

**«DIRITTO E RELIGIONE».**  
**NOTE A MARGINE DEL XXVIII CONVEGNO**  
**DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO**  
**di**  
**Federico Costantini**  
Università di Udine

**Sommario:**

§.1.- Introduzione .....	1
§.2.- Considerazioni introduttive.....	4
§.3.- Diritto e religione come problema filosofico-giuridico .....	5
§.4.- Pluralismi e discriminazioni .....	11
§.5.- Religione e religione civile .....	17
§.6.- Dio, Stato, Diritto .....	21
§.7.- Conclusioni.....	24
§.8.- Riferimenti bibliografici.....	28

*§.1.- Introduzione*

Da sempre il rapporto tra religione e diritto è fondamentale nell'esperienza umana. Se è noto che il termine latino «*jus*» e il vedico «*yós*» sono strettamente correlati<sup>1</sup>, non si può dimenticare che la giurisprudenza viene definita nel Digesto

---

<sup>1</sup> Il termine è contenuto in formule propiziatriche ed è utilizzato per invocare la benedizione celeste, cfr. per tutti Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, a cura di Carla Faralli, 3 vols., Vol. 1, *Antichità e medioevo*, Manuali Laterza (GLF editori Laterza: Roma-Bari, 2001), 45. L'etimologia del resto era già sostenuta in Luigi Ceci, *La lingua del diritto romano. Vol. I, Le etimologie dei giureconsulti romani, raccolte ed Illustrate con introduzione storico-*

come «*conoscenza delle cose umane e divine*»<sup>2</sup>, e che in Europa per ottocento anni la *respublica christianorum* si resse sullo *jus commune*, che costituisce ancora il patrimonio di civiltà condiviso nella società occidentale. Dal punto di vista del singolo individuo, diritto e religione sono accomunati dalla tensione verso la trascendenza almeno sotto due profili, quello intersoggettivo e quello metafisico. Entrambi, infatti, da una parte impongono di considerare l'effetto delle proprie azioni nei confronti degli altri, dall'altra parte costringono a riflettere sui fondamenti della propria esistenza e a confrontarsi interiormente con essi, nel rapporto tra dimensione spirituale e sfera pratica. Non per nulla, il diritto "salva" l'azione, come scriveva Giuseppe Capograssi<sup>3</sup>.

Se guardiamo al mondo di oggi, possiamo osservare agevolmente che le questioni maggiormente dibattute nelle assemblee parlamentari e nelle aule giudiziarie riguardano le strutture costitutive dell'esperienza umana, alle quali è da sempre attribuito un significato anche religioso. E spesso è revocata in dubbio la convinzione che vi siano forme antropologiche sacre ed intangibili, come quelli che due secoli fa Gianbattista Vico riteneva principi delle nazioni permanenti ed universali<sup>4</sup>. Si considerino fenomeni – anche se tra loro eterogenei – che riguardano gli aspetti più significativi della vita di ciascuno, ossia la nascita, il matrimonio, la morte: per la nascita, si pensi all'aborto e alla fecondazione artificiale; per il matrimonio, alle unioni omosessuali, alla poligamia, ai matrimoni forzati e alle adozioni da parte di singoli individui; per la morte, all'eutanasia e al suicidio assistito. Si può osservare come il processo di

---

*critica* (Torino: E. Loescher, 1892), 162, nota 2.

<sup>2</sup> «*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» *Digesto* 1, 1, 10 §. 2, in Wilhelm Kroll and Rudolf Schöll, *Corpus Iuris Civilis*, 3 vols., Vol. 1, *Institutiones* 13 ed. (Hildesheim: Weidmann, 1993), 1.

<sup>3</sup> Si aggiunge che, proprio alla luce di una concezione trascendente del diritto sostenuta dal filosofo di Sulmona «*il male viene a negare l'azione*» Giuseppe Capograssi, *Opere*, 7 vols., Vol. 2 (Giuffrè: Milano, 1959), 293.

<sup>4</sup> «*Osserviamo che tutte le nazioni così barbare come umane, quantunque, per immensi spazi di luoghi e tempi tra loro lontane, divisamente fondate, custodire questi tre umani costumi: che tutte hanno qualche religione, contraggono matrimoni solenni, tutte seppelliscono i loro morti*» Giambattista Vico, *La Scienza Nuova: giusta l'edizione del 1744*, 2 vols., Vol. 1 (Roma; Bari: Laterza, 1974), 143. La citazione si riferisce precisamente al Libro I, Sezione III, paragrafo 333. La tripartizione vichiana viene rielaborata in questa sede escludendo la religione ed introducendo l'elemento della nascita.

secolarizzazione, in particolare, abbia legittimato condotte – agevolate spesso dal progresso tecnologico – che travalicano i tradizionali istituti giuridici. Le forti reazioni dell'opinione pubblica ai casi più eclatanti portati alla ribalta dai *mass media* confermano l'urgente necessità di risposte che siano idonee non solo alla convivenza tra culture e religioni differenti, ma anche a stabilire criteri di condotta ai quali i singoli individui possano ricorrere in ogni circostanza.

Una delle discipline più coinvolte nelle discussioni inerenti al rapporto tra diritto e religione è senza dubbio la Filosofia del diritto. La riflessione sulla dimensione giuridica, sul suo fondamento e significato, sul suo legame sostanziale con la giustizia, non può prescindere dal prendere in considerazione i fenomeni sopra accennati ed in effetti negli ultimi anni molti studiosi di questa materia hanno concentrato la loro attenzione su bioetica, multiculturalismo, libertà religiosa, Diritti umani.

Nel corso del XXVIII Convegno della Società Italiana di Filosofia del Diritto<sup>5</sup>, intitolato appunto «Diritto e Religione», si sono trattato alcuni profili dell'attuale discussione sul tema all'interno di questo settore scientifico disciplinare. I lavori del convegno hanno toccato diverse prospettive, dedicando a ogni sessione uno specifico nucleo problematico: la prima, avente un indirizzo filosofico giuridico generale, la seconda riguardante il profilo etico-giuridico, la terza relativa all'aspetto etico-politico, la quarta concernente la considerazione della religione da parte della scienza giuridica. Al termine del convegno si è tenuta una tavola rotonda in commemorazione di Alfonso Catania, eminente membro della Società recentemente scomparso.

Chi scrive ritiene utile per sè, ma anche per quelli che non sono riusciti a partecipare, fornire un breve resoconto<sup>6</sup> che questa Rivista ha benignamente acconsentito a pubblicare. Non pretendo qui di riportare i contributi con l'approfondimento che sarebbe richiesto, ma soltanto di riassumerli sommariamente – suddivisi per sessione – confidando di averne colto il senso. Mi soffermerò sui passaggi argomentativi che più mi hanno colpito per la loro

---

<sup>5</sup> Il convegno si è svolto nei giorni 20, 21 e 22 settembre 2012 a Villa Mondragone, Frascati.

<sup>6</sup> A tal proposito, si ringrazia il Prof. Francesco Viola e la prof.ssa Agata C. Amato Mangiameli.

intensità, corredandoli con alcuni spunti di riflessione e proponendo alcune osservazioni conclusive.

## §.2.- *Considerazioni introduttive*

In apertura dei lavori, il prof. Francesco Viola ha delineato il profilo teorico del rapporto tra diritto e religione nell'età contemporanea e la sua evoluzione nel passaggio dalla modernità alla postmodernità. Oggi si considera superata la rigida demarcazione, stabilita nella modernità, tra le diverse dimensioni concettuali – diritto e morale, politica e religione – e i loro rispettivi confini, che in passato ben delimitati, ora si confondono per effetto di una reciproca contaminazione. Le diverse istanze, che in precedenza non potevano comunicare in alcun modo, riescono a dialogare e confrontarsi mediante l'elaborazione di una pratica linguistica condivisa. Con la caduta delle "metanarrazioni"<sup>7</sup> si prescinde infatti dalle questioni fondative e proliferano molteplici ordini di relazioni concepiti – e costruiti – in modo che possano coesistere non soltanto la sfera giuridica e quella religiosa, ma anche differenti visioni e concezioni di esse. Insomma, non più "diritto" e "religione", ma "diritti" e "religioni". Si strutturano così molteplici ordinamenti di "salvezza"<sup>8</sup> all'interno dei quali vengono elaborate soluzioni che sono accolte come "giuste". La giustizia dunque, può essere colta solo in senso relativo al contesto e sempre in modo provvisorio, rimanendo aperta alla possibilità di ulteriori revisioni.

