

# ATAS DO II COLÓQUIO LUSO-ITALIANO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA

A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO MUNDO: ESTADO DA QUESTÃO  
*L'INTOLLERANZA RELIGIOSA NEL MONDO: LO STATUS QUAESTIONIS*

Coordenação:

PAULO PULIDO ADRAGÃO

ANABELA COSTA LEÃO

TIAGO AZEVEDO RAMALHO



# ATAS DO II COLÓQUIO LUSO-ITALIANO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA

A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO MUNDO: ESTADO DA QUESTÃO  
*L'INTOLLERANZA RELIGIOSA NEL MONDO: LO STATUS QUAESTIONIS*

Coordenação:

PAULO PULIDO ADRAGÃO

ANABELA COSTA LEÃO

TIAGO AZEVEDO RAMALHO

Edição:

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

<https://sigarra.up.pt/fdup>

Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto

Dezembro de 2017

ISBN: 978-989-746-139-2

Edição Executiva:

OH! Multimedia

[mail@oh-multimedia.com](mailto:mail@oh-multimedia.com)

**Copyright © 2017**

Todos os direitos reservados. Não é permitida qualquer reprodução ou retroversão, total ou parcial, desta obra sem prévia autorização escrita do Editor.

**Sugestão de citação**

Paulo Pulido Adragão, Anabela Costa Leão, Tiago Azevedo Ramalho (coord.), Atas do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa - A intolerância religiosa no mundo: estado da questão, Porto, FDUP, 2017.

**Nota do Editor**

O conteúdo desta publicação é da responsabilidade dos autores. Nem a FDUP, nem qualquer pessoa agindo em seu nome são responsáveis pelo uso que possa ser feito da informação contida nesta publicação. A FDUP não é responsável pelas hiperligações referidas nesta publicação.

# ÍNDICE

## **PRÓLOGO**

(pag. 5) ►

## **PROGRAMA**

(pag. 6) ►

## **LIVRO DE RESUMOS/SUMÁRIOS**

(pag. 8) ►

## **CONTRIBUTOS**

### **A Universidade Portuguesa como Espaço de Reflexão sobre a Liberdade Religiosa**

*Pedro Teixeira*

(pag. 28) ►

### **Religiões na escola pública**

*André Folque*

(pag. 32) ►

### **Il principio di non discriminazione e la libertà religiosa nei rapporti di lavoro: il difficile bilanciamento tra esigenze del singolo ed esigenze della confessione religiosa**

*Andrea Bettetini*

(pag. 38) ►

### **O aumento da litigância contra entidades eclesíásticas e o seu impacto sobre a liberdade religiosa**

*Davide Argiolas*

(pag. 49) ►

---

**Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa – os desafios postos à prática judicial**

*Patrícia Jerónimo*

(pag. 59) ►

**Le politiche di interazione di fronte alle nuove forme di estremismo religioso. Profili giuridici**

*Roberto Mazzola*

(pag. 101) ►

**O Direito como mundividência fundamental**

*Tiago Azevedo Ramalho*

(pag. 110) ►

**L'intolleranza come tentazione. L'eredità del passato e irrischi del futuro: i difficili transiti del diritto canonico**

*Andrea Zanotti*

(pag. 119) ►

**A liberdade religiosa no mundo em 2014**

*Catarina Martins Bettencourt*

(pag. 124) ►

**Algumas reflexões conclusivas a propósito do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa**

*Anabela Costa Leão*

(pag. 130) ►

---

## PRÓLOGO

No passado dia 24 de Outubro de 2014, realizou-se na Faculdade de Direito da Universidade do Porto o II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa, subordinado ao tema “A Intolerância Religiosa no Mundo: estado da questão/ *L’Intolleranza Religiosa nel Mondo: lo status quaestionis*”. As Atas agora publicadas recolhem as comunicações preparadas para o evento.

O Colóquio referido surgiu por impulso da sua Comissão Organizadora, no seguimento do I Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa, que teve lugar na FDUP em Abril de 2012. Deu-se assim continuidade ao propósito, assumido em 2012, de promoção, institucionalização e diálogo entre a doutrina portuguesa e a doutrina italiana sobre a liberdade religiosa, dado o reconhecido contributo de elevada qualidade científica da doutrina italiana para esta área de estudos.

A importância deste diálogo é, desde logo, ditada pela atualidade do tema, bem como pela necessidade de um específico contributo jurídico na discussão sobre a tutela e os limites da liberdade religiosa. Por outro lado, não é de desprezar o facto de, durante décadas, esta matéria ter estado relativamente ausente do ensino universitário português, o qual, há poucos anos, timidamente a retomou. O Colóquio inscreveu assim, entre os seus objetivos, continuar o esforço, encetado em 2012, de contribuir para relançar o debate e a reflexão jurídico-científicos sobre o tema da Liberdade Religiosa e das relações entre o Estado e as Confissões Religiosas. Oxalá esse objetivo seja alcançado: a criação, em janeiro de 2016, do Grupo de Estudos *Libertas Religionis*, linha de investigação autónoma do CIJE, o Centro de investigação da FDUP, é um bom precedente nesse sentido.

Porto, 29/6/17

O Coordenador da Comissão Organizadora do II CLILR

Prof. Doutor Paulo Pulido Adragão

## PROGRAMA

### II COLÓQUIO LUSO-ITALIANO sobre LIBERDADE RELIGIOSA

#### Faculdade de Direito da Universidade do Porto

A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO MUNDO: ESTADO DA QUESTÃO  
*L'INTOLLERANZA RELIGIOSA NEL MONDO: LO STATUS QUAESTIONIS*

- 6ª feira, 24 de outubro de 2014 –

#### - PROGRAMA -

##### 9h00I Sessão de Abertura

- Prof. Doutor Pedro Teixeira (Vice-Reitor da Universidade do Porto)
- Prof. Doutor Cândido da Agra (Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto)
- Prof. Doutor Paulo Pulido Adragão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

##### 9H15I Religiões intolerantes? A liberdade religiosa e os seus limites

- Oradores: Prof. Doutor Giuseppe Rivetti (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Macerata); Prof. Doutor Manuel Fontaine Campos (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola do Porto); Prof. Doutora Patrícia Jerónimo (Escola de Direito da Universidade do Minho); Prof. Doutor Roberto Mazzola (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro").
- Moderador: Prof. Doutor Paulo Pulido Adragão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

Debate

##### 11h15 Pausa para café

##### 11h30 Estatuto jurídico dos titulares de liberdade religiosa

- Oradores: Dr. André Folque (Membro da Comissão da Liberdade Religiosa); Prof. Doutor Andrea Bettetini (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania); Dr. Davide Arg-



iolas (Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Dr. Tiago Ramalho (Faculdade de Direito da Universidade do Porto).

- Moderadora: Prof. Doutora Anabela Leão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

Debate

### **13h30I Pausa para almoço**

**15h00I Apresentação da obra Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa** (coord. Paulo Pulido Adragão, Coimbra, Almedina, 2014) pelo Conselheiro Cardoso da Costa (Prof. Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Ex-Presidente do Tribunal Constitucional)

### **15h30I Quadros de relação entre o religioso, o político e o jurídico**

- Oradores: Prof. Doutor João Seabra (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia (Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada (Faculdade de Direito da Universidade do Porto); Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).
- Moderador: Conselheiro Cardoso da Costa (Prof. Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Ex-Presidente do Tribunal Constitucional)

Debate

### **17h30I Sessão de Encerramento**

#### **Reflexões conclusivas**

A liberdade religiosa no mundo em 2014, Eng.<sup>a</sup> Catarina Bettencourt (Diretora da Fundação AIS)

Apresentação das conclusões, Prof. Doutora Anabela Leão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

#### **Encerramento**

Organização do Colóquio: Faculdade de Direito da Universidade do Porto Orientação Científica: Prof. Doutor Paulo Pulido Adragão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). Comissão Organizadora: Prof. Doutor Paulo Pulido Adragão; Prof. Doutora Anabela da Costa Leão; Dr. Tiago Ramalho; Dra. Flávia Cunha. Patrocínios Científicos: Comissão da Liberdade Religiosa/ Associação Portuguesa de Direito Constitucional. Apoios: Reitoria da Universidade do Porto/ Faculdade de Direito da Universidade do Porto/ FCT-Fundação para a Ciência e Tecnologia/ AIDLR-Pt - Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa/ Câmara Municipal do Porto – Departamento de Turismo. Local: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Rua dos Bragas, 223, 4050-123 PORTO

## LIVRO DE RESUMOS / SUMÁRIOS

Dr. Davide ARGIOLAS

Prof. Doutor Andrea BETTETINI

Prof. Doutor Manuel Fontaine CAMPOS

Prof. Doutor Jorge Bacelar GOUVEIA

Prof.<sup>a</sup> Doutora Patrícia JERÓNIMO

Eng.<sup>a</sup> Catarina MARTINS

Prof. Doutor Roberto MAZZOLA

Prof. Doutor Miguel Assis RAIMUNDO

Dr. Tiago RAMALHO

## **1. Dr. Davide ARGIOLAS**

### ***O aumento da litigância contra entidades eclesíásticas e o seu impacto na liberdade religiosa***

Ao longo da história ocidental, a relação entre os meios eclesíásticos e os tribunais seculares tem sido sempre complexa e conflituosa. No passado, a reivindicação de privilégios jurídico-jurisdicionais por parte da Igreja Católica (como o privilégio do foro para os eclesíásticos) esteve, por vezes, na origem de aceras disputas entre esta e o poder político. Hoje, o redimensionamento das jurisdições eclesíásticas, por um lado, e, por outro, a consagração da incompetência dos tribunais seculares em assuntos eminentemente espirituais faz com que este tema já não seja tão fraturante e incendiário como outrora. Contudo, este tópico continua, por vezes, a despoletar conflitos e a pôr em causa as fronteiras entre a ordem jurídica estatal e as ordens confessionais. Em particular, nos últimos anos o problema da adequação institucional dos tribunais seculares em se pronunciarem sobre questões relacionadas com o fenómeno religioso tem-se reproposto de forma especialmente intensa devido ao recente aumento da litigância contra entidades religiosas – fenómeno esse que tem alastrado por todos os países ocidentais, embora com intensidade variável de país para país, sendo particularmente difuso nos Estados Unidos da América.

O objetivo desta minha intervenção é explicar a natureza deste fenómeno, investigar as suas causas e, acima de tudo, avaliar o seu impacto na autonomia confessional e na liberdade religiosa em geral, embora o escasso tempo de que disponho me obrigue a uma análise meramente perfunctória e, provavelmente, simplificada em alguns aspetos. A ideia central que pretendo fundamentar e desenvolver pode ser resumida nestes termos: a intensificação da litigância contra entidades religiosas cumpre um papel positivo, na medida em que exerce um efeito moralizador em alguns meios religiosos, fomenta o seu respeito pelas obrigações decorrentes da sua “cidadania terrestre”, e promove uma conciliação entre a sua liberdade e a sua responsabilidade; contudo, esta mesma litigância pode desaguar em águas perigosas quando se traduz em intromissões estatais nos assuntos internos das entidades religiosas ou, ainda pior, quando os tribunais seculares, movidos por pré-compreensões ideológicas secularistas e agindo com base no protagonismo que hoje lhes é conferido pelas concepções neoconstitucionalistas, comprimem a liberdade religiosa em alguns dos seus aspetos socialmente controversos.

### ***L'aumento di liti giudiziarie nei confronti degli enti ecclesiastici e il suo impatto sulla libertà religiosa***

Nel corso della storia dell'Occidente, il rapporto tra gli ambienti ecclesiastici e i tribunali secolari è stato sempre complesso e gravido di conflitti. In passato, la rivendicazione di privilegi di tipo giurisdizionale da parte della Chiesa cattolica (come, per es., il privilegio del foro per gli ecclesiastici) provocò spesso accese dispute con i poteri pubblici. Oggigiorno, tuttavia, il ridimensionamento delle giurisdizioni ecclesiastiche, da un lato, e la consacrazione dell'incompetenza dei tribunali statali in questioni prettamente spirituali, dall'altro, hanno diminuito considerevolmente le polemiche e le occasioni di conflitto. Ciononostante, le soluzioni giuridiche apportate a questo problema sono ancora lungi dall'essere consensualmente accettate e, talvolta, suscitano complessi interrogativi riguardo alla demarcazione del confine tra l'ordine statale e gli ordini confessionali. In particolare, a causa del recente aumento di liti giudiziarie contro enti ecclesiastici, diffusosi in tutto il mondo anche se con intensità eterogenea, il problema della giurisdizione dei tribunali secolari circa questioni di natura religiosa si sta riproponendo oggi con rinnovata intensità.

Sebbene lo scarso tempo di cui dispongo non mi permetta un'analisi esauriente della materia, con questo intervento cercherò di descrivere il fenomeno dell'aumento della litigiosità contro gli enti ecclesiastici, di spiegarne le cause a livello socioculturale, e, soprattutto, di evidenziarne l'impatto nei confronti dell'autonomia confessionale e della libertà religiosa. L'idea che mi propongo di giustificare e sviluppare può essere sintetizzata nei seguenti termini: l'aumento di liti giudiziarie contro gli enti ecclesiastici svolge una funzione positiva, nella misura in cui esercita un effetto moralizzatore in alcuni ambienti religiosi di cui incrementa la consapevolezza riguardo agli obblighi giuridici a cui sono soggetti per via della loro "cittadinanza terrestre", e promuove un rapporto dialettico ed equilibrato tra la libertà e la responsabilità delle formazioni sociali a carattere religioso. Tuttavia, al tempo stesso queste liti giudiziarie possono esondare in terreni pericolosi quando permettono intromissioni degli organi giurisdizionali nelle questioni interne degli enti ecclesiastici; o, ancora più grave, quando i tribunali secolari, mossi da precomprensioni ideologiche secolariste e dal protagonismo loro conferito dalle concezioni neocostituzionaliste, comprimono la libertà e l'autonomia degli enti ecclesiastici, soprattutto in relazione ad alcune condotte religiose che oggi si trovano al centro dell'antagonismo sociale.

## **2. Prof. Doutor Andrea BETTETINI**

### ***Il principio di non discriminazione per motivi religiosi in ambito lavorativo***

Con il Trattato di Lisbona, la non discriminazione diviene uno dei principi che caratterizzano la vita sociale degli Stati dell'Unione (c.d. principio mainstreaming). L'art. 141 sulla parità di retribuzione diviene ora l'art. 157 del Trattato sul funzionamento dell'UE, e, con l'integrazione della carta di Nizza nel diritto primario dell'UE, il principio di non discriminazione diviene norma fondamentale dell'ordinamento europeo.

Particolarmente rilevanti risultano, al riguardo, le Direttive 29 giugno 2000, n. 2000/43, in materia di discriminazione per motivi di razza e di origine etnica; e 27 novembre 2000, n. 2000/78 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, specificamente, in materia di discriminazioni dirette o indirette motivate dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età o dall'orientamento sessuale.

Dai suddetti testi normativi si può dedurre che il concetto di parità ha perso le sue originarie connotazioni "protettive" e ha assunto quelle di garanzia dell'uguaglianza di opportunità; parallelamente la nozione di discriminazione è stata ampliata fino a ricomprendervi non solo i comportamenti intenzionali che generino differenze di trattamento o privazione di determinati diritti sul piano individuale, ma anche ogni prassi che produca un effetto discriminatorio rilevabile sul piano collettivo (c.d. discriminazioni indirette o by effect, già peraltro previste nel nostro ordinamento dall'art. 43 del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, ma ancor prima dall'art. 4 della legge n. 125 del 10 aprile 1991 in tema di parità di trattamento fra uomo e donna).

Opportunamente, la Direttiva (art. 4) evidenzia la legittimità di una discriminazione indiretta qualora tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima, e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; come pure (art. 6) e specificamente, che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima.

A tal riguardo, la Dir. CE. 2000/78 determina altresì (art. 4.2) che gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della Direttiva, o anche prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della Direttiva, disposizioni che contemplino una differenza di trattamento ba-

sata sulla religione o sulle convinzioni personali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali. Tale differenza non costituisce peraltro discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui sono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica alla luce delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto dell'Unione, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi .

E' peraltro ben noto come nel nostro ordinamento non sussista, a differenza di altri che riconoscono una precisa posizione soggettiva dell'imprenditore di tendenza mediante una tassativa definizione legale dei geistige ideelle Zwecke, una legislazione organica e unitaria sulle organizzazioni di tendenza, ma vi sono disposizioni riguardanti il settore dell'editoria e alcune organizzazioni ideologicamente qualificate.

Nell'ipotesi di licenziamento che trovi il suo fondamento in una distonia ideologica fra il datore e il dipendente, la soluzione su cui si è assestata la giurisprudenza dopo alcune oscillazioni è ormai costante. In questa ipotesi, l'ideologia entra appieno nel contenuto del contratto, però potrà "vincolare" la libertà di pensiero e di azione, o altri diritti della personalità del lavoratore solo relativamente "agli oneri volontariamente assunti" e, comunque, nei limiti in cui questi "non ledono in alcun modo la dignità del soggetto" . L'assunzione di obblighi negativi riguardanti la vita privata del lavoratore non può derivare che dalla sua libertà contrattuale, in quanto è il contratto individuale e, più precisamente, e come ha ribadito la Direttiva della Commissione europea sopra richiamata, l'obbligo di fedeltà che lega il lavoratore al datore di lavoro a orientare e limitare i comportamenti extralavorativi del dipendente.

Il principio fondamentale, enucleato alcuni decenni or sono in una nota sentenza della Corte Costituzionale, e ribadito in una più recente pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'uomo, è che se si negasse a una struttura ideologicamente qualificata la possibilità di scegliere i propri dipendenti in base a una valutazione della loro personalità, e se si negasse alla stessa il potere di recedere dal rapporto di lavoro qualora gli indirizzi politici o ideologici del dipendente siano divenuti in contrasto con quelli che caratterizzano l'ente, si mortificherebbe la libertà di questo, così come pure si lederebbero i diritti degli utenti che hanno inteso, con la propria scelta, far ricorso a una istituzione ideologicamente orientata.

Sulla stessa linea si è posta la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata di recente, e per la prima volta, a pronunciarsi su due casi relativi a un contrasto tra organizzazioni di tendenza e dipendenti di esse per motivi legati alla vita privata di questi ultimi.

Nel caso di un dipendente di una confessione religiosa, licenziato per motivi riguardanti la sfera privata (nel caso, il dipendente aveva avuto una relazione extra-coniugale), la Corte ha sostenuto (caso *Obst c. Germania*, 23 settembre 2010) la necessità di operare un bilanciamento tra i diritti delle parti: l'esigenza di lealtà all'organizzazione di tendenza, da un lato, e il diritto alla vita privata e familiare, dall'altro. Il licenziamento appare giustificato se si considera la peculiarità delle mansioni esercitate dal ricorrente, responsabile delle pubbliche relazioni in Europa per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (Chiesa Mormone), e la particolare importanza attribuita dalla Chiesa in questione alla fedeltà matrimoniale. Si trattava, perciò, di un licenziamento reso necessario dalla esigenza di preservare la credibilità della Chiesa Mormone, e il dovere di lealtà da parte dei dipendenti risultava chiaramente dal contratto stipulato tra la Chiesa e il ricorrente e tutelato, come evidenzia la Corte, dall'art. 4 della Direttiva 78/2000/CE sopra richiamata. Di conseguenza il licenziamento non costituisce una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Diverse le conclusioni cui giunge la Corte nel caso *Schüth c. Germania* sempre del 23 settembre 2010. La Corte di Strasburgo ha invero sostenuto che, nel rapporto di lavoro con un ente ecclesiastico (nel caso specifico, una parrocchia cattolica), il dipendente, firmando il suo contratto di lavoro, accetta e assume un dovere di lealtà verso la Chiesa e una certa limitazione del proprio diritto al rispetto della vita privata quale sancito dall'art. 8 CEDU. Nel caso di specie, la Corte ritiene tuttavia che il dovere di lealtà non si spinga fino al punto di obbligare il ricorrente (un organista di una parrocchia di Essen) a vivere in astinenza in caso di separazione o di divorzio (*"La Cour considère ce pendant que l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce"*); inoltre, a differenza del caso *Obst c. Germania* (dove, come abbiamo appena visto, il dipendente licenziato aveva compiti di rappresentanza e diffusione del credo della Chiesa Mormone), il ricorrente non appare tenuto, in forza delle mansioni esercitate, a un dovere di fedeltà particolarmente stringente. In questo caso risulta pertanto violato l'art. 8 della CEDU.

### ***O princípio da não discriminação por motivos religiosos no âmbito laboral<sup>1</sup>***

Com o Tratado de Lisboa, a não discriminação tornou-se num dos princípios que caracterizam a vida social dos Estados da União (o chamado princípio *meanstreaming*). O art. 141.º sobre a igualdade de retribuição tornou-se no art. 157.º do Tratado sobre o funcionamento da EU, e, com a integração da Carta de Nice no direito primário da EU, o princípio da não discriminação transforma-se em norma fundamental no ordenamento europeu.

Particularmente relevante, a este respeito, são as Diretivas de 29 de junho de 2000, n.º 2000/43, em matéria de discriminação por motivos raciais ou de origem étnica; e de 27 de Novembro de 2000. N.º 2000/78 para a igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional e, especificamente, em matéria de discriminação direta ou indireta motivada na religião, nas convicções pessoais, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual.

A partir destes textos normativos, pode-se deduzir que o conceito de igualdade perdeu a sua originária conotação “protetiva” e assumiu a de garantia de igualdade de oportunidade; paralelamente a noção de discriminação foi ampliada com a finalidade de abranger não só os comportamentos intencionais que geram diferenças de tratamento ou privação de determinados direitos no plano individual, mas também quaisquer práticas que produzam um efeito discriminatório relevante no plano coletivo (a denominada discriminação indireta ou *by effect*, já prevista no nosso ordenamento no art. 43.º da d.lgs. n.º 286 de 25 de julho de 1998, e mesmo anteriormente no art. 4º da lei n.º 125 de 10 de abril de 1991 sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres).

De forma apropriada, a Diretiva (art. 4.º) evidencia a legitimidade de uma discriminação indireta se tal disposição, tal critério ou tal prática forem objetivamente justificados por uma finalidade legítima, e se os meios utilizados para a sua prossecução forem apropriados e necessários; também demonstra (art. 6.º) que os Estados membros podem prever, no âmbito do direito nacional, que as disparidades de tratamento motivadas pela idade não constituem discriminação quando esta for objetivamente e razoavelmente justificada, e tiver uma finalidade legítima.

A este respeito, a Diretiva CE 2000/78 determinou ainda (Art. 4.º/2) que os Estados membros podem manter na legislação nacional em vigor à data de adoção da Diretiva, ou também prever em legislação futura que reflita práticas nacionais vigentes à data da adoção da Diretiva, disposições que contemplem uma diferença de tratamento baseada na religião ou nas convicções pessoais, no caso de atividades profissionais de igrejas ou de outras organizações públicas ou privadas cuja ética seja fundada na religião ou em convicções pessoais. Tal

---

1 Tradução a cuidado da organização.



diferença não constitui assim discriminação quando, pela natureza de tais atividades, ou pelo contexto em que são realizadas, a religião ou as convicções pessoais representem um requisito essencial, legítimo e justificado para o desenvolvimento da atividade laboral, tendo em conta a ética da organização. Tal diferença de tratamento aplica-se à luz das disposições e dos princípios constitucionais dos Estados membros, bem como dos princípios gerais do direito da União, e não pode justificar uma discriminação baseada noutros motivos.

Além disso, é notório como o nosso ordenamento não suscita, ao contrário de outros que reconhecem uma precisa posição subjetiva de empreendedor da tendência através de uma taxativa definição legal dos geistige ideelle Zwecke, uma legislação orgânica e unitária sobre as organizações de tendência, mas existem disposições concernentes ao setor editorial e algumas organizações ideologicamente qualificadas.

Na hipótese de despedimento fundamentado num conflito ideológico entre empregador e trabalhador, a solução sobre a qual assentou a jurisprudência após algumas oscilações é agora constante. Nesta hipótese, a ideologia entra plenamente no conteúdo do contrato, mas poderá “vincular” a liberdade de pensamento e de ação, ou outros direitos de personalidade do trabalhador apenas quanto “aos encargos voluntariamente assumidos” e, em todo o caso, nos limites em que estes “não afetem de alguma maneira a dignidade do sujeito”. A assunção de obrigações negativas sobre a vida privada do trabalhador não pode fazer gerar da sua liberdade contratual, como o contrato é privado e, mais precisamente, e como reafirmou a Diretiva da Comissão europeia supramencionada, a obrigação de fidelidade que o vincula ao empregador para orientar e limitar os seus comportamentos extra laborais.

O princípio fundamental, enunciado há algumas décadas atrás numa conhecida sentença da Corte Costituzionale, e reafirmado numa mais recente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é que se se negasse a uma estrutura ideologicamente qualificada a possibilidade de escolher os seus próprios trabalhadores com base numa avaliação da sua personalidade, e se se negasse à mesma os poderes de cessar a relação laboral se as orientações políticas ou ideológicas do trabalhador se tornaram conflitantes com aquelas que caracterizam a entidade, sem enfraquecer a liberdade deste, até porque poderia afetar os usuários que escolheram, de sua livre vontade, recorrer a uma instituição ideologicamente orientada.

Na mesma linha colocou-se o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, chamado recentemente, e pela primeira vez, a pronunciar-se sobre dois casos relativos a conflitos entre organizações de tendência e seus trabalhadores por motivos ligados à vida privada dos últimos.

No caso de um trabalhador de uma confissão religiosa, despedido por motivos relacionados com a esfera privada (no caso, o trabalhador tinha mantido uma relação extraconjugal), o Tribunal sustentou (caso *Obst c. Alemanha*, 23 de setembro de 2010) a necessidade de alcançar

um equilíbrio entre os direitos das partes: a exigência de lealdade à organização de tendência, por um lado, e o direito à vida privada e familiar, por outro. O despedimento parece justificado se se considerar a particularidade das funções exercidas pelo recorrente, responsável pelas relações públicas na Europa para a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias (Igreja Mórmon), e a particular importância atribuída pela Igreja à questão da fidelidade matrimonial. Tratava-se, assim, de um despedimento necessário pela exigência de preservar a credibilidade da Igreja Mórmon, e o dever de lealdade por parte dos trabalhadores resultava claro do contrato outorgado entre a Igreja e o recorrente e é tutelado, como salienta o Tribunal, pelo art. 4.º da Diretiva 78/2000/CE supra referenciado. Consequentemente, o despedimento não constituiu uma violação do art. 8.º CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar).

A diferentes conclusões chegou o Tribunal no caso Schüth c. Alemanha também de 23 de setembro de 2010. O Tribunal de Estrasburgo sustentou que, na relação laboral com uma entidade eclesial (no caso concreto, uma paróquia católica), o trabalhador, assinando o seu contrato de trabalho, aceita e assume um dever de lealdade perante a Igreja e uma certa limitação ao próprio direito ao respeito pela vida privada consagrado pelo art. 8.º CEDH. No caso concreto, o Tribunal considerou, todavia, que o dever de lealdade se estende até ao ponto de obrigar o recorrente (um organista de uma paróquia de Essen) a viver em abstinência na circunstância de separação ou divórcio (“La Cour considère ce pendant que Lón ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans equivoque de vivre dans l’abstinence en cas de séparation ou de divorce”); além disso, a diferença com o caso Obst c. Alemanha (onde, como acabamos de ver, o trabalhador despedido tinha tarefas de representação e difusão do credo da Igreja Mórmon), o recorrente não aparentava ter, por força das funções exercidas, um dever de fidelidade particularmente rigoroso. Neste caso houve, portanto, violação do art. 8.º da CEDH.

### **3. Prof. Doutor Manuel Fontaine CAMPOS**

#### ***As limitações estatais à liberdade religiosa - o estado da questão face ao desafio das interpretações intolerantes das religiões.***

Procurar-se-á averiguar como é que a jurisprudência tem encarado a questão das restrições à liberdade religiosa necessárias para garantir a proteção dos interesses, valores e direitos referidos no artigo 9.º, n.º 2, do CEDH e, seguidamente, como é que essa jurisprudência pode ser convocada para enfrentar o desafio da intolerância com fundamentos religiosos.

### ***State restrictions on religious freedom - the state of the matter and the challenge of the intolerant interpretations of religions***

We will try to determine the main guidelines that emerge from the case law on the issue of restrictions of religious freedom necessary to ensure the protection of the interests, values and rights referred to in Article 9, paragraph 2 of the ECHR and, in particular, how that case law may be used to meet the challenge of intolerance with religious foundations.

#### **4. Prof. Doutor Jorge Bacelar GOUVEIA**

##### ***A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional de Língua Portuguesa***

Sumário: 0. Introdução/ 1. A liberdade religiosa e o princípio da laicidade no Direito Constitucional Contemporâneo/ 2. A liberdade religiosa em Portugal: Constituição Portuguesa, convenções internacionais e Lei da Liberdade Religiosa./ 3. O Direito Constitucional de Língua Portuguesa./ 4. Traços comuns às Constituições de Língua Portuguesa./ 5. Aspectos particulares de alguns textos constitucionais./ 6. Conclusões

Procurar-se-á averiguar como é que a jurisprudência tem encarado a questão das restrições à liberdade religiosa necessárias para garantir a proteção dos interesses, valores e direitos referidos no artigo 9.º, n.º 2, do CEDH e, seguidamente, como é que essa jurisprudência pode ser convocada para enfrentar o desafio da intolerância com fundamentos religiosos.

#### **5. Prof.ª Doutora Patrícia JERÓNIMO**

##### ***A jurisprudência multicultural e os muçulmanos nos Estados membros da União Europeia***

A relação entre Islão e direitos humanos ocupa um lugar proeminente no debate sobre as virtudes e os riscos da admissibilidade de fatores culturais na prática judicial – aquilo que, na doutrina, tem vindo a ser designado por jurisprudência multicultural. Na Europa, como na América do Norte, os tribunais nacionais são, com cada vez maior frequência, chamados a arbitrar disputas culturais e jurídicas entre a lei estadual e normas e práticas ditas islâmicas. Os juízes tendem a manifestar-se relutantes em acomodar as pretensões alicerçadas em tais normas e práticas, devido ao entendimento que têm do seu

papel como “juízes seculares” e à sua falta de “sensibilidade cultural” para com o Islão. Existe, no entanto, um crescente número de casos em que os juízes aceitam acomodar alguns aspetos das tradições religiosas islâmicas e reconhecer efeitos jurídicos a institutos de Direito islâmico *prima facie* incompatíveis com a tutela dos direitos fundamentais, como são os divórcios *talaq* (i. é, por repúdio do marido) e os casamentos poligâmicos, que têm vindo a ser pontualmente reconhecidos para efeitos sucessórios, de atribuição de responsabilidades parentais e de obtenção de subsídios junto da Segurança Social.

The interplay between Islam and human rights is a very prominent topic in the current debates on the advantages and risks of allowing cultural factors into the courtroom – what is commonly referred to, in the literature, as *multicultural jurisprudence*. In Europe, as in North America, domestic courts are increasingly asked to arbitrate cultural and legal disputes between the law of the state and rules and practices said to be Islamic. Domestic court judges tend to be reluctant to accommodate Islamic norms and Muslims’ religiously based claims, due to their understanding of their role as “secular judges” and to their lack of “cultural sensitivity” vis-à-vis Islam. There are, nevertheless, several instances where domestic courts have allowed the accommodation of some aspects of Muslim religious traditions and the recognition of legal effects to Islamic law provisions which would *prima facie* be incompatible with fundamental rights principles, such as *talaq* divorces and polygamous marriages.

## 6. Eng.<sup>a</sup> Catarina MARTINS

### ***A liberdade religiosa no mundo em 2014***

A liberdade religiosa é um dos direitos fundamentais do Homem e podemos ler na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) no seu artigo 18:

“Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

Os últimos dados indicam que 75% da população mundial vive em zonas com graves restrições de liberdade religiosa.

E, hoje, os Cristãos são o grupo mais perseguido no mundo. Mais de 200 milhões de cristãos vivem hoje sem liberdade religiosa ou em países onde há sérias restrições em termos de liberdade religiosa.

Infelizmente, o que verificamos de ano para ano é que tem havido um declínio acentuado da liberdade religiosa no mundo. Hoje, mais do que nunca, vemos notícias nos meios de comunicação social sobre o aumento das perseguições às minorias religiosas no mundo.

Esta perseguição está a atingir níveis inimagináveis. Hoje, e segundo a ONU, há mais de 51 milhões de refugiados no mundo. É o maior número de sempre desde a Segunda Guerra Mundial. Todos os anos milhões de pessoas deixam as suas terras e deslocam-se no seu país, ou para outros países, onde pedem refúgio. Fogem a situações de pobreza e fome, agravadas pelas alterações climáticas, escassez de recursos e de alimentos, desastres naturais, situações de guerra ou conflitos armados, perseguição devido à sua religião, nacionalidade, raça, grupo social ou opinião política. No limite fogem à morte.

A última grande vaga de refugiados tem como origem o conflito na Síria e, agora, no Iraque. Na Síria estima-se que haja mais de 10 milhões de refugiados e, no Iraque, desde Junho até Setembro há cerca de 1 milhão de refugiados.

No último relatório publicado pela Fundação AIS verificamos que de 196 países analisados oitenta e um países são identificados como países com perseguição religiosa e que a situação da liberdade religiosa no mundo se deteriorou em cinquenta e cinco destes países. Verificamos também que em vinte destes países a perseguição é extremamente elevada.

#### ***Religious freedom in the world in 2014***

Religious freedom is a fundamental human right and we can read in the Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights (1948):

“Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.”

The latest data shows that 75% of the world population lives in areas with serious restrictions to religious freedom.

Nowadays Christians are the most persecuted group in the world. More than 200 million Christians live today without religious freedom or in countries where there are serious limitations in terms of religious freedom.

Unfortunately, what we see from year to year is that there has been a sharp decline in religious freedom in the world. Today, more than ever, we see news about the increasing persecution of religious minorities in the world.

This persecution is reaching unthinkable levels. Today, according to the UN, there are over 51 million refugees in the world. It is the largest number ever since the Second World War. Every year millions of people leave their land and migrate or emigrate to other countries, where they ask for refuge. They run away from poverty and hunger, aggravated by climate change, lack of resources and food, natural disasters, situations of war or armed conflicts, persecution because of their religion, nationality, race, social group or political opinion. At their limit they run away from death.

The last major wave of refugees was caused by the conflict in Syria and now in Iraq. In Syria it is estimated that there are over 10 million refugees and in Iraq from June until September there were about 1 million refugees.

The latest report by Fundação AIS shows that of the 196 countries analyzed 81 countries are identified as countries with religious persecution and also that the status of religious freedom in the world deteriorated in 55 of these countries. It also shows that in 20 of these countries persecution is extremely high.

## **7. Prof. Doutor Roberto MAZZOLA**

### ***Le cause politico-istituzionali dei potenziali fenomeni di intolleranza religiosa***

Con la Risoluzione del 26 settembre il Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ha dato mandato ai singoli stati di prevenire e combattere, attraverso specifiche normative interne, ogni attività inerente, i cd. Foreign fighters, ovvero cittadini con passaporti europei che in numero crescente si arruolano nelle fila dello jihadismo internazionale, in particolare, nei quadri combattenti dell'esercito dell' Isis.

La Risoluzione dell'organo di sicurezza delle Nazioni Unite merita attenzione perché offre alcuni spunti di riflessione sul delicato problema dei limiti all'esercizio del diritto di libertà religiosa e di coscienza.

Due, in particolare, i profili che meritano attenzione: innanzitutto il documento riproduce il classico schema preventivo-afflittivo proprio delle più tradizionali politiche di sicurezza. In secondo luogo è interessante anche per un'altra ragione: sotto il profilo politico-sociale, il documento rimanda, infatti, al più generale problema delle politiche d'integrazione, a ciò che è stato fatto, ma soprattutto a ciò che non è stato fatto, in particolare in Europa, per impedire che un certo numero di giovani europei si sentisse più attratto dal richiamo dell'Islam salafita e dal modello politico del califfato, che dai valori della tradizione democratica occidentale.

Si tratta di due profili dell'unico problema di come sia oggi possibile "vivere insieme" in società sempre più frantumate e pluriculturali, facendo salvo il diritto alla sicurezza

Primo profilo: lo schema repressivo-afflittivo.

Gli ordinamenti giuridici europei hanno assunto il principio di laicità come pietra angolare dei propri sistemi costituzionali, declinandolo prevalentemente in termini di laicità positiva, facendo così ricadere sugli stati l'onere di rimuovere gli ostacoli e al contempo creare i presupposti per un pieno esercizio delle facoltà connesse al diritto libertà religiosa.

Questa laicità attiva rimanda ad una dinamica tradizionale di libertà religiosa fatta di professioni di fede o di ateismo, di propaganda, di esercizio del culto, di cambiamento di convinzioni, di obiezioni di coscienza, ma anche di limiti nell'interesse della sicurezza. Nell'orizzonte di questo modello di diritto di libertà religiosa, le politiche di sicurezza e di ordine pubblico è raro che siano associate alle attività di promozione di tale diritto, è questo perché manca l'abitudine di pensare alla promozione della libertà religiosa e di coscienza come politica, essa stessa, di sicurezza. L'adozione di tale schema è gravido di conseguenze: innanzitutto il perdurare della centralità dei Ministeri dell'Interno nelle politiche ecclesiastiche; estrema difficoltà nel ripartire amministrativamente le politiche in materia di libertà religiosa e di coordinarne l'operato in conformità al principio di efficienza; l'utilizzo in chiave selettiva di alcuni strumenti apparentemente ispirati ad una logica di sicurezza inclusiva; infine le ambigue aperture in chiave di sicurezza inclusiva contenute in alcune recenti leggi poste in essere da più di un legislatore nazionale in Europa.

Secondo profilo: le contraddizioni delle politiche di integrazione

Risulta sempre più chiaro il fallimento di molte politiche d'integrazione, quanto la debacle del modello multiculturalista

Tutto questo va letto come resa?

Il Rapporto del 2011 del Consiglio d'Europa sulle politiche d'integrazione funzionali alla realizzazione di un buon modello sociale di convivenza evidenzia, non solo l'utilità delle politiche inclusive, ma la necessità che gli stati membri del Consiglio d'Europa investano ancora di più in esse, ovvero, che il diritto alla sicurezza solennemente sancito nella Carta di Nizza nel 2000 e nel Trattato di Lisbona nel 2009, si realizzi, non solo attraverso le tradizionali strategie di natura afflittiva, quanto piuttosto attraverso politiche d'inclusione e di collaborazione, a condizione, però, che quest'ultime rispondano ad un rigoroso criterio di fattibilità, tanto economica quanto amministrativa e sociale.

Per provare a risolvere in chiave inclusiva i problemi di sicurezza connessi alla libertà religiosa, sarà dunque doveroso procedere ad una rigorosa selezione degli obiettivi da raggiungere e ad una severa scelta dei mezzi da utilizzare e dei soggetti da coinvolgere.

A questo riguardo due sembrano le priorità su cui investire: la riforma del diritto di cittadinanza, ricomprendendo in essa anche i diritti politici, e quindi il riconoscimento del diritto di voto. Tutto ciò non basta, urge, in verità, anche un progetto serio, organico e di ampio respiro nel campo della formazione, attraverso la sinergia fra più ministeri.

Si tratta di una grande sfida che potrà essere vinta solo dove alla razionalizzazione delle energie provenienti dalla società civile corrisponderà una assunzione di responsabilità da parte della classe politica e dirigente dei singoli stati, e una volontà di 'fare' da parte della Pubblica amministrazione.

### ***As causas político-institucionais dos potenciais fenómenos de intolerância religiosa<sup>2</sup>***

Com a Resolução de 26 de setembro, o Conselho de segurança da Organização das Nações Unidas conferiu poderes aos Estados de prevenção e combate, através de normas internas específicas, qualquer atividade inerente, e nomeadamente os Foreign fighters, isto é cidadãos com passaportes europeus que são recrutados pelo jihadismo internacional, em particular nos quadros do exército de Isis.

A Resolução do órgão de segurança das Nações Unidas merece atenção porque oferece alguns pontos de reflexão sobre o delicado problema dos limites ao exercício do direito de liberdade religiosa e de consciência.

Dois aspetos, em particular, merecem atenção: primeiro, o documento reproduz o clássico esquema preventivo-sancionatório próprio das mais tradicionais políticas de segurança. Em segundo lugar, é interessante também por uma outra razão: sob o perfil político-social, o documento refere, de facto, o problema mais geral das políticas de integração, o que foi feito,

2 Tradução a cuidado da organização



mas sobretudo o que não foi feito, em particular na Europa, para impedir que um certo número de jovens europeus se sentisse mais atraídos pelo chamamento do Islão salafita e o modelo político do califado, do que pelos valores da tradição democrática ocidental.

Trata-se de dois perfis do único problema de como é hoje possível “viver em conjunto” em sociedade cada vez mais fraturante e pluricultural, sem prejuízo do direito de segurança.

Primeiro perfil: o esquema repressivo-sancionatório.

Os ordenamentos jurídicos europeus assumiram o princípio da laicidade como pedra angular dos próprios sistemas constitucionais, declinando o sentido da laicidade positiva, fazendo recair sobre os estados o ónus de remover os obstáculos e ao mesmo tempo criar os pressupostos para um pleno exercício das faculdades conexas ao direito de liberdade religiosa.

Esta laicidade ativa remete para uma dinâmica tradicional de liberdade religiosa feita de profissões de fé ou de ateísmo, de propaganda, de exercício de culto, de mudar de convicções, de objeção de consciência, mas também dos limites no interesse da segurança. No horizonte deste modelo de direito de liberdade religiosa, as políticas de segurança e de ordem pública raramente são associadas às atividades de promoção da liberdade religiosa e de consciência como política, essa sim, de segurança. A adoção de tal esquema está repleto de consequências: primeiramente, o perdurar da centralidade dos Ministérios do Interior nas políticas eclesásticas: extrema dificuldade na repartição administrativa das políticas em matéria de liberdade religiosa e de coordenação do trabalho em conformidade com o princípio da eficiência; a utilização seletiva de alguns instrumentos aparentemente inspirados por uma lógica de segurança inclusiva; por fim, as ambíguas aberturas em matéria de segurança inclusiva contidas em alguma da legislação recente posta em prática por mais do que um legislador nacional na Europa.

Segundo perfil: as contradições das políticas de integração.

É cada vez mais evidente o fracasso de muitas políticas de integração, com a decorada do modelo multiculturalista.

Tudo isto pode ser lido como resultado?

O Relatório de 2011 do Conselho da Europa sobre políticas de integração funcional para realização de um bom modelo social de convivência evidencia, não só a utilidade das políticas inclusivas, mas a necessidade dos Estados membros do Conselho da Europa investirem nelas, ou que o direito à segurança consagrado na Carta de Nice de 2000 e no Tratado de Lisboa de 2009 se realize, não apenas através das estratégias tradicionais de natureza sancionatória, mas também através de políticas de inclusão e de colaboração, com a condição, contudo, de que estas últimas correspondam a um rigoroso critério de fiabilidade, tanto económica como administrativa e social.

Para tentar resolver de forma inclusiva os problemas de segurança conexos à liberdade religiosa, será então necessário proceder a uma rigorosa seleção dos objetivos a atingir e a uma severa escolha dos meios a utilizar e dos sujeitos a envolver.

A este propósito, duas parecem ser as prioridades a investir: a reforma do direito de cidadania, compreendendo aqui os direitos políticos, e em seguida o reconhecimento do direito de voto. Tudo isto não basta, urge, na verdade, um projeto sério, orgânico e amplo no campo da formação, através de uma sinergia entre vários ministérios.

Trata-se de um grande desafio que apenas poderá ser vencido se a racionalização das energias provenientes da sociedade civil corresponder a uma assunção de responsabilidade por parte da classe política e dirigente dos Estados, e uma vontade de “fazer” por parte da Administração Pública.

