



**Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca**

**Michele Saporiti**

# **Dialettiche sovrane**

**Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca

---

*Direttore:*

Loredana Garlati

*Comitato editoriale:*

Patrizia Borsellino

Chiara Buzzacchi

Marta Cartabia, *Giudice della Corte Costituzionale*

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Costanza Honorati

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Margherita Ramajoli

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Michele Saporiti

# Dialettiche sovrane

Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1975-8

*Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca*

*L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*Alla memoria dei miei genitori*



# INDICE

|   | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| <i>Introduzione</i>   | IX          |
| <i>Ringraziamenti</i>   | XIII        |
| <br>  |             |
| CAPITOLO 1  |             |
| L'ALTRA SOVRANITÀ   |             |
| 1. Introduzione   | 1           |
| 2. La lenta costruzione di Vestfalia: dalla teologia-giuridica allo Stato-nazione                   | 3           |
| 2.1. Un'idea premoderna di sovranità  | 4           |
| 2.2. La fondazione teologico-giuridica della sovranità statale                                      | 7           |
| 2.3. L'influenza della Riforma luterana sullo sviluppo del concetto moderno di sovranità            | 12          |
| 2.4. Verso una sovranità senza limiti   | 21          |
| 2.5. Una sacralizzazione secolare della sovranità   | 29          |
| 3. Il modello vestfaliano e la sua radicalizzazione   | 32          |
| 4. Un nuovo volto per la sovranità  | 44          |
| 5. Dopo la Carta delle Nazioni Unite: inizio o fine di un inedito modello di sovranità?             | 49          |
| 6. Senza dismettere un concetto   | 55          |
| <br>  |             |
| CAPITOLO 2  |             |
| SOVRANITÀ E CONTRO-SOVRANITÀ:<br>UN'ARTICOLAZIONE NORMATIVA   |             |
| 1. Introduzione   | 57          |
| 2. Uno sguardo descrittivo sulle religioni  | 60          |
| 2.1. Una ulteriore lettura in termini identitari: le religioni come "nuove nazioni transnazionali"? | 66          |
| 3. Un approccio normativo alle religioni  | 70          |
| 3.1. Le religioni come centri di produzione normativa   | 71          |

|  | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 3.2. Il diritto religioso  | 79          |
| 3.3. Gli ordinamenti a base religiosa  | 83          |
| 3.4. Una peculiare forma di contro-sovrani   | 86          |
| 4. Verso una decostruzione formale del concetto di sovranit    | 88          |
| 4.1. Un approccio dicotomico alla sovranit   | 89          |
| 4.2. Ulteriori ridefinizioni della sovranit  come concetto normativo                                   | 91          |
| 4.3. Il principio di uguaglianza sovrana: esiste ancora la sovranit ?                                  | 94          |
| 4.4. Una ridefinizione formale in termini funzionali del concetto                                      | 96          |
| 5. Come esercitare la funzione normativa della sovranit  verso le religioni:<br>tre livelli di analisi | 100         |
| 5.1. Il livello istituzionale  | 103         |
| 5.2. Il livello individuale  | 111         |
| 5.2.1. Un rapporto “da potenza a potenza”  | 122         |
| 5.3. Il livello personale  | 125         |

## CAPITOLO 3

## I DIRITTI UMANI E LA SOVRANIT  “ULTIMATIVA”

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introduzione  | 135 |
| 2. Un approccio normativo al rapporto tra diritti umani e religioni  | 137 |
| 2.1. I diritti umani come “limiti alla sovranit  statale”  | 137 |
| 2.2. I diritti umani come “empowerment” e il ruolo delle religioni   | 141 |
| 3. Diritti umani <i>al di l </i> dei possibili fondamenti?   | 147 |
| 3.1. Alcune osservazioni sulla struttura teorico-giuridica dei diritti umani<br>e sulla loro compatibilit  rispetto ai diritti delle religioni | 154 |
| 4. Una dialettica tra “sovranit  ultimative”   | 158 |
| 5. L’obiezione di coscienza tra morale, diritto e politica   | 162 |
| 6. Sei casi rilevanti di conflitto tra coscienza individuale e unioni tra persone<br>dello stesso sesso  | 166 |
| 7. Lo <i>status</i> dei soggetti credenti che ricoprono funzioni pubbliche   | 171 |
| 8. Possibili bilanciamenti di sovranit : l’apertura di uno spiraglio?  | 175 |

## CONCLUSIONI

|  |     |
|--|-----|
| UNA SOVRANIT  POST-MODERNA<br>DI FRONTE A RELIGIONI POST-SECOLARI:<br>UNA CONCLUSIONE ESITANTE | 179 |
|--|-----|

|                     |     |
|---------------------|-----|
| <i>Bibliografia</i> | 189 |
|---------------------|-----|

## INTRODUZIONE

La prima versione di questo studio è stata scritta in lingua inglese con il titolo “Reshaping the Sovereign. The concept of Sovereignty and Contemporary Religions”. Essa era il risultato delle ricerche post-dottorali condotte in Italia, Francia e Regno Unito tra il 2014 e il 2017. Il presente volume rappresenta lo sviluppo e il completamento di molti profili che meritavano ancora adeguato approfondimento.

Questo lavoro parte dal profondo senso di rispetto per tutti quei soggetti che sentono di avere un'appartenenza religiosa e, in egual misura, per tutti quei soggetti che non sentono di appartenere ad alcun orizzonte religioso o metafisico. Per i primi come per i secondi, questo studio vuol essere un esercizio prima di tutto dialettico, alla ricerca di punti di contatto e di punti di vista costruttivi che sappiano valorizzare il pluralismo che caratterizza le nostre società contemporanee. Per i primi come per i secondi, inoltre, questo studio vuol essere uno sforzo di comprensione dell'Altro, della sua identità come della sua stessa alterità. Per i primi come per i secondi, infine, questo studio vuole proporre una chiave di lettura della complessità e della vastità di determinate dinamiche che segnano punti di articolazione vitali tanto a livello locale quanto a livello globale.

Il motivo della scelta di questa insolita prospettiva d'analisi si spiega alla luce della scarsa attenzione dedicata al rapporto tra sovranità e religioni tanto nella riflessione filosofico-giuridica, quanto in quella più specificamente teorico-giuridica. Dare un contributo, seppur modesto, in questa direzione, mi è parso il modo migliore per testimoniare la duttilità delle discipline teoriche, capaci di far affiorare nodi concettuali estremamente delicati. In questo senso, un dato che emerge con una certa chiarezza riguarda la problematizzazione dei due poli categoriali intorno ai quali si sviluppa questa ricerca. Tanto il concetto di sovranità quanto il concetto di religione sono infatti considerati come dei prismi, delle categorie complesse che sfuggono a descrizioni appiattenti e definitive. Prendiamo il concetto di ‘religione’. Trovare una definizione onnicomprensiva, capace di dar conto delle infinite sfumature di estensione e contenuto che caratterizzano le singole esperienze connotate come “religiose” è un'impresa dall'esito assai incerto, che rivela tentativi di razionalizzazione e di categorizzazione di un ambito che (weberianamente) non è del tutto razionalizzabile. Ma pensiamo anche al concetto di ‘sovranità’. Essa non è un concetto, bensì un articolato uni-

verso concettuale, che in epoche diverse ha assunto connotati differenti. Queste poche considerazioni spero siano sufficienti a dar ragione dell'esercizio prospettico che ho cercato di compiere: leggere la sovranità attraverso il prisma della questione religiosa e, per certi versi, leggere la questione religiosa attraverso il prisma della sovranità. In tale esercizio, l'elemento normativo rappresenta il punto d'intersezione tra queste due prospettive, il punto di snodo che ha permesso di muoversi in due differenti, ma non sempre opposte direzioni.

È possibile individuare due tesi *filosofico-giuridiche* nello sviluppo complessivo di questo studio.

La prima ha carattere metodologico e fa perno proprio sulla capacità esplicativa e chiarificante dell'elemento normativo in relazione tanto al concetto di sovranità quanto all'elemento religioso. In questo senso, il lavoro analitico si è svolto in due direzioni. Da un lato, nel tentativo di guardare alle religioni come centri di produzione normativa, capaci di esprimere delle strutture normative complesse, ed entrare in dinamiche d'interazione potenziale o effettiva con la produzione giuridica statale. Dall'altro, nello sforzo di decifrare la sovranità in una prospettiva decostruttiva, che ne metta in evidenza la portata strutturale nell'ascrizione di diritti, doveri e responsabilità in capo agli Stati e verso una pluralità di soggetti ed istituzioni.

La seconda tesi ha carattere, invece, teorico-giuridico e promuove una rivalutazione attenta (senza alcuna adesione acritica) dell'accostamento pluralista al fenomeno giuridico. È questo sguardo pluralista che ha permesso d'identificare oscillazioni dialettiche tra una sfera normativa sovrana (come quella dello Stato) e sfere normative caratterizzate da una pretesa più o meno accentuata di controsovranità (come quelle di alcune religioni). Al centro di tale dialettica vi è l'individuo come punto su cui insistono normatività differenti ed egli stesso cluster di normatività differenti. Quell'individuo che nel modello disegnato dalla Carta delle Nazioni Unite è portatore di diritti positivi formalmente opponibili non solo nei confronti dello Stato, ma altresì di ogni altra istituzione. E sono proprio i diritti di cui ogni persona è titolare a rappresentare, nella lettura che qui viene proposta, un'occasione fondamentale perché le religioni diventino prezioso canale per la loro affermazione, agiscano, cioè, come contrafforte, e non come ariete, nei confronti dello Stato costituzionale di diritto ad impronta pluralista che vede proprio nella tutela dei diritti umani il suo baricentro.

A queste due tesi è possibile aggiungerne una terza che ha carattere più marcatamente *filosofico-politico*: l'ambivalenza tanto del concetto di sovranità quanto del fattore religioso. Da una parte, il carattere ambivalente del concetto contemporaneo di sovranità, attraversato da dinamiche di riaffermazione, negazione e profonda riconfigurazione, che portano a metterne in dubbio persino la legittimità del suo impiego. Dall'altra, l'ambivalenza forse irriducibile dell'elemento religioso di fronte alla normatività sovrana, che si accompagna, nell'età contemporanea, al configurarsi di un ruolo peculiare per le religioni. Esse possono in-

fatti essere considerate come un osservatorio privilegiato, benché non esclusivo, per guardare alla crisi d'identità dello Stato contemporaneo; uno Stato che si trova obbligato a riconsiderare il modo stesso nel quale si è tradizionalmente concepito, ma che stenta ad abbandonare un vocabolario politico inattuale e retrivo, i cui "rigurgiti" sovranisti e nazionalisti dimostrano l'estrema nocività. Con riferimento all'elemento religioso, se la prima età moderna si è caratterizzata per la sua privatizzazione e per la piena affermazione di primazia del politico (secolare) nello spazio pubblico, nel corso degli ultimi decenni si è invece assistito ad una nuova pubblicizzazione e politicizzazione del religioso a livello globale e quindi ben al di là delle frontiere territoriali attraverso le quali ancora si concepiscono i soggetti vestfaliani. Questo processo non può che interrogare lo Stato che, già imbrigliato ed in parte indebolito dal processo di globalizzazione, è chiamato a riflettere sul proprio ruolo verso comunità politiche sempre più multiculturali, multiethniche e multireligiose.

Una volta precisate tali tesi, che affiorano con maggior evidenza in alcuni snodi della ricerca, vorrei delineare per sommi capi ciascuno dei capitoli nei quali questo studio si articola.