Mi pare che la questione emerge nella sua complessità adottando il punto di vista del singolo individuo nel passaggio tra i due paradigmi. In epoca moderna diritto e religione erano concepiti come "sistemi" rigidi, chiusi e incompatibili, tanto che i tentativi di composizione inevitabilmente si risolsero in forzature. Per esempio, il motto *eius regio, cuius religio*, che rappresenta l'esito della Pace di Augusta (1555), è una soluzione semplice dal punto di vista dell'ordinamento statale – forse non elegante ma di sicuro efficace – eppure del tutto insoddisfacente per il suddito, costretto alla secca alternativa tra rinunciare al proprio Credo e abbracciare quello del regnante, oppure mantenerlo ed emigrare. Per converso, nella postmodernità si suppone che ciascuno di noi possa aderire

---

<sup>7</sup> Cfr. per tutti Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir* (Paris: Les Editions de Minuit, 1979).

<sup>8</sup> Il richiamo al magistero di Capograssi mi pare implicito.

ad una – tra le tante – proposta di mediazione tra le proprie esigenze e quelle altrui, “negoziando” la propria posizione anche sulla base della stretta contingenza, con la facoltà di abbandonare il modello adottato, preferendone un altro perché più idoneo alle proprie aspettative, o perché semplicemente più vantaggioso, o per un qualsiasi altro motivo. Diventa essenziale, perciò, sviluppare la capacità di adattarsi ai diversi contesti e conservare la consapevolezza della provvisorietà della condivisione dei valori in esso praticati.

Si assiste, in altri termini, ad un rovesciamento di prospettiva. Se nella modernità per l'individuo il problema si poneva essenzialmente in termini di soggezione e conformità al “sistema” – l'ordinamento statale – che, per convenzione e senza mediazioni, gli veniva imposto come unico ed esclusivo paradigma, nella contemporaneità invece si configura come conservazione dell'equilibrio interno al proprio “sistema” – la coscienza – nell'esercizio del potere di opzione tra ordini alternativi. Dunque la libertà – nello specifico in materia religiosa – oggi potrebbe essere concepita non tanto come una rivendicazione verso il Sovrano, quanto come una conquista dell'individuo nei confronti di se stesso. Si tratta però di una sfida continua, perché l'equilibrio tra ragione e volontà – ma anche tra impulsi interiori e stimoli esterni – è, nella postmodernità, precario per definizione. La religione, insomma, diventa uno dei fattori di “complessità”, dal punto di vista ontologico e gnoseologico, dell'esperienza contemporanea.

### §.3.- *Diritto e religione come problema filosofico-giuridico*

Nella prima sessione, presieduta dal prof. Enrico Pattaro e dedicata alla discussione del tema *Diritto e religione come problema filosofico-giuridico*, si sono confrontati il prof. Francesco D'Agostino e il prof. Mauro Barberis. Se è vero che la contemporaneità impone di ridefinire le categorie concettuali concepite dai moderni, è evidente allora la necessità di ridisegnare i contorni sia del diritto sia della religione, per verificare se sussista una intersezione teoretica tra i due “domini”. In questo senso D'Agostino si è occupato dell'aspetto religioso, mentre Barberis si è concentrato su quello giuridico.

Il prof. Francesco D'Agostino ha esposto una concezione della religione in grado di reggere l'impatto della contemporaneità, fondata su una configurazione di Dio da intendersi come equivalente di «Essere» o «assoluto».

L'argomentazione si fonda su due linee, la prima di stampo teologico, la seconda di matrice sociologico-culturale.

Anzitutto, se si assume che ogni sistema epistemologico possiede una matrice teologica in quanto contiene assunti che si pongono in termini assoluti, allora anche quello giuridico esprime una pretesa veritativa; pertanto la scienza giuridica risponde, come ogni forma di conoscenza, ad un "bisogno ontologico" dell'individuo. Poiché un sistema non può essere autoreferenziale, ma deve necessariamente rimandare ad altri, vi è la possibilità di un contatto con la religione. Quest'ultima assolve alla funzione di giustificazione dei comandi e di limite nell'uso della forza, ponendosi come strumento cognitivo e teoretico del diritto poiché consente di superare la contingenza delle decisioni che devono essere prese in suo nome.

In secondo luogo, se si osserva che da sempre vi sono tesi filosofiche che si sforzano di negare l'assoluto rappresentato dalla religione, si può sostenere che in un certo senso è quest'ultima a generare fenomeni che tendono a reprimere la sua stessa valenza. Anche il processo di secolarizzazione verificatosi nel corso della modernità rientra all'interno di questa dinamica; esso però ha fallito nel suo proposito, in quanto non ha estirpato l'esigenza sottesa alla promessa di salvezza che era il contenuto della religione, ma ha semplicemente determinato una sua trasformazione. Infatti, si possono dare numerosi esempi di simbologie sacrali che si coniugano in elementi mitologici (lo Stato, la Nazione) o etici (l'Umanità, la Solidarietà), ma anche logici, come la *Grundnorm* di Hans Kelsen. Dunque, dalla necessaria conservazione della tensione metafisica si può trarre la convinzione che un fondamento ontologico sia imprescindibile per il diritto.

In base alle osservazioni appena svolte, si può superare lo scetticismo – per la riflessione giusfilosofica, in particolare il "nichilismo giuridico" – e ricostruire la dimensione collettiva con una "terapia contro l'indifferenza" mediante su un'etica pubblica fondata sui Diritti umani, aperta perciò al pluralismo. All'interno di questa prospettiva si può reinserire la religione nel paradigma postmoderno come fattore determinante di una comunicazione impostata in termini pragmatici. In conclusione, ammettendo che l'individuo sia *capax dei*, cioè idoneo ad acquisire una dimensione religiosa e spirituale, ponendosi anche nei confronti degli altri come "religiosamente qualificato", si può giungere ad una concezione della laicità non come "indifferenza delle differenze", bensì

come “rispetto delle differenze”, declinazione dell’universale nel rispetto delle semantiche particolari.

Il prof. Mauro Barberis, nella sua relazione *La libertà religiosa*, ha sostenuto che la religione non può ritenersi legittimata, nella società contemporanea, ad estendersi ad ogni dimensione dell’esistenza. La tesi è svolta distinguendo, all’interno della “libertà in materia di religione”, tra una libertà di contenuto positivo, o “di religione”, e una libertà di contenuto negativo, o “dalla religione”. In sostanza, se si riconosce al singolo la facoltà di professare il proprio culto, allora gli deve essere consentito non solo astenersi da ogni pratica religiosa, ma anche difendere tale scelta dalle interferenze provenienti dagli altri consociati. Compito del diritto, di conseguenza, è preservare anche questo spazio di libertà, nel quale comunque non è esclusa a priori una dimensione spirituale e quindi l’elaborazione di valori e principi etici.

La tutela della libertà “dalla religione” si può ricavare configurando nel rapporto tra religione e libertà individuale tre modalità di sviluppo. Nella prima, denominata “comprensiva”, la religione investe ogni esperienza dell’umano e quindi non ammette alcuno spazio pratico di libertà. Per la seconda, quella “densa”, la sacralità viene riservata soltanto ad ambiti molto ristretti: vita, matrimonio e famiglia, morte. Nella terza, chiamata “sottile”, il rapporto con la religione è lasciato esclusivamente all’interiorità, mentre la disciplina della condotta esteriore è lasciata al diritto: di ciò ne è esempio la cultura protestante.

La declinazione “comprensiva” oggi non è più ammissibile essenzialmente per due ordini di ragioni: da una parte, la contemporaneità nega alla religione in quanto tale ogni valore teoretico, giacché esso può essere attribuito soltanto dalla conoscenza scientifica; dall’altra parte, questo modello non concede alcuno spazio alla libertà individuale, che viceversa costituisce un principio acquisito ed irrinunciabile.

Anche la coniugazione “densa” non può essere accettata. Infatti, la sfera in cui si conserva il dominio della religione, per quanto ristretta, rappresenta comunque una limitazione alla libertà individuale e da essa emergono problemi che non trovano alcuna possibilità di composizione. Le questioni concernenti la bioetica, per esempio, sono comunemente affrontate in modo pregiudiziale sia dalla parte laica sia da quella religiosa, in particolare cattolica; ciascuna delle posizioni tende infatti ad arroccarsi attorno ad un principio assumendolo come

“non negoziabile”: per la prima è “qualità” dell’esistenza individuale, invece per la seconda è la “dignità” dell’essere umano. La concezione “densa” della religione consente alle parti di assumere tali atteggiamenti e quindi impedisce il dialogo, rendendo impraticabile ogni tentativo di compromesso.

La concezione “sottile”, invece, può essere accolta in quanto garantisce la diffusione della pacifica convivenza civile in ogni ambito dell’esperienza. Affinché dal confronto possano emergere soluzioni pratiche, occorre però che l’ordinamento giuridico garantisca il bilanciamento tra valori e interessi.