## 8. Prof. Doutor Miguel Assis RAIMUNDO

### *As religiões têm de ser inautênticas no espaço público? Forma e conteúdo do discurso religioso na polis*

**Plano:** I. Afirmar verdades e apontar erros na sociedade plural II. Alguns dados problemáticos: a) Ansiedades identitárias b) Os perigos da “religião política” e da “religião social” c) A acusação de irracionalidade contra o universo confessional d) A acusação de niilismo contra o universo não crente III. Algumas propostas para a construção: a) Sinceridade ou autenticidade b) A ideia do pós-secularismo c) Partilha global de princípios, direitos, deveres e limitações d) A perspectiva oferecida pelo debate actual na Igreja Católica IV. Síntese: a humanidade autêntica gera formas e conteúdos tolerantes

**Sumário:** A facilidade com que hoje todos podemos aceder à esfera pública e a pluralidade de visões que a ela são trazidas traduzem-se, pelo menos na aparência e de modo paradoxal, numa capacidade cada vez menor de comunicar. Isto é particularmente claro quando, a propósito de certos temas sensíveis da vida em comum – quer a nível interno, quer a nível de realidades regionais como a União Europeia, quer a nível global – ocorrem tomadas de posição públicas nas quais as convicções religiosas surgem implícita ou explicitamente utilizadas como argumentos. Os crentes justificam essa urgência em trazer para a esfera pública as suas convicções religiosas como uma forma de preencher um vazio de valores e de serem fiéis à sua própria vocação religiosa. Porém, em comunidades políticas plurais e orientadas pelo princípio da separação ou laicidade, isso pode

ser entendido como problemático. Este elevado potencial de conflitualidade, que é uma evidência, levou a colocar a questão de saber se é possível encontrar – e de algum modo, regular – modos, formas e estilos que devam orientar o debate e a relação entre crentes e não crentes. A questão deve ser criticamente considerada, pois é possível perguntar se não será uma exigência ilegítima a de pedir que os crentes atenuem, alterem ou mesmo deturpem a sua fé como condição de entrar em relação com os outros ou de serem conferida relevância pública e política às suas posições. Não obstante, defende-se aqui que com as devidas ressalvas e partindo de certos pressupostos, a reflexão feita a partir da interrogação acima expressa pode ajudar a conciliar os princípios estruturantes do Estado de Direito democrático e plural com um debate rico e aberto, no qual a convivência de posições confessionais e não confessionais não seja entendida apenas como um mal menor mas como um fenómeno de complementaridade, indispensável para uma vida em comunidade conforme com os valores do Direito.

**Summary:** I. Claiming truths and pointing errors in a plural society II. A few problems: a) Identity anxieties b) The dangers of “political religions” and “social religions” c) The accusation of irrationality against religions d) The accusation of nihilism against non-believers III. A few proposals: a) Sincerity or authenticity b) The idea of post-secularism c) Globally shared principles, rights, obligations and limitations d) The perspective offered by the current debate in the Catholic Church IV. Synthesis: authentic humanity generates tolerance both in form and substance

**Abstract:** Easy access of all of us to the public sphere and the plurality of visions it presents give way, at least apparently and paradoxically, in an ever diminished capacity to communicate. This is particularly clear when, on certain delicate issues of collective life – whether internally, at a regional level (such as the EU) or globally – public positions are based, implicitly or explicitly, in religious beliefs. Believers justify such an urgency to present their religious beliefs on the public sphere as a way to fill in a lack of values, and also of being faithful to their religious calling. However, in pluralistic political communities, that may be problematic. This obvious high potential for conflict has led to the question of whether or not it is possible to find – and somehow regulate – ways, forms and styles that should frame the debate and the interaction between believers and non-believers. The question merits critical attention, because one might inquire if it is not an illegitimate demand to ask of believers to mitigate, alter or even distort their faith as a condition to relate to others or to have their positions awarded public and political relevance. It is argued here that considering certain assumptions and conditions, the question mentioned above may act as a trigger to help reconcile the basic principles of the Democratic State with a rich and open debate, in which the cohabitation of believer and non-believer contributions is not understood simply as a necessary evil, but as putting together two complementary dimensions, without which a community cannot exist in accordance with the values of the Law.

## 9. Dr. Tiago RAMALHO

### *O Direito como mundividência fundamental*

Em muitos problemas jurídicos, coloca-se o problema de determinar quais as matérias que estão sujeitas à regulação de um certo sistema normativo de fundo religioso, quais aquelas que estão sujeitas à jurisdição pública *lato sensu*, tomada como o mais alto poder de dizer o que é direito e, bem-assim, exigível: essas circunstâncias que, como diria um jurista romano, justificam que uma *actio* deva ser concedida autor. Uma primeira resposta poderia ser: “Dai a César o que é de César, a Deus o que é de Deus.” (Mt. 22, 21). Há, contudo, uma nova pergunta a formular: quem determina o que é de César e quem determina o que é de Deus?

Certain issues arising nowadays tell us that it is necessary to determine which is under the sphere of competence of a religious law system and which is subject to the public jurisdiction - understood in a broad sense – who defines what is right and therefore enforceable. As a Roman lawyer would say, in which circumstances would an "actio" be granted to the plaintiff. A first response could be: "So give to Caesar what is Caesar's, and to God what is God's." (Matthew 22, 21). However we must ask an additional question: who determines what belongs to Caesar, who determines what belongs to God?

## CONTRIBUTOS

Pedro TEIXEIRA

André FOLQUE

Andrea BETTETINI

Davide ARGIOLAS

Patrícia JERÓNIMO

Roberto MAZZOLA

Tiago RAMALHO

Andrea ZANOTTI

Catarina MARTINS BETTENCOURT

Anabela COSTA LEÃO

**Nota dos coordenadores:** Os contributos são apresentados segundo a ordem das intervenções no programa do colóquio. Respeitou-se a opção dos autores no que à (não) utilização do Novo Acordo Ortográfico diz respeito.

## A universidade portuguesa como espaço de reflexão sobre a liberdade religiosa

Pedro Teixeira<sup>1</sup>

Embora a Universidade se tenha afirmado ao longo do tempo como um espaço privilegiado de reflexão e discussão, a prossecução desta missão nem sempre tem sido fácil. Por um lado, a multiplicação de missões e atividades tem introduzido um ritmo na vida universitária nem sempre conducente à serenidade necessária ao exercício reflexivo e analítico (Collini, 2012). Por outro lado, os mecanismos de reconhecimento académico e institucional têm vindo a privilegiar o debate no quadro de espaços científicos legitimados pelos pares disciplinares e relativamente fechados ao diálogo com diferentes atores sociais, políticos e económicos.

Esta aparente dificuldade em criar espaços de reflexão sobre e com a comunidade alargada parece ganhar um peso adicional no caso da abordagem de questões ligadas ao fenómeno religioso e às suas manifestações sociais, económicas, políticas, jurídicas e culturais. Embora o estudo do fenómeno religioso, nas suas diversas vertentes, tenha conhecido um desenvolvimento significativo ao longo das últimas décadas, esse desenvolvimento tem sido mais ténue no caso português e a Universidade Portuguesa parece demonstrar alguma dificuldade em acompanhar esse desenvolvimento.<sup>2</sup>

Embora esta menor atenção ao estudo académico do fenómeno religioso não seja específica do caso português, existem aspectos da trajetória histórica do nosso país que ajudam a compreender este contexto. De certo modo, a Universidade Portuguesa reflete na sua atividade intelectual o facto de Portugal ter uma história complexa na relação entre o Estado e a(s) Igreja(s), a qual sofreu importantes reconfigurações ao longo do último século (Cruz, 1998; Vilaça, 2006). Assim, ao longo do século XX, evoluiu-se duma sobreposição substantiva e formal destas duas realidades, assente num reduzido pluralismo religioso, para uma separação formal e um corte dialético entre duas realidades sociais fundamentais na definição da matriz cultural, social e até mesmo política do país (Vilaça, 2006; Pais et al, 2001).

---

1 Professor da FEP-UP, Vice-Reitor da U.Porto.

2 Para uma panorâmica do estudo sociológico do fenómeno religioso em Portugal, veja-se Vilaça (2006)

Deste modo, tarda em ser preenchido um vazio intelectual na reflexão académica sobre o papel cultural, social, económico e político da religião (e das instituições religiosas) na sociedade portuguesa contemporânea. Para esta situação parece contribuir uma curiosa convergência entre aqueles que não consideram este tema passível de estudo no espaço universitário, sobretudo nas universidades públicas integradas num Estado laico, e entre aqueles que manifestam hesitação ou até mesmo desconforto perante as ciências religiosas e o estudo da religião a partir de matrizes disciplinares que não as da teologia.<sup>3</sup>

Este vazio intelectual é tanto mais saliente quanto as últimas décadas vieram questionar alguns dos pressupostos e previsões das teorias modernas da secularização.<sup>4</sup> Assim, vários estudos vêm salientando quer o carácter difuso dos processos de secularização, especialmente devido à persistência e até mesmo o ressurgimento do fenómeno religioso à escala global (Hunt, 2000; Davie, 2002), quer a dissociação frequente entre práticas e crenças religiosas, identificando a persistência das últimas mesmo quando declinam significativamente as primeiras (Davie, 2000; Casanova, 1994). Aliás, a complexidade na relação entre crenças e práticas religiosas é algo salientado desde os autores fundadores dos estudos sociológicos sobre o fenómeno religioso, nomeadamente nas visões contrastantes e influentes de Max Weber (2001) e Émile Durkheim (2001) acerca do papel substantivo ou funcional/instrumental da religião respectivamente.

As visões mais matizadas acerca dos processos e dos efeitos da secularização têm ganho também relevo no espaço universitário, nomeadamente porque a universidade se vem tornando uma realidade crescentemente internacional e diversa, também, na dimensão religiosa. Em Portugal, como por toda a Europa, a Universidade tornou-se crescentemente um espaço de coexistência de crenças e não-crenças várias e de atitudes diversas acerca do modo como a dimensão religiosa pode ou não estar presente na vida universitária em particular, mas também nos espaços de sociabilidade cultural, política e económica, refletindo tendências sociais mais amplas (Pais et al, 2001 e Vilaça, 2006).

A liberdade e tolerância religiosas devem, por isso, ser vistas não como curiosidades históricas de um tempo mais ou menos longínquo onde, aparentemente, essas questões terão sido clarificadas. Bem pelo contrário, afirmam-se como questões complexas dum tempo hodierno caracterizado por configurações multifacetadas de crenças, valores e práticas. O carácter difuso destas torna, porventura, o exercício da tolerância e da liberdade religiosa ainda mais complexo do que num tempo em que as identidades religiosas seriam mais uniformes e/ou explícitas.

---

3 Para uma análise da identidade e auto-representação dos intelectuais católicos portugueses veja-se (Nunes, 2005)

4 Para uma crítica das teorias modernas da secularização, veja-se, por exemplo, Stark e Finke (2000) e Berger (1999).

No caso da Universidade as implicações colocam-se ao nível das missões fundamentais de ensino e de investigação. Assim, pensar a liberdade e tolerância religiosas no espaço universitário implica, por exemplo, refletir acerca dos conteúdos e dos temas de ensino e de investigação, mas também nas suas implicações organizacionais, incluindo aspetos tais como os da organização dos espaços, da integração de docentes e estudantes, e nos modos de promover uma coexistência profícua numa comunidade cada vez mais diversa.

Por todas estas razões saúdam-se vivamente os organizadores deste colóquio pela pertinência do tema e pela qualidade dos contributos. De salientar, também, o esforço de promover esta reflexão através do contributo de colegas portugueses e italianos, o que certamente enriquece os resultados do colóquio. Fazemos votos para que esta iniciativa possa ser prosseguida e permita progressivamente suprir o défice de estudo e reflexão acerca do fenómeno religioso em Portugal e que a Universidade do Porto possa dar um contributo significativo a esse propósito.

### **Referências:**

Berger, Peter (coord.) (1999) *The Desecularization of the World – Resurgent Religion and World Politics*; Washington and Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company.

Casanova, José (1994) *Public Religions in the Modern World*; Chicago: Chicago University Press.

Collini, Stefan (2012) *What are Universities for?*; Penguin.

Cruz, Manuel Braga (1999) *O Estado Novo e a Igreja Católica*; Lisboa: Bizâncio Editora.

Davie, Grace (2000) *Religion in Europe – a Memory Mutates*; Oxford: Oxford University Press.

Davie, Grace (2002) *Europe: The Exceptional Case – Parameters of Faith in the Modern World*; Londres: Dartmon, Longman and Todd.

Durkheim, Émile (2001) *The Elementary Forms of Religious Life*; Oxford: Oxford University Press.

Hunt, Stephen J. (2002) *Religion in Western Society*; Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Nunes, Catarina S. (2005) *Compromissos Incontestados – a Auto-representação dos Intelectuais Católicos Portugueses*; Prior Velho: Edições Paulinas



Pais, José Machado; Manuel Villaverde Cabral e Jorge Vala (org.) (2001) *As Atitudes Sociais dos Portugueses – Religião e Bioética*; Lisboa: ICS Edições.

Stark, Rodney e Roger Finke (2000) *Acts of Faith – Explaining the Human Side of Religion*; Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press.

Vilaça, Helena (2006) *Da Torre de Babel às Terras Prometidas – Pluralismo Religioso em Portugal*; Porto: Edições Afrontamento.

Weber, Max (2001) *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*; Milton Keynes: Routledge.

## As religiões na escola pública

André Folque <sup>1</sup>

Com a publicação do Decreto-lei n.º 70/2013, de 23 de maio, eliminou-se o último privilégio significativo que a Igreja Católica conservava, em matéria de educação moral e religiosa no ensino básico e secundário.

Ao passo que a educação moral religiosa de outras confissões pressupunha um mínimo de dez interessados por escola (artigo 6.º do Decreto-lei n.º 329/98, de 2 de novembro), já a oferta da educação moral e religiosa católica era sempre assegurada, nos exatos termos do artigo 19.º, n.º 1, da Concordata com a Santa Sé, de 18 de maio de 2004: «*A República Portuguesa, no âmbito da liberdade religiosa e do dever de o estado cooperar com os pais na educação dos filhos, garante as condições necessárias para assegurar, nos termos do Direito Português, o ensino da religião e moral católicas nos estabelecimentos de ensino público não superior, sem qualquer forma de discriminação*».

Bastava que um só aluno requeresse a frequência da disciplina de Educação Religiosa e Moral Católica para que fosse designado um professor e constituída uma turma.

Pelo contrário, o novo regime só excepcionalmente admite um número inferior de interessados (artigo 6.º, n.º 2). E esta exceção parece-me infringir as normas constitucionais relativas à liberdade de aprendizagem, pois depende de uma autorização do Ministério da Educação e Ciência «*mediante proposta fundamentada do diretor do agrupamento de escolas ou escola não agrupada*».

Isto significa que a constituição de turmas de educação moral e religiosa católica, quando o número de interessados seja inferior a dez, fica inteiramente nas mãos dos poderes públicos no exercício de um poder amplamente discricionário. Não podem os pais nem os alunos, nem as associações respetivas requerer e fundamentar a constituição de uma turma sem a mediação do diretor da escola ou do agrupamento escolar.

---

1 Comissão de Liberdade Religiosa.

Os pais têm o direito, mas também o dever da educação dos filhos (artigo 36.º, n.º 5, da Constituição). Trata-se de uma situação jurídica que embora cuidada pelo direito privado, tem a sua raiz fundamental no direito público e assume a morfologia própria das situações jurídicas ativas públicas: o poder-dever, a competência.

Este dever é um dever fundamental dos pais e de todos aqueles que precisamente assumem a função de encarregados de educação.

Em que medida podem e devem contar com o Estado para cumprir este dever?

Uma visão que eu diria sanitária da separação entre o Estado e as igrejas faz crer que toda e qualquer presença da expressão religiosa no espaço público contamina a integridade laica. Ela parte porém de duas premissas erradas: a nacionalização do espaço público e a integridade laica.

A religião pode e deve ter uma expressão pública nos estabelecimentos de ensino oficiais que não tem de restringir-se às aulas de educação moral e religiosa. Celebrações religiosas, associações de estudantes com uma determinada orientação religiosa e um espaço próprio em nada diminuem a liberdade religiosa negativa dos demais. E significa ainda a necessidade de prestar aos alunos conhecimentos sobre a presença da religião na sociedade e na cultura, num contexto pluralista e não confessional.

Pelo contrário, excluir a religião do perímetro escolar é programar a educação segundo uma diretriz ateísta. A neutralidade confessional do Estado significa pluralismo; não significa ateísmo.

Devemos interrogar-nos pelas razões que infligem à religião um banimento educativo, em clara discriminação da arte, das letras e ciências, do desporto ou da filosofia. Os pais escolhem a língua estrangeira que os seus filhos vão aprender, escolhem as disciplinas que vão frequentar, mas não podem contar com o ensino público para que os seus filhos adquiram conhecimentos sobre religião, para que conheçam o contributo das religiões para compreender o presente e o passado, muito menos para representarem as convicções religiosas com um futuro próprio.

Uma coisa é a educação confessional, doutrinária, no âmbito de uma determinada comunidade religiosa; outra bem diferente é o conhecimento das religiões como parcela do saber sem a qual não se pode compreender plenamente o outro nem o mundo em que vivemos.

Como bem assinalam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS<sup>2</sup>, «*o que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é – sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura – evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas*».

Aquilo que pretendo mostrar é que o atual regime da educação moral e religiosa, embora prestando um bem, acaba por ter um efeito colateral negativo e discriminatório, pois traz consigo o pressuposto erróneo de que o ensino das religiões é exclusivo de uma disciplina optativa e acrescida ao currículo escolar. Numa sociedade que pretende ser tão politicamente correta e tão zelosa na perseguição do menor vestígio discriminatório, a religião é hoje porventura o maior alvo do preconceito.

A opção entre a educação moral e religiosa e a disciplina de desenvolvimento pessoal e social, como se previa no artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 329/98, de 2 de novembro, desapareceu. Contudo, não desapareceu a formação pessoal e social fora de uma disciplina específica, mas integrada no projeto educativo.

Vêm estas considerações a propósito do recente Acórdão n.º 578/2014, do Tribunal Constitucional (Diário da República, 1ª Série, n.º 177, de 15 de setembro).

Por unanimidade de um plenário reduzido em tempo de férias e logo após ter sido conhecida a declaração de inconstitucionalidade de normas com forte impacto financeiro, este acórdão passou quase despercebido. Além do mais, o Tribunal Constitucional julgara dois casos de confronto com a liberdade religiosa no campo laboral.

Aqui trata-se de uma norma de decreto enviado para assinar como decreto legislativo regional da Madeira que, à semelhança do caso tratado no Acórdão n.º 423/87, previa a necessidade de declaração expressa dos pais e encarregados de educação para afastar a frequência de uma disciplina.

Todavia, não se tratava de frequentar uma disciplina de ensino da moral e religião católica. A norma que levou o Representante da República à fiscalização preventiva dispunha nos seguintes termos:

«As escolas, no âmbito da sua autonomia e de acordo com o seu projeto educativo, devem desenvolver atividades que contribuam para a formação pessoal e social dos alunos, designadamente nas áreas da educação para a prevenção de riscos, convivalidade, educação para a saúde, educação financeira, educação para os

---

2 **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, Coimbra, 2005, p. 459.

média, educação para o consumo, educação para o empreendedorismo e *educação moral e religiosa*, direitos humanos, cidadania e inclusão, educação ambiental e desenvolvimento sustentável, de oferta obrigatória para as escolas da rede pública e de *frequência obrigatória para alunos, salvo declaração expressa em contrário do encarregado de educação*».

Deixemos de lado as questões de inconstitucionalidade orgânica e debruçemo-nos na questão substantiva.

A nível nacional, a disciplina de EMRC integra o currículo e é de oferta obrigatória, desde que requerida a frequência para um mínimo de dez alunos (Decreto-lei n.º 70/2013, de 23 de maio). O ensino prestado aos fiéis de outras confissões assenta em pressupostos análogos e há várias escolas com turmas de alunos cristãos evangélicos, ba'hai e islâmicos (Decreto-lei n.º 329/98, de 2 de novembro), contanto que se trate de igrejas, confissões ou comunidades religiosas inscritas no RNPCR.

A Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho) determina que esta disciplina será de frequência *opcional e não alternativa* à de outra qualquer disciplina curricular.

Esta construção legislativa, a meu ver, discrimina seriamente a educação religiosa. Não restam dúvidas de que a sua frequência não pode ser obrigatória, mas a falta de uma alternativa atribui à opção um estatuto subalterno<sup>3</sup>.

Na definição nacional do currículo escolar, fixada no Decreto-lei n.º 139/2012, de 5 de julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 91/2013, de 10 de julho, a educação moral e religiosa surge na designada formação pessoal e social dos alunos (artigo 15.º):

«As escolas, no âmbito da sua autonomia, devem desenvolver projetos e atividades que contribuam para a formação pessoal e social dos alunos, designadamente educação cívica, educação para a saúde, educação financeira, educação para os *media*, educação rodoviária, educação para o consumo, educação para o empreendedorismo e *educação moral e religiosa, de frequência facultativa*».

A Educação Moral e Religiosa é uma disciplina acrescida ao currículo, o que implica ser lecionada em contra horário, num tempo letivo que os demais alunos gozam como livre.

---

3 Neste sentido, JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, loc cit.

Os pais ateus ou agnósticos podem não desejar para os seus filhos o ensino de uma religião. E mesmo os crentes podem reservar a si ou a outras instituições essa tarefa.

Pode admitir-se porém que toda escolaridade mínima de um aluno se desenrole à margem das religiões, exceto para as considerar numa perspetiva histórica ou, quando muito demográfica?

Um ensino que, por conta da separação, relega o conhecimento das religiões para a periferia não colide com a proibição de o Estado programar a educação segundo diretrizes ideológicas?

A proibição vale para as diretrizes estéticas e não impede a educação visual nem a educação musical. A proibição vale para as diretrizes filosóficas mas não afasta do currículo o ensino da filosofia.

Pode o ensino público garantir a sua não confessionalidade e, ao mesmo tempo, prestar conhecimentos sobre as grandes religiões, o seu papel na vida de algumas pessoas e a sua presença na cultura? É claro que sim.

Torna-se difícil compreender que os alunos conheçam o *Manifesto Comunista* ou a *Crítica da Razão Prática* e ignorem por completo a *Bíblia*. Que conheçam o panteão da mitologia egípcia, mas ignorem a iconografia dos quatro Evangelistas ou o que significa espiritualmente o Ramadão ou o *Yom-Kippur*.

Mais ainda. Como podem as gerações vindouras respeitar a liberdade religiosa sem fazer a menor ideia do que representa a religião fora dos estereótipos que a associam ao obscurantismo, ao fundamentalismo e a contrapõem ao conhecimento científico? Os manuais das mais diversas disciplinas deixam as religiões acantonadas a um passado longínquo cuja herança se arrasta penosamente até aos nossos dias como impedimento ao progresso dos povos. Estamos a criar órfãos civilizacionais, pois oculta-se deliberadamente o papel que o cristianismo e o judaísmo têm na afirmação da dignidade humana, na criação de condições para o conhecimento científico e para um olhar histórico sobre o tempo.

O citado acórdão do Tribunal Constitucional revela até onde chegam os efeitos da iliteracia religiosa. Assim, como exemplo oposto ao modelo francês aponta o caso da Finlândia em que, supostamente, seria obrigatória a frequência de uma disciplina de educação católica, quando bem sabemos que ali os católicos representam uma escassa minoria em face do luteranismo e da considerável minoria ortodoxa.

O ensino da filosofia de há muito que se abstém de discutir os argumentos de São Tomás ou de Santo Anselmo sobre a existência de Deus. Esse assunto pertence à penum-

bra medieval e ali deve permanecer arquivado sob uma etiqueta de perigo escolástico. O ensino da literatura e da história da arte ou da música tropeçam em cada instante no desconhecimento dos significantes e dos referentes religiosos, remetendo para o foro privado um conhecimento erudito que muitos pais já não estão em condições de facultar aos seus filhos.

A equívoca laicidade do ensino público persuade a comunidade escolar de que a fé é desprovida de toda e qualquer racionalidade e que, por isso, quem padece dessa fraqueza de espírito deve guardá-la na intimidade da sua vida familiar. Respeita-se e tolera-se, mas não se reconhece nem se valoriza. Recai sobre a religião o peso dos preconceitos que até há bem pouco tempo se dizia serem apanágio das religiões.

O Tribunal Constitucional precipitou-se, a meu ver, confundindo a norma com aquela outra cuja inconstitucionalidade declarara em 1987.

Ali estava em causa a recusa expressa de inscrição na disciplina de Educação Moral e Religiosa Católica.

Pelo contrário, o que a Assembleia Regional da Madeira tinha aprovado era a necessária oposição expressa dos pais a toda e qualquer forma de formação pessoal e social dos seus filhos, compreendendo não a doutrinação confessional, mas a educação sobre as religiões.

A conformidade com as normas constitucionais estaria a salvo se a norma fosse corretamente interpretada, distinguindo a educação moral e religiosa confessional, como disciplina autónoma e facultativa, e a educação semelhante aos *'religious studies'* de matriz anglo-saxónica, no quadro da formação social. Uma formação que proporciona conhecimentos objetivos sobre as religiões, o pluralismo religioso e a liberdade religiosa.

Em conclusão, o facto de o Estado proporcionar à Igreja Católica e às demais confissões religiosas inscritas os meios para lecionarem uma disciplina de educação moral e religiosa é insuficiente para cumprir as incumbências constitucionais. À pronúncia pela inconstitucionalidade contida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/2014, faltou a subtileza de distinguir a educação moral e religiosa confessional da presença da moral e das religiões na formação pessoal e social.

## Il principio di non discriminazione e la libertà religiosa nei rapporti di lavoro: il difficile bilanciamento tra esigenze del singolo ed esigenze della confessione religiosa

Andrea Bettetini<sup>1</sup>

L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è l'espressione, in negativo, del principio di parità e di uguaglianza<sup>2</sup>. La proibizione, cioè, di fondare una disuguaglianza di trattamento per ragioni di sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali.

Il Trattato di Amsterdam aveva già introdotto un ampio divieto di discriminazione, basato non solo sul sesso, ma altresì sull'orientamento sessuale, la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'età, gli handicap (art. 13). La norma non prevedeva tuttavia in modo esplicito e formale il principio di non discriminazione, ma si limitava a statuire le modalità procedurali attraverso cui fosse possibile rimuovere possibili forme discriminatorie. Specificamente, con procedura un poco laboriosa, si stabiliva che, su proposta della Commissione, e dopo aver consultato il Parlamento Europeo, il Consiglio, con delibera presa all'unanimità, avrebbe adottato i provvedimenti opportuni e necessari affinché fossero rimosse forme di discriminazione fondate sul sesso, la razza, la tendenza sessuale, le convinzioni personali, gli handicap<sup>3</sup>.

---

1 Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

2 Sul divieto di discriminazione quale "espressione specifica" del principio generale di uguaglianza, cfr., fra l'uniforme e costante giurisprudenza della Corte di giustizia, sentenza 8 ottobre 1980, *Überschaer c. Undesversicherungsanstalt Für Angestellte*, c. 810/79 (*Raccolta*, 1980, 2747); sentenza 6 dicembre 1984, *Biovilac Nv c. Comunità economica Europea*, c. 59/83 (*Raccolta*, 1984, pag. 4057). Reputa invece che vi sia una profonda differenza fra parità di trattamento e principio di uguaglianza da un lato, e divieto di discriminazione dall'altro, R. SANTUCCI, in *Digesto IV, Discipline privatistiche*, Sezione commerciale, voce *Parità di trattamento*, X, pag. 467, per cui la parità "vieta atti intersoggettivi diretti a regolare in modo differenziato a parità di situazioni soggettive, oppure in modo identico, in presenza di condizioni diverse" e si collega, conseguentemente, al principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3 Cost.; mentre il divieto di discriminazione "vieta di trattare in modo differente soggetti diversi, la cui diversità è riferibile ad uno dei fattori che il principio di eguaglianza in senso formale o specifici divieti di discriminazione (sesso, razza, lingua, religione, origine nazionale ecc.) precludono di considerare".

3 "Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".



Con il Trattato di Lisbona, la non discriminazione diviene invece uno dei principi che caratterizzano la vita sociale degli Stati dell'Unione (c.d. principio *mainstreaming*)<sup>4</sup>. L'art. 141 sulla parità di retribuzione diviene ora l'art. 157 del Trattato sul funzionamento dell'UE, e, con l'integrazione della carta di Nizza nel diritto primario dell'UE, il principio di non discriminazione diviene norma fondamentale dell'ordinamento europeo<sup>5</sup>. Fermo invero restando il potere normativo del Consiglio di adottare i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (sempre deliberando all'unanimità, secondo una procedura legislativa speciale, e però previa approvazione e non mera consultazione del Parlamento europeo<sup>6</sup>: art. 19 Trattato sul funzionamento UE<sup>7</sup>), i singoli cittadini UE godono ora di una copertura normativa positiva del principio di parità o, meglio, di non discriminazione<sup>8</sup> "ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione stessi nell'esercizio delle competenze conferite ai sensi dei trattati e ad opera degli Stati membri soltanto quando danno attuazione al diritto dell'Unione"<sup>9</sup>.

Particolarmente rilevanti risultano, al riguardo, due Direttive approvate, di fatto, contestualmente alla Carta di Nizza, e che quindi ne costituiscono, in un certo senso, un'applicazione interpretativa. Si tratta delle Direttive 29 giugno 2000, n. 2000/43, in materia di discriminazione per motivi di razza e di origine etnica; e 27 novembre 2000, n. 2000/78 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, specificamente, in materia di discriminazioni dirette o indirette motivate dalla religione, dalle

4 Art. 2 TUE: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". Ancor più impegnativo l'art. 10 del Trattato sul funzionamento UE, ai sensi del quale "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

5 Come ben noto, in base all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea dopo Lisbona, "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

6 Con tale procedura di codecisione si supera la sostanziale esclusione del Parlamento dal procedimento normativo che era considerata uno dei maggiori deficit della normativa precedentemente in vigore: cfr. G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam* (Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2000, pag. 870-871).

7 Il paragrafo 2 dell'art. 19 prevede inoltre che, "in deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1".

8 Il Protocollo n. 12 alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo che riguarda il divieto di discriminazione, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione, e firmato a Roma nel 2000, è stato sinora ratificato da diciotto Paesi del Consiglio d'Europa, tra i quali non figurano né l'Italia né l'UE.

9 *Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 14.12.2007 C 303.

convinzioni personali, dagli handicap, dall'età o dall'orientamento sessuale. Direttive recepite nell'ordinamento italiano mediante, rispettivamente, i d. lgs. 215 e 216 del 9 luglio 2003.

Dai suddetti testi normativi si può dedurre che il concetto di parità ha perso le sue originarie connotazioni "protettive" e ha assunto quelle di garanzia dell'uguaglianza di opportunità; parallelamente la nozione di discriminazione è stata ampliata fino a ricomprendervi non solo i comportamenti intenzionali che generino differenze di trattamento o privazione di determinati diritti sul piano individuale, ma anche ogni prassi che produca un effetto discriminatorio rilevabile sul piano collettivo<sup>10</sup> (c.d. discriminazioni indirette o *by effect*<sup>11</sup>, già peraltro previste nel nostro ordinamento dall'art. 43 del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998<sup>12</sup>, ma ancor prima dall'art. 4 della legge n. 125 del 10 aprile 1991 in tema di parità di trattamento fra uomo e donna<sup>13</sup>). Così, la Dir. CE. 2000/78, una volta definito che per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta, determina (art. 2) che vi sia discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1<sup>14</sup>, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Sussiste invece discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale<sup>15</sup>.

10 F. LUNARDON, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione in Europa*, in *Europa e diritto*, 2003, pag. 5.

11 Per l'assimilazione della discriminazione indiretta a quella *by effect*, cfr. Corte di Giustizia, 9 febbraio 1999, Seymour-Smith e Perez, C-167/97 (*Raccolta*, 1999, I-623).

12 Art. 43 (Discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi) (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 41):

"1. Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica".

13 "1. Costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso.

2. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino i requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa".

14 "La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento".

15 In modo analogo, l'art. 2 della Direttiva n. 43/2000 stabilisce che, "ai fini della presente direttiva, il principio della parità di trattamento comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta a causa della

Opportunamente, la Direttiva (art. 4) evidenzia la legittimità di una discriminazione indiretta qualora tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima, e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari<sup>16</sup>; come pure (art. 6) e specificamente, che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima<sup>17</sup>. Ossia, detto con parole dell'art. 4 della legge 125 del 1991, la differenza di trattamento non costituisce causa di discriminazione se le cause degli effetti sfavorevoli riguardano requisiti essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

A tal riguardo, la Dir. CE. 2000/78 determina altresì (art. 4.2) che gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della Direttiva, o anche prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della Direttiva, disposizioni che contemplino una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali. Tale differenza non costituisce peraltro discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui sono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica alla luce delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto dell'Unione, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi<sup>18</sup>.

La Direttiva, emanata in linea con l'art. 13 del Trattato di Amsterdam, non pregiudica pertanto il diritto delle Chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono

---

razza o dell'origine etnica". E, specificamente, "sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari".

16 Non diversamente la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, interpretando l'art. 14 CEDU, ha affermato che "a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised": *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003.

17 Sulla ragionevole discriminazione a motivo dell'età, si veda la sentenza della Corte di Giustizia emessa nella causa *Reinhard Prigge, Michael Fromm e Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa*, C-447/09, 13 settembre 2011.

18 Cfr. anche, nel medesimo senso, l'art. 4 della Direttiva n. 43/2000.

alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione.

Conseguentemente, in Italia il d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216 di attuazione della summenzionata Dir. CE. 2000/78 (come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2004 n. 256, e dalla legge 6 giugno 2008, n. 101 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 8 aprile 2008, n. 59), determina (art. 3) che, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, “e purché la finalità sia legittima”, nell’ambito del rapporto di lavoro o dell’esercizio dell’attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione le differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all’handicap, all’età o all’orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima. E, specificamente, non costituiscono atti di discriminazione le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell’ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni, o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività<sup>19</sup>.

E’ peraltro ben noto come nel nostro ordinamento non sussista, a differenza di altri che riconoscono una precisa posizione soggettiva dell’imprenditore di tendenza mediante una tassativa definizione legale dei *geistige ideelle Zwecke*<sup>20</sup>, una legislazione organica

19 Cfr. F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell’art. 13 del Trattato sull’Unione Europea*, in *Dir. eccles.*, 2001, I, pag. 905 e segg.; A. BETTETINI, *La (im)possibile parità. Libertà educativa e libertà religiosa nel “sistema nazionale di istruzione”*, in *Annali del Seminario giuridico di Catania 2002-2003*, Milano 2004, pag. 3 e segg.; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l’eterogenesi dei fini*, in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2004, pag. 361-379); R. BENIGNI, *L’identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della “fede” del prestatore e del percettore d’opera*, Napoli 2008, pag. 17 e segg. Analoghe disposizioni sono previste nel sistema inglese alla luce dell’*Equality Act 2010* (legge n. 15 dell’8 aprile 2010) che prevede un trattamento in deroga alle disposizioni sulla non discriminazione se si tratta di perseguire un fine proprio dell’ente, oppure di evitare una situazione offensiva per gli aderenti alla confessione religiosa che lo ispira (par. 2.6 e 7): cfr. S. COGLIEVINA, *Divieti di discriminazione e fattore religioso: la normativa britannica dopo l’«Equality Act 2010»*, in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2011, 3, pag. 23 e segg..

20 Cfr. § 118 della legge tedesca sul diritto del lavoro (*Betriebsverfassungsgesetz BetrVG*) approvata dal Bundestag il 22 giugno 2001 (e modificata dall’art. 9 della legge 29 luglio 2009), ove peraltro, riproducendo il § 118 della BetrVG del 15 gennaio 1972 (ma cfr. in termini identici già § 81 BetrVG dell’11 ottobre 1952), si distingue tra organizzazioni di tendenza ed enti religiosamente qualificati: “§ 118 Geltung für Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften (1) Auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend 1. politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder 2. Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes Anwendung findet, dienen, finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Die §§ 106 bis 110 sind nicht, die §§ 111 bis 113 nur insoweit anzuwenden, als sie den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer infolge von Betriebsänderungen regeln.

e unitaria sulle organizzazioni di tendenza, ma vi sono disposizioni riguardanti il settore dell'editoria e alcune organizzazioni ideologicamente qualificate.

Nel primo gruppo di norme di settore va ricordato l'art. 20 della legge 5 agosto 1981, n. 416, sui giornali quotidiani e sui periodici che siano organi di partiti, sindacati, enti o comunità religiose, e in relazione ai quali si esclude l'obbligo della preventiva comunicazione della cessazione della testata al servizio dell'editoria e alle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 5.

Nel secondo insieme di norme va fatto rientrare l'art. 4 della legge 11 maggio 1990, n. 108. Invero, l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, quale novellato dall'art. 1 della legge n. 108 del 1990 ora ricordata (e ora dall'art. 1, comma 42, lett. b, l. 28 giugno 2012, n. 92), ha consentito l'estensione del principio della stabilità reale a tutti i datori di lavoro, in precedenza riservato ai soli imprenditori. L'art. 4 della medesima legge del 1990 ha la funzione di ridimensionare la portata del suddetto principio, precisando e definendo l'area di non applicazione del regime di tutela reale previsto dall'art. 18 dello Statuto. La norma stabilisce infatti che "la disciplina di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1 della presente legge, non trova applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto". Questo significa che il licenziamento intimato da queste particolari organizzazioni datoriali, a prescindere dalle motivazioni che lo sostengono, qualora sia dichiarato illegittimo (ma sulle cause di illegittimità la norma tace), darà luogo solo a una tutela obbligatoria (o risarcitoria), e non a quella reale<sup>21</sup> (tranne il caso in cui, ai sensi dell'art. 3 della l. 108 del 1990, si tratti di un licenziamento discriminatorio: in questa fattispecie invero si rispande la tutela reale prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori).

---

(2) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform“.

Come si può osservare, le comunità religiose e i loro istituti caritativi ed educativi sono oggetto di una disciplina specifica e di una protezione più intensa rispetto ai gruppi di tendenza con finalità diverse, in quanto la norma ora riportata dispone che l'intera legge sullo statuto di impresa non trova applicazione nei loro riguardi; una disparità di trattamento la cui giustificazione è stata vista nella misura più elevata dell'impegno che le comunità religiose pongono per il perseguimento delle proprie finalità oltre che nella particolare tutela costituzionale (cfr. art. 137 della Costituzione di Weimar quale parte integrante della GG del 1949) di cui godono: cfr. B. RÜTHERS, *Tendenzschutz und Kirchenautonomie im Arbeitsrecht* (NJW - Neue Juristische Wochenschrift 1978, pag. 2066-2070). Si veda altresì S. STÖLZEL, *Neue Entwicklungen zum Tendenzbetrieb mit erzieherischer Zwecksetzung* (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - NZA 2009, pag. 239-244).

21 Si noti peraltro come la norma si riferisca solo a enti non imprenditori, e quindi senza fine di lucro. Ma in realtà il concetto di "tendenza" può e deve prescindere da quello di lucro. E' vero che la maggior parte di questi enti rientra nella categoria del "non profit", ma nulla impedisce, e di fatto accade, che una organizzazione possa essere strutturata in maniera e secondo criteri imprenditoriali. Si pensi a una scuola o a una casa editrice, in relazione alle quali continuare a sostenere la tesi della necessaria non imprenditorialità di una organizzazione datoriale che persegua uno scopo ideologico condurrebbe a degli esiti incoerenti.

Nell'ipotesi di licenziamento che trovi il suo fondamento in una distonia ideologica fra il datore e il dipendente, la soluzione su cui si è assestata la giurisprudenza dopo alcune oscillazioni è ormai costante. In questa ipotesi, l'ideologia entra appieno nel contenuto del contratto, però potrà "vincolare" la libertà di pensiero e di azione, o altri diritti della personalità del lavoratore solo relativamente "agli oneri volontariamente assunti" e, comunque, nei limiti in cui questi "non ledono in alcun modo la dignità del soggetto"<sup>22</sup>. L'assunzione di obblighi negativi riguardanti la vita privata del lavoratore non può derivare che dalla sua libertà contrattuale, in quanto è il contratto individuale e, più precisamente, e come ha ribadito la Direttiva della Commissione europea sopra richiamata, l'obbligo di fedeltà che lega il lavoratore al datore di lavoro a orientare e limitare i comportamenti extralavorativi del dipendente.

Il principio fondamentale, enucleato alcuni decenni or sono in una nota sentenza della Corte Costituzionale<sup>23</sup>, e ribadito nel 2011 da una pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'uomo<sup>24</sup>, è che se si negasse a una struttura ideologicamente qualificata la possibilità di scegliere i propri dipendenti in base a una valutazione della loro personalità, e se si negasse alla stessa il potere di recedere dal rapporto di lavoro qualora gli indirizzi politici o ideologici del dipendente siano divenuti in contrasto con quelli che caratterizzano l'ente, si mortificherebbe la libertà di questo, così come pure si lederebbero i diritti degli utenti che hanno inteso, con la propria scelta, far ricorso a una istituzione ideologicamente orientata.

Tuttavia, come ha affermato la Cassazione, non può considerarsi assistito da giusta causa, e quindi va considerato illegittimo, il licenziamento intimato da una scuola con-

22 Corte cost., 25 giugno 1980, n. 99.

23 Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 195.

24 Sentenza 3 febbraio 2011, n. 18136/02, Siebenhaar c. Germania. La ricorrente, divenuta membro della Chiesa Universale/Fraternità, lamentava l'illegittimità del licenziamento subito ad opera di una parrocchia protestante presso cui lavorava come educatrice, e la violazione del suo diritto di libertà religiosa. La Corte ha affermato che quando si tratta di controversie tra individuo e confessione religiosa organizzata, l'applicazione dell'art. 9 CEDU deve essere coordinata con l'art. 11 CEDU che, sancendo la libertà di associazione, riconosce l'autonomia di tali comunità a garanzia del pluralismo nelle società democratiche e dello stesso godimento effettivo delle libertà di cui all'art. 9. Pertanto, le autorità giudiziarie tedesche, adite in una serie di ricorsi interni dalla ricorrente, hanno rispettato quell'autonomia, ritenendo che il contratto di lavoro stipulato dalla ricorrente non le consentiva né di appartenere né di partecipare alle attività di un'organizzazione confessionale con finalità incompatibili con quelle dell'organizzazione presso cui lavorava, la quale "pouvait imposer à ses employés de s'abstenir d'activités mettant en doute leur loyauté envers elle et d'adopter une conduite professionnelle et privée conforme à ces exigences". La Corte ha peraltro specificato che le giurisdizioni nazionali, nel rispetto dell'autonomia confessionale, non possono spingersi ad un giudizio nel merito della compatibilità tra finalità religiose dell'organizzazione di appartenenza della ricorrente e finalità proprie della Chiesa protestante datrice di lavoro, ma devono limitarsi a verificare che il licenziamento ad opera di quest'ultima non abbia violato i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, come ad esempio imporre ai propri impiegati clausole di lealtà inaccettabili.

In dottrina al riguardo si veda A. BETTETINI, *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pag. 329-342; *Id.*, *La dimensione individuale della libertà di religione*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di P. Gianniti, Bologna 2015, pag. 1031-1059.

fessionale ad un proprio docente per fatti inerenti alla sua vita personale che siano privi di uno specifico rapporto con il contenuto della mansioni espletate, e comunque non attinenti alla sua capacità professionale<sup>25</sup>. Come si può ricavare seppur indirettamente dal principio enucleato dal n. 2 lett. c del protocollo addizionale dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984 (reso esecutivo con legge 25 marzo 1985, n. 121), la protezione dell'identità o della tendenza non potrà mai spingersi sino al limite di comportare un pregiudizio per "i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani".

Il sacrificio di alcuni diritti, come quelli della libertà di pensiero o al lavoro solennemente garantiti dalla nostra Carta fondamentale, "è ammissibile solo in via del tutto eccezionale e nei limiti in cui vengono a trovarsi in contrasto con altri principi costituzionalmente tutelati, quale è, nella specie, la difesa dell'autenticità della tendenza, garantita dal principio della libertà della scuola, sancito dall'art. 33 Cost."<sup>26</sup>. Pertanto, un siffatto conflitto potrà verificarsi solo nei confronti di quegli insegnamenti, e dei relativi docenti, che sono caratterizzati dalla tendenza (ferma restando la logica difficoltà di individuare, nello specifico, quali siano queste "mansioni di tendenza", perché se da un lato è possibile ipotizzare mansioni o insegnamenti "neutri", dall'altro è evidente che ogni relazione umana incide sulla formazione della personalità di un soggetto, soprattutto se in età scolare).

Naturalmente, la tutela sarà pure *a contrario*, nel senso che un lavoratore non può subire nelle istituzioni non caratterizzate dalla tendenza discriminazioni a cagione della sua religione, qualora le manifestazioni della stessa non incidano sul regolare svolgimento delle mansioni, e non siano contrarie ai principi fondamentali di un ordinamento<sup>27</sup>.

