menor de un país a otro y una vez formulada reclamación para la restitución, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del convenio. Es una regla de “competencia judicial internacional negativa”. En efecto, dicha regla impide que un tribunal del Estado donde se encuentra ahora el menor conozca y decida, temporalmente, sobre el “fondo de la cuestión”. Como consecuencia de esta regla cabe afirmar lo siguiente: (a) Si se ordena el retorno del menor a otro país, no cabrá entrar en el fondo del asunto; (b) Si la decisión de retornar o no retornar al menor no es firme, tampoco podrán entrar en el fondo del asunto los tribunales del Estado donde ahora se encuentra el menor; (c) Cuando un tribunal se pronuncia sobre la restitución del menor, en ningún caso se está pronunciando sobre la custodia del menor (AAP Barcelona 13 marzo 2012; SAP Las Palmas 29 junio 2017 [sustracción de menor desde Argentina]) (art. 19 CH 1980: “[u]na decisión adoptada en el marco del presente convenio sobre la restitución del menor no afectara a la cuestión de fondo del derecho de custodia”) (SAP Pontevedra 21 junio 2018 [menor con residencia habitual en Portugal])²³. Una decisión que ordena restituir o no al menor no es una decisión sobre su custodia; (d) Sólo podrá entrarse en el fondo del asunto relativo a la guarda y custodia del menor, en su caso,

²³ AAP Barcelona 13 marzo 2012 [CENDOJ 08019370192012200026]; SAP Las Palmas 29 junio 2017 [ECLI:ES:APGC:2017:1005]; SAP Pontevedra 21 junio 2018 [ECLI:ES:APPO:2018:915].

esto es, si los jueces del país donde se encuentra el menor disponen de competencia internacional, si se acuerda “no restituir a dicho menor” (STS 22 junio 1998, AAP Barcelona 4 abril 2006, AAP Toledo Sec.1ª 20 noviembre 1995; sentencia cour de cassation Francia, 9 julio 2008)²⁴; (e) En el caso de sustracción ilícita de un menor desde España a otro país los tribunales españoles estiman que, cuando deben decidir sobre la custodia del menor, la conducta del progenitor sustractor constituye un dato a tener presente para modificar, en su perjuicio, de la custodia del menor, pues “*el hecho del traslado y del incumplimiento del mandato judicial*” permite afirmar “*un ejercicio inadecuado de la guarda de su hija por la madre y la incapacidad de esta para ejercer una guarda responsable de la misma*”. La idea que subyace a este muy importante art. 16 CH 1980 es que si surge un litigio sobre guarda y custodia y visita del menor, dicho litigio debe desarrollarse ante los tribunales del país donde el menor tiene su residencia habitual (SAP A Coruña 24 marzo 2017 [retorno de menores a Portugal])²⁵.

7. No existe un tribunal superior a todos los Estados partes ni ningún otro órgano superior a los Estados partes en el convenio que pueda interpretar de modo uniforme el texto en cuestión. Sin embargo, si cada Estado lo interpreta como le parece a “una manera nacional”, la aplicación del convenio se vuelve inestable y poco segura. Por ello, es conveniente poner de relieve los elementos que permiten una aplicación e interpretación uniforme del convenio en todos los Estados partes. Así, puede emplearse el Informe explicativo del convenio elaborado por la profesora E. PÉREZ VERA, las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de

²⁴ STS 22 junio 1998 [ECLI:ES:TS:1998:4153]; AAP Barcelona 4 abril 2006 [CENDOJ 08019370182006200201]; AAP Toledo Sec.1ª 20 noviembre 1995, *Actualidad Civil*, 1996\376, pp.591-593; Sent. Cour Cass. Francia 9 julio 2008 [referencia INCADAT: HC/E/FR 977].

²⁵ SAP A Coruña 24 marzo 2017 [JUR\2017\102694].

la Comisión Especial y las Guías de Buenas Prácticas del Convenio²⁶.

De todos modos es preciso destacar que corresponde exclusivamente a la autoridad competente judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor, decidir acerca de la restitución o no del menor (art. 12 CH 1980), pues sólo esa autoridad puede evaluar los datos y hechos específicos de cada caso.

B) Objetivos del convenio.

8. El convenio persigue alcanzar dos grandes objetivos al mismo tiempo.

1º) *Lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro para proteger así el derecho de custodia.* Se trata de respetar el *statu quo* anterior al traslado sin entrar nunca en el “fondo del asunto”. Por ello, el convenio persigue la restitución [menor con residencia habitual en Portugal]: se trata de “restablecer la situación a los términos anteriores al traslado internacional ilícito, sin decidir sobre el fondo ni sobre la consecuencia de que la custodia la ostente uno u otro padre”²⁷.

Y ello por estos motivos: (a) Las “rupturas bruscas” del menor con el medio en el que vive el menor se consideran negativas y deben evitarse, destaca Y. LEQUETTE (STEDH 6 diciembre 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia*)²⁸; (b) Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están “mejor situadas” para decidir so-

²⁶ Vid. Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980), tomo III, Sustracción de Menores, La Haya, Imprimerie Nationale, 1982, pp. 426-473 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya; AA.VV., *Conférence de La Haye de droit international privé*, Actes et documents de la Quatorzième session, vol.III, La Haya, 1992 (con los informes de A. DYER y E. PÉREZ VERA).

²⁷ SAP Pontevedra 14 junio 2021 [ECLI:ES:APPO:2021:1566]; SAP Pontevedra 21 junio 2018 [ECLI:ES:APPO:2018:915].

²⁸ Vid. Y. LEQUETTE, “Le Droit international privé de la famille à l’épreuve des Conventions internationales”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1994-II, pp. 51-99. También STEDH 6 diciembre 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2007:1206JUD003938805].

bre la cuestión de la custodia del menor. Tales autoridades disponen de un acceso directo a los datos y elementos de la vida del menor y pueden aplicar soluciones jurídicas de modo inmediato y a un coste más reducido. Debe subrayarse que el retorno inmediato del menor sintoniza con el interés del menor pero que dicho interés del menor no debe confundirse con el interés del menor a la hora de decidir que persona debe disponer de la custodia sobre dicho menor cuando se decida el fondo del asunto (SAP Pontevedra 14 junio 2021 [menores trasladados desde Perú a España])²⁹.

2º) *Velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor.* Con ello, el convenio trata de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres.

9. El convenio se aplica cuando un menor de dieciséis años ha sido retenido o trasladado ilícitamente a un país que no es el país de su residencia habitual, siempre que estos dos países sean Estados partes en el convenio.

10. El convenio sólo se aplica si el menor de 16 años tiene su residencia habitual en un Estado parte y es trasladado a otro Estado parte en el convenio en cuyo territorio dicho menor no tiene dicha residencia habitual. Varios datos deben subrayarse: (a) El país desde el que el menor es trasladado físicamente es irrelevante (SAP Zaragoza 9 enero 2016 [sustracción de menores desde Argentina a Brasil y posteriormente a España]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [sustracción de menores desde Grecia a España])³⁰; (b) Cuando un menor es sustraído desde un país en el que no tiene su residencia habitual y es trasladado a otro país en el que sí tiene su residencia habitual, el convenio no es aplicable. Por ello, si el

²⁹ SAP Pontevedra 14 junio 2021 [ECLI:ES:APPO:2021:1566].

³⁰ SAP Zaragoza 19 enero 2016 [CENDOJ 50297370022016100001]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [CENDOJ 28079370222015200014].

menor se encuentra en España y se solicita su restitución a otro Estado parte pero el tribunal español comprueba que el menor tiene su residencia habitual en España, no se acordará dicha restitución. Ello incluso en el caso de que existan dos resoluciones judiciales contradictorias, una española que otorga la custodia a la madre y otra rumana que la otorga al padre (SAP Almería 2 mayo 2018 [menor trasladado desde Bulgaria])³¹.

11. El convenio sólo se aplica entre Estados partes, que son, en la actualidad, más de cien. Para que el convenio sea aplicable en relación con España, España debe aceptar expresamente la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al convenio (art. 38). Por tanto, si el menor tiene su residencia habitual en un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este convenio no es aplicable (SAP Valladolid 31 mayo 1996)³². Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte pero el menor tiene su residencia habitual en un Estado no parte. Así sucedió en el caso de *Eliancito*, el “niño balsero”³³. En efecto, los Estados Unidos de América eran un Estado parte en el convenio, pero no Cuba en la fecha de los hechos³⁴. Los datos sobre las Declaraciones de los Estados en relación con este convenio así como sobre la entrada en vigor para cada Estado y sobre los Estados partes, pueden encontrarse en la web oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (<http://www.hcch.net/>). A fecha febrero 2022, los Estados partes son ciento uno, lo que da cuenta del éxito y de la calidad jurídica del convenio.

³¹ SAP Almería 2 mayo 2018 [ECLI:ES:APAL:2018:229].

³² SAP Valladolid 31 mayo 1996, *Revista General de Derecho*, 1997. ns. 628-629, pp.1303-1304.

³³ El caso puede seguirse con la perspectiva de veinte años que han transcurrido desde los hechos en multitud de recursos web. *Vid. ad ex.*: <https://www.elmundo.es/loc/celebrities/2020/04/22/5e9efcb5fc6c833e298b45c8.html>; <https://www.elmundo.es/internacional/elian/>; <https://www.rtve.es/play/videos/telediario/se-cumplen-20-anos-elian-nino-balsero/5453946/>.

³⁴ El convenio entró en vigor para Cuba el 1 diciembre en 2018, muchos años después del incidente de Eliancito, el niño balsero.

En el caso de sustracción de menores entre Estados que participan en el Reglamento Bruselas II-ter, dicho instrumento prevalece sobre el Convenio de La Haya, si bien las normas de reglamento hacen aplicables las normas del Convenio y las “complementan”³⁵. Así puede ver se en el AAP Guipúzcoa 14 junio 2019 [restitución de menores a Nicaragua]³⁶. En realidad, pese a lo indicado por los Considerandos (2), (17), (73) y por el art. 22 del Reglamento Bruselas II-ter, sus normas no complementan la regulación del Convenio, sino que lo modifican entre los Estados miembros en la UE.

12. El TJUE ha declarado que la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la UE (Dictamen TJUE 1 (Gran Sala) de 14 octubre 2014)³⁷. Las razones de ello estriban en lo siguiente: (a) El acto de adhesión de un Estado y la declaración de aceptación de tal adhesión por parte de otro Estado, aunque cada uno se lleve a cabo mediante un instrumento separado, expresan en conjunto un concurso de voluntades de los Estados interesados y, por tanto, constituyen un “acuerdo internacional” (b) Este acuerdo internacional afecta a la aplicación del Reglamento

³⁵ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter). Cons (2): “*El presente Reglamento establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental con un componente internacional. Facilita la circulación en la Unión de las resoluciones, los documentos públicos y determinados acuerdos, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Por otra parte, aclara el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten y contiene asimismo disposiciones que complementan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en lo sucesivo, « Convenio de La Haya de 1980 ») en lo referente a las relaciones entre Estados miembros. Por consiguiente, el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos*”.

³⁶ AAP Guipúzcoa 14 junio 2019 [ECLI:ES:APSS:2019:676A].

³⁷ Dictamen TJUE 1 (Gran Sala) de 14 octubre 2014 [ECLI:EU:C:2014:2303].

Bruselas II-ter, que completa y precisa las normas del citado convenio entre los Estados miembros de la UE. En efecto, si fueran los Estados miembros los competentes para aceptar o no la adhesión de un nuevo Estado tercero al Convenio de La Haya de 1980, se correría el riesgo de menoscabar la aplicación uniforme y coherente del Reglamento Bruselas II-ter y, en particular, de las normas de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros cada vez que una situación de sustracción internacional de un menor afectara a un Estado tercero y a dos Estados miembros, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión de ese Estado tercero a dicho convenio y el otro no. Un ejemplo puede verse en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 febrero 2015, sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre la declaración de aceptación por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, de la adhesión de Albania al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores³⁸.

C) Regla general. La restitución del menor.

13. El convenio recoge una “primera regla”: el retorno inmediato del menor, normalmente, al país de su previa residencia habitual. Esta “primera regla” está diseñada sin tomar en consideración los “datos del caso concreto” y responde al principio del interés del menor. El retorno del menor a su país de residencia habitual debe operar como “regla básica” porque así se realiza el interés del menor: (a) Se evitan así rupturas bruscas del menor con su “ambiente natural”. Como indica la SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles con residencia en Francia trasladados ilícitamente a España], “... hemos de aprender a ver al menor como primera víctima de estas situaciones de traslado o retención, pues él es quien padece en primer lugar la pérdida de un equilibrio al que tiene derecho, al quedar separado de uno de los progenitores, o de la institución que os-

³⁸ DOUE C 310/95 de 25 agosto 2016.

tenta su custodia..."³⁹. En estos casos la víctima es siempre el menor; (b) Se desincentivan de este modo los secuestros internacionales de menores (*policy of deterring abduction*); (c) El país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la "responsabilidad parental del menor" (*forum conveniens*) y son los tribunales mejor situados para decidir sobre las medidas de protección del menor y los que pueden llevar a cabo una buena administración de la Justicia. Esta "primera regla" tiene alcance general y debe interpretarse expansivamente (SAP Barcelona 6 octubre 2020 [restitución de menores a Edimburgo]; SAP Las Palmas 29 junio 2017 [sustracción de menor desde Argentina]; SAP Las Palmas 6 abril 2017 [sustracción de menor a España]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [sustracción de menores desde Grecia a España])⁴⁰. Puede afirmarse que el convenio pivota sobre una presunción a tenor de la cual se presume que el retorno del menor a su país de residencia habitual es la solución que encaja en mayor medida con el interés de dicho menor (Circular 6/2015 de 17 noviembre 2015, de la FGE sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores)⁴¹.

D) Regla excepcional. No restitución del menor.

14. El convenio acoge también una segunda regla: la posibilidad de "no ordenar el retorno del menor" porque ello podría perjudicar el interés del menor. Varios datos deben subrayarse.

1^o) Esta regla sí toma en consideración, necesariamente, los datos del caso concreto (*welfare of the particular child*) para evitar que la regla general cause injusticias en un supuesto específico (Ontario CA Canada 31 marzo 1999, AAP Almería 30 abril 2004, AAP Barcelona 4 abril 2006, AAP Sevi-

³⁹ SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

⁴⁰ SAP Barcelona 6 octubre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8805]; SAP Las Palmas 29 junio 2017; [ECLI:ES:APGC:2017:1005]; SAP Las Palmas 6 abril 2017 [JUR\2017\147295]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [CENDOJ 28079370222015200014].

⁴¹ Texto en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2015-00006>.

lla 12 septiembre 2008)⁴².

2º) Esta segunda regla es excepcional y debe interpretarse restrictivamente. Por tanto, estos motivos de denegación de la restitución no se presumen jamás. Deben siempre probarse y demostrarse a través de “*pruebas objetivas*” (SAP Santa Cruz de Tenerife 12 abril 2021 [menores trasladados desde Italia a España]; SAP Barcelona 6 octubre 2020 [restitución de menores a Edimburgo]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles con residencia en Francia trasladados ilícitamente a España]; SAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España]; AAP Islas Baleares 14 marzo 2018 [traslado de menores desde Reino Unido a España]; SAP Barcelona 3 octubre 2017 [traslado de menor desde Reino Unido a España])⁴³. Estos motivos de denegación de la restitución deben, pues, interpretarse y aplicarse de modo excepcional (SAP Pontevedra 6 octubre 2016 [sustracción de menor de la República Checa a España], SAP Islas Baleares 9 mayo 2016 [menor trasladado desde Argentina a España])⁴⁴. Meros indicios no son pruebas (SAP Córdoba 14 febrero 2018 [traslado de menor desde Suiza a España])⁴⁵.

3º) Muy importante resulta el art. 13 *in fine* CH 1980, que indica que al examinar las circunstancias a que se hace referencia en dicho precepto, las autoridades judiciales y administrativas del Estado donde se encuentra el menor,

⁴² Ontario CA Canada 31 marzo 1999 [referencia INCADAT: HC/E/CA 373]; AAP Almería 30 abril 2004 [CENDOJ 04013370032004200072]; AAP Barcelona 4 abril 2006 [CENDOJ 08019370182006200201]; AAP Sevilla 12 septiembre 2008 [CENDOJ 41091370022008200184].

⁴³ SAP Santa Cruz de Tenerife 12 abril 2021 [ECLI:ES:APTF:2021:1046]; SAP Barcelona 6 octubre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8805]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074]; AAP Pontevedra 14 marzo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:737]; AAP Islas Baleares 14 marzo 2018 [ECLI:ES:APIB:2018:37A]; SAP Barcelona 3 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:10784].

⁴⁴ SAP Pontevedra 6 octubre 2016 [CENDOJ 36038370012016100461]; SAP Islas Baleares 9 mayo 2016 [CENDOJ 07040370042016100130].

⁴⁵ SAP Córdoba 14 febrero 2018 [ECLI:ES:APCO:2018:75].

tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor (SAP Asturias 15 marzo 2017 [restitución de menores a Estados Unidos])⁴⁶. Se trata de un mandato imperativo: dichas autoridades no pueden ignorar tal información y están obligados a tenerla presente.

- 4^o) Basta que concurra una sola causa de denegación de la restitución de las contempladas por el Convenio de La Haya de 1980, para que tal restitución pueda rechazarse (SAP A Coruña 24 marzo 2017 [retorno de menores a Portugal])⁴⁷. Por todo ello, debe indicarse que la restitución del menor no es una “restitución de plano”. En efecto, si no concurre ninguna de estas causas de rechazo a la restitución, tal y como están recogidas en el convenio, la restitución del menor debe acordarse de modo imperativo (SAP Las Palmas 29 junio 2017 [sustracción de menor desde Argentina])⁴⁸. En efecto, cabe alegar ciertas causas para denegar el retorno del menor y a tal efecto, deben distinguirse dos supuestos.
- 5^o) No es posible inadmitir la demanda de restitución porque es preciso que el juez examine *in casu* si concurren las causas de no restitución del menor al país de origen (AAP Girona 4 noviembre 2020 [niño trasladado desde Rusia a España])⁴⁹.

15. En el caso de que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del menor, la autoridad competente del Estado parte está obligada a ordenar la “restitución inmediata del menor” (art. 12.1) (SAP Valencia 23 febrero 2017 [menores trasladados de Francia a España], SAP Za-

⁴⁶ SAP Asturias 15 marzo 2017 [JUR\2017\106546].

⁴⁷ SAP A Coruña 24 marzo 2017 [JUR\2017\102694].

⁴⁸ SAP Las Palmas 29 junio 2017 [ECLI:ES:APGC:2017:1005].

⁴⁹ AAP Girona 4 noviembre 2020 [ECLI:ES:APGI:2020:1103A].

ragoza 19 enero 2016 [sustracción de menores desde Argentina a Brasil y posteriormente a España])⁵⁰. Varias observaciones son necesarias.

- 1º) Existen ciertas causas que permiten a la autoridad del país donde se encuentra el menor, “no ordenar la restitución del menor”. El art. 13 CH 1980 recoge un proceso en dos etapas (*two-stage process*). Primera etapa: hay que acreditar si concurren o no las causas que permiten no ordenar la restitución del menor. Segunda etapa: acreditadas tales causas, el tribunal *puede* no ordenar la restitución del menor (*is not bound to order the return of the child*), pero *no está obligado* a denegar la restitución del menor: el tribunal dispone de “discrecionalidad” al respecto. Dicha discrecionalidad permite al tribunal valorar elementos como el posible resultado de un futuro proceso sobre la “responsabilidad parental del menor”, el efecto emocional sobre el menor de una posible orden de retorno del mismo a su previo país de residencia habitual.
- 2º) Las causas de denegación de la restitución del menor son tasadas, constituyen un elenco cerrado y son las siguientes: (a) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor; (b) Menor que se opone a su restitución; (c) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); (d) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13 b).

16. Fuera de las causas previstas en el convenio, ninguna otra puede aducirse. Esto es, si no concurre ninguna causa de denegación de la restitución de las recogidas en el convenio, se acordará la restitución del menor (SAP Barcelona 19 octubre 2017 [sustrac-

⁵⁰ SAP Valencia 23 febrero 2017 [JUR\2017\139708]; SAP Zaragoza 19 enero 2016 [CENDOJ 50297370022016100001].

ción de menor desde Italia a España)]⁵¹. Ciertas partes alegan motivos de no restitución del menor no recogidos en el convenio, porque la imaginación humana no conoce límites: (a) El hecho de que el menor, tras su traslado, conviva cada día con el progenitor sustractor no constituye causa alguna de no restitución del menor al país de su residencia habitual (sentencia Corte di Cassazione Italia 30 junio 2014 [menor trasladado desde Grecia a Italia])⁵²; (b) Tampoco es causa de denegación de la restitución el hecho de que el clima en España sea más benigno que en Letonia, país donde la menor tiene su residencia habitual (SAP Las Palmas 9 febrero 2017 [restitución de menor a Letonia])⁵³; (c) Las circunstancias genéricas o generales no recogidas en el convenio, como el “beneficio del menor”, el “interés del menor”, la “salud del menor”, la “unidad de la familia”, las “discrepancias entre los padres”, la “intolerancia entre los padres”, etc., no constituyen “causas de oposición” a la restitución según el convenio de La Haya y no pueden ser empleadas para denegar tal restitución en el marco de dicho instrumento legal (SAP Murcia 14 julio 2016 [sustracción de menor desde Holanda a España]; AAP Barcelona 4 abril 2006; SAP Las Palmas 10 marzo 2009)⁵⁴. Más todavía, circunstancias como que el menor tiene arraigo en el país donde ha sido trasladado o que en tal país vive su familia extensa, o que habla el idioma de dicho país o ya ha sido escolarizado allí son irrelevantes para denegar la restitución del menor (SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles con residencia en Francia trasladados ilícitamente a España])⁵⁵; (d) El hecho de que la menor ostenta nacionalidad española es irrelevante para decidir si debe o no ser restituida a México (AAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España]); (e) El hecho de que el padre se ha

⁵¹ SAP Barcelona 19 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:10767].

⁵² Sent. Corte Cass. Italia 30 junio 2014 [www.incadat.com].

⁵³ SAP Las Palmas 9 febrero 2017 [JUR\2017\146899].

⁵⁴ SAP Murcia 14 julio 2016 [CENDOJ 30030370042016100408]; AAP Barcelona 4 abril 2006 [CENDOJ 08019370182006200201]; AAP Las Palmas 10 marzo 2009 [CENDOJ 35016370032009200063].

⁵⁵ SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

trasladado a España para mantener contactos con la menor una vez que ésta ha sido sustraída de modo ilícito desde México a España (AAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España])⁵⁶; (f) El hecho de que los tribunales del país de la previa residencia del menor no hayan declarado la ilicitud del traslado del mismo a otro país tampoco es causa de denegación de su retorno (SAP Barcelona 12 junio 2020 [menor en Singapur])⁵⁷.

Existen, sin embargo, casos difíciles: el traslado de una menor desde España a Francia debido a que nadie la podía mantener en España pero sí la podía mantener un familiar en Francia, es un traslado hecho sin voluntad de quebrar un derecho de custodia, es cierto. Sin embargo, el traslado es ilícito con arreglo al convenio (AAP Girona 27 julio 2017 [menor trasladada a Francia])⁵⁸.

17. En el caso de que haya transcurrido más de un año desde la sustracción del menor, se dispondrá su restitución (art. 12.2), pero cabe oponerse a dicha restitución en base a todas las causas antes citadas más una añadida: que *“quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”* (art. 12.2). En efecto: restituir a un menor cuando ha transcurrido un largo período de tiempo y se encuentra ya integrado en otro país, dañaría el *“interés del menor”*.

E) Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y pandemia mundial COVID-19.

18. La situación producida tras la pandemia mundial del COVID-19 ha tenido una influencia importante en la aplicación del art. 13.b) CH 1980. En especial, la pandemia ha provocado que se invoquen ciertas causas de posible no restitución del menor al país de su residencia habitual basadas en los efectos negativos que la pande-

⁵⁶ *Vid.* cita anterior.

⁵⁷ SAP Barcelona 12 junio 2020 [ECLI:ES:APB:2020:4876].

⁵⁸ AAP Girona 27 julio 2017 [ECLI:ES:APGI:2017:899A].

mia puede tener sobre el menor. En particular, es preciso analizar diversos aspectos de esta situación de manera diferenciada.

19. (a) Restricciones tolerables a los movimientos internacionales de las personas: retorno del menor a su país de origen. Cuando el país donde se hallan los menores ha dictado restricciones a los viajes que afectan a los menores o a sus progenitores pero dichas restricciones permiten que las personas puedan viajar, aún con dificultades, debe considerarse que el retorno de los menores es posible. Es decir, la dificultad de movimientos internacionales de los particulares no significa imposibilidad de retorno de los menores a su país de origen (Decisión de Walpole & Secretary, Department of Communities and Justice (Australia) de 25 marzo 2020 [traslado de menores desde Nueva Zelanda a Australia]; Sentencia High Court of Justice in Northern Ireland de 10 julio 2020, *ZA vs. BY*, ([2020] NIFam 9) [sustracción de menor desde Países Bajos a Irlanda del Norte])⁵⁹.

20. (b) Imposibilidad de viaje de retorno del menor a su país de origen. Denegación de la restitución del menor a su país de origen. En vista de la situación provocada por el virus COVID-19, si la devolución es imposible porque el progenitor no puede llevar a los menores a su país de origen, los niños tienen que ser entregados al titular del derecho de custodia en el país en el que se encuentran (sentencia Rechtbank Den Haag (Países Bajos), C/09/587375 de 26 marzo 2020) [traslado de menor desde Estados Unidos de América a Países Bajos])⁶⁰.

21. (c) Viajes internacionales arriesgados y peligrosos en el retorno de los menores. Denegación de la restitución del retorno del menor a su

⁵⁹ Decisión de Walpole & Secretary, Department of Communities and Justice de 25 marzo 2020 ([2020] FamCAFC 65); Sentencia High Court of Justice in Northern Ireland de 10 julio 2020, *ZA vs. BY*, ([2020] NIFam 9).

⁶⁰ Sentencia Rechtbank Den Haag (Países Bajos), C/09/587375 de 26 marzo 2020 [ECLI:NL:RBDHA:2020:2861].

país de origen. La pandemia mundial del COVID 19 puede comportar que el viaje internacional del menor a su país de origen no sea seguro. Es imprudente exponer a los niños a un viaje internacional lleno de restricciones y complicaciones. Por ello, en atención a la “seguridad” y el “bienestar” de los niños, éstos deben permanecer en el país donde se encuentran al cuidado de su madre cuando el viaje comporta, objetivamente, peligro grave para los menores. El retorno de los menores no es tan “urgente” como para ponerlos en peligro grave (sentencia Superior court of justice - Ontario US 24 marzo 2020, *Onuoha v. Onuoha* [menores trasladados desde Nigeria a Ontario, Canadá]; sentencia Superior Court of Justice Ontario 5 junio 2020, *Stefanska v. Chyzynski*, [traslado de menores desde Ontario a Varsovia, Polonia]; sentencia Supreme Court Of British Columbia (Canadá) de 20 noviembre 2020, *Kung v. Tang* [sustracción desde Hong Kong a Washington y desde allí a British Columbia])⁶¹.