Mi pare che dal confronto tra gli interventi si possano trarre interessanti riflessioni. È ben vero che vi sono due motivi di contrapposizione: il primo attiene al valore teoretico della religione, che viene ammesso da D’Agostino e negato da Barberis; il secondo riguarda il rapporto tra la dimensione propriamente religiosa e quella spirituale in senso lato, soprattutto con riferimento al tema del sacro, che per D’Agostino pare ineludibile all’essenza dell’essere umano, mentre per Barberis rappresenta un elemento dal quale l’individuo può decidere di prescindere. Entrambe le relazioni, invece, convergono verso una concezione pragmatica della convivenza: i consociati, per risolvere i conflitti intersoggettivi, devono essere disposti a ridefinire i valori che compongono il loro orizzonte esistenziale e culturale, anche rinunciando ad alcuni di essi.

Riflettendo sugli interrogativi posti dalle relazioni, mi viene in mente la provocatoria frase indirizzata da Max Stirner all’idealismo tedesco – «*questi atei sono gente molto pia*»<sup>9</sup> – ma che può essere riferita alla modernità nel suo

---

<sup>9</sup> «I nostri atei sono gente pia. Se nel cosiddetto periodo feudale ricevevamo tutto in feudo da Dio, nel periodo liberale il medesimo rapporto si realizza rispetto all’uomo. Dio era il padrone, ora l’uomo è il signore; Dio era il mediatore, ora lo è l’uomo; Dio era lo spirito, ora lo è l’uomo. In questo triplice nesso il rapporto di vassallaggio ha subito un cambiamento di forma. In primo luogo noi ora riceviamo in feudo dall’uomo onnipotente la nostra forza, forza che, provenendo da qualcosa di superiore, non si chiama potenza o forza, ma “diritto”: il “diritto dell’uomo”; in secondo luogo riceviamo in feudo da lui la nostra posizione nel mondo, poiché egli, che è il mediatore, regola i nostri rapporti, che per questo non possono essere che “umani”; infine riceviamo da lui in feudo noi stessi, e precisamente il nostro proprio valore o tutto ciò che noi valiamo, poiché noi non valiamo nulla se egli non dimora in noi e se o in quanto non siamo “umani”. La forza è dell’uomo, il mondo è dell’uomo, io sono dell’uomo» Max Stirner, *L’unico e la sua proprietà* (Milano: Mursia, 1990), 195.\_

complesso. Se con la secolarizzazione si era inteso costruire una metafisica radicalmente immanentistica e dunque rifiutare ogni apertura al trascendente, l'effetto non fu tuttavia l'eliminazione definitiva della dimensione religiosa tradizionale, ma la creazione di un suo surrogato: la figura dell'individuo fu semplicemente sostituita a quella del Dio cristiano. Invece, per Stirner occorreva valorizzare il singolo – l'“unico”, appunto – nella sua realtà esistenziale autentica, non come astrazione trascendente, sacrificando quelle convinzioni – la dimensione divina e le sue attribuzioni, anzitutto – che apparivano irrinunciabili ma che, proprio per questo, si rivelavano fallaci. Max Stirner criticava non soltanto la mistificazione dell'uomo, elevato a divinità, ma anche la contraddizione in cui finivano per cadere tutti quei filosofi che, nonostante tutti gli sforzi compiuti, non riuscivano a liberarsi dalle loro stesse limitazioni concettuali.

Oggi, rileggendo l'espressione di Max Stirner, si possono cogliere differenti sfumature.

Anzitutto, è evidente la necessità di superare la contrapposizione tra agnosticismo e gnosticismo, ossia tra scetticismo e scientismo. Se da una parte si rifiuta ogni pretesa veritativa legittimata in termini assoluti, dall'altra vi è la tentazione di “riempire” lo spazio sgomberato dalla religione con altri culti i quali prospettano una conoscenza immediata, diretta, totale. Soddisfare il “bisogno ontologico” dell'individuo senza cadere nel misticismo impone di fondare la conoscenza sull'esperienza, e quindi pone il problema del legame tra essenza ed esistenza. Per converso, circoscrivere uno spazio di libertà per il singolo è possibile, a condizione di non perdere il contatto con la realtà delle cose.

In secondo luogo, se è vero che il dialogo pragmaticamente inteso consente, nella maggior parte dei casi, il soddisfacimento dello scopo operativo immediato che ciascuno può prefissarsi in una determinata situazione, dobbiamo però ammettere che non è facile adeguarsi a un tale contesto. Dover continuamente difendere i propri valori, metterli in discussione, rinunciarvi o sostituirli con altri: un impegno davvero faticoso sotto il profilo umano, esistenziale, psicologico. Mi esprimerò con una metafora inerente ai tempi di crisi economica che stiamo vivendo. Sembra quasi che i riferimenti assoluti siano diventati “beni di lusso” che non ci si può permettere di acquistare se non a rate – con un finanziamento o

un *leasing*, a seconda dei casi – oppure “tesori di famiglia” da “impegnare” per ottenere dai creditori una dilazione di pagamento. Ripensando a Stirner, posto in tali situazioni – in cui purtroppo versano sempre più italiani – nessuno si sentirebbe in vena di auto-divinizzarsi, né di professare il culto di se stesso o dell'uomo come tale. Fuori di metafora, l'individuo oggi dovrebbe riuscire a sopportare una realtà tanto articolata da sfuggire al suo dominio, senza potersi aggrappare a un qualche appiglio spirituale; e nel momento in cui gli capitasse di aderire ad un Credo – come pare se non altro comprensibile<sup>10</sup> – anch'esso diverrebbe oggetto di “negoziato”, incrementando la complessità degli “scambi”. La religione – ed il “bisogno ontologico” che la riguarda – diventa un fardello troppo pesante da sostenere, un peso da abbandonare non tanto per un'esigenza interiore e spirituale, quanto per semplificare l'esistenza quotidiana. Se però l'esigenza metafisica è davvero connaturata all'uomo, non si può che constatare come tale eventualità determini una condizione di vita insoddisfacente, per non dire inautentica.

Veniamo al terzo punto. La tecnica di comunicazione negoziale prevede l'opportunità di entrare in una trattativa con pretese più elevate rispetto a quelle che si suppone di ottenere come risultato, per evitare di essere costretti a rinunciare, nel corso del negoziato, a posizioni considerate imprescindibili. Questa strategia dovrebbe valere anche rispetto alle discussioni sui diritti in materia religiosa. Ciascun contendente, avendo di mira il proprio esclusivo interesse, dovrebbe, insomma, assumere inizialmente tesi rigorose ed assolute, prefigurandosi la possibilità di cedere terreno in funzione del confronto con la controparte. In tal modo, però, vi sarebbe il pericolo di pregiudicare la soluzione dei conflitti, perché le parti potrebbero abbandonare il tavolo di trattativa ancora prima di iniziarlo, rilevando l'assenza di una vera condivisione dell'orizzonte argomentativo. Se è vero che per evitare il fallimento del dialogo è necessario instaurarlo su elementi che non possano essere oggetto di obiezioni, allora il richiamo alla realtà diventa l'unico modo per impedire prevaricazioni. Occorre però che i contendenti siano disposti a prendere atto della natura delle cose, con reciproco rispetto e senza sotterfugi.

---

<sup>10</sup> Cfr. per tutti Massimo Introvigne, *Il sacro postmoderno: Chiesa, relativismo e nuova religiosità* (Milano: Gribaudi, 1996).

## §.4.- *Pluralismi e discriminazioni*

Nella seconda sessione, presieduta dalla prof.ssa Carla Faralli ed intitolata *Pluralismi e discriminazioni*, sono intervenuti il prof. Silvio Ferrari e la prof.ssa Agata C. Amato Mangiameli, i quali hanno fornito due punti di vista per certi versi complementari. Nella prima relazione la religione viene considerata come oggetto di discriminazione, nella seconda come fattore discriminatorio; prima si pone il problema dell'esposizione dei credenti a norme che costituiscono violazione della loro libertà religiosa; poi si esamina la questione della limitazione delle libertà individuali di una determinata fascia di popolazione, in particolare il genere femminile.

Nella sua relazione intitolata *Pluralismo giuridico e ordinamenti giuridico-religiosi* in via preliminare Silvio Ferrari disegna un panorama alquanto variegato. Se è vero che la pluralità di confessioni religiose ha accompagnato la storia dell'Europa nel corso di tutta la modernità, dalle guerre di religione in poi, è vero anche che oggi esso si presenta in modo più complesso che il passato, per diverse ragioni: in Europa non vi sono solo le religioni cristiane che storicamente si sono radicate nel territorio (quella cattolica e quelle protestanti), ma si assiste anche all'ingresso di popolazioni che ne introducono altre (musulmani, cristiani ortodossi, induisti), al sorgere di nuove forme di spiritualità (neopaganesimo, nelle sue varie declinazioni) e al diffondersi di diversi atteggiamenti di partecipazione ad un medesimo Credo ("praticanti" e "non praticanti"). La religione, non più legata alla sua origine geografica, diventa "centro transnazionale di identità" e si sposta, seguendo i suoi adepti nelle migrazioni come fattore di appartenenza culturale. A ciò si aggiunge che alcune culture non conoscono la distinzione tra potere secolare e potere spirituale, patrimonio acquisito nei nostri ordinamenti, e quindi molti immigrati faticano ad integrarsi in concezioni della vita associata che non sono "dense" – per usare la classificazione esposta da Barberis – come le loro.