Il *primo capitolo* si propone di fornire una ricostruzione storico-concettuale di diversi modelli di sovranità, prestando particolare attenzione al contributo che l'elemento *lato sensu* religioso ha fornito nel loro progressivo sviluppo dal XVI secolo in avanti. A tale scopo, esso identifica due principali modelli normativi della sovranità, mentre accenna semplicemente al suo prototipo premoderno: il modello vestfaliano e il modello legato alla Carta delle Nazioni Unite. Rispetto a quest'ultimo l'accento viene immediatamente posto sulla categoria dei diritti umani, intesi come preziosa opportunità normativa per le religioni contemporanee.

Il *secondo capitolo* adotta una peculiare prospettiva sulla sovranità e le religioni: la prospettiva giuridico-normativa. Esso si propone di spiegare in quale senso e fino a che punto la sovranità, come concetto normativo, possa essere riferita sia alle religioni sia agli Stati. Considerando un'area geo-politica specifica (il contesto europeo *at large*, soggetto alla giurisdizione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo), vengono articolati due interconnessi livelli di esercizio delle prerogative sovrane dello Stato verso le religioni: il livello istituzionale ed il livello individuale. Ad essi si aggiunge il livello personale, che riguarda meno direttamente dei primi due i soggetti religiosi, ma che pone l'accento sulla portata sistemica che le questioni bioetiche rivestono nell'esercizio di prerogative sovrane.

Il *terzo capitolo* propone un cambio di prospettiva alla luce della ricostruzione teorico-normativa fornita precedentemente. Esso focalizza la propria attenzione sulla categoria dei diritti umani nel tentativo di comprendere il ruolo che i sistemi normativi religiosi possono giocare nella loro giustificazione e protezione. Più specificamente, vengono proposti tre livelli d'impegno dei soggetti religiosi verso la promozione dei diritti umani: il livello politico, il livello fondazio-

nale ed il livello ermeneutico. A tale articolazione, segue l'approfondimento relativo ad un diritto umano specifico, vero e proprio banco di prova delle dialettiche sovrane sin qui ricostruite: il diritto alla libertà di coscienza. Come caso di studio, viene a tal fine considerata la delicata ipotesi delle istanze di esenzione a base religiosa presentate da pubblici ufficiali in merito al proprio coinvolgimento a vario titolo nella celebrazione di matrimoni o unioni tra persone dello stesso sesso. Ed è proprio il contrasto che viene a crearsi tra l'adempimento di specifici obblighi sul piano giuridico e di corrispondenti ed opposti doveri sul piano normativo-religioso ad identificare una sfera di "sovranità ultimativa" nella dialettica tra soggetti statali e soggetti religiosi.

Nel loro insieme, queste tre parti sviluppano un piano unitario di lavoro che ha cercato di "domare", senza esserci pienamente riuscito, la complessità di un ambito tematico tanto composito quanto risalente. Ed è forse l'ampiezza di tale ambito (sovranità e religioni) il limite principale di questo volume e, al contempo, ciò che lo rende una tappa necessariamente intermedia per fare il punto su anni di ricerche e di confronti con Maestri e Amici. Insieme alle geometrie variabili e alle oscillazioni sovrane che caratterizzano il rapporto tra religioni e Stati, spero emerga con forza l'imprescindibile centralità dell'individuo nel modello dello Stato costituzionale di diritto e la necessità di sforzi congiunti e multilivello per il rispetto dei diritti di cui è titolare in ogni formazione sociale, istituzione o gruppo nel quale la sua personalità può esprimersi in tutte le sue potenzialità.

## RINGRAZIAMENTI

Vorrei ringraziare quanti hanno saputo aiutarmi nell'ampliare le mie letture e nel volgere i miei strumenti verso orizzonti nuovi e strade poco battute. Ringrazio quindi i Professori Pierluigi Chiassoni, Martine Cohen, Andrea Dolcetti, Alessandro Ferrari, Silvio Ferrari, Cécile Guérin-Bargues, Pierre-Henrie Prélot, Silvia Salardi, Tullio Scovazzi, Gianfrancesco Zanetti.

Un ringraziamento particolare va alla prof.ssa Patrizia Borsellino, che ha letto e commentato minutamente questo lavoro, fornendomi spunti critici e motivi per precisare meglio ed ammorbidire alcune tesi di fondo. Un ringraziamento particolare va altresì al prof. Philippe Portier, che ha seguito personalmente la prima versione inglese di questa ricerca, guidandomi nella scelta della prospettiva d'indagine più appropriata.



## CAPITOLO 1

# L'ALTRA SOVRANITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La lenta costruzione di Vestfalia: dalla teologia-giuridica allo Stato-nazione. – 2.1. Un'idea premoderna di sovranità. – 2.2. La fondazione teologico-giuridica della sovranità statale. – 2.3. L'influenza della Riforma luterana sullo sviluppo del concetto moderno di sovranità. – 2.4. Verso una sovranità senza limiti. – 2.5. Una sacralizzazione secolare della sovranità. – 3. Il modello vestfaliano e la sua radicalizzazione. – 4. Un nuovo volto per la sovranità. – 5. Dopo la Carta delle Nazioni Unite: inizio o fine di un inedito modello di sovranità? – 6. Senza dismettere un concetto.

### 1. *Introduzione*

La sovranità è un concetto spinoso e sfuggente. Quale punto d'incontro privilegiato di diverse discipline (come la filosofia, la scienza politica, il diritto, le relazioni internazionali, le scienze economiche), esso è stato impiegato al fine di analizzare un'ampia e differenziata gamma di fenomeni: dai disordini politici alle crisi dei mercati, dalla protezione dei diritti umani alla guerra preventiva. La persistenza e l'ambivalenza del suo impiego possono facilmente essere attribuiti al suo elevato potenziale esplicativo, alla sua capacità evocativa e ai molteplici rinvii semantici che il suo impiego permette.

Se teniamo presente tutto ciò, emerge con una certa chiarezza l'importanza di scegliere una precisa prospettiva d'analisi. Allo stesso tempo, essendo la sovranità un concetto intrinsecamente interdisciplinare, l'adozione di uno specifico punto di vista non esclude né può escludere punti di vista alternativi o complementari. Ecco perché tentare di analizzare la sovranità non è un'operazione poi così differente dal risolvere un rompicapo concettuale, con la consapevolezza (che è buona cosa avere sin dall'inizio) che non sarà possibile fornire risposte definitive o del tutto esauritive. Alla luce di tali premesse, vorrei porre l'attenzione su alcune precisazioni che riguardano la struttura, lo sviluppo e lo scopo di questo primo capitolo.

In primo luogo, si guarderà alla sovranità come ad un concetto giuridico e politico, espressione di “une juridification du pouvoir politique”<sup>1</sup>. Muovendo

---

<sup>1</sup>O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 20.

da tale ottica, il primo capitolo si propone l'obiettivo di ricostruire diversi modelli di sovranità nel loro sviluppo storico, al fine di mettere in luce la presenza e l'influenza della religione o del "religioso" nella loro definizione. In tale analisi è bene anticipare che il modello vestfaliano di sovranità rappresenterà un punto di svolta concettualmente centrale, le cui premesse necessiteranno di uno sguardo più ampio e più attento al fattore religioso.

In secondo luogo, il concetto di sovranità verrà studiato nelle sue due tradizionali dimensioni costitutive: la componente esterna e la componente interna che, come Quaritsch ha affermato, "non sono due sovranità differenti, ma due lati della stessa cosa"<sup>2</sup>. Nel fare ciò mi baserò sull'analisi nitida e rigorosa proposta da Luigi Ferrajoli<sup>3</sup>. La mia stessa ricostruzione dei modelli di sovranità e del loro sviluppo teorico deve molto agli studi sulla sovranità di questo autore. In particolare, adotterò la sua analisi come "un canovaccio", a partire dal quale sviluppare alcune intuizioni e tratteggiare il ruolo giocato dall'elemento religioso nella definizione del concetto. Ci sono due ragioni principali alla base di questa scelta. Da un lato, Ferrajoli fornisce una solida cornice storica e teorica per la comprensione dello sviluppo normativo del concetto di sovranità. Dall'altro, proprio per l'intelligibilità e la chiarezza del percorso d'analisi, la sua ricostruzione si presta per essere integrata e declinata con riferimento alla religione. Tale operazione mi condurrà a conclusioni diverse se non quasi opposte rispetto a quelle di Ferrajoli.

Fatte queste precisazioni, una preliminare (sebbene non del tutto esauriente) definizione di entrambe le componenti della sovranità si rende necessaria. Con l'espressione *sovranità esterna* indichiamo quella componente della sovranità che attiene alla relazione tra ciascuno Stato e altri soggetti ad esso pari ordinati, che possiedono ugualmente piena personalità giuridica internazionale, ovvero altri Stati. Con essa, per usare le parole di Zolo, si sottolinea "il carattere originario e l'indipendenza dello Stato nazionale rispetto ad altre autorità politiche e religiose"<sup>4</sup>. Diversamente, con l'espressione *sovranità interna* indichiamo quella componente della sovranità che attiene più specificamente al rapporto tra lo Stato, il suo territorio e i soggetti che al suo interno si trovano sulla base di sta-

---

<sup>2</sup>H. QUARITSCH, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13 Jh. bis 1806*, Berlin: Duncker u. Humblot, 1986, p. 64 (mia traduzione), citato in O. BEAUD, *La puissance de l'État*, p. 15. Beaud sottolinea altresì che ognuna di essa presuppone l'altra.

<sup>3</sup>Questi sono i testi di riferimento: L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, in M. BASCIU (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica*, Milano: Giuffrè, 1996, ripubblicato come L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari: Laterza, 1997. Farò qui riferimento al testo del 1996 come cornice e base di partenza della mia ricostruzione.

<sup>4</sup>D. ZOLO, *Sovranità*, in *Enciclopedia Italiana*, Torino: Treccani, VI Appendice, XXXII, 2000 (versione open access: [http://www.treccani.it/enciclopedia/sovranita\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/sovranita_%28Enciclopedia-Italiana%29/)).

tus soggettivi diversificati (tra i quali lo status privilegiato di cittadino). Da un punto di vista sistemico, tale dimensione fonda la “supremazia”<sup>5</sup> del potere statale e del sistema giuridico che ne è espressione su qualsiasi altro soggetto, potere o istituzione operante sul medesimo territorio. Come si avrà modo di vedere in seguito, le religioni contemporanee possono esercitare un’influenza non irrilevante, in modo potenziale o effettivo, su entrambi le componenti della sovranità. Questo è il motivo per il quale un’analisi delle religioni contemporanee dalla prospettiva concettuale della sovranità presuppone innanzitutto una comprensione adeguata di entrambe le sue dimensioni.

Infine, un ultimo caveat riguarda le premesse teoriche della ricostruzione che seguirà. L’obiettivo che mi sono posto, per quanto possibile, è di comporre delle intelaiature concettuali che diano conto delle ragioni per le quali ci troviamo ancora oggi ad adottare un concetto più problematico che assertivo. Di conseguenza, ho cercato di concentrare la mia attenzione su momenti cruciali di passaggio e sulle elaborazioni teoriche più significative della modernità giuridica e politica, lasciando a chi ha maggiori competenze l’ambizioso compito di fornire una storia completa di questa idea, che prenda in considerazione fattori e dinamiche che in questa sede non verranno considerati<sup>6</sup>.