22. (d) Viajes internacionales arriesgados y peligrosos en el retorno de los menores. Aceptación de la restitución del retorno del menor a su país de origen. Un viaje que comporta una cuarentena no supone peligro grave para los menores (sentencia del alto tribunal regional de Karlsruhe, cámara para asuntos de Familia (Alemania), 25 junio 2020 [menor trasladado desde Estados Unidos de América a Alemania])⁶².

23. (e) Organización rápida de un viaje seguro de regreso del menor. Aceptación de la restitución del retorno del menor a su país de origen. A pesar de la pandemia del COVID 19, una vez dictada la orden de restitución, puede llevar un poco de tiempo organizar un retorno

⁶¹ Sentencia Superior court of justice - Ontario US 24 marzo 2020, *Onuoha v. Onuoha*, (2020 ONSC 1815); Sentencia Superior Court of Justice Ontario 5 junio 2020, *Stefanska v. Chyzynski*, [2020 ONSC 3570]; Sentencia Supreme Court Of British Columbia (Canadá) de 20 noviembre 2020, *Kung v. Tang*, [2020 BCSC 2155].

⁶² Sentencia del alto tribunal regional de Karlsruhe, cámara para asuntos de Familia (Alemania), 25 junio 2020 [2 F1701/19].

seguro, pero éste debe llevarse a cabo tan pronto como sea razonablemente posible (sentencia High Court of Justice Family Division 10 junio 2020 (Inglaterra), *AX vs. CY* [traslado de menor desde España a Inglaterra])⁶³.

24. (f) Prueba de las excepciones al retorno del menor a su país de origen. Restitución del retorno del menor a su país de origen. La madre, sustractora del menor, alega que dispone de pruebas de amenazas de muerte contra ella por parte el padre que solicita la restitución, pero que tales pruebas se hallan en su ordenador, que se encuentra en España y al que no puede acceder, pues ella se encuentra en Inglaterra. Pues bien, a pesar de eso y visto que la carga de la prueba de las razones para la no restitución recae en la persona o institución u otro organismo que se opone a la restitución, si tales pruebas no se presenta, las excepciones no quedan justificadas y el menor debe retornar a su país (sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH* [menor trasladado desde España a Inglaterra])⁶⁴.

25. (g) Comparación del nivel de infección por COVID 19 entre el Estado de origen del menor y el Estado donde se encuentra el menor. Aceptación de la restitución del retorno del menor a su país de origen. Este riesgo debe ser analizado con detalle: (i) Si la pandemia está más avanzada en un país (España) que en otro (Reino Unido) se podría argumentar que los particulares tendrían un mayor riesgo de contraer el virus en España que en el Reino Unido; (ii) Sin embargo, la situación nacional e internacional evoluciona a tal velocidad que cualquier prueba sobre el nivel de infección de COVID en un concreto país probablemente quedaría inmediatamente desfasada; (iii) Las personas con mayor riesgo de sufrir complicaciones graves por el coronavirus son las personas mayores y las que tienen problemas de salud subyacentes. Es preciso analizar si el menor y sus padres están incluidas en estas categorías. En caso

⁶³ High Court of Justice Family Division 10 junio 2020, *AX vs. CY*, [2020] EWHC 1599 (Fam).

⁶⁴ Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, ([2020] EWHC 834 Fam).

positivo el traslado puede denegarse. En caso negativo, el traslado debe efectuarse (sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, [menor trasladado desde España a Inglaterra])⁶⁵. En la mayor parte de las ocasiones, ambos países presentan cifras similares de contagios o incluso es menor en el país de origen del menor que en el país donde éste ahora se encuentra (orden Tribunal Local de Hamm Tribunal de Familia (Alemania) 23 abril 2020 [traslado de menor desde Armenia a Alemania: hay más casos en Alemania que en Armenia]; SAP Barcelona 12 junio 2020 [menor en Singapur]; SAP Pontevedra 14 junio 2021 [menores trasladados desde Perú a España])⁶⁶.

26. (h) *Riesgo de contraer COVID 19 en el viaje internacional de restitución del menor. Restitución del retorno del menor a su país de origen.* A Los viajes internacionales en este momento de COVID 19 conllevan potencialmente una mayor perspectiva de infección que permanecer en autoaislamiento. Sin embargo, ciertos Estados siguen permitiendo un número limitado de vuelos internacionales para “viajes esenciales”. El riesgo de infección que suponen los viajes aéreos, aunque sin duda es significativamente mayor de lo normal, no es tan alto como para que cualquiera de los dos gobiernos haya considerado necesario poner fin a los vuelos por completo (Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, [menor trasladado desde España a Inglaterra]). Por ello, en tales casos, no puede alegarse grave riesgo para el menor si es trasladado a su país de origen.

27. (i) *Necesidad de un pronto retorno ante un posible cierre de fronteras. Restitución del retorno del menor a su país de origen.* A En ocasiones, las restricciones a la circulación que comporta el COVID 19 no permiten ofrecer garantías de que los vuelos que actual-

⁶⁵ Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, ([2020] EWHC 834 Fam).

⁶⁶ Orden Tribunal Local de Hamm Tribunal de Familia (Alemania) 23 abril 2020 [32 F 14/20]; SAP Barcelona 12 junio 2020 [ECLI:ES:APB:2020:4876]; SAP Pontevedra 14 junio 2021 [ECLI:ES:APPO:2021:1566].

mente operan entre dos Estados sigan haciéndolo durante mucho más tiempo. Por ello, retrasar la orden de retorno podría significar que sería prácticamente imposible que el retorno se llevara a cabo durante un periodo de tiempo considerable. En tal supuesto, es necesario retornar al meno a su país de origen de modo inmediato (sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH* [menor trasladado desde España a Inglaterra])⁶⁷.

28. (j) *Debate sobre el efecto perjudicial de las medidas anti-COVID19 como el uso obligatorio de mascarillas, en el Estado de origen del menor. Denegación de la restitución del retorno del menor a su país de origen sólo en casos muy graves y probados.* Si en el país de origen del menor (Francia) se ha decretado el uso obligatorio de mascarillas para los niños mayores de seis años fueran van al colegio, ello puede suscitar problemas. En efecto, si el menor sufre consecuencias muy negativas para su salud derivadas del uso obligatorio de mascarillas, -claustrofobia, fiebre aftosa, etc.-, debe considerarse que existe “peligro grave de daño grave” para el menor y la restitución debe denegarse. Ahora bien, eso debe probarse, de modo que, en circunstancias normales, el uso de la máscara es incómodo y molesto pero no representa un peligro grave para el menor según indican los expertos sanitarios (sentencia The High Court Family Law (Irlanda) de 12 marzo 2021, *W AND X (minors)* [traslado de menores desde Francia Irlanda])⁶⁸.

⁶⁷ Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, ([2020] EWHC 834 Fam).

⁶⁸ Sentencia The High Court Family Law (Irlanda) de 12 marzo 2021, *W AND X (minors)*, [2021] IEHC 168] [2020 No. 22 HLC].

O DIREITO PEDIÁTRICO E O DIREITO DA FAMÍLIA ¹

Jorge Duarte Pinheiro

Doutor e agregado em Direito

Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ORCID: 0000-0002-4177-2619

DOI: <https://doi.org/10.34628/dt8p-2k13>

Resumo: Há que estudar as conexões entre a saúde e o Direito da Família, em especial as que respeitam à criança. Não faltam temas de interesse, que se não esgotam na problemática da recusa parental de transfusões de sangue por motivos religiosos. Importa investir em todo um novo domínio, o chamado Direito Pediátrico.

Palavras-chave: Direito pediátrico; Direito da família; Crianças; Transfusão de sangue; Cuidados de saúde.

Abstract: It is necessary to study the connections between health and Family Law, especially regarding children. There is no shortage of topics of interest, which are not limited to the issue of parental refusal of blood transfusions for religious reasons. It is important to invest in a whole new field, so called Pediatric Law.

Keywords: Pediatric law; Family law; Children; Blood transfusion; Healthcare.

¹ Texto elaborado na sequência de palestra com o mesmo título apresentada no dia 17 de Maio de 2022, no âmbito da “Conferência Internacional – vida intrauterina, início da personalidade, família e crianças: direito interno e transnacional” (organizada pela Universidade Lusíada, em Lisboa, e pelo Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais – CEJEA). Foi concluído em 10 Julho de 2022, data a que remonta igualmente a última consulta de referências da internet adiante mencionadas.

1. O Direito da Família e o tema da saúde

I. O Direito da Família não pode ser reduzido a um ramo que regula o grupo de pessoas unidas por relações jurídicas familiares: tem por objecto não só as relações conjugais, de parentesco, de afinidade e de adopção (que se extraem do artigo 1576.º do Código Civil), como as relações de união de facto, de apadrinhamento civil e as figuras que se destinam a suprir a inexistência ou insuficiência funcional das relações mencionadas, *v.g.*, da relação de parentesco no 1.º grau da linha recta². E abarca ainda o regime de tais institutos quer no momento da sua constituição quer no momento da sua extinção.

Além disso, o Direito da Família é vasto e heterogéneo, compreendendo normas de Direito Civil, de Direito do Trabalho, de Direito Penal, de Direito Fiscal, de Direito da Função Pública e da Segurança Social, entre outras. Há, portanto, um Direito da Família em sentido restrito, correspondente ao conjunto normativo contido no Livro IV do Código Civil e noutros diplomas que estabeleçam disciplina análoga ou complementar à desse Livro; e um Direito não civil da Família.

Apesar de se aludir nas Escolas de Direito à unidade do ordenamento jurídico, é, por vezes, nítido o contraste entre os dois mencionados grandes sectores do Direito da Família, sendo exemplar o tratamento conferido à união de facto. No Direito da Família em sentido restrito, os efeitos jurídicos da união de facto estão muito aquém dos que são atribuídos ao casamento. Todavia, o estatuto destas uniões é idêntico, ou muito parecido, no Direito do Trabalho, no Direito Penal, no Direito Fiscal, no Direito da Função Pública ou da Segurança Social, no Direito Processual e Procedimental, no Direito Prisional e no Direito dos Estrangeiros.

A extensão e diversidade do Direito da Família recomendam que se opte, aqui, por uma restrição ao sector de natureza jus-civil. Não obstante tal delimitação, o universo sob análise continua a ser

² PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, Coimbra, Gestlegal, reimpressão (da 7.ª edição, 2021), 2022, pp. 13-14, 17-19.

amplo, incluindo o Direito da Filiação; o Direito Matrimonial; o Direito Tutelar de Protecção das Crianças e dos Idosos; e o Direito Convivencial (respeitante à união de facto, à economia comum e à união sem comunhão de habitação)³.

Nas assinaladas subdivisões do Direito da Família em sentido restrito, que versam matérias existenciais e íntimas, está presente o tema da saúde: por exemplo, no Direito da Filiação, quando se regula a procriação medicamente assistida (saúde reprodutiva) e se impõe aos pais o dever de velar pela saúde da criança (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil); no Direito Matrimonial, quando a demência notória é tida como impedimento matrimonial (artigo 1601.º, alínea b), do Código Civil), ao se prever a alteração das faculdades mentais de um cônjuge como fundamento de divórcio a pedido do outro (artigo 1781.º, alínea a), do Código Civil) e ao se vincular os cônjuges a um dever recíproco de cooperação (artigo 1674.º do Código Civil)⁴. No Direito Tutelar, assinala-se a admissibilidade da intervenção de entidades externas (à família) para afastar perigo da saúde em que a criança se encontre (artigos 3.º, n.º 1, e 34.º, alíneas a) e b), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). O dever mútuo de auxílio entre pais e filhos, consagrado pelo artigo 1874.º, n.º 1, do Código Civil, implica prestação de cuidados de saúde, com relevância especial nas hipóteses de deficiência e idade avançada (ou seja, trata-se de dever cuja violação suscita reflexões no quadro do Direito Tutelar de Protecção dos Idosos). O regime do maior acompanhado, que pode ser motivado por razões de saúde (artigo 138.º do Código Civil), tem projecções em todos os quatro segmentos maiores do Direito Civil da Família, como decorre do que se estatui quanto à definição do acompanhante e à legitimidade para requerer o acompanhamento (artigos 143.º, n.º 1, e 140.º, n.º 1, do Código Civil, com referências ao cônjuge, ao unido de facto e a parentes do maior em apreço).

³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo* cit., pp. 25-28.

⁴ O dever, englobando a obrigação de socorro e auxílio mútuos, exige a um cônjuge que apoie o outro na doença (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 73, 265-267).

2. O Direito Pediátrico

Na impossibilidade de contemplar todas as conexões entre a saúde e o Direito da Família, a preponderância actual da situação da criança põe em primeiro plano aquelas em que esteja em causa pessoa com idade inferior a 18 anos de idade.

É conhecido o labor de Guilherme de Oliveira e outros doutrinadores de Coimbra sobre a autonomia das crianças em aspectos atinentes à sua própria saúde⁵.

Entretanto, publicou-se nesta década obra que privilegia antes o problema do poder parental de decisão sobre a saúde da criança⁶.

Na última capa desta obra, lê-se:

Os pais concebem a criança, permitem que ela nasça, cuidam dela, mas o filho não é uma parte dos progenitores, que lhes esteja inteiramente subordinado; é antes sujeito em si mesmo, ser autónomo.

Numa época em que se atribui discursivamente centralidade à criança, há exemplos de sacrifício da vida e de lesão do corpo da criança, por acção ou omissão dos pais, com o beneplácito de médicos, comissões de ética, Ministério Público e até tribunais. Se a sociedade já tem

⁵ Cf., nomeadamente, OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde” (publicação inicial em 1999), em *Temas de Direito da Medicina* 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 241-242; MARTINS, Rosa, “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, em AA.VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 819-820; MOREIRA, Sónia, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, *Scientia Iuridica*, 2001, n.º 291, pp. 190-191; PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 316-319; RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ*, 7, n.º 14, 2010, pp. 124-126; RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português* (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 202-203.

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança - Vida e corpo da criança nas mãos de pais e médicos?*, Coimbra, Gestlegal, 2020. Nas pp. 46-49 do texto, é feita apreciação crítica da tese formulada no estudo citado, *supra*, na nota 6, por Guilherme de Oliveira, nome insigne do Direito da Família e do Direito da Medicina.

resposta pronta para as situações de recusa parental de transfusões de sangue, há, no entanto, outras situações em que a existência e a integridade física da criança são preteridas por vontade de adultos cuidadores - que, nomeadamente, se opõem a cirurgias de transplante de órgãos, com boas perspectivas de sucesso para o filho, ou exigem que sejam removidas partes do corpo da criança, sem indicação terapêutica. É, por isso, útil um esforço de sensibilização, que resulte em maior efectividade das normas de promoção e protecção.

A criança *não pertence* aos pais - nem mesmo quando pais e médicos estejam de acordo...

O livro, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*, no âmbito de uma área específica e sensível, procura testar a consistência de proposições que actualmente obtêm largo consenso, *v.g.*, a de que a criança tem personalidade jurídica; é titular de um conjunto de direitos que tende a ser igual ao conjunto que é reconhecido ao adulto; e deve dispor de especial tutela perante o adulto, alicerçada num interesse próprio e superior.

Investigando a coerência de um sistema que se proclama filiocêntrico, o livro tenta apurar se o ordenamento comporta ou não risco de prejuízo para a vida e integridade da criança por vontade dos pais, designadamente, quando estes solicitam que o filho seja submetido a intervenção médica (sem propósito terapêutico) ou não acatam indicação médica respeitante ao descendente. A propósito da solicitação parental de intervenção médica, são considerados dois *episódios* famosos, em que foram realizados actos médicos em crianças deficientes com *finalidade* susceptível de ser qualificada como *normalizadora* e *transgressiva* - as cirurgias de Georgia Bussey e o "tratamento de Ashley", respectivamente⁷.

Numa segunda obra⁸, procedeu-se a análise mais vasta da

⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança* cit., pp. 101 e s.

⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, Coimbra, Gestlegal, 2021.

problemática da saúde da criança, efectuada predominantemente à luz do Direito da Família e orientada pelo seguinte plano:

Introdução

1. Apresentação e delimitação dos conteúdos
2. A condição jurídica geral da criança. Conexões com o tema da saúde
3. Responsabilidades parentais; outros instrumentos de promoção e protecção da criança. Referência ao internamento em centro educativo
4. A complexidade inerente à multiplicação de actores, lógicas e procedimentos
5. O nascituro: particularidades
 - I. A criança *em projecto*
6. Intenção de conceber e concepção não desejada (“wrongful conception”)
7. O acesso à procriação medicamente assistida (PMA)
8. A escolha do nascituro na PMA; o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) enquanto instrumento de selecção
9. As opções no período de gestação; o papel do diagnóstico pré-natal (DPN)
10. A criança diferente; “nascimento indevido” (“wrongful birth”) e “vida indevida” (“wrongful life”)
 - II. A criança enquanto beneficiária directa de acto médico não experimental
11. Profilaxia: a vacina
12. Diagnóstico: rastreio neonatal e teste preditivo
13. A intervenção terapêutica ou a pedido dos pais
14. Entre a vida e a morte
15. Saúde mental
- III. Sexualidade e reprodução
16. Planeamento familiar
17. Diagnóstico e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis
18. A procriação; em particular, a PMA
19. Interrupção voluntária da gravidez (IVG)

20. Circuncisão

21. Identidade sexual

Por ocasião do lançamento deste livro⁹, *Temas de Direito Pediátrico*, aludiu-se à hipótese de se estar perante obra que teria formalizado a génese de um novo ramo do Direito, que, situado entre o Direito da Família, o Direito das Crianças, o Direito da Saúde, o Direito Penal, o Direito Constitucional, a Teoria Geral do Direito, pressupõe conhecimentos de áreas não jurídicas, como a Bioética e a Medicina.

Na verdade, aparentemente, a expressão “Direito Pediátrico” nunca fora antes usada numa publicação em língua portuguesa; e o enquadramento que é realizado no volume que usa a expressão, bem como no texto anterior, *Limites*, assume a particularidade de chamar a atenção para a vulnerabilidade intrínseca da criança, ampliada pela doença, e para a complexidade de um domínio em que se depara com pluralidade de protagonistas, vozes, preocupações ou tipos de preocupação.

Mas, por enquanto, não se afigura prioritário discutir se há ou não um novo ramo do Direito. Fundamental é, sim, considerar e aprofundar juridicamente questões com relevância prática, que, no mundo de língua portuguesa, merecem maior destaque.

3. As transfusões de sangue em benefício de criança cujos pais sejam Testemunhas de Jeová

Uma questão importante e recorrente é justamente a das transfusões de sangue em benefício de criança cujos pais sejam Testemunhas de Jeová.

⁹ Em 29 de Setembro de 2021, no Showroom Altice, Fórum Picoas, em Lisboa, com o apoio do IAC- Instituto de Apoio à Criança e da Fundação Altice Portugal. Usaram da palavra a Dr.^a Maria de Belém Roseira (Jurista com longa carreira cívica e política, que foi Ministra da Saúde do XIII Governo Constitucional), a Dr.^a Dulce Rocha (Presidente do IAC e antiga Procuradora da República), a Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora associada com agregação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Presidente da ABIO- Associação para o Estudo do Biodireito) e o autor.

A transfusão de sangue constitui procedimento rejeitado pela doutrina das Testemunhas de Jeová, com base na interpretação de trechos da Bíblia que proíbem a ingestão de sangue¹⁰.

Não oferece dúvidas que tem de ser respeitada a recusa do procedimento por doente adulto que beneficie de capacidade para prestar consentimento informado: a transfusão sem consentimento deste doente é susceptível de preencher o tipo de crime previsto no artigo 156.º do Código Penal¹¹.

Igualmente pacífica em Portugal e no restante mundo ocidental se tornou a ideia de que não é atendível a oposição parental, com fundamento religioso, a transfusão de sangue que se afigure necessária em benefício da criança. O aresto mais famoso sobre o assunto remonta a meados do século XX, o caso norte-americano *People Ex Rel. Wallace v. Labrenz*¹², no qual o Supremo Tribunal

¹⁰ PRATA, Cláudia Alves, "As Testemunhas de Jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue", *e-Pública*, 3/2016, pp. 165-171, disponível em <https://e-publica.pt/article/34464>.

Os trechos bíblicos são os seguintes:

«Pois a vida de toda a carne é o sangue, e eu disse aos israelitas: "Não comereis o sangue de carne alguma, pois a vida de toda a carne é o sangue, e todo aquele que o comer será exterminado"» (Levítico, 17, 14).

«De facto, pareceu bem ao Espírito Santo e a nós não vos impor nenhum outro peso além destas coisas necessárias: que vos abstenhais das carnes imoladas aos ídolos, do sangue, das carnes sufocadas e das uniões ilegítimas. Fareis bem preservando-vos destas coisas» (Actos dos Apóstolos, 15, 28-29).

¹¹ Sob a epígrafe "Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários", o artigo dispõe:

"1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

"2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

"3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

"4 - O procedimento criminal depende de queixa."

¹² *People Ex Rel. Wallace v. Labrenz*, 411 Ill.618 (1952), disponível em <https://law.justia.com/cases/>

de Illinois confirmou sentença de tribunal de primeira instância. Entendeu-se que a transfusão de sangue imposta pelo Estado, contra a vontade dos progenitores, não violava os direitos constitucionais dos pais à liberdade de religião e de cuidar e educar dos filhos, invocando-se passagem de outro aresto¹³, em que se afirmava que o exercício do direito de liberdade de religião não permite que se ponha em perigo a vida e a saúde da criança; e que os adultos, sendo livres de se tornarem mártires, não podem tornar mártires os filhos que careçam de capacidade para tomar as suas próprias decisões.

Em Portugal, a primeira grande tomada de posição neste âmbito reconduz-se ao parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 8/91¹⁴, que, porém, não alude expressamente ao procedimento de transfusão de sangue. Pronunciando-se sobre a questão de saber como agir face à “recusa dos pais em internarem os filhos menores no hospital quando o seu estado de saúde é grave”, o parecer conclui que a decisão médica prevalecerá sobre a recusa parental, “quando o estado clínico do menor não se compadece com o recurso à via judicial”. Na argumentação do Procuradoria-Geral da República, não é lícito aos pais, enquanto titulares do poder paternal ou das responsabilidades parentais, colocarem em perigo a saúde da criança, opondo-se à prestação de cuidados médicos que são indispensáveis para que ela sobreviva ou não sofra lesões graves. Se houver tempo para apreciação judicial, haverá que solicitar ao tribunal a adopção de providências limitativas do exercício do poder paternal; caso contrário, a decisão clínica deverá prevalecer sobre a decisão dos pais, porque é a protecção do interesse da criança que corresponde ao objectivo primacial do poder paternal.

illinois/supreme-court/1952/32094-5.html.

¹³ *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>.

¹⁴ Relatório por Ferreira Ramos, aprovado por unanimidade na sessão do Conselho Consultivo de 16 de Janeiro de 1992 (salvo quanto à conclusão 9.ª, relativamente à qual houve um voto de vencido), homologado pelo Secretário de Estado do Ministro da Saúde, publicado sucessivamente no *Diário da República*, II série, n.º 216, de 18-09-1992, p. 8820 (44 e s.), no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 418 (1992), pp. 285 e s., e na colectânea *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, vol. II, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, s/data mas 1997, pp. 337 e s.

No presente século, foi aprovada a Lei da Liberdade Religiosa (pela Lei n.º 16/2001, de 22 de Dezembro), cujo artigo 11.º, sob a epígrafe “educação religiosa dos filhos menores”, preceitua no n.º 1 que “os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes”. Sublinhe-se a parte final: *sem prejuízo da saúde dos filhos*.

A linha explicitada também se reflecte num parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida¹⁵, que, não obstante eventual objecção religiosa dos pais, considera justificada administração de sangue que se destine a salvar a vida da criança e evitar que ela sofra sequelas. E não falta doutrina nacional, anterior e posterior, em sintonia¹⁶.

Todavia, a convergência detectada não é total relativamente às crianças de 16 e 17 anos. Não porque se sustente que, em tal faixa etária pediátrica, mais avançada, os pais possam decidir como bem entenderem, o que seria absurdo, mas porque se pergunta se aquelas não terão já capacidade para recusar ou aceitar transfusão de sangue.

Por um lado, reconhece-se à criança que complete 16 anos de idade a faculdade de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 11.º, n.º 2.º, da Lei da Liberdade Religiosa; e artigo 1886.º do Código Civil, *a contrario*).

Por outro lado, um conjunto influente de doutrinadores lusitanos extrai do artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal, a regra de que possui capacidade de decidir sobre a sua própria saúde a criança

¹⁵ Parecer sobre objecção ao uso de sangue e derivados terapêuticos por motivos religiosos” (46/CNECV/05), disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-sobre-objeccao-ao-uso-de-sangue-e-derivados-para-fins-te>.

¹⁶ ALMEIDA, Ana Costa de/ALMEIDA, Carlos Costa de, “Recusa de transfusões sanguíneas em tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas. Perspectiva médica e jurídica”, *Separata de Estudos e Temas Jurídicos* (n.º 4) do *Boletim do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados*, n.º 15 (2004), pp. 25-26, disponível em <http://www.oa.pt/Uploads/%7B8FA6829C-57CD-4BBD-8D90-F0AFBB4E662F%7D.pdf>; MARQUES, Rita Fonseca/GONÇALVES, Patrícia Trindade, “A recusa de transfusão - da prática à jurisprudência”, *Sub Iudice*, 38 (2007), p. 98; PINHEIRO, Jorge Duarte, “Religião e Direito da Família”, *Revista de Direito Público*, VI/12 (2014), p. 93.

que tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da decisão no momento em que a presta¹⁷.

Ora, em 2021, foi dada a conhecer¹⁸ a situação de uma criança de 16 anos internada no IPO- Instituto Português de Oncologia que padecia de leucemia aguda e recusou qualquer transfusão de sangue, em virtude de ser Testemunha de Jeová. Como os médicos admitiam que tal transfusão viesse a ser indispensável para salvar a vida da criança, o Ministério Público requereu instauração de processo judicial urgente de promoção e protecção, destinado a autorizar a instituição de saúde a proceder a transfusões de componentes sanguíneos adequadas o tratamento do jovem doente. Em primeira instância, a referida autorização foi concedida ao IPO.

Todavia, a criança, acompanhada pelos seus pais recorreu, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa julgado improcedente a apelação¹⁹, por não ter sido alegado e provado que o doente com 16 anos de idade *tinha o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da sua decisão de recusar a transfusão*.

Salvo o devido respeito, em nenhum caso os dados do ordenamento jurídico português vigente autorizam que uma criança de 16 anos de idade recuse procedimento médico essencial para preservar a sua vida.

Obviamente, o mero facto de completar 16 anos de idade não é suficiente: confere à criança capacidade de exercício do direito de

¹⁷ Cf., *supra*, nota 6. O artigo 38.º do Código Penal refere-se ao consentimento que exclui a ilicitude do facto tipificado como crime, determinando as condições de relevância do consentimento enquanto causa de exclusão de ilicitude: tem de “ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido” e “só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta” (n.º 3).