Di fronte a questo fenomeno, si possono dare tre diverse strategie di convivenza.

La prima prevede che una religione fornisca il fondamento di convivenza e venga privilegiata rispetto alle altre, assimilandosi in tal modo ad una religione civile. All'interno di questa concezione si può iscriverne la via prescelta dall'ordinamento italiano, esemplificata dal "caso Lautsi"<sup>11</sup>, nel quale si è affermato che il crocefisso viene esposto nelle aule scolastiche come simbolo "culturale", non strettamente religioso.

La seconda strategia assume che l'ordinamento statale venga sovraordinato rispetto ad ogni religione, confinandola ad un fatto privato. In questo senso, può essere menzionato l'ordinamento francese, nel quale – come è noto – si vieta di indossare simboli religiosi – come il Burka – in pubblico<sup>12</sup>.

La terza strategia prevede la riconfigurazione dello "spazio pubblico" attraverso il principio di "non discriminazione" in modo da tutelare la libertà religiosa come espressione dei diritti fondamentali dell'individuo. In questo senso, è paradigmatico il caso della *Jewish Free School* nel Regno Unito, in cui una scuola privata venne condannata per aver rifiutato l'accesso ad uno studente non per la sua appartenenza ad un'altra religione, ma a causa della sua discendenza familiare non riconosciuta come ebraica<sup>13</sup>.

Nello "spazio pubblico" soprattutto è evidente la possibilità di conflitto tra "human rights" e "religious rights", tra "diritti dell'uomo" e "diritti di Dio", tra "volontà umana" e "volontà divina". Si possono configurare diversi casi in cui una pratica religiosa potrebbe essere ritenuta illecita, come per esempio il fatto che le suore cristiane non possano somministrare il sacramento della Comunione, la circoncisione dei bambini nell'ebraismo, l'utilizzo del peyote nello

---

<sup>11</sup> Nella nota vicenda concernente l'affissione di un crocefisso alle pareti delle aule scolastiche hanno avuto modo di esprimersi diverse autorità giudiziali: Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sentenza del 17 marzo 2005; Consiglio di Stato, sentenza del 23 aprile 2006; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011.

<sup>12</sup> Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, in JORF n°0237 du 12 octobre 2010 p. 18344.

<sup>13</sup> Sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 19 dicembre 2009, [2009] UKSC 15, [2010] ELR 26, [2010] IRLR 136, [2010] PTSR 147, [2010] 1 All ER 319, [2010] 2 WLR 153, 27 BHRC 656, [2010] 2 AC 728.

sciamanesimo; per comprendere se alcune di queste pratiche possano essere accolte da parte dell'ordinamento, occorre porsi l'interrogativo sui limiti e i criteri adottati dallo Stato per riconoscere ai credenti la libertà religiosa.

Per rispondere a tale domanda bisogna "decostruire" la "sfera pubblica" in modo da strutturare un percorso che garantisca in prima istanza la neutralità dell'ordinamento nonché lo sviluppo di processi di inclusione e, solo in estremo subordine, l'esclusione di coloro i quali non vi aderiscano. Al tal fine, all'interno della "sfera pubblica" si distinguono tre categorie di luoghi a seconda della modalità di utilizzo: "spazio comune", "spazio politico" e "spazio istituzionale".

Gli "spazi comuni" riguardano le esigenze fondamentali dei singoli nella vita associata, e devono rimanere del tutto aperti ad ogni forma di espressione della libertà religiosa. Per esempio, non è legittimo proibire di indossare il velo integrale a chi si reca sul posto di lavoro muovendosi in uno "spazio comune".

Gli "spazi politici" rappresentano il contesto nel quale si svolge la funzione creativa della collettività. Qui, una condotta può essere proibita non in quanto contraria ad una o all'altra religione, ma perché così stabilito dal diritto positivo nel dialogo tra le diverse componenti della società.

Nello "spazio istituzionale", a differenza che negli altri, si configurano regole che vengono imposte a tutti indistintamente in modo da garantire l'imparzialità dell'ordinamento. Sotto questo profilo, la sentenza relativa al "caso Lautsi" è censurabile perché nella motivazione prescinde dal considerare le opinioni di coloro i quali sono direttamente coinvolti, cioè gli insegnanti e le famiglie degli alunni che frequentavano quotidianamente la scuola in cui si chiedeva di rimuovere il crocifisso. In questo modo anche una sentenza astrattamente condivisibile può rappresentare una indebita intromissione per coloro i quali sono titolari degli interessi sui quali essa viene ad incidere, e quindi pregiudicare il processo di inclusione sociale.

La relazione di Agata C. Amato Mangiameli, che ha per titolo *Religione e discriminazioni di genere* ricostruisce il quadro storico, filosofico e teologico della discriminazione nei confronti delle donne, esponendo poi una prospettiva che ne consente il superamento ed il riconoscimento della dignità della condizione femminile.

Il tema viene introdotto da alcune considerazioni sull'espressione della santità femminile nella tradizione cattolica. Attraverso alcuni esempi

paradigmatici – la biografia di Maria di Oignies scritta da Giacomo da Vitry, l'intervento di Giovanni Gerson nella discussione sulla mistica Brigida di Svezia – si illustra come l'esperienza religiosa femminile fosse rappresentata in svariati modi – devozione, preghiera, estasi mistica o ascesi – ma mai come vera e propria riflessione teologica, come se la fede potesse essere soltanto “vissuta” e non “pensata” dalle donne: nelle opere scritte si ritrova la narrazione di esperienze spirituali, ma non l'elaborazione di un pensiero organico. Le donne, insomma, erano testimoni del “fatto” della fede, più che protagoniste in prima persona. Implicita era dunque la convinzione che la dimensione pienamente religiosa – quella teologica in particolare – fosse preclusa alle donne per effetto della loro diversità di genere.

Dal punto di vista storico, si può sostenere che la supposta inferiorità delle donne in ambito religioso si riflette tradizionalmente come disparità di trattamento sociale in diversi aspetti della vita, sia quelli che regolano la sfera collettiva, sia quelli che investono la dimensione più intima e personale. Vengono offerti in tal senso diversi esempi: nell'ebraismo, l'esclusione dalla partecipazione alle cerimonie ed alle assemblee pubbliche, l'incapacità a testimoniare; nell'Islam, l'obbligo di indossare il velo, la sostanziale irrilevanza del consenso ai fini del matrimonio. Se è vero che l'avvento del Cristianesimo determinò una rottura, con la parificazione tra i sessi ai fini della salvezza spirituale, è vero anche che ciò non valse ad eliminare la sostanziale subordinazione della donna all'uomo, tipica delle società di stampo patriarcale, alle quali si possono ricondurre anche altre religioni (confucianesimo, buddismo, induismo).

Sotto il profilo filosofico, la discriminazione di genere si esprime nell'esclusione delle donne dal campo della riflessione. In questo senso, si distinguono diverse posizioni: la negazione radicale di ogni capacità intellettuale, come se ad essa dovesse riconoscersi una qualità essenzialmente virile (per esempio, nessuna donna venne ammessa all'Accademia platonica); la mera possibilità di una qualche possibilità di influenza esterna come fattore di ispirazione o elemento catartico di una elaborazione intellettuale che però rimane sempre esclusivo dominio dell'uomo (per esempio, le Muse); la limitazione ad un ambito circoscritto a causa di una supposta maggiore dipendenza dalla dimensione corporea (all'uomo è consentito trascendere, elevarsi al di sopra della

natura, la donna invece è costretta all'immanenza, rimanendo ancorata per ragioni biologiche all'immediato e concreto).

Dal punto di vista teologico, qui interessa soltanto accennare alla contrapposizione tra le figure di Eva e di Maria nel Cristianesimo. Se la prima rappresenta la condanna del peccato originale, la seconda diventa simbolo della Grazia divina. La donna assume dunque un ruolo ambivalente rispetto alla salvezza dell'anima, rimanendo sempre e comunque strumento e non causa determinante.