Sulla stessa linea si è posta, come detto, la Corte europea dei diritti umani, chiamata pochi anni fa, e per la prima volta, a pronunciarsi su due casi relativi a un contrasto tra organizzazioni di tendenza e dipendenti di esse per motivi legati alla vita privata di questi ultimi.

Nel caso di un dipendente di una confessione religiosa, licenziato per motivi riguardanti la sfera privata (nel caso, il dipendente aveva avuto una relazione extra-coniugale), la Corte ha sostenuto (caso *Obst c. Germania*, 23 settembre 2010) la necessità di operare

---

25 Con la riforma del 1987 (legge 87-588 del 30 luglio 1987), il *Code du travail* francese non permette più un licenziamento per motivi inerenti alla sfera privata del lavoratore. Pertanto se prima era possibile per un istituto cattolico licenziare "pour motif légitime" un divorziato risposatosi (cfr. in tal senso Cass., ass. pl., 19 maggio 1978, in Bull. civ. ass. plen. n. 1, D.S., 1978, 341) adesso tale possibilità si presenta problematica.

26 Con la riforma del 1987 (legge 87-588 del 30 luglio 1987), il *Code du travail* francese non permette più un licenziamento per motivi inerenti alla sfera privata del lavoratore. Pertanto se prima era possibile per un istituto cattolico licenziare "pour motif légitime" un divorziato risposatosi (cfr. in tal senso Cass., ass. pl., 19 maggio 1978, in Bull. civ. ass. plen. n. 1, D.S., 1978, 341) adesso tale possibilità si presenta problematica.

27 Si veda al riguardo una sentenza del tribunale costituzionale tedesco, che ha negato che possa costituire giusta causa per il licenziamento la volontà di una dipendente di religione musulmana di lavorare con un copricapo: BVerfG, 1 BvR 792/03 vom 30.7.2003, Absatz-Nr. (1 – 27).

un bilanciamento tra i diritti delle parti: l'esigenza di lealtà all'organizzazione di tendenza, da un lato, e il diritto alla vita privata e familiare, dall'altro. Il licenziamento appare giustificato se si considera la peculiarità delle mansioni esercitate dal ricorrente, responsabile delle pubbliche relazioni in Europa per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (Chiesa Mormone), e la particolare importanza attribuita dalla Chiesa in questione alla fedeltà matrimoniale. Si trattava, perciò, di un licenziamento reso necessario dalla esigenza di preservare la credibilità della Chiesa Mormone, e il dovere di lealtà da parte dei dipendenti risultava chiaramente dal contratto stipulato tra la Chiesa e il ricorrente e tutelato, come evidenzia la Corte, dall'art. 4 della Direttiva 78/2000/CE sopra richiamata. Di conseguenza il licenziamento non costituisce una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Diverse le conclusioni cui giunge la Corte nel caso *Schüth c. Germania* sempre del 23 settembre 2010. La Corte di Strasburgo ha invero sostenuto che, nel rapporto di lavoro con un ente ecclesiastico (nel caso specifico, una parrocchia cattolica), il dipendente, firmando il suo contratto di lavoro, accetta e assume un dovere di lealtà verso la Chiesa e una certa limitazione del proprio diritto al rispetto della vita privata quale sancito dall'art. 8 CEDU. Nel caso di specie, la Corte ritiene tuttavia che il dovere di lealtà non si spinga fino al punto di obbligare il ricorrente (un organista di una parrocchia di Essen) a vivere in astinenza in caso di separazione o di divorzio ("La Cour considère ce pendant que l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce"); inoltre, a differenza del caso *Obst c. Germania* (dove, come abbiamo appena visto, il dipendente licenziato aveva compiti di rappresentanza e diffusione del credo della Chiesa Mormone), il ricorrente non appare tenuto, in forza delle mansioni esercitate, a un dovere di fedeltà particolarmente stringente. In questo caso risulta pertanto violato l'art. 8 della CEDU.

Nel successivo *affaire* *Siebenhaar* la Corte è giunta, incidentalmente, alle medesime conclusioni, sulla base però dell'invocato parametro dell'art. 9 CEDU. Riferendosi non a caso alle due ultime ricordate sentenze, la pronuncia evidenzia che « la nature particulière des exigences professionnelles imposées à la requérante résulte du fait qu'elles ont été établies par un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions (voir la directive 78/2000/CE, *Schüth* précité, § 40, ou *Obst* précité, § 27, et aussi *Lombardi Vallauri c. Italie*, no 39128/05, § 41, CEDH 2009-...) ». Pertanto i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che « les juridictions du travail ont suffisamment démontré que les obligations de loyauté étaient acceptables en ce qu'elles avaient pour but de préserver la



crédibilité de l’Eglise protestante à l’égard du public et des parents des enfants du jardin d’enfants (voir, *mutatis mutandis*, *Obst précité*, § 51) ».

In definitiva, non può considerarsi assistito da giusta causa, e quindi va ritenuto illegittimo, il licenziamento intimato da un ente confessionale a un proprio dipendente per fatti inerenti alla sua vita personale che siano privi di uno specifico rapporto con il contenuto delle mansioni espletate<sup>28</sup>, e comunque non attinenti alla sua capacità professionale.

Infine, nel caso Fernández<sup>29</sup>, la Corte europea dei diritti umani ha statuito che il mancato rinnovo del contratto annuale di insegnamento della religione cattolica in un liceo statale non implica violazione dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo se dipende da motivi di carattere “strettamente religioso” sui quali è insindacabile la competenza dell’autorità ecclesiastica.

Tra il diritto dell’individuo al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e il diritto di una confessione alla libertà religiosa (artt. 9 e 11 CEDU) prevale, nel caso di specie, quest’ultimo anche in ragione della particolare “natura” del rapporto di lavoro (che distingue l’insegnante di religione dagli altri insegnanti) e del legame di “speciale fiducia” che deve esistere tra il professore di tale materia e il vescovo diocesano cui compete valutare se il candidato all’insegnamento presenti i requisiti previsti dalla normativa canonica (can. 804 § 2 e 805). Come ha ribadito la Grande Chambre nella sentenza che ha confermato quella di primo grado, la tutela del diritto alla libertà religiosa nella sua dimensione collettiva, e la conseguente legittimità dei provvedimenti dell’autorità ecclesiastica, si impongono anche in ragione della necessità di preservare e tutelare i diritti degli utenti e delle rispettive famiglie che hanno inteso, con la propria scelta, far ricorso a un processo formativo ideologicamente orientato<sup>30</sup>.

La Corte si pone così in continuità con un principio espresso nel ricordato caso Siebenhaar<sup>31</sup>, seppur, in quell’ipotesi, non di un insegnante di religione si trattava, bensì di un insegnante presso una struttura religiosamente qualificata. Non diversamente in quell’occasione i giudici di Strasburgo hanno comunque potuto ribadire che rientra nell’ambito

28 In Italia, come si può ricavare seppur indirettamente dal principio enucleato dal n. 2 lett. c del protocollo addizionale dell’Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984 fra Stato italiano e Chiesa cattolica (reso esecutivo con l. 25 marzo 1985, n. 121), la protezione dell’identità o della tendenza non potrà mai spingersi sino al limite di comportare un pregiudizio per “i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani”.

29 Sentenza 15 maggio 2012, n. 56030/07, Fernández Martínez c. Spagna.

30 “In the Court’s view, it is not unreasonable for a church or religious community to expect particular loyalty of religious education teachers in so far as they may be regarded as its representatives. The existence of a discrepancy between the ideas that have to be taught and the teacher’s personal beliefs may raise an issue of credibility if the teacher actively and publicly campaigns against the ideas in question”: Sentenza della Grande Chambre del 12 giugno 2014, Fernández Martínez c. Spagna, n. 137.

31 Sentenza 3 febbraio 2011, n. 18136/02, Siebenhaar c. Germania.

dell'autonomia di una confessione, ovvero di una istituzione di questa, valutare quando il comportamento del dipendente sia in contrasto con i principi identitari confessionali. Alla giurisdizione statale spetta solo giudicare se gli obblighi di lealtà imposti contrattualmente possano ledere i principi capitali dell'ordinamento tra cui, innanzitutto, il rispetto dei diritti fondamentali della persona<sup>32</sup>. Gli artt. 9 e 11 della CEDU tutelano pertanto il diritto di auto-organizzazione delle Chiese, che comprende anche l'adozione di tutte le misure necessarie per garantire la credibilità del messaggio religioso.

---

32 Si veda la decisione della Corte nel caso Lombardi Vallauri del 20 ottobre 2009, nn. 40-41: "L'ingérence litigieuse était « prévue par la loi » (l'article 10 § 3 de la loi n° 121 du 25 mars 1985) au sens du deuxième alinéa de l'article 10 de la Convention. Quant à l'objectif poursuivi, la Cour observe qu'il s'agissait de la réalisation des finalités propres à l'Université, inspirées de la doctrine catholique, et que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 14 décembre 1972, a estimé que la subordination de la nomination des professeurs de l'Université catholique à l'agrément du Saint-Siège était compatible avec les articles 33 et 19 de la Constitution (voir le paragraphe 21 ci-dessus). Elle note aussi que, dans certains établissements, la religion peut constituer une exigence professionnelle, eu égard à l'éthique de l'organisation (voir, au paragraphe 23, l'article 4 de la directive communautaire 2000/78/CE). Dans ces conditions, la Cour estime que la décision du Conseil de faculté pouvait être considérée comme inspirée par le but légitime de protéger un « droit d'autrui », en l'occurrence l'intérêt qu'avait l'Université à ce que son enseignement s'inspire de la doctrine catholique. »

# O aumento da litigância contra entidades eclesiais e o seu impacto sobre a liberdade religiosa

Davide Argiolas <sup>1</sup>

## Introdução

Ao longo da história, a relação entre os meios eclesiais e os tribunais seculares tem sido sempre complexa e conflituosa. No passado, a reivindicação de privilégios jurídico-jurisdicionais por parte da Igreja Católica (como o privilégio do foro para os eclesiais) esteve, por vezes, até na origem de acasas disputas com o poder político, como ocorreu, *v.g.*, em Inglaterra, no século XII, devido à aprovação das Constituições de Clarendon<sup>2</sup>. Hoje, o redimensionamento das jurisdições eclesiais, por um lado, e, por outro, a consagração da ausência de jurisdição dos tribunais seculares em assuntos eminentemente espirituais fazem com que este tema já não seja tão fraturante e incendiário como outrora. Contudo, este tópico continua, com frequência, a despoletar conflitos e a pôr em causa a fronteira entre a ordem jurídica estatal e as ordens confessionais. Em particular, nos últimos anos o problema da adequação institucional dos tribunais seculares em se pronunciarem sobre questões relacionadas com as entidades religiosas tem-se colocado novamente de forma especialmente intensa e polémica devido ao recente aumento da litigância contra estas entidades, fenómeno esse que tem alastrado por todos os países ocidentais, embora com intensidade variável de país para país, sendo particularmente intenso nos Estados Unidos da América.

O objetivo desta minha intervenção é explicar a natureza deste fenómeno, investigar as suas causas e, acima de tudo, avaliar o seu impacto sobre a autonomia confessional e a liberdade religiosa em geral, muito embora o escasso tempo de que disponho me obrigue a uma análise meramente perfunctória. A ideia central que pretendo fundamentar e desenvolver pode ser resumida nestes termos: a intensificação da litigância contra entidades religiosas cumpre um papel positivo, na medida em que exerce um efeito mo-

---

1 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015); Professor Adjunto Convidado no ISCAL; investigador do Ratio Legis - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas.

2 Aprovadas em 1164 pelo Rei Henrique II, as Constituições de Clarendon estabeleciam que os membros do clero julgados por um tribunal eclesial deveriam ser também punidos pelos tribunais do Reino. Esta norma provocou um intenso conflito entre o Rei e a Igreja Católica, que culminou no homicídio do arcebispo Thomas Becket na Catedral de Cantuária. Sobre este tema, cf. PLUCKNETT, Theodore F. T. – *A Concise History of the Common Law*; BERMAN, Harold J. – *Law and Revolution: The Foundation of the Western Legal Tradition*.

realizador em alguns meios religiosos, fomenta a sua consciencialização e o seu respeito pelas obrigações decorrentes da sua “cidadania terrestre”, e promove a conciliação entre a sua *liberdade* e a sua *responsabilidade*; contudo, esta mesma litigância pode desaguar em águas perigosas quando se traduz em intromissões estatais nos assuntos internos das entidades religiosas, ou, pior ainda, quando se torna numa arma ideológica de arremesso para atacar os aspetos socialmente controversos do fenómeno religioso, como infelizmente tem vindo a acontecer em algumas ocasiões.

### 1. O contexto sócio-cultural do aumento da litigância contra entidades religiosas

O recente aumento da litigância contra entidades religiosas, tanto por intervenção própria do poder judicial quanto por solicitação externa, pode ser explicado, numa primeira aproximação, como um reflexo do aumento geral da litigância que tem vindo a acontecer nos países ocidentais. Todavia, existem também outras razões específicas. Se não, vejamos.

Em primeiro lugar, hoje em dia existe uma inédita consciencialização acerca da existência de atos desviantes dentro de alguns meios religiosos, a que a sociologia da religião norte-americana se refere com a expressão *clergy misconduct*, *clergy malfeasance* ou *religious deviance*. Estes atos desviantes consistem normalmente em abusos sexuais de menores e de sujeitos psicologicamente frágeis, em fraudes ou explorações financeiras dos crentes, ou em formas de exercício abusivo da autoridade eclesiástica<sup>3</sup>. Ora, embora estes fenómenos patológicos tenham sempre existido, no passado a falta de apoio social, familiar e das lideranças religiosas fazia com que as vítimas destas atuações ilícitas raramente recorressem aos tribunais judiciais para obter a condenação dos autores dos crimes ou a reparação dos danos sofridos. Hoje, pelo contrário, existe maior sensibilidade social em relação a esta questão, maior prontidão das confissões religiosas em admitir a existência de problemas no seu seio, assim como um voraz interesse mediático por estes casos, o que motiva as vítimas da *clergy misconduct* a expor abertamente os abusos de que foram vítimas e, inclusive, a recorrer sem medo aos tribunais judiciais.

A este primeiro factor deve, porém, ser acrescentado o facto de existir hoje uma feroz oposição ideológica ao fenómeno religioso – oposição essa não necessariamente relacionada com os fenómenos patológicos acima descritos, mas antes direcionada à religião em si, sem diferenciar entre patologia e fisiologia. Este clima de beligerância ideológica contra o fenómeno religioso provém de várias correntes de pensamento hodiernas, de

---

3 Cf. SHUPE, Anson D.; STACEY, William A.; DARNELL, Susan E. (eds.) – *Bad Pastors: Clergy Misconduct in Modern America*; SHUPE, Anson D. – *Spoils of the Kingdom: Clergy Misconduct and Religious Community*.

entre as quais se deve destacar o liberalismo político contemporâneo, os movimentos feministas, os grupos para a defesa das pessoas LGBT e o Neo Ateísmo, só para citar os mais relevantes. Exponentes destas correntes ideológicas recorrem por vezes aos tribunais seculares para forçar os grupos religiosos a uma mudança em assuntos eticamente fraturantes, tais como a igualdade entre géneros ou a homossexualidade<sup>4</sup>.

O terceiro factor que ajuda a explicar o recente aumento de processos judiciais que envolvem entidades religiosas prende-se com o fenómeno da juridificação, ou seja, o processo de alargamento da área de operatividade do Direito a esferas da vida outrora desprovidas de regulamentação normativa (e disciplinadas, portanto, por entidades privadas ou por mecanismos sociais espontâneos) e de incremento da densidade normativa em áreas já regulamentadas<sup>5</sup>. Apesar de normalmente este fenómeno estar relacionado com a política e a economia, é evidente a sua recente força expansiva no terreno da religião, de que deriva a crescente sujeição das entidades eclesiásticas a normas estatais<sup>6</sup>.

Deve-se, aliás, referir que esta juridificação do fenómeno religioso não se esgota nos planos legislativo e administrativo. Pelo contrário, é no plano jurisdicional que, nos dias de hoje, o Direito mais se expande para o âmbito religioso, o que acontece, de resto, de acordo com o processo geral de *judicialização*, isto é, o maior protagonismo do poder judicial, em virtude do qual os tribunais alteram a seu favor a tradicional tripartição dos poderes do Estado e, face à crise de autoridade que afeta os corpos intermédios (inclusive os religiosos), se apresentam como instâncias de solução dos conflitos sociais com uma abrangência praticamente ilimitada<sup>7</sup>.

Finalmente, o incremento da litigância contra as entidades religiosas reflete também a mudança de paradigma ocorrida nas últimas décadas em muitos contextos confessionais. De facto, antigamente as confissões religiosas gozavam de uma forte autoridade social e os fiéis sentiam um certo *metus reverentialis* em relação aos seus líderes espirituais; deste modo, quando surgiam conflitos entre os fiéis e a comunidade religiosa de pertença, estes costumavam ser dirimidos simplesmente mediante a intervenção da hierarquia religiosa ou recorrendo aos tribunais eclesiásticos. Hoje, pelo contrário, uma vez que se tornou comum viver a própria fé de forma individualista e tendo em vista a autorrealização pessoal, a autoridade social das entidades religiosas e dos seus líderes

---

4 Sobre a recente oposição ideológica ao fenómeno religioso, cf. MACHADO, Jónatas E. M. – A Jurisprudência Constitucional Portuguesa Diante das Ameaças à Liberdade Religiosa.

5 Cf. TEUBNER, Gunther – Juridification; HABERMAS, Jürgen – The Theory of Communicative Action, Vol II: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason; AERSCHOT, Paul Van – Juridification from the Point of View of Modernization.

6 Cf. SANDBERG, Russell – Law and Religion, p. 193.

7 Cf. CORREIA, Victor – A Judicialização e Suas Repercussões.

reduziu-se de forma bastante significativa, fazendo com que os fiéis aceitem cada vez menos qualquer forma de disciplina eclesiástica. O resultado é que muitos conflitos que ocorrem nos meios religiosos acabam por transitar para as instâncias jurisdicionais seculares, mesmo que isso seja proibido pelos ditames da confissão religiosa de pertença.

## 2. Tipologia de ações judiciais intentadas contra entidades religiosas

Segundo um estudo de 2011 do *think tank* norte-americano Pew Research Centre<sup>8</sup>, a litigância contra entidades religiosas costuma estar relacionada com as seguintes questões: 1) cismas de grupos religiosos que provoquem disputas acerca de qual seja a fação titular do direito de propriedade sobre os bens da entidade religiosa originária (*church property disputes*); 2) assuntos relativos ao vínculo laboral entre os ministros do culto e a entidade religiosa em que exercem o múnus pastoral, assumindo particular relevo, nestes casos, a questão da possível aplicação do Direito antidiscriminatório ou de outras garantias que vigoram no contexto laboral; 3) o estatuto dos fiéis no seio das entidades religiosas (direitos e deveres decorrentes da afiliação, condições de admissão/expulsão, etc.); 4) atos ilícitos imputáveis aos ministros do culto ou à própria entidade religiosa<sup>9</sup>.

Considero que a esta quadripartição deva ser adicionada uma quinta categoria de enorme relevância, a saber: o recurso por parte dos fiéis aos tribunais seculares para impugnar as decisões dos órgãos eclesiásticos (sejam eles tribunais eclesiásticos, assembleias de anciãos, etc.), por alegada violação do direito procedimental ou substantivo da própria confissão ou até por desrespeito das garantias do processo justo e equitativo.

## 3. Avaliação do aumento da litigância contra entidades eclesiásticas e seus efeitos sobre a liberdade religiosa

Em termos gerais, o fenómeno do aumento da litigância contra entidades religiosas deve ser visto positivamente, dado que a garantia de acesso aos tribunais – instrumento essencial para que as pessoas gozem de uma proteção efetiva dos seus direitos (fundamentais e não só)<sup>10</sup> – seria insuportavelmente restrita se todos os conflitos relacionados

---

8 Este estudo refere-se exclusivamente aos EUA, onde a litigância envolvendo entidades religiosas possui uma história centenária, incomparável com a situação europeia ou da América Latina, onde este tipo de litigância é apenas incipiente. Apesar disso, considera-se que muitas das considerações desta análise podem ser estendidas às demais realidades nacionais ocidentais.

9 Cf. LUPU, Ira C. et al – Churches in Courts: The Legal Status of Religious Organizations in Civil Lawsuits.

10 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição.

com grupos religiosos fossem aprioristicamente subtraídos à sindicância dos tribunais seculares. Em suma, este tipo de litigância concretiza o princípio, inerente ao Estado de Direito, segundo o qual o direito à proteção jurídica através dos tribunais “não para às portas das igrejas”, sobretudo quando estiverem em causa direitos fundamentais – os quais, como se sabe, vinculam tanto as entidades privadas, quanto as públicas, como estabelecido de forma clara pelo art.º 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Para além disso, a vaga de ações judiciais que atingiram as entidades religiosas tem tido efeitos decididamente positivos. Em particular, os meios eclesiásticos parecem ter tomado consciência acerca das obrigações jurídicas que derivam da sua presença no mundo e das suas interações sociais<sup>11</sup>. Também não se deve menosprezar o facto de a litigância relacionada com atos desviantes nos ambientes religiosos (*v.g.*, abusos sexuais de menores) ter fomentado profundas reformas internas, graças às quais as entidades religiosas são hoje lugares bem mais seguros e sujeitos a fiscalização do que ocorria no passado<sup>12</sup>. Finalmente, cumpre salientar que a intensificação das interações entre os tribunais seculares e o mundo religioso está a despertar um novo interesse, entre os estudiosos do Direito Eclesiástico, em relação à separação entre o Estado e o fenómeno religioso, o que é indubitavelmente positivo para o avanço e a sofisticação dogmática deste ramo do Direito.

Contudo, esta litigância levanta também algumas preocupações da maior relevância. Deixando de lado neste ensejo as consequências a nível financeiro<sup>13</sup>, considerarei as repercussões sobre o regime jurídico-constitucional das entidades religiosas. É minha convicção que, por vezes, a litigância religiosa afeta negativamente a autonomia confessional – isto é, o direito das entidades religiosas de se organizarem e funcionarem de forma livre e isenta de interferências externas nas questões relacionadas com a sua dimensão espiritual –, e a liberdade religiosa em geral.

Em primeiro lugar, frequentemente as demandas judiciais contra entidades religiosas obrigam os tribunais seculares à apreciação das chamadas *intra-church disputes*, ou seja,

---

11 Cf. LICASTRO, Angelo – *Danno e Responsabilità da Esercizio del Ministero Pastorale*, p. 2.

12 Cf. SCHILTZ, Patrick J. – *The Impact of Clergy Sexual Misconduct Litigation on Religious Liberty*, p. 963.

13 Embora numa análise restrita à *clergy sexual misconduct litigation*, Patrick J. Schiltz analisa as consequências financeiras devastadoras que a litigância pode provocar nas entidades religiosas. Apesar de o Autor não negar a necessidade de as entidades religiosas ressarcirem os danos causados pelos seus ministros do culto, alerta para a situação perigosa a que se chega quando, *v.g.*, os pedidos indemnizatórios são avaliados emocionalmente por júris hostis à religião organizada, os ressarcimentos de danos morais são concedidos de forma demasiado generosa, ou se tenta responsabilizar a hierarquia eclesiástica por *culpa in eligendo* ou *in vigilando* mesmo quando era realisticamente improvável – ou até impossível – prever qualquer comportamento sexual impróprio por parte de um ministro do culto. Nestes casos, por vezes as entidades religiosas são condenadas ao pagamento de quantias tão avultadas que se vêm obrigadas a declarar falência e a cessar as suas atividades, com consequente prejuízo do direito de liberdade religiosa dos fiéis. Sobre o tema, cf. SCHILTZ, Patrick J. – *The Impact of Clergy Sexual Misconduct Litigation on Religious Liberty*, p. 963 ss.

disputas medularmente ligadas aos dogmas, aos aspetos litúrgicos, à organização e ao código de comportamento dos grupos religiosos. Diante destas disputas, os tribunais seculares costumam optar por uma das seguintes abordagens: 1) envolver-se nos assuntos religiosos e resolvê-los de maneira a obter uma solução do conflito *sub judice*; 2) resolver a disputa socorrendo-se, na medida do possível, somente de critérios normativos laicos e objetivos, como se o caso dissesse respeito a entidades não religiosas; 3) abster-se de qualquer valoração autónoma por absoluta falta de jurisdição, remetendo a questão às instâncias eclesiásticas competentes para julgar o caso<sup>14</sup>. Apesar de não poder agora explorar todos os prós e contras de cada um destes critérios, estou profundamente convencido – e comigo, boa parte da doutrina – que, exceto quando se esteja diante da comissão de ilícitos criminais, os tribunais seculares devem optar pelo critério menos invasivo, de maneira a conferir pleno respeito à autonomia confessional das entidades religiosas<sup>15</sup>.

Ora, a casuística jurisprudencial revela que, nos últimos anos, em algumas ocasiões as autoridades jurisdicionais se pronunciaram de forma autónoma sobre questões internas das entidades religiosas, mesmo que estas fossem de cariz eminentemente espiritual. Emerge quase a sensação de que o tradicional defeito de jurisdição dos tribunais seculares nestas matérias começa, aos poucos, a perder vigor, a favor de uma configuração mais abrangente do poder jurisdicional. A este respeito, Aloísio Cristovam dos Santos Junior apresenta alguns casos paradigmáticos ocorridos no Brasil, onde os tribunais, ao apreciarem conflitos entre grupos religiosos e os seus fiéis, obrigaram os primeiros à celebração de atos religiosos, tais como o casamento, mesmo quando tal celebração constituísse uma séria violação do seu direito confessional interno<sup>16</sup>.

Decisões jurisprudenciais deste teor – que muitas vezes passam despercebidas por não atraírem a atenção dos *media*, sobretudo quando ocorrem nos juízos de primeira instância – representam, na realidade, uma das modalidades mais graves de violação do

---

14 Cf. ARIENS, Michael S.; DESTRO, Robert A. – Religious Liberty in a Pluralistic Society.

15 Neste sentido, *v.g.* o Tribunal da Cassação italiano declarou a falta de jurisdição do juiz civil em relação ao ressarcimento do dano causado a um cidadão italiano por comportamentos (penalmente irrelevantes) do juiz eclesiástico no âmbito do processo canónico relativo à nulidade do matrimónio concordatário. O Supremo Tribunal italiano sublinhou, e com razão, que a sindicância do juiz estatal nesta matéria, para além de violar o cân. 1401 do Código de Direito Canónico, teria representado uma violação da separação e da independência das ordens estatal e confessional, consagradas no art.º 7.º, n.º 1 da Constituição da República Italiana. Para além disso, teria também violado o princípio de laicidade do Estado italiano, decorrente da mesma norma constitucional (cf. CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA - SEZIONI UNITI CIVILI, Ordinanza n.º 14839/11, de 6 julho 2011; SERRA, Beatrice – Sulla Responsabilità Civile del Giudice Canonico. Profili Giurisdizionali). Sempre em nome do respeito pela autonomia confessional, a jurisprudência italiana, desde há muitas décadas, nega a possibilidade de os fiéis recorrerem às instâncias jurisdicionais seculares para pedirem indemnizações pelas sanções disciplinares em matéria espiritual adotadas contra eles pelas respetivas entidades religiosas (com o limite, claramente, do respeito pela lei penal). Sobre o tema, cf. COLAIANNI, Nicola – Sull’ammissibilità e i Limiti del Sindacato Giurisdizionale sui Provvedimenti Spirituali e Disciplinari delle Autorità Confessionali (Parere *Pro Veritate*).

16 Cf. SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam - A Interferência do Judiciário nos Assuntos das Organizações Religiosas: Quais os limites?



direito à autonomia confessional (e, logo, da própria liberdade religiosa), assim como do princípio da separação entre as ordens estatal e confessional, de que a autonomia confessional é corolário.

Em segundo lugar, deve alertar-se também para o facto de, a nível jurisdicional, ser mais real o perigo da tomada de decisões influenciadas por pré-compreensões secularistas que restrinjam ilegitimamente a liberdade dos grupos religiosos. Este risco apresenta-se particularmente real no atual contexto neoconstitucionalista, caracterizado pela ênfase na ponderação, na dimensão axiológica do Direito, nos princípios, na ligação ao contexto sociocultural, no recurso à dignidade humana como elemento chave da argumentação judicial. Em virtude dessas características, o juiz deixou de ser uma mera *bouche qui prononce les mots de la loi*, tornando-se, pelo contrário, um sujeito ativo, protagonista, comprometido com a mudança da sociedade segundo critérios de justiça.

Ora, como foi justamente observado, se, por um lado, este novo padrão do Direito Constitucional ajuda a garantir uma justiça substancial e pós-formalista, por outro fomenta a incerteza do Direito e o risco de se cair numa excessiva subjetividade das decisões judiciais<sup>17</sup>. Daí o risco de que os tribunais, quando chamados a pronunciar-se sobre questões relativas à religião, possam incorporar nas suas decisões concepções ideológicas espúrias que ameaçam a liberdade religiosa, especialmente nos seus aspetos controversos (*v.g.*, a exclusão das mulheres da ordenação pastoral, a expressão de críticas teológico-morais à homossexualidade, a condenação dos anticoncepcionais). Este risco manifesta-se também quando os tribunais fazem uma utilização abusiva do princípio da proteção da dignidade humana, reduzindo-o a uma espécie de «arma ideológica» com infinitas possibilidades aplicativas<sup>18</sup>.

## Conclusão

Escreve Bas de Gaay Fortman que, frequentemente, se encara a relação entre o Estado e as entidades religiosas em termos de pura oposição, quase como se de adversários a competir pelo mesmo espaço de poder se tratasse. Partindo desta perspetiva – que tem uma tradição de conflitos e disputas na história ocidental e radica numa recíproca incompreensão da área de atuação do Estado e das igrejas – a litigância contra entidades religiosas torna-se facilmente um *locus* privilegiado para o choque entre o “Trono” e o

---

17 Sobre o neoconstitucionalismo, cf. EMERIQUE, Lilian Balmant – Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta contra a Pobreza, p. 63 ss.

18 Sobre a possível utilização da dignidade humana enquanto mera «arma retórica», cf. BACCO, Federico – Dalla Dignità all'Egual Rispetto: Libertà di Espressione e Limiti Penalistici, p. 830.

“Altar”<sup>19</sup>. Por este motivo, a minha proposta, hoje, é que a relação entre os tribunais seculares e as entidades religiosas seja estudada numa ótica diferente (vagamente inspirada na doutrina das esferas de soberania e nos escritos neotestamentários), que enfatize as distintas vocações e funções do Estado e dos grupos religiosos, o seu dever de respeito recíproco, e o facto de ambos partilharem da missão de promover a justiça e defender a dignidade humana.

Mais concretamente, com esta forma de encarar o problema pretendo realçar que as entidades religiosas, apesar da sua dimensão espiritual, deveriam levar a sério as obrigações que procedem da sua “cidadania terrestre” e, logo, o seu dever de responder diante de “César” pelo desrespeito do Direito secular, sendo que, com certeza, este compromisso com o Direito beneficiará a sua reputação e o seu testemunho na sociedade. Por outro lado, porém, quero salientar que os tribunais seculares, enquanto órgãos do poder público, devem respeitar os limites impostos à sua jurisdição, assim como os direitos fundamentais – de entre os quais, não nos podemos esquecer, se inclui a própria autonomia confessional e a liberdade religiosa em geral.

### Referências bibliográficas

AERSCHOT, Paul Van – Juridification from the Point of View of Modernization. In **Challenges to Law at the End of the 20th Century, Vol. 2, Law, Justice and Culture: Proceedings of the 17th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Bologna, June 16-21, 1995**. Stuttgart: F. Steiner Verlag, 1997-1998.

ARIENS, Michael S.; DESTRO, Robert A. – **Religious Liberty in a Pluralistic Society**. 2.<sup>a</sup> ed. Durham, N. C. : Carolina Academic Press, 2002.

BACCO, Federico – Dalla Dignità all’Egual Rispetto: Libertà di Espressione e Limiti Penalistici. **Quaderni Costituzionali: Rivista Italiana di Diritto Costituzionale**. N.º 4, ano 33 (dic. 2013), p. 823-848.

BERMAN, Harold J. – **Law and Revolution: The Foundation of the Western Legal Tradition**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2007.

---

19 Cf. FORTMAN, Bas de Gaay – The *Regulae iuris* and Human Rights as Bridges between Church and State, p. 223.

COLAIANNI, Nicola – Sull'ammissibilità e i Limiti del Sindacato Giurisdizionale sui Provvedimenti Spirituali e Disciplinari delle Autorità Confessionali (Parere *Pro Veritate*). **Oliv: Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose**. [Em linha]. (Gennaio 2005). [Consult. 2 jan. 2015]. Disponível em WWW:<URL [http://www.oliv.it/areetematiche/73/documents/Colaiani\\_Parere.pdf](http://www.oliv.it/areetematiche/73/documents/Colaiani_Parere.pdf)>.

CORREIA, Victor – A Judicialização e *Suas Repercussões*. **O Direito**. Vol. IV, ano 144.º, (2012), p. 837-850.

Corte di Cassazione ITALIANA-Sezioni Uniti Civili – Ordinanza n.º 14839/11, de 6 julho 2011. Disponível em: **Ius Ecclesiae: Rivista Internazionale di Diritto Canonico**. Vol. 24, n.º 1, (2012), p. 233-256.

EMERIQUE, Lilian Balmant – **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009.

FORTMAN, Bas de Gaay – The *Regulae Iuris* and Human Rights as Bridges between Church and State. In **Legal Position of Churches and Church Autonomy**. Leuven: Uitgeverij Peeters, 2001.

HABERMAS, Jürgen – **The Theory of Communicative Action, Vol II: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason**. Boston: Beacon Press, 1987.

LICASTRO, Angelo – Danno e Responsabilità da Esercizio del Ministero Pastorale. **Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, Rivista Telematica**. [Em linha]. (Maggio 2010), pp. 1-36. [consult.: 26 setembro 2014]. Disponível em WWW: <[http://www.statoechie-se.it/images/stories/2010.5/licastro\\_danno2.pdf](http://www.statoechie-se.it/images/stories/2010.5/licastro_danno2.pdf)>.

LUPU, Ira C. et al – **Churches in Courts: The Legal Status of Religious Organizations in Civil Lawsuits**. [Em linha]. Washington, DC: Pew Research Centre, 2012. [Consult. 30 set. 2014]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.pewforum.org/2011/03/31/churches-in-court1>>.

MACHADO, Jónatas E. M. – A Jurisprudência Constitucional Portuguesa Diante das Ameaças à Liberdade Religiosa. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 82 (2006), p. 65-134.

PLUCKNETT, Theodore F. T. – **A Concise History of the Common Law**. 5.ª ed. Union: The lawbook Exchange, 2001.

SANDBERG, Russell – **Law and Religion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam – A Interferência do Judiciário nos Assuntos das Organizações Religiosas: Quais os limites? **Espaço Jurídico Journal of Law** [Em linha]. Vol. 11, n.º 1 (2010), p. 37-62. [Consult. 2 jan. 2015]. Disponível em WWW:<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1938>>.

SCHILTZ, Patrick J. – The Impact of Clergy Sexual Misconduct Litigation on Religious Liberty. **Boston College Law Review**. Vol. 44, n.º 4/5 (2003), p. 949-976.

SERRA, Beatrice – Sulla Responsabilità Civile del Giudice Canonico. Profili Giurisdizionali. **Ius Ecclesiae: Rivista Internazionale di Diritto Canonico**. Vol. 24, n.º 1 (2012), p. 240-256.

SHUPE, Anson D. – **Spoils of the Kingdom: Clergy Misconduct and Religious Community**. Urbana: University of Illinois Press, 2007.

SHUPE, Anson D.; STACEY, William A.; DARNELL, Susan E. (eds.) – **Bad Pastors: Clergy Misconduct in Modern America**. New York; London: New York University Press, 2000.

TEUBNER, Gunther – Juridification. In **Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare State**. Berlin; New York: De Gruyter, 1987.

## Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa – os desafios postos à prática judicial

Patrícia Jerónimo<sup>1</sup>

A integração dos imigrantes muçulmanos e dos seus descendentes constitui um dos maiores desafios enfrentados pelas sociedades europeias contemporâneas e tem estado em primeiro plano nos debates políticos e académicos sobre coesão social e multiculturalismo. Os recentes ataques terroristas ocorridos em Paris e em Bruxelas e a aparente facilidade com que jovens muçulmanos europeus estão a ser recrutados pelo autodenominado Estado Islâmico apenas vieram reforçar a perceção há muito generalizada de que os muçulmanos nunca quererão ou poderão integrar-se nas sociedades dos Estados europeus em que residem e de que a sua presença entre nós é uma ameaça para a sobrevivência dos nossos valores e do nosso modo de vida. Os sentimentos anti-islâmicos estão amplamente disseminados e o seu capital político tem vindo a ser aproveitado por partidos à direita e à esquerda do espectro ideológico. A forma como a receção de refugiados sírios e iraquianos tem sido discutida nos últimos meses, por líderes políticos e nos meios de comunicação social, atesta-o à saciedade, fazendo temer um recrudescimento das manifestações de intolerância contra os muçulmanos na Europa.

A discriminação contra os muçulmanos tem sido uma preocupação recorrente para as organizações de defesa dos direitos humanos desde setembro de 2001 e está bem documentada<sup>2</sup>. Apesar de a discriminação enfrentada pelos muçulmanos na Europa ser o resultado do cruzamento de múltiplos fatores simultâneos (raça, etnia, nacionalidade), a religião desempenha um papel fundamental. O Islão é geralmente visto como uma força retrógrada, inimiga da democracia e dos direitos humanos – um estereótipo que tanto pode ser encontrado no discurso político e mediático, como na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>3</sup>. Nos velhos e nos novos Estados de imigração, a incom-

1 Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 Cf., entre outros, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, *Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia*, 2006; European Union Agency for Fundamental Rights, *Data in Focus Report: Muslims*, 2009; Amnesty International, *Choice and Prejudice: Discrimination against Muslims in Europe*, 2012.

3 Considerem-se, por exemplo, os acórdãos proferidos nos processos *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (13.02.2003); *Gündüz v. Turkey* (04.12.2003); *Dahlab v. Switzerland* (15.02.2001); *Leyla Şahin v. Turkey* (10.11.2005). Cf., igualmente, P. JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do ‘Islão visível’ – os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”,

patibilidade do Islão com os valores europeus é usada como argumento contra políticas de integração multiculturais e contra a acomodação<sup>4</sup> das reivindicações das minorias islâmicas, mesmo quando estas são enunciadas em termos universalistas, por referência a padrões internacionais e/ou constitucionais de direitos humanos, como acontece num cada vez maior número de casos<sup>5</sup>.

É certo que os muçulmanos europeus têm conseguido tirar proveito das garantias constitucionais existentes nos Estados em que residem, incluindo os princípios da igualdade e da separação entre o Estado e a Igreja, a liberdade de religião ou crença e o direito a proteção contra discriminação baseada na religião ou crença. Ainda que com variações entre Estados europeus, tem sido permitido aos muçulmanos criar as suas instituições próprias (mesquitas, escolas religiosas, agências noticiosas) e nomear ministros de culto para hospitais, estabelecimentos prisionais e forças armadas. A pouco e pouco, o ensino da religião islâmica começou a ser introduzido nas escolas públicas. Os muçulmanos têm também sido, de um modo geral, bem-sucedidos em obter a acomodação de práticas baseadas na tradição religiosa, como regras de vestuário, regras alimentares, regras sobre o abate ritual de animais e rituais fúnebres. Não raro, as conquistas resultaram simplesmente do alargamento aos muçulmanos de direitos já reconhecidos a outros grupos religiosos<sup>6</sup>. Muitas destas conquistas foram alcançadas através de pressão junto dos decisores políticos, mas há também muitos casos em que foi necessária a intervenção dos tribunais<sup>7</sup>. Seja como for, apesar de todos os avanços no sentido da igualdade face às religiões dominantes, a possibilidade de os muçulmanos expressarem a sua fé não é, de modo nenhum, um dado adquirido na Europa<sup>8</sup>. Como observado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em 2013, a propósito do referendo que proibiu a construção de

---

in P. P. Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 85-130; W. C. DURHAM et al. (eds.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Farnham, Ashgate, 2012.

4 Acompanhando Roger Ballard et al., usamos o termo *acomodação* para designar o conjunto de práticas através das quais os sistemas jurídicos e os seus atores se mostram sensíveis, tomam em consideração ou abrem espaço para valores e entendimentos diferentes dos seus. Pode envolver as mais diversas medidas, desde a adoção de legislação que autorize ou reconheça práticas minoritárias até à formação dos operadores judiciários para aumentar as suas competências interculturais, passando pela procura de soluções criativas em tribunal. Cf. R. BALLARD et al., "Cultural diversity: Challenge and accommodation", in R. Grillo et al. (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 20.

5 Cf. J. CESARI et al., *Islam and Fundamental Rights in Europe*, European Commission DG Justice and Home Affairs, 2004, pp. 4-5 e 15.

6 Cf., entre outros, J. RATH et al., "Making space for Islam in the Netherlands", in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, pp. 159 e 174-175.

7 Valérie Amiraux fala, a este respeito, na emergência de uma dupla dinâmica de juridicização e judicialização, para sublinhar o facto de, cada vez mais, os muçulmanos recorrerem aos tribunais (e a instrumentos jurídicos, como as leis anti-discriminação) para defender os seus interesses e direitos. Cf. V. AMIRAUX, "Discrimination and claims for equal rights amongst Muslims in Europe", in J. Cesari e S. McLoughlin (eds.), *European Muslims and the Secular State*, Londres, Ashgate, 2005, pp. 25, 34 e 36.

8 Cf. F. J. BUIJS e J. RATH, "Muslims in Europe: The state of research", *IMISCOE Working Paper*, n.º 7, 2006, pp. 2 e 23.

minaretes na Suíça, o facto de ser geralmente aceite que as comunidades religiosas são mais bem protegidas na Europa do que em África, na Ásia e no Médio Oriente não pode fazer-nos perder de vista que, também na Europa, continuam a verificar-se manifestações de intolerância e entraves à efetivação dos direitos à liberdade de religião e à não discriminação com base na religião<sup>9</sup>, sendo manifesto que aqui os muçulmanos estão entre os mais afetados<sup>10</sup>.

Pode argumentar-se que a acomodação das pretensões dos muçulmanos a viverem de acordo com princípios e regras ditados pela sua religião se justifica em nome do respeito pela autonomia individual e tem benefícios para a coesão social, na medida em que contribui para que os muçulmanos se identifiquem com as instituições políticas e jurídicas dos Estados em que residem<sup>11</sup>. Largos sectores das sociedades europeias tendem, no entanto, a ver estas reivindicações como um sinal inequívoco de que os imigrantes muçulmanos e os seus descendentes não estão dispostos a integrar-se e querem, na verdade, abusar do sistema, fazendo exigências irrazoáveis aos Estados<sup>12</sup>. Nos últimos anos, esta imagem de insolente autoexclusão tem vindo a agravar-se e a ser associada ao risco de uma islamização dos sistemas jurídicos europeus, fruto da crescente atenção dispensada ao funcionamento de instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos baseadas na Lei islâmica (*Sharia*) e ao reconhecimento de conceitos e institutos de Direito islâmico (*talaq/repúdio, mahr/dote, poligamia, kafala/guarda de menor, etc.*) pelos próprios tribunais estaduais, um pouco por toda a Europa<sup>13</sup>.

Duas preocupações associadas à presença islâmica na Europa – discriminação contra os muçulmanos e islamização dos sistemas jurídicos europeus – acabam, deste modo, por cruzar-se na prática judicial. Os tribunais estaduais europeus são, com cada vez maior frequência, chamados a arbitrar conflitos jurídicos e culturais entre a lei do Estado e as normas éticas, religiosas e jurídicas de grupos minoritários<sup>14</sup>, num quadro de crescente

9 Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1928 (2013), *Safeguarding human rights in relation to religion and belief, and protecting religious communities from violence*, § 8, texto disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19695&lang=en> [29.08.2015]. Para uma conclusão de idêntico sentido, cf., ainda, AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, 2013, texto disponível em [http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE-%20Summary%20Report\\_0.pdf](http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE-%20Summary%20Report_0.pdf) [07.03.2016], p. 3.