¹⁸ Cf., por exemplo, notícia “Tribunal admite que testemunha de Jeová de 16 anos recuse transfusão que lhe pode salvar a vida”, de Ana Henriques, publicada no jornal “Público” de 27 de Setembro de 2021, pp. 24-25 e disponível *on line* em <https://www.publico.pt/2021/09/27/sociedade/noticia/tribunal-admite-testemunha-jeova-16-anos-recuse-transfusao-salvar-vida-1978783>.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-09-2021, processo 17922/21.8T8LSB.L1-7 (Carlos Oliveira), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/be989eaa98ae733480258759004564ca?OpenDocument&Highlight=0,processo,17922%2F21.8T8LSB.L1-7%20>.

liberdade religiosa, mas não capacidade de prestar consentimento informado em caso de vida ou morte. Como decorre do artigo 11.º, n.º 1, da Lei da Liberdade Religião, *supra* citado, os campos da religião e da saúde são distintos.

No que toca à interpretação do artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal, como contendo regra de capacidade aplicável à generalidade dos cuidados de saúde, que é defendida no acórdão em apreço, importa sublinhar que o artigo 38.º só prevê a relevância do consentimento como causa de exclusão de ilicitude dos factos tipificados na lei penal; tem em vista a responsabilidade penal, que se constrói segundo lógica de tipicidade e de última *ratio*. Salvo norma especial de Direito da Medicina, aplica-se o regime geral da incapacidade em razão da idade, impeditivo da validade do consentimento prestado por pessoa que ainda não tenha completado os 18 anos de idade.

Para mais, a ressalva do acórdão cria incerteza e propõe excepção que muito dificilmente se verificará na realidade: no caso concreto, como se pode provar que criança com 16 anos de experiência de vida mais ou menos limitada está em condições de possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance de uma decisão que põe fim à sua própria existência?

4. Investir no Direito Pediátrico

Foi deliberadamente debatido problema que não é estranho ao jurista médio e ao cidadão comum. Um problema entre inúmeros dos que cabem no Direito Pediátrico. Outros há que, aqui e ali, despertam a atenção de especialistas e leigos (como sucedeu, em 2021, com a vacinação das crianças contra a Covid-19). Contudo, a maior parte dos assuntos pediátricos revelam-se importantes, na perspectiva social, complexos, intrigantes e originais, na perspectiva jurídica.

A discussão em torno das transfusões de sangue em benefício de crianças demonstra bem como ocasiões sensíveis põem à prova *enunciados consensuais*. Conceder aos pais a faculdade de recusar o procedimento equivaleria a negar autonomia à criança enquanto pessoa e enquanto titular de um interesse distinto. Negar à criança

a mesma faculdade ajusta-se à lógica que lhe retira capacidade geral para sua própria protecção, se bem que denuncie a natureza algo simbólica do discurso que atribui à criança tendencialmente os mesmos direitos de que é titular o adulto.

Em regra, ao contrário do adulto, a criança não pode exercer pessoal e livremente os direitos que lhe são conferidos (artigo 123.º do Código Civil); e afinal no quadro dos direitos em que tem de ser representada nem sequer se encontra, em princípio, o direito de consentir que lhe sejam prestados cuidados de saúde. O consentimento informado incumbe aos seus pais (artigo 6.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), na qualidade de progenitores vinculados ao dever de velar pela saúde do filho (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil) – e não na qualidade de representantes da criança, uma vez que o poder de representação não compreende actos puramente pessoais (artigo 1881.º, n.º 1, do Código Civil).

Por força da sua imaturidade, a criança é frágil. Ser criança e doente amplia a sua vulnerabilidade; e a aludida imaturidade exclui o acesso ao consentimento informado, a um instrumento jurídico que mitiga a vulnerabilidade do doente²⁰.

Em suma, na prestação de cuidados de saúde, a criança depende de outros – primeiramente, de pais e médicos. Pais que podem não estar de acordo entre si; pais que podem discordar de médicos. E a divergência convoca mais protagonistas – juiz, Ministério Público, comissão de protecção de crianças e jovens. Enfim, uma multiplicação de dependências que tanto pode originar risco para quem se pretende proteger (ao retardar acto que não conviria adiar) como pode melhor tutelar a criança (ao deslocar a decisão sobre o acto médico da esfera parental para esfera judicial, propiciando escolha que não sacrifique o interesse do doente ao de outros membros da família).

Valerá ou não a pena...investir no Direito Pediátrico?

²⁰ SILVA, Maristela Freitas, "Consentimento informado: estratégia para mitigar a vulnerabilidade na assistência hospitalar", *Revista Bioética*, 25/1 (2017), pp. 30-38, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251163>.

PERSONALIDADE JURÍDICA PRÉ-NATAL¹

José A. R. L. González

Professor Associado com agregação na Universidade Lusíada - Lisboa

ORCID: 0000-0001-5473-6708

DOI: <https://doi.org/10.34628/p3v6-yt32>

Resumo: A vida humana é continuidade. Não contém etapas estanques entre si. Ao invés, é incessante evolução contínua – é transformação sucessiva. Em cada momento que passa, a vida de cada ser modifica-se (física e espiritualmente), ainda que impercetivelmente para o próprio e para os demais. É uma constatação resultante da experiência ordinária que, portanto, não demanda nenhuma comprovação das ciências exatas. Razão pela qual a marcação do “nascimento completo e com vida” como o instante em que começa a vida humana se revela um critério inteiramente arbitrário. Por que não algures antes ou algures depois?

Palavras-chave: Nascituro; Personalidade jurídica; Pertença do corpo humano.

Abstract: Human life is continuity. It does not contain stages that are watertight from each other. Instead, it is incessant, continuous evolution – it is successive transformation. With each passing moment, the life of each being changes (physically and

¹ O presente artigo foi anteriormente publicado: A personalidade jurídica pré-natal, *in* Estudos de homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, Coimbra, 2007.

spiritually), although imperceptibly for themselves and others. It is a finding resulting from ordinary experience that, therefore, does not require any confirmation from the exact sciences. Which is why, marking “complete and alive birth” as the moment in which human life begins turns out to be an entirely arbitrary criterion. Why not somewhere before or somewhere after?

Keywords: Unborn child; Legal personality; Self-ownership.

1. No Código Civil de Seabra a personalidade jurídica, ou capacidade jurídica (dado que literalmente não se distinguia ^{2 3}), adquiria-se pelo nascimento (artigo 6.º).

A elaboração doutrinária e jurisprudencial subsequente à respetiva promulgação, e por causa do que se dispunha nos seus artigos 110.º, 1479.º e 1776.º, conduziu ao entendimento segundo o qual a ocorrência do *nascimento* pressupunha para este efeito ⁴:

- “a completa separação do feto do corpo materno”;
- e “que a creança, depois de ter saído do ventre materno”, tivesse “vivido ao menos um só instante”.

Apesar de a lei o não exigir explicitamente, não faltava, porém, quem considerasse ainda como condição de aquisição da personalidade a chamada *capacidade de viver* ⁵.

Insólita e notavelmente, continuava o referido artigo 6.º: “mas o indivíduo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e

² Como, de resto, ainda sucede com a atual Constituição da República Portuguesa (artigo 26.º, n.º 1).

³ Dada a proximidade, mesmo Inocêncio Galvão Telles (*Dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, pág. 239), diferenciando, ainda assimilava os conceitos de personalidade e de capacidade de gozo.

⁴ Ver, por exemplo, José Tavares, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1928, págs. 8/9.

⁵ Cujas exigências se fundava no disposto no artigo 110.º do referido Código: “Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com vida e com figura humana”.

tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código”⁶.

2. Na anterior versão do Código Civil Espanhol, por força do que se dispunha nos seus artigos 29 e 30, “el nacimiento determina la personalidad” e “para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Para além da quase mitológica referência à necessidade de “figura humana” como condição do reconhecimento de personalidade, exigia-se ainda um prazo mínimo de sobrevivência extrauterina. A sua exigência, manifestamente arbitrária⁷, tem, contudo, uma virtualidade: permitir decidir (mais) objetivamente a viabilidade da vida extrauterina⁸.

Actualmente, com a nova redação conferida àquele último preceito, “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. A solução não difere literalmente, portanto, daquela que se adoptou através do disposto no n.º 1 do artigo 66.º do nosso Código Civil.

3. No Código Civil Italiano (artigo 1), diz-se, muito chãmente, que “la capacita giuridica si acquista dal momento della nascita” e que “i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”. Todavia, “prima della separazione, se un tempo si diceva che il feto non si distingue dalla madre (*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*: Ulpiano), oggi una piú raffinata coscienza non può disconoscere il valore del diritto anche del nascituro.

⁶ Será uma aplicação do brocardo *infans conceptus pro nato habetur, quoties e commodis ejus agitur*.

⁷ José Tavares, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, pág. 10.

⁸ Apesar da antiguidade do Código Civil Espanhol (1889), é de assinalar que nenhuma das compilações forais (ou seja, das compilações de leis civis autonómicas) toca no problema da aquisição da personalidade (pesa embora algumas delas, como a de Aragão ou a de Navarra, serem autênticos códigos civis).

Occorre aggiungere che il feto separato ha bisogno di un altro requisito per cominciare la sua existência jurídica: deve cioè nascer vivo”⁹.

Também, por sua vez, no §1 Código Civil Alemão, de forma praticamente idêntica à do Código Italiano, se diz unicamente que “Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt”.

4. Para o Código de Direito Canônico, só “pelo batismo o homem é incorporado na Igreja de Cristo e nela constituído pessoa” (cân. 96). E “tem capacidade para receber o batismo todo e só o homem ainda não batizado” (cân. 864).

Por causa da necessidade do batismo, a aquisição dos “deveres e direitos que, atendendo à sua condição, são próprios dos cristãos” (cân. 96) pressupõe a separação em relação ao corpo da mãe. É que o referido sacramento confere-se por imersão ou por infusão (cân. 854) com água benzida (cân. 853). Por isso, “os fetos abortivos, se estiverem vivos, quanto possível,” devem ser batizados (cân. 871); por isso também, uma coisa é o homicídio (cân. 1397), outra, o aborto (cân. 1398)¹⁰.

Curioso que seja, de todos os diplomas citados, o único que *literalmente* não contém referência alguma¹¹, em geral, à proteção da vida intrauterina. A falta da alusão correspondente deve-se justamente ao facto de, para obtenção de personalidade, não bastar o simples nascimento. Imprescindível é antes que o sacramento do batismo seja ministrado. E, dado o fundamento bíblico a que se

⁹ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 25.^a edição, Cedam, Padova, 1981, pág. 69.

¹⁰ “Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de aborto, sem maior dano, o culpado será obrigado a indemnizar o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará o que os árbitros determinarem” (AT, Ex 2, 22).

¹¹ Ainda que “a ideia de que o nascituro será verdadeira pessoa” seja “apoiada por vários documentos recentes do Magistério eclesiástico, como a Instrução *Donum vitae* (22.2.1987) da Congregação para a Doutrina da Fé, o *Catecismo da Igreja Católica* (11.10.1992) e a Encíclica *Evangelium vitae* (25.3.1995) de João Paulo II” [Bigotte Chorão, *Bioética, Pessoa e Direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §7, pág. 4].

sujeita a sua realização¹², este só é concebível para o ser humano nascido. Ainda que solução diversa não fosse juridicamente inimaginável.

5. No title 18, chapter 90A, § 1841, do USCode¹³, estabelece-se que:

“(a) (1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section. (2) (A) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child’s mother. (B) An offense under this section does not require proof that: (i) the person engaging in the conduct had knowledge or should have had knowledge that the victim of the underlying offense was pregnant; or (ii) the defendant intended to cause the death of, or bodily injury to, the unborn child”.

Não obstante o autor da ofensa poder ser sancionado ainda que desconheça a situação de gravidez, a responsabilidade ante “the unborn child” nasce por causa de um dano próprio causado à criança imputável a uma conduta do *defendant*. Por isso, é irrelevante que a mãe (grávida) tenha igualmente sofrido um dano. Mas é também irrelevante que, havendo dolo, o autor do dano conhecesse a situação de gravidez ou que, com a sua conduta, pretendesse lesar o feto.

6. A Constituição da República Portuguesa não contém igualmente qualquer referência expressa à vida intrauterina ou à sua proteção.

¹² Por exemplo: Mt 3, 13-17; Mc 1,9-11; Lc 3,21.

¹³ Compilação oficial de *statutes* que revistam carácter geral e permanente.

É verdade que o seu artigo 24.º tem por epígrafe “direito à vida” e que esta forma de expressão acolheria sem esforço o direito a nascer. O mesmo se diga para o que se dispõe no seu n.º 1: “a vida humana é inviolável”. Falta obviamente saber, entre outras coisas, a partir de que momento se pode dizer que *há* vida humana. Com efeito, se apenas houver vida humana a partir do nascimento (e a Constituição não confirma nem infirma esta asserção) o direito a nascer não existirá¹⁴.

Da mesma largueza ou vaguidade se pode acusar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 3º: “todo o indivíduo tem direito à vida”), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 2º/1: “o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 2.º, n.º 1: “todas as pessoas têm direito à vida”).

7. No atual Código Civil português (artigo 66.º, n.º 1), “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”.

Apesar de literalmente distinto e mais acabado do que o artigo 6.º do Código Civil de Seabra, a referida disposição acabou por consagrar pois o que, como se disse, seria já o entendimento predominante na vigência deste.

Acrescentou-se ainda um n.º 2, extraído do Código Civil Italiano (artigo 1/2) e formalmente inverso ao que se continha no supramencionado artigo 6.º do Código Civil de Seabra, segundo o qual: “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Não obstante o que antecede, no Código do Registo Civil (artigo 209.º) está prevista a necessidade de se proceder ao depósito do chamado certificado de morte fetal sempre que esta tenha ocorrido “com

¹⁴ Por isso, entre outras razões certamente, não se regista unanimidade sobre o alcance do disposto no artigo 24.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa relativamente à vida intrauterina. Consulte-se, exemplarmente, o conteúdo do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/06, de 15/11/2006, Proc. n.º 924/2006, e compare-se o mesmo com o sentido das declarações de vencido dele constantes.

tempo de gestação de 22 semanas ou superior”. Embora se dispense o referido depósito “quando ocorra a interrupção voluntária da gravidez, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, bem como, até às 24 semanas de gestação, quando a interrupção da gravidez seja espontânea” (artigo 209.º - A, Código do Registo Civil). “São aplicáveis ao depósito do certificado médico de morte fetal os preceitos relativos ao assento de óbito” (artigo 209.º, n.º 4, Código do Registo Civil). O que significa, entre outras coisas, que deve o mesmo ser obrigatoriamente entregue (sob pena da aplicação da coima decorrente do disposto no artigo 295.º do Código do Registo Civil) pelas pessoas identificadas no artigo 193.º e dentro do prazo estabelecido pelo artigo 192.º, ambos do Código do Registo Civil.

Este regime decorrente do Código do Registo Civil, se para mais não chegar, permite tirar ao menos uma ilação: o feto não pode ser considerado uma coisa. De facto, caso contrário, não haveria justificação para instituir de um arquivo público destinado a constituir um repositório de casos de morte fetal (aliás, nem de morte se poderia falar). E, juridicamente, o que não for pessoa ou, no mínimo, entidade equiparada, só pode ser tido como coisa (ou objeto, em geral)¹⁵: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut serui*¹⁶.

8. A disposição do Código Civil citada por último sugere justamente o seguinte tema.

Os diversos regimes compreendidos no atual Código Civil relativos ao nascituro impõem uma distinção inicial por demais conhecida: a que se faz entre *nascituro* e *concepturo*. Aquele é o ser concebido, mas ainda não nascido (completamente e com vida) e este é o não-ser ou, no máximo, um projeto de ser. O conceito de *concepturo* serve primacialmente para marcar a fronteira entre o que é, ou pode ser pessoa, e o que não é ou não o pode ser.

¹⁵ E, inversamente, o que não é pessoa é coisa. Por isso é que *cum servo nulla actio est* (Gaio, D.50.17.107) e também por isso é que *in personam servilem nulla cadit obligatio* (Ulpiano, D.50.17.22pr.) ou *servile caput nullum ius habet* (Paulo, D.4.5.3.1).

¹⁶ Gaio, Inst, 1.9.

O nascituro representa um substrato biológico suficiente para alicerçar o reconhecimento de personalidade jurídica e para autorizar a concessão de direitos subjetivos; o concepturo, não. Juridicamente, o concepturo é o nada¹⁷. No que toca ao concepturo, é claro, por isso, que o problema da atribuição ou reconhecimento de direitos subjetivos não se coloca¹⁸. Não há um mínimo de substância (física, social ou de outra ordem) à qual faça sentido outorgar direitos ou conferir personalidade jurídica. Pese embora, em algumas circunstâncias, a lei levar em consideração o referido “projeto de ser” para lhe salvaguardar alguns efeitos jurídicos potenciais [confira-se, por exemplo, o disposto nos artigos 952.º e 2033.º, n.º 2, alínea a) do Código Civil].

9. No que concerne ao nascituro propriamente dito, o disposto no n.º 2 do artigo 66.º do Código Civil explica-se habitualmente pelo recurso à conceção dos chamados *direitos sem sujeito*. O que, à partida, anuncia a tese segundo a qual só com o nascimento se é pessoa jurídica.

De harmonia com o referido entendimento, desde que seja expectável e objetivamente antecipável o seu futuro surgimento, é admissível que, temporária ou transitoriamente¹⁹, certo direito

¹⁷ Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões, Quid Juris*, Lisboa, 1999, pág. 141.

¹⁸ Por isso, por exemplo, se carece de sentido considerar, para efeitos de começo da contagem de um prazo de caducidade, que o direito não pode ser “legalmente exercido” (artigo 329.º, Código Civil) até à verificação do nascimento estando em causa o “direito” de um concepturo (pelo que ele correrá independentemente deste chegar a nascer), já é razoável admitir que o direito possa ser “legalmente exercido” (e, portanto, tal prazo comece a correr) a partir da conceção. Nesta medida, se não acompanha a solução encontrada para o caso decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/11/2004, Proc. n.º 04A2661): A e B divorciaram-se em 25/03/1987 e realizaram a consequente partilha de bens simuladamente e em prejuízo do autor, que nasceu em 03/02/2000 e era filho de um dos divorciados; a ação intentada por este contra aqueles com fundamento em simulação tinha data de 27/02/2002; o Tribunal entendeu que o prazo de cinco anos instituído para este caso pelo revogado artigo 780.º do Código de Processo Civil já havia corrido (independentemente, portanto, da existência do autor).

¹⁹ Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978, pág. 106; Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões, Quid Juris*, Lisboa, 1999, págs. 143/144.

subjetivo não tenha titular e, apesar disso, mantenha a sua existência. É disto exemplo precisamente o que sucede com os direitos dos nascituros, com os direitos das fundações depois de instituídas mas antes de serem reconhecidas ou com os direitos do *de cuius* antes de a herança ter sido aceite pelos sucessíveis.

É uma explicação técnica que está manifestamente subjacente à letra do disposto no artigo 952.º do Código Civil. Com efeito, se na doação feita a nascituro se presume que o doador reserva para si o *usufruto* dos bens doados até ao nascimento do donatário (n.º 2), a respetiva *propriedade* não pode estar na titularidade de alguém, durante o período em causa, uma vez que justamente (ainda) não existe donatário.

A explicação, no entanto, não é convincente, por duas razões elementares:

- Primeiro, por o período transitório ser potencialmente ilimitado, pelo que, portanto, pode dar-se o caso de “a espera” ser de dias, meses ou anos. Justamente por isso, se pode entender a citada disposição como estando destinada a estabelecer apenas um regime supletivo sobre a questão relativa à administração dos bens doados;
- Segundo, por direito *subjetivo* e direito *sem sujeito* serem ideias racionalmente incompatíveis.

Um outro entendimento possível consiste em fazer depender a aquisição de personalidade do *nascimento completo e com vida*, mas atribuindo depois regressividade a tal ocorrência: ou seja, a personalidade só se adquiriria com o referido nascimento, mas com eficácia a uma qualquer data anterior²⁰.

A crítica a que esta opinião se sujeita parece evidente. Além de, em geral, a retroação de eficácia jurídica não dever ser meio normal de resolução de problemas jurídicos devido ao seu carácter ficcioso²¹, restaria ainda decidir até que ponto se admitiria: poderia chegar

²⁰ Dias Marques, *Código Civil Anotado*, 2.ª edição, Petrony, Lisboa, 1968, pág. 23.

²¹ “Quando se deverá recorrer à ficção em direito? Quando, por uma ou outra razão, as

a ir para além do próprio momento da conceção? Por conseguinte, aplicar-se-ia tanto ao nascituro como ao concepturo?

Numa visão relativamente frequente em alguma doutrina portuguesa, considera-se que nas hipóteses descritas sob a epígrafe direitos sem sujeito o que haverá verdadeiramente serão *bens em estado de vinculação* ²². Se bem se compreende a ideia subjacente, trata-se de uma aparência de explicação. Na verdade, enquanto os bens estão vinculados ao eventual surgimento do titular ao qual estão destinados, pertencem a quem? Se já estão vinculados, não podem caber a quem deles dispôs; mas como também ainda não existe quem os deve receber, a resposta, forçosamente, é que pertencem a ninguém. E tudo redundando, portanto, de novo, em direitos sem sujeito.

Acresce que, como resulta da própria descrição, este entendimento apenas permite fornecer enquadramento (pelo menos tal como foi formulado) à atribuição de direitos de natureza patrimonial. Não explica, por exemplo, como ficam eventuais direitos de personalidade do nascituro.

Por fim, uma outra hipótese explicativa, consiste em considerar sujeitos a condição suspensiva (ainda que legal) ²³ os atos pelos quais se atribuem, ou se pretendem atribuir, direitos a nascituros. Eles ficarão implícita e necessariamente sujeitos à circunstância do *nascimento completo e com vida*.

Esta ótica explica de imediato a questão da titularidade: enquanto o nascimento completo e com vida não sobrevém, o direito continua a pertencer ao respetivo disponente, mas precariamente;

categorias e as técnicas jurídicas reconhecidas, aquelas que fazem parte da realidade jurídica aceita, não fornecerem solução aceitável ao problema de direito que se deve resolver. Mas basta modificar, neste ou naquele ponto, a realidade jurídica admitida para que o recurso à ficção se torne supérfluo para resolver tal problema particular” (Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pág. 604).

²² Por exemplo, Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 35; Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a edição, 2005, págs. 196 a 198.

²³ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, tomo III, Almedina, Coimbra, págs. 305/306.

passará depois, automaticamente, para a esfera jurídica do ex-nascituro, agora pessoa.

Mais uma vez, contudo, a explicação acomoda-se somente à atribuição de direitos de natureza patrimonial. Ainda que, de todas, seja a preferível, uma vez que não só autoriza a justificação formal (a questão da titularidade do direito) como também, para o caso de inexistir regime especial, fornece um conjunto normativo que concilia equilibradamente os interesses em presença (artigos 272.º a 277.º do Código Civil, designadamente). O que não obsta a que permaneça uma questão não resolvida: verificado o nascimento, o preenchimento da condição tem eficácia retroativa (artigo 276.º, Código Civil)? Se tem²⁴, então esta tese não se diferencia daquela outra que atribui carácter retroativo à obtenção de personalidade, sujeitando-se às mesmas críticas. Se não tem, então verdadeiramente os nascituros não têm direitos.

10. A explicação que de longe melhor se coaduna com o reconhecimento de direitos ao nascituro, estejam em causa direitos pessoais – *maxime* de personalidade –, estejam em causa direitos patrimoniais, é aquela que pressupõe o reconhecimento da sua personalidade jurídica²⁵. Nesta conceção, o nascituro é pessoa jurídica enquanto tal e o nascimento completo e com vida limita-se a consolidar a personalidade anteriormente obtida. Mas, assumi-la, implica demonstrar que ela é viável, justificável e desejável.

²⁴ É o parecer de Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, tomo III, Almedina, Coimbra, pág. 305, ainda que, ao que julga, restrito à obtenção de capacidade de gozo na sua dimensão patrimonial (cfr. pág. 306). Contudo, para a condição *legal* resolutive, não falte quem sustente que a sua verificação tem mera eficácia *ex nunc* (Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 362).

²⁵ Há quem defenda que nem toda a proteção do Direito se analisa, necessariamente, em termos de atribuição da personalidade (Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 2001, vol., I, págs. 173 e segs.). Se esta afirmação até se pode aceitar para os casos em que está em causa o reconhecimento de uma personalidade meramente instrumental como a coletiva, é inadmissível para a personalidade singular por esta ter natureza pré-jurídica e constituir um corolário do respeito pela dignidade do ser humano.

Tem justificação que, a propósito do nascituro, se considerem os (seus) direitos de personalidade. Por um lado, tendo em conta as possibilidades tecnológicas atuais, mas, sobretudo, considerando as expectativas biotecnológicas futuras, é hoje possível provar, por exemplo, a existência de danos físicos sofridos pelo feto em virtude de agressões externas²⁶. Por outro lado, o nascituro pode ser objeto, enquanto tal, de alguma consideração social: é pensável, por exemplo²⁷, que se lhe reconheça o direito à imagem (*v.g.* uma ecografia) ou ao nome²⁸.

Para estes casos, será necessário esperar pelo nascimento para que os seus representantes possam e devam atuar contra as agressões de terceiros promovidas contra o nascituro enquanto tal? Não

²⁶ “Hoje, com as modernas técnicas de reconhecimento da vida intrauterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, conhecer os seus movimentos; as suas reações a estímulos sonoros; ver a sua cabeça mover-se no sentido da voz do pai; “fotografar” ecograficamente o seu rosto e dizer com quem é parecido. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intrauterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o inter relacionamento do filho com a mãe. É possível ver o nascituro a defender-se da morte que lhe vão dar e sentir o seu sofrimento como o de qualquer outro ser humano” [Leite Campos, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

²⁷ “Assegurada ao ser humano embrionário a personalidade jurídica – como dimensão inerente à personalidade natural –, dela decorre automaticamente o reconhecimento da capacidade de ser titular de direitos (capacidade jurídica do gozo). Só que, enquanto a personalidade jurídica é um atributo inquantificável (não se é, mais ou menos, mas, ou se é, ou não, sujeito de direito), a referida capacidade pode ser maior ou menor, consoante as circunstâncias. Ainda assim, não pode deixar de abranger, no caso de *conceptus*, aqueles direitos fundamentais exigidos pela própria natureza do sujeito (direitos naturais), a começar pelo direito à vida. Mas vários outros direitos, com título natural ou positivo, cabem naquela capacidade (como os relativos à integridade física, à identidade genética, à honra, ao estabelecimento da filiação e à representação jurídica, a alimentos, à aquisição de bens por doação e sucessão “mortis causa”, ao ressarcimento de danos)” (Bigotte Chorão, *Bioética, Pessoa e Direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §12, pág. 10).