La *pars construens* della relazione muove dall'assunto che eliminare la discriminazione di genere non significa annullare la diversità tra donna e uomo, ma valorizzarla in modo che possa manifestarsi in tutta la sua pienezza. Ciò richiede l'individuazione degli elementi differenziali, recuperandoli attraverso uno sguardo sulla realtà che superi i pregiudizi culturali. Paradossalmente, tale operazione può essere condotta in modo più agevole nell'età contemporanea, perché è più facile sottrarsi dal giogo delle ideologie che hanno dominato le epoche passate e che oggi sono in forte declino.

Mediante questa astrazione, si può sostenere che il pensiero femminile emerge nel suo essere intrinsecamente "straordinario". Tale espressione può essere intesa nel senso letterale, implicando la sua idoneità, che in passato era soffocata da sovrastrutture ideologiche, a prescindere da una nozione di "ordine" artificialmente imposta, e la sua valenza in termini di emancipazione individuale. In questo senso Laura Bosio identifica la peculiarità del pensiero femminile nella capacità di giungere, in senso figurato, "dentro" e "oltre" l'immediata percezione delle cose: "dentro" significa accoglienza dell'alterità intesa come condizione preliminare rispetto alla proiezione della propria individualità nei confronti dell'esterno; "oltre", rappresenta il superamento del limite dato dalla propria esistenza e dai confini nei quali essa viene costretta.

In massima sintesi, si configura un pensiero in grado di giungere alla profonda comprensione delle strutture originarie della realtà, in modo da restituire naturalità alle relazioni umane. Non si tratta di una nuova ideologia, una costruzione astratta e sterile, ma di un approccio che si incentra sull'idea del "pensare con il corpo", inteso come tensione spirituale alla verità dell'esistenza.

Le relazioni richiamano alla memoria una nota al paragrafo sulle "conseguenze del sesso sulla situazione giuridica" nel celebre Manuale del

Trabucchi<sup>14</sup>. Sottolineando come ad una equiparazione meramente formalistica tra i sessi sia preferibile una parificazione sostanziale, in cui si tenga conto della loro naturale complementarità, l'insigne civilista patavino riportava che in una seduta del Parlamento britannico Winston Churchill, all'epoca giovane deputato, avrebbe esclamato «*Hurrah with the little difference!*» interrompendo un discorso tenuto da un collega in cui si minimizzavano le differenze tra i sessi per sostenere la parità dei diritti delle donne. Su quella che, in prima lettura, sembra essere espressione di *humor* britannico e del genio dello statista, alla luce di quanto sopra si possono compiere alcune brevi osservazioni.

La frase di Churchill dovrebbe inserirsi all'interno di un contesto nel quale si esplica istituzionalmente un dialogo sui valori, e che pertanto può essere classificato come "spazio politico". Mi pare che in questo ambito sia costante il rischio di toccare argomenti che si prestano ad essere strumentalizzati, soprattutto attraverso i *mass media*. L'innocente ironia si può trasformare in oltraggiosa provocazione, lo scherzo in scherno, ed in generale i tentativi di avvicinare gli avversari utilizzando diversi livelli comunicativi – tra i quali possono essere annoverate anche le battute di spirito – possono generare sterili polemiche che allontanano e irrigidiscono le posizioni. Se è difficile impedire o sradicare affermazioni identitarie – gesti o espressioni verbali – poste in essere fuori dall'ambito nel quale dovrebbero collocarsi in base ad una riconfigurazione pluralistica dello spazio pubblico, è difficile anche mantenere la discussione all'interno di un linguaggio neutrale, senza spogiarla di contenuti e disinteressare gli stessi soggetti che sarebbero chiamati a prendervi parte.

Eppure da un ulteriore spunto del Trabucchi a proposito del Digesto si può cogliere un prezioso orientamento. La funzione biologica della riproduzione che entrambi i generi sono chiamati a svolgere rende ciascuno di essi indispensabile allo stesso modo. Poiché il principio secondo il quale i generi siano "naturalmente complementari" si ritrova nel *Corpus Juris Civilis*<sup>15</sup>, si può

---

<sup>14</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 34 ed. (Padova: CEDAM, 1993), 71, nota 2.

<sup>15</sup> «*Neque enim masculus ipse in se neque femina solum ad nativitatis propagationem sufficiens est, sed sicut utrumque eorum coaptavit deus ad generationis opus, ita et nos eandem utrisque servamus aequalitatem*» *Novellae*, XVIII, capo 4, in Wilhelm Kroll and Rudolf Schöll, *Corpus Iuris Civilis*, 3 vols., Vol. 3, *Novellae*, 130.

sostenere che la pari dignità tra i generi appartenga in modo costitutivo al patrimonio della cultura giuridica occidentale. Dal Digesto, ancora una volta, si ricava un compito dal quale la scienza giuridica non può sottrarsi.

## §.5.- *Religione e religione civile*

Nella terza sessione, presieduta dal prof. Eugenio Rippepe e intitolata *Religione e religione civile*, si sono confrontati il prof. Francesco De Sanctis e il prof. Francesco Viola in relazione al problema della connotazione religiosa dell'ordinamento giuridico.

Nel primo intervento, intitolato *Fondamentalismo religioso e giuridico*, si critica il fondamentalismo con particolare riferimento all'approccio gnoseologico, che dall'ambito religioso è stato trasmesso a quello del diritto.

È noto che il termine "fondamentalismo" indicava in origine un movimento conservatore sorto verso la fine dell'Ottocento all'interno della chiesa presbiteriana statunitense come reazione al modernismo; è noto altresì che esso si sviluppò non soltanto nell'ambito delle religioni protestanti, ma anche ad altre religioni<sup>16</sup>, tanto che oggi l'espressione viene utilizzata anche – ormai soprattutto – con riferimento alle manifestazioni più radicali della religione islamica e da lì, in senso figurato, ad ogni forma di estremismo.

Concentrando l'attenzione sull'aspetto gnoseologico, emerge come il fondamentalismo esprime non soltanto un approccio dogmatico, assumendo una rivendicazione di veridicità che si pone come assoluta e nega ogni forma di confronto critico, ma anche una pretesa di imposizione nei confronti di coloro i quali non vi aderiscono, demonizzando ogni tesi contraria. Si tratta, in estrema sintesi, di una forma di "monismo" con il quale ci si propone di contrastare i condizionamenti dettati dal "pluralismo".

Questo atteggiamento di "tracotanza", purtroppo, si ritrova anche nel pensiero giuridico, e quindi si può parlare anche di una forma di "fondamentalismo giuridico". Esso si coniuga, in effetti, in molteplici posizioni contrapposte, tutte però aventi questa stessa struttura concettuale: dallo storicismo, all'istituzionalismo, al giusnaturalismo, al formalismo positivistic.

---

<sup>16</sup> Cfr. per tutti Johannes Strangas, "I rapporti tra fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica in quanto modo di emergenza del problema dei rapporti tra morale e diritto." *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 75, no. 3 (1998), 418-459.

La relazione del prof. Francesco Viola, intitolata *Il costituzionalismo come religione civile*, critica la praticabilità della nozione di religione civile applicata al costituzionalismo contemporaneo, sostenendo invece l'ammissibilità di una dimensione collettiva sacrale da ricollegare ad un'etica pubblica basata sui Diritti umani come fondamento di una convivenza aperta ad un dialogo pluralistico.

Premessa la definizione di religione come insieme di credenze che riguardano il fine ultimo e che talvolta si richiama ad esseri trascendenti (Dio), si isolano due accezioni: la prima riguarda il culto professato pubblicamente secondo i rituali prescritti (in questo significato *religio* deriva da *religere*, nella nota impostazione di Cicerone); la seconda concerne invece il vincolo interno alla coscienza del singolo individuo (così *religio* deriva da *religare*, come sostenuto da Lattanzio).

Il processo di secolarizzazione, avvenuto nella modernità, determina la contrapposizione tra queste due dimensioni, quella pubblica e quella privata. La seconda si sviluppa come "religione nei limiti della ragione", perché assunta sul fondamento della libertà individuale di determinare le condizioni ed i limiti del vincolo di matrice morale e religiosa a cui sottoporsi. Nella prima invece viene ricavato lo spazio in cui trova collocazione la "religione civile", che costituisce, in estrema sintesi, lo strumento attraverso il quale si tenta di giustificare l'ordinamento vigente e fondare con ciò l'obbligazione politica.

Si è visto storicamente che da una parte la "religione civile" non consente di fondare uno Stato democratico e pluralista, e che dall'altra parte la sfera politica non possa prescindere da una qualche forma di spiritualità. Espandendo la dimensione individuale a discapito di quella sociale (come sostenuto dal liberalismo), si finisce per assoggettare le regole comuni all'interesse dei singoli, e quindi all'economia ed al mercato; invece sovrapponendo la dimensione collettiva a quella individuale (come voluto dal comunitarismo) si configura un'identità collettiva che nega però ogni forma di pluralismo.