10 Cf. V. AMIRAUX, “Discrimination and claims for equal rights...”, *op. cit.*, p. 26.

11 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2009/29, pp. 1, 5, 9-12 e 18.

12 Cf. T. MODOOD, A. TRIANDAFYLLIDOU e R. ZAPATA-BARRERO (eds.), *Multiculturalism, Muslims and Citizenship: A European Approach*, Oxon, Routledge, 2006, p. 3; J. CESARI, “Islamic minorities’ rights in Europe and in the USA”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 25.

13 Esta atenção ao potencial impacto da presença islâmica na Europa sobre a prática dos tribunais pode explicar-se pelo facto de o Islão ser uma religião jurídica, ou seja, uma religião em que o Direito é parte integrante do edifício teológico. Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 16.

14 Cf. M.-C. FOGLETS e B. DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, in B.

pluralismo jurídico e interjuridicidade<sup>15</sup>. Não raro, estes conflitos envolvem muçulmanos que, em juízo, pedem a dispensa do cumprimento de disposições da lei estadual, com fundamento em imperativos religiosos, ou o reconhecimento de situações jurídicas (casamento, divórcio, etc.) constituídas ao abrigo da Lei islâmica ou de leis estrangeiras fundadas na *Sharia*<sup>16</sup>. O papel desempenhado pelos tribunais é aqui da maior importância, seja nos casos em que não existe ainda uma pronúncia clara sobre a matéria por parte do legislador, seja nos casos em que, havendo uma tal pronúncia, esta tenha ocorrido sob pressão populista e a justiça do caso concreto requeira que os preceitos legais sejam aplicados com “sabedoria e ponderação”<sup>17</sup>. Um estudo recente, realizado a solicitação do Parlamento Europeu, concluiu que os tribunais estão mais bem posicionados do que o legislador para encontrar acomodações razoáveis entre as necessidades religiosas de certos grupos e outros interesses concorrentes, numa base estritamente casuística<sup>18</sup>. Cada vez mais, se queremos saber qual o real estatuto jurídico dos muçulmanos num dado Estado europeu e o lugar ocupado por institutos jurídicos islâmicos no sistema jurídico desse Estado, torna-se necessário observar a prática dos seus tribunais.

Não surpreende, por isso, que a prática judicial relacionada com a presença islâmica na Europa se tenha convertido, nos últimos anos, num tópico preferido de investigação. Os estudos feitos até ao momento incidem sobretudo em questões de Direito da Família e refletem uma prática judicial propensa a soluções *ad hoc* e a decisões e fundamentações muito variadas, inclusive dentro de uma mesma jurisdição nacional. Um inventário sistemático de decisões judiciais que envolvam litigantes muçulmanos está ainda por fazer na esmagadora maioria dos Estados europeus<sup>19</sup>, mas afigura-se necessário para que possamos ter uma ideia mais clara sobre quais os reais desafios jurídicos com que os tribunais se deparam ao decidir litígios envolvendo muçulmanos. Seria interessante mapear, por exemplo, a frequência com que as reivindicações fundadas em motivos religiosos são fei-

---

Dupret, M. Berger e L. al-Zwaini (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 57-71.

15 Continuando a acompanhar Ballard *et al.*, podemos definir interjuridicidade (*interlegality*) como o processo através do qual a interação e a influência recíproca entre diferentes sistemas jurídicos ou entidades sociais dão origem a regimes jurídicos novos. Segundo os autores, este processo pode ser observado nos tribunais estaduais europeus, aos mais diversos níveis, todos os dias, ainda que com variações consoante as circunstâncias. Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 23.

16 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19.

17 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases and religious diversity: What can judges do?”, in *RELIGARE Working Paper*, n.º 10, 2013, p. 16.

18 Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, European Parliament Directorate General for Internal Policies, Policy Department C Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, 2013, p. 19.

19 Uma exceção digna de nota é o trabalho desenvolvido por Susan Rutten, da Universidade de Maastricht, sobre a jurisprudência dos tribunais holandeses. Cf. S. RUTTEN, *Muslims in de Nederlandersrechtspraak*, Kampen, Uitgeversmaatschppij J.H. Kok, 1988. Cf., igualmente, o levantamento de jurisprudência feito periodicamente pela mesma autora para o anuário *Recht van de Islam*.



tas perante os tribunais e quantas destas reivindicações são consideradas relevantes; os casos em que a igualdade e a não discriminação são parte da argumentação do tribunal; e os casos em que a acomodação de conceitos jurídicos islâmicos é diretamente discutida pelo tribunal. A análise da jurisprudência permitirá avaliar, entre outros aspetos, se os tribunais privilegiam uma leitura formalista ou substantiva do princípio da igualdade e se são coerentes na sua interpretação; se usam o conceito de discriminação indireta; qual o peso dado ao princípio da igualdade de género quando decidem se devem ou não acomodar pretensões fundadas na religião ou incorporar conceitos jurídicos islâmicos; e, em geral, de que modo é que os tribunais resolvem a tensão entre igualdade e liberdade de religião ou crença, onde esta ocorra.

O presente trabalho não pretende levar a cabo um tal inventário, apesar de incluir uma resenha de decisões de tribunais superiores portugueses. Esse é projeto a desenvolver num futuro próximo. Com este texto, propomo-nos sobretudo dar conta do estado do tratamento do tema na Europa e atentar nas dificuldades que resultam para a prática judicial do facto de os juízes e demais operadores jurídicos estarem frequentemente mal preparados para comunicar em contextos interculturais e para interpretar argumentos e normas retirados de outras tradições jurídicas.

## 1. O Direito islâmico enquanto “ordem jurídica minoritária” na Europa

À semelhança do que acontece com a maioria dos migrantes internacionais nestes tempos de globalização, os imigrantes muçulmanos na Europa não orientam as suas vidas exclusivamente para os seus países de residência, mas vivem de modo transnacional, mantendo permanentemente relações com os seus países de origem e com diásporas internacionais um pouco por todo o mundo<sup>20</sup>, o que facilita a manutenção dos seus referentes culturais próprios e a formação de identidades híbridas. Os meios de comunicação hoje disponíveis permitem o contacto com líderes religiosos no mundo muçulmano e o esclarecimento de dúvidas sobre a aplicação da *Sharia* às situações da vida quotidiana na Europa, indo ao encontro da necessidade sentida por muitos muçulmanos na diáspora de obterem uma “legitimação islâmica” para todos os aspetos das suas vidas<sup>21</sup>. Fala-se

20 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, *op. cit.*, p. 9; J. BOWEN, “Multiple adaptations: Islam in three worlds”, in AAVV, *Islam & Europe: Challenges and Opportunities*, Leuven, Leuven University Press, 2008, pp. 22-23; S. A. SOFOS e R. TSAGAROUSIANOU, *Islam in Europe: Public Spaces and Civic Networks*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2013, pp. 3-4 e 93-115.

21 Cf. M. BERGER, “Buying houses, donating organs and fighting wars – the changing role of *muftis*”, in *Recht van de Islam*, n.º 25, 2011, p. 27. Está bem de ver que esta necessidade não é partilhada por todos os indivíduos nascidos em famílias muçulmanas. Há também indivíduos que assumem posições extremamente críticas face ao Islão e defendem uma plena assimilação dos valores seculares do Estado de residência. Para uma tipologia das atitudes adotadas pelos muçulmanos na diáspora, que vai desde a indiferença até ao compromisso cívico com as sociedades de acolhimento, cf. M. ROHE, “Islam and the democratic state under the rule of law – and never the

mesmo no desenvolvimento de um “*Fiqh* minoritário”, ou seja, de uma ciência do Direito islâmico especialmente concebida para orientar os muçulmanos que vivam como minoria religiosa na Europa e noutros lugares do mundo<sup>22</sup>. Nos últimos anos, cresceu exponencialmente a procura dos *cyber-muftis*, estudiosos dos textos religiosos islâmicos que, a partir de *sites* da internet, emitem pareceres (*fatwas*) sobre os mais diversos assuntos, desde questões morais relacionadas com a sexualidade até questões aparentemente prosaicas como a de saber se a Lei islâmica permite que os fiéis trabalhem na McDonalds (onde é servida carne de porco) ou se a Coca-Cola é *halal*<sup>23</sup>. À medida que as comunidades muçulmanas se radicam no território dos Estados europeus, surgem também, em torno das mesquitas locais, estruturas destinadas a dar resposta às necessidades dos fiéis, incluindo a mediação e a resolução dos conflitos intracomunitários<sup>24</sup>.

Neste contexto, não é de estranhar que muitos imigrantes muçulmanos continuem a seguir, nas suas relações de Direito privado, normas éticas e jurídicas<sup>25</sup> que resultam da sua interpretação da *Sharia* e de princípios éticos gerais derivados da cultura religiosa islâmica<sup>26</sup>. Isso reflete-se, desde logo, no facto de manterem, na Europa, as mesmas estruturas de vida familiar que são comuns nos seus países de origem<sup>27</sup> e de procurarem

---

twain shall meet?”, in M.-C. Foblets e J.-Y. Carlier (eds.), *Islam & Europe: Crises and Challenges*, Leuven, Leuven University Press, 2010, pp. 222-230.

22 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, pp. 3 e 16. Digno de nota é, a este respeito, o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido, desde 1997, pelo Conselho Europeu para *Fatwa* e Investigação (*European Council for Fatwa and Research*), sediado em Dublin. Cf., também, J. BOWEN, “Multiple adaptations: Islam in three worlds”, *op. cit.*, p. 27.

23 Cf. M. BERGER, “Buying houses, donating organs...”, *op. cit.*, pp. 19-23.

24 Como os muito controversos conselhos da *Sharia* do Reino Unido, que começaram a surgir no início da década de 1980. Os conselhos da *Sharia* não são reconhecidos oficialmente, mas as decisões que profiram enquanto tribunais arbitrais, ao abrigo das regras legais aplicáveis em matéria de arbitragem, são formalmente aceites pelo Direito estadual. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012, p. 17; M. ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, in *RELIGARE Working Paper*, n.º 6, 2011, pp. 5-6; P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws in western liberal states”, in *Women Living under Muslim Laws*, dossier 27, 2005, p. 74; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 38-42.

25 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, p. 1. Maleiha Malik usa deliberadamente a expressão “normas éticas e jurídicas islâmicas” (*Muslim legal and ethical norms*), em vez de *Sharia* ou Direito islâmico, para sublinhar que as reivindicações feitas pelos muçulmanos na Europa não incluem o reconhecimento do Direito islâmico como um sistema jurídico paralelo ao Direito estadual e que a acomodação dessas reivindicações deve ser feita em conformidade com os quadros constitucionais dos Estados europeus de acolhimento (p. 2), um aspeto a que regressaremos *infra*.

26 Religião e cultura confundem-se frequentemente nas discussões sobre o Islão. Sívio Ferrari observa, por exemplo, que os muçulmanos partilham uma cultura, uma conceção de vida que está profundamente enraizada na fé islâmica. Cf. S. FERRARI, “Islam in Europe: An introduction to legal problems and perspectives”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 1. Esta associação entre religião e cultura envolve o risco de uma etnicização/essencialização do Islão, pelo que só será aceitável se não perdermos de vista o carácter contestado dos conceitos de *religião* e *cultura*, nem a grande diversidade étnica e cultural albergada pelo dito “mundo muçulmano” e refletida nas comunidades muçulmanas da diáspora.

27 Como nota Maarit Jänterä-Jareborg, é irrealista esperar que as famílias muçulmanas na diáspora possam ou tenham interesse em abandonar os seus referentes culturais em matéria de relações familiares. Estas famílias não são impermeáveis a influências externas, mas há bons indicadores de que os sentimentos religiosos, os costumes

superar os diferendos surgidos no seio da família através do recurso a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos baseados na *Sharia*<sup>28</sup>. A influência das normas éticas e jurídicas islâmicas não se resume sequer ao domínio das relações familiares, sendo cada vez mais notória ao nível dos contratos, das sucessões e dos instrumentos financeiros. Referindo-se à experiência britânica, Maleiha Malik dá-nos conta de que instituições financeiras como o grupo HSBC estão a desenvolver produtos financeiros baseados em princípios da *Sharia* e oferecem, por exemplo, “hipotecas islâmicas”, respeitadoras da disposição corânica que proíbe a cobrança de juros<sup>29</sup>. É também cada vez mais comum no Reino Unido o recurso à arbitragem religiosa islâmica para resolver diferendos entre comerciantes, não apenas por razões de fé, mas porque esta é considerada mais económica e mais eficiente do que os tribunais estaduais<sup>30</sup>.

Este apego às normas éticas e jurídicas islâmicas – e o recurso a meios extrajudiciais de resolução de conflitos baseados nessas regras – não significa, no entanto, que os muçulmanos estejam em permanente conflito com a lei do Estado em que residem. Um aspeto que tem sido apontado por vários autores é o de que, enquanto membros de uma minoria, os muçulmanos estão obrigados por princípios islâmicos a obedecer ao Direito do seu Estado europeu de residência, do mesmo modo que se espera dos *dhimmis* (não muçulmanos beneficiários de proteção estadual) que respeitem o Direito vigente nos Estados de maioria islâmica em que se encontrem<sup>31</sup>. Ainda que não prescindam de manter

---

e as tradições saem frequentemente reforçados pela experiência de vida na diáspora. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 8.

28 Cf. M. ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe...”, *op. cit.*, pp. 1-4. Em vários países europeus, tem vindo a assistir-se a uma viragem significativa para o tratamento de assuntos familiares através de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos fundados na *Sharia*, o que, segundo Rohe, pode explicar-se por vários motivos: a) o interesse das partes em assegurar a confidencialidade do procedimento e em ver a questão resolvida por pessoas da sua confiança; b) o interesse das partes em criar relações jurídicas reconhecidas não apenas no Estado de residência, mas também no Estado de origem; c) a impossibilidade de recorrer a tribunais estaduais para decretar a dissolução de casamentos religiosos informais, celebrados desse modo por falta dos documentos necessários; d) o não reconhecimento, por parte de alguns muçulmanos, de autoridade às instituições seculares do Estado de residência para decidir disputas entre muçulmanos; e) a convicção, por parte de alguns muçulmanos, de que devem obediência à lei do Estado de origem e o desconhecimento de que estão obrigados a respeitar a lei do Estado de residência sob pena de os seus atos não terem qualquer força ou efeito jurídico; e f) a desconfiança face às instituições do Estado de residência, provocada pela falta de sensibilidade cultural que estas, não raro, demonstram na interação com os muçulmanos.

29 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 10. Semelhantes respostas podem verificar-se da parte dos bancos alemães e suíços. Cf. M. ROHE, “The legal treatment of Muslims in Germany”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 103.

30 Segundo Maleiha Malik, a eficiência dos tribunais arbitrais muçulmanos neste domínio é de tal modo reconhecida que estes são procurados mesmo por comerciantes não muçulmanos. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 10.

31 Cf., entre outros, H. ANSARI, “The legal status of Muslims in the UK”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 285; R. PETERS, “The polder mujahidin: The radicalization of young Dutch Muslims”, in AAVV, *Islam & Europe: Challenges and Opportunities*, Leuven, Leuven University Press, 2008, pp. 55-56; M. ROHE, “Islam and the democratic state under the rule of law...”, *op. cit.*, pp. 225-226; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, p. 40. Isto não obsta, no entanto, a que alguns Estados de origem exijam dos seus nacionais que obedeçam plenamente à sua legislação, em detrimento

e reproduzir os seus valores culturais próprios, os muçulmanos europeus têm procurado criar raízes na Europa, adaptando as suas comunidades aos novos contextos sociais, num esforço que inevitavelmente envolve processos complexos de negociação identitária, construção social e “tradução cultural”<sup>32</sup>. Como nos diz Werner Menski, não raro, os muçulmanos na diáspora revelam-se “hábeis navegadores culturais”, combinando as expectativas dos sistemas jurídicos dos seus Estados de residência com o entendimento culturalmente específico que façam da *Sharia*<sup>33</sup>. Desta combinação resultam quadros normativos híbridos, cuja disseminação e grande complexidade os juristas europeus só agora começam a alcançar<sup>34</sup>.

Maleiha Malik fala, a este respeito, em “ordens jurídicas minoritárias” (*minority legal orders*), para designar os sistemas normativos e institucionais de que todas as minorias étnicas e religiosas (ciganos, muçulmanos, hindus, Sikh, etc.) dispõem, ainda que com diferentes graus de desenvolvimento, e que operam, há muito, por toda a Europa<sup>35</sup>. O adjetivo *minoritárias* é usado para sublinhar a subordinação destas ordens jurídicas ao Direito estadual, que continua a ser o sistema jurídico soberano, apesar de os valores e os padrões de comportamento favorecidos por estas formas de regulação social poderem assumir, aos olhos dos membros dos grupos minoritários, maior legitimidade e autoridade do que aquele Direito. Contrariando imagens recorrentes no debate político e nos meios de comunicação social, Maleiha Malik afasta a ideia de que estejamos perante sistemas jurídicos paralelos ou “Estados dentro do Estado” e, no que respeita especificamente às ordens jurídicas minoritárias fundadas na *Sharia*, de que os muçulmanos pretendam im-

---

da legislação do Estado de residência, ao ponto de algumas embaixadas exercerem, sem a autorização do Estado acreditador, poderes de jurisdição sobre os respetivos nacionais em matérias relacionadas com o Direito da Família, incluindo a celebração de casamentos e a certificação de divórcios. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 5-6.

32 Cf. S. A. SOFOS e R. TSAGAROUSIANOU, *Islam in Europe...*, *op. cit.*, p. 3. Como observam Jocelyne Césari *et al.*, a tendência dominante é a de adaptação e “bricolagem”. Cf. J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 4, 13-15, 17-19 e 47-48.

33 Cf. W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 63-65. Estudos recentes sugerem, no entanto, que os muçulmanos, mais do que outras minorias religiosas formadas pela imigração, mostram dificuldades em conciliar o respeito pela lei (secular) do Estado em que residem com o respeito pela legislação (religiosamente fundada) do seu país de origem, que aos seus olhos tem frequentemente maior legitimidade. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19. Também não pode ser desvalorizada a manifesta influência de discursos islamistas radicais sobre jovens muçulmanos europeus, que já vem a ser observada há mais de uma década e que hoje é discutida sobretudo a propósito do recrutamento de jovens europeus pelo chamado “Estado Islâmico”.

34 Cf., e.g., E. GIUNCHI, “Muslim family law and legal practice in the West: An introduction”, in E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2014, pp. 6-7; J. CESARI, “Islamic minorities’ rights in Europe and in the USA”, *op. cit.*, p. 17; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 4; R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, *op. cit.*, p. 11.

35 Uma *ordem jurídica minoritária* pressupõe dois elementos: normas culturais ou religiosas distintas das da maioria da população, percebidas pelos membros do grupo minoritário como sendo Direito, e um sistema institucional próprio para a identificação, interpretação e aplicação dessas normas. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4-5, 14, 18-19, 23-24.

por unilateralmente os seus valores e normas à generalidade da população do Estado europeu em que residem<sup>36</sup>. Estudos empíricos recentes parecem confirmar esta leitura, ao revelar que os membros dos conselhos da *Sharia* e outros “tribunais religiosos” no Reino Unido não contestam a supremacia do Direito estadual e até incentivam ativamente os membros das respetivas comunidades ao cumprimento deste Direito<sup>37</sup>.

O que é certo é que o Estado não controla os padrões normativos de conduta de todos os indivíduos e grupos sob sua jurisdição e que sempre existirão áreas da vida social em que sistemas normativos não oficiais concorrerão e interagirão com o Direito estadual sob a forma de ordens jurídicas minoritárias<sup>38</sup>. Em todo o mundo ocidental, os juristas têm-se debatido com a questão de saber qual será o melhor modo de responder à existência destas formas não oficiais de Direito<sup>39</sup>. As respostas avançadas vão desde a rejeição total até à oficialização sem freios, mas, qualquer que seja a solução adotada, não podemos já ignorar o pluralismo jurídico resultante da coexistência entre diferentes culturas e tradições jurídicas num mesmo Estado. Não existem sistemas jurídicos e culturais claramente demarcados; as próprias ordens jurídicas minoritárias albergam um grande número de diferentes tradições. A coexistência da diversidade desencadeia inevitavelmente processos de hibridização, pelo que nenhum sistema jurídico consegue permanecer estático ou incólume a influências externas<sup>40</sup>. A interjuridicidade é hoje um facto e não depende do reconhecimento oficial das ordens jurídicas minoritárias para se manifestar. Mesmo que o Estado ignore completamente as ordens jurídicas minoritárias

---

36 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4-5, 9-11, 18 e 21-24. Esta ideia de que as ordens jurídicas minoritárias não constituem uma alternativa ao Direito estadual está também subentendida no modelo de *jurisdições complementares* avançado pelo Arcebispo da Cantuária, Rowan Williams, em 2008, com o seu muito controverso discurso “Civil and religious law in England: a religious perspective”, em que cogitou a possibilidade de o Estado delegar algumas funções jurídicas nos tribunais religiosos das comunidades muçulmanas e judaicas ortodoxas presentes em Inglaterra. Sobre o tema, cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, Braga, ELSA UMINHO, 2015, pp. 46-47; R. GRIFFITH-JONES (ed.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari’a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; P. SHAH, “Transforming to accommodate? Reflections on the Shari’a debate in Britain”, in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 73-88.

37 Essa a conclusão a que chegaram Russell Sandberg e a sua equipa, ao estudarem o funcionamento de três tribunais religiosos – o *Beth Din* de Londres, o Tribunal Nacional Católico para o País de Gales e o Conselho da *Sharia* da Mesquita Central de Birmingham. Cf. R. SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals: ‘joint governance’ in practice”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 18-19 e 22-23.

38 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 24-25; P. SHAH, “Shadow boxing with community practices: A response to Eekelaar”, in M. Maclean e J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 52. Como nota Mathias Rohe, a propósito das “normas jurídicas islâmicas”, a menos (e até) que as autoridades estaduais sejam chamadas a intervir por uma das partes no litígio, o Estado não tem qualquer controlo sobre os modos informais de aplicação destas normas à resolução de conflitos intracomunitários. Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 96.

39 Cf. P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Farnham, Ashgate, 2010, p. 149.

40 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 26; E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 11.

ou tente combatê-las ativamente, os processos de influência recíproca entre ordens jurídicas continuarão a acontecer e a desafiar as pretensões centralizadoras e uniformizadoras do Direito estadual<sup>41</sup>.

Importa ter presente que o pluralismo jurídico intraestadual não constitui uma novidade, nem sequer é sempre visto como problemático. As concepções estatistas e positivistas que dominaram o pensamento jurídico ocidental dos dois últimos séculos estão hoje largamente ultrapassadas, não parecendo haver dúvidas de que o Estado não detém o monopólio da produção normativa e de que, no quadro de uma mesma ordem jurídica estadual, coexistem sistemas normativos de diferentes origens, desde os Direitos locais até aos Direitos supraestaduais<sup>42</sup>. Não é difícil compreender, no entanto, que, quando confrontados com a miríade de tradições jurídicas não ocidentais que reivindicam reconhecimento, os juristas ocidentais se sintam tentados a escudar-se na imposição de um quadro homogéneo de valores e práticas refletido no Direito estadual e aplicado a todos sem discriminação ou atenção à diferença<sup>43</sup>. Esta reação é muito comum, podendo observar-se na frequente negação de que os valores e as normas trazidos pelos imigrantes sejam verdadeiro Direito<sup>44</sup> e nas recentes tentativas de proibir o recurso à arbitragem baseada na *Sharia*<sup>45</sup>. É, no entanto, duvidoso que seja uma forma realista de lidar com o problema<sup>46</sup>.

Como explica Maleiha Malik, proibir as ordens jurídicas minoritárias será sempre um exercício vão, atenta a força que estas ordens normativas têm na vida quotidiana dos indivíduos, e afigura-se também um objetivo muito problemático à luz dos próprios valores estruturantes das democracias liberais europeias, atentas as restrições que implica para a autonomia dos indivíduos<sup>47</sup>. Os compromissos internacionais e constitucionais assumidos pelos Estados europeus em matéria de direitos humanos impedem-nos de adotar medidas que conduzam à exclusão ou discriminação contra grupos minoritários e abrem espa-

---

41 Cf. A. J. HOEKEMA, "Does the Dutch judiciary pluralize domestic law?", in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 178 e 192; E. GIUNCHI, "Muslim family law...", *op. cit.*, p. 11.

42 Cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 42.

43 Cf. R. BALLARD *et al.*, "Cultural diversity...", *op. cit.*, pp. 11-12 e 25.

44 Para uma análise crítica deste escapismo dos juristas ocidentais, cf. W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, pp. 60-65.

45 Considere-se, designadamente, a proposta submetida ao Parlamento britânico, pela Baronesa Cox, em junho de 2015, sob o título "Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill", que se encontra em apreciação pela Câmara dos Comuns, em março de 2016. A proposta visa impedir o uso por tribunais arbitrais de normas discriminatórias em razão do género e dá como exemplos de normas desse tipo preceitos comumente associados à *Sharia*, como a distinção entre homens e mulheres para efeitos sucessórios e para efeitos de prestação de testemunho em tribunal. O texto da proposta, bem como o andamento do procedimento legislativo, pode ser consultado em <http://services.parliament.uk/bills/2015-16/arbitrationandmediationservicesequality.html> [21.03.2016].

46 Cf. R. BALLARD *et al.*, "Cultural diversity...", *op. cit.*, p. 25.

47 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6 e 33-34.

ço a que as minorias reivindiquem a acomodação de algumas das suas práticas culturais ou religiosas, incluindo práticas impostas pelo que as comunidades minoritárias consideram ser o seu Direito<sup>48</sup>. Maleiha Malik defende que, em alguns domínios da vida privada (tais como o casamento e o divórcio), existem bons argumentos para que, em nome do respeito pela autonomia individual, se reconheça aos indivíduos o direito de regerem as suas vidas por regras que reflitam os seus valores religiosos. Dentro dos limites fixados pelas ordens constitucionais respetivas, os Estados europeus podem, deste modo, acomodar legitimamente normas éticas e jurídicas islâmicas, como correlato do respeito pela liberdade individual e da garantia da igualdade para as minorias<sup>49</sup>. Um maior reconhecimento das ordens jurídicas minoritárias terá, entre outras, a vantagem de diminuir o fosso entre as experiências dos indivíduos na sua vida privada e na sua interação com os poderes públicos e com a sociedade maioritária<sup>50</sup>. Poderá, além disso, contribuir para evitar situações de “limbo jurídico” que ocorrem sempre que a tutela proporcionada pelos tribunais estaduais não seja suficiente para salvaguardar a posição e os interesses dos indivíduos no seio da comunidade minoritária, como acontece, por exemplo, com as mulheres muçulmanas divorciadas pelos tribunais estaduais que necessitam de obter um divórcio religioso para poderem voltar a casar de acordo com os preceitos da sua fé e para protegerem os filhos havidos de relacionamento posterior ao divórcio do estigma de serem filhos ilegítimos<sup>51</sup>.

Por outro lado, uma política estadual de não interferência nas ordens jurídicas minoritárias, que tem sido – por omissão<sup>52</sup> – a resposta mais comum, também não se afigura adequada, na medida em que implica o risco de contribuir para a imunidade dos abusos de poder e das violações de direitos humanos no seio dos grupos minoritários, deixando desprotegidos os seus membros mais vulneráveis (as minorias dentro das minorias), ou seja, as mulheres, as crianças, os homossexuais e todos aqueles que não se revejam na

---

48 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4, 11, 20. Em idêntico sentido, Andrea Büchler observa que, ainda que a liberdade de religião não possa justificar um sistema paralelo de Direito religioso da Família, as convicções religiosas em matéria de relações familiares têm uma dimensão cultural e cabem, por isso, no direito à autodeterminação individual. Cf. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Farnham, Ashgate, 2011, p. 15.

49 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, p. 1.

50 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, p. 18.

51 Daí que Maleiha Malik recomende que, em vez de proibirem o funcionamento das ordens jurídicas minoritárias, os Estados europeus procurem assegurar que estas funcionam de modo apto a proteger os interesses das mulheres. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 29. Cf., igualmente, R. SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, pp. 5 e 22; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 37-43.

52 Ainda que possa ser apresentada como uma opção fundada em princípios liberais (como a tolerância), a não interferência no funcionamento das ordens jurídicas minoritárias resulta, as mais das vezes, da recusa por parte das autoridades estaduais em reconhecer que estas sejam verdadeiro Direito e da sua falta de empenhamento em promover a integração dos membros dos grupos minoritários na sociedade como um todo. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

leitura da tradição que é apresentada como autêntica e legítima num dado momento histórico por quem detém o poder dentro do grupo<sup>53</sup>. Estes motivos justificam igualmente que tenhamos, com Maleiha Malik, muitas reservas quanto à possibilidade de instituir sistemas judiciais separados para matérias de Direito pessoal, algo que, aliás, os muçulmanos europeus, de um modo geral, não reivindicam<sup>54</sup>. Uma tal solução aprisionaria os indivíduos em identidades minoritárias rígidas, dificultando a sua mobilidade entre diferentes referentes culturais e esferas sociais, e deixá-los-ia à mercê dos detentores do poder dentro do grupo, reforçados na sua legitimidade pelo reconhecimento oficial concedido pelo Estado<sup>55</sup>. De pouco serve, numa como noutra opções, a garantia de que os indivíduos são livres para abandonar o grupo minoritário a que pertencem e cujas normas e práticas consideram opressivas. Esta liberdade é frequentemente ilusória, atentos os laços emocionais e os compromissos religiosos que ligam os indivíduos ao grupo, e não resolve o problema da opressão dos que optam por permanecer no grupo, mas que nem por isso deixam de ser titulares de direitos comuns à população em geral e de merecer a proteção do Estado<sup>56</sup>.

Precisamente porque é necessário conciliar a proteção dos direitos dos indivíduos enquanto membros de grupos minoritários e enquanto cidadãos<sup>57</sup>, os Estados europeus

53 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6, 27-28 e 34-35.

54 Na década de 1970, a União de Organizações Islâmicas do Reino Unido (*Union of Muslim Organisations*) defendeu junto das autoridades britânicas a instituição de um sistema judicial autónomo para aplicação do Direito da Família islâmico. A campanha, que se prolongou por três décadas, acabou por esbarrar na oposição perentória do Governo. Cf. P. FOURNIER, "The reception of Muslim family laws...", *op. cit.*, p. 73. Sondagens recentemente feitas no Reino Unido sugerem que um número considerável de muçulmanos britânicos deseja a instituição de tribunais islâmicos, a funcionar com base em princípios da *Sharia*, para resolver os litígios de Direito civil entre os membros da comunidade, ainda que ressalvem que as sanções a impor por estes tribunais não poderão contrariar o Direito estadual. Tais aspirações não parecem, no entanto, ser partilhadas pelas comunidades muçulmanas presentes noutros Estados europeus. Cf. M. MALIK, "Muslim legal norms and the integration of European Muslims", *op. cit.*, pp. 16 e 19; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, p. 15. Sobre uma notória exceção, na Alemanha, cf. M. ROHE, "Islam and the democratic state under the rule of law...", *op. cit.*, pp. 223-224; IDEM, "Alternative dispute resolution in Europe...", *op. cit.*, pp. 2-3.

55 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6, 27, 31 e 36; J. EEKELAAR, "Law and community practices", in M. Maclean e J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 17-18. Estas reservas valem tanto para a instituição de sistemas judiciais separados como para o reconhecimento oficial de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, quando este reconhecimento não seja acompanhado das devidas salvaguardas. Cf. M. ROHE, "Alternative dispute resolution in Europe...", *op. cit.*, pp. 4-7. Rohe nota, no entanto, que a recusa por parte do Direito estadual em reconhecer oficialmente instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos baseadas na *Sharia* também tem os seus problemas, já que não é previsível que as pessoas deixem de recorrer a estas instâncias por elas não serem oficiais e, nesse caso, o Estado não terá meios para controlar a formação prévia e as competências dos indivíduos que assumem as funções de mediadores e árbitros (p. 8). Para uma leitura mais positiva sobre a arbitragem religiosa, cf. F. AHMED, "Religious norms in family law: Implications for group and personal autonomy", in M. Maclean e J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 33-46.

56 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 29-30 e 35; IDEM, "Muslim legal norms and the integration of European Muslims", *op. cit.*, pp. 19-21.

57 Uma ideia-chave da proposta avançada em 2008 pelo Arcebispo da Cantuária, Rowan Williams, que referimos *supra*. Segundo Williams, um sistema de *jurisdições complementares* teria a grande vantagem de ir ao encontro das necessidades dos indivíduos enquanto cidadãos e enquanto crentes, permitindo-lhes escolher a



não podem permitir-se ignorar a existência e a relevância das ordens jurídicas minoritárias a pretexto de estas não serem Direito ou constituírem um perigo para a integridade dos sistemas jurídicos estaduais, mas também não podem simplesmente oficializar demarcações identitárias e dar carta-branca aos “representantes” dos grupos minoritários, demitindo-se de qualquer responsabilidade pela proteção dos indivíduos que integram (ou são forçados a integrar) esses grupos. A interação entre as ordens jurídicas minoritárias e o Direito estadual deve ser objeto de regulação pelo sistema jurídico estadual, de modo a facilitar o diálogo e a cooperação, prevenir o isolamento das minorias, garantir o carácter voluntário da subordinação às ordens minoritárias e salvaguardar a proteção dos membros mais vulneráveis dentro destes grupos, oferecendo, ao mesmo tempo, às ordens jurídicas minoritárias e aos indivíduos que nelas se reveem o reconhecimento necessário a uma efetiva inclusão.

Continuando a acompanhar Maleiha Malik, podemos apontar três vias de prossecução deste objetivo: a “acomodação transformadora” (*transformative accommodation*), o “voluntarismo cultural” (*cultural voluntarism*) e a normalização de normas e práticas minoritárias (*mainstreaming minorities*). A primeira estratégia, cunhada por Ayelet Shachar, consiste numa forma de “governança conjunta” entre o Estado e as ordens jurídicas minoritárias, que dividem entre si os poderes de regulação de certas áreas-chave, como as relações familiares, estabelecendo, por exemplo, que o Estado regula os aspetos financeiros, enquanto a ordem jurídica minoritária dispõe sobre os aspetos cerimoniais e rituais do casamento e do divórcio. O acordo que estabeleça a repartição de poderes entre Estado e ordem jurídica minoritária fixa também “pontos de viragem” (*reversal points*) em que os indivíduos são autorizados a mudar de um sistema para o outro se assim o entenderem, de modo a assegurar que a subordinação dos indivíduos é sempre voluntária e a criar incentivos para que ambos os sistemas normativos procurem ir ao encontro das necessidades dos seus destinatários, protegendo os mais vulneráveis de entre eles. Ayelet Shachar acredita que a atribuição de poderes de autogoverno aos grupos minoritários nestes termos aumentará a responsabilidade dos líderes destes grupos e pressioná-los-á a rever as respetivas tradições, de modo a torná-las compatíveis com os princípios democráticos que regem a sociedade mais vasta em que os grupos se inserem<sup>58</sup>.

---

jurisdição a que submetem os seus assuntos, consoante a matéria, sem os obrigar a optar entre serem leais ao Estado ou à sua religião e cultura. Cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 46. Ayelet Shachar, cuja obra serviu de inspiração direta à proposta de Williams, defende que é necessária uma conceção de *cidadania diferenciada*, que contribua para combater as injustiças existentes entre grupos culturais e, simultaneamente, para promover a justiça dentro de cada grupo. Cf. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 4.

58 Cf. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions...*, *op. cit.*, pp. 117-131. Maleiha Malik concorda que este modelo tem a vantagem de potenciar reformas internas através da influência recíproca entre Direito estadual e ordens jurídicas minoritárias. A autora observa, no entanto, que o Estado nem sempre terá meios para persuadir os grupos

Este modelo tem o mérito de permitir aos indivíduos o gozo de direitos enquanto cidadãos e enquanto membros do seu grupo cultural ou religioso preferido<sup>59</sup>, mas não é isento de problemas. Mesmo que esteja reunida a vontade política de todos os potenciais envolvidos, será sempre um modelo de grande complexidade e muito difícil aplicação prática, atenta a necessidade de o Estado negociar os termos precisos da repartição de poderes, para cada área-chave e suas subdivisões, com os representantes de cada grupo minoritário presente no respetivo território<sup>60</sup>. Por outro lado, apesar de reconhecer a influência recíproca entre a ordem jurídica estadual e as ordens normativas minoritárias, este modelo acaba por subestimar os processos de hibridização jurídica em curso ao tratar uma e outras ordens normativas como blocos bem delimitados entre os quais os indivíduos optam quando chegam aos “pontos de viragem” previamente designados. Mais importante ainda, apesar de ter como ponto de partida o reconhecimento de que os indivíduos pertencem a diferentes comunidades em simultâneo, o modelo implica o risco de contribuir para a essencialização das identidades minoritárias<sup>61</sup>. Afinal, para que o Estado e os representantes das ordens jurídicas minoritárias possam acordar sobre os termos da repartição de poderes e fixar os “pontos de viragem”, é necessária uma clara definição prévia dos membros do grupo, o que nem sempre é possível ou sequer desejável, atenta a fluidez das identidades individuais.

Precisamente para refletir esta fluidez, o modelo preferido por Maleiha Malik – o “voluntarismo cultural”, cunhado por John Eekelaar<sup>62</sup> – procura maximizar a flexibilidade ao dispor do Estado e dos indivíduos nas suas interações recíprocas. A ideia aqui é a de que,

---

minoritários a abandonar normas e práticas profundamente enraizadas, sendo também duvidoso que o receio de perder jurisdição sobre os seus membros seja um incentivo suficientemente forte para que os grupos minoritários façam reformas de fundo. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 37-39. Concordamos que a resistência dos grupos minoritários a abandonar normas e práticas profundamente enraizadas é previsível e difícil de superar. Não nos parece, contudo, que o modelo alternativo preferido por Maleiha Malik – “voluntarismo cultural” – obste a esta dificuldade, apesar do otimismo manifestado pela autora a este respeito, quando fala na criação de oportunidades de diálogo entre as autoridades estaduais e os representantes das ordens jurídicas minoritárias, que podem ser usadas para incentivar os grupos a repensar as suas normas e práticas à luz de princípios constitucionais como o princípio da igualdade (pp. 42-43). Não nos parece que, neste aspeto, a proposta de Maleiha Malik seja substancialmente diferente da de Ayelet Shachar.

59 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 37.

60 Cf. J. EEKELAAR, “Law and community practices”, *op. cit.*, p. 18. Daí que as poucas experiências de “segregação jurídica” tentadas até ao momento na Europa sejam extremamente limitadas e digam respeito apenas a aspetos formais. Por exemplo, no Reino Unido, instituições islâmicas podem ser autorizadas a registar casamentos entre muçulmanos e, em Espanha, é possível aplicar regras islâmicas à regulação da celebração de casamentos entre muçulmanos. Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, *op. cit.*, pp. 98-99. Entre os Estados membros da União Europeia, a única exceção é a situação vivida na região grega da Trácia, onde, por razões históricas, a Lei islâmica é reconhecida oficialmente como um sistema jurídico paralelo ao Direito grego e os muftis (líderes espirituais e administradores das mesquitas) têm jurisdição para apreciar os litígios que oponham muçulmanos. Cf. K. TSITSELIKIS, “Personal status of Greece’s Muslims: A legal anachronism or an example of applied multiculturalism?”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, pp. 109-131.

61 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 38.

62 Cf. J. EEKELAAR, “Law and community practices”, *op. cit.*, pp. 22-30.

a qualquer momento e sem necessidade de acordo prévio entre o Estado e as ordens jurídicas minoritárias, se possa admitir que os indivíduos escolham a qual das ordens jurídicas – a estadual ou a minoritária – se subordinam. Isto significa que o Estado não cede soberania a favor das ordens jurídicas minoritárias, mas apenas se dispõe a acomodar *algumas* normas e práticas minoritárias, em nome do respeito pela autonomia individual e nos limites fixados pela ordem constitucional respetiva. O Estado mantém o poder de proibir normas e práticas minoritárias que considere contrárias aos valores fundamentais da ordem jurídica estadual ou que sejam lesivas para alguns dos membros do grupo, do mesmo modo que mantém o dever de proteger as minorias dentro das minorias<sup>63</sup>. A determinação das normas e práticas minoritárias “aceitáveis” é feita numa base estritamente casuística, o que Maleiha Malik reconhece poder ser fonte de dificuldades, por não permitir prever com segurança quando e de que modo (acomodando ou proibindo) o Estado intervirá sobre as ordens jurídicas minoritárias. A autora confia, no entanto, que, à medida que ganhe corpo um acervo jurisprudencial sobre a matéria, as respostas do Estado se tornarão mais previsíveis e a segurança jurídica poderá ser assegurada<sup>64</sup>.

Esta observação vale certamente para o Direito inglês, atenta a doutrina do precedente vinculativo que caracteriza o *common law*<sup>65</sup>. Para os sistemas jurídicos europeus continentais, de tradição romano-germânica, semelhante confiança justifica-se menos, em nosso entender, uma vez que os tribunais não estão obrigados a seguir a orientação jurisprudencial fixada em decisões anteriores e têm uma considerável margem de liberdade na interpretação dos quadros legais aplicáveis, podendo ser mais ou menos recetivos à acomodação das normas e práticas minoritárias consoante o entendimento que os concretos juízes tenham sobre o princípio do secularismo, a liberdade de religião ou crença, o princípio da igualdade e a proteção dos direitos das minorias. Como referimos *supra*, os estudos feitos sobre a acomodação de institutos de Direito islâmico na Europa revelam uma prática judicial errática. Isto não retira valor ao “voluntarismo cultural” como modelo de resposta aos desafios postos pela presença de ordens jurídicas minoritárias na Europa. O “voluntarismo cultural” afigura-se um modelo promissor, pelo que implica de respeito pela autoidentificação dos indivíduos, de abertura ao diálogo intercultural e inter-jurídico e de disponibilidade para acomodar normas e práticas minoritárias. De resto, o casuismo é em larga medida inevitável e, em muitos casos, recomendável<sup>66</sup>. Não nos parece, no en-

63 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 39-44. Isto significa, censura Prakash Shah, que o “voluntarismo cultural” preserva o *status quo*, assegurando a hegemonia da comunidade culturalmente dominante num dado Estado. Cf. P. SHAH, “Shadow boxing with community practices...”, *op. cit.*, p. 58.

64 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 42.

65 Cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 104.

66 Nesse sentido, cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 26; A. SHACHAR, “Family matters: Is there room for ‘culture’ in the courtroom?”, in W. Kymlicka *et al.* (eds.), *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 148.

tanto, que o modelo dispense um enquadramento normativo mínimo por parte do Direito estadual (definido em consulta com representantes dos grupos minoritários), de modo a deixar claro o compromisso com a acomodação das necessidades jurídicas de diferentes comunidades e indivíduos no seio de uma sociedade que se assume como cultural e etnicamente plural<sup>67</sup>. Desse modo se poderá assegurar, desde logo, que os atores jurídicos estaduais não se limitam a declarar liminarmente inaceitáveis todas as normas e práticas minoritárias invocadas em juízo e que reconhecem o direito dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários a escolher livremente se querem ser tratados nessa qualidade ou não<sup>68</sup>. Também é necessária a intervenção reguladora (e de supervisão<sup>69</sup>) do Estado para definir (e fazer observar) os termos em que os mecanismos alternativos de resolução de conflitos fundados em normas éticas e jurídicas minoritárias poderão atuar, de modo a assegurar o carácter voluntário da sujeição a estes mecanismos (e, de um modo geral, o respeito pelos padrões constitucionais)<sup>70</sup>, mas também para garantir o reconhecimento oficial das decisões proferidas nessa sede<sup>71</sup>.

Entretanto, levando a lógica do voluntarismo cultural um pouco mais longe, de modo a refletir mais fielmente os processos de hibridização jurídica em curso, podemos ainda considerar uma terceira via pela qual os Estados europeus poderão garantir a proteção dos indivíduos enquanto cidadãos e enquanto membros de grupos minoritários – a normalização (*mainstreaming*) de normas e práticas minoritárias, através da sua incorporação explícita pelo Direito estadual. A normalização pode ocorrer tanto por ação do legislador como dos tribunais e assumir diversas formas, incluindo, por exemplo, o alargamento da definição de obrigação contratual para cobrir o pagamento do dote (*mahr*) devido às

---

67 Convocamos aqui as observações feitas por Prakash Shah a propósito do modo não sistemático como as autoridades britânicas têm vindo a lidar com a acomodação das reivindicações feitas pelas comunidades minoritárias, por falta de um compromisso constitucional mais abrangente com a incorporação das necessidades jurídicas das diferentes comunidades e indivíduos numa sociedade etnicamente plural. Shah sugere que, em vez de continuar a tratar o problema através de pontuais exceções ao princípio da igualdade, se deve considerar a possibilidade de consagrar, em termos gerais, um direito a ser diferente. Cf. P. SHAH, “Transforming to accommodate?...”, *op. cit.*, p. 81.