²⁸ É verdade que, tipicamente, a tutela do nome pressupõe a sua inscrição no registo civil por via da realização do assento de nascimento. Mas, a partir do instante em que “o pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da proteção conferida ao próprio nome” (artigo 74.º, Código Civil), custará aceitar que o nome que os pais hajam escolhido para o nascituro seja protegido mesmo antes do nascimento, ao menos “quando tenha notoriedade”?

poderá, muitas vezes, ser tarde demais? E impor a necessidade de esperar pelo “nascimento completo e com vida” não será, no fundo, conferir eficácia retroativa à aquisição de personalidade?

Verdadeiramente, no que toca aos direitos dos nascituros, o que no essencial está em causa (como de resto sucede com qualquer ser humano) é determinar se são passíveis da concessão de direitos que protejam a sua personalidade. A questão dos respetivos (eventuais) direitos patrimoniais é claramente marginal e acessória.

E, em relação aos direitos de personalidade, das duas, uma: ou o nascituro é deles suscetível e estão adquiridos com a conceção, funcionando a não ocorrência do nascimento como seu facto extintivo (perfeitamente equivalente à morte para a pessoa nascida); ou o nascituro deles não é suscetível e somente os adquirirá com o nascimento.

Já em relação aos direitos patrimoniais de que o nascituro seja passível, o “nascimento completo e com vida” é configurável como condição resolutiva da sua atribuição e não como uma hipótese de sucessão *mortis causa*²⁹. De facto, crê-se que, tanto do ponto de vista social como do ponto de vista ético, não nascer não se deve considerar equivalente a morrer.

Para o concepturo, o reconhecimento de direitos de personalidade é inconcebível: não há um mínimo de humanidade subjacente. E a aquisição de direitos patrimoniais só é configurável subordinada a um facto futuro e incerto de carácter suspensivo: a condição de surgimento do ser.

11. Há uma tendência (particularmente agravada, entre nós, pela realização do referendo sobre o aborto e intimamente ligada aos aspetos emocionais que a questão desperta) para colocar o reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano dependente da determinação do momento do início da vida. Para o efeito avançam-se critérios biológicos, psicológicos, biomédicos, etc., visando precisar tal instante.

²⁹ Pedro Pais de Vasconcelos – Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 80.

É muito provável, no entanto, que assim jamais se consiga estabelecer quando começa a vida, dada a variedade, mas, acima de tudo, dada a contestabilidade de todos os critérios propostos. Efetivamente, em função do tempo decorrido desde a fecundação até ao nascimento, a vida humana passa por uma tal sucessão de fases inter-relacionadas que atender a um determinado critério ou a outro é pura arbitrariedade. Com efeito, nenhuma dessas fases pode ser considerada decisiva ou mais importante.

Aliás, acrescente-se: depois do nascimento, a vida passa analogamente, como é perceptível pela experiência sensorial, por sucessivas e incontáveis fases até à morte. Portanto, o problema que se coloca para a vida intrauterina põe-se também (*continua* a pôr-se, mais precisamente) para a vida extrauterina³⁰. A criança com poucos dias, poucos meses ou poucos anos é certamente vida humana, mas será pessoa jurídica? E, seguindo por esta via, será pessoa jurídica a partir de quando?

Aliás, a fixação do momento da aquisição da personalidade na data do nascimento completo e com vida é pura arbitrariedade. E ousadia arrogante por parte do legislador. A vida apenas *segue* depois do nascimento³¹. E tendo em conta que o momento exato do nascimento, por razões naturais ou artificiais, é pura contingência, porquê considerar tal casualidade como decisiva para adquirir personalidade jurídica?

Por outro lado, entrando-se em preciosismos biológicos, psicológicos, biomédicos, etc., o juízo envolvido na resposta às perguntas que ficaram formuladas nunca poderá ser geral e abstrato. O que é incompatível com as preocupações de certeza e de segurança que o Direito

³⁰ Efetivamente, “na maior parte dos direitos arcaicos e antigos, os filhos não são sujeitos de direito, estando submetidos à autoridade do chefe de família, que pode mesmo dispor da sua vida e da sua liberdade” (John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001, pág. 610). Daí que *qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest* (Gaio, D.41.1.10.1).

³¹ “O nascimento ... nada significa. Só a substituição de um sistema de apoio à vida (o corpo da mãe) por outro (o meio ambiente e os pais)” [Leite Campos, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

deve levar em conta. Que são as razões que justamente levaram, por exemplo, a estabelecer a maioridade, com a consequente aquisição de capacidade de exercício, numa determinada idade, igual para todos, independente da concreta maturidade intelectual, emocional, social, etc., do indivíduo em causa (artigos 122.º e 130.º, Código Civil).

Por conseguinte, parece de assentar: primeiro, que o critério a encontrar para determinar o momento de aquisição de personalidade jurídica deve ter uma qualquer base biológica uma vez que o homem tem um substrato dessa natureza; contudo, os rigores biológicos são, segundo, inteiramente inadequados em virtude de a preferência por algum deles constituir puro arbítrio.

12. A vida humana é *continuidade*. Não contém etapas estanques entre si. Ao invés, é incessante evolução contínua – é transformação sucessiva. Em cada momento que passa, a vida de cada ser modifica-se (física e espiritualmente), ainda que impercetivelmente para o próprio e para os demais. É uma constatação resultante da experiência ordinária que, portanto, não demanda nenhuma comprovação das ciências exatas.

Razão pela qual, como se dizia, a marcação do “nascimento completo e com vida” como o instante em que começa a vida humana se revela um critério inteiramente arbitrário. Por que não algures antes ou algures depois?

Aceitando-se – como, julga-se, se deve aceitar – que a vida humana é *continuidade* ininterrupta, o início do ciclo da vida de cada indivíduo não pode dar-se noutra momento a não ser o da *concepção*: é aqui que *começa* o novo ser. Qualquer instante posterior implica a criação de uma rutura injustificada no processo existencial.

Para a generalidade dos efeitos legais, o momento da concepção do filho corresponde, regra geral, aos “primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento” (artigo 1798.º, Código Civil). Por conseguinte, na falta de outra comprovação (médica, ecológica, etc. – artigo 350.º, n.º 2, Código Civil), daqui se retira que:

- Primeiro, o momento da concepção é um qualquer dentro dos primeiros quatro meses da gestação;

- Segundo, se deve considerar, por isso, que a personalidade foi adquirida trezentos dias antes da ocorrência do nascimento.

13. As considerações que ficam feitas não revelam, contudo, a dimensão essencial da personalidade jurídica do ser humano.

Esta apoia-se inegavelmente num substrato biológico. Mas o *conceito* de pessoa humana não tem certamente natureza biológica. Tem, isso sim, natureza ética, social, jurídica, política. Pelo que um qualquer substrato biológico serve e é suficiente para o efeito ³².

Não se requer para tanto um ser nascido completamente e com vida; não se requer o decurso de um certo número de semanas sobre a data da concepção; não se requer alguma ou qualquer maturidade intelectual, física ou psíquica; etc.

Assim, a outorga de personalidade jurídica ao ser humano é verdadeiramente uma simples consequência do reconhecimento da sua *dignidade* e não está por isso ligada primariamente a quaisquer critérios ditos “científicos” ³³.

Ser pessoa jurídica (e, crê-se, ser pessoa do ponto de vista social, político, moral ou ético) não se liga à idade, nem à fase da vida, nem ao estatuto, nem ao sexo, nem à nacionalidade, nem a qualquer outro fator análogo. Isto não levanta qualquer dúvida.

Mas ser pessoa também não pode depender do facto de a vida subjacente ter carácter intra ou extrauterino. A dignidade da pessoa

³² “Não há justificação biológica da dignidade humana. É certo que o substrato biológico é, sem dúvida, uma condição indispensável para a existência da pessoa e, portanto, da sua dignidade: se os seus mecanismos bioquímicos colapsam, a pessoa extingue-se, e com ela a sua dignidade. Mas não são esses mecanismos bioquímicos (basicamente idênticos aos dos animais) que justificam, especificam ou medem a dignidade humana. E, por isso, talvez se possa dizer que a qualidade biológica de uma vida humana não altera a sua dignidade. O demente, o doente terminal que está inconsciente ou em estado vegetativo persistente têm a mesma dignidade que eu” (Documento de trabalho 26/CNECV/99, Reflexão ética sobre a dignidade humana, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 14).

³³ “Os direitos humanos (da personalidade, de ser humano) decorrem do valor moral da pessoa e da dignidade de ser pessoa” [*A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*], Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

humana reclama esta asserção. Se assim não fosse, a vida intrauterina seria pura vida animal e o embrião ou o feto seriam meras coisas³⁴.

14. Por causa da sua humanidade é que “a dignidade do ser humano é inviolável” e “deve ser respeitada e protegida” (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa; artigo 1.º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). “O respeito pela dignidade humana é considerado hoje um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados”³⁵.

E por causa do respeito devido à dignidade humana³⁶ é que a personalidade jurídica, com a conseqüente capacidade, é Direito do Homem (artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem) e é Direito Fundamental (artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa).

15. O disposto no n.º 1 do artigo 66.º do Código Civil não constitui obstáculo a este entendimento.

É naturalíssimo que ali se tenha estabelecido o “nascimento completo e com vida” como o momento que marca a aquisição da personalidade do ser humano, tendo em conta que este diploma entrou em vigor em meados dos anos sessenta do século passado (e acrescentando que ele foi essencialmente elaborado durante a

³⁴ Por isso, a propósito da interrupção voluntária da gravidez, “a questão dos prazos não se reveste, em boa verdade, de qualquer relevância ética. Doze, dezasseis, vinte e duas ou vinte e quatro semanas como limite para a intervenção abortiva, que significado têm, no ponto de vista ético? Nenhum. De facto, a decisão de eliminar a vida humana intrauterina é que é eticamente séria e constitui a questão de fundo” (Relatório/parecer 19/CNECV/97, projetos de lei relativos a interrupção voluntária da gravidez, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 9).

³⁵ Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, trad. bras. de *Éthique et Droit* por Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pág. 401.

³⁶ “Podemos talvez dizer que a abordagem actual da dignidade humana se faz sobretudo pela negativa, pela negação da banalidade do mal: é por se estar confrontado com situações de indignidade ou de ausência de respeito que se tem indício de tipos de comportamento que exigem respeito” (Documento de trabalho 26/CNECV/99, Reflexão ética sobre a dignidade humana, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 6).

sua década de cinquenta). Contudo, os conhecimentos científicos e os meios tecnológicos que, entretanto, se tornaram genericamente acessíveis permitem hoje atestar, com segurança, que o começo da vida se dá antes do nascimento³⁷. Por outras palavras, é possível atestar a existência de um substrato biológico qualificável como vida humana antes mesmo do nascimento ocorrer. Já é o bastante, como se disse, para se conceder personalidade antes da nascença.

16. Acresce que a ilação que se retira da disposição em apreço é contraditada pelo que se estabelece no n.º 1 do artigo 1878.º do mesmo diploma.

Diz-se, nesta última, que “*compete aos pais, no interesse dos filhos, ... representá-los, ainda que nascituros*”.

A representação, seja a legal, seja a voluntária, pressupõe duas pessoas: representante e representado. Aquele exerce posições jurídicas tituladas pelo último. Por isso se diz que o representante está dotado de uma legitimidade *indireta* para o exercício de direitos. Por isso ainda, o representante só pode atuar o que o representado puder ou pudesse atuar; ou, ao invés, como se dizia no artigo 1332.º do Código Civil de Seabra para a representação voluntária, “*pode qualquer mandar fazer por outrem todos os atos jurídicos, que por si pode praticar, e que não forem meramente pessoais*”. O que é confirmado pela definição do poder de representação parental contida no artigo 1881.º do Código Civil: este “*compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho*”.

E na medida em que quem exerça a representação aja dentro dos seus poderes representativos, o negócio jurídico realizado por aquele em nome do representado... produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último” (artigo 258.º, Código Civil).

³⁷ A conceção do nascimento como o instante que marca o início da personalidade “é pré-científica - ou, pelo menos, “*pré-ecográfica*” - fundando-se na ignorância da vida pré-natal (o ser que nascia era precedido de um mistério que fazia reear os monstros e os lobisomens), em termos de o nascimento ser uma descoberta - um «*dar à luz*» das trevas do ventre” [*A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

Razões pelas quais “o representante é um substituto”³⁸.

Por conseguinte, elementarmente, se os pais são representantes dos filhos nascituros, estes são representados; se estes são representados, têm uma esfera jurídica (artigo 258.º, Código Civil)³⁹ na qual se repercutirão os efeitos da conduta dos pais; ora, a existência de uma esfera jurídica pressupõe a existência de personalidade^{40 41}.

Ainda que se não possa inferir a personalidade do nascituro a partir do que se estabelece no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil, ao menos é certo que a regra decorrente do artigo 66.º, n.º 1 do mesmo diploma fica assim muito desvalorizada. Salvo entendendo-se que no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil se não utilizou o termo representação no seu sentido técnico, mas antes num sentido mais amplo e impróprio como sinónimo, por exemplo, de curadoria ou algo similar. Não se conhece, todavia, que tal significação alguma vez tenha sido sustentada.

³⁸ Galvão Telles, *Dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, pág. 260.

³⁹ Por esta razão se não pode acompanhar Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 299/300, nota1113) quando sustenta a extensão da representação legal dos pais ao concepturo: este é um não ser, não há, por isso, dignidade humana a respeitar, pelo que não pode ter personalidade nem, consequentemente, esfera jurídica.

⁴⁰ Uma vez que a esfera jurídica “é o complexo de direitos e vinculações de que uma determinada pessoa é titular” (Pedro Pais de Vasconcelos – Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 102).

⁴¹ “X, who was seven months pregnant, was injured by the negligence of the M.T.’s servant while she was descending from a tram. Two months later, her child, J., was born with club feet. In an action on J.’s behalf, the jury awarded \$5,500. Judgement was affirmed by a majority of the king’s bench (appeal side) and by four to one in the supreme court of Canada (Smith J. dissenting).

In the supreme court, Lamont J. (with whom Rinfret and Crocket JJ. concurred), after reference to English and American authorities, said that it must be admitted that the great weight of judicial opinion in the common-law courts denied a right of action for prenatal injuries. He then turned to the civil law. Article 345 of the Quebec Civil Code, which he regarded as practically embodying Roman law as set out in *Digest*, 1, 5, 7,68 provides that «The curator to a child conceived but not yet born, is bound to act for such child whenever its interests require it; he has until its birth the administration of the property which is to belong to it, and afterwards he is bound to render an account of such administration» (P. H. Winfield, *The unborn child*, The University of Toronto Law Journal, vol. 4, n.º 2, 1942, pág. 288).

17. A dedução que se extrai a partir do que se estabelece no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil é confirmada pelo que resulta do artigo 1855.º do mesmo diploma: o estabelecimento da paternidade por perfilhação pode fazer-se logo após a concepção ⁴², não dependendo a sua *validade* do “nascimento completo e com vida”.

Assim, o pai já o é desde o instante em que o novo ser foi concebido; portanto, o filho já o é também desde a concepção; pelo que o poder paternal está instituído desde esse momento. Daí o disposto no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil.

Só se concebe a existência e o exercício do poder paternal sobre uma pessoa uma vez que é para tutela desta que ele se instaura.

O poder paternal integra-se na categoria dos poderes funcionais ou poderes-deveres. Estes, em geral, são direitos ou, pelo menos, posição jurídicas ativas, que se devem exercer no interesse de outrem: no caso concreto, no *interesse do filho* (artigo 1878.º, n.º 1, Código Civil) ⁴³ ⁴⁴. De onde decorre que se os pais não atuarem amparando o interesse do filho (ao menos se tiver natureza patrimonial), incorrem, se mais não for, em responsabilidade civil (artigo 483.º, n.º 1, Código Civil). Contudo, se o nascituro não tem personalidade jurídica (e, por isso, não tem direitos), tal suscetibilidade de responsabilização coerentemente apenas surgirá após o “nascimento completo e com vida”. Antes disso não haverá “direito de outrem” que possa ser violado. Será razoável uma solução destas? Poderão os pais exercer o poder paternal de forma absolutamente irresponsável até ao nascimento? Poderão os pais, até ao “nascimento completo e com vida”, apropriar-se, por exemplo, de rendimentos de bens pertencentes a filho nascituro que lhe tenham

⁴² Para o estabelecimento da paternidade por via de ação de investigação é também o momento da concepção que marca o início da relação pai/filho relevante para o efeito: *I – Os atos de tratamento como filho por parte do investigado são suscetíveis de se verificar em relação a nascituros* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/1976, Proc. n.º 066207).

⁴³ Castro Mendes, *O Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1979, pág. 243.

⁴⁴ O poder paternal “consiste no direito de «reger» (dirigir) a pessoa e administrar os bens do filho, no interesse deste” (Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 90).

sido deixados por testamento (artigos 1896.º e 2240.º, n.º 2, Código Civil)? Com o seu comportamento, *quem* é que eles estarão a lesar?

18. O mesmo se diga, estendendo o argumento, para atos de terceiros lesivos da integridade ou do património do nascituro. Se alguém agride mulher grávida e tal conduta lesar fisicamente o nascituro de forma imediatamente comprovável, poderá aquele ser responsabilizado, civil e penalmente, por lesão à integridade física deste e pelo correspondente sofrimento ⁴⁵? Não se reconhecendo personalidade jurídica ao nascituro, a resposta coerente só

⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/04/2014, Proc. n.º 436/07.6TBVRL. P1.S1: “I – Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respetivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai. II – Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art.º 66.º, n.º 1, do Código Civil, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art.º 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB –, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. III – O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica. IV – Ainda na fase intrauterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação. V – No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992). VI – Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos atos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124)”.

pode ser negativa ⁴⁶ ⁴⁷. Mesmo quando, no limite, a agressão seja imputável à própria mãe ⁴⁸.

É claro que, muitas vezes, se obvia este resultado fazendo retroagir a aquisição de personalidade. Mas isso não será, no fundo, reconhecer personalidade jurídica ao nascituro? É que antes de nascer, o ser cuja personalidade é obtida regressivamente era nascituro!

⁴⁶ Exemplarmente neste sentido, ver o acórdão de Supremo Tribunal de Justiça de 21/09/2006, Proc. n.º 06P1575: “De qualquer modo, muito se estranha a alegação de danos sofridos pelo feto que a vítima carregava, uma vez que é sabido que a personalidade jurídica, e, logo, a capacidade de gozo de direitos, apenas se adquire no momento do nascimento completo e com vida (cfr. art.º 66º, n.º 1, do Código Civil) o que não sucedeu na presente hipótese. Além disso, os próprios direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem sempre do seu nascimento (cfr. art.º 66.º, n.º 2, do Código Civil), não podendo aqui ser convocados. Daí que no caso em apreço nenhuma indemnização pudesse ser fixada nesse âmbito”. Afirmando-se mesmo que “a mãe portadora do feto é que teria eventualmente direito a ser indemnizada pelo dano por ela sofrido com a representação ou sentimento (físico, psicológico) do sofrimento e da morte do nascituro”. Estava em causa nesta decisão, como é facilmente dedutível, o pedido de indemnização civil por danos morais fundados no homicídio de uma mulher grávida.

⁴⁷ “It was the common law belief that the unborn child was part of the mother, and thus the child who had been harmed by negligent injury to his mother could not recover since the mother was the only «person» who had been injured. This view was reiterated by Mr. Justice Holmes, while still on the Massachusetts Supreme Court, in the first and most famous American case on the subject of prenatal injuries. In this case, the child’s mother, four or five months pregnant at the time, slipped and fell on a negligently maintained highway in the town of Northampton. There was evidence that the fall brought on a miscarriage and the prematurely born infant lived for only ten or fifteen minutes. The administrator of the dead child’s estate sued the town for negligent maintenance of the highway. Justice Holmes, speaking for the court, held that the common law provided no remedy for such injuries and that «as the unborn child was part of the mother at the time of the injury, any damage to it, which was not too remote to be recovered for at all was recoverable by her»” (William J. Maledon, *Law and the Unborn Child: The Legal and Logical Inconsistencies*, Notre Dame Lawyer, vol. 46, 1971, págs. 354/355).

⁴⁸ Cf. *v.g. D (A Minor) v. Berkshire County Council* [House of Lords (8 Oct, 4 Dec 1986) [and] Court of Appeal, Civil Division (19 Mar 1986) [and] Family Division (4 Feb 1986)]: Uma mulher toxicod dependente deu à luz uma criança que apresentava sintomas de abstinência. Alegando que o comportamento da mãe durante a gravidez configurava um caso de maus-tratos, as autoridades locais solicitaram a um tribunal de menores, com sucesso, uma ordem para colocar a criança sob os seus cuidados. Em sede de recurso, a Câmara dos Lordes concordou que o abuso de drogas em período pré-natal ameaçava o normal desenvolvimento da criança. Ver, por exemplo, Jane E. S. Fortin, *Legal protection for the unborn child*, *The Modern Law Review*, vol. 51, n.º 1, 1988, págs. 54-83.

A questão do começo da personalidade jurídica do ser humano tem passado muito por uma outra: a da criminalização *versus* descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. E mais especificamente, perante a legitimação de tal atuação quando a interrupção se deixe exclusivamente ao livre-arbítrio da mãe.

O debate acerca da criação de mais uma exceção à regra segundo a qual o aborto constitui um tipo legal de crime (interrupção voluntária da gravidez por opção da mãe até às dez semanas) que, por isso, o torna justificado nas referidas circunstâncias, seguiu, como é hábito nestas coisas, uma via assistemática e, por vezes, errática.

Podem apontar-se, no entanto, dois tópicos fundamentais. A saber: (i) a mulher é dona do seu corpo; (ii) não é razoável responsabilizar penalmente a mãe que aborta.

19. O primeiro argumento reduz-se usualmente ao *slogan* “o corpo é meu, aqui mando eu”⁴⁹.

Juridicamente, neste tão amplo sentido, ninguém é dono do seu corpo. De facto, tanto de harmonia com o disposto no artigo 340.º do Código Civil como, sobretudo, por causa do que se estabelece no artigo 81.º do mesmo diploma, mesmo quando o próprio tenha consentido na lesão dos seus bens de personalidade, a autorização é inválida (e, portanto, não legitima a conduta que os ofende) se for contrária aos bons costumes ou aos princípios de ordem pública.

Por outras palavras, o consentimento da “vítima” nem sempre isenta de responsabilidade o agente que atue nele fundado. Ainda que se trate de matéria vaga e algo indefinida, é incontestável que é por causa dos referidos limites que, por exemplo, a morte ou a mutilação a pedido daquele que as sofre origina responsabilidade penal e civil por homicídio e ofensa à integridade física, respetivamente.

Não se pode assim afirmar, sem mais, que a mulher é “dona do seu corpo”. Como atrás se disse, *self-ownership* não é sinónimo de *full-ownership*. Acresce, no caso da interrupção voluntária da gravi-

⁴⁹ Uma versão propagandística do brocardo *partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (Ulpiano, D.25.4.1.1.).

dez, que se o feto for considerado vida humana, a mãe que atua de tal modo nem sequer está a dispor do *seu* corpo quando o faz.

Aqui reside de facto o ponto decisivo que merece ser acentuado nesta perspetiva do problema: a relação da mãe com o filho que tem dentro de si é uma relação de *proteção* ou é uma relação de *propriedade*?

Se, como também antes se demonstrou, certamente é uma relação de proteção após o “nascimento completo e com vida” (por causa da simples constatação de que os pais não podem ser proprietários da pessoa dos filhos, como, por exemplo, resulta do disposto no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil) que razão haverá para que seja uma relação de propriedade antes disso ⁵⁰?

Nesta conformidade, não custa reconhecer um direito de conceber (ou não). Já não pode haver, no entanto, um direito de abortar por que não pode haver o direito de decidir se alguém vive ou não vive. Ninguém pode ser dono da vida de outrem ⁵¹. Por isso, a pena de morte se encontra abolida (artigo 24.º, n.º 2, Constituição).

⁵⁰ “A vida humana, mesmo incipiente, é um bem e a grávida não pode dispor livremente desse bem, que não é seu, já que o novo ser vivo necessita de proteção e sustento para continuar a sua evolução de ser irrepitível, portador da dignidade própria de membro da família humana. Admitir o contrário, invocando razões de carácter sociológico ou económico, é rebaixar a dignidade humana (conceito orientador e chave da Constituição da República Portuguesa) através de argumentação baseada em critérios de interesse particular. Exatamente com argumentos deste tipo se pode propor a instituição da eutanásia involuntária de cidadãos deficientes, incapazes ou dementes, sempre que a sua família não lhe pudesse oferecer «condições razoáveis de subsistência e educação» ou quando a existência desses diminuídos «fosse suscetível de lhe criar uma situação social ou económica incomportável»” (Relatório/parecer 19/CNECV/97, projetos de lei relativos a interrupção voluntária da gravidez, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 5).

⁵¹ Inclusive o “aborto eugénico levanta as mais sérias dúvidas de natureza ética. A sua própria designação suscita o instintivo horror de quem recorda os desumanos e criminosos esforços do totalitarismo nazi no sentido de «melhorar a raça» através da eliminação dos fracos, dos deficientes, dos dementes, dos epiléticos e, mais tarde, dos indivíduos pertencentes às «raças impuras» ou «inferiores»” (Relatório/parecer 19/CNECV/97, projetos de lei relativos a interrupção voluntária da gravidez, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 7).

20. A questão da oportunidade ou da justificação para a responsabilização penal da mãe que aborta tem sido colocada, no debate, no nível da licitude. Quando, crê-se, deve e devia ter sido encarada sob o prisma da culpabilidade.

Tanto na responsabilidade civil como na responsabilidade penal, o seu despontar pressupõe que determinada conduta seja simultaneamente contrária a valores jurídicos por duas formas: objetivamente, por muito genericamente ser antijurídica (ilícita); subjetivamente, por tal conduta ser censurável (e sê-lo-á sempre que a pessoa em causa pudesse e devesse agir de modo ajustado às regras jurídicas). A apreciação da licitude é naturalmente feita em abstrato (salvo se alguma causa de exclusão da ilicitude estiver preenchida) uma vez que deriva da violação do “direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios” (artigo 483.º, n.º 1, Código Civil). Diferentemente, a apreciação da culpa faz-se em concreto, isto é, faz-se em função das circunstâncias do caso (artigo 487.º, n.º 2, Código Civil).

Com a lei penal anterior à realização do recente referendo, decisiva era a apreciação da culpa: não merecia a mesma censura⁵², por exemplo, o aborto praticado pela criança de 14 anos, o aborto da mulher que o faz por razões estéticas ou, por fim, o aborto praticado pela mulher em cuja vida um filho não tem lugar, por razões profissionais ou outras.

O efeito surpresa que se pretende obter com a afirmação de que, em tempos mais recentes, os tribunais raramente condenaram mulheres que abortaram pela prática do correspondente crime cai assim por terra: tais condenações não aconteceram porque os casos que surgiram em juízo, em geral, não mereceram censura.