Se com’è stato efficacemente osservato, il binomio sovranità-Stato descrive “la modernità, nel senso preciso della costituzione di un “modo d’essere” del potere”<sup>7</sup>, la connessione sovranità-Stato-religioni può rappresentare una possibile chiave di lettura per i nostri complessi sistemi post-moderni.

## 2. La lenta costruzione di *Vestfalia*: dalla teologia-giuridica allo Stato-nazione

L’accuratezza storica o la correttezza storiografica suggerirebbero di non forzare oltre il consentito determinate trasposizioni concettuali. Il rischio sarebbe quello di riferirsi in modo poco appropriato a determinati concetti, che al di là di un’identica denominazione presenterebbero contenuti profondamente differenti a seconda dell’epoca considerata. Questa osservazione vale sicuramente per il concetto di sovranità.

Quaglioni<sup>8</sup> ha sottolineato con incisività che i concetti di Stato e di sovranità appaiono nella loro moderna configurazione dopo la lunga crisi dell’universalismo politico e giuridico dell’epoca medievale. Tale affermazione rappresenta un buon punto di partenza per definire il perimetro d’indagine fatto proprio da

<sup>5</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>6</sup> Per un lavoro organico in chiave storica cfr. J. BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

<sup>7</sup> D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari: Laterza, p. 14.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 19.

questo capitolo. Tuttavia, tenendo conto delle dovute cautele metodologiche, possiamo affermare che l'idea di sovranità è già ben presente nel dibattito teorico medievale, seppur in termini profondamente dissimili da quelli moderni<sup>9</sup>. Tratteggiare, seppure per cenni, le caratteristiche principali della sovranità medievale<sup>10</sup> può fornire utili spunti per meglio cogliere lo scarto operatosi con la prima età moderna.

## 2.1. Un'idea premoderna di sovranità

La prospettiva medievale differisce da quella della prima età moderna innanzitutto per la natura stessa del concetto di sovranità<sup>11</sup>. Possiamo affermare che in termini medievali la sovranità presenta una dimensione inscindibilmente morale e politica e sviluppa progressivamente un'accezione più strettamente di natura giuridica.

---

<sup>9</sup>Vi è un'articolata letteratura sull'idea medievale di sovranità. Mi limito in questa sede ad indicare alcuni contributi particolarmente significativi pubblicati in periodi diversi: M. WILKS, *The problem of Sovereignty in the later Middle Ages: the Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge: Cambridge University Press, 1963; E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma: Bulzoni, 1966; M. PACAUT, *Doctrines politiques et structures ecclésiastiques dans l'Occident médiéval*, Londra: Variorum reprints, 1985; M. TERNI, *La pianta della sovranità. Teologia e politica tra Medioevo ed età moderna*, Roma-Bari: Laterza, 1995; F. MAIOLO, *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolous of Saxoferrato*, Delft: Eburon Academic Publishers, 2007; A. COLE e D. VANCE SMITH (eds), *The Legitimacy of the Middle Ages: On the Unwritten History of Theory*, Durham: Duke University Press, 2010; R.S. Sturges (ed.), *Law and Sovereignty in the Middle Ages and the Renaissance*, Turnhout: Brepols, 2011.

<sup>10</sup>Per ragioni di sintesi e di competenza scientifica di chi scrive, esula dall'impianto di questo capitolo l'analisi della dimensione più strettamente teologica del concetto medievale di sovranità.

<sup>11</sup>Precursori in senso stretto della dottrina bodiniana della sovranità sarebbero nel XIII secolo Philippe de Beaumanoir e Marino da Caramanico, i quali, come ci ricorda Garofalo, non adottano tale parola "generata dal termine *superior* che compare nella formula *superiorem non recognoscens*, tramutandosi nel volgare *superanus* e poi nel francese 'souverain' e nell'italiano 'sovrano'" (L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova: Cedam, 2005, p. 147). In generale, è assai significativo che si cerchi di ricollegare alla "sovranità" realtà assai distanti dal suo contesto di elaborazione concettuale. Ad esempio, un altro insigne romanista, Luigi Capogrossi Colognesi, parla di "sovranità del legislatore" con riferimento all'ordinamento repubblicano romano, rilevando, però, il problema dell'intraducibilità di determinati concetti della scienza giuridica romanistica con categorie moderne, come l'identificazione della *res publica* con l'idea moderna di Stato (cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli: Jovene, pp. 150-155). Sempre con riferimento all'ambito degli studi romanistici, mi permetto di segnalare, in aggiunta, la riflessione di stampo filosofico-politico e filosofico-giuridico proposta da Agamben sulla distinzione *auctoritas-potestas*: cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri, 2003, in particolare pp. 95-113. Nella letteratura filosofico-giuridica, segnalo la ricostruzione storica della nozione di sovranità tratteggiata da Jellinek, partendo dall'antichità classica (cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1914), tr. fr., *L'État moderne et son droit*, II vol, Parigi: Giard et Brière, 1913, p. 72 e ss.).

Con riferimento alla dimensione al contempo morale e politica della sovranità, l'autore di riferimento è senza dubbio Tommaso D'Aquino. Come spiega Johnson, nell'ambito di una più ampia concezione etica della sfera politica, Tommaso si fa promotore dell'idea che la sovranità del *princeps* consista in una forma di "responsabilità morale" verso la sua comunità politica<sup>12</sup>. In particolare, il *bonum commune*, ossia non il bene privato del singolo sovrano, bensì l'interesse che "unisce la comunità"<sup>13</sup> si può meglio articolare nella creazione e nel mantenimento di un ordine improntato alla pace, che deve essere difeso dai pericoli interni ed esterni<sup>14</sup>. Tale responsabilità prima di tutto morale<sup>15</sup> di "servire il bene comune" si traduce, quindi, in compiti fondamentali per il principe: conservare la pace della sua comunità e mantenere un certo ordine delle cose "secondo giustizia".

Con riferimento alla dimensione più squisitamente giuridica del concetto, invece, Quaritsch ha sostenuto che durante il secolo XIII la sovranità va progressivamente acquisendo il significato tecnico giuridico di "giurisdizione reale non appellabile"<sup>16</sup>. In altri termini, il tardo pensiero medievale esprime una peculiare concezione della sovranità che Beaud chiama "une conception *judiciaire* de la souveraineté"<sup>17</sup>. Diversamente, l'età moderna sarebbe caratterizzata da una concezione non giudiziaria, bensì legislativa, che non contempla limitazioni materiali o contenutistiche<sup>18</sup>. Vi è, però, un ulteriore elemento che chiarisce la particolarità della dimensione giuridica della sovranità in epoca medievale: l'assenza di

<sup>12</sup> Con le parole dell'autore, "the responsibility for the common good of the whole political community governed" (J.T. JOHNSON, *Sovereignty. Moral and Historical Perspectives*, Washington DC: Georgetown University Press, 2014, p. 37). Tale responsabilità di "servire il bene comune", spiega Johnson, "arises out of the "dignity and power" to imitate the divine ordering of the universe in his or her own dealing with the political community governed and in its relationship with other political communities" (p. 40). Da qui ha origine anche il problema della giustificazione della "guerra giusta", sul quale si confronteranno per lungo tempo insigni filosofi, teologi e giuristi.

<sup>13</sup> A questo proposito Elshtain ricorda un passaggio del primo capitolo del *De Regimine Principum* di Tommaso, nel quale l'Aquinate afferma che "gli interessi privati dividono la comunità, mentre il bene comune la unisce" (cfr. E.B. ELSHTAIN, *Sovereignty: God, State, and Self*. New York: Basic Books, 2008, p. 18, mia traduzione).

<sup>14</sup> Come spiega Johnson, si tratta di un "just and peaceful communal order", che deve essere difeso dal princeps "against threats both internal and external" (J.T. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 37-38).

<sup>15</sup> È interessante rilevare come il punto di snodo che Johnson (p. 51) individua nel superamento dell'orizzonte morale della responsabilità sovrana sia rappresentato dal pensiero del teologo cinquecentesco Francisco de Vitoria. Secondo quest'ultimo, la responsabilità sovrana del soggetto investito di funzioni di governo non è più morale, bensì di natura squisitamente politica, ed è ancorata alla tutela di un "diritto all'auto-conservazione".

<sup>16</sup> Cfr. H. QUARITSCH *op. cit.*, p. 33 citato in O. BEAUD, *op. cit.*, p. 39.

<sup>17</sup> O. BEAUD, *op. cit.*, p. 40.

<sup>18</sup> Con le parole di Beaud, si tratta di una concezione "*législative*, qui ne connaît aucune délimitation matérielle" (*Ibidem*).

una qualsiasi presupposizione di unità di potere su un dato territorio<sup>19</sup>. Questa affermazione si spiega piuttosto facilmente considerando almeno tre elementi caratteristici del sistema giuridico medievale: in primo luogo, la sovrapposizione di differenti sistemi normativi e giurisdizionali, “secolari” e religiosi<sup>20</sup>; in secondo luogo, la complessa struttura del sistema politico medievale, nel quale si assiste ad una influenza bidirezionale dell’autorità papale e imperiale (sopra) e dei corpi intermedi (sotto) su quelle autorità secolari che evolveranno progressivamente nel modello di organizzazione politica e giuridica rappresentata dallo Stato moderno; infine, l’uniformità e l’omogeneità dell’appartenenza religiosa, come strumento principale per salvaguardare l’unità al di là dell’esistenza di entità geografiche distinte. Ed è proprio con il riferimento alla comune identità cristiana dell’Europa medievale che meglio si spiega la possibilità di identificare l’idea di “bene comune” il cui perseguimento, per riprendere il linguaggio tomista, è responsabilità del principe verso la sua comunità.

Ricostruite con questi cenni molto sintetici questioni che necessiterebbero di autonome e ampie trattazioni, può risultare utile menzionare un’ipotesi ricostruttiva alternativa della nascita dello Stato moderno. A tale proposito, il medievista francese Boureau ha avanzato l’idea che il pensiero scolastico del XIII secolo abbia introdotto nella forma di quello che lui chiama “l’État-république, ce qui allait devenir l’État-nation”<sup>21</sup>. Collocandosi su un piano alternativo rispetto a quanti riconducono la formazione dello Stato moderno ad una lenta e progressiva elaborazione di pratiche di governo<sup>22</sup>, Boureau sostiene piuttosto che l’idea dello Stato come “espace limité e protecteur”<sup>23</sup> abbia preceduto la sua realizzazione pratica o politica<sup>24</sup>. In tale quadro, la Riforma o il Rinascimen-

---

<sup>19</sup> In questo senso Beaud chiarisce ancor meglio l’osservazione espressa all’inizio di questo paragrafo: “Le mot médiéval existe avant la chose moderne. Il n’est en fait que le reflet d’un système juridique lui-même radicalement différent du système étatique-moderne” (*ivi*, p. 42).

<sup>20</sup> Un riferimento obbligato in merito al pluralismo giuridico in età medievale è all’opera di Paolo Grossi. In particolare, egli sottolinea come la società medievale sia “una società senza Stato, dove, per il permanere di questo vuoto politico, il diritto vede elevato il suo ruolo, si pone al centro del sociale, rappresenta la costituzione duratura al di sotto della (e al riparo dalla) episodicità della politica spicciola” (P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 31). Una società all’interno della quale esiste “una pluralità di ordinamenti conviventi” (*ivi*, p. 226), che lascerà il posto nella prima età moderna al “monismo giuridico nell’ambito dei singoli Stati” (*ibidem*). Degno di particolare nota, in un’ottica filosofico-giuridica, è il richiamo all’ipotesi teorica di Santi Romano che Grossi propone con riferimento al periodo medievale. Cfr. anche P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2018. Ringrazio Loredana Garlati per le preziose indicazioni.