68 No que podemos tomar como exemplo o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, nos termos do qual: “Qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade, nenhum prejuízo podendo resultar dessa escolha ou do exercício dos direitos que dela decorram”. O texto da Convenção Quadro pode ser consultado em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-1-2-1995-ets-157.html> [02.04.2016].

69 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 24.

70 Considerem-se, a este respeito, as recomendações feitas no relatório final do Projeto RELIGARE sobre as condições a fixar para o reconhecimento de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos no domínio do Direito da Família, incluindo garantias de imparcialidade e profissionalismo na atuação destes mecanismos, da possibilidade de acesso aos tribunais estaduais a qualquer momento, etc. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 22-23.

71 Cf. P. SHAH, “Transforming to accommodate?...”, *op. cit.*, p. 85.

esposas muçulmanas, o alargamento da definição legal de “filho adotivo” ou “filho de criação” para abranger as crianças muçulmanas cuja guarda seja definida sob a figura da *kafala*, o estabelecimento de exceções à lei geral, como a dispensa do uso de capacete para os motociclistas Sikh introduzida no Reino Unido pelo *Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemptions) Act 1976*, etc. Quando a normalização opera por via legislativa, o modelo tem a vantagem de conferir maior legitimidade democrática à acomodação das normas e práticas minoritárias, com benefícios para os membros das minorias e para a coesão da sociedade em geral. No entanto, esta via nem sempre estará disponível, atentos os limites impostos pela ordem constitucional dos Estados e a previsível resistência da população majoritária, pelo que a normalização poderá ser combinada com alguma forma de “voluntarismo cultural” ou de “acomodação transformadora”. De resto, o facto de uma norma minoritária ser adotada pela lei geral do Estado não deve constituir impedimento a que um indivíduo membro da minoria em causa opte, em algumas ocasiões, por sujeitar a apreciação dos litígios em que seja parte a arbitragem religiosa, em vez (ou depois) de recorrer aos tribunais estaduais<sup>72</sup>. Pense-se, por exemplo, no interesse, já referido, de muitas mulheres muçulmanas divorciadas pelos tribunais estaduais em obter também um divórcio religioso junto dos conselhos da *Sharia* ou de outras estruturas do mesmo tipo.

Atentos os dados convocados na secção que se segue, podemos dizer que há bons indicadores de que a *normalização* de normas e práticas de Direito islâmico já vem a acontecer, em certa medida, nos tribunais estaduais europeus, à semelhança do que se passa noutros lugares do mundo dito ocidental, para conforto de alguns, mas sobretudo para desassossego de muitos<sup>73</sup>. De qualquer modo, ao que tudo indica, sem pôr em causa a integridade dos sistemas jurídicos estaduais ou subverter os seus princípios estruturantes<sup>74</sup>.

## 2. Muçulmanos e *Sharia* na prática dos tribunais estaduais europeus

Dir-se-á que os tribunais estaduais europeus, quando confrontados com normas ou práticas islâmicas, se limitam a fazer uma ponderação de interesses conflitantes, como em qualquer outro caso concreto, seja multicultural ou monocultural. Nada de novo, por-

---

72 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 44-49.

73 Para um libelo contra a incursão da Lei islâmica no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, considere-se, por exemplo, a brochura publicada, em 2014, pelo Center for Security Policy Press, com o título *Shariah in American Courts: The Expanding Incursion of Islamic Law in the U.S. Legal System*.

74 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 5.

tanto<sup>75</sup>. Entre os comentadores da prática judicial europeia, no entanto, a ideia dominante é a de que o encontro dos tribunais estaduais com o Direito e a cultura islâmicos tem sido complicado, seja pelo desconforto dos juízes europeus em lidar com “matérias religiosas”, seja pela ausência de institutos jurídicos equivalentes aos de Direito islâmico na *lex fori*, seja ainda pela preocupação generalizada com a possível violação de direitos humanos, sobretudo o direito das mulheres a um tratamento não discriminatório<sup>76</sup>. Não raro, a intervenção dos tribunais – quando estes atendem, mas também quando desatendem pretensões cultural/religiosamente fundadas – é seguida pela adoção de soluções legislativas de sentido contrário<sup>77</sup>.

O quadro esboçado nas secções que se seguem é necessariamente impressionista, com exemplos retirados de várias jurisdições estaduais diferentes, ao sabor da atenção que os assuntos têm merecido na doutrina. Por razões que se prendem com a economia desta já longa narrativa, atentaremos apenas em algumas das questões mais discutidas pelos tribunais em domínios-chave do Direito Privado e do Direito Público<sup>78</sup>, como são o Direito da Família e o Direito Penal<sup>79</sup>, deixando de fora, entre outros pontos de interesse,

---

75 Essa parece ser uma perspectiva muito comum, por exemplo, entre os juízes holandeses, como observa André J. Hoekema. Cf. A. J. HOEKEMA, “Does the Dutch judiciary pluralize...”, *op. cit.*, p. 194.

76 Nesse sentido, cf., por exemplo, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 4-7 e 14.

77 Dois exemplos apenas, dos muitos exemplos possíveis. Em julho de 1980, o Supremo Tribunal Administrativo francês, numa decisão emblemática, considerou que a concessão de autorização de residência à segunda esposa de um indivíduo originário da Argélia não poderia ser recusada com fundamento nos princípios de ordem pública do Estado francês, ao que o governo reagiu propondo legislação que veio negar expressamente a possibilidade de reagrupamento familiar com as segundas esposas e os filhos destas (enquanto estas forem vivas). Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, pp. 68-69. Em maio de 2012, um tribunal alemão considerou que a circuncisão por motivos religiosos constituía uma ofensa corporal e que o direito constitucional da criança à integridade física se sobrepunha ao direito dos pais à liberdade de religião. A decisão motivou o protesto de vários líderes religiosos e, em dezembro desse mesmo ano, foi aprovada uma lei que veio permitir a circuncisão não terapêutica, desde que levada a cabo de acordo com as *legis artis* da profissão médica e desde que não prejudique a saúde da criança. A lei também veio permitir a realização da intervenção por indivíduos (não médicos) escolhidos pela comunidade religiosa, desde que provem ter formação adequada. Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, *cit.*, p. 10.

78 Usamos aqui a divisão Direito Público/Direito Privado por simplicidade de discurso, mas isso não significa que possamos ignorar a transversalidade disciplinar das questões postas aos sistemas jurídicos europeus no momento de acomodar ou rejeitar a acomodação de normas e práticas de fundamento religioso. Por exemplo, o transplante do instituto islâmico do dote (*mahr*) para os tribunais ocidentais tem lugar no cruzamento de diversas disciplinas – Direito da Família, Direito dos Contratos, Direito Constitucional, Direito Islâmico, etc. Cf. P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts...*, *op. cit.*, p. 2.

79 Tanto o Direito Penal como o Direito da Família são domínios em que as decisões judiciais são “altamente individualizadas”, para usarmos a expressão de Ayelet Shachar, e em que, por isso mesmo, é necessária uma avaliação abrangente das circunstâncias em que vivem as partes envolvidas, entre as quais a religião e a cultura podem assumir um papel importante. Pelo que ficou dito até aqui, não surpreenderá que advogemos (com Shachar, Renteln e outros) que a cultura e a religião sejam incluídas no conjunto de aspetos a ter presentes na determinação da culpa do agente ou do interesse superior da criança, por exemplo. Isto não requer que nos afastemos dos valores estruturantes dos sistemas jurídicos europeus, incluindo o princípio da igualdade. Cf. A. SHACHAR, “Family matters...”, *op. cit.*, pp. 133 e 148; A. D. RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, in M.-C. Foblets e A. D. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 62; P. JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: o contributo da Antropologia para uma

a miríade de decisões judiciais sobre o uso do véu islâmico (por alunas, funcionárias e docentes nas escolas públicas, por funcionárias de serviços públicos e de empresas privadas com serviço ao público, etc.)<sup>80</sup> e sobre despedimentos de trabalhadores muçulmanos por faltas dadas no cumprimento de regras de observância religiosa<sup>81</sup>.

No domínio do Direito Privado, as questões mais frequentemente discutidas perante os tribunais europeus prendem-se com os requisitos de validade dos casamentos, com o pagamento do dote e com o reconhecimento de casamentos celebrados ou de divórcios decretados no estrangeiro ao abrigo de normas de Direito religioso ou de Direito estrangeiro de fundamento religioso<sup>82</sup>. Conceitos e institutos jurídicos fundados no Direito islâmico da família têm vindo a penetrar os sistemas jurídicos europeus por duas vias: *a*) através da aplicação de regras de Direito Internacional Privado (DIP), quando estas determinam como lei competente para as matérias do estatuto pessoal dos indivíduos a lei em vigor no respetivo Estado de nacionalidade (solução-regra na generalidade dos Estados europeus continentais); e *b*) através da interpretação de disposições (seculares) de Direito interno<sup>83</sup>. Quando as partes no litígio são estrangeiros, a operação das regras de conflitos pode implicar a aplicação de disposições de Direito estrangeiro com fundamento religioso (como acontece, por exemplo, com o Código da Família do Reino de Marrocos, largamente fundado na *Sharia*), um resultado que só poderá ser afastado se se concluir que a aplicação de tais disposições é contrária a princípios de ordem pública do Estado do foro, tais como o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Quando as partes no litígio têm a nacionalidade do Estado do foro, o que é cada vez mais frequente, as normas éticas e jurídicas de origem islâmica poderão ser atendidas ou não pelos tribunais, dependendo do entendimento que os concretos juízes tenham do que sejam as exigências impostas pelo princípio do secularismo, pela liberdade de religião ou crença, pelo princípio da igualdade e pela proteção dos direitos das minorias<sup>84</sup>. Tudo depende, a final, da sensibilidade dos juízes, o que torna imprevisível a interação entre a diversidade cultural e a prática judicial.

---

densificação 'culturalista' dos direitos fundamentais", in *Scientia Iuridica*, tomo LX, n.º 326, 2011, pp. 370-371.

80 Sobre o tema, cf., entre outros, P. JERÓNIMO, "Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa...", *op. cit.*, pp. 105-130; AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, *cit.*, pp. 78-80; AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 11-12 e 14-16.

81 Sobre o tema, cf., entre outros, AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 11-12.

82 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19.

83 Cf. P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts...*, *op. cit.*, p. 1; IDEM, "The reception of Muslim family laws...", *op. cit.*, p. 65.

84 Nestes casos, está fora de questão a aplicação de Direito estrangeiro por força da operação de regras de conflitos. Como nota Andrea Büchler, as regras de conflitos não resolvem as situações familiares transculturais enquanto tais, já que só entram em campo se uma das partes no litígio não tiver a nacionalidade do Estado do foro. Se as partes no litígio forem nacionais do Estado do foro, as regras de conflitos não são aplicáveis, por mais que o entendimento que as partes tenham sobre a questão familiar *sub judice* seja condicionado por convicções fundadas noutras culturas. Cf. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 27.

No domínio do Direito Público, concretamente do Direito Penal, as questões recorrentes dizem respeito aos chamados “crimes de honra” – por norma, homicídios perpetrados contra jovens mulheres muçulmanas por membros da sua família, para preservar a honra da família, da comunidade ou da própria fé<sup>85</sup> –, à violência doméstica e aos abusos sexuais de menores no quadro de casamentos arranjados (quando não mesmo forçados) envolvendo meninas com menos de 18 anos. Os aspetos mais discutidos a este propósito nos últimos anos prendem-se com a admissibilidade de informação cultural em juízo, para contextualizar e explicar a prática do comportamento ilícito e eventualmente mitigar a medida da sanção penal, o que se insere no debate mais alargado sobre o “argumento da exceção cultural” (*cultural defense*)<sup>86</sup>.

### 2.1. A reação habitual: recusa de qualquer relevância a “argumentos islâmicos”

Não falta quem atribua aos juízes europeus um papel importante na adaptação de exigências islâmicas às leis seculares ocidentais e até na definição de versões europeias da *Sharia*<sup>87</sup>. Por norma, no entanto, os juízes europeus mostram-se relutantes em reconhecer relevância às normas éticas e jurídicas de origem islâmica, o que justificam invocando o seu papel como “juízes seculares”<sup>88</sup>, a unidade do sistema jurídico e o respeito pelos direitos fundamentais. Isto é assim, apesar de ser incontroverso que o secularismo pode assumir múltiplas formas (nem todas incompatíveis com o reconhecimento da religião no espaço público)<sup>89</sup>, que a unidade do sistema jurídico não significa a existência

---

85 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense in Germany”, in M.-C. Foblets e A. D. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 229. Apesar de a designação “crimes de honra” ser comumente usada para referir apenas os homicídios praticados no seio de famílias muçulmanas, importa notar, com Sylvia Maier, que a violência contra mulheres em nome da honra do marido ou da família não constitui uma especificidade islâmica e que muitos dos “crimes passionais” ocorridos no seio de famílias católicas ou protestantes na Europa também são crimes de honra (p. 234).

86 Sobre o tema, cf. M.-C. FOBLETS e A. D. RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009; W. KYMLICKA et al. (eds.), *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

87 Nesse sentido, cf. J. CESARI et al., *Islam and Fundamental Rights in Europe*, op. cit., pp. 17-19 e 47.

88 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, op. cit., p. 1.

89 A separação entre Estado e Igrejas, implicada pelo princípio do secularismo, é uma característica comum à generalidade das democracias ocidentais, mas conhece interpretações e desenvolvimentos muito diferentes em diferentes países. Na Europa, o facto de a maioria dos Estados se assumir como secular não impede que muitos mantenham relações e prestem apoio a uma ou mais organizações ou comunidades religiosas, incluindo através da concessão de subsídios e do pagamento de salários aos ministros de culto, nem que respeitem a presença de símbolos religiosos (da religião maioritária e de religiões minoritárias) no espaço público. Para uma visão panorâmica das várias interpretações do princípio do secularismo e da neutralidade confessional do Estado na Europa, cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, cit., pp. 5-6. Importa também não subestimar aquele que é, na expressão de Maarit Jänterä-Jareborg, um dos “paradoxos do secularismo comumente ignorados”: o facto de o Direito estadual – nomeadamente no domínio do Direito da família – continuar a refletir valores que estão em sintonia com a religião dominante. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, op. cit., p. 8.



de um único centro de produção normativa e que o respeito pelos direitos fundamentais (e.g., a igualdade e a liberdade de religião) não só não impede como pode justificar o reconhecimento do direito das pessoas pertencentes a minorias a viverem de acordo com valores e regras próprios da sua religião e cultura<sup>90</sup>. O princípio da igualdade pode ser interpretado num sentido substantivo, inteiramente compatível com um tratamento diferenciado das minorias e apto a promover a inclusão social<sup>91</sup>, mas os tribunais estaduais europeus tendem a refugiar-se numa interpretação formalista do princípio da igualdade para recusar as pretensões religiosamente fundadas dos muçulmanos. Apesar de muito desenvolvida na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a noção de discriminação indireta – da maior relevância em casos envolvendo muçulmanos – tem merecido uma grande resistência por parte dos tribunais nacionais, que têm dificuldade em aceitar a ideia de que a discriminação possa ocorrer quando se aplicam regras de carácter geral e (aparentemente) neutro<sup>92</sup>. A relutância judicial em reconhecer como válidas as pretensões avançadas por muçulmanos em nome do princípio da igualdade ou da liberdade de religião tem levado muitos muçulmanos a desconfiar dos tribunais e a recorrer a meios alternativos de resolução de litígios, como as formas de arbitragem religiosa referidas *supra*.

Quando o que está em causa é a aplicação de normas de Direito estrangeiro fundado na *Sharia* ou o reconhecimento de situações jurídicas constituídas ao abrigo de normas desse tipo, os tribunais estaduais europeus invocam frequentemente princípios de ordem pública – sobretudo o princípio da igualdade de género – para limitar aquela aplicação ou aquele reconhecimento<sup>93</sup>. É o que se passa com casos envolvendo divórcios *talaq*, por repúdio do marido, e casamentos poligâmicos.

Pascale Fournier refere, por exemplo, as cinco decisões proferidas, em 2004, pela primeira secção cível do Supremo Tribunal de Justiça francês, que recusaram reconhecer o *talaq* como uma forma legítima de divórcio, por este ser contrário à ordem pública do

---

90 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms...”, *op. cit.*, p. 1. Por exemplo, na Bélgica, é o recurso à proteção de direitos fundamentais (como a liberdade religiosa e a liberdade de expressão) que permite aos tribunais aplicar, numa base estritamente casuística, regras ditas islâmicas. Cf. M.-C. FOGLETS e B. DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, *op. cit.*, pp. 57-71. Em idêntico sentido, Maarit Jänterä-Jareborg observa, a propósito de diferentes decisões de tribunais suecos e dinamarqueses, que as preocupações com a proteção de direitos humanos podem funcionar em dois sentidos, ou seja, nuns casos a favor e noutros casos contra o reconhecimento de valores religiosos e culturais. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 21.

91 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 9 e 13-14.

92 Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, *cit.*, p. 71.

93 Se o resultado da aplicação de Direito estrangeiro ou do reconhecimento de decisão proferida ao abrigo de Direito estrangeiro for considerado incompatível com princípios jurídicos ou valores fundamentais do Estado europeu em causa, o Direito estrangeiro não será aplicado e a decisão não será reconhecida. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19; A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 40.

Estado francês em geral e ao princípio da igualdade de género em particular<sup>94</sup>. Também na Alemanha, o *talaq* é considerado contrário à ordem pública por violar as disposições constitucionais alemãs sobre igualdade de género (já que a mulher não tem qualquer voto na matéria) e, enquanto tal, não é reconhecido pelos tribunais<sup>95</sup>. A tendência dominante nos últimos anos parece ser a de recusar o reconhecimento de divórcios *talaq* validamente decretados no Estado de origem das partes, em nome dos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídica do foro, sem atenção às circunstâncias específicas de cada caso concreto, às ligações existentes com o Estado do foro e à justiça do resultado<sup>96</sup>.

No que respeita ao reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos, os tribunais franceses adotam posições muito diferentes consoante os casamentos tenham sido celebrados em França ou num Estado estrangeiro que permita a poligamia, ainda que princípios de ordem pública possam ser invocados em qualquer dos casos para impedir o reconhecimento. Os casamentos poligâmicos celebrados em França não produzem quaisquer efeitos jurídicos, mesmo que os esposos sejam originários de Estados que permitem a poligamia. O segundo casamento é nulo. Tem sido com este fundamento que os tribunais franceses têm vindo a negar subsídios da segurança social e pensões de alimentos a mulheres muçulmanas a viver em relações poligâmicas em França. Em 1988, por exemplo, o Tribunal de Recurso de Aix-en-Provence recusou a concessão de uma pensão de alimentos a uma requerente muçulmana, por esta ser a segunda esposa do seu marido e por a poligamia ser contrária à ordem pública do Estado francês. Se o casamento tiver sido celebrado no Estado estrangeiro de que os cônjuges são nacionais, ser-lhe-ão reconhecidos alguns efeitos jurídicos em França, desde que o casamento não viole a ordem pública francesa (por envolver menores de idade, por exemplo)<sup>97</sup>. Alguns tribunais estaduais europeus vão ainda mais longe na recusa categórica de reconhecer casamentos poligâmicos. Considere-se, por exemplo, o caso ocorrido na Dinamarca, de que dá conta Maarit Jänterä-Jareborg, em que razões de ordem pública determinaram a anulação *ex officio* do segundo casamento (celebrado no Iraque) de um intérprete iraquiano a quem as autoridades dinamarquesas haviam concedido o estatuto de refugiado

---

94 A autora nota, no entanto, que, nas décadas de 1980 e 1990, os tribunais franceses reconheceram efeitos jurídicos aos divórcios *talaq*, devido a compromissos assumidos pelo Estado francês no âmbito de acordos bilaterais com a Argélia e com Marrocos. Nestes casos, o reconhecimento de efeitos jurídicos a divórcios *talaq* dependia de o *talaq* ser pronunciado no estrangeiro e de ambos os cônjuges se apresentarem perante um tribunal francês para testemunhar esse facto. Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 69.

95 Uma vez que a preocupação dos tribunais alemães é com o direito da mulher a ser ouvida, vários tribunais têm-se mostrado dispostos a reconhecer o *talaq* se a esposa comparecer em juízo e confirmar que concorda com a dissolução do casamento. Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

96 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 24.

97 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 68.

por razões humanitárias. O intérprete havia auxiliado as tropas dinamarquesas no Iraque, pelo que tanto ele como as suas duas esposas corriam risco de vida se permanecessem no país. Perante a recusa do intérprete e das suas esposas em dissolverem qualquer dos casamentos e perante a prova de que a posição social e jurídica das esposas se tornaria extremamente vulnerável caso estas ficassem no Iraque sem o marido, as autoridades dinamarquesas concederam asilo ao intérprete e a ambas as esposas, mas, logo após a sua chegada à Dinamarca, o segundo casamento foi anulado, para desespero dos três, que acabaram por optar por regressar ao Iraque<sup>98</sup>. Também aqui, a tendência dominante nos últimos anos parece ser no sentido de recusar o reconhecimento de efeitos jurídicos a todos os casamentos poligâmicos, independentemente da validade destes casamentos no Estado em que foram celebrados, das ligações dos cônjuges a esse Estado, das circunstâncias em que o casamento foi celebrado, do período de tempo entretanto decorrido, do interesse das partes na manutenção do casamento, etc.<sup>99</sup>.

Esta desconsideração pelas leis, costumes e práticas religiosas dos Estados de origem de indivíduos parte em casamentos poligâmicos ou em divórcios *talaq* é justificada por respeito aos princípios de ordem pública do Estado do foro, o que equivale a dizer por respeito às normas de direitos fundamentais. A frequente invocação de princípios de ordem pública neste contexto afigura-se muito problemática e tem sido criticada na doutrina. Como nota Andrea Büchler, não existem, nas ordens jurídicas dos Estados europeus, definições claras e coerentes sobre o que seja a *ordem pública*, um conceito que parece ser invocado pelos tribunais de modo inteiramente casuístico, se não aleatório, o que é surpreendente atentas as implicações normativas do conceito<sup>100</sup>. Sendo como é um conceito esquivo, de difícil densificação e em permanente evolução, a *ordem pública* dá aos tribunais uma grande margem de discricionariedade no momento de decidir se/ como aplicar e interpretar normas de Direito estrangeiro ou reconhecer os seus efeitos<sup>101</sup>. Para além disso, não parece haver dúvidas de que esconde ideais de família e de casamento que são culturalmente específicos e têm subjacente uma moral cristã<sup>102</sup>. É também duvidoso que, nos termos em que tem vindo a ser usada pelos tribunais europeus, a exceção de ordem pública sirva efetivamente para salvaguardar direitos fundamentais.

---

98 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 16. Maarit Jänterä-Jareborg critica a intransigência das autoridades dinamarquesas neste caso, pela sua indiferença a aspetos relevantes como são a validade jurídica do casamento no Estado onde este foi celebrado e o facto de nenhum dos cônjuges ser nacional dinamarquês ou residente na Dinamarca ao tempo do casamento (p. 18).

99 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 24-25.

100 Cf. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 41.

101 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 10; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 30.

102 Cf. A. BÜCHLER e A. LATIF, “Judicial encounters with Islamic and Middle Eastern family law in Switzerland from a private international law perspective – marriage and divorce”, in E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2014, pp. 55-79.

Maarit Jänterä-Jareborg pergunta por que motivo é que, apesar da abertura revelada na interpretação do direito à vida privada e familiar (em especial pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), a vida familiar nos casos de casamentos poligâmicos não pode ser considerada digna de proteção quando as partes se considerem uma família e desejem ser reconhecidas como tal<sup>103</sup>. A autora observa ainda que, muitas vezes, o tipo de casamento celebrado ou de divórcio decretado é a única solução jurídica ao alcance dos indivíduos no seu Estado de origem, pelo que uma recusa de reconhecimento em tais casos pode constituir uma forma de discriminação contra grupos étnicos ou religiosos específicos e contribuir para relações ou situações jurídicas inseguras. Daí que a autora conclua – bem – que um categórico não reconhecimento de qualquer norma de Direito estrangeiro, sem atenção às circunstâncias do caso concreto, não cumpre os requisitos exigidos de um sistema jurídico numa sociedade crescentemente plural<sup>104</sup>. Em sentido semelhante, o estudo RELIGARE recomendou que as necessidades específicas das novas minorias religiosas sejam tomadas em consideração e que, apesar da importância dos princípios de ordem pública, seja dada prioridade a soluções sustentáveis ao abrigo da lei aplicável, o que pode exigir, em certas condições, o reconhecimento de decisões proferidas nos Estados de origem dos cônjuges<sup>105</sup>.

No domínio do Direito Penal, não parecem existir dúvidas de que a lei do Estado onde o ilícito penal é praticado é a lei aplicável à apreciação dos factos. Não se discute, portanto, a aplicabilidade de Direito estrangeiro. O que pode discutir-se é a relevância de fatores culturais/religiosos para a apreciação da culpa do agente e para a determinação da medida da pena. De um modo geral, os tribunais estaduais na Europa não se mostram recetivos à admissão de prova ou argumentos culturais em juízo<sup>106</sup>. Isso não significa que sejam *culture-blind*. Apesar de os arguidos muçulmanos estarem protegidos por disposições constitucionais sobre igualdade, não discriminação e garantias processuais em geral, não raro, a sua condição de muçulmanos é vista como um indicador de perigosidade e pesa (negativamente) na apreciação que os tribunais fazem sobre a sua culpa. Pode mesmo falar-se numa *criminalização da cultura*, para designar a tendência, observável na Europa, de os órgãos legislativos criarem novos tipos de crime para cobrir expressamente práticas ilícitas culturalmente conotadas, como a excisão feminina, e de os órgãos judiciais aplicarem a lei penal geral de modo a deixar bem vincada a repugnância merecida por crimes com motivações religiosas ou culturais<sup>107</sup>.

---

103 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 25.

104 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 25.

105 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 21.

106 Uma tendência observável de um modo geral nos tribunais dos Estados ocidentais. Cf. A. D. RENTELN, “The use and abuse...”, *op. cit.*, p. 61.

107 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, in M.-C. Foblets

É assim, claramente, com o modo como têm vindo a ser tratados, sobretudo desde setembro de 2001, os chamados “crimes de honra”, em Estados como a Alemanha e os Países Baixos. Na Alemanha, a questão jurídica fundamental no julgamento de homicídios deste tipo tem sido a de saber se o desejo do arguido de restaurar a própria honra ou a honra da sua família constitui ou não um “motivo baixo”, revelador de especial perversidade. Em caso afirmativo, tratar-se-á de um homicídio qualificado; em caso negativo, tratar-se-á de um homicídio simples, com uma moldura penal mais branda. Durante várias décadas, a tendência dominante entre os tribunais alemães foi a de rejeitar que estivesse preenchido o requisito de “motivo baixo” para a condenação por homicídio qualificado. Tomando em consideração o enquadramento cultural dos arguidos, os tribunais alemães concluíaam que o crime havia sido culturalmente motivado e que a restauração da honra não só não constituía um motivo baixo no seio da comunidade religiosa/cultural de origem dos arguidos, como podia até ser moralmente exigida pela sua religião/cultura<sup>108</sup>. Esta “excessiva complacência” foi duramente criticada na doutrina, ainda que, ao que tudo indica, em nenhum caso a consideração de argumentos culturais tenha conduzido à absolvição dos arguidos<sup>109</sup>. Em janeiro de 2004, numa decisão emblemática daquela que alguns autores esperam que seja a nova tendência da prática judicial alemã<sup>110</sup>, o Supremo Tribunal Federal alemão rejeitou expressamente a admissibilidade de argumentos culturais para defender a prática de crimes de honra e afirmou que os homicidas que matam para restaurar a sua honra atuam com base em motivos baixos<sup>111</sup>. O arguido, um imigrante turco que havia esfaqueado a sua esposa por esta querer divorciar-se dele, argumentara em tribunal que a intenção da esposa constituía uma ofensa imperdoável à sua honra e que, na sua cultura de origem, o homicídio da mulher era um direito e dever do marido em tais circunstâncias. O Tribunal rejeitou categoricamente estes argumentos, afirmando que o padrão a usar na apreciação dos motivos subjacentes à prática de qualquer ato ilícito tem de ser o dos valores e ideias da sociedade alemã e não os valores de uma comunidade étnica minoritária<sup>112</sup>. Esta decisão foi saudada com entusiasmo, como referimos. Estudos recentes indicam, no entanto, que muitos tribunais alemães continuam a não qualificar os homicídios por razões de honra como crimes por motivos baixos e, por vezes, chegam mesmo a tomar em consideração fatores culturais para atenuar a

---

e A. D. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 149.

108 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 234.

109 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 242.

110 Essa é claramente a esperança manifestada por Sylvia Maier, ainda que a autora reconheça que continua a não existir uma posição jurisprudencial coerente e inequívoca a nível regional e federal. Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, pp. 229-230, 240, 242 e 244.

111 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 240.

112 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 243.

pena, por entenderem que o ambiente familiar exerceu uma pressão muito grande sobre os indivíduos, sobretudo quando se trata de arguidos mais jovens<sup>113</sup>.

Nos Países Baixos, o número de homicídios considerados “crimes de honra” é menor do que o verificado na Alemanha, mas a evolução da posição dos tribunais nesta matéria parece seguir um fio semelhante ao dos seus congêneres alemães. Também aqui, a questão jurídica chave consiste em saber se o desejo de defender a honra constitui um motivo de agravamento do tipo de crime ou não. Segundo Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde, na década de 1970, os tribunais foram muito complacentes com os crimes de honra, impondo penas pouco severas<sup>114</sup>. No final da década de 1990, um caso emblemático sinalizou uma importante mudança de tendência. Em 1999, uma mulher turca foi mortalmente baleada pelo marido quando se encontrava escondida numa casa-abrigo para vítimas de violência doméstica. Perante o Tribunal Distrital de Dordrecht, o marido disse ter agido para preservar a sua honra, já que a vítima estava envolvida com outro homem apesar de continuar casada consigo. Este argumento foi rejeitado com veemência pelo Tribunal, que afirmou querer que a sua pronúncia tivesse um efeito de prevenção geral. Segundo o Tribunal, na ordem jurídica holandesa, a ideia de que a honra atacada deve ser vingada não pode, de modo nenhum, servir de desculpa para o uso de violência contra quem quer que seja, pelo que uma tal motivação nunca poderia ter um efeito mitigante na apreciação de um crime de homicídio. O Tribunal afirmou ainda que o enquadramento pessoal do arguido – a sua família e comunidade – era parte do problema, já que a valorização da honra da família poderia levar o arguido a voltar a usar de violência no futuro<sup>115</sup>. Apesar do impacto desta decisão, continuam a existir juízes holandeses dispostos a tomar em consideração argumentos culturais e a pesá-los como circunstâncias atenuantes na apreciação de crimes de honra, mas, quando o fazem, deixam muito claro o seu desdém por este tipo de crimes, apresentando-os como consequência do “*background primitivo*” do arguido ou do seu estado de espírito arcaico<sup>116</sup>. Seja como for, o argumento “defesa da honra” é cada vez mais usado como agravante na prática judicial holandesa. Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde referem, por exemplo, as afirmações proferidas por um Procurador do Ministério Público holandês que disse ter a intenção de pedir imediatamente a pena mais pesada caso viesse a determinar-se em juízo que o arguido (um imigrante turco que esfaqueara mortalmente a sua mulher) agira para defender a sua honra<sup>117</sup>. Os

113 Informação disponível em <http://www.spiegel.de/international/germany/lenient-courts-german-justice-slammed-in-honor-killing-study-a-777997.html> [05.05.2016].

114 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 163-164.

115 Esta tendência para atribuir a responsabilidade penal não apenas ao direto autor da violência, mas também a membros da sua família tem sido seguida em decisões posteriores. Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 164-165.

116 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, p. 165.

117 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, p. 167.

autores alertam – em nosso entender, muito bem – para os riscos que daqui decorrem para os direitos de defesa dos arguidos e recordam que os crimes de honra devem ser julgados como qualquer outro crime, assegurando aos arguidos a oportunidade de explicar os motivos pelos quais agiram<sup>118</sup> e respeitando as garantias de uma justiça individualizada em que a pena não exceda a medida da culpa.

## 2.2. Pontual reconhecimento de relevância a argumentos islâmicos e aceitação de transplantes jurídicos

Do que ficou dito na secção anterior, resulta já claro que, apesar daquela tendência dominante, em algumas circunstâncias pontuais, os tribunais europeus se mostram disponíveis para reconhecer a relevância de argumentos culturais e religiosos islâmicos, inclusive através da acomodação de institutos de Direito estrangeiro fundados na *Sharia*, o que podemos designar por *transplantes jurídicos*, para usarmos a expressão cunhada por Alan Watson<sup>119</sup>. É assim, sobretudo, no domínio do estatuto pessoal, por operação de regras de DIP. As razões de ordem pública são, por vezes, afastadas em nome de considerações estritamente pragmáticas, de modo a não perturbar situações já constituídas e estabilizadas e a proteger os interesses de mulheres e crianças<sup>120</sup>. E o mesmo vale para as “dificuldades técnicas”<sup>121</sup> associadas à incorporação de institutos jurídicos de Direito islâmico sem correspondência na *lex fori*. Daí que a maioria dos casos em que os tribunais europeus se mostram disponíveis para acomodar normas e práticas islâmicas envolva o instituto do dote (*mahr*).

Na Alemanha, por exemplo, apesar das reservas manifestadas na doutrina sobre a possibilidade de exigir judicialmente o cumprimento de um contrato de *mahr*, atenta a sua difícil classificação jurídica (seja como contrato de casamento ou como prestação de alimentos subsequente ao divórcio), os tribunais têm vindo a desvalorizar o facto de o instituto não ter equivalente no Direito alemão e a reconhecer o *mahr* enquanto parte integrante dos costumes muçulmanos, pelo que, na maioria dos casos, acabam por concluir que os maridos têm o dever de pagar o valor acordado<sup>122</sup>. De modo não muito diferente, também os tribunais suecos têm vindo a mostrar-se disponíveis para reconhecer o ins-

118 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 166-169 e 171.

119 Cf. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.ª ed., Atenas e Londres, The University of Georgia Press, 1993, pp. 21-30 e 95-101.

120 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 10.

121 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

122 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72. Segundo a autora, também os tribunais franceses têm vindo a reconhecer o *mahr*, em cumprimento de regras de Direito Internacional Privado, ainda que não sejam muito numerosos os casos submetidos a apreciação judicial (p. 69).

tituto e deferir os pedidos feitos pelas esposas muçulmanas, uma abertura que ajuda a explicar, segundo Maarit Jänterä-Jareborg, o elevado número de casos submetidos todos os anos a estes tribunais<sup>123</sup>. Num caso decidido em 2011, uma mulher iraniana pediu ao tribunal que o seu ex-marido, um indivíduo com dupla nacionalidade iraniana e sueca, fosse obrigado a pagar o dote (114 moedas de ouro) acordado aquando da celebração do casamento no Irão. O marido contestou o pedido alegando que, depois de chegar à Suécia, a esposa havia renunciado ao pagamento do dote através de um acordo assinado na embaixada iraniana em Estocolmo. O marido alegou ainda que o casamento era um casamento de conveniência, concluído apenas para permitir à esposa a obtenção de um visto para entrar na Suécia, e que tinha deixado claro à esposa, antes do casamento, que não concordava com a visão iraniana tradicional sobre o casamento nem com a legitimidade dos acordos sobre o dote e que se dispunha a celebrar o acordo apenas para manter as aparências no Irão. O tribunal de primeira instância ponderou as circunstâncias do caso, em especial o valor do dote acordado e as condições em que este fora negociado no Irão, a posição das mulheres na cultura de origem das partes e a total dependência da mulher em relação ao marido depois da sua chegada à Suécia, para concluir que a renúncia ao dote acordado não podia ter sido voluntária, sendo por isso inválida, inclusive à luz do Direito iraniano<sup>124</sup>. Um outro caso, de 2012, envolveu um casal de iranianos que tinham acordado um dote de 700 moedas de ouro aquando da celebração do seu casamento no Irão. Ao tempo do casamento, a esposa residia na Suécia havia dez anos. O casal separou-se pouco depois da chegada do marido à Suécia e o casamento foi dissolvido por decisão judicial de um tribunal sueco, na sequência de pedido da esposa, ao qual o marido se opôs. Quando a decisão judicial que dissolveu o casamento transitou em julgado, a esposa iniciou um processo judicial para exigir o pagamento do dote acordado. O marido recusou-se a reconhecer o direito da ex-mulher ao dote por, entre outros motivos, a mulher ter concordado oralmente em não reivindicar o dote e por o acordo sobre o *mahr* ter servido apenas uma função simbólica. O acordo havia sido celebrado por insistência da esposa e da família dela, mas apenas depois de o noivo e a sua família terem sido informados pela embaixada iraniana em Estocolmo de que o acordo não produziria efeitos na Suécia. A esposa tinha, de qualquer modo, segundo o marido, perdido o direito ao dote depois de o casamento ter sido dissolvido na Suécia por iniciativa dela. O tribunal de primeira instância concluiu que o marido não havia conseguido provar a existência do acordo verbal pelo qual a esposa teria renunciado ao dote, nem a natureza simbólica do acordo de *mahr*. A informa-

---

123 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 16.

124 O tribunal de recurso revogou esta decisão, por considerar que cabia à esposa provar que a renúncia fora obtida mediante coação e ameaças e que era inválida à luz do Direito iraniano. Maarit Jänterä-Jareborg observa que esta decisão do tribunal de recurso é excepcional no quadro de uma jurisprudência largamente favorável ao reconhecimento dos direitos das mulheres muçulmanas à obtenção do dote. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 16-17.



ção disponibilizada ao tribunal sobre o conteúdo do Direito iraniano indicava que o divórcio decretado pelo tribunal sueco não seria reconhecido no Irão. Invocando o princípio de leal interpretação do Direito estrangeiro, o tribunal concluiu que a esposa tinha direito ao dote acordado, uma vez que as partes continuavam casadas à luz do Direito iraniano<sup>125</sup>. Como observa Maarit Jänterä-Jareborg, estas decisões mostram que os tribunais suecos são flexíveis o suficiente para reconhecerem um instituto jurídico estrangeiro sem correspondência no Direito sueco, mas também que, quando o fazem, procuram ajustar o instituto à lei do foro, desde logo, por deferência à tendência geral do Direito da família sueco para proteger a parte mais fraca<sup>126</sup>. Do que se trata, portanto, é sobretudo de proteger os interesses das mulheres, em homenagem a valores fundamentais do Estado do foro, e não propriamente de transplantar o instituto jurídico na íntegra, o que explica que, por vezes, o reconhecimento do *mahr* seja feito com desconsideração por regras de Direito estrangeiro relativas ao instituto, como parece ter acontecido no segundo caso sueco acabado de referir, já que o facto de a esposa ter iniciado o divórcio não teve aqui o efeito de perda do direito ao dote que teria no Irão.

A proteção dos interesses das mulheres explica igualmente as pontuais concessões a normas e práticas islâmicas verificadas em casos envolvendo divórcios *talaq* e casamentos poligâmicos, por vezes com recurso a “soluções criativas”<sup>127</sup>. Os tribunais alemães, por exemplo, têm vindo a decretar divórcios entre muçulmanos procurando ajustá-los, no que respeita a aspetos formais, não apenas ao Direito alemão, mas também às práticas islâmicas, de modo a evitar a criação de estatutos jurídicos incertos – reconhecidos numas ordens jurídicas e não reconhecidos noutras – no que respeita aos vínculos entre os esposos e à guarda de menores<sup>128</sup>. É por isso que estes tribunais se dispõem a reconhecer o *talaq* se a esposa comparecer em juízo e confirmar que concorda com a dissolução do casamento, como aconteceu com a decisão proferida, em 1992, pelo Tribunal de Primeira Instância de Esslingen, em que o juiz dissolveu o casamento depois de o marido ter pronunciado o *talaq* à sua frente<sup>129</sup>. Quanto aos casamentos poligâmicos, tanto os tribunais alemães como os tribunais franceses têm-se disposto a reconhecer-lhes alguns efeitos jurídicos, sob condição de os casamentos terem sido validamente celebrados num Estado que permita a poligamia. O Supremo Tribunal de Justiça francês tem afirmado repetidas vezes que a poligamia não constitui uma violação da ordem pública francesa nessas circunstâncias<sup>130</sup>, apesar de

125 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

126 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 19.

127 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 31.

128 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 31.

129 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

130 Em idêntico sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Administrativo francês, na decisão de 1980 que referimos supra (nota 76), em que o Tribunal considerou que a concessão de autorização de residência à segunda

semelhante união ser declarada absolutamente nula se contraída em França. Nestes casos, o seguro de saúde pode ser pago a uma mulher registada pelo seu marido como sua dependente, sendo irrelevante se se trata de um casamento poligâmico ou não. No que respeita ao acesso a subsídios da segurança social, a segunda esposa não poderá reivindicar tais subsídios se a primeira esposa já beneficia deles, a menos que esta já não resida em França<sup>131</sup>. Na Alemanha, o reconhecimento judicial de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos tem também significado que as segundas esposas têm acesso a subsídios da segurança social, para além de poderem herdar dos seus maridos e obter prestações de alimentos para os seus filhos<sup>132</sup>.

Como observa Elisa Giunchi, estas acomodações de normas e práticas islâmicas são meras concessões *ad hoc*, feitas em circunstâncias específicas e numa escala muito limitada, pelo que não subvertem os sistemas jurídicos europeus, nem a sua narrativa sobre a alteridade muçulmana. São ainda e sempre os sistemas jurídicos dos Estados de acolhimento que fixam os limites do que pode ser acomodado, com base na sua perceção do que é aceitável<sup>133</sup>. De qualquer modo, é inevitável que o encontro entre os sistemas jurídicos europeus e as normas e práticas das diásporas muçulmanas afete umas e outras ordens normativas<sup>134</sup>, contribuindo para o pluralismo e o hibridismo jurídicos de que demos conta *supra*.

Importa também não ignorar que, em alguns casos, a deferência judicial para com argumentos islâmicos é feita de forma equivocada, sem apoio na *lex fori* nem em normas de Direito estrangeiro fundadas na *Sharia*. Emblemática a este respeito é a muito polémica decisão do Tribunal de Família de Frankfurt, de 2007, que indeferiu o pedido de tramitação urgente do processo de divórcio de um casal de muçulmanos de origem marroquina com o argumento de que a violência física invocada pela requerente era comum na cultura de origem dos cônjuges e se enquadrava perfeitamente no mandamento corânico de admoestação regular das esposas pelos maridos. A decisão foi rapidamente revogada, mas o facto de a juíza ter invocado diretamente um preceito do Alcorão (Sura 4:34<sup>135</sup>) para fundamentar a posição do tribunal gerou o pânico de que estivesse em curso

---

esposa de um indivíduo originário da Argélia não poderia ser recusada com fundamento nos princípios de ordem pública do Estado francês.

131 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 68.

132 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

133 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 5.

134 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 6 e 11.

135 “Os homens estão por cima das mulheres, porque Deus favoreceu a uns em relação aos outros, e porque eles gastam parte das suas riquezas em favor das mulheres. As mulheres piedosas são submissas às disposições de Deus; são reservadas na ausência dos seus maridos no que Deus mandou ser reservado. Àquelas de quem temais desobediência, admoestai-as, confinai-as nos seus aposentos, castigai-as. Se vos obedecem, não procureis pretexto para as maltratar. Deus é altíssimo, grandioso”. Reproduzimos aqui a versão da Sura 4:34 constante da edição do

uma islamização do judiciário alemão. A decisão continha vários erros graves, como notou Mathias Rohe<sup>136</sup>. Tratando-se de um caso de DIP, a lei do Estado de nacionalidade das partes (Marrocos) seria aplicável, mas a decisão não teve por fundamento um preceito de Direito marroquino – o que, diz Rohe, seria difícil já que o Código da Família de Marrocos não autoriza a violência doméstica –, mas sim um preceito do Alcorão, que não é Direito estrangeiro aplicável<sup>137</sup>. De qualquer modo, ainda que o preceito corânico tivesse tradução literal na lei marroquina, sempre haveria que recusar a sua aplicação ao caso concreto em nome de princípios de ordem pública do Estado alemão. Para além disso, a juíza ignorou novas interpretações da Sura 4:34 feitas por juristas muçulmanos, segundo as quais o termo *daraba* deve ser entendido como significando “apartar” e não “bater”<sup>138</sup>.