Com a redação que, entretanto, se deu à alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, a avaliação da responsabilidade, no âm-

⁵² Razão que em vez de conduzir à inserção de uma nova causa de exclusão da ilicitude no artigo 142.º do Código Penal, poderia ter justificado uma solução assente na intervenção judicial prévia: a mãe que pretendesse abortar até um determinado período (por exemplo, as dez semanas) pediria previamente ao tribunal autorização para o efeito, invocando as suas razões; se estas se revelassem razoáveis, ou seja, se fossem insuscetíveis de censura, o tribunal daria autorização para proceder à interrupção voluntária da gravidez.

bito da exceção que se instituiu, deixa de se fazer no nível da culpa e passa a ser feita no nível da licitude, excluindo-a genericamente. Parece, por conseguinte, que a parte justifica o todo e, também, que é tudo igual.

21. Sem prejuízo do que antecede, do ponto de vista jurídico, a questão da personalidade jurídica do nascituro não se pode, todavia, conxionar com a da criminalização do aborto ⁵³.

A personalidade jurídica é um pressuposto do reconhecimento do direito à vida. Só as pessoas jurídicas podem ter direitos (e, de entre eles, o primeiro de todos: o mencionado direito à vida). Por isso na Declaração Universal dos Direitos do Homem se diz que “todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da personalidade jurídica” (artigo 6.º).

Por outro lado, seja por muitos criminalistas terem pretendido evitar o comprometimento com a questão da definição do momento do início da vida, seja por qualquer outra razão, a verdade é que o motivo que tem sido invocado para justificar a instituição do crime de aborto não reside tanto na proteção da vida intrauterina, mas mais na tutela da saúde, física e psíquica, da mãe. Ou seja, criminalizou-se o aborto, sobretudo, para evitar que as mães praticassem aborto clandestino.

⁵³ Ainda que da conexão entre as duas questões possam emergir sérias perplexidades: “Is it a crime for a woman to misappropriate the estate of her unborn child, and yet no crime for her to kill that child? Can a woman, who has inherited an estate as a tenant-in-common with her unborn child, increase her own estate 100 percent simply by killing the child? Will the law which has recognized the unborn child as an actual income recipient prior to birth allow the child’s heir (the mother) to kill the child for her own financial gain? Will the law that has specifically said that an unborn child’s estate cannot be destroyed where the child has not been represented before the court allow the child himself to be destroyed without being represented before the court? (...) Will the pregnant woman who is hit by a negligent driver while she is on her way to the hospital to have an abortion still have a cause of action for the wrongful death of her unborn child? If ‘so, how is it possible for the law to say that a child can be wrongfully killed only hours before he can be rightfully killed?” (William J. Maledon, *Law and the Unborn Child: The Legal and Logical Inconsistencies*, Notre Dame Lawyer, vol. 46, 1971, pág. 369).

Razão pela qual, por outro lado, a entrada em vigor da causa que exclui a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez por decisão da mãe até às dez semanas de gestação, não põe em causa a personalidade do ser intrauterino. Apenas deixará de existir responsabilidade penal pela liquidação da vida do embrião ou do feto.

Como acima se disse, será sobretudo com base em valorações sociais, éticas e jurídicas que se poderá sustentar ou infirmar a tese segundo a qual a qualidade de pessoa se recebe antes do nascimento (com o conseqüente reconhecimento de personalidade jurídica). Mas não certamente apenas a partir de uma eventual descriminalização do aborto, dado que daí apenas resulta a sua irrelevância penal. Nunca certamente a sua irrelevância jurídica.

22. O direito (fundamental) à dignidade humana, razões éticas, os meios tecnológicos de exame e diagnóstico acessíveis à generalidade das pessoas, o disposto no artigo 81.º do Código Civil e a inutilização da regra contida no artigo 66.º, n.º 1, pelo disposto no artigo 1878.º, n.º 1, ambos do mesmo diploma, conduzem a uma consideração: a vida não começa com o nascimento. Começa com a concepção.

A vida do nascituro é vida humana. Logo deve ser respeitada como qualquer vida humana. “Esse respeito tem de entender-se num sentido forte, que inclui, não apenas o dever de não causar dano (*neminem laedere*), mas também o de dispensar, positivamente, ao *conceptus*, a atenção e os cuidados que ele merece, atentas a sua natureza e dignidade, bem com as circunstâncias particulares da sua extrema fragilidade e vulnerabilidade. Cabem aqui, os imperativos da justiça (*suum cuique tribuere*) e do amor de benevolência”⁵⁴.

23. Sendo já relativamente frequente encontrar referências doutrinárias no sentido do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro⁵⁵, a verdade é que reminiscências do significado literal

⁵⁴ Bigotte Chorão, *Bioética, Pessoa e Direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §10, pág. 7.

⁵⁵ Além daquelas que pontualmente ficaram antes referidas, pode confrontar-se

do que se estabelece no artigo 66.º, n.º 1 do Código Civil permanecem.

É usual, por isso, encontrar expressões como personalidade *parcial* ou capacidade *parcial* para etiquetar a situação do nascituro.

Ambas parecem inaceitáveis.

No que toca à primeira, nunca será demais lembrar que a personalidade, uma vez que é uma qualidade, não pode ter meios termos⁵⁶. Ou existe ou não existe. Acresce que, tratando-se da personalidade jurídica do ser humano, por se encontrar em causa uma qualidade pré-jurídica derivada do respeito pela sua dignidade, a segunda hipótese nem sequer se coloca. É certo que a lei pode não reconhecer personalidade a esta ou àquela entidade, mas o Direito não pode deixar de reconhecer personalidade ao ser humano. E muito particularmente neste caso, não pode haver meias-personalidades.

Por outro lado, a capacidade de gozo do nascituro tão-pouco pode ser parcial no preciso sentido do termo. O que se pode dizer é que, dada a natureza própria do nascituro, a sua capacidade só pode abranger os direitos e deveres concebíveis para a sua situação. Terá, portanto, uma capacidade mais diminuta do que a de um ser nascido. Não deixa, no entanto, de poder ser “sujeito de qualquer relação jurídica” (artigo 67.º, Código Civil). Sucede é que as exceções a esta regra não serão apenas as ditadas por lei, mas serão, sobretudo, as que resultarem da própria natureza das coisas.

uma listagem mais exaustiva em Pedro Pais de Vasconcelos – Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, págs. 84/85.

⁵⁶ Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Centros de Estudos de Direito Civil, 1973, pág. 5.

LINHAS GERAIS DO RECONHECIMENTO DE DECISÕES DE OUTROS ESTADOS-MEMBROS AO ABRIGO DO REGULAMENTO BRUXELAS II TER

Luís de Lima Pinheiro

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ORCID: 0000-0002-6746-0509

DOI: <https://doi.org/10.34628/PR51-ZJ77>

Resumo: O Regulamento (UE) n.º 2019/1111 Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental e ao Rapto Internacional de Crianças (Regulamento Bruxelas II ter) aplica-se ao reconhecimento e à execução de decisões proferidas noutros Estados-Membros da União Europeia (com exceção da Dinamarca) em algumas questões matrimoniais e em questões de responsabilidade parental.

O ensaio faz uma primeira abordagem às linhas gerais do regime de reconhecimento e execução constante do Capítulo IV do Regulamento, referindo a finalidade deste Capítulo, caracterizando o seu sistema de reconhecimento, examinando os seus âmbitos material, espacial e temporal de aplicação e assinalando as principais alterações relativas aos motivos de recusa de reconhecimento e execução.

Palavras-chave: Regulamento Bruxelas II ter; Reconhecimento de decisões estrangeiras; Divórcio; Separação; Anulação do casamento; Responsabilidade parental.

Abstract: Regulation (EU) 2019/1111 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the

Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (Brussels IIter Regulation) applies to the recognition and enforcement of decisions rendered in other Member States of the European Union (with exception of Denmark) in some matrimonial matters and in parental responsibility matters.

The essay provides a first approach to the general features of the regime of recognition and enforcement contained in Chapter IV of the Regulation, referring to the purpose of this Chapter, characterizing its recognition system, examining its material, spatial and temporal scopes and pointing out the main changes regarding the grounds for refusal of recognition and enforcement.

Keywords: Brussels IIter Regulation; Recognition of foreign judgments; Divorce; Legal separation; Marriage annulment; Parental responsibility

Introdução

O presente estudo tem por *objeto* as linhas gerais do reconhecimento de decisões de outros Estados-Membros ao abrigo do Reg. (UE) n.º 2019/1111 Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental e ao Rapto Internacional de Crianças (doravante Regulamento Bruxelas II ter). Este Regulamento revogou o Reg. (CE) n.º 2201/2003 (doravante Regulamento Bruxelas II bis) com efeitos reportados a 1 de agosto de 2022 (Art. 104.º/1).

O regime de reconhecimento contido no Regulamento Bruxelas II ter **é muito desenvolvido e complexo e, por conseguinte, suscita inúmeras dúvidas de interpretação que ainda não têm uma solução clara. Não me proponho ir além de uma primeira aproximação às linhas gerais do regime contido no Cap. IV do Regulamento. Não entrarei nos problemas específicos da deslocação e retenção ilícitas de crianças.**

A *facilitação da circulação de decisões proferidas nos Estados-Membros* é um objetivo central do Regulamento, enunciado no Considerando n.º 2. A expressão “circulação de decisões” pode

não ser a mais adequada para exprimir o reconhecimento mútuo de decisões entre Estados-Membros, uma vez que estas decisões são atos jurídicos que só produzem efeitos em ordens jurídicas e não pessoas ou coisas corpóreas que atravessem fronteiras. Não obstante, a ideia geral é clara e é bem-vinda.

O mesmo Considerando relaciona o reconhecimento de decisões com o acesso à justiça e a eficiência dos processos. O Considerando seguinte invoca também a confiança mútua entre os sistemas de justiça dos Estados-Membros como um fundamento para facilitar o reconhecimento e a execução das decisões. Para além do direito de acesso à justiça, este Considerando refere-se ainda à liberdade de circulação de pessoas e a outros direitos das pessoas, em particular das crianças.

Esta *soma de justificações não é isenta de dúvidas*, em especial a tentação de derivar soluções para as situações transnacionais da liberdade de circulação das pessoas em lugar de uma avaliação adequada dos valores e princípios do Direito Internacional Privado. Estes valores e princípios também postulam a proteção da confiança baseada na definição da situação jurídica por decisões estrangeiras, o efeito prático transfronteiriço destas decisões e a proteção dos direitos fundamentais, designadamente das crianças.

A ideia básica de *confiança mútua na administração da justiça na União*, combinada com a efetiva proteção do superior interesse da criança, é invocada para justificar o reconhecimento automático em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental sem necessidade de um procedimento prévio e a atualização do respetivo registo civil em conformidade (Considerando n.º 54). A mesma ideia é convocada no sentido de minimizar os fundamentos de recusa de reconhecimento (Considerando n.º 55).

Por acréscimo, *o objetivo de tornar o contencioso transfronteiriço relativo às crianças menos moroso e dispendioso* é invocado para justificar a supressão da declaração de executoriedade para a execução de todas as decisões em matéria de responsabilidade parental (Considerando n.º 58)¹. Enquanto o Regulamento Bruxelas

¹ Ver ainda Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 15 “A cooperação judiciária

II bis só abolia esta exigência para certas decisões concedendo direitos de visita ou relativas ao retorno da criança, o Regulamento Bruxelas II ter abole-a para a execução transfronteiriça de todas as decisões em matéria de responsabilidade parental.

Não obstante, o novo Regulamento mantém um tratamento ainda mais favorável para certas decisões concedendo direitos de visita ou decisões nos termos do Art. 29.º/6 que impliquem o regresso da criança (“*decisões privilegiadas*”) (Art. 42.º/1).

Estas decisões privilegiadas beneficiam de um regime de reconhecimento e execução mais favorável. O reconhecimento e a execução só podem ser recusados se a decisão for inconciliável com uma decisão posterior em matéria de responsabilidade parental com respeito à mesma criança (Arts. 43.º/1 e 50.º).

Quais são as *decisões tomadas nos termos do Art. 29.º/6*? São decisões sobre o mérito da guarda proferidas por um tribunal competente para a matéria, que implicam o regresso da criança, em duas hipóteses:

- o tribunal foi chamado a pronunciar-se até três meses depois da notificação da decisão que recusa o retorno da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980;
- o processo relativo ao mérito da guarda já está pendente no momento é que o tribunal recebe a decisão que recusa o retorno da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980².

Se estas hipóteses não se verificarem, ou se não estiverem satisfeitos os pressupostos para a emissão do certificado para as decisões privilegiadas, essas decisões são reconhecidas e executadas ao abrigo do *regime geral* (Considerando n.º 52).

e o nível de confiança existente entre os EstadosMembros já atingiram um grau de maturidade que nos permite avançar para um sistema mais simples e menos dispendioso para a circulação das decisões judiciais, eliminando as formalidades existentes entre os Estados-Membros”.

² Ver também *Gruber/Möller*, IPRax 2020/5, 393, 397.

O mesmo regime geral se aplica às decisões ordenando o retorno da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 e às medidas provisórias ou cautelares decretadas pelas autoridades do Estado-Membro para que a criança foi deslocada ou em que foi retirada ao abrigo do art. 27.º/5 em conjugação com o art. 15.º, incluindo quando a criança é adicionalmente deslocada para outro Estado-Membro³.

I. SISTEMA DE RECONHECIMENTO

Do anteriormente exposto resulta que o *Regulamento alinha o seu sistema de reconhecimento e execução com o Regulamento Bruxelas I bis* (Reg. n.º 1215/2012)⁴. Em paralelo com este Regulamento, uma decisão proferida noutro Estado-Membro e que tenha força executória nesse Estado-Membro é automaticamente executória (Art. 34.º/1). A parte interessada na execução pode requerer diretamente a execução (Arts. 34.º, 51.º e 52.º). Os direitos de defesa da parte que se opõe à execução são assegurados no estágio da execução através de um pedido de recusa de execução (Arts. 41.º, 50.º, 57.º e 59.º)⁵.

A *abolição geral do exequatur* para a execução foi bem recebida pela maioria dos autores⁶. No entanto, ela pode ser criticada quer

³ Ver também *Corneloup/Kruger*, RCDIP 2020/2, 219, 225-226; e *Schulz*, in: *Budzikiewicz, C./Heiderhoff, B./Klinkhammer, F./Niethammer-Jürgens, K. (eds.)*, *Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht* (2020), p. 93, 101

⁴ Ver também Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, pp. 15-16.

⁵ Ver também Considerando n.º 62.

⁶ Ver, designadamente, *Kruger/Samyn*, (2016) 12 JPIL 132; *Honorati*, RDIPP 2017, 247; *Lazic* (ed.), *Recommendation to Improve the Rules on Jurisdiction and on the Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and Matters of Parental Responsibility in the European Union* (2018), available at <https://www.asser.nl/media/4662/m-5796-ec-justice-cross-border-proceedings-in-family-law-matters-10-publications-00-publications-on-asser-website-recommendations.pdf>, 34; *Lazic/Pretelli*, *Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter*, YbPIL 2020/2021, 155, 157; *Shúilleabháin*, *An Overview of the Principal Reforms in Regulation (EU) 2019/1111*, YbPIL 2020/2021, 117, 135. See further *Guinchard/Douchy-Oudot*, *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* (2014), n.ºs 12 e segs.

do ponto de vista do respeito pela autonomia dos sistemas jurídicos dos diferentes Estados-Membros quer da necessidade, em matérias sensíveis de responsabilidade parental, de um controlo dos fundamentos de recusa de execução independentemente de um pedido de recusa de execução, nomeadamente do fundamento da ordem pública internacional⁷. A ideia de confiança mútua e a efetiva proteção do superior interesse da criança podem entrar em tensão⁸, e este é um dos aspetos em que é necessária a sua ponderação. Para responder a esta preocupação, o *Considerando n.º 62 declara que cabe ao Direito nacional determinar se os fundamentos de recusa do reconhecimento previstos no presente regulamento são examinados ex officio ou mediante pedido*. Contudo, parece que o exame officioso dos fundamentos de recusa de execução por força de Direito nacional depende sempre de um pedido de recusa de execução feito pela parte que a ela se opõe (ver também *Considerando n.º 67*).

O grosso das regras sobre reconhecimento e execução contidas no Regulamento estão incluídas no Cap. IV. Este capítulo é composto de 46 artigos, cuja articulação suscita dificuldades⁹, e que, por conseguinte, requer um esforço redobrado pela prática jurídica¹⁰.

O reconhecimento tem por objeto os efeitos da decisão; efeitos constitutivos da dissolução dos laços matrimoniais e efeitos cons-

⁷ Ver também *Rodriguez Pineau*, La refundición del Reglamento Bruselas II Bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo, REDI 2017, 139, 148 e 164; *Lima Pinheiro*, Direito Internacional Privado, vol. III, t. II, Direito de Reconhecimento (3.ª ed., 2019), 176; *Antomo* in Pfeiffer/Lobach/Rapp (eds.), *Europäisches Familien- und Erbrecht - Stand und Perspektiven* (2020), pp. 13, 48-49; e *Sousa Gonçalves*, The Recast of the Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility (Brussels IIb), LSN Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal, Vol. 9 No. 12, 03/21/2022, acessível em ssrn.com, 10-11.

⁸ Ver também *Lazic/Pretelli*, Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter, YbPIL, 2020/2021, 155, *passim*, *maxime* 180 e segs.

⁹ Ver *Corneloup/Kruger*, RCDIP 2020/2, 219, 232 e 244.

¹⁰ Ver *Schulz*, in: *Budzikiewicz, C./Heiderhoff, B./Klinkhammer, F./Niethammer-Jürgens, K.* (eds.), *Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht* (2020), p. 93, 120. Ver também *Shúilleabháin*, An Overview of the Principal Reforms in Regulation (EU) 2019/1111, YbPIL 2020/2021, 117, 119.

titutivos e declarativos relativos à atribuição, ao exercício, à delegação, à restrição ou à cessação da responsabilidade parental. O reconhecimento ao abrigo do Regulamento deve ser entendido como uma extensão da eficácia que as decisões produzem no Estado de origem à ordem jurídica do Estado de reconhecimento¹¹.

Como foi atrás assinalado, *o sistema de reconhecimento e de executoriedade é automático*. Desde que estejam preenchidas as condições de reconhecimento e de execução, a decisão produz efeitos e é executória na ordem jurídica do Estado de reconhecimento independentemente de um processo prévio de reconhecimento ou de uma declaração de executoriedade (Arts. 30.º/1 e 34.º/1). Por exemplo, o cônjuge divorciado num Estado-Membro pode casar noutro Estado-Membro, desde que não haja fundamento de recusa de reconhecimento da decisão de divórcio, sem necessidade de um processo especial de reconhecimento.

Isto não obsta à *possibilidade de instaurar ações declarativas de reconhecimento ou não reconhecimento* (Arts. 30.º/3 e Art. 40.º/1). Também não obsta, naturalmente, à *necessidade de um reconhecimento incidental* quando a decisão seja invocada na resolução de uma questão prévia ou como exceção de caso julgado noutro processo judicial (Art. 30.º/5).

O sistema de reconhecimento também é formal: nos termos do Art. 71.º, a decisão proferida noutro Estado-Membro não pode em caso algum ser revista quanto ao mérito. Por conseguinte, não há lugar para o exame da correção do apuramento dos factos e da determinação, interpretação e aplicação do Direito pelo tribunal de origem.

Acresce que o controlo formal é limitado ao mínimo exigível pelas razões anteriormente apresentadas (Considerando n.º 55). Este controlo não inclui o exame da competência do tribunal de origem (Art. 69.º).

A proibição da revisão de mérito não obsta a que os tribunais do Estado de reconhecimento possam proferir uma nova decisão sobre responsabilidade parental quando tenha ocorrido uma alte-

¹¹ Cf. *Geimer/Schütze/Geimer*, Art. 21 n.º 2; *Rauscher/Rauscher*, Art. 21 n.º 13; e *Magnus/Mankowski/Siehr*, Art. 21 n.º 10.

ração das circunstâncias que existiam quando a decisão objeto de reconhecimento foi proferida¹².

II. ÂMBITO MATERIAL DE APLICAÇÃO DO REGIME DE RECONHECIMENTO

O âmbito de aplicação do regime de reconhecimento do Regulamento é delimitado, antes do mais, pelo âmbito de aplicação do Regulamento.

Comecemos pelo *âmbito material*.

Por força do Art. 1.º, aplica-se, *em matéria matrimonial* ao divórcio, separação ou anulação do casamento.

O Considerando n.º 9 esclarece que relativamente às decisões sobre divórcio, separação e anulação do casamento, o Regulamento só se aplica à *dissolução dos laços matrimoniais*. Não abrange questões como as causas do divórcio¹³, os efeitos patrimoniais do casamento ou outras eventuais medidas acessórias. Assim, outras consequências do divórcio, separação e anulação do casamento, designadamente patrimoniais, não são reconhecíveis ao abrigo do Regulamento¹⁴.

E quanto às decisões que recusam a dissolução dos laços matrimoniais?

O mesmo Considerando n.º 9 confirma o entendimento dominante segundo o qual as decisões negativas, i.e., que recusam a dissolução dos laços patrimoniais, não são abrangidas pelo regime de reconhecimento do Regulamento¹⁵. Para justificar esta limitação o

¹² Cf. *Alegría Borrás*, Relatório (1998), n.º 78; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, Art. 26 n.º 1.

¹³ Cp., relativamente à exclusão das “causas do divórcio”, já contida no Considerando n.º 8 do Regulamento Bruxelas II bis, as observações de *Corneloup/Gruber*, Art. 1 n.ºs 47 e segs.; *Magnus/Mankowski/Pintens*, Art. 1 n.ºs 38 e segs. e 43 e segs.; *Sousa Gonçalves*, *Cadernos de Direito Privado* 2013, 37, 54; e *Gomes de Almeida*, *O Divórcio em Direito Internacional Privado* (2017). pp. 74-76.

¹⁴ Cf. *Alegría Borrás*, Relatório (1998) n.ºs 22 e 64.

¹⁵ Cf. *Baratta* in: *Paolo Picone*, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* (2004), p. 163, 187; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, *Vorbem Art. 21 n.º 1b*; *Staudinger/Spellenberg*, Art. 21

Relatório de ALEGRÍA BORRÁS (relativo à Convenção que esteve na base do Reg. Bruxelas II) invoca que, segundo o mandato conferido ao grupo encarregado de preparar a Convenção, esta deveria facilitar o reconhecimento das decisões de divórcio, separação e anulação do casamento, bem como as grandes diferenças entre os Estados-Membros em matéria de divórcio e separação¹⁶. A verdadeira razão, porém, parece residir no receio dos países escandinavos de que o reconhecimento de decisões baseadas em leis estrangeiras mais restritivas pudesse prejudicar o direito ao divórcio consagrado pelas suas legislações internas¹⁷.

Não sendo a decisão negativa proferida num Estado-Membro reconhecida noutra Estado-Membro cujos tribunais são internacionalmente competentes para o divórcio, abre-se a possibilidade de ser proposta uma nova ação neste Estado-Membro¹⁸.

De acordo com o entendimento dominante, o Regulamento só se aplica à *dissolução do casamento em sentido estrito*. Não se aplica, pelo menos diretamente, a parcerias registadas ou a uniões informais¹⁹.

n.ºs 31 e segs.; *Geimer/Schütze/Geimer*, Art. 21 n.º 7; *Corneloup/Teixeira de Sousa*, Art. 22 n.º 4; *Gomes de Almeida*, O Divórcio em Direito Internacional Privado (2017), pp. 488-489; *Gomes de Almeida*, Âmbito de aplicação, definições e relações com outros atos do Regulamento Bruxelas II ter, Julgar 2022, 11, 19-20; *Gomes de Almeida*, Reconhecimento de decisões, atos autênticos e acordos em matéria matrimonial no Regulamento Bruxelas II ter, Julgar 2022, 97, 99-100; e, com respeito ao projeto de Convenção que esteve na base do Regulamento Bruxelas II, *Alegría Borrás*, Report (1998), n.º 60. Em sentido diferente, *Corneloup/Chalas*, Art. 21 n.ºs 31 e segs.; *Calvo Caravaca/Carrascoza González*, Tratado de Derecho Internacional Privado (2020), XII.VIII.1.A; *Magnus/Mankowski/Siehr*, Art. 22 n.º 4; e *Gruber*, Verordnung EU 2019/1111, in: *Nomos Kommentar BGB*, vol. I (4.ª ed., 2021), n.º 9.

¹⁶ N.º 60.

¹⁷ Cf. *Ancel/Muir Watt*, RCDIPP 2001, 404, 436.

¹⁸ Ver ainda, em sentido crítico, *Gaudemet-Tallon*, *Clunet* 2001, 381, 406. Isto não obsta ao reconhecimento da decisão negativa com base no regime interno dos Estados-Membros – cf. *Rauscher/Rauscher*, Art. 2 n.º 11, com mais referências; em sentido contrário, *Teixeira de Sousa*, *Direito Processual Civil Europeu* (2003), ps. 14 e 222-223; e *Corneloup/Teixeira de Sousa*, Art. 22 n.º 8.

¹⁹ Cf. *Kohler*, *NJW* 2001, 15; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, *Vorbem Art 1 n.º 5*; *Teixeira de Sousa*, *Direito Processual Civil Europeu* (2003), p. 106; *Brito* in *Est. António Marques dos Santos*, vol. I (2005), p. 305, 318; *Rauscher/Rauscher*, Art. 1 n.º 8; *Corneloup/Gruber*, Art. 1 n.ºs 35-

O conceito de casamento deve ser interpretado autonomamente, sem dependência do Direito interno do foro. Tendo em conta o crescente número de Estados-Membros que introduziram o casamento entre pessoas do mesmo sexo na sua ordem jurídica, não parece continuar a haver razão para duvidar da sua inclusão²⁰.

Em *matéria de responsabilidade parental*, o regime de reconhecimento aplica-se à atribuição, exercício, delegação, restrição e cessação da responsabilidade parental, incluindo, em particular:

- ao direito de guarda e ao direito de visita;
- à tutela, à curatela e a outras instituições análogas;
- à designação e às funções de qualquer pessoa ou organismo encarregado da pessoa ou dos bens de uma criança, de a representar ou assistir;
- à colocação de uma criança ao cuidado de uma instituição ou de uma família de acolhimento; e
- às medidas de proteção da criança relacionadas com a administração, conservação ou disposição dos seus bens.

Por “*decisão*” entende-se uma decisão proferida por um tribunal de um Estado-Membro, incluindo qualquer acórdão, sentença ou despacho judicial que decreta o divórcio, a separação ou a anulação do casamento ou relativa à responsabilidade parental (Art. 2.º/1/§ 1.º).

O conceito de decisão relevante para o Cap. IV inclui também (Art. 2.º/1/§ 2.º):

37; *Magnus/Mankowski*, Introduction n.º 74; e *Castro Mendes/Teixeira de Sousa*, Manual de Processo Civil, vol. I (2022), p. 233. Ver ainda *Geimer/Schütze/Geimer*, Art. 1 n.ºs. 21-22. Em sentido diferente, relativamente às parcerias registadas, *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2.ª ed., 2021), n.º 7.21.