Nello stato contemporaneo è possibile invece ricavare una sfera latamente sacrale, alla quale possono ben ascrivere i Diritti umani. Qui si può costruire un'etica pubblica della convivenza, dominata dalla democrazia, dalla tolleranza e dal pluralismo, in cui ciascuno può esercitare la sua libertà religiosa senza che con ciò venga messa in discussione la neutralità dell'ordinamento.

In questo contesto può collocarsi il costituzionalismo, che risponde non solo all'esigenza di conferire completezza e stabilità all'ordinamento politico, ma anche a quella di garantire l'esercizio delle libertà individuali a livello collettivo attraverso una concezione trascendente della giustizia nella quale si realizza l'intermediazione tra valori e norme. Si forma in questo modo una "religione dei valori" che può essere condivisa e praticata da tutti i consociati.

Mi pare che dal confronto tra le relazioni emerge il problema del rapporto tra la dimensione collettiva e quella del singolo, sotto lo specifico profilo dell'obbligazione politica. Non si tratta, in altri termini, della semplice conformità della condotta ai precetti dell'ordinamento, bensì della sua condivisione in ordine alla legittimazione del potere.

Su questo punto sono suggestive le parole di Rousseau, a proposito della rilevanza della religione civile e delle conseguenze per coloro i quali se ne discostano. Riporto il brano che più colpisce per la sua incisività: «*Vi è dunque una professione di fede puramente civile, di cui il sovrano deve fissare gli articoli, non precisamente come dogmi di religione, ma come sentimenti di socialità, senza dei quali è impossibile esser buon cittadino e suddito fedele. Senza poter obbligare nessuno a credervi, può bandire dallo Stato chiunque non vi creda; può bandirlo, non come empio, ma come insocievole, incapace d'amar sinceramente le leggi, la giustizia e d'immolare, all'occorrenza, la sua vita per il dovere. Che se qualcuno, dopo aver ammesso pubblicamente questi stessi dogmi, si comporta come se non vi credesse, sia allora punito con la morte; egli si è reso colpevole del più grande crimine: ha mentito innanzi alle leggi*»<sup>17</sup>.

Se è vero che, come è noto, per il singolo individuo il contratto sociale implica una subordinazione che si esprime non soltanto nell'impegno a conformare alle leggi la propria condotta, ma anche e soprattutto nell'instaurazione di un vincolo interiore, il contenuto del patto – la reciproca alienazione di ciascun consociato a tutti gli altri cittadini – si configura come cieco abbandono alle determinazioni della volontà generale, una rinuncia all'autodeterminazione. L'adesione al corpo politico, insomma, è una scelta radicale, che coinvolge la struttura costitutiva dell'individuo e si colloca nel profondo della sua interiorità. Rousseau ammette l'ipotesi che un singolo possa

---

<sup>17</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Il contratto sociale o Principi di diritto politico*, ed. Maria Perticone de Vincolis, Giacomo Perticone (Milano: Mursia, 1965), 131.

non condividere i dogmi della religione civile: costui non può divenire cittadino perché il processo di alienazione non si è compiuto definitivamente e dunque permane un frammento, un barlume, una fiammella di “io” all’interno della sua coscienza. Ed il cittadino che “perda” la fede nella “religione civile”, dovrà essere esiliato, cioè espulso dal corpo politico come un elemento estraneo. Ma colui il quale professi la “religione civile” senza aderirvi pienamente, è destinato a perdere la vita. Il sovrano non può tollerare l’ipocrisia – si perdoni l’espressione – perché essa, di fatto, neutralizza la portata totalizzante – ed etica – del contratto sociale, pregiudicando la fiducia tra i cittadini e quindi il fondamento sul quale si erge lo Stato civile. In altri termini, occorre evitare l’insinuarsi tra i sudditi del sospetto che negli altri – in particolare, coloro i quali violano con la loro condotta i dogmi professati – l’adesione non sia avvenuta con l’abbandono della propria individualità. Gli ipocriti hanno tutto “ricevuto” e nulla “dato”, dunque a loro deve essere tolto ciò che hanno indebitamente “trattenuto”, ossia l’individualità, e quindi la vita.

Mi sembra interessante riflettere su questo passo alla luce dell’esperienza contemporanea e tenendo a mente le relazioni della sessione. Da una parte, se è impensabile che un “fondamentalista” possa aderire ad una vera e propria “religione civile”, è difficile anche che possa condividere una semplice “etica pubblica” che contenga valori difformi – persino soltanto nella formulazione – dal suo Credo. Dall’altra parte, all’interno di una società che richiede, per la sua stessa coesione, l’adozione di un atteggiamento pragmatico da parte dei suoi membri permette di giustificare scelte di mero opportunismo. A tal proposito, è ancora una volta interessante quanto rilevato sempre da Rousseau poco più avanti del Contratto sociale: «*La ragione per la quale si dice che Enrico IV abbia abbracciato la religione romana dovrebbe farla abbandonare da tutti gli uomini retti*»<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Ibid., pag. 133. In nota Rousseau riportava un passo della Storia di Enrico IV scritta da Hardouin de Péréfixe de Beaumont: «[...] mentre il re faceva tenere alla sua presenza una conferenza fra i dottori dell’una e dell’altra Chiesa, vedendo che un pastore ammetteva che ci si poteva salvare nella religione dei cattolici, Sua Maestà prese la parola e disse a quel pastore: “Come? Ammettete che ci si possa salvare nella religione di quei signori?”. Poiché il pastore rispose che non ne dubitava, purché vi si vivesse rettamente, il re riprese con molta saggezza: “Allora la prudenza vuole che io mi attenga alla loro religione e non alla vostra, perché, appartenendo alla loro, mi salvo e secondo loro e secondo voi, mentre, appartenendo alla vostra,

## §.6.- *Dio, Stato, Diritto*

La quarta sessione, presieduta dal prof. Francesco Cavalla e intitolata *Dio, Stato, Diritto*, riguarda la considerazione della dimensione religiosa da parte della scienza giuridica contemporanea. Vengono passate al vaglio in particolare due prospettive, quella formalistica e quella sociologica.

Il prof. Francesco Riccobono ha fornito il suo contributo con la relazione intitolata *Kelsen e la religione*, concentrandosi in particolare su due temi nel pensiero dello studioso di Praga: il rapporto tra la figura di Dio e la rappresentazione dello Stato; la concezione della giustizia nelle Sacre Scritture.

Il primo tema trova i suoi riferimenti principali in alcune opere degli anni Venti<sup>19</sup>. Kelsen sviluppa una interessante analogia tra Dio e lo Stato a partire dalla comune attribuzione della trascendenza, che per il primo si esprime rispetto al mondo secolare, per il secondo in relazione all'ordinamento giuridico. Se Dio si manifesta nella sfera sensibile incarnandosi in Cristo, vincolandosi con ciò alla dimensione terrena, lo Stato di diritto è il risultato di un processo di auto-obbligazione del tutto simile, perché l'Ente finisce per limitarsi da sé. Kelsen giunge alla conclusione che la scienza giuridica debba emanciparsi dal suo essere "teologia dello Stato", ossia nel culto feticistico del soggetto trascendente, per divenire studio dell'ordinamento giuridico, ossia delle forme "pure" del diritto.

Il secondo argomento si sviluppa sotto il profilo psico-sociale. Se Kelsen ammette che l'autorità – anche sotto il profilo religioso – risponde ad una esigenza umana insopprimibile, egli tuttavia nega che questo profilo debba rilevare anche per il giurista il quale, come è noto, deve prescindere da ogni riferimento sostanziale. L'ordinamento giuridico kelseniano rimane in questo modo "aperto" ad una concezione della giustizia priva di legami con il mondo

---

mi salvo sì secondo voi ma non secondo loro. Ora, la prudenza vuole che io segua chi dà le maggiori garanzie»».

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1922); Hans Kelsen, "Gott und Staat." *Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur* 11 (1922/1923), 261-284.

trascendente e quindi con la rivelazione divina, realizzandosi nell'immanente con le soluzioni imposte di volta in volta in nome del legislatore.

La relazione del prof. Realino Marra, dal titolo *Weber e la religione*, esamina la *Sociologia delle religioni*<sup>20</sup> ed in particolare le *Considerazioni intermedie*, concentrandosi sulle relazioni tra etiche religiose ed economia, ed in particolare sulle "religioni della redenzione", in cui si distinguono due modalità archetipiche della redenzione: l'ascesi o la mistica, cioè l'azione o la contemplazione, la prassi svolta in adempimento al comando divino e il "rifiuto del mondo". La prima può essere esemplificata dal calvinismo, la seconda dal buddismo.