Apesar de insólito e rapidamente corrigido, este não é caso único. Refira-se também o curioso caso em que um tribunal distrital holandês apreciou a recusa de um pai muçulmano de permitir que a sua filha participasse nas aulas de natação obrigatórias, por estas aulas decorrerem em turmas mistas de rapazes e raparigas, contra os preceitos da sua fé. Para evitar a frequência destas aulas, o indivíduo mantivera a filha em casa, com o que incorrera na prática de um ilícito penal. Perante o tribunal, o indivíduo invocara as suas convicções religiosas. O tribunal distrital rejeitou os argumentos da defesa, referindo-se diretamente ao Alcorão e afirmando que o Alcorão não contém nenhum versículo que proíba expressamente a natação conjunta de rapazes e raparigas. Também aqui, temos uma decisão problemática à luz da própria *lex fori*, já que, como explicam Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde, desde 1957, o Supremo Tribunal holandês tem adotado a regra da “contenção interpretativa”, segundo a qual os tribunais inferiores não estão autorizados a discutir o acerto da interpretação de textos religiosos invocados pelas partes no processo<sup>139</sup>.

### 2.3. As dificuldades associadas a uma e a outra abordagens

A referência direta a preceitos corânicos por juízes europeus em tribunais europeus é tão preocupante quanto a sua recusa categórica em reconhecer relevância jurídica a argumentos islâmicos. Uma e outra reações ficam a dever-se, em larga medida, à falta de

---

Alcorão publicada, em 2002, pelas Publicações Europa-América, com tradução de Américo de Carvalho.

136 Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, *op. cit.*, p. 93.

137 Como observa Maarit Jänterä-Jareborg, noutro contexto, a *Sharia* (à semelhança do Talmude e do Direito Canónico) não constitui Direito estrangeiro aplicável a situações jurídicas plurilocalizadas, porque não é Direito estadual. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 27.

138 Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, *op. cit.*, p. 93.

139 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 151-152.

familiaridade dos juízes europeus com as tradições jurídicas islâmicas<sup>140</sup> e a consequente falta de “sensibilidade cultural”<sup>141</sup> face ao Islão, um problema que tem vindo a (pre)ocupar académicos e operadores judiciais nos últimos anos e em resposta ao qual se afigura necessária, antes de mais, a disponibilização de informação credível sobre decisões judiciais e legislação estrangeira e a instituição de programas de formação profissional para juízes, funcionários judiciais e juristas em geral sobre o conteúdo de institutos de Direito estrangeiro de fundamento religioso, sobre técnicas de DIP e sobre diferentes tradições culturais e jurídicas<sup>142</sup>.

Parece ser incontroverso que a formação jurídica de base oferecida nas universidades europeias – centrada como está no conhecimento dos quadros normativos estaduais – não prepara os juízes e demais operadores judiciais para a comunicação intercultural e para a interpretação de argumentos e normas originários de ordens jurídicas estrangeiras e de ordens normativas diferentes do Direito. Em alguns Estados europeus, como a Alemanha, os centros de formação de magistrados já ministram cursos breves destinados a promover a sensibilidade cultural dos juízes, mas – diz-nos Mathias Rohe – muito mais poderia ser feito neste domínio<sup>143</sup>. No Reino Unido, o Judicial College, que supervisiona a formação dos juízes, publica periodicamente um manual de boas práticas intitulado *Equal Treatment Bench Book*<sup>144</sup>, onde é possível encontrar informações sobre diferentes crenças e práticas religiosas (desde a fé Bahá’i até ao Zoroastrismo) e indicações sobre a arte de julgar (*judgecraft*), incluindo a necessidade de os juízes estarem bem informados sobre as culturas, as crenças e as desvantagens alheias e bem cientes dos preconceitos próprios.

Dir-se-á que estamos a ser demasiado exigentes com os juízes europeus. Quando em causa está a interpretação de normas direta ou indiretamente retiradas da *Sharia*, as dificuldades com que estes se deparam são muito significativas. Basta ter presente que a interpretação da *Sharia* não é uniforme no mundo muçulmano e que as normas seguidas

---

140 Referindo-se às autoridades belgas, Marie-Claire Foblets e Baudouin Dupret falam mesmo numa “ignorância abissal” sobre a cultura islâmica. Cf. M.-C. FOBLETS e B. DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, *op. cit.*, pp. 57-71. Recentemente, o estudo RELIGARE detetou uma falta generalizada de informação jurídica credível sobre o conteúdo de regras de Direito estrangeiro de fundamento religioso entre advogados, juízes e atores políticos. Os tribunais e as administrações públicas carecem frequentemente de meios para interpretar cabalmente regras de Direito estrangeiro e o modo como essas regras são concretamente interpretadas e aplicadas nos Estados de origem. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *op. cit.*, p. 22. Cf., também, E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 9-10.

141 Cf. M. ROHE, “Alternative dispute resolution...”, *op. cit.*, p. 4.

142 São nesse sentido as recomendações finais do estudo RELIGARE. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *op. cit.*, p. 22. Cf., igualmente, R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 20.

143 Cf. M. ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe...”, *op. cit.*, pp. 4 e 9.

144 A edição mais recente, de 2013, revista em 2015 (com a adição de secções sobre hinduísmo e secularismo), pode ser consultada em <https://www.judiciary.gov.uk/publications/equal-treatment-bench-book/> [15.05.2016].

pelos muçulmanos na Europa podem variar consoante a escola de jurisprudência islâmica seguida<sup>145</sup> e o país de origem dos indivíduos<sup>146</sup>. Existe também, nos Estados de maioria muçulmana, um fosso muito grande entre o Direito codificado e a prática judicial, bem como entre a interpretação oficial da Lei islâmica e o modo como esta é vivida, percebida e aplicada na prática. O desconhecimento deste fosso tem levado juízes europeus a interpretar o Direito em vigor nesses Estados de forma mais conservadora e literal do que a adotada na prática judicial desses mesmos Estados<sup>147</sup>. É certo que não se pode exigir ou esperar que os juízes europeus tenham uma noção clara sobre as diferentes escolas de jurisprudência islâmica e sobre as diferentes interpretações da *Sharia* – e muito menos que tomem partido de uma interpretação em detrimento das demais<sup>148</sup> –, mas também não podemos ignorar que o seu desconhecimento sobre o significado da *Sharia* e as suas variações no mundo muçulmano podem prejudicar a compreensão que os juízes fazem das normas de Direito estadual de fundamento religioso que sejam chamados a aplicar por operação de regras de DIP<sup>149</sup>.

Uma via de superar estas dificuldades poderá ser a de onerar as partes em litígio com a prova sobre o conteúdo das normas de Direito estrangeiro de fundamento religioso. É, de resto, cada vez mais comum na prática judicial dos tribunais europeus que as partes em litígio prestem ao tribunal informações sobre regras de Direito estrangeiro fundadas na *Sharia*, seja através do texto da legislação e de decisões judiciais, seja através de pareceres de peritos ou da audição de testemunhas no país de origem por vide-

---

145 Escolas *Hanafita*, *Malikita*, *Shafiita* e *Hanbalita*, no Islão sunita; escolas *Zaidita* e *Jafarita*, no Islão xiita. Cf. P. JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 155-177.

146 As diásporas muçulmanas são originárias de diferentes contextos socioculturais e, por isso, expressam uma grande variedade de concepções religiosas. Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 5.

147 As alterações jurídicas mais inovadoras que tiveram lugar no mundo muçulmano nas últimas décadas foram operadas pelos tribunais, mas, na maioria dos casos, estas decisões inovadoras não são conhecidas pelos juízes ocidentais, que se limitam a consultar os jornais oficiais. Por exemplo, juízes britânicos têm entendido que um *talaq* proferido no Paquistão que não seja notificado às autoridades paquistanesas nos termos definidos por lei não é válido, ao passo que os tribunais paquistaneses, para protegerem as mulheres repudiadas de eventual responsabilidade penal pelo crime de fornicação, têm considerado que a notificação do *talaq* é irrelevante para a determinação da existência do vínculo conjugal, dando precedência ao Direito islâmico não codificado sobre o Direito estadual de origem humana. Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 9-11.

148 Como nota Elisa Giunchi, os tribunais europeus não têm de pronunciar-se sobre qual é a versão correta da *Sharia* ou tomar partido de uma dada interpretação. Os juízes têm apenas de aplicar o Direito estadual do Estado de origem das partes no litígio, eventualmente mitigado por considerações de ordem pública, ou reconhecer (ou não) a validade de atos praticados no estrangeiro ao abrigo de legislação estadual fundada na *Sharia*. Enquanto os juízes muçulmanos nos tribunais de Estados de maioria muçulmana podem fundamentar as suas decisões em argumentos colhidos numa das escolas de jurisprudência islâmica, os juízes europeus não estão autorizados nem são competentes para o fazer. Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 9. Em idêntico sentido, Maarit Jänterä-Jareborg observa que o dever que impende sobre os tribunais estaduais europeus de conhecer o Direito estrangeiro aplicável, de acordo com o princípio *iura novit curia*, não pode razoavelmente incluir Direito religioso estrangeiro. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 29.

149 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 9.

oconferência<sup>150</sup>. Nem sempre, no entanto, as partes no litígio são capazes de prestar ao tribunal informações fidedignas sobre o conteúdo das normas de Direito estrangeiro<sup>151</sup>. Ainda que o façam, a responsabilidade pela interpretação final dessas normas continua, de qualquer modo, a caber aos tribunais europeus<sup>152</sup>. Nesta interpretação, os tribunais europeus estão obrigados pelo princípio da aplicação leal do Direito estrangeiro, mas, como tivemos oportunidade de observar *supra*, a tendência maioritária é para ajustar as regras de Direito estrangeiro de fundamento religioso de modo a conformá-las com os valores estruturantes da *lex fori*<sup>153</sup>.

Refira-se ainda que os recentes cuidados com a falta de sensibilidade cultural dos juízes e demais operadores judiciais não se prendem unicamente com a falta de informação sobre ordens jurídicas estrangeiras e diferentes culturas e tradições jurídicas. Há também motivos de preocupação relacionados com o racismo e a xenofobia que fazem parte do ambiente em que as questões da diversidade cultural são levantadas em tribunal, desde logo, por força dos preconceitos mais e menos conscientes dos atores judiciais<sup>154</sup>. Como observado pelo estudo RELIGARE, um conjunto de paradigmas herdados do passado relativos à religião maioritária permanecem por questionar na prática judicial, pelo que outras perceções da religião e do seu papel na sociedade são marginalizadas ou ignoradas<sup>155</sup>. No que se refere ao Islão, em particular, é de temer que os juízes europeus não tenham consciência dos seus preconceitos e da influência que estes preconceitos podem ter para o modo como reagem aos argumentos apresentados por muçulmanos em tribunal. Se os juízes com assento no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem podem servir-

---

150 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 29. O estudo RELIGARE recomenda o alargamento do uso de peritos que possam esclarecer o tribunal sobre o conteúdo de normas de Direito estrangeiro de fundamento religioso. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *op. cit.*, p. 22. Importa referir, no entanto, que o recurso à prova pericial também envolve alguns riscos, como notam Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde. Desde logo, o risco de o perito ser recebido em tribunal como um *deus ex machina*, como um autêntico mensageiro da verdade, quando é certo que são possíveis múltiplas interpretações sobre uma mesma tradição cultural, religiosa ou jurídica. Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 152-153.

151 De acordo com a prática judicial comum na Europa, em situações de impossibilidade de provar o conteúdo de Direito estrangeiro aplicável, o pedido é indeferido ou, em alternativa, é apreciado à luz do Direito do Estado do foro. Uma terceira via será a de aplicar um “Direito próximo”, que tanto pode ser o de um sistema jurídico estadual dentro da mesma tradição jurídica ou uma regulação presumivelmente semelhante de um outro Estado. Quando o que está em causa é uma norma de Direito estrangeiro de fundamento religioso, não é claro que qualquer destas soluções seja adequada, ainda que possa preferir-se a via do “Direito próximo”. Nesse sentido, cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 32.

152 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 32.

153 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 29-30.

154 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 14.

155 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 3. Daí que as recomendações do estudo sejam no sentido de promover a tomada de consciência entre os operadores judiciais de que os sistemas jurídicos europeus em matéria de Direito da Família resultam de um fundo cristão, ainda que este tenha sido traduzido em formas seculares (p. 21).

-nos de referência, a conclusão a retirar é a de que muitos juízes europeus veem o Islão e o seu Direito como inteiramente incompatíveis com os valores de democracia, pluralismo e direitos humanos, em especial o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

### 3. Portugal: um caso à parte?

Portugal tem-se mantido largamente à margem dos debates que têm animado académicos, ativistas e líderes políticos nas últimas duas décadas sobre a viabilidade da integração dos muçulmanos nas sociedades europeias<sup>156</sup>. Não vemos manifestações contra a construção de mesquitas, com ou sem minaretes. Não temos controvérsias sobre o uso do véu islâmico, sob qualquer das suas modalidades, nas escolas ou no espaço público. Não há notícia de “crimes de honra” como os que têm ocorrido na Alemanha e nos Países Baixos. O único assunto que tem merecido alguma atenção académica, mediática e política nos últimos anos tem sido a excisão feminina, uma prática cuja associação à religião islâmica é, todavia, expressamente rejeitada no discurso oficial<sup>157</sup>. A aparente invisibilidade da “nova presença islâmica”<sup>158</sup> em Portugal não é necessariamente uma coisa boa, já que pode implicar um menor cuidado da parte dos decisores políticos às necessidades dos membros destas comunidades<sup>159</sup>, mas a impressão dominante – veiculada pelos representantes das comunidades muçulmanas, pelos líderes políticos e pelos órgãos de comunicação social – é a de que esta se deve ao facto de, muito simplesmente, não haver problemas com a integração dos muçulmanos na sociedade portuguesa<sup>160</sup>.

---

156 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem: a nova presença islâmica em Portugal”, in *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 34, 2000, pp. 117-118. Deste modo, Portugal contraria a expectativa de autores como Valérie Amiraux para quem os Estados onde exista uma cultura católica predominante são mais propensos a “controvérsias explosivas” em torno de práticas islâmicas (uso do véu, construção de mesquitas, etc.) do que os Estados em que a maioria da população seja protestante ou bi-confessional. Cf. V. AMIRAUX, “Discrimination and claims for equal rights...”, *op. cit.*, pp. 27-28.

157 Cf. J. LEITÃO, “The new Islamic presence in Portugal: Towards a progressive integration”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, pp. 185-186.

158 Convocamos aqui a designação comumente adotada para referir “o fenómeno histórico recente de uma população muçulmana em constante crescimento” na Europa, fruto da imigração de trabalhadores muçulmanos a partir do fim da segunda guerra mundial. Segundo Nina Clara Tiesler, esta designação tem a vantagem de “ajuda[r] a distinguir as *novas* culturas muçulmanas nas sociedades europeias da *presença tradicional islâmica* na Europa Oriental e do Sul (por exemplo, nos Balcãs), por um lado, e da *presença islâmica histórica* na Península Ibérica, por outro”. Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, p. 120 (itálicos no original, interpolação nossa). A presença muçulmana em Portugal não tem qualquer ligação sociodemográfica com a antiga população muçulmana dos tempos medievais. Para além disso, e diversamente do que se passa em Espanha, a herança histórica do Al-Andaluz não assume especial relevância para o modo como é tratada a integração dos muçulmanos na sociedade portuguesa (pp. 117, 120 e 132). Cf., ainda, N. C. TIESLER, “Novidades no terreno: muçulmanos na Europa e o caso português”, in *Análise Social*, vol. XXXIX, n.º 173, 2005, pp. 839-842; J. NIELSEN, *Muslims in Western Europe*, 3.ª ed., Edimburgo, Edinburgh University Press, 2004, p. 100.

159 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 131-132.

160 Cf. L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, in M. Burchardt e I. Michalowski (eds.), *After Integration: Islam, Conviviality and Contentious Politics in Europe*, Wiesbaden, Springer, 2015, pp. 239-240.

São várias as explicações avançadas para esta singularidade lusitana. Desde logo, é comparativamente reduzido o número dos muçulmanos presentes em Portugal<sup>161</sup>. Não existem dados oficiais, mas calcula-se que rondem os 50 mil (8 mil dos quais pertencentes à comunidade ismaelita, liderada pelo príncipe Aga Khan IV<sup>162</sup>), numa população de cerca de 10,3 milhões de habitantes<sup>163</sup>. Por outro lado, os primeiros muçulmanos a instalar-se em Portugal na década de 1950 eram provenientes de territórios sob domínio português em África (Moçambique e Guiné-Bissau), tinham nacionalidade portuguesa e gozavam de um elevado estatuto socioeconómico, mantendo, até hoje, fortes laços com a elite política do país<sup>164</sup>. Os muçulmanos chegados mais recentemente (de Marrocos, Senegal, Paquistão, Bangladesh, etc.) têm um perfil socioeconómico mais diversificado e não têm o mesmo domínio da língua portuguesa, o que torna a integração em Portugal um processo previsivelmente menos fácil<sup>165</sup>. De qualquer modo, a progressiva diversificação das comunidades muçulmanas presentes em Portugal não parece ser fonte de tensões ou problemas, para o que muito contribuirá a forte influência ainda exercida pela Comunidade Islâmica de Lisboa junto dos muçulmanos residentes no país, apesar da crescente dispersão territorial, e as boas relações que esta sempre promoveu com o resto da sociedade portuguesa<sup>166</sup>. Representantes das comunidades muçulmanas têm estado presentes em todas as instituições estaduais e *fora* da sociedade civil relacionados com a gestão da diversidade religiosa e com o diálogo interconfessional<sup>167</sup>. Como tem sido notado por vários observadores, os líderes das comunidades muçulmanas têm-se mantido estrategicamente à margem de controvérsias políticas, optando por secundar a posição da Igreja Católica em questões polémicas como o aborto e o casamento entre pessoas do

161 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 118-120.

162 A comunidade ismaelita em Portugal é comparativamente mais numerosa do que as suas congéneres noutros Estados europeus, o que, segundo Nina Clara Tiesler, constitui um dos motivos de interesse do caso português, de outro modo “bastante marginal”. Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 117 e 125-126.

163 Cf. J. G. HENRIQUES, “São portugueses, são muçulmanos”, in *Público*, edição de 08.02.2015, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/sao-portugueses-sao-muculmanos-1685260> [15.05.2016].

164 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 119, 121, 124, 126-127, 133-134; IDEM, “Novidades no terreno...”, *op. cit.*, pp. 832-833; J. LEITÃO, “The new Islamic presence in Portugal...”, *op. cit.*, pp. 179-180. Esta associação entre o elevado estatuto socioeconómico dos muçulmanos e a sua boa integração na sociedade portuguesa parece confirmar a tese de Christian Joppke segundo a qual os problemas de integração enfrentados pelos muçulmanos na Europa se devem mais a fatores socioeconómicos do que a fatores culturais e religiosos. Cf. C. JOPPKE, *The Role of the State in Cultural Integration: Trends, Challenges, and Ways Ahead*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, p. 5. Nós reservamos opinião. Cf. P. JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa...”, *op. cit.*, pp. 88-89.

165 Cf. N. C. TIESLER, “Novidades no terreno...”, *op. cit.*, p. 835; L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, p. 239; L. S. LOJA, “Islam in Portugal”, in S. T. Hunter (ed.), *Islam, Europe’s Second Religion: The New Social, Cultural, and Political Landscape*, Westport, Praeger, 2002, p. 193.

166 Sobre o papel desempenhado pela Comunidade Islâmica de Lisboa, cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 122 e 126-130; IDEM, “Novidades no terreno...”, *op. cit.*, pp. 833-834.

167 Cf. J. LEITÃO, “The new Islamic presence in Portugal...”, *op. cit.*, p. 179; L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, pp. 231 e 234-236.



mesmo sexo e por não fazer reivindicações específicas para a religião islâmica<sup>168</sup>. Diversamente do que se passa noutros Estados europeus, as tensões entre grupos religiosos em Portugal não têm oposto muçulmanos e cristãos, mas sim católicos e protestantes<sup>169</sup>. Nada disto obsta, no entanto, a que, também em Portugal, existam preconceitos contra o Islão e os seus fiéis e que estes se manifestem de formas mais e menos subtis (ainda que, de um modo geral, não violentas) na interação quotidiana entre não muçulmanos e muçulmanos, sejam estes portugueses ou estrangeiros.

Nos tribunais, a presença islâmica praticamente não se tem notado, a avaliar pelo reduzido número de casos com referências a muçulmanos ou ao Islão que foram apreciados pelos tribunais superiores portugueses nas duas últimas décadas<sup>170</sup>. A maioria dos casos que envolvem litigantes muçulmanos dizem respeito a pedidos de asilo ou proteção subsidiária. Fora estes, há quatro decisões em processos-crime (uma condenação por roubo e detenção de arma proibida, duas por tráfico de estupefacientes e uma por violação e rapto), uma decisão sobre um pedido de extradição, duas decisões em processos de promoção e proteção de menores, uma decisão num processo de regulação do poder paternal, uma decisão sobre exumação de cadáver e um caso de revisão de sentença estrangeira sobre um divórcio *talaq*. Não encontramos nenhum caso envolvendo o cumprimento de um contrato de dote, nem o reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos ou de guarda de menor ao abrigo do instituto islâmico da *kafala*.

Nas decisões em matéria de asilo e proteção subsidiária, a menção da identidade religiosa dos requerentes é feita, por norma, na transcrição das entrevistas conduzidas pelo SEF e, na maioria das vezes, não parece ter qualquer impacto sobre a pronúncia dos tribunais, que tendem a confirmar as decisões recorridas negadoras de asilo ou proteção subsidiária com o argumento de que os requerentes não passaram o “teste de credibilidade”, por não terem apresentado um “relato coerente, credível e suficientemente justificador do sentimento de impossibilidade de regressar ao país de origem”<sup>171</sup>. Não deixam de existir, no entanto, decisões em que a circunstância de haver muçulmanos envolvidos

---

168 Cf. L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, pp. 239-240.

169 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, p. 131; L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, pp. 230-231.

170 Limitámos a pesquisa às decisões dos tribunais superiores (Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunais das Relações e Tribunais Centrais Administrativos), por serem estas as que estão disponíveis, em texto integral, a partir das bases jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P., em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Fazendo uma pesquisa livre, com as palavras-chave *muçulmano*, *muçulmana*, *islâmico*, *islâmica*, *mahr*, *talak*, *kafala* e *Islão*, encontramos 48 decisões, das quais apenas 22 foram proferidas em processos envolvendo litigantes muçulmanos. É de prever que o número de decisões aumente consideravelmente se alargarmos a pesquisa às decisões proferidas pelos tribunais de primeira instância.

171 Considere-se, a título meramente exemplificativo, os acórdãos proferidos pelo Tribunal Central Administrativo Sul, em 26 de março de 2015 (processo n.º 11691/14) e em 29 de outubro de 2015 (processo n.º 12484/15).

foi diretamente considerada pelos tribunais ao avaliarem se as alegações dos requerentes eram ou não “suficientemente justificadoras”. Numa decisão de 1998, o Supremo Tribunal Administrativo não se deixou persuadir pelo que designou ser um “vago receio de perseguição” invocado por um requerente de asilo muçulmano, natural da Sérvia e residente na Croácia, a quem cabia “alegar e comprovar, com referência à sua região de origem ou de residência, que pelo facto de pertencer à etnia/religião muçulmana tal constitui, só por si, motivo de receio de regressar ao respectivo país dada a perseguição ali movida aos seus membros”. O Tribunal deixou transparecer a sua opinião quanto à improbabilidade de uma tal prova, ao acrescentar que “aquela região da Europa constitui um multifacetado étnico e religioso”<sup>172</sup>, uma afirmação que não deixa de ser curiosa tendo presente que, ao tempo, eram passados poucos anos sobre o fim da guerra na Bósnia. Mais recentemente, numa decisão de 7 de abril de 2016, o Tribunal Central Administrativo Sul concluiu que o facto de o requente se ter convertido ao Cristianismo e abandonado o Islão não implicava um sentimento de impossibilidade de regressar ao país de origem (Mali), já que os factos apurados se resumiam “tão-somente a um alegado medo da família que não aceita a mudança de religião daquele e a insultos por parte de vizinhos”<sup>173</sup>. Em três casos distintos, apreciados também pelo Tribunal Central Administrativo Sul, o casamento forçado com muçulmano foi invocado por requerentes cristãos e muçulmanas como fundamento para os seus pedidos de asilo. A falta de credibilidade dos relatos das requerentes foi a consideração determinante nestas decisões, mas, no acórdão de 30 de julho de 2007, o Tribunal afirmou explicitamente que “o direito ao asilo ou à autorização de residência por razões humanitárias não pode ser justificado pela alegação de que a requerente pretende ser coagida por seu pai a casar com um muçulmano”<sup>174</sup>. Em qualquer destes casos, a religião muçulmana e as práticas culturais associadas às tradições islâmicas aparecem como algo de exterior à sociedade portuguesa e sem implicações para esta. O mesmo se passa com o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que autorizou a extradição de um muçulmano a fim de este ser julgado pela prática de vários crimes na União Indiana, um caso em que não estavam sequer em causa práticas ou valores islâmicos, mas sim a alegada violação das garantias processuais dos indivíduos pertencentes a minorias nos tribunais da União Indiana<sup>175</sup>.

---

172 Acórdão proferido em 15 de dezembro de 1998, no processo n.º 043490.

173 Acórdão proferido no processo n.º 13064/16.

174 Acórdão proferido no processo n.º 10075/13. Semelhante foi o acórdão proferido em 21 de fevereiro de 2013, no processo n.º 09498/12. Nestes acórdãos, o Tribunal confirmou a decisão recorrida que indeferira o pedido de asilo. O acórdão proferido em 24 de fevereiro de 2011, no processo n.º 07157/11, teve um desfecho diferente, já que o Tribunal concluiu ter havido “um défice de instrução procedimental” e condenou o SEF a reapreciar adequadamente o pedido de asilo da requerente.

175 Acórdão de 4 de fevereiro de 2004, proferido no processo n.º 3880/2003-3.

Mais interessantes são as decisões sobre questões que afetam cidadãos portugueses ou muçulmanos estrangeiros a residir em Portugal. Revelando uma boa medida de “sensibilidade cultural”, o Tribunal Central Administrativo Sul, numa decisão de 3 de abril de 2003<sup>176</sup>, determinou a suspensão da eficácia de um despacho que havia indeferido o pedido de concessão perpétua de sepultura de indivíduo muçulmano e decretado a exumação do seu cadáver. O Tribunal considerou que a exumação do cadáver “equivale-ria à consumação de um prejuízo de ordem moral inquestionavelmente relevante”, por contrariar os princípios religiosos professados pelo defunto e pelos seus filhos, e dificilmente reparável, quer em termos qualitativos quer quantitativos. Entretanto, a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 11 de março de 2010<sup>177</sup>, sobre a guarda de menor filho de pai português e mãe iraquiana, também sugere cuidado por parte dos juizes portugueses em evitar estereótipos sobre o Islão. Neste caso, o pai havia requerido que lhe fosse confiada a guarda do menor, alegando, entre outros motivos, que a mãe, a residir na Jordânia, se havia tornado próxima da religião muçulmana e do estilo de vida e pensamento muçulmano mais radical e pretendia educar o filho como árabe. O Tribunal não deu qualquer atenção a este argumento, tendo observado apenas que “o facto de em confronto estarem Estados com culturas assaz diferentes [portuguesa e jordana] não pode relevar, sabendo-se que o menor nasceu e cresceu na Jordânia, onde era feliz [antes de o pai o ter trazido para Portugal]”.

Duas decisões recentes em matéria de confiança judicial de menores lidaram diretamente com a questão da proteção do interesse superior da criança no seio de famílias muçulmanas. A primeira foi proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 28 de maio de 2015<sup>178</sup>, e confirmou a decisão de confiar sete menores a uma instituição com vista a futura adoção, por, entre outros argumentos, se estar perante “uma família biológica desajustada, com pai ausente do quotidiano dos filhos”. O Tribunal não estabelece uma direta relação causal, mas, ao caracterizar a situação familiar, refere que o pai dos menores “é casado no âmbito da religião muçulmana com três mulheres” (duas residentes em Lisboa e uma a residir na Guiné; todas com filhos dele) e que não reside com a mãe dos menores em causa neste processo. O Tribunal não faz qualquer observação a respeito da poligamia, parecendo ser sobretudo o facto de a mãe dos menores ser “manifestamente negligente em relação aos cuidados devidos aos filhos menores de higiene, saúde, alimentação, habitação e educação” que o persuade da existência de uma “situação potencialmente perigosa” para os menores. A segunda decisão digna de nota neste contexto é

---

176 Proferida no processo n.º 12256/03.

177 Processo n.º 5708/07.7TBCSC.L1-6.

178 Processo n.º 8867/07.5TMSNT.L1.S1.

um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 5 de novembro de 2015<sup>179</sup>, que confirmou a decisão de confiar quatro menores a uma instituição, por considerar provado que os menores se encontravam em situação de perigo para a sua integridade física, saúde e desenvolvimento (“quatro crianças a quem não eram prestados os cuidados básicos de higiene, vestidas com andrajos, com cicatrizes no corpo [e] que eram sujeitos a castigos corporais violentos”). O pai dos menores, sem contestar os factos dados como provados pelo Tribunal, alegara, em defesa da preservação dos laços dos menores com a família biológica, que não se podia “omitir que se est[ava] perante uma família muçulmana, cujo cariz familiar tem características muito diferentes dos de uma família com uma cultura ocidental”. O Tribunal rejeitou este uso do argumento cultural, observando que “o tipo de comportamento parental descrito nos autos não pod[ia] ser imputado, no essencial, a particularidades inerentes à cultura muçulmana”.

Ainda no domínio do Direito da Família, cumpre notar que a poligamia e o repúdio (*talaq*) são frequentemente referidos como exemplos de figuras jurídicas contrárias à ordem pública internacional do Estado português<sup>180</sup>. Todavia, no único caso em que um tribunal superior português se pronunciou sobre o reconhecimento de um divórcio *talaq* decretado no estrangeiro, a decisão foi favorável ao *exequatur*<sup>181</sup>. O Tribunal da Relação de Lisboa deteve-se longamente sobre o regime instituído a este respeito pelo Código da Família do Reino de Marrocos e, apesar de notar que vários aspetos desse regime contrariam o princípio da igualdade de género consagrado na ordem jurídica portuguesa, acabou por conferir *exequatur* à decisão do Tribunal de Rabat que havia homologado o divórcio, por não ter havido oposição da esposa a essa dissolução (nem em Marrocos,

---

179 Processo n.º 6368/13.1TBALM.L1-2.

180 A fórmula, retirada das lições de Ferrer Correia, é repetida em vários acórdãos. “Assim, por exemplo, são leis de ordem pública internacional a expropriação sem indemnização (confisco), as leis que proíbem a poligamia e que impedem um segundo casamento sem que o primeiro tenha sido dissolvido (editada por razões morais), e também teria de intervir a reserva de ordem pública internacional se a aplicação do direito estrangeiro atropelasse grosseiramente a concepção de justiça material como o Estado do foro a entende, abalando os próprios fundamentos da ordem jurídica interna, pondo em causa interesses da maior transcendência e dignidade, que choquem a consciência, como seria o caso de lei estrangeira que admitisse a morte civil ou a escravidão, ou como foi o caso das leis que, na Alemanha nazi, negavam aos judeus direitos fundamentais (ditadas por razões políticas, de polícia ou de economia política), ou a norma estrangeira que estabelecesse como impedimento à celebração do casamento a diversidade de raça ou de religião, ou repúdio de um marido muçulmano de uma esposa portuguesa, sem que esta tenha prestado o seu consentimento. O divórcio muçulmano cobra efeito pelo simples facto de o marido pronunciar três vezes a palavra Talak. Este divórcio, que não pressupõe o consentimento da mulher, é um repúdio. Ora o repúdio colide com o princípio que, na nossa Constituição, consagra a igualdade dos cônjuges. Se a mulher prestou o seu assentimento, mesmo posteriormente, ou se é a própria mulher a solicitar o reconhecimento do divórcio, já não existem quaisquer obstáculos à atribuição de eficácia jurídica em Portugal ao deferimento da pretensão”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 14 de novembro de 2007, no processo n.º 4398/2007-7. Considerem-se também os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça proferidos em 19 de fevereiro de 2008 (processo n.º 07ª4790) e 26 de maio de 2009 (processo n.º 43/09.9YFLSB) e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 3 de outubro de 2006 (processo n.º 454/2006-7).

181 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 18 de outubro de 2007, no processo n.º 10602/2005-2.

nem em Portugal) e por a decisão do tribunal marroquino se ter, entretanto, tornado definitiva pelo decurso do prazo dentro do qual o marido pode retomar unilateralmente os laços familiares depois do repúdio. O Tribunal da Relação de Lisboa aceitou, deste modo, reconhecer efeitos jurídicos a um divórcio *talaq*, ainda que o tenha feito com base numa clara separação entre o resultado da decisão estrangeira e os seus fundamentos. Segundo o Tribunal, importante é que os efeitos produzidos pela decisão estrangeira (neste caso, a dissolução do casamento por vontade unilateral de um dos cônjuges) não contrariem os princípios da ordem pública internacional do Estado português. A incompatibilidade entre estes princípios e as disposições da lei marroquina que serviram de fundamento à decisão – evidente, no entender do Tribunal – não impediu, por isso, o reconhecimento da decisão do Tribunal de Rabat, ainda que esta só tenha sido possível, em último termo, depois de verificada a dupla condição de a esposa não se ter oposto à dissolução do casamento e de já estar ultrapassado o prazo legal para o repudiante mudar de ideias.

Por último, cumpre referir as decisões de tribunais superiores portugueses em processos-crime envolvendo arguidos muçulmanos. Na decisão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de maio de 2013<sup>182</sup>, que confirmou a condenação de vários arguidos estrangeiros pela prática do crime de tráfico de estupefacientes e a ordem de expulsão destes indivíduos de território português por um período de 10 anos, apenas é feita uma muito breve referência – e por reprodução da decisão recorrida – ao facto de um dos recorrentes ser natural da Guiné-Bissau, “onde decorreu o seu processo de crescimento, num contexto cultural e familiar muçulmano”, traduzido no facto de o arguido ter sido criado por uma das mulheres do pai e de só aos 8 anos ter voltado para junto da mãe biológica. Nada indica que esta circunstância tenha pesado de algum modo na decisão do tribunal recorrido – o Tribunal Coletivo do 1.º Juízo Criminal da comarca de Portimão – e não tem qualquer eco na decisão do Tribunal da Relação. De modo não muito diferente, o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de 30 de junho de 2010<sup>183</sup>, que confirmou a pena única de cinco anos e seis meses de prisão (pela prática de crimes de roubo, roubo qualificado e detenção de arma proibida), referiu apenas de passagem que o arguido autor do recurso era natural da Guiné e que a sua família praticava a religião muçulmana, “motivo pelo qual o pai [tinha] mais duas companheiras, tendo mais dois filhos de uma e mais quatro filhos de outra, circunstância que provoc[ara] alguma fragilidade financeira na família do arguido”<sup>184</sup>. Num outro caso, apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça,

---

182 Proferida no processo n.º 1165/11.1TAPTM.E1.

183 Proferido no processo n.º 99/09.4GGSNT.S1.

184 O Tribunal apressou-se, de qualquer modo, a desvalorizar o peso deste enquadramento familiar, observando que o “processo de desenvolvimento [do arguido era] avaliado quer pelo próprio quer pelos familiares mais próximos, como tendo decorrido em contexto relacional funcional, sendo o pai descrito como uma pessoa calma e um pouco afastada e a mãe controladora e protectora”.

em 15 de fevereiro de 2007<sup>185</sup>, a identidade religiosa do arguido não chegou sequer a ser diretamente mencionada pelo tribunal, tendo sido o arguido que, nas suas alegações, invocou o facto de ser um pai de família “gerindo uma família de tipo ‘guineense/muçulmano’ com três filhos menores”. O Supremo Tribunal de Justiça acabou por reduzir para quatro anos e seis meses de prisão a medida da pena cominada pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, mas é duvidoso que este argumento cultural tenha pesado de algum modo na decisão. Diferente foi o tratamento dado ao “contexto cultural e familiar muçulmano” pelo Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 7 de setembro de 2011<sup>186</sup>, em que reapreciou a medida da pena aplicada a um arguido condenado pela prática de dois crimes de violação e dois crimes de rapto. Apesar de acabar por concluir que a identidade religiosa do arguido não podia ser usada contra ele, por força da proibição de discriminação contida no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição da República, o Supremo Tribunal aceitou como “factor de risco” – a ponderar na reapreciação da medida da pena – as “características da cultura a que pertence (o arguido é oriundo de Marrocos e de religião muçulmana), com valores e crenças específicas, com destaque para a discriminação sexual em função do género, o que poderá traduzir-se numa desvalorização dos direitos dos outros, em particular mulheres”. O Supremo parece aceitar tranquilamente a associação linear entre abusos sexuais, discriminação sexual e cultura/religião muçulmana, o que é, em nosso entender, preocupante e indicia que, à semelhança dos seus congéneres nos tribunais de outros Estados europeus, também os juízes portugueses teriam muito a ganhar com uma formação complementar que os alertasse para os seus preconceitos contra o Islão e lhes permitisse desenvolver competências para a comunicação intercultural nos processos judiciais a que presidem. Algumas experiências interessantes estão já a ser desenvolvidas pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), ainda que prioritariamente dirigidas para a interação com as comunidades ciganas<sup>187</sup>. Diremos que valerá a pena alargar o modelo.

Braga, 18 de maio de 2016

---

185 Processo n.º 06P4593.

186 Proferido no processo n.º 498/09.1JALRA.C1.S1.

187 Refira-se a inclusão nos programas de formação contínua do CEJ de sessões sobre temas como a efetivação do direito à educação e a adoção de medidas de promoção e proteção em casos envolvendo crianças ciganas. Testemunho dessas iniciativas é o texto publicado pelo CEJ, em janeiro de 2015, com a reunião de todas as comunicações apresentadas no âmbito da formação contínua sobre “Intervenção em sede de promoção e proteção de crianças e jovens”, e que se encontra disponível em [www.cej.mj.pt/cej/.../Intervencao\\_sede\\_promocao\\_protecao\\_crianças\\_jovens.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/.../Intervencao_sede_promocao_protecao_crianças_jovens.pdf) [15.05.2016].

## Le politiche di interazione di fronte alle nuove forme di estremismo religioso. Profili giuridici.

Roberto Mazzola <sup>1</sup>

Con le *Risoluzioni* R.2170 e R.2178 del 26 settembre 2014<sup>2</sup> il Consiglio di Sicurezza (CdS) delle Nazioni Unite ha dato mandato agli stati membri <sup>3</sup> di prevenire e combattere, attraverso specifiche normative nazionali, ogni attività inerente i *foreign fighters*<sup>4</sup> che in numero crescente si arruolano nei quadri combattenti dell'IS<sup>5</sup>. Al di là dei profili politici sottesi a tali decisioni, le due *Risoluzioni* meritano attenzione perché offrono interessanti spunti di riflessione sulla questione più generale dei limiti cui assoggettare il diritto di libertà religiosa e di coscienza. Viene innanzitutto confermato lo schema *preventivo-afflittivo* proprio delle più sperimentate politiche di sicurezza. I documenti in esame, infatti,

1 \* Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro".

2 Il Consiglio di Sicurezza nel penultimo paragrafo preambolare della Risoluzione R.2178 osserva infatti «the continued threat to international peace and security posed by terrorism» e afferma «the need to combat by all means, in accordance with the Charter of the United Nations, threats to international peace and security caused by terrorist acts, including those perpetrated by foreign terrorist fighters».

3 *In Italia si è data attuazione alla Risoluzione R.2178 con il decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7 contenente «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione. (15G00019)», (G.U. Serie Generale n.41 del 19-2-2015). Tale decreto legge è stato convertito in legge nell'aprile 2015 con: l. 27 febbraio 2015, n. 11 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre n. 192, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative», (G.U. n. 49 del 28 febbraio 2015).*

4 Nel quinto paragrafo della Risoluzione, si dà la definizione di "combattenti terroristi stranieri". Compito infatti della Comunità internazionale e dei singoli stati membri dell'ONU è di il Consiglio « (...) prevent and suppress the recruiting, organizing, transporting or equipping of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, and the financing of their travel and other activities». Si veda al riguardo R. Cadin, *Il Consiglio di Sicurezza torna a legiferare nella Risoluzione 2178 (2014) sui combattenti terroristi stranieri*, in Rivista telematica «Ordine internazionale e diritti umani», (2014), pp. 857-859. ([www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)) (visitato il 12 marzo 2015).

5 Lo *Stato Islamico* (abbreviato IS, in arabo: *al-Dawla al-Islāmiyya*), è l'acronimo utilizzato per qualificare il gruppo terroristico islamista attivo in Siria e Iraq che nel giugno 2014 ha unilateralmente proclamato, sui territori soggetti al suo controllo, la nascita del califfato. Precedentemente l'IS veniva indicato con l'acronimo di *Dā'ish*, traducibile come *Stato Islamico dell'Iraq e della Siria* (abbreviato ISIS) oppure: *Stato Islamico dell'Iraq e del Levante* (abbreviato ISIL).

sulla scia di quanto già disposto dalle precedenti decisioni del *Consiglio di Sicurezza* in materia di antiterrorismo, autorizzano i singoli stati e gli organismi internazionali a introdurre, in nome della sicurezza, limitazioni della libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato, oltretutto del diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di farvi liberamente ritorno (art. 13 *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*). In tal senso vanno letti, tanto il *Regolamento UE* del 15 marzo 2006<sup>6</sup> che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone fisiche (Codice frontiere Schengen), quanto il successivo *Regolamento* del 22 ottobre 2013<sup>7</sup> che, nel modificare il *Regolamento* appena citato, ha introdotto norme comuni sul ripristino temporaneo del controllo di frontiera ai confini interni in circostanze eccezionali. In entrambi i casi la finalità sta evidentemente nella necessità di difendere la sicurezza nazionale degli stati, ogniqualvolta una grave minaccia attenti all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale. Tuttavia le *Risoluzioni* del Consiglio di Sicurezza e i provvedimenti normativi assunti a livello nazionale in materia di sicurezza/immigrazione sono interessanti anche per un'altra ragione: essi, indirettamente, rimandano al più generale problema delle politiche d'interazione e a ciò che è stato fatto, ma, più spesso, a quanto in verità non si è realizzato, per impedire che una parte delle seconde generazioni d'immigrati, soprattutto di fede musulmana, ma più in generale, un'intera generazione di giovani, anche lontana per tradizione e convinzione dalla dimensione religiosa, si sentissero attratte dal richiamo dell'Islam *salafita* e dal modello politico del Califfato, più che dai valori e dai modelli sociali incarnati dalle democrazie social-liberali occidentali.

La verità è che le due questioni, apparentemente eterogenee, sono espressione di un unico problema: quello, volendo esprimersi con il linguaggio dei giudici di Strasburgo<sup>8</sup>, di ricercare una qualche soluzione politico-sociale in grado di assicurare un livello minimo di convivenza all'interno di società sempre più diversificate e plurireligiose; di provare, in altre parole, a soddisfare le «exigences minimales de la vie en société», e di sperimentare la difficile arte del: «vivre ensemble», coniugando pluralismo e sicurezza, diversità e ordine, proprio come richiedono, senza ombra di equivoci, gli artt. 6 e 9 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, per i quali ogni persona ha, sì il diritto alla libertà, compresa quella religiosa, ma nel contempo ha il dovere di sottostare alle limitazioni della propria sfera di soggettività giuridica per esigenze di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico, la cui salvaguardia risponde anche ad esigenze di natura soggetti-

6 Regolamento (CE) n. 562/2006 – Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 13 aprile 2006, L 105/1;

7 Regolamento (UE) n. 1051/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 che modifica il regolamento (CE) n. 562/2006 al fine di introdurre norme comuni sul ripristino temporaneo del controllo alle frontiere interne in circostanze eccezionali, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, del 6 novembre 2013 L 295/1.