²⁰ Ver também *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393, 398; *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2.ª ed., 2021), n.º 7.21; *Gruber*, Verordnung EU 2019/1111, in: *Nomos Kommentar BGB*, vol. I (4.ª ed., 2021), n.º 5; e *Gomes de Almeida*, Âmbito de aplicação, definições e relações com outros atos do Regulamento Bruxelas II ter, *Julgar* 2022, 11, 16-17. Em sentido diferente, ver *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht* (8.ª ed., 2021), n.º 457.

- as decisões proferidas num Estado-Membro que ordenem o regresso de uma criança a outro Estado-Membro nos termos da Convenção da Haia de 1980 que devam ser executadas num Estado-Membro diferente do Estado-Membro onde a decisão foi proferida (a);
- as medidas provisórias e cautelares decretadas por um tribunal que, por força do Regulamento, tenha competência quanto ao mérito da causa; e
- as medidas provisórias e cautelares decretadas pelo tribunal do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou no qual foi retida quando ordena o retorno da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 para proteger a criança de um risco grave (Arts. 27.º/5 e 15.º) (b).

Para efeitos do Cap. IV, o termo “decisão” não inclui as medidas provisórias e cautelares decretadas por esse tribunal sem que o requerido tenha sido notificado a comparecer, salvo se a decisão que ordena a medida tiver sido notificada ao requerido antes da execução (Art. 2.º/1/§ 3.º).

Outras *medidas provisórias e cautelares* decretadas ao abrigo do Art. 15.º em casos urgentes por um tribunal sem competência quanto ao mérito da causa não são reconhecíveis e executáveis ao abrigo do Regulamento (Considerandos n.ºs 30 e 59). Apesar de o Considerando n.º 59 não mencionar o reconhecimento e a execução destas medidas ao abrigo do regime interno de reconhecimento, esta possibilidade deve ser admitida, em linha com a jurisprudência do TUE relativa ao Regulamento Bruxelas II bis²¹.

Vejamos melhor quais são as decisões que, por força do Art. 2.º/1/§2.º, são complementarmente abrangidas no conceito de decisão relevante para o Cap. IV.

O Art. 2.º/1/§2.º/a visa situações em que a decisão de retorno da criança é tomada ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 no Estado-Membro para o qual a criança foi deslocada ou no qual

²¹ Cf. *Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez* (Caso C-296/10), ECLI:EU:C:2010:665, n.º 92.

foi retida e antes da sua execução a criança é deslocada para outro Estado-Membro. Isto evita a necessidade de um novo pedido de retorno da criança ao abrigo da mesma Convenção noutra Estado-Membro²².

Com efeito, conforme assinalado no Considerando n.º 16, os processos de regresso previstos na Convenção da Haia de 1980 não são ações de mérito sobre a responsabilidade parental²³. Contudo, as decisões que ordenem o regresso de uma criança nos termos da Convenção da Haia de 1980 deverão beneficiar de reconhecimento e execução ao abrigo do Cap. IV do Regulamento quando devam ser executadas num outro Estado-Membro devido a um novo rapto depois de ter sido decretado o regresso. Por isso, o Art. 1.º/3 determina que o Cap. IV *é aplicável às decisões que ordenem o regresso de uma criança a outro Estado-Membro nos termos da Convenção da Haia de 1980 que devam ser executadas num Estado-Membro diferente do Estado-Membro onde a decisão foi proferida* (ver também Art. 96.º). Isto sem prejuízo da possibilidade de se dar início a um novo processo de regresso da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 relativamente ao novo rapto (Considerando n.º 16).

O Art. 2.º/1/§2.º/b diz respeito a dois tipos de medidas provisórias. Primeiro, as medidas provisórias decretadas por um tribunal competente para o mérito da causa por força do Regulamento. Segundo, as medidas provisórias decretadas pelo tribunal do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou no qual foi retida, em conformidade com os Arts. 27.º/5 e 15.º do Regulamento, quando ordena o regresso da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 com o fim de proteger a criança do risco grave a que se refere o Art. 13.º/§1.º/b da mesma Convenção.

A *ratio* de incluir estas *últimas* medidas dentro do âmbito do Cap. IV é exposta na Exposição de Motivos da Proposta: “Se houver sérios riscos de a criança sofrer danos ou ficar numa situação

²² Ver *Erb-Klünemann/Niethammer-Jürgens*, Familien Rechtsberater 2019, 454, 457, e *Schulz*, in: *Budzikiewicz, C./Heiderhoff, B./Klinkhammer, F./Niethammer-Jürgens, K. (eds.)*, Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht (2020), p. 93, 108.

²³ Ver também *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe* (Caso C497/10 PPU), ECLI:EU:C:2010:829.

intolerável caso regresse ao país da residência habitual sem quaisquer garantias, o tribunal do Estado-Membro de refúgio deve poder ordenar as medidas de proteção urgentes que se mostrem necessárias, as quais, se necessário, se deverão ‘deslocar’ com a criança para o Estado de residência habitual em que deva ser proferida a decisão final sobre o mérito da causa. Uma tal medida de caráter urgente seria reconhecida por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas mas caducaria logo que os tribunais desse Estado tomassem as medidas exigidas pela situação. Por exemplo, o tribunal junto do qual o processo de regresso se encontra pendente poderá reconhecer o direito de visita a um dos progenitores, direito esse que pode ser igualmente exercido no Estado-Membro da residência habitual da criança até que o tribunal deste país profira uma decisão definitiva quanto ao direito de visita” (ver também Considerando n.º 46)²⁴.

A decisão pode provir de quaisquer autoridades que em qualquer Estado-Membro tenham competência nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento (Art. 2.º/2/1). É claro que isto abrange as autoridades judiciais e administrativas. Mas só estas?

De acordo com entendimento dominante, os processos de pura natureza religiosa estão excluídos²⁵, sem prejuízo da aplicação do Regulamento ao reconhecimento das decisões sobre a invalidade do casamento proferidas por autoridades eclesiásticas ao abrigo dos tratados celebrados por Portugal, Itália, Espanha e Malta com a Santa Sé (Art. 99.º). Isto foi até certo ponto confirmado pelo TUE na decisão do

²⁴ 14. Ver ainda *Pretelli*, Yb. PIL 2018/2019, 113, 127, 136-137 e 143 e segs.; e *Corneloup/Kruger*, RCDIP 2020, 215, 225. Cp. *Schulz*, in: *Budzikiewicz, C./Heiderhoff, B./Klinkhammer, F./Niethammer-Jürgens, K. (eds.)*, Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht (2020), p. 93, 111-112.

²⁵ Cf. *Alegría Borrás*, Relatório (1998), n.º 20; *Baratta* in *Paolo Picone*, Diritto internazionale privato e diritto comunitário (2004), p. 163, 167; *Calvo Caravaca/Carrascosa González/Castellanos Ruiz*, Derecho de Familia Internacional (3.ª ed., 2005), p. 132; *Staudinger/Spellenberg*, Art 21 n.ºs 16 e 22; *Corneloup/Teixeira de Sousa*, Art. 22 n.º 4; *Rauscher/Rauscher*, Art. 1 n.º 11; e *Castro Mendes/Teixeira de Sousa*, Manual de Processo Civil, vol. II (2022), ps. 362-363. Em sentido diferente, ver *Gomes de Almeida*, O Divórcio em Direito Internacional Privado (2017), pp. 54-55.

caso *Sahyouni II* (2017), na qual foi entendido que o Regulamento sobre Divórcio, interpretado de modo consistente com o Regulamento Bruxelas II bis, só abrange divórcios decretados por um tribunal nacional ou por, ou sob a supervisão de, uma autoridade pública²⁶. A decisão não clarifica se o divórcio tem de ser decretado ou confirmado por uma autoridade pública, como é geralmente entendido²⁷, ou se pode ser decretado por uma autoridade religiosa por delegação e sob o controlo de uma autoridade pública²⁸.

Enquanto o Art. 2.º/1 da Proposta referia só autoridades judiciais e administrativas, o Art. 2.º/2/1 do Regulamento define “tribunal” como “as autoridades que em qualquer Estado-Membro têm competência nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento”. À luz do Considerando n.º 14, isto inclui outras autoridades, tais como os notários, que não são necessariamente autoridades administrativas, e, por conseguinte, parece que a autoridade em causa não tem necessariamente natureza pública. Subsistem algumas dúvidas sobre o grau de controlo público exigido.

Segundo o Considerando n.º 14, qualquer “acordo aprovado pelo tribunal na sequência da análise do mérito em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais deverá ser reconhecido ou aplicado como uma ‘decisão’”. Esta formulação poderá suscitar dúvidas com respeito a divórcios por mútuo consentimento em que o controlo de uma autoridade se limita essencialmente, relativamente à dissolução dos laços matrimoniais, à verificação do consentimento das partes²⁹. No entanto, parece que, para este efei-

²⁶ *Soha Sahyouni v. Raja Mamisch*, (Caso C-372/16), ECLI:EU:C:2017:988, n.ºs 40-42, 45 e 48.

²⁷ Ver, designadamente, *Geimer/Schütze/Geimer*, Art. 1 n.º 24, e *Magnus/Mankowski/Siehr*, Art. 21 n.º 4.

²⁸ Aparentemente em sentido convergente, *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2.ª ed., 2021), n.º 7.54, mas defendendo que é a decisão pública reconhecendo a decisão religiosa que é objeto de reconhecimento ao abrigo do Regulamento. Ver também *Corneloup/Chalas*, Art. 21 n.º 9, e *Gomes de Almeida*, *O Divórcio em Direito Internacional Privado* (2017), pp. 54-55.

²⁹ Ver *Beilfuss*, *What’s New in Regulation (EU) No 2019/1111?*, *YbPIL*, 2020-2021, 95, 103-104. Ver ainda panorâmica comparativa em *Lazić/Pretelli*, *Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter*, *YbPIL*, 2020/2021, 155, 160-164.

to, “análise do mérito” inclui o controlo do consentimento mútuo exigido³⁰. Portanto, parece que é abrangido o divórcio por mútuo consentimento decretado ou aprovado por qualquer autoridade em que, pelo menos, seja controlado o consentimento exigido³¹. É o caso das decisões de divórcio proferidas pelo Conservador de Registo Civil português ao abrigo dos Arts. 1775.º e segs. do Código Civil.

De todo o modo, a delimitação entre “decisões” e documentos autênticos ou acordos abrangidos pelo Art. 65.º/1 do Regulamento pode causar dificuldades e justifica uma clarificação pelo TUE.

Divórcios privados, i.e., divórcios decretados sem a intervenção constitutiva ou controlo de autoridades, podem ser reconhecidos ao abrigo do Art. 65.º/1 do Regulamento quando sejam exarados num documento autêntico ou registados num acordo por uma autoridade pública, ou outra autoridade comunicada à Comissão, com efeito vinculativo no Estado-Membro de origem³². Os efeitos de outros divórcios privados dependem da lei aplicável segundo o Direito de Conflitos do foro e da sua compatibilidade com a ordem pública internacional do foro³³.

III. FUNDAMENTOS DE NÃO-RECONHECIMENTO E DE RECUSA DE EXECUÇÃO

O Regulamento Bruxelas II ter manteve os *fundamentos de não-reconhecimento* de decisões em matéria matrimonial que constam

³⁰ Ver também *Lazic/Pretelli*, op. cit., pp. 168-169.

³¹ Ver também *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2.ª ed., 2021), n.ºs 7.22 e 7.54. Mais restritivamente, *Gruber/Möller*, *IPRax* 2020/5, 393, 402; *Gruber*, *Verordnung EU 2019/1111*, in: *Nomos Kommentar BGB*, vol. I (4.ª ed., 2021), n.ºs 12-16.

³² Ver também Arts. 2.º/2/2 e 3 e 103.º/1/a e Considerando n.º 14. Sobre a situação perante o Regulamento Bruxelas II bis, ver *Bonomi*, *Riv. dir. int.* 2001, 298, 341, e *Staudinger/Spellenberg*, Art. 21 n.ºs 16-18.

³³ Ver Considerando n.º 14 e *Lima Pinheiro*, *Direito Internacional Privado*, vol III, t. II, *Reconhecimento de Decisões Estrangeiras* (3.ª ed., 2019), § 98 B, com mais referências. Cp. *Gruber*, *Verordnung EU 2019/1111*, in: *Nomos Kommentar BGB*, vol. I (4.ª ed., 2021), n.º 9.

do Regulamento Bruxelas II bis (Art. 38.^o)³⁴, e, quanto aos fundamentos de não-reconhecimento das decisões comuns em matéria de responsabilidade parental (Art. 39.^o)³⁵, apenas reformulou o fundamento relativo à audição da criança³⁶.

Vejamos em que consiste esta reformulação.

Enquanto o Art. 23.^o/b do Regulamento Bruxelas II bis determina que uma decisão não é reconhecida se, “exceto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normas processuais fundamentais do Estado-Membro requerido”, o Art. 39.^o/2 do Regulamento Bruxelas II ter admite apenas que o reconhecimento *possa* ser recusado se a decisão tiver sido proferida sem que tenha sido dada a uma criança capaz de formar as suas próprias opiniões a oportunidade de as expressar, em conformidade com o Art. 21.^o. O reconhecimento, porém, não poderá ser recusado com este fundamento, se o processo só dizia respeito aos bens da criança e desde que não fosse necessário dar essa oportunidade à luz do mérito da causa do processo; ou havia motivos sérios tendo em conta, em especial, a urgência do processo.

O Considerando n.^o 57 contribui para esclarecer o sentido desta alteração: “o tribunal de origem deverá poder decidir sobre o método adequado para ouvir uma criança. Por conseguinte, não deverá ser possível recusar o reconhecimento de uma decisão unicamente com o fundamento de que, para ouvir a criança, o tribunal de origem utilizou um método diferente daquele que um tribunal do Estado-Membro de reconhecimento aplicaria”. Como motivos sérios que

³⁴ Ver *Lima Pinheiro*, *Direito Internacional Privado*, vol. III, t. II, *Direito de Reconhecimento* (3.^a ed., 2019), § 96 D, com mais referências.

³⁵ Ver, relativamente ao Regulamento Bruxelas II bis, *Lima Pinheiro*, *Direito Internacional Privado*, vol. III, t. II, *Direito de Reconhecimento* (3.^a ed., 2019), § 96 D, com mais referências.

³⁶ Ver *Biagioni*, *Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale*, Riv. dir. int. 2019, 1169, 1174; *Schulz*, in: *Budzikiewicz, C./Heiderhoff, B./Klinkhammer, F./Niethammer-Jürgens, K. (eds.), Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht* (2020), p. 93, 99 e segs.; e *Corneloup/Kruger*, RCDIP 2020/2, 219, 236-237.

podem justificar a não audição da criança, o mesmo Considerando dá como exemplo “caso exista um perigo iminente para a integridade física e psicológica ou a vida da criança e qualquer novo atraso possa constituir um risco de que esse perigo se materialize”³⁷.

Os fundamentos de não-reconhecimento das decisões comuns em matéria de responsabilidade parental são também *fundamentos de recusa de execução* destas decisões (Art. 41.º), sem prejuízo do disposto no Art. 56.º/6, bem como dos fundamentos de recusa de execução baseados no Direito do Estado-Membro de execução que não sejam incompatíveis com o disposto no Regulamento (Art. 57.º)³⁸.

A possibilidade de a autoridade competente em matéria de execução recusar a execução, mediante pedido, em caso de grave risco de danos físicos ou psicológicos para a criança com caráter duradouro, prevista no Art. 56.º/6, embora com natureza excepcional³⁹, constitui uma importante inovação do Regulamento Bruxelas II ter.

IV. ÂMBITOS ESPACIAL E TEMPORAL DE APLICAÇÃO DO REGIME DE RECONHECIMENTO

Quanto ao âmbito espacial, o Regulamento aplica-se ao reconhecimento e à execução de decisões proferidas por autoridades de outros Estados-Membros, com exceção da Dinamarca (Considerando n.º 96)⁴⁰. Ao reconhecimento das decisões proferi-

³⁷ Ver também Considerando n.º 39.

³⁸ Ver Considerando n.º 63.

³⁹ Cf. Art. 56.º/4 e Considerando n.º 69. Ver também *Biagioni*, Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale, Riv. dir. int. 2019, 1169, 1175; *Lazić/Pretelli*, Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter, YbPIL 2020/2021, 155, 174-175; e *Oliveira Magalhães*, O regime comum de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras em matéria de responsabilidade parental na revisão do Regulamento Bruxelas II bis, Julgar 2022, 123, 143-144.

⁴⁰ Nos termos dos Arts. 1.º e 2.º do Protocolo n.º 22 relativo à posição da Dinamarca, anexo ao TUE e ao TFUE, a Dinamarca não participa na adoção do Regulamento e não fica a ele vinculada nem sujeita à sua aplicação.

das por autoridades dinamarquesas aplica-se o regime interno de reconhecimento.

Por fim, quando ao âmbito temporal, foi atrás assinalado que o Regulamento Bruxelas II ter revogado o Regulamento Bruxelas II bis com efeitos reportados a 1 de agosto de 2022 (Art. 104.º/1). Depois desta data, o Regulamento Bruxelas II bis continua a ser aplicável ao reconhecimento das decisões proferidas em processos instituídos antes de 1 de agosto de 2022 que caíam dentro do seu âmbito de aplicação (Arts. 100.º/2 e 104.º/1).

Por conseguinte, durante um período considerável, o Regulamento Bruxelas II bis continuará a ser aplicável ao reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental. O Regulamento Bruxelas II ter só será aplicável às decisões proferidas em processos instituídos desde 1 de agosto de 2022.

Concluído em 30 de agosto de 2022

Bibliografia

- Ancel/Muir Watt*, La desunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II', RCDIPP 2001, 404
- Ancel/Muir Watt*, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis, RCDIPP 2005, 569
- Antomo*, Die Neufassung der Brüssel IIA-Verordnung - erfolgte Änderungen und verbleibender Reformbedarf, in: *Thomas Pfeiffer/Lobach/Tobias Rapp (orgs.)*, Europäisches Familien- und Erbrecht - Stand und Perspektiven (2020), p. 13
- Baratta*, Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia, in: *Paolo Picone*, Diritto internazionale privato e diritto comunitario (2004), p. 163
- Baratta*, Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne, in: *Liber Fausto Pocar* (2009), vol. II, p. 3
- Beilfuss, What's New in Regulation (EU) No 2019/1111?, YBPIL 2021, 95
- Biagioni*, Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla compe-

- tenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale, *Riv. dir. int.* 2019, 1169
- Bonomi*, Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori, *Riv. dir. int.* 2001, 298
- Borrás*, Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial, JOCE C 221/27, de 16/7/98 (1998)
- Brito*, O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, in: Est. António Marques dos Santos, vol. I (2005), p. 305
- Calvo Caravaca/Carrascoza González*, Tratado de Derecho Internacional Privado (2020)
- Calvo Caravaca/Carrascoza González/Castellanos Ruiz*, Derecho de Familia Internacional (3rd. ed., 2005)
- Castro Mendes/Teixeira de Sousa*, Manual de Processo Civil, 2 vols. (2022)
- Corneloup* (org.), *Droit européen du divorce* (2013)
- Corneloup/Kruger*, Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: La protection des enfants gage du ter(rain), RCDIP 2020, 215
- Erb-Klünemann/Niethammer-Jürgens*, Die neue Brüssel IIa-VO, Familien Rechtsberater 2019, 454
- Gaudemet-Tallon*, Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: '*Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*', *Clunet* 2001, 381
- Geimer*, EuEheVO, in: *Schütze/Geimer* (orgs.), *EuZVR. Europäisches Zivilverfahrensrecht* (4.ª ed., 2020)
- Gomes de Almeida*, O Divórcio em Direito Internacional Privado (2017)
- Gomes de Almeida*, Âmbito de aplicação, definições e relações com outros atos do Regulamento Bruxelas II ter, *Julgar* 2022, 11

- Gomes de Almeida*, Reconhecimento de decisões, atos autênticos e acordos em matéria matrimonial no Regulamento Bruxelas II ter, *Julgar* 2022, 97
- Gruber*, Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren, *FamRZ* 2000, 1129
- Gruber*, Verordnung EU 2019/1111, in: *Nomos Kommentar BGB*, vol. I (4.^a ed., 2021)
- Gruber/Möller*, Die Neufassung der EuEheVO, *IPRax* 2020/5 393, 397.
- Guinchard/Douchy-Oudot*, Le nouveau règlement Bruxelles I bis (2014)
- Hau*, Internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union", *FamRZ* 1999, 484
- Helms*, Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrensrecht, *FamRZ* 2001, 257
- Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2.^a ed., 2021)
- Honorati*, La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni, *RDIPP* 2017, 247;
- Hüßtege*, EuEheVO, in: *Thomas/Putzo* (orgs.), *ZPO* (42.^a ed., 2021)
- Kohler*, Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung 'Brüssel II', *NJW* 2001, 15
- Kohler*, Libre circulation du divorce? Observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale, in : *Est. Isabel de Magalhães Collaço* (2002), vol. I, p. 231
- Kropholler*, Internationales Privatrecht (6.^a ed., 2006)
- Kruger/Samyn*, Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements, (2016) 12 *JPIL* 132
- Lazic* (ed.) Recommendation to Improve the Rules on Jurisdiction and on the Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and Matters of Parental Responsibility in the European Union (2018), available on <https://www.asser.nl/media/4662/m-5796-ec-justice-cross-border-proceedings-in-family-law-matters-10-publications-00-publications-on-asser-website-recommendations.pdf>, 34.
- Lazic/Pretelli*, Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter, *YbPIL* 2020/2021, 155

- Lima Pinheiro*, Direito Internacional Privado, vol. III, t. II, Direito de Reconhecimento (3.^a ed., 2019)
- Magnus/Mankowski* (orgs.), Brussels IIbis Regulation. Commentary (2017)
- Mankowski*, Das Gesetz über die ‚Ehe für alle‘, seine Folgen und sein europäisches Umfeld im Internationalen Privat- und Prozessrecht, IPRax 2017, 541
- Martiny*, Das Günstigkeitsprinzip bei der Koordination unterschiedlicher Regeln für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, in: Festschrift Reinhold Geimer (2017), p. 451
- Mayr*, Europäisches Zivilprozessrecht (2.^a ed., 2020),
- Oliveira Magalhães*, O regime comum de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras em matéria de responsabilidade parental na revisão do Regulamento Bruxelas II bis, Julgar 2022, 123
- Pretelli*, Provisional Measures in Family Law and the Brussels IIter Regulation, Yb. PIL 2018/2019, 113
- Rauscher/Rauscher*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, vol. IV (4.^a ed., 2015)
- Rigaux/Fallon*, Droit international privé (3.^a ed., 2005)
- Rodriguez Pineau*, La refundición del Reglamento Bruselas II Bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo, REDI 2017, 139
- Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht (8.^a ed., 2021)
- Schulz*, Das Vollstreckungssystem in der neuen Brüssel IIa-Verordnung, in: *Budzikiewicz, C./Heiderhoff, B./Klinkhammer, F./Niethammer-Jürgens, K. (eds.)*, Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht (2020), p. 93
- Shúilleabháin*, An Overview of the Principal Reforms in Regulation (EU) 2019/1111, YbPIL 2020/2021, 117
- Sousa Gonçalves*, Âmbito de aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 e reconhecimento de decisões em matéria matrimonial. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15.1.2013, proc. 2186/06, Cadernos de Direito Privado 2013, 37
- Sousa Gonçalves*, The Recast of the Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Mat-

ters and the Matters of Parental Responsibility (Brussels IIb), LSN Transnational Litigation/ Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal, Vol. 9 No. 12, 03/21/2022, acessível em ssrn.com, 10-11

Teixeira de Sousa, Direito Processual Civil Europeu (relatório policopiado) (2003)

THE EU FAMILY: IS MARITAL STATUS EMERGING AS A PROHIBITED GROUND OF DISCRIMINATION?¹

Nausica Palazzo

Assistant Professor at Nova School of Law and Researcher at CEDIS – Centre for Research on Law and Society (CEDIS)

ORCID: 0000-0002-0898-0037

DOI: <https://doi.org/10.34628/6r2r-4j43>

Abstract: The EU has been reluctant to do is introducing a general prohibition to discriminate on the basis of marital status. Despite this, this contribution argues that the Court of Justice of the European Union often adopts lines of reasoning, concepts and theories traditionally associated with marital status discrimination. Skimming through the Court’s jurisprudence, one can notice that on occasions it has rejected marriage as the linchpin to confer benefits, rights, and obligations upon families. By way of these decisions, the Court has actively contributed to combating discrimination against nonmarital families in disparate areas.

Keywords: Nonmarital families; EU law; Civil unions; Marital status; Discrimination.

Resumo: A UE tem-se mostrado relutante em introduzir uma proibição geral de discriminação com base no estado civil.

Apesar disso, esta contribuição argumenta que o Tribunal de Justiça da União Europeia adota frequentemente linhas de raci-

¹ This article as also been published in Elsa Bernard, Marie Cresp and Marion Ho-Dac (dir.), *La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union*, coll. *Droit de l’Union européenne – Colloques*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

ocínio, conceitos e teorias tradicionalmente associadas à discriminação do estado civil.

Percorrendo a jurisprudência do Tribunal, percebe-se que, houve ocasiões em que rejeitou o casamento como elemento fundamental para conferir benefícios, direitos e obrigações das famílias. Por meio dessas decisões, o Tribunal contribuiu ativamente para o combate à discriminação contra famílias não conjugais em áreas distintas.

Palavras-chave: Famílias não conjugais; Direito da UE; Uniões civis; Conjugal status; Discriminação.

1. Introduction

A lack of power to regulate substantive family law at the European Union (EU) level² has not prevented EU institutions from actively molding notions of family. However, what the EU has been reluctant to do is introducing a general prohibition to discriminate on the basis of marital status. The ground, if adopted, would prohibit the Union and Member States – in their capacity to implement EU law – to discriminate persons based on their decision to marry.

Taking a closer look at the legal framework, marital status does not feature on the list of prohibited grounds in the two Treaty

² In the area of family law, the European Union only has the power to harmonize private international law rules applying to families under Article 81(3) of the TFEU. This power has been exercised in the Brussels IIa Regulation, which sets out jurisdictional rules governing divorce and in two regulations on property and registered partnerships and in matters of matrimonial property regimes. Council Regulation (EC) 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, OJ, 23.12.2003, L 338, pp. 1–29; Council Regulation (EU) 2016/1104 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ, 8.7.2016, L 183, pp. 30–56. Council Regulation (EU) 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ, 8.7.2016, L 183, pp. 1–29.

provisions enshrining a general principle of nondiscrimination: article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereafter « TFEU »)³ and article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereafter « the Charter »)⁴. It is also absent from secondary sources specifically devoted to combating discrimination, such as the equality directives in the field of employment. This absence has special significance, for the Union adopts a closed system of review of discriminatory acts. Closed models are those which outline a fixed catalogue of prohibited grounds, and whose equality test is legislatively mandated with a precise enumeration of reasonable justifications for discrimination. This model, in principle, bars judicial courts from adding new grounds to the list and differs from the approach of jurisdictions adopting an open model. In Canada and the system of the European Convention of Human Rights (ECHR), i.e. two jurisdictions with an open model, judges can carve out new grounds of discrimination through the residual « other statuses » clause – and have ample leeway in designing the equality test.