<sup>21</sup> A. BOUREAU, *La religion de l’Etat*, Paris: Les Belles Lettres, 2008, p. 179.

<sup>22</sup> Cfr. *ivi*, p. 142: “élaboration progressive des pratiques gouvernementales”.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Per un utile commento all’opera di Boureau cfr. S. PIRON, *Une anthropologie historique de la Scolastique*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1, 207-215, 2009.

to rappresenterebbero non tanto momenti d'innovazione, bensì occasioni di ulteriore elaborazione<sup>25</sup> di categorie concettuali (lo Stato, la Chiesa<sup>26</sup>, l'individuo) già pienamente operanti in età medievale, sebbene in un orizzonte teologico-politico particolarissimo, nel quale "l'automisation du politique"<sup>27</sup> secolare cercava di farsi strada rispetto alle tendenze inglobanti della Chiesa occidentale e la sua "percezione" complessiva del potere. In particolare, Boureau colloca intorno al 1250 la nascita della storia dello Stato-nazione in relazione ad un'idea universalistica della natura umana, la cui continuità si accompagna alla necessità di stabilire un ordine terreno. In sintesi, "[l']invention de l'État-nation fut l'objet transitionnel qui permit de concilier les exigences adverses de l'exaltation et du rabaissement de la nature humaine"<sup>28</sup>. Se l'idea di nazione, che poi si svilupperà in termini simbiotici rispetto a quella di Stato, indicava l' 'universalità umana', lo Stato si cominciava invece a configurare proprio come "organisation défensive, particulière et locale de l'universalité potentielle de l'espèce humaine"<sup>29</sup>.

## 2.2. La fondazione teologico-giuridica della sovranità statale

Una volta richiamati, seppur in termini sintetici e per sommi capi, alcuni tratti caratterizzanti l'idea medievale di sovranità, occorre volgere lo sguardo verso la prima età moderna, vero e proprio punto di partenza di questa ricostruzione.

Ferrajoli<sup>30</sup> mette in evidenza come la prima dimensione della sovranità che sia stata oggetto di attenzione da parte dei teorici è quella esterna, nell'alveo della tradizione giusnaturalistica. In particolare, lo scopo immediato e concreto che ne stava alla base era quello di "offrire un fondamento giuridico alla conquista del Nuovo Mondo all'indomani della sua scoperta"<sup>31</sup>.

Tale esigenza pratica viene raccolta in particolare dall'ambiente dei teologi e non dei giuristi (almeno in senso stretto)<sup>32</sup>. Ciò si spiega facilmente consideran-

<sup>25</sup> Con le parole di Boureau, "circonstances de développement" (A. BOUREAU, *op. cit.*, p. 20).

<sup>26</sup> Significativo quanto afferma Brague sulla Chiesa in età medievale: "le premier appareil d'État qui apparut dans le monde médiéval, avec une bureaucratie poursuivant ses fins propres et fonctionnant selon ses règles propres, fut l'Église plutôt que l'Empire" (R. BRAGUE, *Sur la religion*, Paris: Flammarion, 2018, p. 161).

<sup>27</sup> A. BOUREAU, *op. cit.*, p. 233. Boureau fa riferimento alla "souveraineté judiciaire" (p. 252 e ss.) già nel quadro delle nascenti monarchie del XII secolo, sul continente in particolare in Francia e in Inghilterra con l'istituto del *writ* reale in seno allo sviluppo della *common law*.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 286.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 287.

<sup>30</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, p. 21 e ss.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 22.

<sup>32</sup> Questa precisazione si rende necessaria poiché sarebbe probabilmente fuorviante applicare la rigidità delle categorie disciplinari contemporanee a periodi caratterizzati da una maggiore fluidità o da una minore definizione dei confini del sapere.

do che le ragioni inizialmente addotte dagli Spagnoli per giustificare le proprie conquiste coloniali erano di carattere marcatamente religioso<sup>33</sup>. Ma i teologi spagnoli del XVI secolo si spingono ben al di là della loro disciplina. Essi forniscono contributi estremamente importanti nella costruzione concettuale della sovranità, anticipando, seppure in un perimetro disciplinare differente, intuizioni che saranno proprie della successiva teoria internazionalistica. Tra di essi la figura centrale è rappresentata dal teologo neo-tomista Francisco de Vitoria, che Scott definisce con termini enfatici “the prophet of a newer law of nations”<sup>34</sup>. Nel suo *De indis et de iure belli relectiones*<sup>35</sup> Vitoria è molto critico verso il tentativo spagnolo di giustificare la propria dominazione. Dopo aver smantellato le irragionevoli argomentazioni degli Spagnoli, egli esprime alcune idee chiave per lo sviluppo del concetto moderno di sovranità. Proviamo a richiamare i suoi principali argomenti<sup>36</sup>.

Da un lato, nella sua *pars destruens* Vitoria contesta e smonta gli argomenti centrali adottati per legittimare le conquiste:

a) lo *ius inventionis*, o diritto di scoperta, che avrebbe (paradossalmente) legittimato gli Indios a loro volta verso gli stessi Spagnoli<sup>37</sup>;

b) l'assenza di limiti spaziali dell'autorità imperiale<sup>38</sup> e della potestà temporale del pontefice<sup>39</sup>:

---

<sup>33</sup> Come è noto, le due opposte figure nel dibattito spagnolo sulla conquista dell'America meridionale furono il domenicano Bartolomeo de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda. Nelle famose dispute di Valladolid, il primo fu particolarmente critico verso il sistema dell'*encomienda* utilizzato dal governo spagnolo. In particolare, egli mise in evidenza sia l'assenza di solide basi giuridiche per l'espansionismo spagnolo, sia la violazione dei precetti cristiani nel condurre tali imprese coloniali (cfr. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, Seuilla, 1552). Il secondo, invece, supportò con veemenza le rivendicazioni spagnole, viste come opera di conversione delle nuove e “barbare” popolazioni (ad esempio, egli usa esplicitamente e ripetutamente l'espressione “in bello barbarico” nella sua *Apologia pro libro 'De iustis belli causis'*).

<sup>34</sup> J.B. SCOTT, *The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Clark: The Lawbook Exchange, 2005, p. 288. Per uno studio sul contributo teorico-giuridico di Vitoria cfr. L. MILAZZO, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, Pisa: ETS, 2012.

<sup>35</sup> Cfr. F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in E. NYS (a cura di), *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, New York: Oceana Publications, 1964. Tutte le citazioni latine di Vitoria, seppur richiamate nel testo di Ferrajoli, sono state tratte da questo volume consultato presso la Bodleian Library di Oxford.

<sup>36</sup> Per ragioni di accuratezza linguistica, ho ritenuto anch'io utile citare le espressioni latine di Vitoria, come Ferrajoli fa alle pp. 23, 24 e 25 del suo saggio, riprendendo alcuni nodi concettuali.

<sup>37</sup> “Iste titulus cum alio aliquid facere possit, tamen per se nihil iuvat ad possessionem illorum, non plus quam si ipsi invenissent nos” (I, 2, p. 244).

<sup>38</sup> “Imperator non est totius orbis dominus” (II, 1, pp. 233 e 235) e “[...] licet esset dominus mundi, non ob id posset occupare provincias barbarorum et constituere novos dominos” (II, 2, pp. 233 e 238).

<sup>39</sup> “Papa nullam potestatem temporalem habet in barbaros Indos neque in alios infidels” (II, 6, pp. 233 e 243).

c) l'infedeltà e peccaminosità *a priori* delle popolazioni indigene<sup>40</sup>, nonché la loro spontanea obbedienza e sottomissione agli Spagnoli;

d) il titolo concessorio conferito da Dio agli Spagnoli, che secondo Vitoria si prestava a obiezioni sotto il profilo giuridico e teologico.

Dall'altro lato la *pars construens* di Vitoria, che suscita, come la *pars destruens*, notevoli entusiasmi nel lettore di oggi, ma che rivela al contempo quanto le posizioni del teologo spagnolo fossero "figlie del loro tempo". In particolare, Ferrajoli suggerisce tre idee centrali nella costruzione teorica di Vitoria: l'idea della *communitas orbis*, quale "società naturale di Stati sovrani"<sup>41</sup>; l'esistenza per i popoli e per gli Stati di un catalogo di diritti naturali; una nuova teoria della guerra come risposta o reazione a *iniuriae*, ovvero un diritto limitato nei presupposti e nelle modalità a muovere guerra. Non mi soffermerò su quest'ultima idea, che più avanti verrà necessariamente a ripresentarsi, mentre mi concentrerò sulle prime due.

Con riferimento alla prima idea di Vitoria, questo insieme di Stati sovrani non solo è accomunato dalla propria libertà ed indipendenza,<sup>42</sup> ma è informato soprattutto al principio di uguaglianza. Tale uguaglianza si applica oltre che agli Stati cristiani europei, come spiega Scott, anche alle "barbarian principalities"<sup>43</sup> del Nuovo Mondo. A ciò si aggiunga che Vitoria pone le basi per il successivo sviluppo dell'idea di un'organizzazione politica moderna, lo Stato, doppiamente limitata. Innanzitutto limitata internamente dal corpus giuridico civile<sup>44</sup>: ciò, come avremo modo di vedere nei paragrafi che seguiranno, costituisce una cifra distintiva della sovranità vitoriana rispetto a quella bodiniana. In secondo luogo, limitata esternamente attraverso l'appartenenza alla comunità internazionale, che ad un tempo la contiene e la vincola. Ed è proprio con riferimento a questa

---

<sup>40</sup> Essi non potevano essere tacciati d'infedeltà prima di aver ascoltato l'annuncio cristiano, "priusquam aliquid audissent de fide Christi" (II, 8, p. 246). In particolare, come spiega Scovazzi, "un preteso diritto di missione è l'elemento che contraddistingue i pensatori che seguirono Vitoria. Bartolomé Carranza (1503-1576) scrisse che gli infedeli potevano rifiutarsi di ascoltare la predicazione del Vangelo, senza che contro di essi potesse esercitarsi coazione alcuna. Ma, per Domingo de Soto (1494-1560), la propagazione della fede costituiva un motivo per il quale le genti cristiane potevano derogare all'osservanza di regole giuridiche, quali la norma sul carattere vincolante degli accordi (*pacta sunt servanda*) o la norma sull'inviolabilità degli ambasciatori" (T. SCOVAZZI, *Caratteri fondamentali ed evoluzione storica del diritto internazionale*, in ID. (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 42).

<sup>41</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>42</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>43</sup> J.B. SCOTT, *op. cit.*, p. 281. Aggiunge l'autore, "The modern State is looked upon from within and from without. From within it is a thing of constitutional law; from without it is but a member of the international community" (*ibidem*).

<sup>44</sup> Ferrajoli parla a questo proposito di una "concezione giuridica dei poteri pubblici" (L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 27).

dimensione esterna del soggetto sovrano che Vitoria esprime un'intuizione sorprendente per la sua epoca: "l'umanità come nuovo soggetto di diritto"<sup>45</sup>, ovvero "habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestate ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium"<sup>46</sup>. È solo il caso di osservare come questa idea cosmopolitica dell'umanità (totus orbis), persona morale e giuridica allo stesso tempo, da un lato precorra elaborazioni concettuali che saranno proprie dell'Illuminismo soprattutto di matrice kantiana, dall'altro si ricolleggi ad intuizioni formulate da teorici del diritto internazionale solo nel secolo scorso, quale la concezione monista di cui Kelsen si fa sostenitore.