8 Cfr. Corte EDU, S.A.S. c. *Francia*, 1 luglio 2014, (Requête n. [43835/11](#))



va, poiché è del tutto evidente come un basso grado di sicurezza finisca per rendere più vulnerabile l'intero ventaglio dei diritti soggettivi. Nessuno nega, infatti, che il deficit di sicurezza rende più deboli gli ordinamenti democratici e più fragile l'intero sistema dei diritti fondamentali. D'altronde, prima Nizza nel 2000, poi Lisbona nel 2009, non si sono mai stancati nel ricordare che in assenza di sicurezza non vi può essere piena e compiuta libertà<sup>9</sup>, così come, d'altra parte, il mancato rispetto dei principi di eguaglianza e di libertà inesorabilmente finirebbero per rendere illegittima ogni soluzione politico-normativa in materia di sicurezza. Un quadro complesso, dove la sola cosa certa è che non è affatto semplice individuare soluzioni capaci di conciliare libertà di religione e di convinzione da un lato, e istanze sociali di sicurezza dall'altro<sup>10</sup>.

Volendo esaminare più in dettaglio tali profili muoverei innanzitutto dal primo, relativo al rapporto dialettico fra libertà religiosa e sicurezza. A questo riguardo va detto come gli ordinamenti giuridici europei, soprattutto quelli di tradizione romanistica, quanto meno dalla metà dello scorso secolo in poi, abbiano assunto il principio di laicità quale pietra angolare dei propri assetti costituzionali, declinandolo, prevalentemente, in termini di 'laicità attiva', facendo così ricadere sugli ordinamenti statuali l'onere di rimuovere gli ostacoli e al contempo creare i presupposti per un pieno esercizio delle facoltà connesse al diritto di libertà religiosa, così come è dato leggere nel secondo comma dell'art. 3 della Carta costituzionale italiana. Si tratta di un modello di laicità che rimanda ad una dinamica tradizionale di libertà religiosa fatta di professione di fede; di propaganda; di esercizio del culto; di cambiamento di convinzioni; di obiezione di coscienza, ma non anche di limitazioni. Buon costume, pubblica sicurezza, ordine pubblico, sono i limiti che, se superati, rendono non più degno di tutela giuridica il comportamento posto in essere in nome di un ordine superiore sia esso religioso o filosofico. In questi frangenti, non è la sostanza religiosa o di convinzione dell'azione ad essere messa in discussione, quanto, piuttosto, la sua non riconducibilità alla più generale categoria giuridica di libertà religiosa e di coscienza.

In una prospettiva di questa natura le politiche di sicurezza appaiono dunque antitetiche alla promozione della libertà di religione, in quanto è inconcepibile associare la promozione di una libertà, qualunque essa sia, alla categoria di ordine pubblico, nonostante

---

9 Cfr. R. Mazzola, *La convivenza delle regole diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, pp. 10 ss. Si veda anche P. Colombo, *'Police', 'Ordre public' e 'Sûreté de l'état: la trasformazione dell'ordine pubblico in ordine costituzionale*, in *Fil. pol.*, 1(1988), pp. 206 ss. Cfr. anche dello stesso Autore *Le droit et la sécurité face à L'intégrisme religieux en Europe*, in *Laicidad y libertades*, 8 (2008), pp. 177-194; Si veda inoltre S. Ferrari, *Libertà religiosa e sicurezza in Europa dopo l'11 settembre*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1 (2005), p. 177 ss.

10 Cfr. M. Graziano, *Guerra santa e santa alleanza. Religioni e disordine internazionale nel XXI secolo*, Bologna, 2014, p. 225 ss.

che il giudice di Strasburgo nel formulare la nozione di ordine pubblico europeo<sup>11</sup> abbia da tempo associato la sicurezza alla dimensione dei diritti fondamentali, e all'insieme dei principi democratici indispensabili per la sopravvivenza e la coesione dell'organizzazione sociale e dell'ordinamento giuridico<sup>12</sup>. La difficoltà di pensare in questi termini le politiche di sicurezza rende ovviamente ostica l'adozione di modelli di sicurezza *inclusiva*, con la conseguenza che nella dialettica tra ordine e libertà sarà, di regola, la seconda a subire restrizioni, piegandosi alla domanda di sicurezza della società civile<sup>13</sup> al fine di proteggere beni e persone<sup>14</sup>. La sicurezza, infatti, osservava nel lontano 1956 il giudice costituzionale italiano, «si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'ordinato vivere civile', che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico»<sup>15</sup>.

L'adozione di tale schema è gravido di conseguenze, innanzitutto sul piano amministrativo. In riferimento specifico alla realtà italiana, per quanto le politiche relative ai rapporti fra Stato e confessioni religiose spettino in via esclusiva, ex art. 117 Cost lett. c) allo stato, e in particolare, in conseguenza di una prassi istituzionale consolidatasi dal 1997 con il governo Prodi, alla Presidenza del Consiglio<sup>16</sup>, è altresì vero che le decisioni tecniche assunte dalla *Direzione centrale per gli Affari dei culti* presso il *Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione* del Ministero dell'Interno, dimostrano come quest'ultimo conservi un ruolo centrale, potendo condizionare l'esito delle scelte politiche della prima. Il mancato riconoscimento della personalità giuridica di un ente confessionale o di una confessione religiosa da parte del Ministero dell'Interno pregiudicherebbe, infatti, in misura rilevante, le possibilità d'accesso allo strumento dell'intesa condizionando le scelte della Presidenza del Consiglio in materia di politica ecclesiastica (ex art. 8, comma 3 Cost.), in sintonia con un modello di chiara matrice giurisdizionalista, ispirato ad una logica preventiva di sicurezza. Si aggiunga, a tutto ciò, l'estrema difficoltà, nel sistema amministrativo italiano, di ripartire in forma più organica le politiche in materia di politica ecclesiastica e di coordinarne l'operato in conformità al principio di efficienza. Spesso, troppo spesso, è prevalsa la politica dei veti incrociati, delle reciproche chiusure, della

11 Cfr. J. Andriantsimbazovina, *La Cour européenne des droits de l'homme à la croisée des chemins. Réflexions. Sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1999 à 2002*, in *Ch. Dr. Europ.*, 5-6 (2002), p. 754 ss.

12 Cfr. G. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969, p. 61.

13 Cfr. G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 137 ss., ancora A. Groppali, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol I, *Filosofia e teoria generale del diritto costituzionale*, Padova, 1940, p. 79 ss.

14 Cfr. A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Riv. telematica (www.rivistaaic.it)*, *Riv. ass. it. costituzionalisti (AIC)*, 1 (2015), p. 3

15 Sent. Corte cost. 2/1956.

16 Cfr. M. Ventura, *Creduli e credenti. Il declino di Stato e Chiesa come questione di fede*, Torino, 2014, p. 192.

mancanza di sinergie nel flusso d'informazioni e nella pianificazione dell'azione amministrativa. Emblematica, al riguardo, l'inutile esperienza del Ministro della *Cooperazione internazionale e l'integrazione* inaugurata dal Governo Monti nel 2011, poi continuata nel 2013 con il Governo Letta. Il mancato trasferimento di deleghe a tale Ministro ha infatti reso del tutto vano e inconcludente il suo operato, così come quello della *Conferenza permanente "Religioni, cultura e Integrazione"*, tanto da giustificare la sua soppressione nella riorganizzazione dei dicasteri effettuata dal precedente esecutivo.

Infine condizionato sicuramente ad una *ratio* "selettiva" è l'utilizzo di alcuni strumenti solo apparentemente ispirati ad una logica di sicurezza *inclusiva*. Mi riferisco agli intenti sottesi alla *Carta dei Valori della cittadinanza e dell'integrazione* promulgata con decreto ministeriale il 23 aprile 2007. Lo scopo del documento doveva essere quello di tentare la composizione di una rappresentanza islamica nazionale. L'adesione alla *Carta*, infatti, avrebbe dovuto costituire la condizione indispensabile per entrare a far parte della *Federazione dell'Islam italiano*, realtà che si andava lentamente e non senza difficoltà costituendo in prospettiva della stipulazione di una possibile futura intesa ex art. 8 comma 3 Cost. I nobili intenti inclusivi della *Carta* si sono tradotti, però, in un documento utilizzato principalmente come strumento funzionale all'esclusione preventiva di alcune associazioni religiose percepite come più scomode e distanti dal sentire comune, l'UCOII prima fra tutte.<sup>17</sup> La verità è che mentre si redigevano Carte con intenti inclusivi, la debolezza delle istituzioni, la discontinuità delle iniziative, l'incertezza dei meccanismi giuridici, l'assenza di adeguate garanzie fornivano, non solo un terreno fertile al populismo antimusulmano<sup>18</sup>, ma finivano per favorire forme di «pluralismo di regime»<sup>19</sup> lontane dai contenuti positivi del diritto contemporaneo di libertà religiosa<sup>20</sup>. Ancora tutto da valutare in chiave di utilità ed efficacia, in quanto ratificato e recepito dal Ministero dell'Interno soltanto il 1 febbraio 2017, il *Patto nazionale per un Islam italiano, espressione di una comunità aperta, integrata e aderente ai valori e principi dell'ordinamento statale*, redatto con la collaborazione del Consiglio per i rapporti con l'Islam italiano.

Il quadro normativo che è andato delineandosi negli anni è tuttavia critico anche per altri motivi. Non si possono infatti tacere le ambigue aperture in chiave di sicurezza *inclusiva* contenute in alcune recenti leggi poste in essere da più di un legislatore nazionale. Mi riferisco a quelle disposizioni normative di natura prevalentemente preventiva che preve-

---

17 Cfr. A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2012, p. 89 ss.

18 M. Ventura, *op.cit.*, p. 181.

19 L. Guerzoni, *Considerazioni critiche sul 'principio supremo' di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*, in "il diritto ecclesiastico", 1 (1992), p. 104, Cfr anche H. Jonas, *Valori, società, religione*, (a cura di U. Perone), Torino, 2014, p. 15 ss.

20 Cfr. A. Ferrari, *op. cit.*, p. 90.

dono specifici percorsi d'integrazione per i soggetti attivi di reati culturalmente motivati. In tal senso emblematiche sono alcune delle norme contenute nella legge 9 gennaio 2006 n. 7 approvata dal legislatore italiano per la prevenzione e il divieto dei fenomeni di mutilazione genitale femminile, in attuazione, non solo, degli articoli 2, 3 e 32 Cost., ma altresì di quanto previsto dalla Dichiarazione e dal Programma di azione adottati a Pechino nel 1995 in occasione della Quarta *Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne*. La legge Consolo, infatti, oltre a dettare «le misure necessarie per prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di mutilazione genitale femminile quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine», negli articoli 3, 4, e 5 introduce disposizioni di natura essenzialmente preventiva: campagne informative; iniziative di sensibilizzazione; organizzazione di corsi di informazione per donne infibulate in stato di gravidanza finalizzati ad una corretta preparazione al parto; promozione di appositi programmi di aggiornamento per gli insegnanti delle scuole dell'obbligo; utilizzazione di figure di esperienza nel campo della mediazione culturale per la formazione del personale sanitario; adesione a programmi di cooperazione internazionale<sup>21</sup>. Un apparato preventivo, insomma, messo a disposizione delle istituzioni pubbliche, delle organizzazioni non governative e, in generale, dell'associazionismo impegnato nel sociale, al fine di contrastare il fenomeno delle MGF.

Nessuno mette in discussione il valore sotteso alle finalità di tale norma, il problema, in questi casi, semmai, è di ordine pratico: ci si domanda, infatti, non solo con quali risorse finanziarie il legislatore penserà di far fronte al costo di 5 milioni di euro previsto per l'attività di prevenzione, ma ancor più di come lo stato riuscirà a dare effettiva attuazione alle linee guida predisposte per l'attivazione dell'azione preventiva. In altre parole, il sospetto che emerge leggendo questa nuova generazione di leggi, tra le quali vanno annoverate

---

21 «1. Allo scopo di prevenire e contrastare le pratiche di cui all'articolo 583-*bis* del codice penale, il Ministro per le pari opportunità, d'intesa con i Ministri della salute, dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del lavoro e delle politiche sociali, degli affari esteri e dell'interno e con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, predispone appositi programmi diretti a: a) predisporre campagne informative rivolte agli immigrati dai Paesi in cui sono effettuate le pratiche di cui all'articolo 583-*bis* del codice penale, al momento della concessione del visto presso i consolati italiani e del loro arrivo alle frontiere italiane, dirette a diffondere la conoscenza dei diritti fondamentali della persona, in particolare delle donne e delle bambine, e del divieto vigente in Italia delle pratiche di mutilazione genitale femminile; b) promuovere iniziative di sensibilizzazione, con la partecipazione delle organizzazioni di volontariato, delle organizzazioni *no profit*, delle strutture sanitarie, in particolare dei centri riconosciuti di eccellenza dall'Organizzazione mondiale della sanità, e con le comunità di immigrati provenienti dai Paesi dove sono praticate le mutilazioni genitali femminili per sviluppare l'integrazione socio-culturale nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, in particolare delle donne e delle bambine; c) organizzare corsi di informazione per le donne infibulate in stato di gravidanza, finalizzati ad una corretta preparazione al parto; d) promuovere appositi programmi di aggiornamento per gli insegnanti delle scuole dell'obbligo, anche avvalendosi di figure di riconosciuta esperienza nel campo della mediazione culturale, per aiutarli a prevenire le mutilazioni genitali femminili, con il coinvolgimento dei genitori delle bambine e dei bambini immigrati, e per diffondere in classe la conoscenza dei diritti delle donne e delle bambine; e) promuovere presso le strutture sanitarie e i servizi sociali il monitoraggio dei casi progressi già noti e rilevati localmente».

sia quelle francesi del 2004<sup>22</sup> e del 2010<sup>23</sup> in materia di simboli religiosi, sia quella belga del 2011<sup>24</sup> a proposito dell'utilizzo in spazi pubblici del *burqa* e del *niqab*, è che la previsione degli strumenti preventivi risponda più ad esigenze di facciata che ad una reale ed effettiva volontà d'inclusione. Vere e proprie norme manifesto preoccupate più a placare l'ansia e i timori della maggioranza dei cittadini di fronte alle derive multiculturali, che a realizzare una seria e programmata politica d'integrazione<sup>25</sup>, con il rischio diffuso, osserva la dottrina, che la democrazia maggioritaria finisca per trasformare la maggioranza «nel padrone assoluto della minoranza, autorizzando in sostanza la prima a farsi il tiranno della seconda»<sup>26</sup>.

Come sottolineato in apertura, anche le contraddizioni delle politiche d'integrazione concorrono a rendere faticosa ed incerta la convivenza nelle attuali società pluraliste. Il caso dei *foreigns fighters*, emblematica icona di tale complessità, ne è una riprova. Il fenomeno, ancora in divenire, suggerisce molta prudenza nel spiegarne l'eziologia: tuttavia emerge con una certa evidenza che tra le molteplici cause che lo hanno generato concorrono, tanto il fallimento di molte politiche d'integrazione, quanto la *debacle* del modello multiculturalista denunciata pubblicamente nel 2011 sia dalla Cancelliera tedesca Merkel, sia dall'allora Primo Ministro britannico Cameron e dall'ex Presidente della Repubblica francese Sarkozy, e confermata nel documento dello scorso giugno approvato dal *Conseil français du cult musulman* dal titolo: *Convention Citoyenne des Musulmans de France pour le vivre-ensemble* dove si prende la distanza dal modello comunitarista. I musulmani francesi, o quanto meno quelli che si riconoscono nel *Conseil français du cult musulman*, «Rejetant le repli communautariste [...] projettent tous leurs efforts dans une communauté de destin portée par une intégration juste, loyale et solidaire»<sup>27</sup>. Tutto questo va letto come resa? Significa che le uniche politiche di sicurezza, quando di mezzo v'è la religione, devono essere di natura necessariamente afflittiva, e che la ricerca di soluzioni di natura *inclusiva* è destinata inesorabilmente a fallire, come sembra confermare il testo del recente d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 approvato dal Governo italiano<sup>28</sup> dove la

22 L. n. 2004-228 del 5 marzo 2004

23 L. n. 2010-1192 dell'11 ottobre 2010

24 L.1er Juin 2011 - «Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage»

25 Cfr. M. Ricca, *Dike meticcica. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, 2008, p. 59.

26 *Ibidem*.

27 Conseil Français du Culte Musulmane, *Convention Citoyenne des Musulmans de France pour le vivre-ensemble*, Juin 2014, in [www.olir.it](http://www.olir.it) (visitato il 30 marzo 2015)

28 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonche' proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», in GU n.41 del 19-2-2015.

risposta al fenomeno dei *foreign fighters* è stata interpretata esclusivamente in chiave sanzionatoria, limitandosi ad integrare e modificare fattispecie criminose già vigenti<sup>29</sup>.

Il Rapporto del 2011 del Consiglio d'Europa sulle politiche d'integrazione funzionali alla realizzazione di un buon modello sociale di convivenza dal titolo: *Vivere Insieme. Conciliare diversità e libertà nell'Europa del XXI secolo. Rapporto del Gruppo di eminenti personalità del Consiglio d'Europa*, sembra suggerire una diversa strategia. Esso, infatti, evidenzia, non solo l'utilità delle politiche *inclusive*, ma la necessità che gli stati membri del Consiglio d'Europa investano ancora di più in esse, ovvero, che il diritto alla sicurezza, solennemente sancito nella Carta di Nizza nel 2000 e nel Trattato di Lisbona nel 2009, si realizzi, non solo attraverso le tradizionali e certamente necessarie strategie di natura afflittivo-repressiva, quanto, anche, per mezzo di politiche d'inclusione e di collaborazione, a condizione, però, che quest'ultime rispondano ad un rigoroso criterio di fattibilità, tanto economica, quanto amministrativa e sociale. Per provare a risolvere in chiave inclusiva i problemi di sicurezza connessi alla libertà religiosa, sarà dunque doveroso procedere ad una rigorosa selezione degli obiettivi da raggiungere, e ad una severa scelta dei mezzi da utilizzare e dei soggetti da coinvolgere. Da anni si fa un gran parlare d'inclusione e d'integrazione, ma spesso con esiti modesti e discutibili. Lo stesso rapporto del Consiglio d'Europa sembra essere viziato, nella parte dedicata alle buone pratiche, dalla sindrome del troppo voler fare. In una fase di contrazione economica e d'indebolimento dello Stato sociale, le risorse finanziarie vanno indirizzate verso obiettivi credibili. A questo riguardo, due mi sembrano essere le priorità su cui investire: prima di tutto la riforma del diritto di cittadinanza, ricomprendendo in essa anche i diritti politici, e quindi il riconoscimento del diritto di voto. Come si legge infatti nel Rapporto del *Conseil français de culte musulman*:

«le droit de vote est un outil fondamental et indispensable à l'intégration des musulmans de France. Il véhicule un fort sentiment d'appartenance à une société, à une communauté nationale. Au-delà de ce qu'il représente, ce droit de vote confère une position sociale reconnue au sein de la société. Il favorise également une participation constructive aux différents sujets de société concernant les musulmans français, (parce-que) les musulmans aspirent à participer aux débats nationaux du pays».

---

29 (Artt. 270 quater; 270 quater-1; art. 302 comma 1; art. 414; art. 678 bis ; art. 679 bis c.p. ; modifiche al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 e al decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155). Finalità del d.l. in esame è, infatti, quella di: rafforzare gli strumenti di prevenzione e repressione delle nuove minacce terroristiche, anche di matrice internazionale, attraverso: la previsione di nuovi reati e pene più severe; il contrasto all'uso di *internet* per finalità terroristiche; l'estensione delle misure di prevenzione personale ai «sospetti» terroristi.

Tutto ciò, però, non basta: urge, in verità, un progetto serio, organico e di ampio respiro nel campo della formazione<sup>30</sup> attraverso il coinvolgimento di più competenze amministrative e scientifiche. In tal senso viene in rilievo il modello descritto nel 2010 nel «Parere su Imam e formazione» da parte del *Comitato per l'Islam italiano*<sup>31</sup>. In esso, infatti, si suggeriva, tra altre cose:

«La più ampia diffusione, sul territorio nazionale, di iniziative di formazione civica, organizzate, in coordinazione con la Direzione dei Culti del Ministero dell'Interno, da enti locali, Università e comunità religiose stesse, con l'auspicio di una fattiva collaborazione tra loro. Tale formazione che per i risvolti civici non dovrebbe essere indirizzata ai soli musulmani ma a tutti i responsabili religiosi interessati e a quanti aspirino alla qualifica di ministro di culto approvato, potrebbe ottenere forme di riconoscimento preziose, qualora fossero previsti specifici percorsi formativi – d'intesa con il Ministero dell'Università - nel settore della "mediazione religiosa". [Nonché la predisposizione] d'intesa con il Ministero dell'Università e con il Ministero degli Esteri laddove competente, [della] cornice giuridica necessaria sia per l'esecuzione dell'art. 9 del regio decreto 230/1930 ("scuole teologiche, riconosciute dallo Stato, dei culti diversi dalla religione cattolica") sia per la predisposizione di *curricula* formativi specifici da parte delle Università degli Studi».

Una sinergia, dunque, che se realizzata sarebbe in grado di fare confluire in un unico disegno l'infinità di progetti formativi che, come rivoli sparsi, si sono moltiplicati in questi ultimi decenni all'interno della società civile in maniera spesso disorganica e con un impatto sociale modesto, se non del tutto inesistente, nonostante, a volte, l'ingente dispendio di energie e di capitali.

Si tratta di una grande sfida che potrà essere vinta solo dove alla razionalizzazione delle energie provenienti dalla società civile corrisponderà un'assunzione di responsabilità da parte della classe politica e dirigente dei singoli stati<sup>32</sup>, e una volontà di 'fare' da parte della Pubblica amministrazione, ma questo è un altro problema.

30 Il documento del *Consiglio francese del Culto musulmano* evidenzia l'importanza dell'educazione e della formazione, là dove, nell'art. 4 dichiara che «[...] Au-delà de cette difficulté, une composante importante de la communauté réussit de plus en plus à intégrer de Grandes Écoles et obtient à la fin de ses études des diplômes et des postes importants, en tant que cadres au sein de grandes entreprises, dans de grands groupes ou encore même au sein de divers partis politiques». Questo significa, continua il documento, che «(...) l'islam n'est pas le problème de la démocratie. Nourris de leurs références religieuses et culturelles authentiques, ils s'affirment pleinement comme citoyens du troisième millénaire».

31 Comitato per l'Islam Italiano, *Parere su Imam e formazione*, in <[www.fidr.it](http://www.fidr.it)> (visitato il 30 marzo 2015)

32 Cfr. S. Allievi, *Postfazione. Alla ricerca di un po' di swing*, in *Islam e integrazione in Italia*, (a cura di) A. Angelucci, M. Bombardieri, D. Tacchini, Venezia, 2014, p. 187 ss.

## O Direito como mundividência fundamental

Tiago Azevedo Ramalho <sup>1</sup>

### 1. O problema<sup>2</sup>

I. Na minha intervenção de há dois anos no I Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa deparei com um problema que, creio, serve de ponto de partida adequado a esta nova comunicação. Tenhamos presente, pois, a seguinte hipótese prática:

**A**, sofrendo de uma grave doença, roga a intercessão de certo Santo e promete, acaso venha a convalescer, realizar certa doação a um santuário a que guarda particular piedade. Vem, com efeito, a recobrar a plenitude das suas forças e realiza a doação com a seguinte menção:

“Ofereço este valor de € 1000 ao santuário **A**, para recuperação do altar consagrado a São Rogado, dado que, por sua intercessão, curei uma doença terminal.”

Seis meses depois, convencido agora de que não goza de qualquer tutela extra-sensível, propõe uma acção de anulação da declaração negocial de doação. O erro estaria no seguinte: acreditar, contra todas as regras físico-naturalísticas, ter havido uma intercessão sobrenatural.

II. Não importa, no presente momento, procurar resolver o caso, mas antes identificar mediante quais pressupostos pode ser resolvido, quer dizer, o que é que vai implicado em qualquer uma das soluções que se possam dar.

O que o caso tem de radicalmente problemático é, se bem se vê, o *conflito mundividencial*. Pois se compreendidas em dados termos, as mundividências “religiosa” e “físico-

---

1 Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador do CIJE.

2 Com algumas alterações, o presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no II Colóquio sobre Liberdade Religiosa. Pela sua natureza, por um lado marcadamente coloquial, por outro *quasi* ensaística, dispensa-se particular referência bibliográfica. Devo o meu agradecimento à Prof.<sup>a</sup> Doutora Anabela Costa Leão, com quem pude, em momento anterior ao da comunicação, trocar impressões sobre o tema.



-naturalística” excluem-se reciprocamente: a *religiosa* admite reconhecer como *causa* de uma certa cura a intervenção de um poder sobrenatural, negando a possibilidade de uma plenipotente intercessão divina; a *físico-naturalística* recusa a intervenção de uma qualquer força paranormal, i.e., de uma qualquer causa que esteja além do funcionamento *normal* das ditas leis naturais.

III. Mais: nos termos em que cada uma das compreensões olha o fenómeno, tende a recusar validade à outra compreensão fundamental. O pressuposto da compreensão religiosa é, justamente, a possibilidade de ocorrência de um certo *facto* que escapa ao simples funcionamento da mecânica do mundo; o pressuposto da compreensão físico-naturalística é, pelo contrário, a negação da possibilidade de qualificação como causa de um certo efeito um qualquer *facto* que, em si, seja puramente *irrepetível* ou, pelo menos, não reconstituível pelo espírito. Onde a primeira mundividência *encontra* uma explicação, a segunda conclui pela *não explicabilidade*.

IV. Voltemos ao nosso caso: na hipótese de se reconhecer a validade da doação, está a ser admitida como apta a ser positivamente valorada uma certa *visão* fundamental *do mundo*; na hipótese de se negar a respectiva validade, está-se a negar a aptidão de uma certa *visão* fundamental *do mundo* para servir de base à produção de efeitos jurídicos. O que quer que seja, está-se a afirmar o *que deve valer* e o que *não deve valer* como apto a explicar o funcionamento do mundo.

V. A partir daqui podemos dar um passo mais. Sempre que o julgador seja chamado a apreciar um qualquer caso atinente a um litígio religioso, está proibido de proferir um juízo de *non liquet* em matéria de direito (art. 8.º, 1). Está, pois, obrigado a *definir* o que é que pertence à esfera religiosa e o que é que cabe estritamente à esfera civil.

Será de todos conhecida a resposta de JESUS DE NAZARÉ a esta pergunta. Na versão de Lc 20, 21-23 (cf. também Mt 22, 15-22; Mc 12, 13-17):

“Fizeram-lhe a seguinte pergunta: «Mestre, sabemos que falas e ensinas com recatidão e não fazes acepção de pessoas, mas ensinas o caminho de DEUS segundo a verdade. Devemos pagar tributo a CÉSAR, ou não?»

(...) Ele respondeu-lhes: «Mostrai-me um denário. De quem é a efigie e a inscrição?» Eles disseram: «De CÉSAR.» Disse-lhes, então: «Dai, pois, a CÉSAR o que é de César e a DEUS o que é de DEUS.»<sup>3</sup>

3 Versão do original dada por ARNALDO PINTO CARDOSO constante da *Bíblia Sagrada*, texto da 5.ª ed. revista e corrigida sob a direcção de HERCULANO ALVES, Difusora-Bíblica, Lisboa/ Fátima, 2014.

A pergunta que hoje aqui coloco é, porém, a seguinte: mas o que é de CÉSAR e o que é de DEUS?

## 2. A mundividência fundamental

I. Não me proponho resolver materialmente o problema, apontando um critério material de distinção, mas tão-só procurar identificar as condições formais que permitem chegar a uma solução.

Sendo necessário, pois, determinar o que é de CÉSAR e o que é de DEUS, e admitindo que há apenas estes dois interesses em presença, das duas uma:

- a) Ou CÉSAR determina a fatia que lhe cabe e liberta a parte restante;
- b) Ou é pela interpretação palavra divina (ou método equivalente) que autonomamente se determina o espaço próprio da normação religiosa.

Na primeira modalidade, o poder público impõe-se, e demarca autonomamente o seu âmbito de aplicação.

Na segunda modalidade, o *poder religioso* – numa acepção ampla – *impõe-se*, e demarca autonomamente o seu âmbito de aplicação.

II. Rigorosamente, não se trata sequer de uma disjuntiva: a relação entre as duas ordens é, antes, de *concorrência normativa*. Em vez de dizermos, portanto, das duas uma, devemos dizer: CÉSAR determina autarquicamente a fatia que lhe cabe; autarquicamente também determina a confissão a parcela a que entende dever ter direito. Assim: CÉSAR determina que lhe interessa regular a família, o sistema jurídico-negocial, o Direito dominial; e determina também a confissão que lhe importa regular a família, o sistema jurídico-negocial (sancionando negativamente, *v.g.*, a violação da palavra dada) e o direito dominial (*v.g.*, definindo autonomamente os lugares sagrados e o respectivo estatuto jurídico).

III. Só não haverá *conflito*, ora quando haja completa identidade entre o poder público e o pulsar religioso, ou quando, mediante um processo de recíproca harmonização, poder político e poder religioso demarquem autarquicamente os seus campos próprios de aplicação, embora de forma tal que não se sobreponham – pensemos, por exemplo, numa comunidade política em que a regulação da família não se encontra normada e em que marca presença uma só comunidade religiosa que, por seu turno, apenas se interessa pela regulação familiar.

Assim se explica, aliás, que alguém partilhe – como sói ocorrer – duas ou mais mundividências fundamentais: por exemplo, a pessoa que procura explicar o funcionamento do *cosmos* à luz das suas regras mecânicas de funcionamento, mas que, em simultâneo, aceita como causa do (desde logo por aquele meio) não explicável uma certa intercessão divina.

IV. Apesar, porém, de haver *concorrência* normativa, o julgador vê-se obrigado, perante o conflito, a ter de escolher uma das versões. Pode inteirar-se do conteúdo de uma, pode inteirar-se do conteúdo de outra, mas no limite está obrigado a *preferir* uma certa versão: *tertium non datur*.

A versão que vem a preferir corresponde àquilo a que designo *mundividência fundamental*:

- a) Sendo mundividência, é, pois, uma forma fundamental de olhar, de compreender e de agir sobre o mundo, uma *vidência* do mundo: assunção de certos cânones que o estruturam e que consolidam a respectiva *representação* pelo espírito;
- b) Sendo fundamental, é irreduzível a qualquer outra dimensão, tomando-se a si própria como já fundada. É, pois, o fundamento *último* – ou, se preferirmos, o *fundamento* que, *fundando*, não carece de ser *fundado*: a mundividência fundamental apoia-se, no limite, na *adesão* daqueles que nela acreditam.

V. Daqui não decorre que a regulação tenha de ser *holística*: a mundividência fundamental define autarquicamente qual o seu âmbito de aplicação, fixando o que regula e o que não regula, e podendo limitar-se a regular aspectos restritos. Não tem, pois, de dizer respeito a todos os aspectos da existência. Embora, evidentemente, possa também ter essa pretensão, tudo dependendo da mundividência em causa.

VI. Por outro lado, e ainda que a mundividência *política* fundamental deixe amplas matérias livres de normação, não significa que deixe de conflitar com uma mundividência religiosa. Só não conflita quando nos termos da mundividência religiosa se entenda que também tais matérias devam estar livres de normação jurídica.

Dois exemplos podem ajudar a aclarar o agora exposto:

- a) A garantia de liberdade religiosa dada por certa comunidade política pode conflitar com a mundividência de certa comunidade religiosa presente nessa comunidade política de que não deve haver liberdade religiosa para membros de outras confissões.

b) A liberalização do aborto traduz a opção da comunidade política de indiferença pela vida de nascituros já concebidos; contudo, conflitua abertamente com dadas mundividências religiosas que sustentam a sacralidade da vida, para as quais não é indiferente sorte de tais nascituros.

Quer dizer: uma posição *neutral* da comunidade política em certa matéria *só não conflitua* com a da mundividência religiosa quando diga respeito a certa matéria que também para a mundividência religiosa seja *neutral* ou *indiferente*.

### 3. Pressupostos fundamentais do discurso jurídico

I. *Formalmente*, qualquer um dos conflitos acima delineados é de fácil resolução: basta adoptar o critério de repartição de competências *certo*. *Materialmente*, porém, o problema irrompe por cada uma das mundividências tomar como *certos* critérios delimitadores da sua própria competência que são *diferentes* entre si. Pois na raiz de uma qualquer mundividência fundamental, qualquer que seja ela, está a *adesão* aos seus pressupostos fundamentais – e assim também, sem qualquer reserva, no próprio discurso físico-naturalístico, cujo credo é o método que concretamente venha a adoptar. Qualquer que venha a ser o critério adoptado numa certa comunidade, depende *existencialmente* e *só se deixa levar a acto* na medida em que a comunidade aceite a sua bondade.

II. Porque radicalmente *ético*, em última linha o âmbito de eficácia de um concreto sistema jurídico é demarcado pelo *princípio da personalidade* e não pelo princípio da *territorialidade* da aplicação do Direito. E assim mesmo nos casos de aplicação territorial do Direito: o que aí rigorosamente se verifica é que uma concreta comunidade *pessoal* afirma um Direito unitário sobre um concreto espaço territorial. Sirva de exemplo a contraposição entre as *Ordenações Manuelinas* e as *Ordenações Afonsinas*: podendo por certo dizer-se que naquelas prima o princípio da territorialidade da aplicação do Direito, é visível, por contraposição com as *Ordenações Afonsinas*, que se tratava essencialmente do Direito aplicável a reinícolas *crístãos* – se não se faz especial menção ao estatuto pessoal de *mouros* e de *judeus*, deve-se à política de homogeneização religiosa no íterim realizada.

A *quintessência* da aplicação *universal* num certo território de uma só ordem normativa supõe, pois, a participação numa mesma crença fundamental – no caso de então, o universo católico romano.

III. Não cumpre aqui explorar o percurso que, iniciado na homogeneização cristã da sociedade, levou depois à secularização das sociedades europeias. Seguro é que a recíproca implicação entre o pensamento cristão e a acção jurídico-política, a que deverá acrescer a profunda influência do Direito Romano com o qual juristas europeus, romanistas e canonistas, desde o séc. XI detalhadamente se ocupavam, acabou por levar a uma certa repartição dos espaços político e religioso que se deixa verter na seguinte directriz básica:

- a) A regulação jurídico-política centra-se em problemas inter-subjectivos, demitindo-se de questões *foro conscientiae*;
- b) A esfera religiosa centra-se na *pessoa enquanto pessoa*, não intervindo directamente, mas quando muito por via daqueles que na concreta religião se revejam, no foro público.
- c) Mas de tal forma que é a regulação jurídico-política que fixa as barreiras da possível regulação religiosa.

IV. Como quer que seja, o resultado deste foi que o Direito – ou, mais amplamente, o Direito emanado do poder público – se afirmou como *ordo ordinum*, ordem das ordens. A comunidade política, em que com maior ou menor liberdade participam os crentes de diferentes concepções religiosas, define pois autarquicamente aquilo que entende dever caber-lhe e os espaços de liberdade. Quer dizer: passo a passo, o Direito, ou uma certa compreensão *política* do Direito, afirmou-se como a mundividência fundamental em matéria de vida em relação – que, fosse pela força, fosse pela tradição, fosse pela adesão de uma parcela significativa dos membros da comunidade, logrou afirmar-se.

Serve de prova a circunstância de, perante um caso em que se invoque a liberdade religiosa, a primeira pergunta colocada pelo jurista seja a de saber se *aquela concreta prática* ou *aquela concreta religião* deve ser reconhecida: pergunta que só cobra sentido na medida em que previamente se reconheça que é ao Direito da comunidade política, e não a uma qualquer outra ordem normativa, que cabe reconhecer o que deve e o que não deve ser reconhecido.

#### **4. Direito e diálogo inter-confessional**

I. A relação entre religião e Direito pode pois ser olhada de duas formas. Matérias que são objecto do interesse religioso são, por um lado, também *objecto* de regulação jurídica, determinando autonomamente o Direito como as deve regular. Mas, a partir de

fora, religião e Direito podem ser olhados como sistemas mundividenciais que, diferentes em tantos aspectos, têm ou podem ter em parte um campo de aplicação concorrente. Há que cabalmente distinguir os dois planos.

II. No primeiro plano, perguntamos pelo que, num concreto Estado de Direito cuja regulação assente na dignidade da pessoa, se deve ter por legítimo ou, pelo menos, não contrário à lei. É nestes termos que, *v.g.*, é discutida a liberdade de utilização de sinais religiosos. É neste plano que se define também o que se entende dever caber à esfera religiosa e à esfera civil. É sobre esta matéria que se têm debruçado os presentes colóquios. Plano em que ao Direito se reconhece uma função *ordenadora*, não ordenada, a impor-se por isso mesmo àquele que lhe negue reconhecimento.

III. Ao menos, porém, onde se queira encarar de frente os conflitos religiosos do nosso tempo, há que colocar uma *segunda* questão. Já não *normativa* propriamente dita, mas ante-normativa.

Sempre que, havendo um conflito entre a mundividência secular ou uma mundividência religiosa, a mundividência secular chame a si a competência para *dizer o Direito* em tal caso, o *concreto conflito* é dirimido. Mas só o é nos termos da própria ordem que o dirimiu, por justamente o sistema jurídico não admitir, dentro do seu espaço de competência, qualquer outra ordem que não a sua. Quer dizer: há um *caso* jurídico *julgado* que põe fim a um conflito *jurídico*; mas pode continuar um conflito material.

IV. Rigorosamente, *nenhum* sistema jurídico resolve *conflitos* com certas outras ordens concorrentes de regulação: quando muito, di-los irrelevantes. Não se trata, sequer, de uma especificidade deste concreto *tipo* de problema, mas comum a qualquer *problema* que receba uma resposta do sistema público de justiça. Imaginemos, pois, que **A** e **B** estão desavindos quanto à titularidade de certo bem. Procedendo acção de simples apreciação da titularidade do direito, **A** é declarado proprietário. Daqui não resulta que o conflito entre **A** e **B** esteja *humanamente* resolvido: pode **B**, evidentemente, continuar a sustentar que o bem lhe pertence. Significa apenas que o conflito está já *juridicamente* resolvido, que não releva mais para a comunidade jurídica aquele conflito, que doravante a comunidade jurídica só considerará **A** como titular do direito.

V. Se, porém, pretendermos que o concreto conteúdo material do Direito não venha a ser *qualquer coisa*, o que quer que seja, caracterizada tão-só pela sua pretensão de oponibilidade àquele que lhe nega validade, mas que seja *qualquer coisa* que, pela sua bondade, seja digna de se impor ao espírito de boa vontade, teremos de avançar um pouco mais – não em alternativa ao modo como o Direito opera, mas em seu complemento.

Tomemos, para exemplificação, um caso radical: o modo como a comunidade jurídica deve reagir à conduta daqueles que, a coberto de motivações religiosas, perpetram um atentado bombista.

- a) A comunidade jurídica, na presença de um tal facto, olha-o e valora-o. Assim, e a título de exemplo, há-de considerar *irrelevante* aquela motivação religiosa como causa justificativa do facto criminal, quer dizer, há-de pronunciar-se sobre os espaços que reconhece e que não reconhece a uma motivação religiosa (*a latere*: sustentar que, neste caso, se trata de *falsas motivações religiosas*, de *manipulação de conteúdos religiosos*, etc., não muda uma vírgula o que dizemos: é a comunidade jurídica, também aqui, que define o que aceita ou não aceita como “religioso”).
- b) Sem prejuízo daquele primeiro plano, o problema pode ser olhado a um segundo nível. Aqui a questão já é: por que razão é legítimo que se imponha uma tal solução? Por que razão um outro *sistema de pensamento* ou *vivencial* admite a justificabilidade religiosa de um tal facto? A questão persiste mesmo depois, ou apesar, do desvalor jurídico sobre o facto. Repisa-se: o facto de a comunidade jurídica resolver o litígio *internamente*, censurando o facto, não afasta a *persistência externa do litígio*, na medida em que *outros* o continuam a considerar justificado.

Certo: pode ser absolutamente indiferente aos membros da comunidade que o litígio persista externamente, desde que internamente resolvido. Para quem se indigne, porém, com a discórdia entre os homens, *há aqui um problema a resolver*; e há sobretudo um problema que não se deixa resolver *internamente*, porque internamente só se resolve o litígio perante aqueles que já reconhecem validade ao sistema.

VI. Para o resolver por inteiro, revela-se afinal necessário que o discurso jurídico se desloque para palcos em que tradicionalmente não marca presença: pois trata-se de dialogar com aquele tipo de discurso que, eventualmente, não lhe reconhece qualquer validade e ao qual também não reconhece qualquer validade. Insistimos: o problema da liberdade religiosa não surge quando há perfeita harmonização entre mundividências, mas apenas nos casos em que há conflito. O conflito *entre* mundividências não é resolvido pela comunidade jurídica, mas apenas tornado, quando muito, juridicamente irrelevante. O problema tipicamente *humano* só poderá ser resolvido, pois, mediante o *entendimento*, quer dizer, mediante recíproca aproximação entre mundividências até que, após também recíprocas restrições, se harmonizem.

O que não quer dizer que, no ínterim, se sacrifique a aplicação do Direito que se tem por mais ajustado. Não se deve confundir o primeiro com o segundo plano de tratamento. E note-se ainda: o desafio não se encontra em entrar em diálogo quanto àquelas ma-

térias em que estamos dispostos a transigir, mas, sim, em relação ao que tomamos por *inviolável*, ao que, sentimo-lo, se impõe *imperio rationis*.

VII. Aí onde se pretenda evitar que a sorte das relações sociais resulte do simples jogo de forças, procurando-se em seu lugar a concórdia, não parece pois haver alternativa melhor, ou sequer outra alternativa, do que o diálogo inter-confessional – na esperança de que haja de ser o entendimento a prevalecer. Mas com a especificidade de o discurso jurídico não intervir como simples observador, mas antes como participante. Certo: o sistema jurídico, ao menos como o vejo, não se dirige à salvação ou a oferecer um sentido fundamental à existência (nos termos acima expostos, não é um sistema *holístico*). Mas para haver conflito não é necessário que as mundividências se sobreponham perfeitamente, bastando que pontualmente colidam. O sistema jurídico só seria estranho ao diálogo inter-religioso caso estivesse previamente definido o que é de DEUS e o que é de CÉSAR – mas não devemos dar por resolvido o que está por resolver.

Como, e em que termos, um tal diálogo haverá de ser conduzido, é ponto que não cumpre aqui desenvolver. Mas talvez se possa já enunciar aquele que haverá de ser o ponto de partida do jurista: dizer agora, não o que deve valer como o Direito, mas saber enunciar por que acredita que o que diz, atendendo ao modo como o faz, como Direito deve valer. Dar conta, afinal, das razões fundamentais da sua crença.

Se outra coisa não resultar de um tal esforço, talvez valha ao menos para descobrir quanto de arracional, de irracional até, se encontra nesta mundividência que tomamos por fundamental, alertando-nos aliás para o não pequeno desajuste entre, não raro, a actividade de órgãos legiferantes ou jurisdicentes e as razões que levam os membros da comunidade a neles depositar a sua confiança. Mas talvez também, uma vez separado o trigo do joio, se comece a discernir qualquer coisa de verdadeiramente fundamental, talvez mesmo de perene: e digna por isso, e com o dever até, de participar em qualquer diálogo sobre o Absoluto.



## L'intolleranza come tentazione. L'eredità del passato e i rischi del futuro: i difficili transiti del diritto canonico

Andrea Zanotti <sup>1</sup>

### 1. Violenza e giustizia: la guerra giusta

Dall'iniziale divieto di spargere sangue, tipico della Chiesa delle origini, la Chiesa passa a contemplare, in età gregoriana, la possibilità di uno *ius gladii*: l'idea di poter legittimare, cioè, una guerra ritenuta giusta. Nel medioevo, poi, molti santi sono guerrieri, a sottolineare l'idea che anche i diritti a base religiosa contemplano, in virtù del principio di giustizia, l'uso della violenza.

La guerra poteva essere, dunque, una guerra "giusta": contro gli infedeli, come fu per le crociate, e contro i nemici "interni", gli eretici, che la Chiesa poteva e doveva condannare, lasciando poi l'esecuzione della sentenza agli stati, al cosiddetto "braccio secolare".