Despite a closed model theoretically preventing the introduction of new grounds, this contribution argues that the Court of Justice of the European Union (hereafter « CJEU » or « the Court ») often adopts lines of reasoning, concepts and theories traditionally associated with marital status discrimination. Skimming through the Court's jurisprudence, one can notice that on occasions it has rejected marriage as the linchpin to confer benefits, rights, and obligations upon families. By way of these decisions, the Court has actively contributed to combating discrimination against nonmarital families in disparate areas. The « nonmarital family » is a broad category that encompasses all relationships unfolding outside of marriage. Hence, I stipulate to use a working definition of marital

³ Article 19 of the TFEU refers to “sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation”.

⁴ Article 21 of the Charter refers to “sex, race, color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation”.

status discrimination as encompassing discrimination suffered by either informal cohabitants, registered partners, or persons who have otherwise formalized their relationship through means other than marriage (e.g. through contracts). Put differently, the ground covers all sorts of discriminations that stem from states' conferring upon marital couples a privileged status.

As a general matter, this broad definition of nonmarital family is neutral as to the actual attributes of family relationships. It could also include nonconjugal families (i.e. pairs of interdependent relatives or friends, that lack a sexual component). However, as illustrated in Section 2.3., the Court has firmly rejected any attempt at including nonconjugal partners within the scope of the definition.

The protection of nonmarital families at the EU level has had varying degrees of intensity depending on the area in question. The present chapter offers an analysis of the Court's jurisprudence in three key areas: free movement of persons, legal treatment of EU staff, and employment. The question driving the case law analysis is whether and to what extent marital status discrimination has been employed as a conceptual tool to disentangle discrimination in these fields. The prediction is that there is no single answer and that the degree of protection of nonmarital families varies across areas. The account provided in the chapter should not only deepen understanding of the extent to which the EU has proven a fertile ground for the protection of nonmarital families. It should also shed light on the present moment and help predict how promising is the EU as an avenue to further expand family definitions beyond the (narrow) marital family.

2. The nonmarital family in EU case law

Under EU law, the Union should not intrude into matters involving marital status. The EU has no exclusive or shared power to regulate substantive family law, as the relative power has been retained by Member States. Thus, one could be tempted to think that « EU family » and « discrimination » is perhaps an oxymoron since the EU has no weapons when it comes to tackling nonmari-

tal families' discrimination. However, a thus-framed distribution of competences has not prevented the EU from making strides in the protection of nonmarital families in areas which, after Duncan Kennedy's classification, are tagged Family Law 2 (FL2) rules⁵. Based on this distinction, FL1 rules are those governing access to and exit from marriage or other family regimes. In principle, these rules are the exclusive province of Member States. By contrast, FL2 rules concern the panoply of benefits, privileges, and rights stemming from family status, and include succession rights, employment benefits, pensions, welfare benefits, and so on and so forth. In these domains, EU institutions have not been wary to act to expand the coverage of family benefits.

As previously argued, a slow emersion of judicial reasoning that utilizes concepts and theories borrowed from the realm of marital status discrimination is likely occurring. Yet, this trend has not always followed a linear trajectory nor a consistent one. I shall explore three key areas where the Court has protected nonmarital families, to assess the different approach the Court takes to issues involving marital status discrimination in each area.

2.1. Employment

The directive on equal treatment in employment and occupation, introduced in 2000, establishes a framework to counter discrimination in the employment context. Article 1, titled « purpose », lists the grounds based on which it is impermissible to discriminate, namely: religion or belief, disability, age or sexual orientation⁶. Unlike the Race Directive⁷, the directive on equal treatment in em-

⁵ D. KENNEDY, « Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n° 4, 2010, p. 811.

⁶ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ, 2.12.2000, L 303, pp. 16-22.

⁷ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ, 19.7.2000, L 180, pp. 22-26.

ployment does not extend its reach to social and welfare benefits, education and healthcare. A proposal to this effect was rejected⁸. As a matter of principle, its material scope limits the number of FL2 rules that could be affected by the implementation of the directive. However, the CJEU has found its way around this limitation and managed to include social benefits through an expansive interpretation of the notion of « pay »⁹.

In the principal cases regarding the extension of employment benefits to same-sex couples, the CJEU has paid lip service to the formal allocation of powers enshrined in the Treaties. To this effect, it has stated that « as European Union law stands at present, legislation on the marital status of persons falls within the competence of the Member States »¹⁰. The Court's approach is consistent with the EU legislature's intent, as enshrined in the Preamble of the Equality Directive¹¹. Under Recital 22, the implementation of the directive is without prejudice to domestic regimes on marital status and benefits thereof¹². Both law and case law thus endorse the view that the EU is not entitled to interfere with the design of substantive family law matters.

However, in practice, the Court followed a different path and did not fall short of intervening in key areas regarding fam-

⁸ European Commission, Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM (2008) 426 final.

⁹ For social benefits to be considered “pay” two conditions should be met: they are a general scheme under the law, and they are obligatory for a category of workers. Judgment of the Court of 25 May 1971, *Gabrielle Defrenne v Belgian State*, C-80/70, EU:C:1971:1:55.

¹⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 April 2008, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, EU:C:2008:179, par. 58–60 [*Maruko*]; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 May 2011, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, EU:C:2011:286, par. 38 [*Römer*]; Judgment of the Court (Fifth Chamber), 12 December 2013, *Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, EU:C:2013:823, par. 26 [*Hay*].

¹¹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ, 2.12.2000, L 303, pp. 16–22.

¹² Directive 2000/78, Recital 22.

ily benefits. A watershed moment in its case law on employment discrimination is likely the *Karner* decision of its other European counterpart, the European Court of Human Rights (hereafter « the ECtHR »)¹³. Once the ECtHR became determined to protect same-sex partners (by holding that they enjoy the institution of family life under Article 8 ECHR), the Court of Justice decided to reverse its previous approach to same-sex couple (non)recognition¹⁴.

In *Maruko*, the first of a string of cases in favor of same-sex families, the CJEU conceded that marital status and benefits therefrom fall within the exclusive competence of the states. However, it also stated that the states' power to exercise such competence is not unfettered and must always comply with Union law and, more specifically, with EU nondiscrimination law¹⁵. The Equality Directive sets out an express prohibition to discriminate based on sexual orientation. Therefore, the Courts found that under certain conditions – the family regime is voluntarily adopted and the domestic court themselves think that opposite-sex and same-sex couples are in a comparable situation –, a differential treatment of same-sex couples constitutes direct discrimination. No doubt marital status is a matter left to Member States. Nonetheless, the duty to comply with EU law entails that states cannot hide behind this distribution of competences to violate EU law. Therefore, whenever same-sex couples are comparable to heterosexual couples under domestic law, direct sexual orientation discrimination occurs. The comparability assessment is frequently engaged in matters of marital status discrimination. In the case at hand, the Court concluded that the two situations were comparable so far as concerns the survivor's pension. The conclusion was reached upon considering that the referring court itself acknowledged that a harmonization of marriage and civil partnerships in terms

¹³ ECtHR, 24 October 2003, *Karner v Austria*, application n° 40016/98 [*Karner*].

¹⁴ E.g. Judgment of the Court of 17 February 1998, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, C-249/96, EU:C:1998:63 [*Grant*].

¹⁵ *Maruko*, par. 59.

of material benefits was underway in Germany, seeing it « as a gradual movement towards recognising equivalence »¹⁶.

The subsequent judgments continued this reasoning. A doctrinal change worth mentioning was the Court's decision to take upon itself the comparability assessment, i.e. the decision whether they are in a comparable situation under national law, once reserved to national courts. This move was remarkable in that it led to an important clarification. In *Hay*, the Court concluded that a *pacée* same-sex couple was in a comparable situation with married heterosexual couples in France for purposes of a marriage bonus and paid leave. The conclusion was not obvious since the French *pacte civil de solidarité* (Pacs) is much « lighter » in terms of material benefits conferred and the procedures to dissolve it. However, the Court stressed that the differences between the two regimes are irrelevant, and that the applicants were comparable essentially because, at the time, the *pacte* was the only recognition mechanism for same-sex couples¹⁷.

A case law analysis reveals that the margin of manoeuvre in cases of marital status discrimination is circumscribed. At present, situations of (*de facto*) marital status discrimination at the EU level can only be challenged if:

- (i) the discrimination affects same-sex partners in a dyadic, conjugal relationship;
- (ii) the Member State has enacted a recognition mechanism for same-sex couples (and any regime will suffice if it is the sole regime open to them) – therefore, states such as Bulgaria, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia, which lack a recognition mechanism, are at present immune from scrutiny;
- (iii) the two same-sex partners formalized their relationship under the regime as a sign that they would have entered marriage where they be able to do so.

¹⁶ *Ibid.*, par. 69.

¹⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

In the end, while not entirely absent, protection against marital status discrimination is only reserved to same-sex couples under precise conditions. This stands in sharp contrast with the approach of other jurisdictions that prohibit marital status discrimination as a matter of law. The most paradigmatic case is Canada, a country which starting from the 90s has struck down differences between (same-sex and opposite-sex) informal cohabitants and marital couples to the point that it is not necessary to marry in Canadian common law provinces to gain most marital entitlements.

It also contrasts with the (slightly) braver approach of the ECtHR. The ECtHR, starting from 1986 has ruled that unmarried cohabiting couples enjoy the institution of family life¹⁸, irrefutably so if they have children¹⁹, or after a showing of functional attributes in other cases (attributes such as long-term cohabitation and subsistence of the relationship)²⁰. These rulings led the Court to shield unmarried families from marital status discrimination in a host of situations involving the rights of children born outside of marriage or the deportation of an unmarried partner (however, only if children are present). Now and then, the Court has even extended family benefits in situations involving a couple « married » under Roma customs, reasoning that if the prohibition of marital status discrimination is to have any meaning the state cannot ask the Roma couple to enter a civil marriage to obtain the benefit. Yet, in most cases the ECtHR will find that the exclusion of nonmarital partners from the benefit is buttressed by the legitimate aim of promoting a traditional understanding of family and that the means employed is proportionate to achieving the aim²¹. This is consistent with the ECtHR's role as human rights' defender – which uses broader abstract definitions when it comes to human

¹⁸ ECtHR, 18 December 1986, *Johnston v Ireland*, application n° 9697/82.

¹⁹ ECtHR, 3 October 2000, *Camp and Bourimi v The Netherland*, application n° 28369/95.

²⁰ E.g. ECtHR, 2 November 2010, *Şerife Yiğit v Turkey*, application n° 3976/05.

²¹ K. REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 374. See e.g. ECtHR, 30 August 1993, *G.A.B. v Spain*, application n° 21173/93; *Karner*, at par. 35.

rights – but also with the Court’s being an international system of protection that, as such, should grant some margin of appreciation to the states’ implementation of the Convention (unlike the EU which is a *supranational* organization). At the same time, however, under the state-of-art jurisprudence of the ECtHR, the interest of promoting a traditional understanding of family cannot be used across the board to justify all outcomes. Lately, it has been rejected in a case regarding a same-sex couple willing to access the newly introduced civil partnership scheme in Greece, that the Greek government only reserved to opposite-sex couples²².

Therefore, the autonomous prohibition to discriminate based on marital status plainly allows for a broader leeway in rejecting laws that are discriminatory to nonmarital partners, both cis-sex and same-sex. By contrast, the absence of this ground in the employment field has led the European Court to carve out a narrow « exception » for same-sex couples, in light of the existence of an explicit prohibition to discriminate based on sexual orientation, under certain conditions.

2.2. Free movement

The family which moves across the EU is of relevance to the Union. The Union has a competence on the matter since the possibility for EU citizens to freely move across the Union (one of the « Four Freedoms ») would be chimerical should the citizen be forced to disrupt her or his family life after moving to another Member State. A EU competence on « cross-border families » also comprises the power to regulate the status of non-citizens who move within Europe. There are differentiated legal regimes depending on whether is at stake: (i) family reunification, involving the possibility for a third-country citizen to reunite with his or her family members; (ii) free movement, as enjoyed by EU citizens moving across the EU; (iii) free movement, as enjoyed by static

²² ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos and others v Greece*, applications n° 29381/09 and 32684/09, par. 84.

citizens (defined below). Overall, it can be noted that this is the area where the Court has been more reluctant to adopt lines of reasoning associated to marital status discrimination to enhance the protection of nonmarital families.

I should start from point (iii). As argued, the protection of family grids with a cross-border element is consistent with the need to safeguard free movement. The Court has taken this reasoning one step further. For such freedoms to be meaningful, it is also necessary to include the static or non-mobile citizen under certain circumstances. The doctrine is known as genuine enjoyment formula. Under the doctrine, national laws are incompatible with EU law if they deprive EU citizens of a genuine enjoyment of the substance of the rights flowing from their EU citizenship²³. Put in simpler terms, whenever a EU citizen could be discouraged from moving across the EU due to a national legislative/administrative measure, this measure is incompatible with EU law. By way of illustration, in the recent *Coman* case, Romania's denial of a residence permit to the same-sex spouse of Mr. Coman (whom he married in Belgium) was discouraging Mr. Coman from exercising this core freedom: moving to Belgium to consolidate a family life and then returning to his home country, Romania²⁴.

The first scenario (under (i)), involving third-country nationals, is of reduced utility to the present analysis. Family reunification is governed by the Directive on Family Reunification.²⁵ The Directive essentially leaves the determination of admissibility conditions to the Member States. The only positive obligation is recognizing a right to family reunification in favor of the nucle-

²³ K. KAESLING, « Family Life and EU Citizenship: The Discovery of the Substance of the EU Citizen's Rights and its Genuine Enjoyment », in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, W. GEPHART (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Cambridge, Intersentia, 2014, 297.

²⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 June 2018, *Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, EU:C:2018:385 [*Coman*].

²⁵ Council Directive 2003/86 of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ, 3.10.2003, L 251, pp. 12-18.

ar family members, the spouse and minor children. Other family members, such as unmarried partners, registered partners and first-degrees ascendants do not enjoy such a right, and Member States are free to decide whether to authorize reunification.

By contrast, the rights of mobile EU citizens are broader (scenario under (ii)). Originally, the applicable regulation concerned workers. Only workers could freely move and install themselves in another European country. The family members that could accompany the worker were the spouse, descendants under certain conditions²⁶ and ascendants under certain conditions²⁷. By contrast, the entrance of cohabitants or other dependents needed only be facilitated.

From the inception, the notion of spouse under the applicable directive has been interpreted in a rigidly narrow fashion. Informal cohabiting couples sought to expand it so as to fall within the purview of the term; however, the Court rejected their claim by adopting a formal construction of spouse²⁸. In addition, not only did the Court refuse to equate spouses and informal cohabitants, it also refused to recognize that same-sex couples could qualify as informal cohabitants for purposes of EU law²⁹.

The European Parliament expressed concern that a narrow construction of the term spouse could undermine the full exercise of movement freedoms. Yet, when the new directive was passed in 2004 (c.d. Citizens' Rights Directive), the legal treatment of cohabitants remained fundamentally unchanged. These families could now fall under either of these two categories:

- (a) persons who are financially or physically dependent on the EU citizen or members of the citizen's household;

²⁶ The Regulation No. 1612/68 applied to "Descendants under the age of 21 years or dependents over that age".

²⁷ The Regulation No. 1612/68 applied to "Dependent ascendants of the worker or his spouse".

²⁸ Judgment of the Court of 17 April 1986, *State of the Netherlands v Ann Florence Reed*, C-59/85, EU:C:1986:157.

²⁹ *Grant*.

- (b) the partner with whom the citizen has a stable relationship, duly attested³⁰.

As under the previous regime, their entrance need only be facilitated, in the sense that Member States have a duty to duly examine the application and put forward justifications in case they opt for denying the derivative residence permit. Not much has changed through the Court's case law, which, but for this clarification on the core meaning of « facilitation », has provided no interpretative guidance to construct the two categories. The only safe bet so far is that informal cohabitants face additional hurdles not only due to the uncertainty around whether the state will eventually grant a residence permit but also in terms of additional evidential burden put on them to prove the stability of the relationship (e.g. proof of a minimum period of cohabitation and of an intention to permanently live together). However, from this limited clarification scholars rightly inferred that a blanket ban on such couples would surely violate EU law³¹. The duty to conduct an investigation on applications means at minimum that there must be a procedure for unmarried couples to apply for entrance, which should be fair and consistent.

By contrast, the situation of registered partners improved upon the enactment of the Citizens' Rights Directive. Registered partners are now equated to spouses, despite only partially. The principle of home state regulation applies to their residence rights and requires that such rights be granted «on the basis of the legislation of a Member State, if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage and in accordance with the conditions laid down in the relevant legisla-

³⁰ Article 3 of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, OJ, 30.4.2004, L 158, pp. 77-123.

³¹ M. BELL, *EU Directive on Free Movement and Same-sex Families: Guidelines on the Implementation Process*, Report ILGA-Europe, October 2005, 8. https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/eu_directive_free_mouvement_guidelines_2005.pdf, [accessed May 30, 2020].

tion of the host Member State»³². This is to say that the host state – where the EU citizen intends to move – must have registered partnerships in place and must treat them as equivalent to marriage.

Skimming through relevant case law, the only notable advancement regards same-sex *married* couples. In *Coman*, the Court has taken a brave stance and adopted an autonomous definition of « spouse » which includes same-sex spouses. However, the judgment did not employ a marital-status-discrimination-like line of reasoning or a discrimination analysis. While the applicant claimed that he was discriminated based on sexual orientation under Article 21 of the Charter of Nice, the Court completely sidelined the argument and based its decision on free movement rights.³³ The decision is of reduced utility to the present analysis. First, because Mr. Coman and his partner were married. Hence, it was a pure sexual orientation problem, not a marital status one. Second, the Court declined to address the alternative claim made by Mr. Coman, under which his partner « at the very least » constituted a « dependent on members of the household » (under a financial or physical point of view)³⁴ or « partner in a durable relationship » under Article 3³⁵.

Should one want to find the reasons for this timid approach to protecting nonmarital families in the area of free movement the first tentative reason would be the relative rigidity of the legal framework. The applicable framework does not leave much leeway for innovation. Recital 31 of the Directive, despite mentioning quite a number of prohibited grounds of discrimination in the implementation of the Directive, leaves out marital status. Second, informal cohabitants can be recognized under a facultative provision. Therefore, as long as entrance is optional the Union can only

³² Article 2b Directive 2004/38.

³³ Article 21, §1 TFEU, setting forth a right of residence in another Member State for the Union citizen.

³⁴ See also Recital 6 of Directive 2004/38, speaking of a family “in a broadest sense”.

³⁵ Be reminded that the entrance of the family member under Article 3 of Directive 2004/38 shall be merely “facilitated”.

realistically require that procedures that are fair and consistent be put in place, as it did. This notwithstanding, I contend that when it comes to registered partnerships the Union could play a more incisive role in countering discrimination.

Registered partnerships vary significantly from state to state. They run a gamut from mechanisms which are functionally equivalent to marriage, open as they are to both same-sex and cis-sex couples, to mechanisms only open to same-sex families. They also vary substantially in terms of defaults attendant to them, with « weak » schemes such as Pacs offering a pared-down set of rights and other (« strong ») regimes offering nearly the same benefits as marriage. It is in light of this stark diversity that the Union might play a critical role in expanding cross-border recognition of non-marital families that have formalized their relationship through a registration scheme.

As seen, if the host state treats registered partnerships as equivalent to marriage then the applicant's partner will have a derivative right of residence as if he or she were a spouse. If the host state does not see same-sex spouses as equivalent, the relationship will be equated to that of cohabitants « in a durable relationship » and entrance will be optional (and should be only « facilitated »). The relative decision will thus vary from state to state. In light of this, the possibility for a EU intervention is two-fold:

- (1) Member States that do not recognize same-sex relationships at all: in light of a sharp east-west cultural cleavage on the issue, at present the following Member States do not recognize either (same-sex marriage or registered partnerships): Bulgaria, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, and Slovakia. In these states, though same-sex partners might be granted entrance and residence, they will not be « recognized » as married or registered, with all the consequences thereof.
- (2) Member States that only recognize registered same-sex relationships under strict conditions. These countries may set the bar high for recognition. For instance, Ireland requires that the relationship be: same-sex, registered, dissolvable by

court order, exclusive, and that the Minister considers the benefits attached to the regime as comparable to those of civil partnerships in Ireland – now closed to new entrants, after the enactment of the Marriage Act 2015³⁶. As a consequence, many foreign partnerships are not recognized (e.g. Italian civil unions, or the French Pacs, for dissolution is not conditional on a court order).

In the situation under (1), concerning member states that do not recognize same-sex couples at all, a *Coman*-like line of reasoning could apply. This line of reasoning is could be conducive to expanding the notion of registered partner to the point of preventing host states from rejecting an application on the basis that such states do not recognize same-sex partnerships. The interpretative leeway in reaching this outcome is narrow, due to the existence of an explicit home state rule. Yet, it is somewhat paradoxical that « spouse » (i.e. the most value-laden notion in family law) was expanded to include same-sex partners and, conversely, « registered partnerships » is interpreted narrowly. Put differently, doctrinal consistency would require that if states cannot discriminate same-sex spouses on the ground that they do not recognize same-sex marriage, *a fortiori* they should not discriminate registered partners on such ground. Besides consistency, the concerns that gave rise to the creation of the genuine enjoyment formula apply – chief amongst them the concern that restrictive immigration laws or measures could hinder the free movement of persons throughout the Union. Furthermore, restrictive immigration laws run counter the prohibition to discriminate based on sexual orientation built into the Treaties (Art. 21 of the Charter) and Recital 31 of the Directive. Ultimately, a liberal and large interpretation of Article 2b of the Directive (on registered partners) would be further buttressed by the progressive approach taken by its European counterpart, the ECtHR. In the *Taddeucci* decision, handed down in 2016, the ECtHR reviewed the denial of a residence permit to the

³⁶ S. 5 of the Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 (Commencement) Order 2010 (S.I. No. 648 of 2010).

applicant's same-sex partner³⁷. Italy argued that it was merely treating same-sex couples as all unmarried couples. Yet, in Italy same-sex couples were unable to marry (and, at the time, to enter a civil union). The Court hence concluded that by denying the permit Italy failed to treat qualitatively different situations differently.

Likewise, when it comes to states that do offer civil partnerships to same-sex spouses (situation under (2)), the Court could make a greater effort to reduce uncertainty associated with moving to these countries. Notably, it could provide guidance over the equivalence of registered partnerships in the same way as it did in the employment context. The formulation of the home state regulation does not prevent the Court from clarifying the contours of the equivalence assessment. Neither does this formulation prevent it from curbing restrictive immigration laws that could undermine the freedom of movement of EU citizens, along the lines of what it did in *Coman*.

2.3. EU Staff

The legal treatment of the EU staff is the area that has witnessed the most expansive use of marital status-like lines of reasoning. Admittedly, this is a context where the Union enjoys a larger room for manoeuvre, as the matter does not affect national family law regimes³⁸. It could be framed as a purely internal matter. Therefore, from the inception, substantive notions of family in this domain were not parasitic of that of Member States, but autonomous.

³⁷ ECtHR, 30 giugno 2016, *Taddeucci and McCall v Italy*, application n° 51362/09. See also ECtHR, 23 February 2016, *Pajić v Croatia*, application n° 68453.

³⁸ Judgment of the General Court (Appeal Chamber) of 5 October 2009, *European Commission v Anton Pieter Roodhuijzen*, T-58/08, EU:T:2009:385, par. 87 [*Roodhuijzen*] (« In so far as the definition given relates to a term used in the Staff Regulations, its scope is necessarily circumscribed by the framework of the Staff Regulations. It governs solely the award of certain social benefits granted by the Staff Regulations to officials or other servants of the European Communities, and has no effects in the Member States, which are free to introduce statutory arrangements granting legal recognition to forms of union other than marriage, in accordance with established case-law »).

Starting from 2004, the Staff Regulations recognize the « non-marital partner » as equivalent to a spouse for purposes of the benefits conferred thereto³⁹. The part on temporary servants does even mention marital and family status in art. 12 (hiring conditions), to prohibit that such statuses factor into hiring decisions⁴⁰. The same applies to contract staff⁴¹. However, marital and family status are not mentioned in the general provision prohibiting discrimination in the application of the Staff Regulations⁴².

In this field, the Court did not fall short of protecting non-marital partners using a functional approach to family recognition. Functional recognition entails that family recognition should not be dependent on formalities (e.g. marriage) but on the actual attributes of the family. This approach aligns with the most advanced judgements on marital status discrimination, such as those delivered by the Supreme Court of Canada.⁴³ Illustrative in this regard is a 2003 decision handed down by the Civil Service Tribunal of the EU. The case concerned a woman and mother who felt discriminated when the Union denied her an orphan's pension after the partner in a durable relationship – a EU servant – died. The Tribunal framed the claim as involving discrimination based on personal conviction and assessed the reasonableness and proportionality of the differentiation drawn between married and unmarried servants. It concluded that the distinction was discriminatory as it did not consider that the deceased father had recognized the child and supported him materially all along. The criterion on which the differentiation was based (marriage) was discriminatory also in light of contemporary

³⁹ Article 1, §2 of Annex VII to Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, OJ 14.6.1962, P 045, p. 1385 (consolidated text).

⁴⁰ Art. 12, of the Regulation on the “Conditions of employment of other servants of the European Union”.

⁴¹ Art. 82 of the Regulation on the “Conditions of employment of other servants of the European Union”.

⁴² Art. 1d, “Staff Regulations of officials of the European Union”.

⁴³ N. PALAZZO, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, Oxford, Hart Publishing, forthcoming 2021, ch. 4.

social developments (« [e]n l'état actuel du développement de la société »)⁴⁴.

After the amendments, introducing an explicit definition of nonmarital partner, the efforts of the Court converged on the interpretation of such term. The *Roodhuijzen* case concerned a Eurostat worker who sought to have his same-sex partner recognized under the Joint Sickness Insurance Scheme, a benefit granted to the EU staff. Mr. Roodhuijzen was in a formal relationship with his partner, with whom he had entered a cohabitation agreement (*samenlevingsovereenkomst*) under Dutch law. The cohabitation agreement is a contractual recognition mechanism which offers a lighter set of rights and obligations compared to marriage and registered partnerships⁴⁵. Through the agreement, the parties can only govern areas at free disposition, such as property and financial aspects of cohabitation. Yet, if parties include maintenance duties (*zorgverplichting*), they will also qualify for social security, welfare, and major fiscal benefits⁴⁶.

The Commission appealed the decision of the Civil Service Tribunal, which found in favor of Mr. Roodhuijzen. The Commission's argument was that the Dutch regime was essentially private in nature and, therefore, did not have « effects similar to those of a marriage »⁴⁷. Further, these agreements could be entered by anyone, including persons who did not wish to form a « couple » (i.e. nonconjugal relationships).