Con riferimento alla seconda idea di Vitoria, la carica innovativa dello slancio cosmopolitico appena descritto viene, se non vanificata, in gran parte ridotta. Da un punto di vista teorico, però, l'identificazione di un gruppo di diritti naturali, ovvero il riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive non fondate sul diritto posto dall'autorità umana, ma riconosciute indistintamente *erga omnes*, circoscrive il primo nucleo della componente esterna della sovranità. Un primo gruppo di diritti<sup>47</sup> ricomprende:

a) lo *ius communicationis* tra i popoli appartenenti alla "naturalis societas" delle nazioni, che fotografa un primo elemento essenziale della sovranità, ovvero il suo carattere relazionale<sup>48</sup>;

b) lo *ius peregrinandi et degendi*<sup>49</sup>, insieme con lo *ius commercii*<sup>50</sup>, quest'ultimo collegato agli sviluppi dell'economia di mercato a livello globale che progressivamente si stava costituendo;

c) lo *ius occupationis*<sup>51</sup> asimmetricamente applicabile alle sole terre e materiali (preziosi) degli Indios;

d) lo *ius migrandi*, esclusivamente verso le nuove terre conquistate<sup>52</sup>.

Ma Vitoria identifica anche un secondo gruppo di diritti naturali, che chiariscono ulteriormente la loro natura parziale e servile nei confronti dei conquistatori europei<sup>53</sup>. Risulta particolarmente interessante l'ultimo diritto naturale

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 29.

<sup>46</sup> F. de VITORIA, *De potestate civili*, §21, p. 207.

<sup>47</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>48</sup> Cfr. F. DE VITORIA, *De Indis recenter inventis*, III, 1, p. 257. Sul carattere relazionale della nozione di sovranità cfr. T. ENDICOTT, *The Logic of Freedom and Power*, in S. BESSON and J. TA-SIOULAS (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

<sup>49</sup> Cfr. F. DE VITORIA, *op. ult. cit.*, III, 2.

<sup>50</sup> Cfr. *Ivi*, III, 3.

<sup>51</sup> Cfr. *Ivi*, III, 4.

<sup>52</sup> Cfr. *Ivi*, III, 5.

<sup>53</sup> Si tratta, come Ferrajoli ci ricorda, del: *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium*, un diritto

identificato da Vitoria: il diritto di muovere guerra degli Spagnoli. Il motivo d'interesse è duplice e si ricollega in parte alla terza idea formulata da Vitoria. Da un lato, questo diritto di muovere guerra è identificato con riferimento ad un ambito che segnerà le vicende della sovranità sino ai nostri giorni, ovvero la sicurezza degli Stati. Gli Spagnoli possono infatti “omnia agere *ad securitatem suam convenientiam*”<sup>54</sup>, poiché, scrive Vitoria, “*finis belli est pax et securitas*”<sup>55</sup>. Questo riferimento alla sicurezza degli Spagnoli messa a repentaglio dalle popolazioni indigene non è meno pretestuoso dell'apparente apertura dimostrata da Vitoria nel considerare gli Indios quali titolari di diritti naturali di fronte ai conquistatori, a prescindere dalla non appartenenza iniziale alla fede cristiana. Sembra quindi emergere una nozione di naturalità dei diritti più come postulato della loro esistenza *a priori* che non come indice della loro titolarità universale. Inoltre, precorrendo scenari che tra poco avremo modo di analizzare, l'elemento religioso, qui declinato in funzione della diffusione del messaggio cristiano a popolazioni non evangelizzate, ancora la sovranità alla guerra, se non addirittura sembra radicarla definitivamente nel conflitto. Questa è un'osservazione tutt'altro che scontata, visto che la triangolazione religione-sovranità-guerra può leggersi nei termini di una matrice ancora presente nelle vicende sovrane dell'età contemporanea; una matrice, è il caso di aggiungere, riemersa con prepotenza dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001.

Occorre, infatti, fare attenzione alla contrapposizione che già in questa prima modernità crea il binomio religione-sovranità. Il quadro di riferimento è quello di una società europea ormai non più religiosamente omogenea, nella quale la diffusione del messaggio cristiano e la necessità di garantire la salvezza dello spirito a chi non ha ancora conosciuto la Parola rappresentano fattori determinanti nell'auto-concepirsi, nel proprio agire esterno, come entità politiche e giuridiche progressivamente sempre più autonome, impegnate ad assecondare mire espansionistiche e ad appagare crescenti appetiti commerciali. La riflessione di Vitoria, come ha sottolineato Tosi, va quindi letta in questa duplice dimensione: da un lato come legittimazione eurocentrica per la conquista di terre sconosciute, dall'altra come una “chiamata all'unità” per l'intero mondo cristiano, investito da conflitti intestini e dalla minaccia dell'Impero turco ottomano<sup>56</sup>.

Può risultare utile leggere proprio in quest'ottica l'impalcatura teologico-

---

a cui corrispondeva l'obbligo degli Indios di accogliere il messaggio Cristiano (*Ivi*, III, 9-12); il diritto-dovere di *correctio fraterna* (III, 9); il diritto-dovere di fornire protezione contro i signori pagani o “domini infideles” (III, 13); il diritto di istituire sovrani locali al posto di quelli pagani, in caso di conversione massiva della popolazione (III, 14).

<sup>54</sup> *Ivi*, III, 6, p. 260.

<sup>55</sup> *Ivi*, III, 7, p. 261.

<sup>56</sup> Cfr. la diffusa analisi proposta da G. TOSI, *La teoria della guerra giusta in Francisco de Vitoria e il dibattito sulla conquista*, in *Jura Gentium*, 2006, <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/tosi.htm>.

giuridica che Vitoria contribuisce a delineare nella prima metà del Cinquecento. La sua grandezza è stata quella di concepire idee che, estrapolate dal contesto teologico-politico della loro formulazione (che rivela asimmetrie, iniquità e parzialità), avrebbero consegnato a generazioni successive occasioni di ripensamento in termini che ancora oggi troviamo efficaci. In particolare, nell'identificare un nucleo di posizioni giuridiche proprie di soggetti collettivi quali popoli o nazioni, la sovranità esterna tratteggiata da Vitoria ci traghetta verso il periodo successivo, nel quale l'eterogeneità dell'appartenenza religiosa fra le "genti d'Europa" si radica, divenendo motivo di conflitti duraturi e di vicende politiche assai complesse.

### 2.3. *L'influenza della Riforma luterana sullo sviluppo del concetto moderno di sovranità*

L'idea vitoriana di una società cosmopolitica di Stati uguali (almeno formalmente), ognuno dei quali titolare di diritti naturali quali perimetro della propria sovranità esterna, sarà superata nel corso del XVII secolo con la piena formalizzazione e la definitiva messa in opera del modello vestfaliano. Tuttavia, guardando specificamente al ruolo giocato dal fattore religioso e dalla religione, non bisogna sottovalutare l'importanza di un evento che per molti versi anticipò Vestfalia: la Riforma protestante, e in particolare la Riforma luterana, che segnò, per usare un'espressione di Gauchet, l'"inauguration des Temps modernes"<sup>57</sup>, e dimostrò, una volta ancora, la natura duttile e le immense potenzialità del richiamo all'elemento religioso.

Un prezioso punto di partenza per inquadrare la situazione in epoca pre-vestfaliana ci è offerto da un'osservazione di Berman, secondo il quale "Germany – Deutschland – in the year 1500 constituted a nation, a people, though not a nation-state"<sup>58</sup>. Esisteva in quei territori una comune identità culturale, veicolata soprattutto attraverso il fattore linguistico e i comuni riferimenti letterari<sup>59</sup>. Tuttavia, *Deutschland* rappresentava la chiara e paradigmatica espressione delle stratificazioni normative tipiche del periodo premoderno, caratterizzate dalla coesistenza di una pluralità di fonti normative contemporaneamente valide (dalla legge imperiale al diritto canonico) in una delicata articolazione ed equilibrio di poteri tra istituzioni ecclesiastiche e secolari.

---

<sup>57</sup> M. GAUCHET, *Puissances du sujet divin*, in ID., *Le désenchantement du monde*, Paris: Gallimard, 1985, p. 313.

<sup>58</sup> H.J. BERMAN, *Law and Revolution II*. Cambridge, MA-Londra: Harvard University Press, 2003, p. 34. Farò particolare riferimento ai contributi forniti da questo insigne studioso nella ricostruzione qui proposta.

<sup>59</sup> In questo senso Berman parla di "a common historical consciousness of its past and a sense of a common future" (*ivi*, 35).

Tenendo in considerazione questa situazione iniziale, Martin Lutero fornisce un contributo decisivo nel superamento e nella riconfigurazione dell'ingombrante pluralismo normativo esistente, fornendo le basi teologico-politiche all'emersione e alla graduale affermazione dello Stato-Nazione protestante<sup>60</sup>. La transizione progressiva dal modello premoderno della Nazione senza Stato al nuovo paradigma della Nazione delimitata anche territorialmente dallo Stato trova infatti nella nuova teologia luterana la sua fondazione ideale. Alla luce di dinamiche che quindi vanno ben al di là delle dispute soteriologiche<sup>61</sup> sollevate nel 1517, credo sia utile disarticolare la profonda frattura religiosa prodotta dall'accoglimento della dottrina luterana nelle sue tre componenti essenziali: politica, normativa e geografica. Pur essendo intimamente collegate le une alle altre, ciascuna di esse mantiene una sua autonoma importanza epistemologica e configura peculiari elementi costitutivi del concetto di sovranità che meglio si delineranno nei decenni a seguire. Per tale motivo, farò riferimento a tre fratture distinte, nel tentativo di far emergere la sfaccettata e polimorfa natura del "religioso" nel periodo pre-vestfaliano.

Prima di tutto la *frattura politica*. Seppur lo scopo di Lutero non fosse quello di smembrare il mondo cristiano<sup>62</sup>, bensì di proteggerlo "dai suoi nemici interni"<sup>63</sup>, non è realmente possibile tracciare una precisa linea di demarcazione tra la sua speculazione teologica e la sua riflessione politica<sup>64</sup>. Da un punto di vista più strettamente teorico-politico, però, Lutero ha la capacità di farsi portatore di una profonda revisione del modo di intendere la struttura e l'esercizio stesso del potere e di una rinnovata articolazione del rapporto tra politica e religione.

Com'è noto, egli sostituisce alla "teoria delle due spade" di origine medievale *die Zwei-Reiche-Lehre* o la "teoria dei due regni". Nonostante non rappresenti un'anticipazione della successiva teoria del diritto divino dei re, nella "teoria dei

<sup>60</sup>In questo senso cfr. E.B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 79.

<sup>61</sup>Per un approfondimento sull'influenza del pensiero agostiniano nella dottrina della salvezza elaborata da Lutero cfr. D. MACCULLOCH, *Riforma: la divisione della casa comune europea (1490-1700)*, Roma: Carocci, 2017, p. 163 e ss.

<sup>62</sup>Non sarebbe del tutto corretto affermare che Lutero con le sue 95 tesi contesti *tout court* l'autorità del pontefice. Egli mette pesantemente in discussione alcune prerogative, ma troviamo anche tesi che riaffermano tale autorità. Si vedano, ad esempio, le tesi: "38. Tuttavia la remissione e la partecipazione del papa non deve essere disprezzata in nessun modo perché, come ho detto, è la dichiarazione della remissione divina"; "53. Nemici di Cristo e del papa sono coloro i quali perché si predicano le indulgenze fanno tacere completamente la parola di Dio in tutte le altre chiese" (M. LUTERO, *Le 95 tesi*, Milano: Garzanti, 2016, pp. 12 e 15).