Questo indirizzo di pensiero e la prassi conseguente conosceranno una sfera di espansione ancora più vasta all'apparire - nel contesto dell'incipiente età moderna - della grande eresia luterana, accompagnata dal palesarsi della stregoneria, dalla recrudescenza della magia e da un rinnovato ed assai aggressivo pregiudizio antisemitico. Il momento della repressione organizzata conoscerà, allora, una contiguità, un'osmosi ancora maggiore tra trono ed altare, tra Inquisizione e braccio secolare. Questo cono d'ombra - dove sangue, dogma ed innocenza si mescolano in maniera ambigua - si allunga sino a trovare cittadinanza altresì nel *Codex Iuris Canonici* del 1917, dove al can. 2198 si menziona ancora il braccio secolare ed il suo sussidio offerto alla Chiesa.

Questa impostazione di fondo rifletteva una tradizione di lungo periodo, consegnando ad un codice nuovo di zecca la fotografia di una realtà destinata a cambiare secondo un'accelerazione della storia sorprendente e per molti versi non prevedibile.

---

1 Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

Nota dos Coordenadores: o Doutor Andrea Zanotti não pôde estar presente no Colóquio, mas enviou comunicação para publicação.

E' l'avverarsi di due conflitti mondiali a cambiare il piano della percezione della guerra, delle sue dimensioni e delle sue cifre, nonché del suo terribile impatto sulla società civile, tradizionalmente lontana dai campi di battaglia. L'impatto della capacità distruttiva di nuovi armamenti, poi, muta i tradizionali equilibri e scacchieri sui quali la guerra veniva considerata: e gli scenari che si aprono alla percezione di un'umanità accecata dal lampo di Hiroshima sono tali da indurre nuove riflessioni. E' in questo contesto che va letta la *Pacem in terris* di Giovanni XXIII, con quel suo perentorio rifiuto dello *ius gladii* nella soluzione delle controversie che lacerano l'umanità, con quel suo porsi al di fuori del solco tracciato nei secoli a delimitare i confini tra guerra giusta e guerra ingiusta, tra croce e spada. Questi echi e queste preoccupazioni percorrono ed innervano anche l'aula conciliare, allorquando si discute della guerra nella cornice segnata dalla *Gaudium et Spes*, dove il ragionamento intorno alle ragioni dei conflitti ed il richiamo al rispetto assoluto dell'essere umano recuperano però larghi margini delle elaborazioni legate alla tradizione canonistica. E se va "condannato con estremo rigore" l'orrendo delitto in cui si sostanziano "i metodi sistematici di sterminio di un intero popolo, di una nazione o di una minoranza etnica", "deve invece essere sostenuto il coraggio di coloro che non temono di opporsi apertamente a quelli che ordinano tali azioni". Rispetto all'intonazione utopica della *Pacem in terris*, il testo conciliare, nella sua altissima ispirazione, prende realisticamente atto come "la guerra non è purtroppo estirpata dalla condizione umana". Il Dio cristiano dunque vuole evitare la guerra ma non può rifuggire dal giustificare come legittima la difesa, sia pure con la forza militare: non potendo i fedeli rimanere indifferenti alle "azioni manifestamente contrarie al diritto delle genti e ai suoi principi universali, non diversamente dalle disposizioni che le impongono" e che sostanziano veri e propri crimini.

E' questo, in buona sostanza e ridotto all'osso, il portato del Catechismo della Chiesa cattolica, edito nel 1992 e nel quale rifluisce il magistero sia di Paolo VI che di Giovanni Paolo II. Dunque il problema che il Concilio, e tutta l'elaborazione successiva, ponevano non era solo quello, genericamente pacifista, del rifiuto della guerra: ma quello, semmai, di legare in un unico ragionamento violenza e giustizia: non solo non vi può essere legittimazione per una guerra che non sia giusta, ma anche la pace deve essere giusta; ponendosi, questi due aspetti, come facce di una stessa medaglia. In questa prospettiva vanno collocati anche gli interventi di straordinario rilievo registrati durante il pontificato di Wojtyła sulla guerra del Golfo: dove, ben al di là delle ragioni contingenti che scatenavano del conflitto, si toccava il grande tema dello squilibrio non tollerabile sul quale il mondo post-moderno poggiava, ponendo in maniera profetica l'accento sulla necessità di perseguire la giustizia e sulle relative responsabilità del mondo occidentale avanzato.

D'altronde lo stesso Concilio Vaticano II aveva affermato: «La pace non è la semplice

assenza della guerra, né può ridursi unicamente a rendere stabile l'equilibrio delle forze contrastanti, né è effetto di una dispotica dominazione, ma essa viene con tutta esattezza definita opera della giustizia». In termini più generali, è la stessa endiadi *iustitia et pax* a qualificarsi come sostegno dell'intero universo del diritto, compreso quello canonico: la scissione della prima dalla seconda rende quest'ultima ingiusta. E come non di rado il dato disincantato di realtà insegna, la vera pace deve essere restaurata attraverso una guerra riparatrice: solo in una società irenica ed utopica, dunque immaginaria, ogni pace - cioè il silenzio delle armi - è aprioristicamente giusta.

Ma nella geometrica accelerazione della storia, pur rimanendo la guerra un fatto pur troppo reale, lo scontro tende a spostarsi nel regno della virtualità, introducendo, la civiltà della comunicazione, una moltiplicazione di modelli comportamentali eversiva della stessa antropologia che un passato connotato dal sacro ci ha consegnato. E' sul crinale di questo conflitto (altro che villaggio!) globale, popolato, come in un *video game*, da nuovi idoli e divinità che il Dio della croce e della spada – sortito come altri dalla vertiginosa solitudine del deserto – rischia la propria stessa sopravvivenza.

## **2. Gli dei dell'immagine e l'immagine di Dio: i lineamenti di un'inedita guerra**

In questo senso vanno colte le ansie crescenti della Chiesa, legate anche (e non secondariamente) alla sua fragilità mass-mediale, al non essere, per propria natura, adattabile agli stilemi comunicativi invalsi nella contemporanea 'babilonia' dello *show* a tutti i costi che spiega ogni giorno di più la sua invincibile potenza. L'offensiva proveniente oggi dall'esterno alla compagine ecclesiastica non si situa più solo, come in passato, sul versante ideologico: ma si sposta sul terreno della presenza virtuale nei circuiti della grande comunicazione, nei quali, d'altronde, lo sminuzzamento e la sconnessione di contenuti, immagini e parole - tanto più efficaci quanto più violente, massimaliste e irriflesse - diventano impraticabili e indicibili per la Chiesa, sia per ciò che riguarda la sostanza del suo messaggio sia per ciò che concerne uno stile ed un lessico adeguati

Vi è poi un modo ancora più micidiale per rendere più gracile l'*auctoritas* della Chiesa, la cifra della sua attuale incidenza tra gli uomini: esso è affidato semplicemente all'oblio, alla sparizione dai palinsesti che contano nelle programmazioni dei *network* radio-televisivi. Nell'odierna civiltà della telecomunicazione e della multimedialità ormai già tradottasi nella (in)civiltà dello spettacolo, non essere presenti equivale ad essere morti o, nel migliore dei casi, essere condannati all'impotenza prima e ad una liquidazione silenziosa poi.

La Chiesa, in tale contesto, deve affrontare un'ostilità diffusa per conquistare palmo a palmo un diritto di cittadinanza sinora indiscusso ed anzi privilegiario.

In questo declino essa registra una perdita di rilevanza tale da non qualificarla più, nei fatti se non nelle pretese giuridiche, come potenza internazionale in grado di benedire o meno la legittimità di un conflitto.

Il punto è che la stessa sopravvivenza del sacro rischia di essere avvertita come elemento di contrasto, se è vero, come è vero, che ormai niente può e deve frapporsi alla circolazione integrata e planetaria di immagini e merci, ormai non più scindibili. Come in una sorta di circuito elettrico nulla deve ostruire il passaggio della corrente, rallentandone la corsa, così nel circuito degli scambi sempre più spediti di informazioni e di prodotti di consumo bisogna assolutamente evitare che elementi spuri si collochino come luoghi di resistenza, creando isole di impermeabilità alla penetrazione di mercati sempre più sofisticati e di massa, nonché a basso costo.

La fede religiosa - almeno nelle grandi tradizioni monoteiste, le più strutturate dogmaticamente e forgiate nel crogiolo di una storia combattente di molti secoli - irriducibilmente pretende di tradursi in uno sguardo esigente, che ambisce ad abbracciare la totalità della vita individuale e collettiva, nelle sue pieghe più profonde, ma anche negli aspetti minuti scanditi dal trascorrere delle ore, dal momento che nulla sfugge all'occhio di dio ed al suo infallibile giudizio.

Viceversa, nella realtà nella quale siamo immersi, la moltiplicazione schizofrenica dei modelli comportamentali, il venir meno delle ragioni di un'etica condivisa, la leggerezza ondivaga con la quale è consentita la volubilità delle scelte e la loro bassa sostenibilità nello scorrere del tempo, aprono la strada ad un relativismo inconciliabile con un impianto dogmatico rivelato e difficilmente modificabile.

La religione non è più utilizzabile come *instrumentum regni*, ma diviene ostruzione al transito di una civiltà dove ognuno deve trovare le ragioni del suo stesso esistere al di fuori di qualsiasi paradigma di condivisione. Anzi, l'atomizzazione e la parcellizzazione individuale sono condizioni per un'ulteriore prosperare dell'età della tecnica che già trascolora nella civiltà dell'immagine. Questo tentativo (e questa impellenza trainata dal progresso tecno-economico) di svelleare gli uomini dal proprio radicamento ad una terra e ad una etnia (migrazioni spontanee o coatte, internazionalizzazione, una sola lingua per tutti ...) si rivela funzionale ad un processo di progressiva ma inesorabile concentrazione e pianificazione economica prima, politica poi: fenomeno inedito, potente ed inaudito nella storia umana, che sottende un vero e proprio mutamento antropologico.

La variante decisiva, infatti, è rappresentata dall'affermarsi di una capacità tecnica dell'uomo che ha tolto progressivamente spazio alle narrazioni tradizionali sulla propria genesi e sui propri destini, contendendo al sacro, per il tramite di una razionalità fattasi

dominio, il suo ruolo di mediazione tra il comprensibile ed il mistero, tra il cielo e la terra. Se ne vedono, proprio in questi giorni, gli sviluppi imponenti nelle rivolte che sconvolgono il mondo islamico, innescando probabilmente un processo di secolarizzazione fulmineo, inaspettato e, proprio per questo, dagli esiti incerti. Così come per il mondo cristiano, su questa frontiera si giocherà anche la sopravvivenza dell'Islam, soggetto ora al rischio (al di là dei rigurgiti sempre possibili di un neo-fondamentalismo) di perdere, nel suo evolvere verso un processo di integrazione planetaria, il proprio principio di individuazione millenario, con il suo irrinunciabile ancoramento alla vita ed alla Parola del Profeta. Quel Profeta contro il quale, in altro tempo, un Dio guerriero muoveva, brandendo croce e spada, una guerra vera: ritenuta allora, certo con una colpevole ingenuità che la storia ha già riscattato, giusta e santa.

## A liberdade religiosa no mundo em 2014.

Catarina Martins de Bettencourt <sup>1</sup>

A Fundação AIS é uma fundação pontifícia, que tem por missão apoiar os que são perseguidos, ameaçados ou refugiados por causa da fé. Somos uma instituição que surgiu em 1947 no pós-guerra com o objectivo de apoiar os milhões de refugiados alemães. Desde então a nossa missão e actuação foi evoluindo e adaptando-se às necessidades do mundo. Hoje estamos presentes e apoiamos cerca de 140 países e anualmente financiamos cerca de 5000 projectos.

Um dos pilares da nossa missão é a informação. E é por isso que regularmente elaboramos um relatório sobre liberdade religiosa no mundo, em que cada país é analisado em termos da Constituição e do que está inscrito na mesma relativamente à religião sendo depois analisada a situação real, da vida do dia-a-dia em termos de liberdade religiosa. Iremos fazer a apresentação do relatório de 2014 no próximo dia 4 de Novembro, em Lisboa, no auditório da Assembleia da República.

Embora a liberdade religiosa seja um dos direitos fundamentais do Homem, conforme o artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

*Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou colectivamente, em público ou em particular,*

Verificamos que este direito está ameaçado em praticamente todo o mundo.

É por isso que para nós, Fundação AIS, é muito importante dar a conhecer a situação actual no mundo e agirmos para ajudar os que vivem em países onde a liberdade religiosa está em causa.

---

<sup>1</sup> Directora Nacional da Fundação AIS.

Infelizmente, o que verificamos de ano para ano é que tem havido um declínio acentuado da liberdade religiosa no mundo. Hoje, mais do que nunca, vemos notícias nos meios de comunicação social sobre o aumento das perseguições às minorias religiosas no mundo. Hoje a violência e a intimidação são cada vez mais graves e sérias.

Na Europa Ocidental, por exemplo, a tolerância religiosa está a ser desafiada por seculares e ateus que acreditam que a religião deve ser um assunto puramente do foro privado.

Em zonas do Próximo e Médio Oriente, o declínio da liberdade religiosa tem consequências mais imediatas, resultando na deslocação violenta de grupos religiosos inteiros.

Nos estados totalitários, o desafio à liberdade religiosa pode ir da brutal negação dos direitos a formas bastante subtis, como a ausência de progressão na carreira.

Os últimos dados indicam que 75% da população mundial vive em zonas com graves restrições de liberdade religiosa. E podemos mesmo dizer que hoje os Cristãos são o grupo mais perseguido no mundo. Mais de 200 milhões de cristãos vivem hoje sem liberdade religiosa ou em países onde há sérias restrições em termos de liberdade religiosa.

Cerca de 105 mil cristãos são anualmente mortos apenas e só porque são cristãos. E a cada 5 minutos um cristão é assassinado algures no mundo por causa da sua fé. É um número assustador e terrível.

É sabido que o século XX foi considerado o século dos mártires mas estes primeiros anos do século XXI mostram-nos, infelizmente, que a situação é cada vez mais aterradora. Os Cristãos estão a sofrer como nunca na sua história!

Todas estas situações levam-nos a pensar a sobrevivência do Cristianismo a longo prazo em regiões onde, até há pouco tempo, a Igreja tinha numerosos fiéis e desempenhava um papel activo na sociedade. No entanto, se olharmos para os diferentes locais de conflitos no mundo nos últimos anos fica claro que os Cristãos não têm sido sempre o principal alvo ou objectivo dos ataques, e que nem sempre há uma agenda religiosa por detrás dos motivos que orientam os agressores. Temos como exemplo, a chamada Primavera Árabe que afectou pessoas com e sem religião durante o período de revolução, guerra civil e convulsões.

A comparação do impacto da violência nos grupos religiosos afectados revela dois factores chave de mudança: o primeiro que, como comunidades numerosas bem estabelecidas e muitas vezes com longa tradição, os Cristãos são desproporcionalmente vulne-

ráveis a ataques; e, em segundo lugar, que a sua reacção foi fugir de regiões de conflito com muito poucas probabilidades de regresso, pelo menos a curto prazo.

O Cristianismo poderá desaparecer se se tornar a principal vítima do aparecimento de estados teocráticos onde os grupos minoritários, especialmente os Cristãos, não são aceites ou, na melhor das hipóteses, tolerados como cidadãos de terceira classe.

Como foi dito anteriormente uma das consequências destes conflitos é a fuga que está a atingir níveis inimagináveis. Hoje, e segundo a ONU, há mais de 52 milhões de refugiados no mundo. É o maior número de sempre desde a Segunda Guerra Mundial. Todos os anos milhões de pessoas deixam as suas terras e deslocam-se no seu país, ou para outros países, onde pedem refúgio. Fogem a situações de pobreza e fome, agravadas pelas alterações climáticas, escassez de recursos e de alimentos, desastres naturais, situações de guerra ou conflitos armados, perseguição devido à sua religião, nacionalidade, raça, grupo social ou opinião política. No limite fogem à morte.

Os deslocados dos grupos religiosos estão a procurar refúgio no Ocidente, criando assim um leque de desafios sociais e económicos. Ironicamente, à medida que o pluralismo religioso entra em declínio nessas áreas do Médio Oriente, as democracias ocidentais, historicamente sobretudo cristãs e elas próprias em grande medida uniconfessionais, estão a ter de aprender a viver em sociedades multiconfessionais e diversificadas do Médio Oriente. Isto está a gerar tensões, tanto políticas como sociais com o pluralismo religioso, muitas vezes pela primeira vez.

A última grande vaga de refugiados tem como origem o conflito na Síria e, desde Agosto de 2014, no Iraque. Na Síria estima-se que haja mais de 10 milhões de refugiados e, no Iraque, desde Junho até Setembro há cerca de 1 milhão de refugiados.

No Relatório sobre Liberdade Religiosa no Mundo publicado pela Fundação AIS verificamos que, de 196 países analisados, oitenta e um países são identificados como países com perseguição religiosa e que a situação da liberdade religiosa no mundo se deteriorou em cinquenta e cinco destes países, isto é, em 28%.

Nos 196 países abrangidos por este relatório – efectivamente todos os países do mundo – notámos uma diferença em sessenta e um países. Em apenas seis países registámos uma melhoria na situação das minorias religiosas.

Mesmo nestes seis países onde foram observadas algumas melhorias, quatro países – Irão, Emirados Árabes Unidos, Cuba e Catar – permanecem classificados como locais de perseguição “alta” ou “média”. O Zimbabué e Taiwan estão classificados como locais de perseguição “preocupante” e “baixa”, respectivamente.



Nos restantes cinquenta e cinco países vimos uma mudança para pior. Isto significa que, em quase 30% dos países analisados, abrangendo o período de Outubro de 2012 a Junho de 2014, a situação das comunidades religiosas se tinha “deteriorado significativamente” ou simplesmente “deteriorado”.

Identificámos igualmente vinte e seis países onde as restrições à liberdade religiosa já são “altas” ou “médias”, mas onde não foram notadas mudanças nos últimos dois anos. Se juntarmos estes vinte e seis países aos cinquenta e cinco que viveram uma deterioração, vemos que em oitenta e um dos 196 países do mundo – isto é, em 40% – a liberdade religiosa está comprometida ou em declínio.

O número de países que são classificados como registando violações à liberdade religiosa “altas” ou “médias” – independentemente de se terem deteriorado, melhorado ou permanecido na mesma durante o período em análise – chega aos cinquenta e seis, pouco menos de 30% do total.

Verificamos também que em vinte destes países a perseguição é extremamente elevada. Destes, catorze vivem perseguição devido ao extremismo islâmico: Afeganistão, República centro-africana, Egipto, Irão, Iraque, Líbia, Maldivas, Nigéria, Paquistão, Arábia Saudita, Somália, Sudão, Síria e Iémen.

Nos restantes seis países a perseguição religiosa está ligada a regimes autoritários: Mianmar, China, Eritreia, Coréia do Norte, Azerbaijão e Usbequistão.

Toda a área do Médio Oriente está em convulsão, ou melhor, a situação tornou-se mais explosiva desde a chamada Primavera Árabe na primavera de 2011. Nessa altura, houve, em vários países do Norte de África, revoluções que pretendiam derrubar as ditaduras existentes e tornar os países em democracias.

Sabemos hoje que a Primavera Árabe é efectiva e verdadeiramente um inverno árabe. A maioria destes países vive hoje em completa desordem social, com regimes fundamentalistas e alguns em guerra, como a Síria, o Iraque, a Líbia está igualmente um caos, e teme-se que os conflitos existentes em algumas zonas possam alastrar a todo o país.

Em todos estes conflitos foram surgindo grupos cada vez mais radicais e os radicais do autoproclamado Estado Islâmico do Iraque e do Levante (conhecido como ISIS) são um desses grupos. Têm actuado e semeado o terror na Síria, país em guerra civil há mais de três anos, e chegaram em Junho de 2014 a Mossul, no Iraque.

Nessa altura, avisaram, todos os que não pertenciam ao ramo sunita dos muçulmanos, que teriam 72h para se converterem ao Islamismo sunita, pagarem um imposto para

continuarem a viver na sua casa ou abandonarem as suas casas. Caso optassem por ficar nada mais lhes restaria se não a espada, isto é, a sua morte.

Em todas as casas cristãs escreveram o símbolo “ﷲ” que significa *Nassarah*, cristão em árabe. Também nas casas dos xiitas escreveram a letra R, *Rassaraf*, que significa protestante. Percebemos que apenas a sua religião e o ramo do Islão a que pertencem, sunitas, tem lugar nas zonas ocupadas por estes jihadistas.

Em Mossul e nas vilas e aldeias vizinhas, maioritariamente cristãs, em apenas 48h todos tiveram de abandonar as suas casas e tentar salvar as suas vidas. A comunidade cristã na cidade de Mossul, a segunda maior do Iraque, era, até Junho de 2014, de 35.000 pessoas. Hoje não há cristãos em Mossul.

Para percebermos a dimensão da tragédia que se tem abatido sobre a comunidade cristã do Iraque nos últimos anos importa salientar que em 2003 haviam cerca de 1.5 milhões de cristãos no Iraque e hoje não serão mais de 200.000 a 300.000. É efectivamente uma comunidade em risco de desaparecer.

O ISIS foi formado em Abril de 2013 a partir do Iraque. A sua dimensão é pouco clara mas inclui milhares de guerrilheiros, envolvendo muitos ocidentais. Pensa-se que no início eram cerca de 800 guerrilheiros e hoje serão cerca de 30.000.

Supõe-se que o Catar e a Arábia Saudita financiam os grupos rebeldes sunitas que estão a combater no Iraque e na Síria. Estes grupos também se têm financiado através da venda de crude que é vendido muito abaixo do valor de mercado e infelizmente há muitos países que o adquirem, alguns inclusive da Europa... estima-se que o ISIS recebe mensalmente cerca de 100 milhões de dólares. Por isso percebemos como as suas armas são cada vez mais sofisticadas e como podem seduzir tantos jovens ocidentais!

Como disse atrás não é só a comunidade cristã que está a ser atacada. Todas as minorias foram obrigadas a fugir e a deixar tudo para trás. Todos perderam tudo o que tinham. Têm sido vários os templos Xiitas destruídos ao longo das zonas ocupadas pelo ISIS.

Embora este relatório destaque os muitos impedimentos legais e constitucionais à liberdade religiosa impostos pelos governos, a condição prévia para a melhoria é a harmonia e o respeito mútuo entre grupos religiosos.

O aumento da “iliteracia religiosa” entre os decisores políticos ocidentais e os meios de comunicação social internacionais estão a dificultar o diálogo produtivo e a elaboração de políticas eficazes. As intervenções ocidentais no Iraque e no Afeganistão são dois casos onde esta falta de compreensão, ou de entendimento religioso, é demasiado evidente.

Como conclusão, e para reverter as tendências perturbadoras identificadas neste Relatório, a responsabilidade de combater a violência e a perseguição pertencem sobretudo e em primeiro lugar às próprias comunidades religiosas. A necessidade de todos os líderes religiosos proclamarem em voz alta a sua oposição à violência de inspiração religiosa e de reafirmarem o seu apoio à tolerância religiosa está a tornar-se cada vez mais urgente.

## Algumas reflexões conclusivas a propósito do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa

Anabela Costa Leão <sup>1</sup>

A realização do *II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa* traduziu a crescente institucionalização, na FDUP, de uma reflexão sobre a liberdade religiosa, que teve no I Colóquio, que decorreu na FDUP em abril de 2012, um momento decisivo<sup>2</sup>.

Sem prejuízo da identificação óbvia - e a nosso ver, desejável - de linhas de continuidade temática entre os dois eventos, tal não se traduziu numa repetição dos temas de 2012. Registem-se a pluralidade de perspectivas trazidas pelas várias intervenções e, sobretudo, a sua riqueza e contributo para a discussão. Julga-se assim ter honrado o propósito, enunciado pelo Senhor Vice-Reitor Doutor Pedro Teixeira na Sessão de Abertura<sup>3</sup>, de associar a Universidade à reflexão sobre a religião, abrindo-se à *universalidade*.

Neste II Colóquio sobre Liberdade Religiosa, coube-me a tarefa - que assumi com gosto, na qualidade de participante e de membro da comissão organizadora - de, no final dos trabalhos, tecer algumas considerações sobre o Colóquio, em jeito de *reflexões conclusivas*. Desempenhei-a procurando, sobretudo, identificar questões transversais que, de uma forma ou de outra, perpassaram as diversas intervenções. É esse esboço de reflexões conclusivas que se apresenta de seguida<sup>4</sup>.

### I. Retomando o título do colóquio, começaria por aludir ao **binómio tolerância/intolerância**.

O conceito de tolerância – ao qual aludiram diversas intervenções e sobre o qual se deteve, particularmente, CÂNDIDO DA AGRA na intervenção proferida na *Sessão de Abertura* – é frequentemente invocado, mas de difícil definição. Pode ser entendido em múlti-

1 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Rua dos Bragas, 223, 4450-123 Porto). Investigadora do CIJE. Membro da Comissão Organizadora do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa. Contacto institucional: aleao@direito.up.pt.

2 Os contributos aí apresentados encontram-se reunidos em livro de Atas - AA.VV., *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014.

3 PEDRO TEIXEIRA, “A universidade portuguesa como espaço de reflexão sobre a liberdade religiosa”, intervenção disponível na presente obra.

4 O texto que se apresenta acompanha, de perto e no essencial, a intervenção oral proferida no final dos trabalhos, após as diversas apresentações orais principais – daí o seu registo coloquial.

plas aceções, assumindo sentidos negativos e positivos e convocando dimensões verticais (relação indivíduo-Estado) e horizontais (relações indivíduo-indivíduo). Apesar de frequentemente entendida (e, por isso, depreciada) como mero “suportar”, em aceções mais exigentes a tolerância pressupõe o respeito pelo *Outro* (mais importante do que o juízo sobre as suas convicções) e o *reconhecimento* do *Outro*, ainda que não, necessariamente, apreço pelas convicções do *Outro*<sup>5</sup>. Trata-se, pois, de um sentido ativo e positivo de tolerância, possibilitador do diálogo e assente na reciprocidade, na negociação e na pública argumentação (ao qual, em nosso entender, aludiu MIGUEL ASSIS RAIMUNDO<sup>6</sup>).

A outra face do conceito de tolerância é o conceito de intolerância, o que de alguma forma encontra expressão no chamado “paradoxo da tolerância” e na afirmação frequente de que “não se pode ser tolerante com a intolerância” – afirmação cuja ambiguidade pode abrir, ela própria, caminhos de intolerância<sup>7</sup>.

Numa aceção ampla, são diversas as manifestações de *intolerância* na Europa e no mundo, como ilustrou com a expressividade dos factos e dos números a intervenção de CATARINA BETTENCOURT<sup>8</sup>. Reconduzem-se ao domínio da intolerância atitudes várias, com origem nos poderes públicos e privados, permitindo falar em intolerância vertical e horizontal, a par de tolerância vertical e horizontal – com diferentes implicações, naturalmente, do ponto de vista jurídico, às quais aludiu, designadamente, na sua intervenção, MANUEL FONTAINE DE CAMPOS<sup>9</sup>, lançando a questão de saber se e em que medida se pode retirar do artigo 9.º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH) o direito a um *exercício intolerante da religião*.

Especiais questões, de segurança mas também de justiça, são colocadas pelos apelos à guerra santa e à violência de base religiosa, como se aflorou nas intervenções de ANDREA ZANOTTI<sup>10</sup>, ROBERTO MAZZOLA<sup>11</sup> e CÂNDIDO DA AGRA.

---

5 RAINER FORST, “Toleration”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2012 Edition)*, EDWARD N. ZALTA (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/toleration/> e o que se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade. Da diferença à referência*, Lisboa, FDUNL [Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa], 2013 (aprovada em provas públicas em abril de 2014), *passim, maxime* p. 199 ss.

6 MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “As religiões têm de ser inautênticas no espaço público? Forma e conteúdo do discurso religioso na *polis*”, resumo da intervenção disponível na presente obra.

7 Problematizando a questão, RAINER FORST, “The limits of Toleration”, in *Constellations*, vol. 11, n.º 3, 2004, p. 312 ss.

8 CATARINA BETTENCOURT, Directora da Fundação AIS, “A liberdade religiosa no mundo em 2014”, resumo e intervenção disponíveis na presente obra.

9 MANUEL FONTAINE DE CAMPOS, “As limitações estaduais à liberdade religiosa – o estado da questão face ao desafio das interpretações intolerantes das religiões”, resumo da intervenção disponível na presente obra

10 ANDREA ZANOTTI, “L’intolleranza come tentazioni. L’eredità del passato e i rischi del futuro: i difficili transiti del diritto canonico”, texto disponível na presente obra.

11 ROBERTO MAZZOLA, “Le cause politico-instituzionali dei potenziali defomeni di intolleranza religiosa”, resumo e intervenção disponíveis na presente obra.

O específico contributo do Direito na luta contra os fenómenos de intolerância religiosa é relevante mas insuficiente na resolução do problema, que exige respostas complexas capazes de articular diferentes níveis de actuação e diversos atores. Em especial, o papel a atribuir a mecanismos de reacção criminal como forma de resposta ao problema da violência de base religiosa ou, mais amplamente, como instrumento de gestão da convivência, deve ser discutido, sem deixar de equacionar a questão dos seus limites.

**II. A atitude do Estado perante a religião e a diversidade religiosa** foi problematizada em diversas intervenções, designadamente a propósito do conceito de “neutralidade” e da questão de saber que deveres de protecção e obrigações positivas emergem, para o Estado, enquanto “promotor da convivência”<sup>12</sup> em contextos de diversidade religiosa, o que não pode ser desligado de uma determinada forma de entender o “espaço público”. Neste contexto, a “neutralidade” como *modo de ser* do Estado deve ser confrontada com uma leitura da sua atitude assente no conceito de *pluralismo* (como também resultou da comunicação de ANDRÉ FOLQUE<sup>13</sup>), entendido de forma abrangente ou compreensiva<sup>14</sup>. Em especial, e retornando à questão da tolerância, mesmo que entendamos que ao Estado não cabe *tolerar* as diferentes religiões<sup>15</sup>, avulta a questão de saber se e em que medida lhe cabe criar as condições para o exercício da tolerância.

Neste contexto, a invocação, por parte de alguns, de um direito absoluto a não ser confrontado com visões do mundo e da vida divergentes das suas, dificulta, em nosso entender, a busca das soluções de convivência a que se vem aludindo. Acresce que a problematização da atitude do Estado perante a religião não se prende apenas com a questão do estatuto das minorias religiosas, devendo igualmente ser problematizada face à religião maioritária (como, de resto, a jurisprudência *Lautsi* do TEDH ilustra<sup>16</sup>), pelo que a questão de saber se temos um direito a não ser confrontados com perspectivas e mundividências com as quais não concordamos, pode, e deve, ser discutida para além da relação entre maioria e minorias – sem prejuízo, naturalmente, da protecção acrescida quando exigida pela especial vulnerabilidade de confissões que se encontrem em posição minoritária.

---

12 O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH) tem afirmado que cabe ao Estado conseguir a convivência pacífica entre todos os grupos religiosos em espírito de tolerância recíproca, *vd. inter alia*, Caso *Metropolitan Church of Bessarabia e outros v. Moldávia*, n.º 45701/99, 13/12/2001. Sobre a questão, *vd.* ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade*, cit., p. 316-317.

13 ANDRÉ FOLQUE, “Notas sobre religião na escola pública”, resumo e intervenção disponíveis no presente livro de Atas.

14 ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade*, cit., *passim*, *maxime* p. 212 ss. e 257 ss.

15 Sobre a questão, PAULO MOTA PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo de tolerância’ e seus limites”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 747 ss.

16 Casos *Lautsi vs. Itália* do TEDH, n.º 30814/06, decisão em Secção de 03/11/2009 e em Plenário de 18/03/2011. Sobre estes, *ver inter alia* MANUEL FONTAINE DE CAMPOS, “Da intolerância com as crenças minoritárias à intolerância com as crenças maioritárias – a propósitos dos acórdãos do TEDH no caso Lautsi”, in AA.VV., *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 223 ss.

Continuando a problematizar o papel da religião no espaço público *plural*, agora enquanto esfera de discussão pública, no qual coexistem crentes e não crentes, avulta a questão da qualificação das questões como “religiosas” e a subtração das “opiniões” e “razões religiosas” do diálogo social, por múltiplas razões, designadamente a da salvaguarda do pluralismo, a que aludiram nas suas intervenções MANUEL CARNEIRO DA FRADA e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO. Coloca-se a questão de saber se a exclusão de argumentos religiosos da discussão pública não comporta uma discriminação dos fundamentos religiosos das posições sustentadas face aos fundamentos não religiosos<sup>17</sup>. Por outro lado, a exclusão das “razões religiosas” (enquanto visões compreensivas, na linguagem *rawlsiana*), supõe possível, se não mesmo impõe, a “parcelarização” da pessoa, a cujas consciência e capacidade de argumentação se pede a separação do que é religioso do que não o é, exigindo como condição de aceitabilidade na pública argumentação que as ideias religiosas sejam traduzidas em razões susceptíveis de aceitação por toda a comunidade política (questão explorada, designadamente, na intervenção de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO). Assumindo-se uma concepção deliberativa da democracia, a questão da determinação do que pode, ou não pode, ser debatido na esfera pública é, a nosso ver, fundamental, colocando a questão de saber se a inclusão, na discussão, das “razões religiosas” não pode justificar-se como exigência de igualdade e respeito, ou seja, como exigência de tolerância, no contexto de um Estado de Direito plural.

Ainda no domínio da problematização da atitude do Estado, mas numa outra aceção, aludiu-se (*e.g.* nas intervenções de PATRÍCIA JERÓNIMO<sup>18</sup> e de ROBERTO MAZZOLA) ao contributo dos movimentos migratórios para a diversidade religiosa – designadamente, da imigração originária de países muçulmanos com destino à Europa. Reflectindo a importância que o tópico da *segurança* tem assumido na discussão pública e política, aludiu-se ao endurecimento das políticas de controlo da imigração como reacção e/ou atitude defensiva face ao fundamentalismo e ao terrorismo de base religiosa, sem que tal afaste – pelo contrário – a necessidade de reflexão sobre o papel das políticas de integração e inclusão de imigrantes (*maxime* através da reforma dos critérios de acesso à cidadania e do alargamento da participação política, *e.g.* através do voto) nas criação dessas mesmas condições de segurança.

---

17 Sobre a questão, *vd.* MICHAEL J. PERRY, “Why Political Reliance on Religiously Grounded Morality Does Not Violate the Establishment Clause”, *William and Mary Law Review*, vol. 42, 2001, p. 663 ss. Entre nós, JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 82, 2006, p. 65 ss.

18 PATRÍCIA JERÓNIMO, “A jurisprudência multicultural e os muçulmanos nos Estados membros da União Europeia”, resumo e intervenção disponíveis na presente obra.

III. Amplamente discutida no I Colóquio, voltou a ser objecto de reflexão a **presença da religião na escola**, seja nos *curricula*, seja através de símbolos religiosos, seja através da manifestação, por professores e estudantes, das suas convicções religiosas, corroborando a centralidade do espaço educativo na discussão de diversas questões relativas à tutela da liberdade religiosa e da diversidade religiosa e, mais amplamente, à protecção dos direitos humanos. A atribuição, em 2014, do Prémio Nobel da Paz conjuntamente a Malala Yousafzai e a Kailash Satyarthi, pela sua luta pelos direitos das crianças e, em especial, pelo direito de todas as crianças à educação, é disso reflexo<sup>19</sup>. A Constituição portuguesa, por sua vez, refere-se a tolerância na parte dedicada aos chamados “direitos culturais”, colocando entre as finalidades da educação, que cumpre ao Estado promover, o *espírito de tolerância e de compreensão mútua* (n.º 2 do artigo 73.º).

Neste contexto, acentue-se (na linha da intervenção de ANDRÉ FOLQUE) a importância da educação na criação e aprofundamento das condições para a convivência entre diferentes concepções e atitudes para com a religião e a necessidade de reflectir sobre a presença da religião na escola, designadamente sobre a presença do ensino da religião na escola pública, presença essa que não tem de se limitar ao ensino confessional das religiões, podendo (quicá, devendo) referir-se ao ensino sobre as religiões no contexto da formação pessoal e social dos estudantes (questão a que aludiu ANDRÉ FOLQUE, no contexto da sua intervenção que teve por mote o Acórdão n.º 578/2014 do Tribunal Constitucional<sup>20</sup>).

Num outro contexto, também ele *formativo*, PATRÍCIA JERÓNIMO acentuou a importância da formação dos atores judiciais para lidar com normas de base religiosa, referindo-se à aplicação da lei islâmica pelos juizes de tribunais estaduais confrontados com reivindicações de muçulmanos baseadas na sua fé – aspecto este que nos parece fundamental.

IV. Da **pluralidade religiosa e do pluralismo jurídico** resultam importantes desafios para o Direito, como resulta *inter alia* das intervenções de PATRÍCIA JERÓNIMO e de BACELAR GOUVEIA<sup>21</sup>. Trata-se não apenas de reconhecer a coexistência de uma pluralidade de ordenamentos normativos, como de, em consequência, pensar nos critérios de reconhecimento pelos ordenamentos estaduais de ordenamentos de base religiosa, mesmo fora do contexto de aplicação dos mecanismos de Direito Internacional Privado.

A relação entre o Direito estadual e os Direitos religiosos ou de confissões religiosas (não discutiremos aqui a questão de saber quais os critérios para determinar o que são

---

19 Mais informações em [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/2014/](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2014/) [11.06.2015]. Sobre a educação e/em democracia, veja-se o trabalho recente de LUÍSA NETO, *Educação e (em) democracia*, Porto, Editora UP, 2015.

20 Disponível para consulta em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

21 JORGE BACELAR GOUVEIA, “A liberdade religiosa no Direito Constitucional de Língua Portuguesa”, resumo da intervenção disponível na presente obra.



“normas religiosas”)<sup>22</sup> não diz apenas respeito a dimensões substantivas, mas também adjetivas e processuais.

Mereceram particular referência as questões relativas à interacção entre tribunais estaduais seculares e mundividências religiosas, entidades religiosas e ordenamentos de base religiosa, em situações mistas em que confluem interesses civis e religiosos. As intervenções de PATRÍCIA JERÓNIMO, ANDREA BETTETINI<sup>23</sup>, DAVIDE ARGIOLAS<sup>24</sup> e TIAGO RAMALHO<sup>25</sup> apontaram e ilustraram as dificuldades de natureza variada que emergem nesse contexto. Estas prendem-se, *inter alia*, com a compatibilização entre dimensões de autonomia e auto-organização das confissões religiosas com o respeito pelos direitos fundamentais, *e.g.* o respeito pela vida privada, dos trabalhadores, no contexto de relações laborais no seio de “organizações de tendência” (como bem ilustrou, com recurso à jurisprudência do TEDH, a intervenção de ANDREA BETTETINI) ou, num outro âmbito, as dificuldades de compatibilização da autonomia confessional com regimes processuais, designadamente à luz do artigo 6.º da CEDH (veja-se, a propósito da questão, a intervenção de DAVIDE ARGIOLAS). Neste contexto, foi sublinhado o risco de intromissão excessiva dos poderes seculares no âmbito interno das confissões ou das pessoas jurídicas religiosas.

A questão do reconhecimento, pelo Direito, de mundividências religiosas para determinados efeitos – designadamente, para a aprovação de leis de liberdade religiosa – não é uma questão relevante apenas no contexto de países de assumido pluralismo jurídico, ainda que aí possa levantar problemas específicos. Neste contexto, poderá ser particularmente interessante o caso da regulamentação da liberdade religiosa em países de língua portuguesa, sobre os quais se debruçou a intervenção de BACELAR GOUVEIA.

V. Na “arena global”, para usar a expressão de SUZANA TAVARES DA SILVA<sup>26</sup>, em que se movem hoje os direitos fundamentais, a consagração da liberdade religiosa em diversos textos internacionais de protecção dos direitos fundamentais (*lato sensu*), associada à jurisprudência dos seus órgãos aplicadores, não pode deixar de ter-se por significativa – é disso exemplo a protecção conferida pela CEDH à liberdade religiosa e a relevância da jurisprudência do TEDH nesse domínio, invocada em diversas intervenções, *e.g.* de AN-

---

22 Remete-se aqui para a discussão recente sobre o tema no âmbito do XIX Congresso da *International Academy of Comparative Law* (Viena, 20 a 27 de Julho de 2014).

23 ANDREA BETTETINI, “Il principio di non discriminazione per motivi religiosi in âmbito lavorativo”, resumo e intervenção disponíveis na presente obra.

24 DAVIDE ARGIOLAS, “O aumento da litigância contra entidades eclesíásticas e o seu impacto sobre a liberdade religiosa”, resumo e intervenção disponíveis na presente obra.

25 TIAGO RAMALHO, “O Direito como mundividência fundamental”, resumo e intervenção disponíveis na presente obra.

26 SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa Universidade Coimbra, 2011.

DREA BETTETINI e de MANUEL FONTAINE DE CAMPOS e, ainda que de uma forma mais tímida, o contributo do direito comunitário e europeu, por exemplo no âmbito do direito do trabalho e da não discriminação no, e para além do, domínio laboral (sobre este, *vd.* em particular a intervenção de ANDREA BETTETINI).

No Estado Moderno de tipo europeu, na sua fase de Estado constitucional de Direito, a protecção da liberdade religiosa inscreve-se ainda no plano constitucional, atenta a relevância jusfundamental da protecção da liberdade religiosa e, bem assim, das dimensões de laicidade e pluralismo, ainda que concretizadas em diferentes modelos de relação entre o Estado e o fenómeno religioso<sup>27</sup>. O périplo empreendido por BACELAR GOUVEIA pelos sistemas constitucionais lusófonos assim o demonstra.

Para a tutela da liberdade religiosa avulta o princípio da igualdade, não apenas, mas também na sua vertente de proibição da discriminação, como foi *inter alia* enfatizado por ANDREA BETTETINI e JOÃO SEABRA nas suas intervenções. O conceito de discriminação indirecta é, neste domínio, fundamental, designadamente na tutela de minorias religiosas<sup>28</sup>.

A par e em articulação com a protecção conferida pelo princípio da igualdade, refira-se a protecção conferida pelos direitos fundamentais, aí avultando, naturalmente, a liberdade religiosa (art. 41.º), ainda que a ela não se circunscrevendo. Com efeito, de outras dimensões jusfundamentalmente protegidas, como *inter alia* da liberdade de expressão, da liberdade de associação, do direito ao desenvolvimento da personalidade ou, num outro contexto, da protecção dos direitos educativos dos pais, podemos retirar dimensões relevantes de protecção da liberdade e da identidade religiosas<sup>29</sup>.

Neste contexto, saliente-se o papel que a objecção de consciência - a que aludiu, na sua intervenção, JOÃO SEABRA - é chamada a desempenhar como mecanismo de compatibilização de mundividências e, sobretudo, de salvaguarda da consciência individual e que beneficia, no caso português, de expresso reconhecimento constitucional, como direito geral, no n.º 6 do artigo 41.º<sup>30</sup>.

Resulta, pois, do confronto entre as diversas intervenções, a constatação de que a tutela da liberdade religiosa é complexa, exigindo a articulação entre dimensões individuais, colectivas e institucionais, relativas a crentes e a não crentes.

---

27 Sobre a questão, *inter alia*, PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, Almedina, 2002.

28 Entre nós, *vd.* JÓNATAS MACHADO, “Minorias religiosas, liberdade de culto e propriedade horizontal”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 42, 2003, p. 35 ss.

29 Sobre a questão, *inter alia*, JORGE MIRANDA e PEDRO GARCIA MARQUES, “Anotação ao art. 41.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

30 E, também, no contexto específico do serviço militar, no artigo 276.º da Constituição. Sobre o entendimento que sustentamos deste n.º 6 do artigo 41.º da Constituição, *vd.* o que se escreveu em PAULO PULIDO ADRAGÃO e ANABELA COSTA LEÃO, “O direito à objecção de consciência por parte do Chefe de Estado, em questão”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 133 ss.



As Atas agora publicadas recolhem as comunicações preparadas para o II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa, realizado no passado dia 24 de Outubro de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto com o apoio de:



“[...] A importância deste diálogo é, desde logo, ditada pela atualidade do tema, bem como pela necessidade de um específico contributo jurídico na discussão sobre a tutela e os limites da liberdade religiosa. Por outro lado, não é de desprezar o facto de, durante décadas, esta matéria ter estado relativamente ausente do ensino universitário português, o qual, há poucos anos, timidamente a retomou. O Colóquio inscreveu assim, entre os seus objetivos, continuar o esforço, encetado em 2012, de contribuir para relançar o debate e a reflexão jurídico-científicos sobre o tema da Liberdade Religiosa e das relações entre o Estado e as Confissões Religiosas.”