La "religione della redenzione", proponendo un messaggio armonico di fratellanza, in Occidente entra in conflitto con l'economia, alla quale accede una concezione formalistica e razionalizzata della società, in cui la logica calcolatrice che domina mercato e lavoro si impone a tutti i consociati allo stesso modo, a prescindere da legami di sangue e dall'appartenenza religiosa. Il conflitto tra struttura sociale e logica razionalistica non riguarda però la religione calvinista, che riesce a inserire le dinamiche economiche all'interno della dottrina dell'elezione mediante la Grazia. In questo modo la prassi perde la connotazione universalistica e la tensione alla fratellanza – il calvinismo cessa di essere una "religione della redenzione" – per assumere una valenza esclusivamente individualistica.

Ciò deve essere considerato in relazione all'affermarsi del volontarismo e di una concezione del rapporto con la religione di tipo immediato, cioè senza mediazione da parte delle istituzioni religiose. Posto l'individuo in diretto

---

<sup>20</sup> Max Weber, *Sociologia delle Religioni*, ed. Chiara Sebastiani and Franco Ferrarotti (Torino: UTET, 1976).

contatto con la divinità, la libertà religiosa si afferma come diritto fondamentale, come libertà dal potere politico.

Con l'apporto dell'illuminismo il culto della ragione sostituisce la Provvidenza come fattore di salvezza e spoglia definitivamente di afflato religioso la dimensione politica; il capitalismo configura, d'altro canto, la razionalità come elemento "an-etico" – né etico, né anti-etico – trasfigurando la "mano invisibile" del mercato come fattore di salvezza terrena.

Le relazioni sembrano convergere verso un punto focale ben preciso, una concezione mistica – quasi "totemica" – dell'ordinamento giuridico, massima espressione del razionalismo. Viene in mente che Carl Schmitt, riferendosi alla figura del Leviatano rappresentata da Thomas Hobbes, più volte utilizzò l'espressione «*machina machinarum*»<sup>21</sup>. In particolare, lo Stato secondo il filosofo di Plettemberg, sarebbe «*come il primo prodotto dell'epoca della tecnica, come il primo moderno meccanismo in grande stile, ovvero, secondo l'efficace formulazione di Hugo Fischer, come la machina machinarum*»<sup>22</sup>. Ed è alquanto suggestivo che Natalino Irti abbia intitolato «*machina machinarum*» un intero capitolo – l'ultimo – del suo volume *Nichilismo Giuridico*<sup>23</sup>. Sebbene si

<sup>21</sup> Ernst Jünger, Carl Schmitt, *Briefe 1930-1983*, ed. Helmuth Kiesel (Stuttgart: Klett-Cotta, 1999), 420; Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939* (Berlin: Duncker & Humblot, 1994), 312; Carl Schmitt, *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* (Pfullingen: G. Neske, 1954), 26.

<sup>22</sup> Carl Schmitt, "Der Staat Als Mechanismus Bei Hobbes Und Descartes." *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 30 (1936/37), 4, 158; poi pubblicato in *Dem Gedächtnis an René Descartes (300 Jahre Discours de la Méthode): Erinnerungsgabe der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, ed. Carl August Emge (Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1937), tradotto in Carl Schmitt *Scritti Su Thomas Hobbes*, ed. Carlo Galli (Milano: A. Giuffrè, 1986), 55. Si tratta della relazione avente ad oggetto il *Leviatano* di Hobbes, svolta dal filosofo di Plettemberg per la celebrazione del terzo centenario dalla pubblicazione del *Discorso sul Metodo* di Cartesio. È significativo che l'espressione sia ripetuta (a pag. 53) in un'opera di poco successiva Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines Politischen Symbols* (Hamburg: Hanseatische Verl.-Anst., 1938). la cui edizione del 1982 è stata tradotta con il titolo *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* e raccolta anch'essa in Carl Schmitt, *Scritti Su Thomas Hobbes* (citazione riportata a pag. 86).

<sup>23</sup> Natalino Irti, *Nichilismo Giuridico* (Roma: Laterza, 2005), 43. La citazione di Schmitt è a pagina 45.

possa sostenere che per Schmitt l'artificialità si riferisce al "Dio mortale", al Sovrano in quanto soggetto, mentre per Irti con ciò si connota più precisamente l'insieme di procedure in cui si esprime l'attività dell'esercizio del potere e che realizza in modo autoreferenziale il potere effettivo, ciò non toglie che nello Stato contemporaneo il misticismo teologico del romanticismo politico si coniuga con l'industrialismo tecnocratico, la religione con la tecnica, la preghiera devota con l'algoritmo informatico.

Si può sostenere che oggi la valenza salvifica si esprime attraverso il dominio degli strumenti tecnologici<sup>24</sup>. In questo senso, l'innovazione non avrebbe una connotazione empirica, ma teologica, costituendo la transustanziazione dell'individuo in divinità. Allo stesso modo, grazie alla tecnologia, anche il "Dio mortale" diviene onnisciente e onnipresente, e quindi assume a tutti gli effetti le medesime caratteristiche attribuite al Dio cristiano.

## §.7.- Conclusioni

Prima di svolgere le osservazioni conclusive, è opportuno fornire alcune considerazioni di sintesi.

L'età contemporanea, nel paradigma del postmoderno, può essere rappresentata in termini di "complessità". In questo senso, ciascuno di noi può essere considerato il punto di convergenza di un insieme di relazioni variabili, che possono essere controllate in funzione delle nostre esigenze, anche temporanee e arbitrarie. L'esercizio della libertà individuale – ogni decisione, scelta, o preferenza – può essere giustificata all'interno di un contesto valoriale che può essere individuato e circoscritto alla luce dell'opzione che richiede di

---

<sup>24</sup> «L'uomo d'oggi è venuto in possesso di quegli attributi, che nelle favole antiche sembravano propri ed esclusivi degli esseri soprannaturali: può salire al cielo in un carro di fuoco, può lanciare il fulmine e provocare un terremoto che distrugga un'intera città, può assistere a ciò che avviene a distanze remotissime e altri prodigi, a cui la tecnologia ci rende ormai avvezzi fin dall'infanzia, sicché hanno perduto il loro carattere prodigioso, la loro dimensione sovrumana rispetto all'uomo naturale conosciuto da tutte le generazioni precedenti» Vittorio Frosini, *Il diritto nella società tecnologica* (Milano: Giuffrè, 1981), 195.

essere legittimata. Non esistendo criteri realmente fondativi, ogni domanda di senso che intenda superare l'immanenza rimane priva di risposta.

Ciò riguarda anche il rapporto tra diritto e religione, improntato a quello che si può definire come il modello della laicità "includente"<sup>25</sup>. Sul punto, vale la pena osservare che la sfera etica rappresenta non soltanto una garanzia, ma anche un vincolo, come rappresentato da Platone nel *Critone*<sup>26</sup>. Attraverso il drammatico dialogo tra Socrate e le Leggi si comprende come l'ordine etico si rivolge direttamente e personalmente a ciascun singolo individuo chiedendo rispetto nella sua totalità; e l'obbedienza non si configura come un ossequio formale, esteriore, di facciata, ma soprattutto come adesione intima e profonda, propriamente spirituale. In virtù di questo legame interiore, le Leggi trascendono l'individuo e la sua esistenza, lo svolgersi delle singole controversie, l'accadere delle vicende umane nel loro complesso; al contempo, il singolo cittadino è testimone delle Leggi in tutte le circostanze della sua vita, e quindi è tenuto a rispettarne i precetti anche in quelle più estreme, proprio perché in loro ritrova il significato stesso della sua esistenza, che si esprime attraverso una sua diretta assunzione di responsabilità. Le voci delle Leggi, ad un odierno Socrate, giungerebbero non in coro, ma come cacofonia, ed il loro discorso non avrebbe più alcun senso. La modernità, cassando l'ordine armonico espresso nel rapporto tra individuo e dimensione etica della tradizione classica, ha generato profonde fratture, che vanno inevitabilmente ad intaccare le fondamenta della vita associata e a insidiare la stabilità della coscienza: una di queste è il conflitto concernente la libertà religiosa. Quello che nell'epoca moderna era lo scontro frontale tra "diritto" e "religione" – due "sistemi" contrapposti – nell'età attuale si è esteso e frammentato – esplosivo, si potrebbe dire – nel conflitto tra "diritti" e

---

<sup>25</sup> Si distingue tra due modelli di laicità, quella "escludente", in cui l'ordinamento giuridico rivendica un'emancipazione da ogni interferenza del potere religioso, e quella "includente", nella quale il diritto riconosce la dimensione religiosa sul fondamento esclusivo della libertà individuale, il cui esercizio viene concepito in termini assoluti e quindi si coniuga come "libertà negativa". Danilo Castellano, *Ordine etico e diritto* (Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2011), 31.