The Court of Justice rejected the Commission's argument as untenable. The Commission was especially incorrect in its assessment of the equivalence of the regime with marriage. There is an autonomous notion of nonmarital partnership at the Community

⁴⁴ Judgment of the General Court of 30 January 2003, *C v Commission of the European Communities*, T-307/00, EU:T:2003:21, par. 51.

⁴⁵ R. LAMONT, « Registered Partnerships in European Union Law », in JM SCHERPE AND A HAYWARD (EDS), *The Future of Registered Partnerships - Family Recognition Beyond Marriage?* (Cambridge, Intersentia, 2017), p. 515.

⁴⁶ They qualify for the inheritance tax exemption threshold Art. 24, § 2, a of the Dutch Inheritance Tax Act 1956.

⁴⁷ *Roodhuijzen*, par. 51.

level, reasoned the Court. This notion can be inferred from Annex VII to the Staff Regulations and boils down to the existence of a union between two persons and the respect of certain formalities. In the case at hand, the conditions were met. The possibility for nonconjugal unions to enter the scheme was no bar to concluding that Mr. Roodhuijzen and his same-sex partner were nonmarital partners under the Regulations. In any such case, the focus should be placed on the relationship at stake (and the relationship of Mr. Roodhuijzen passed muster as it was dyadic, between two unrelated persons, and formalized).

Another decision handed down in 2010 concerned a cohabitation agreement entered in Belgium between two same-sex partners one of which had dual citizenship, Belgian and Moroccan. Belgium allows same-sex marriage⁴⁸. As a consequence, the applicant was excluded from housing allowance, restricted to married couples. There is indeed a fourth condition for parties to be in a nonmarital partnership under Annex VII: the condition that « the couple has no access to legal marriage in a Member State».

The applicant's chief argument was that same-sex marriage would have forced him to run a risk of prosecution in his home country. Since Morocco put in place criminal sanctions against homosexuality, should he start an administrative proceeding requiring a statement of his civil status (e.g. to renew his passport) he could be prosecuted. As a consequence, the possibility for him to marry was only virtual impossible in practice⁴⁹. The Tribunal therefore interpreted the relevant definition of nonmarital partner as exempting persons who cannot marry in practice. In reaching the conclusion, it construed such definition in light of the principle of nondiscrimination enshrined in Article 13(1) EC (now Article 19(1) TFEU), by referring to a need for « further development of a staff policy ensuring equal opportunities for all, regardless of the person's sexual orientation or marital status, which also corresponds to

⁴⁸ Judgment of the Civil Service Tribunal (Second Chamber) of 14 October 2010, *W v European Commission*, F-86/09, EU:F:2010:125 [W].

⁴⁹ *Ibid.*, par. 35.

the prohibition of any discrimination based on sexual orientation provided for in Article 21(1) of the Charter of Fundamental Rights »⁵⁰. What is remarkable is that the Tribunal reads a prohibition to discriminate based on marital status not merely in the Regulations but in the Treaties, notably in Article 19(1) TFEU. However never does the Treaty mention marital status as a prohibited ground. Nor does the Charter of Nice mention it, despite the Tribunal referencing it to further buttress its contention.

Ultimately, a typical marital status-like line of reasoning emerges from paragraph 44, where the Tribunal rejects any formalism in the interpretation of the requirements set forth under the Regulations. Therefore, « access to legal marriage in a Member State » must not be construed in a formal sense. Rather, courts are always required to assess whether access to marriage is practical and effective⁵¹.

3. Is there a European family free from discrimination?

The case law analysis illustrates that the Court is adamant in its conviction that the definition of « nonmarital partners » falls within the exclusive competence of Member States as it affects the civil status of persons⁵². However, it also illuminates the emersion from time to time of the typical reasoning associated with marital status discrimination in the Court's case law. Despite rarely mentioning marital status in its judgments, the Court has adopted lines of reasoning that could easily be associated with preventing that a family unit is being discriminated because it is not founded on marriage.

In the employment context, this approach is all the more evident. Clearly, the Court cannot use marital status discrimination

⁵⁰ *Ibid.*, par. 41.

⁵¹ *Ibid.*, par. 44.

⁵² Judgment of the Court of Justice [I would omit 'of justice' since the official mode of citation does not include it, can you confirm? Also other footnotes do not include it] of 31 May 2001, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union*, C-122/99 P and C-125/99 P, EU:C:2001:304, pars. 34 and 35 [*D and Sweden*], and *Maruko*, pars. 59, 67 to 69 and 72.

as centerpiece of its decisions. Yet, it *de facto* uses it when there are compound violations that involve both marital status and a listed ground. In protecting same-sex partners from discrimination, the CJEU has engaged in an assessment over the comparability of same-sex and married couples. The ways in which it has conducted the assessment, which culminated with a decision to conduct it entirely at the EU level, demonstrate a growing familiarity with this typical prong employed in cases involving marital status discrimination.

An even bolder approach is displayed in the context of controversies engaging the Staff Regulations. In such area, the Court has utilized functional lines of reasoning to recognize partners of the EU staff beyond mere formalities. On one occasion, the Civil Service Tribunal has even read the ground in the Treaties, despite there being no such ground in the relevant provisions of the TFEU or Charter. However, this braver approach is consistent with the broader leeway the Court enjoys in areas that are detached from the Member States' competence over civil status. Enlarging the notion of family for purposes of the family benefits granted to EU officials is no synonymous with expanding or otherwise affecting family definitions under national law.

By contrast, the area that seems to be more « immune » from the typical thinking associated with marital status is that of free movement and family reunification. In particular, the chapter noted how the Court has fallen short of increasing the feeble protection of informal cohabitants and the insufficient protection of registered partners. An argument has been made that the Court could take a more courageous approach when it comes to movement freedoms of EU citizens, in light of its pivotal recent judgment expanding the notion of « spouse » and of the more advanced approach taken by the ECtHR. Notably, it could play a critical role in protecting the freedom of movement of same-sex registered partners moving to EU jurisdictions with restrictive immigration laws, with the category including both countries that do not recognize either same-sex marriage or registered partnerships, and countries that, despite domestically recognizing same-sex couples, pose hurdles to the recognition of foreign registered partnerships.

By way of concluding, locating the question « connaissez-vous la famille européenne? » in the area of nondiscrimination law and theory allows me to conclude that there is no single definition of « European family free from discrimination ». Legal protection is intermittent and variable depending on where discrimination occurs, with important steps forward being made in the context of employment and legal treatment of the EU staff. However, the vulnerable spot is at present the mobile family. Nonmarital families moving across the EU still face substantial hurdles. These hurdles are no longer acceptable if it is true that free movement and the possibility to exercise this core freedom free from discrimination touches at the heart of what it means to be an EU citizen.

LEGAL ASPECTS OF SURROGACY IN BULGARIA

Radostina Nikodimova

Lawyer and PhD student, Plovdiv University "Paisii Hilendarski"

DOI:<https://doi.org/10.34628/wdtw-9m50>

Abstract: With the advancement of scientific technical process and medicine, women were given the opportunity to be able to conceive through assisted reproduction and to contribute to society by becoming parents. The Republic of Bulgaria ensures the possibility of providing medical assistance for the realization of assisted reproduction through the Center for Assisted reproduction, subject to certain criteria for this. Surrogacy, as an alternative to dealing with the aging of the population, the decline in population, the demographic crisis is the subject of many controversies, both on the territory of the Republic of Bulgaria, and is a sensitive topic for possible regulation within the European Union

Keywords: Surrogacy; Substitute motherhood; Assisted reproduction; Child origin adoptive parents; Biological parents; Family rights; Best interest of the child; Motherhood; Fatherhood.

Resumo: Com o avanço do processo técnico científico e da medicina, as mulheres tiveram a oportunidade de poder conceber através da reprodução assistida e contribuir para a sociedade tornando-se pais. A República da Bulgária assegura a possibilidade de prestar assistência médica para a realização de tratamentos assistidos de reprodução através do Centro de Reprodução Assistida, sujeito a certos critérios. A maternidade de substituição, como alternativa para lidar com o envelhecimento da população, o declínio da população, e a crise demográfica, é objeto de muitas polêmicas,

tanto no território como na história da República da Bulgária, e é um tema sensível para possível regulamentação na União Europeia.

Palavras-chave: Maternidade de substituição; Reprodução assistida; Pais adotivos de origem infantil; Pais biológicos; Família; Direitos; Melhor interesse da criança; Maternidade; Paternidade.

During the recent years, the humans has been exposed at risk, in connection with pollution of the environment, acceptance of poor-quality food products, pollution of water basins, stress and other factors. All this leads to the presence of diseases that hinder the normal conception process. The new technologies that surrogate motherhood provides, such as in vitro fertilization, make it possible to have children at a later age, including from individuals or couples with reproductive problems.

Surrogacy is also known in Bulgaria under the name of substitute motherhood and is a contract in which a woman agrees to carry a child for another person or other persons who after the birth of the child will become the child's legal parents. Two types of surrogacies have been identified - traditional and gestational, depending on whether there is a genetic link with the surrogate mother.

Traditional surrogacy is the fertilization of the surrogate mother's egg, who, after she has successfully carried the fetus to term and has given birth, passes the genetic child over to another couple, with the male partner in the couple being the biological father. The second type of surrogacy, the gestational kind, is accomplished through the in vitro method, and the carrying mother has no genetic link to the baby but carries to term a fetus implanted in her uterus, originating from a foreign egg and sperm.

In many countries, surrogacy is regulated by law, and in some of them it is remunerative and practiced for commercial purposes. Such countries are Ukraine, Russia, and India. In other countries, surrogacy payments are only eligible for the costs incurred by the surrogate mother during pregnancy, including examinations, medicines, food, costs associated with the pregnancy and childbirth

etc., but not as remuneration for a service. At least in many countries, surrogacy is prohibited by law, and in others there is no legal framework for this. So, that's why „surrogacy tourism“ exists.

I. An attempt for legal regulation in Bulgaria

For the first time in 2011, a Bill amending the Family Code was submitted to the 41-st National Assembly¹, as part of a package of legislative proposals, which was the first attempt to introduce the institution of surrogacy.

The legislative package was related to amendments to the Health Act, the Civil Registration Act, the Family Code, the Social Security Code, the Labor Code, the legislation on assisted reproduction and others in the same field, which regulate the fundamental rights of both the surrogate mother and the biological mother from whom the biological material will come.

In the texts voted at first reading² in the National Assembly for amendments to the Family Code, a new art. 60a, was introduced, which regulates surrogacy in assisted reproduction.

The regulation prohibits the remuneration of the surrogate mother, with the exception of reasonable expenses in connection with the healthy maintenance of the pregnancy, the necessary expenses for her recovery after birth, as well as the financial security in connection with her temporary incapacity for work.

The bill explicitly restricts that the procedure can be available only to married couples - Bulgarian citizens, provided that they have a valid civil marriage, allowing only the hypothesis of a mixed marriage between a Bulgarian and a foreigner. In other words, it excludes the possibility for foreign “tourism” in order to provide a surrogate “service”.

¹ Submitted to the National Assembly of the Republic of Bulgaria with entry No. 154-01-84 on 29.07.2011.

² Report on the first vote in the National Assembly of the Republic of Bulgaria with Entry No.: 153-03-110/26.09.2011

The envisaged surrogacy excludes profitability for the mother who carries the fetus to term and this is confirmed by the impossibility for persons with foreign citizenship to undergo procedures for assisted reproduction.

Surrogacy is possible only on condition that the wife has indisputably established infertility, and the regulation explicitly states the hypotheses for this.

Both the form and the content of the contract for surrogacy have been expressly regulated, namely that it may concern only one procedure for assisted reproduction. For each subsequent surrogacy it was necessary to conclude a new contract. The contract is strictly formal, and the consent of the parties is not sufficient to give rise to legal effects. The constitutive effect of the contract arises only after its approval by the court.

That was our vision to surrogacy.

The written motives for the bill for amendments to the Family Code were short and were declaratively based on the deepening demographic crisis, the aging of the population, the emigration of young people, and the increasing number of families with reproductive problems and infertility. And the bill was not passed and since then no action has been taken for the legal regulation of surrogacy on the territory of the Republic of Bulgaria.

II. Bulgarian Legislative Framework

Our national family law explicitly regulates the origin of the child and the identification of his mother by the legal fact of the birth given by the mother.

According to Art. 60 of the Family Code, the mother is the woman who gave birth to the baby, including in cases of assisted reproduction. So it can only be a woman and only that woman who gave the birth.

And this origin cannot be disputed on the grounds that the child was born by this procedure, an argument from Art. 60, para. 5.

The Bulgarian legal framework is categorical and does not allow the establishment of a different origin of a child, provided that the woman who gave birth to the baby is known.

But, we had a Regulation No 28/2007 for assisted reproduction activities where contains a definition for surrogacy. In its Additional Provisions paragraph 1, item 30, “surrogacy” is presented as a method in which a woman carries out a pregnancy instead of another and, after the birth of the child, the woman passes the child over to the biological parents. In the Medical Standard “Assisted Reproduction”, established in the same Regulation, item 5.14 explicitly prohibits the accomplishment of surrogate pregnancies in assisted reproduction. The same Regulation was repealed in 2020 for having been issued in violation of the administrative procedure rules³. At this stage in Bulgaria there is no legal term for surrogacy.

III. Public Order

Consideration of public order in our domestic law is a basic principle in international law based on the existence of considerations of public order, established in our domestic law in Art. 45 of the Code of Private International Law⁴. The consideration of public order places limits on the application of foreign law, in accordance with the national legal order, and the possibility of refusing to apply foreign law when it is clearly incompatible with the basic principles of the law

³ Decision 4655 of 21.04.2020 of the Supreme Administrative Court under adm. case No. 7771/2019.

⁴ Art. 45 of the Code of Private International Law of Bulgaria (1) A provision of foreign law, determined as applicable by this Code, is not applied only if the consequences of its application are clearly incompatible with the Bulgarian public order.; (2) The incompatibility is assessed, taking into account the degree of connection of the relationship with the Bulgarian legal order and the significance of the consequences of the application of foreign law. ; (3) When the specified in para. 1 incompatibility, another appropriate provision of the same foreign law shall apply. If there is none, a provision of Bulgarian law applies, if this is necessary to settle the relationship.

of the Bulgarian court referred to. The public policy consideration may be affected by the legal consequences that surrogacy provides, having already taken place in countries where it is legally regulated. Of course, it is important for this, in the first place, whether the legal relationship with an international element, on which the Bulgarian court is referred to rule, has such a connection with our country that it would affect its public order, such would for example be the case of same-sex parenting, carried out in surrogate service used. The consideration of public order remains at the discretion of the court at the time of application of the relevant foreign law in each specific case, taking into account the degree of connection of the relationship with the Bulgarian legal order and the significance of the consequences of the application of the foreign law.

However, the ECtHR has repeatedly ruled that the concept of “public policy”⁵ as a ground for allowing an exception to fundamental freedoms must be interpreted strictly, so that its scope cannot be determined unilaterally by the Member States without control by the Union institutions. It follows that the ECtHR allows reference to public order to be made only in the case of a real and sufficiently serious threat affecting a fundamental public interest.

IV. Crimes attributable to surrogacy under Bulgarian law.

Crimes related to surrogacy under Bulgarian Law the Bulgarian Penal Code contains *corpus delicti*, which, despite the lack of legal substance in the field of surrogacy, can bring to justice persons who aim to achieve such a result.

- *Declination*: Art. 182a, para 1 of the Penal Code, incriminates for criminal acts the one who persuades a parent through donation, promise, threat or abuse of official position to abandon a child or to give consent for the child’s adoption;

⁵ Paragraph 55 of the Judgment of the ECtHR (Grand Chamber) of 14 December 2021 in case C 490/20; paragraph 44 of the Judgment of the ECtHR of 5 June 2018, *Coman and others*, C 673/16, EU:C:2018:385.

- *Intermediation*: Other criminal act Art. 182a, para. 3 of the Penal Code incriminates mediation, but against unlawful pecuniary gain;
- *Sale of Child*: Art. 182b of the Penal Code declares criminal acts in which a woman or a pregnant woman consents to the sale of a child on domestic territory or abroad.

The main characteristic of these crimes is the fact that a prerequisite for the incrimination is the presence of a selfish purpose - obtaining property benefits, i.e., such an act will be disproportionate and the composition of the respective crime will not be committed when the act is committed gratuitously.

On the other hand, such crimes are not classified as “serious crimes” within the meaning of Art. 93 item 7 and are more leniently punishable.

- *Human trafficking*: Another crime we have is under Art. 159a, para. 3 of the Penal Code defines as a serious crime an act of human trafficking, criminalizing acts in which individuals or groups of people are recruited, transported, concealed or granted entry, also when it comes to a pregnant woman or pregnant women for the purpose of selling the child.

V. European Court of Human Rights

Challenges for the courts and the European Court of Human Rights
 The lack of legal regulations on the territory of the Republic of Bulgaria does not mean that the issue is not the subject of court cases when it comes to private legal relations with an international element. Surrogacy, as legally established in different countries, is also available to Bulgarian citizens, although this runs contrary to our domestic regulations. As Bulgarian citizens, their children, as well as the parties to surrogacy, should have the same rights as other Bulgarian citizens, without prejudice to fundamental rights such as citizenship, inheritance, right to free movement, right to family life, etc.

Administrative Court Sofia in Bulgaria⁶ made a reference to the Court of Justice of the European Union on issues related to the issuance of the Bulgarian birth certificate. In its motives the Bulgarian court considers the relevant case law of the European Court of Human Rights.

In this case⁷ the ECHR held that the impossibility of two children born in USA by a surrogate mother to recognize in France their relationship with their biological father, from whom they were conceived, and his wife, who is their foster mother, or “legal mother”, as recorded in the birth certificate of the children According to the facts of the case, the French administrative authorities refused to register the birth certificates of the two children issued in USA, which included the names of their “adoptive parents”. parents who have resorted to the services of a surrogate mother on the grounds that such a method of having a child is prohibited in France.

In its judgment, the ECHR emphasized that respect for privacy required everyone to be able to establish the details of their identity as a human being, including details of their kinship, and that an important aspect of an individual’s identity was questioned when kinship was affected. adding that the right to respect for the private life of children born abroad by a surrogate mother, which includes the possibility for everyone to establish the identity of their identity, including their kinship, has been violated by the non-recognition of French law. of kinship between these children and their parents.

In an advisory position following an inquiry by the French Court of Cassation⁸, within the framework of a review of this case, the ECHR found that the lack of recognition of the kinship between a child born to a surrogate mother abroad and his „adoptive“ mother had a negative effect on several aspects from the right to respect

⁶ Court Order No. 7424 of 2.10.2020 of the Administrative Court - Sofia under Admin. Case No. 3654/2020.

⁷ *Mennesson v. France; Labassee v. France*, § 96.

⁸ Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother [GC], request no. P16-2018-001, French Court of Cassation, 10 April 2019.

for the child's private life. More generally, this disadvantages the child as it places him in a situation of legal uncertainty regarding his identity in society. In particular, there is a risk that the child will not have access to the citizenship of the „adoptive“ mother under the conditions guaranteed by kinship, which may complicate his residence in the territory of the country of which the „adoptive“ mother is a national, his inheritance rights in relation to that the mother to stop, the child has been placed at a disadvantage in maintaining its relationship with the „adoptive“ mother in the event of separation of the „adoptive“ parents or the death of the other parent, and the child has no protection against possible rejection by his „adoptive“ mother to take care of him.

Extremely important for the consequences of the recognition of surrogacy and the established in Art. 8⁹ of the European Convention on Human Rights, the right to respect for private and family life. This gives each person the right to learn the details of their identity, which includes the parent-child relationship. In its case-law, the Court considers that this category also includes children born to a surrogate mother outside a Member State whose legal parents, according to the foreign State, cannot be registered as such under domestic law. Article 8 of the European Convention on Human Rights does not oblige states to legalize surrogacy. The Court considers that the refusal to recognize the legal relationship between a child born under a surrogacy agreement abroad and the intended parents does not violate the right of parents and children to family life, if this inability to obtain recognition of the legal parent-child relationship does not interfere to enjoy their family life together. The court did not require states to legalize surrogacy and held that states may require proof of parentage of children born to surrogate mothers before issuing identity documents to the child. The Court also considered, however, that the child's right to respect for his private life required domestic law to provide for the possibility of recognizing the legal relationship between a child born

⁹ *Mennesson v. France*; *Labassee v. France*; *D. and Others v. Belgium*; *Foulon and Bouvet v. France*, §§ 55-58.

through a surrogacy arrangement abroad and the father, where he is the biological father¹⁰. The choice of means by which to achieve recognition of the legal relationship between the child and the surrogate mother, however, falls within the discretion of the State.

The opinion of General Advocate - Case C490/20 of Bulgarian`s court preliminary request says that „a Member State may not refuse to recognize the family relationships, established on the birth certificate issued by another Member State, between one of its nationals, her wife and their child for the purpose of exercising the rights conferred on that national by secondary EU law on the free movement of citizens, on the ground that the domestic law of that woman`s Member State of origin does not provide for either the institution of marriage between persons of the same sex or for the maternity of the wife of the biological mother of a child. This applies irrespective of whether the national of that Member State is or is not the biological or legal mother of that child under the law of her Member State of origin and the nationality of the child.“

The Court notes that the right to respect for family life enshrined in Article 7 of the Charter must be considered in conjunction with the obligation to take into account the best interests of the child¹¹ recognized in Article 24(2) thereof. Since Article 24 of the Charter, as recalled in the Explanations on the Charter of Fundamental Rights, makes the most important rights of the child enshrined in the Convention on the Rights of the Child, ratified by all Member States, part of Union law, the provisions of that Convention must duly to be taken into account when interpreting said Article 24¹².

In order to comply with the best interests of the child, it is also necessary that these rights are available in all countries with which

¹⁰ Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother).

¹¹ Point 63 of the Judgment of the ECtHR (Grand Chamber) of 14 December 2021 in case C 490/20.

¹² Judgments of 14 February 2008, *Dynamic Medien*, C 244/06, EU:C:2008:85, paragraph 39 and of 11 March 2021, *État belge (Return of a parent of a minor)*, C 112/ 20, EU:C:2021:197, point 37.

the child has a legal relationship, that is, there should be continuity between countries regarding this¹³.

The Court recalls¹⁴ that the rights recognized by Article 21(1) TFEU of nationals of Member States include the right for them to lead a normal family life together with their family members both in the host Member State and in the Member State of which they are nationals, upon their return to it¹⁵.

In conclusion it can be summarized, that the practice of the ECtHR is extremely rich and strives both to reconcile the protection of the rights and legitimate interests of the parties concerned, and to not prejudice the national legal framework of the member states, and also to a delicate harmonization of European law.

With the development of scientific and technological progress, genetics and the progress made by medicine, humanity is faced with the challenge of adopting a new approach to intervening in the creation of human life and regulation of the concept of family. Human rights make states inevitable in protecting them, forcing them to legally regulate in one way or another the scientific achievements and opportunities they provide as surrogacy. Of course, besides the problems in the field of legal aspects of the institute of surrogacy, regulation is necessary both in the religious affirmation of the method of reproduction, and as a psychological problem of the affected subjects.

¹³ Judgment of 2 October 2003, Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539). Requirement in the 2015 annual report of the UN High Commissioner for Human Rights (Recommendation A/HRC/31/29; Convention on the Rights of the Child.

¹⁴ Point 47 of the Judgment of the ECtHR (Grand Chamber) of 14 December 2021 in case C 490/20.

¹⁵ Judgment of 5 June 2018, Coman and others, C 673/16, EU:C:2018:385, paragraph 32 and the case-law cited.

Vida intrauterina, início da personalidade, família e crianças: direito interno e transnacional.

A família constitui a célula base da organização da nossa sociedade. Em tempos conturbados, como os que vivenciamos, todas as atenções recaem sobre as famílias, sobre a sua proteção em geral, não deixando de atender às necessidades particulares dos mais frágeis, considerando as suas necessidades específicas. A proteção dos direitos humanos das crianças, assim como a proteção à vida intrauterina e a consagração de meios que permitam a concretização das aspirações básicas dos cidadãos no que respeita à procriação — tanto no âmbito do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida quanto aos progenitores, quer quanto ao recurso à maternidade de substituição —, constituem importantes expectativas da comunidade. Proporcionar meios que permitam a concretização de todos esses desideratos, traduz-se numa das principais medidas de integração social que a sociedade deve almejar. A integração de outros saberes no desenvolvimento das consagrações jus-familiares no nosso ordenamento jurídico, constitui fator de enriquecimento do mesmo, na mesma medida em que beneficia a vida em sociedade. Tanto no que respeita à biologia, quanto à pediatria, sem exclusão de outras importantes ciências. Uma perspetiva integradora da proteção das crianças passa, também, na vida diária, pela consideração dos seus melhores e, por isso, superiores interesses, que o legislador entendeu deverem ser ponderados por ambos os progenitores quanto às designadas questões de particular importância, cuja definição relegou para o labor quer da jurisprudência, quer da doutrina. Que, afigurando-se enquadráveis dentro de um certo parâmetro, não podem, afinal, ficar suspensas sobre o mesmo, antes recobrando um âmbito de aplicação mais amplo e quase indefinível, por necessidade da sua permanente adequação ao caso concreto, sem, contudo, afastarem certas matérias específicas do núcleo essencial dessas questões. Tal sucede com as questões que se colocam ao nível da sua saúde, da contribuição para o seu sustento, quer durante a menoridade, quer após o alcance da maioridade, da adoção de medidas em face de deslocamentos ou retenções ilícitas e de rapto parental transnacional. A proteção das famílias transnacionais é também objeto de centrais preocupações na agenda familiar contemporânea, de tanto se fazendo eco o regime do reagrupamento familiar de famílias constituídas sob a união de facto, no âmbito do ordenamento jurídico europeu. Todas estas matérias, pelo impacto crescente e atualidade que apresentam na sociedade, são objeto da presente publicação, tendo em vista constituir um contributo para uma reflexão profunda.

Intrauterine life, beginning of personality, family and children: domestic and transnational law.

The family is the basic unit of our society. In troubled times, such as the ones we are experiencing, greater attention falls on families and the protection they afford, with special regard for the needs of the most vulnerable. The protection of children's human rights as well as the protection of intrauterine life are important expectations of the community. Expectations also extend to the realization of citizens' basic aspirations regarding procreation, including the contexts of medically assisted pregnancy and surrogate motherhood. Providing the means that allow for all of these aspirations should be among the leading aims of societies. The incorporation of a broad range of knowledge, from Biology to Pediatrics, within the realm of Family Law is enriching, just as it benefits life in general. An enlightened approach to the protection of children also involves the consideration of their best interests. Lawmakers should understand that the opinions of all caregivers should be involved in designating and defining the issues pertaining to the child's wellbeing. This applies to issues relating to their health and contributions to their livelihood, whether during their minority or thereafter, as well as the adoption of measures in the face of illicit transfers, retentions, and/or transnational parental abduction. The protection of transnational families is also an object of central concern in the contemporary agenda of jurisprudence, as the regime of family reunification constituted under de facto unions has a paramount position within the scope of the European legal system. Because of their growing awareness and impact in society, all of these matters are addressed in this publication.