<sup>63</sup>M. GREENGRASS, *La cristianità in frantumi. Europa 1517-1648*, Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 342.

<sup>64</sup>In questo senso cfr. E.B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 79. Di carattere spiccatamente politico sono le opere "Sull'autorità temporale: fino a che punto le sia dovuta obbedienza" (1523) e "Alla nobiltà cristiana della Nazione tedesca a proposito della correzione e del miglioramento della società cristiana" (1520).

due regni” l’autorità temporale viene fortemente ancorata all’autorità divina<sup>65</sup>. In particolare, accanto al regno spirituale (*geistliche Reich*) della fede e della grazia divina, esiste il regno secolare (*weltliche Reich*), retto dall’autorità legittima del principe, che ha il potere di punire anche severamente con la spada<sup>66</sup>. Attraverso questo disegno dicotomico, Lutero promuove l’idea che la Chiesa debba mantenersi unicamente una comunità spirituale<sup>67</sup>, emancipando così l’autorità secolare nella gestione del “regno terreno” e valorizzando la legge positiva quale espressione di quell’autorità. Se da un lato quest’ultima viene svincolata da una qualsivoglia chiesa intesa in chiave istituzionale, dall’altro, però, sono i singoli individui, i *subiecti* a tale potere, ad essere strettamente vincolati all’accettazione e al rispetto della legge prodotta dall’uomo, modificando profondamente, se non annullando, la portata del diritto di resistenza di origine medievale<sup>68</sup>.

Questo ribaltamento dei tradizionali rapporti gerarchici tra autorità spirituale e autorità temporale<sup>69</sup> porterà in ultima istanza alla creazione di chiese a base territoriale (le *Volkskirche* o *Landeskirche*), saldamente sotto la protezione e la gestione di quelle sovranità parziali o frammentate che daranno origine alla forma di organizzazione politica tipica della Modernità: lo Stato<sup>70</sup>. Sulla base di argomenti teologici e non di un pensiero politico sistematico, Lutero getta quindi le basi perché vengano destituite di fondamento le pretese sovranità universali tanto del pontefice romano quanto dell’imperatore. Così facendo, consegna al potere temporale, dal quale aveva avuto protezione e sostegno, le autorità religiose rifondate<sup>71</sup> e contesta la legittimità delle prerogative non spirituali e il ruolo

<sup>65</sup> Con chiarezza, Elshain afferma che “temporal authority is divinely instituted” (E.B. EL-SHTAIN, *op. cit.*, p. 83).

<sup>66</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>67</sup> “A purely spiritual community” la definisce Berman (cfr. H.J. BERMAN, *Conscience and Law: The Lutheran Reformation and the Western Legal Tradition*, in *Journal of Law and Religion*, 5, 1, 1987, p. 180).

<sup>68</sup> Osserva Weber con riferimento al diritto di fare guerra che “[p]er Lutero [...] nelle guerre politiche è l’autorità mondana, la cui sfera non viene toccata affatto da postulati razionali della religione, l’unica responsabile del diritto di fare una guerra, e il suddito non grava la sua coscienza se ubbidisce anche attivamente, come per tutto ciò che non turba la sua relazione con dio” (M. WEBER, *Economia e società. Comunità religiose*, a cura di Hans G. Kippenberg. Roma: Donzelli, 2006, p. 299). Per un approfondimento generale sull’autore, anche con riferimento all’apporto della riflessione di Jellinek, cfr. R. MARRA, *La religione dei diritti. Durkheim-Jellinek-Weber*, Torino: Giappichelli, 2006.

<sup>69</sup> In questi termini cfr. J. WITTE JR., *Dal Vangelo alla Legge: la Riforma luterana e il suo impatto sulla cultura giuridica*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 57, 2017, p. 643.

<sup>70</sup> In questi termini cfr. E.B. EL-SHTAIN, *op. cit.*, p. 85, la quale preferisce l’espressione “particular sovereignties”.

<sup>71</sup> Cfr. D. PHILPOTT, *The Religious Roots of International Relations Theory*, in *Religion and International Relations: A Primer for Research*, The Report of the Working Group on International Relations and Religion of the Mellon Initiative on Religion Across the Disciplines, University of Notre Dame, 2013, p. 78 ss.

lo di mediazione<sup>72</sup> di chi non l'aveva ascoltato, bensì condannato: la Chiesa di Roma.

Alla luce di questo nuovo assetto politico a base teologica<sup>73</sup>, possiamo ben comprendere le parole di Berman, il quale ci offre in questi termini una sintesi della frattura politica della Riforma: "Western Christendom was transformed from a society of plural secular polities within a single ecclesiastical state into a society of plural Christian confessions, each identified politically with one or more particular secular states"<sup>74</sup>. Tale frattura politica avrà rilevanti effetti sulle relazioni esterne tra i nascenti soggetti sovrani fino alla metà del secolo successivo: le sanguinose "guerre di religione"<sup>75</sup> tra Cattolici e Protestanti. Fondate sulla contrapposizione escludente tra religioni che rivendicavano ciascuna per sé il monopolio della Verità, esse verranno condotte nel tentativo di costruire "une suprématie sans compromis"<sup>76</sup> e inevitabilmente una situazione di egemonia politica ed economica.

Se dovessimo identificare la categoria centrale di questa prima frattura, essa andrebbe individuata senza dubbio nel "Principe", quale suprema e incontestabile autorità secolare, la cui sovranità va definendosi prima di tutto entro i confini del proprio territorio. Una sovranità che darà l'avvio al processo di diffusione, nel secolo successivo, di un principio che il cardinal Richelieu affermò con estrema chiarezza: "religione e politica non [devono] necessariamente coincidere"<sup>77</sup>.

Veniamo ora alla seconda frattura prodotta dalla Riforma: la *frattura normativa*. Espressione della frattura politica, e più propriamente giuridica, favorita dalla Riforma, di essa è possibile distinguere almeno due componenti comple-

<sup>72</sup> Come precisa Taylor, i Protestanti nel non accettare il ruolo di mediazione della Chiesa, rifiutarono anche la sua gerarchia "not only because its foundation was repudiated as incompatible with faith but also because it went against the nature of religious commitment as they understood it" (C. TAYLOR, *Sources of the Self*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989, p. 217).

<sup>73</sup> È quindi la lama affilata del teologo a scardinare nuovamente pretese autoritative e assetti politici considerati quasi imm modificabili. Una constatazione che è il caso di sottolineare proprio alla luce di quanto osservato sopra a proposito dell'elaborazione vittoriana della sovranità esterna: anche in quel caso un teologo fu capace di dimostrare l'infondatezza di pretese sovrane e di fornirne di nuove e convincenti per lo *status quo* che veniva costituendosi.

<sup>74</sup> H.J. BERMAN, *Law and Revolution II*, p. 61.

<sup>75</sup> Nonostante si chiamino comunemente "guerre di religione", tale espressione è assai riduttiva e non rende conto di una realtà estremamente più complessa. In tal senso è importante sottolineare, come fa Greengrass, che "[c]hiamare la fine del XVI secolo il periodo delle guerre di religione sottovaluta il polimorfismo del dissenso religioso e il grado in cui la religione divenne il prisma attraverso cui venivano viste le istanze del potere e dell'identità" (M. GREENGRASS, *op. cit.*, p. 440).

<sup>76</sup> L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Seuil: Paris, 1983, p. 95.

<sup>77</sup> D. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 642.

mentari: la prima legata all'esercizio della giurisdizione; la seconda attinente alle fonti di produzione del diritto e alla loro gerarchia.

Con riferimento alla prima componente, la frattura normativa si sostanzia nel perfezionamento del processo di secolarizzazione nell'applicazione del diritto già da tempo in atto nei territori tedeschi. L'erosione delle giurisdizioni ecclesiastiche a favore delle corti che facevano capo a poteri secolari a base territoriale riceve da Lutero un impulso enorme, sulla base dell'attacco da lui sferrato al concetto stesso di giurisdizione ecclesiastica<sup>78</sup>, alla sua autorità e legittimazione. In particolare, come chiarisce Berman, le corti secolari si trovano progressivamente a dover giudicare in materie di tradizionale competenza delle corti ecclesiastiche, come l'eresia, la blasfemia, il matrimonio e il suo scioglimento, le questioni di natura familiare. Tali giurisdizioni secolari a base territoriale vengono inoltre interessate da un processo di progressiva "professionalizzazione", con il coinvolgimento di giuristi esperti di formazione universitaria direttamente nei tribunali e indirettamente nella consulenza per i casi di maggiore difficoltà<sup>79</sup>. Al contempo, sono assorbite nella sfera di competenza normativa dell'autorità secolare importanti funzioni, tradizionalmente espletate da enti religiosi cattolici, quali l'assistenza agli indigenti e l'istruzione di ogni ordine e grado.

Con riferimento alla seconda componente, sulla scia della dottrina luterana ha luogo la graduale emersione della centralità del diritto positivo prodotto dall'autorità secolare, e una parziale riconfigurazione dell'importanza del diritto naturale. L'espressione massima di quest'ultimo, in particolare, è individuata da Lutero nei Dieci Comandamenti dati da Dio sul monte Sinai<sup>80</sup>. Oltre che attraverso le Sacre scritture, il diritto naturale era accessibile grazie all'esercizio della ragione umana<sup>81</sup> e alla coscienza<sup>82</sup> dei soggetti, e doveva essere tenuto in grande considerazione anche nello svolgimento dei suoi uffici da parte del magistrato. Tuttavia, in termini generali, l'importanza attribuita al messaggio biblico non mediato da alcuna istanza istituzionale, tratto che accomuna i pensatori protestanti, porta inevitabilmente ad un ridimensionamento del ruolo e della funzione del diritto naturale rispetto alla tradizione precedente<sup>83</sup>. Diversamente, l'emersione del ruolo centrale del diritto positivo è la prevedibile conseguenza di almeno due fattori. Da un lato, il processo di secolarizzazione del diritto da tempo in atto, al quale si accompagna la crescente rilevanza del diritto scritto su quello consuetudinario. Dall'altro, la progressiva messa in discussione della giu-

---

<sup>78</sup> Cfr. H.J. BERMAN, *Conscience and Law*, p. 187.

<sup>79</sup> Cfr. *ivi*, p. 185.

<sup>80</sup> Così J. WITTE JR., *op. cit.*, p. 648, che definisce il diritto naturale secondo Lutero come il complesso degli "obblighi fondamentali che una persona deve a Dio, al prossimo e a sé stesso".

<sup>81</sup> *Ivi*, 649.

<sup>82</sup> Cfr. H.J. BERMAN, *op. ult. cit.*, p. 189.

<sup>83</sup> Così suggerisce. J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 105.

risdizione ecclesiastica cattolica e del diritto canonico che ivi trovava applicazione. Contestato, indebolito e delegittimato, il diritto canonico delle giurisdizioni religiose lascia definitivamente il passo al diritto del principe, il quale deve quindi prestare attenzione non solo alle questioni temporali, ma anche a quelle “faccende spirituali” per le quali era venuto meno il rimando ai riferimenti normativi precedenti<sup>84</sup>. In Lutero, quindi, seppur sulla base di presupposti teorici differenti e di un quadro valoriale di matrice religiosa ed escatologica, si scorge un atteggiamento piuttosto affine all'accostamento giuspositivista successivo. Il diritto umano, inteso quale espressione della volontà del principe, che ne rappresentava la sua “fonte ultima”<sup>85</sup>, vede ormai riconosciuta la sua autonoma rilevanza nel “regno terreno”.