<sup>26</sup> *Critone*, 50d. Cfr. Platone, *Tutti gli Scritti*, ed. Giovanni Reale (Milano: Rusconi, 1992), 59. In particolare, si consideri «E poiché fosti generato, allevato ed educato, potresti tu senz'altro sostenere di non essere nostra creatura e nostro servo, tu e i tuoi progenitori?»

“religioni”, ossia tra diversi modi di intendere e di vivere entrambi i termini, rispetto ai quali ciascuno di noi dovrebbe destreggiarsi.

Non sorprende, dunque, la difficoltà in cui l’ordinamento si trova nel garantire i cittadini da ogni forma di discriminazione, soprattutto in materia religiosa. All’interno di una concezione razionalistica del diritto, per un verso la stessa discriminazione – ogni discriminazione, a ben vedere – può essere legittima, perché qualificata come espressione di libertà tutelata dal diritto; per converso – sempre argomentando in linea di principio – ogni limite imposto all’individuo può essere considerato discriminatorio ed essere rimosso in quanto lesivo della libertà del singolo. Per impedire l’esplosione della conflittualità sociale, e per evitare la degenerazione dei rapporti intersoggettivi, si afferma, occorre adottare una prospettiva dialogica, nel rispetto di tutte le posizioni. Ciò che si pretende dal singolo, in sostanza, è rimanere all’interno della prospettiva razionalistica e impegnarsi a “limare” i propri rapporti intersoggettivi fino a renderli conformi ad essa, cioè privi di “spigolosità” teoretiche e “ruvidità” veritative. In altri termini, non si contestano nel merito i dogmi religiosi, non si impedisce l’esercizio della libertà religiosa in quanto tale, ma si limita il modo in cui ogni Credo si esprime nella vita associata demarcando l’ambito dei comportamenti ritenuti ammissibili in funzione del dialogo pluralistico. In questo senso, diversi esempi paradigmatici sono stati proposti dai relatori, come l’esposizione del crocefisso all’interno delle aule scolastiche (il “caso Lautsi” in Italia), il divieto di indossare un determinato abbigliamento in pubblico (il caso della legge francese contro il “burka”), l’ammissione ad una scuola privata condizionata all’appartenenza etnica (il caso inglese della “Jewish Free School”), ma altre ipotesi possono ritrovarsi nella cronaca quotidiana: la costruzione di moschee nelle aree metropolitane, l’apertura di aree cimiteriali riservate alla sepoltura di defunti di altre religioni, il rispetto delle festività all’interno dei luoghi di lavoro.

Questa configurazione dei rapporti intersoggettivi si regge su una proiezione trascendentale. A ciascuno di noi si chiede di costruire insieme agli altri consociati una sfera etica alla quale tutti possano fare riferimento sia nelle rivendicazioni di fronte allo Stato, sia per rappresentare le proprie esigenze nei confronti degli altri. Ciò avviene attraverso l’elaborazione dei valori espressi nei Diritti umani all’interno di un ordinamento giuridico in perenne trasformazione.

Il diritto, insomma, assume una valenza sacrale pur mantenendo la sua impronta razionalistica. La sfera etica, che non è religione, ma nemmeno religione civile, è essa stessa, in qualche modo, *machina machinarum*.

È interessante notare, allora, che i conflitti attuali tra “diritti” e “religioni” si giocano quasi esclusivamente sul piano simbolico. Pertanto, sembra che il “dialogo” pragmatico si realizzi non tanto nella ricerca delle soluzioni più “pratiche”, cioè semplici ed operative per coloro i quali sono direttamente coinvolti, ma in un’operazione di elaborazione del significato da attribuire a determinate condotte poste in essere in un dato contesto. Non è essenziale che il risultato di tale processo sia idoneo a risolvere le aspettative – ed i bisogni reali – di coloro i quali l’hanno innescato, perché ciò che conta è che esso partecipi dell’elaborazione collettiva concernente le modalità di circolazione dei simboli in materia religiosa. Le singole vicende, in questo senso, rappresentano episodi in cui si realizza un punto di contatto tra diverse impostazioni culturali, e quindi possono essere considerate come semplici occasioni di ripensamento degli strumenti concettuali offerti sino a quel momento per risolvere un tale genere di casi. Il significato di una controversia in questa materia, insomma, travalica non solo le attese personali delle parti, ma anche i muri delle aule giudiziarie, per assumere una rilevanza culturale.

Di fronte a questa prospettiva, viene da riflettere non tanto sul rapporto tra “diritti” e “religioni”, ma su ciò che essi sottendono. Se Socrate poteva essere davvero “testimone” delle sue Leggi, accingendosi a sorseggiare la cicuta pienamente consapevole che ciò avrebbe conferito un inequivocabile significato alla sua esistenza, anche se essa sarebbe finita di lì a poco, forse noi, oggi, difficilmente possiamo convincerci di essere protagonisti – o almeno parti in causa – di questo genere di controversie, perché di fatto siamo semplici strumenti di conflitti che sono e restano astratti ed impersonali, riguardando invece i “diritti” e le “religioni”, o meglio, i simboli in cui essi si manifestano. Se così stanno le cose, occorre domandarsi se possiamo davvero controllare questo complicato ingranaggio di elaborazione collettiva – *machina machinarum*, nel

senso di Irti, o macchina “memetica”<sup>27</sup> – e se, all’interno di esso, possiamo dirci davvero liberi.

#### §.8.- Riferimenti bibliografici

- Blackmore, Susan. *La Macchina dei memi: perchè i geni non bastano*. Torino: Instar libri, 2002.
- Capograssi, Giuseppe. *Opere*, 7 vols., Vol. 2. Giuffrè: Milano, 1959.
- Castellano, Danilo. *Ordine etico e diritto*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2011.
- Ceci, Luigi. *La lingua del diritto romano. Vol. I, Le etimologie dei giureconsulti romani, raccolte ed Illustrate con introduzione storico-critica*. Torino: E. Loescher, 1892.
- Dawkins, Richard. *The Selfish Gene*. New York: Oxford University Press, 1976.
- Emge, C. A. (ed.) *Dem Gedächtnis an René Descartes (300 Jahre Discours de la Méthode): Erinnerungsgabe der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*. Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1937.
- Fassò, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, a cura di Carla Faralli, 3 vols., Vol. 1, *Antichità e medioevo*, Manuali Laterza. GLF editori Laterza: Roma-Bari, 2001.
- Frosini, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano: Giuffrè, 1981.
- Introvigne, Massimo. *Il sacro postmoderno: Chiesa, relativismo e nuova religiosità*. Milano: Gribaudi, 1996.
- Irti, Natalino, *Nichilismo Giuridico*. Roma: Laterza, 2005.
- Jünger, Ernst, Schmitt, Carl. *Briefe 1930-1983*, ed. Helmuth Kiesel. Stuttgart: Klett-Cotta, 1999.
- Kelsen, Hans. *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1922.

---

<sup>27</sup> Sulla teoria evuzionistica applicata alla genetica, cfr. Richard Dawkins, *The Selfish Gene* (New York: Oxford University Press, 1976). Sulla trasposizione di tali tesi in chiave sociologica, cfr. Susan Blackmore, *La Macchina dei memi: perchè i geni non bastano* (Torino: Instar libri, 2002).

- Kroll, Wilhelm, Schöll, Rudolf. *Corpus Iuris Civilis*, 3 vols., Vol. 1, *Institutiones* 13 ed. Hildesheim: Weidmann, 1993.
- Lyotard, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Editions de Minuit, 1979.
- Platone, *Tutti gli Scritti*, ed. Giovanni Reale. Milano: Rusconi, 1992.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Il contratto sociale o Principi di diritto politico*, ed. Maria Perticone de Vincolis, Giacomo Perticone. Milano: Mursia, 1965.
- Schmitt, Carl. "Der Staat Als Mechanismus Bei Hobbes Und Descartes." *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 30 (1936/37), 4.
- . "Gott und Staat." *Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur* 11 (1922/1923)
- . *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines Politischen Symbols* (Hamburg: Hanseatische Verl.-Anst., 1938).
- . *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber*. Pfullingen: G. Neske, 1954.
- . *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- . *Scritti Su Thomas Hobbes*, ed. Carlo Galli. Milano: A. Giuffrè, 1986.
- Stirner, Max. *L'unico e la sua proprietà*. Milano: Mursia, 1990.
- Strangas, Johannes. "I rapporti tra fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica in quanto modo di emergenza del problema dei rapporti tra morale e diritto." *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 75, no. 3 (1998).
- Trabucchi, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, 34 ed. Padova: CEDAM, 1993.
- Vico, Giambattista. *La Scienza Nuova: giusta l'edizione del 1744*, 2 vols., Vol. 1. Roma; Bari: Laterza, 1974.
- Weber, Max. *Sociologia delle Religioni*, ed. Chiara Sebastiani and Franco Ferrarotti (Torino: UTET, 1976).