Da questi elementi si possono comprendere le ragioni per le quali la teologia luterana rendeva inevitabile un profondo ripensamento della scienza giuridica e una rinnovata riflessione filosofico-giuridica sul diritto. Figura centrale di questa operazione fu il giurista luterano Oldendorp. La sua ampia e articolata riflessione<sup>86</sup>, nella quale sviluppa, sistematizza e armonizza la dottrina di Lutero con elementi provenienti anche dalla speculazione filosofica precedente, presenta un'intuizione che avrà importanti conseguenze sullo sviluppo del concetto di sovranità. In particolare, Oldendorp avanza l'idea che lo Stato sia titolare di diritti e doveri sia verso l'esterno (in virtù del diritto consuetudinario operante nelle relazioni internazionali), sia verso l'interno, ossia verso il popolo<sup>87</sup>. L'idea dell'esistenza di una responsabilità bidirezionale dei soggetti statali (allora ancora in pieno processo di formazione) anticipa alcune elaborazioni assai rilevanti della teoria del diritto internazionale successiva. Si pensi alla stessa articolazione della sovranità nelle sue due componenti tradizionali (esterna ed interna) che condiziona ancora il nostro modo di pensare i soggetti sovrani.

Se anche in questo caso dovessimo identificare la categoria centrale della frattura normativa appena descritta, essa andrebbe individuata nell'idea di “diritto positivo secolare”. Il ripensamento di tale categoria avviene, come si è cercato più volte di sottolineare, partendo da un'attenta riconsiderazione delle fonti e dei contenuti del diritto divino e del diritto naturale. Sarà questa frattura normativa a favorire una ricomposizione del giuridico sotto l'egida dell'autorità

---

<sup>84</sup> Come spiega Berman, il principe diventa “responsible for the development of a body of ecclesiastical law for the government of their temporal affairs and, in many instances, of their spiritual affairs as well, including matters of doctrine and liturgy” (H.J. BERMAN, *op. ult. cit.*, p. 187).

<sup>85</sup> In questo senso Berman, che contrappone il Principe luterano, preoccupato di far prevalere la giustizia, al Principe di Machiavelli, che pone le sole ragioni di potere alla base dell'azione politica (cfr. *ivi*, p. 181).

<sup>86</sup> Per la sua diffusa analisi rimando a H.J. BERMAN, *op. ult. cit.*, pp. 192–202. In particolare, l'autore segnala che dell'opera di Oldendorp, che conta circa 56 titoli, soltanto 3 sono in tedesco e la rimanente parte è in latino. Tra le opere in lingua tedesca, si rimanda a Oldendorp 1948.

<sup>87</sup> Così H.J. BERMAN, *Law and Revolution II*, p. 94.

secolare, chiamata a riformare ambiti di tradizionale competenza ecclesiastica e a ricomporre un pluralismo normativo ormai inconciliabile con le proprie rivendicazioni sovrane.

Passiamo, infine, alla terza frattura nella quale propongo di disarticolare lo “scisma religioso”<sup>88</sup> prodotto da Lutero: *la frattura geografica*. Come spero sia emerso dalle considerazioni precedenti, la Riforma luterana introduce l’elemento dell’eterogeneità religiosa nella Cristianità uniforme, sebbene non ovunque omogenea, che sino a quel momento si era riconosciuta nell’autorità del pontefice romano. Tale elemento di discontinuità e divisione avrebbe rappresentato un pericolo ben più che potenziale per l’assetto politico esistente. Le alternative prospettabili per governare la complessa situazione venutasi a creare erano quindi due<sup>89</sup>: ritornare sotto il controllo imperiale di stampo cattolico e romano, oppure, cogliere l’occasione per “mettere in sicurezza” le singole comunità politiche, controllando direttamente la religione riformata.

Seguendo l’ultima soluzione prospettata e ponendo sotto il proprio controllo la riforma in atto, i principi territoriali avrebbero da un lato evitato che l’anarchia prendesse piede, dall’altro accelerato enormemente il processo di affermazione del principio di territorialità nell’esercizio della propria autorità, in opposizione sempre più radicale con l’imperatore ed il papa. È proprio questa posizione viene assunta in forma di “protesta” durante la dieta di Spira del 1529 da un gruppo di cinque principi di territori luterani e da quattordici città.

Omettendo di considerare le successive vicende politiche, il Luteranesimo produce in questo modo un risultato concettualmente fondamentale: esso fornisce ragioni stringenti per la definizione ed il potenziamento dei confini territoriali in termini pienamente moderni, ovvero come strumento di *limite, protezione e difesa* di comunità politiche parziali. Forzando a riconsiderare il concetto di territorio e di confine<sup>90</sup> per garantirsi la protezione secolare, il Luteranesimo conduce ad un ripensamento della stessa autorità territoriale da un orizzonte continuo ad uno discreto. La nuova “descrizione della terra” europea che risulterà nel corso dei decenni successivi sarà il risultato del graduale processo di posizionamento geo-politico di singole autorità indipendenti. Emergerà, quindi, quel modo di concepire lo Stato come al contempo “entità etica”<sup>91</sup> e ambito di esercizio di un potere a base territoriale.

Tali sono le ragioni per le quali possiamo sostenere che la teologia-politica luterana dà definitivamente avvio all’atomizzazione della società cristiana pre-

<sup>88</sup> M. GREENGRASS, *op. cit.*, p. 342.

<sup>89</sup> Cfr. H.J. BERMAN, *op. ult. cit.*, pp. 49-50.

<sup>90</sup> Sul rapporto tra religioni contemporanee e territorialità si rimanda alle considerazioni che verranno presentate nel corso del secondo capitolo.

<sup>91</sup> E.B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 86. Questo saggio sarà oggetto di specifica attenzione nel capitolo successivo.

moderna e all'emersione di quello che Dumond chiamò "l'État individuel"<sup>92</sup>. Il principio di sovranità dell'Obrigkeit (principi, consiglieri e alti ufficiali)<sup>93</sup> viene così dapprima affermato con la pace di Augusta del 1555, nella quale la formula *cuius regio eius religio* altro non rappresenta che "il segnale definitivo che nell'impero la leadership della Riforma si trovava saldamente nelle mani dei sovrani e delle autorità secolari"<sup>94</sup>. Successivamente, quasi un secolo più tardi, tale principio avrebbe assunto una portata non più unicamente germanica, bensì europea con i trattati di Vestfalia.

Non è difficile immaginare che la categoria centrale di questa terza sub-articolazione della frattura religiosa prodotta dalla Riforma luterana è quella di "territorio" come spazio discreto e geograficamente limitato, nel quale hanno legittimo e pieno esercizio del potere le autorità secolari. Questa ridefinizione di territorio non è certo da dare per scontata. Essa risulta indubbiamente familiare, ma non è un dato costante né nella storia dell'uomo, né un elemento necessario nella sua futura evoluzione. Intendere la categoria del territorio in tali termini produce un effetto deflagrante sia rispetto all'assetto precedente, sia rispetto alla formazione degli equilibri successivi. Frazionando, definendo, parcellizzando ambiti spaziali di autorità politiche distinte, il fattore religioso sembra progressivamente accomodarsi, senza diluirsi negli equilibri di potere, bensì intrudendosi sino a fondersi con essi. In questo processo, il territorio rappresenta il dispositivo concettuale perché ciò avvenga in modo non transitorio<sup>95</sup>.

L'analisi sin qui tratteggiata ha riguardato il contributo della Riforma luterana nella formazione e stabilizzazione di ordini sovrani a base territoriale. Tuttavia, vi è almeno un'altra espressione della Riforma protestante che si distinse da quella di matrice luterana e che vide non un teologo, bensì un giurista di origini francesi come guida della Chiesa riformata: Giovanni Calvino<sup>96</sup>. Le sue idee sulla struttura del corpo politico e sulla questione religiosa sono piuttosto differenti da quelle luterane. In sintesi, come Taylor ha avuto modo di spiegare, il Calvinismo è sin da subito caratterizzato da un "militant activism, a drive to reorganize the church and the world"<sup>97</sup>, con lo scopo di rifondare un nuovo ordine. A tale proposito, secondo le intenzioni del suo fondatore, in primo luogo nello Stato calvinista gli individui sono sottoposti a due autorità: quella spirituale e

---

<sup>92</sup> L. DUMONT, *op. cit.*, p. 95.

<sup>93</sup> Cfr. H.J., BERMAN, *op. ult. cit.*, p. 62.

<sup>94</sup> D. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 369.

<sup>95</sup> Sullo sviluppo del concetto di territorio cfr. S. ELDEN, *The Birth of Territory*, Chicago, Londra: The University of Chicago Press, 2013. Per un ulteriore approfondimento rimando al dossier *Souveraineté et territoire (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, in *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2, aprile-giugno, 2014, pp. 305-467.

<sup>96</sup> Per una più diffusa trattazione rimando a D. MACCULLOCH, *op. cit.*, pp. 323-362.

<sup>97</sup> C. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 227-228.

quella civile. Quest'ultima, in particolare, è chiamata a dare il proprio espresso sostegno alla venerazione di Dio nell'interesse della "pace civile"<sup>98</sup>. Inoltre, lo Stato ha il preciso obbligo sul piano etico di migliorare gli uomini, garantendo una società politicamente e religiosamente ben ordinata<sup>99</sup>. In secondo luogo, sebbene Calvino distingue con una certa nettezza le due sfere della chiesa e del governo civile<sup>100</sup>, sia la chiesa che lo Stato sono soggetti alla regola sovrana di Dio, al quale unicamente appartiene la sovranità. Chiesa e governo civile rappresentano quindi nel suo orizzonte teologico due "modalità di governo"<sup>101</sup>, che cooperano sinergicamente al buon funzionamento della stessa comunità politica cristiana. In terzo luogo, chi detiene il potere di governo non è semplicemente investito di funzioni civili verso la propria comunità politica, bensì egli è anche un ministro di Dio, dal quale deriva la propria sovranità, come "dovere irrinunciabile del proprio ufficio"<sup>102</sup>. La sovranità stessa di Dio, diversamente dalle elaborazioni concettuali successive, opera quale limitazione di quello che Calvino chiama l'"assolutismo autosufficiente dei governanti"<sup>103</sup>. Infine, anche Calvino sprona i fedeli a non piegarsi alle norme ingiuste, ma, in termini non poi così dissimili da Lutero, anch'egli spende argomenti affinché i magistrati iniqui vengano comunque obbediti e il tirannicidio perda qualsiasi possibile giustificazione.

Alla luce della triplice articolazione proposta con riferimento alla Riforma luterana e delle osservazioni riguardanti le peculiarità del protestantesimo calvinista è opportuno ricavare alcune precisazioni conclusive, che in una certa misura meglio definiscono la portata della mia analisi. In primo luogo, se è importante sottolineare l'enorme rilevanza della Riforma luterana, è altrettanto importante chiarire che il concetto moderno di sovranità territorialmente limitata non inizia con l'"età delle Riforme". Lontano dall'essere un semplice fenomeno "religio-

---

<sup>98</sup> In questo senso cfr. J.B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 87.

<sup>99</sup> Vengono in generale individuate "due aree dell'esperienza umana", come mette in evidenza David Little: l'area delle questioni di natura strettamente religiosa e l'area delle questioni afferenti alle "cose della vita", attinenti quindi la sfera morale e civile. Cfr. D. LITTLE, *Religion and Human Rights: a Personal Testament*, in ID., *Essays on Religion and Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 183. Per una ricostruzione sulla specifica questione della "sovranità della coscienza" nel pensiero di Calvino, rimando a questo saggio. Mi limito qui a ricordare come Little individui due principi chiave della dottrina morale calvinista: "the sovereignty of conscience and the existence of a universal moral law" (p. 184). Con specifico riferimento alla questione dei diritti umani, focus del terzo capitolo di questa ricerca, secondo l'autore "the liberal Calvinist tradition provides a particularly strong historical and theological foundation for a belief in human rights" (p. 196).

<sup>100</sup> Cfr. J.B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 88.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> Cfr. *Ivi*, p. 87.

<sup>103</sup> Mia traduzione del passaggio. Cfr. G. CALVINO, *Institutes*, libro IV, cap. XX, in *Selection from His Writings*, Missoula: Scholars Press, 1975, p. 140, citato in J.B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 88.

so”, essa rappresenta certamente una rottura epocale con il passato sui diversi piani sopra descritti. Da un punto di vista concettuale, inoltre, la Riforma luterana segna l’abbandono pressoché definitivo dell’idea medievale di una sovranità ancorata ad una superiore forma di responsabilità morale del reggente, volta alla realizzazione del bene comune di comunità politiche religiosamente uniformi. Diversamente, viene ad emergere in modo sempre più pressante l’affermazione della responsabilità dei singoli Stati con riferimento alla difesa delle prerogative delle proprie comunità<sup>104</sup>. Ciò detto, è tuttavia più corretto concepire un cammino continuo verso la costruzione di un sistema di Stati sovrani, accelerato fortemente dalla Riforma, ma iniziato ben prima di essa<sup>105</sup>. In secondo luogo, se è vero che la Riforma non rappresenta il momento di nascita del concetto moderno di sovranità, come se nulla prima esistesse, è altrettanto vero che essa diede l’avvio ad un processo insieme politico, normativo e geografico, culminato con la Pace di Vestfalia del 1648, come avremo modo di vedere a breve. È soltanto il caso di anticipare che tale Pace e il modello giuridico che ne emergerà avrà conseguenze considerevoli proprio in merito alla rilevanza del fattore religioso nelle relazioni tra soggetti di diritto internazionale e nella configurazione della componente interna della sovranità.

#### 2.4. Verso una sovranità senza limiti

Pur senza sminuire l’influenza esercitata dalla Riforma protestante, è possibile individuare due processi che contribuirono in modo determinante a costituire l’assetto politico stabilizzato da Vestafalia: usando le categorie tratteggiate da Ferrajoli, possiamo parlare del processo di *assolutizzazione* e di *secolarizzazione* dello Stato.

Il processo di assolutizzazione riguarda tanto la componente interna quanto la componente esterna della sovranità. Con riferimento alla *componente interna* e all’elaborazione di una nozione illimitata di sovranità, la figura centrale è indubbiamente rappresentata da Jean Bodin. Insieme ai giuristi francesi Charles Loyseau<sup>106</sup> and Cardin Le Bret<sup>107</sup>, Bodin rifiuta alla radice l’idea che l’esercizio del potere possa essere limitato internamente, tanto che egli può essere correttamente considerato come il teorico di una sovranità interna senza limiti, elaborata in termini specificamente giuridici. A questo proposito, Bodin è da conside-

---

<sup>104</sup> Sul punto cfr. J.B. ELSHTAIN, *op. cit.*

<sup>105</sup> In altre parole, “the cultural and political divide created by the Reformation completed trends that were already under way” (J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 103).

<sup>106</sup> Cfr. C. LOYSEAU, *Traité des ordres et simples dignitez* (1610), trad. ingl., *A Treatise of Orders and Plain Dignities*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

<sup>107</sup> Sulle posizioni di Le Bret con riferimento all’assolutismo cfr. G. PICOT, *Cardin Le Bret (1558-1655) et la doctrine de la souveraineté*, Nancy: Société d’impressions typographiques, 1948.

rare come il primo pensatore ad aver formulato quello che Beaud chiama “le principe de l’unité du pouvoir ou de l’unité de la puissance publique”<sup>108</sup> su un piano politico e giuridico. Se Vitoria concepisce la sovranità nell’ambito di una più ampia concezione dell’ordine internazionale che oggi definiremmo cosmopolitica, Bodin segna la nascita della sovranità come concetto giuridico divisivo nei suoi tratti riconoscibilmente moderni. All’inizio del primo libro dei suoi *Six Livres de la République*, egli afferma notoriamente che “[l]a souveraineté est la puissance absoluë et perpetuelle d’une République. [...] Ceste puissance est absolue, et souveraine: car elle n’a autre condition que la loy de Dieu et de nature ne commande”<sup>109</sup>. Il suo argomento centrale è basato sulla distinzione tra diritto naturale, diritto divino e diritto civile: gli unici limiti alla sovranità interna sono rappresentati dal diritto naturale e dal diritto divino. Tuttavia, il potere sovrano non sopporta alcun tipo di auto-limitazione<sup>110</sup> o di limitazione derivante dall’esterno, tranne la sovranità esterna di Dio su di esso<sup>111</sup>. In questo senso, la teolo-

<sup>108</sup> O. BEAUD, *op. cit.*, p. 50. È Beaud stesso a precisare che tale formulazione avviene per la prima volta con Bodin in termini politico-giuridici.

<sup>109</sup> J. BODIN, *Lex Six Livres de la République* (1576), Paris: Fayard, 1989, I, pp. 179 e 188.

<sup>110</sup> Scrive infatti Bodin: “Le Prince n’est point subject à ses loix, ni aux loix de ses predecesseurs, mais bien à ses conventions justes et raisonnables, et en l’observation desquelles les subjects en general ou en particulier ont interest” (*ivi*, p. 194).

<sup>111</sup> Marocco Stuardi (cfr. D. MAROCCO STUARDI, *La République di Jean Bodin. Sovranità, governo, giustizia*, Milano: Franco Angeli, 2006, pp. 71-78) illustra puntualmente le caratteristiche della sovranità à la Bodin. È opportuno richiamare i profili lucidamente ricostruiti dall’autrice. Innanzitutto essa viene impiegata quale equivalente del concetto latino di *maiestas* ed appartiene connaturatamente alla *république*, ossia allo Stato. Presenta tre caratteristiche principali: la perpetuità, l’assolutezza e l’indivisibilità. Come spiega l’autrice, Bodin ritiene che la sovranità sia perpetua perché non è precaria. La precarietà di un rapporto deriva, invece, dal fatto che esso non dipenda da un fondamento di tipo proprietario (con chiaro riferimento al diritto privato romano). In altri termini, il potere sovrano appartiene legalmente al principe, al quale è stato donato dal proprietario iniziale: il popolo. A tal proposito, Bodin distingue tra *titolarità* e *esercizio* del potere: se anche il potere è stato acquisito con la forza, ma dà origine ad una successione regolare, allora è legittimo sebbene tirannico o autoritario. In secondo luogo, la sovranità è assoluta in termini marcatamente medievali: essa *superiorem non recognoscens* e, riprendendo Ulpiano, il sovrano è sciolto dall’osservanza delle leggi che egli stesso dà. Inoltre, come ricorda ancora Marocco Stuardi (p. 75), l’assolutezza per Bodin non è sinonimo di illimitatezza, essendo ben presenti i limiti del diritto divino e naturale (libertà personale e proprietà dei *subjecti*) che non possono essere calpestati nell’agire del sovrano. Infine, la sovranità presenta anche il carattere dell’indivisibilità (proprio tale caratteristica figura nell’articolo 1 della Costituzione della Repubblica Francese del 1958, prima ancora del riferimento al suo carattere laico, democratico e sociale). Non solo una sovranità frazionata rappresenta una contraddizione in termini, ma le prerogative sovrane non sono né divisibili, né delegabili a soggetti subordinati. Da ciò discende, nella teorizzazione di Bodin, che la democrazia rappresenta proprio l’appartenenza del potere sovrano non ad un unico soggetto, ma indistintamente a tutti i soggetti (p. 78). Per un’ulteriore analisi dei caratteri della sovranità bodiniana, con specifico riferimento ai “segni della sovranità” e alla lettura che ne fornisce Carl Schmitt cfr. E. BALIBAR, *Proglomeni alla sovranità*, in ID., *Nous citoyens d’Europe?* (2001), tr. it., *Noi cittadini d’Europa? Le frontiere, lo Stato, il popolo*, Roma: Manifestolibri, 2004, pp. 175-184.

gia politica di Bodin è piuttosto chiara: il libero volere del sovrano viene espresso nella legge positiva come l'assoluta libera volontà di Dio è rivelata nella legge divina<sup>112</sup>. Diversamente dall'impostazione medievale, Bodin colloca le basi dell'autorità terrena o dello Stato non nella giustizia, bensì nella forza, legando i cittadini-sudditi all'obbedienza dell'autorità suprema del proprio sovrano<sup>113</sup>. Ecco che diventano quindi di primaria importanza le norme espressione della volontà sovrana e non tanto le leggi della natura o di Dio. Ma Bodin rafforza ulteriormente questa prospettiva, adottando la matrice marcatamente privatistica propria del diritto romano (con particolare riferimento agli istituti della proprietà e della famiglia) nel rimodellare in direzione monistica e assolutistica l'idea di Stato. Questa possibile lettura che ricollega la concezione bodiniana dello Stato a determinate categorie giuridiche romane è ben espressa da Elshtain, secondo la quale "the State is conceived along the lines of Roman private property, immune from public control; sovereignty is conceived along the lines of the rule of a paterfamilias over the Roman *domus*. And the idea that the law has legal subjectivity because it is able to represent the Roman people as a unified subject— all come into play and are fused into a monistic structure"<sup>114</sup>. Di conseguenza, il potere del *princeps* è illimitato (*majestas*), in termini simili al diritto di vita e di morte del *paterfamilias*. Allo stesso tempo, se la legge è intesa come comando posto dall'autorità sovrana, la sovranità interna si configura come un dispositivo unilaterale di soggezione ad un potere senza limiti<sup>115</sup>.

C'è un ulteriore aspetto nel pensiero di Bodin che risulta di particolare interesse nella nostra prospettiva ricostruttiva: le sue posizioni riguardanti la religione e, in particolare, le relazioni tra Stato e Chiesa. È possibile individuare tre conseguenze della concezione bodiniana della sovranità in tale ambito, come messo in evidenza da Beaud. In primo luogo, essa introduce l'idea che "l'unité confessionnelle n'est plus le bien suprême"<sup>116</sup>. Da ciò discende da un lato la neutralità statale nelle questioni religiose e dall'altro la messa in atto di una "politica di tolleranza religiosa" attraverso lo strumento del diritto positivo. In se-

---

<sup>112</sup> In questo senso potremmo affermare che le premesse della teoria del potere di Bodin sono medievali, mentre presentano tratti marcatamente moderni i suoi contorni. Come ha spiegato Isnardi Parente, vi è per Bodin un'unica fonte della sovranità, la quale non solo è indivisibile, ma è altresì posseduta in "piena esclusività" dal sovrano. Sul punto cfr. M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, in J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente, Torino: Utet, 1964, pp. 53-54. Per un'analisi del pensiero politico di Bodin cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Torino: UTET, 1992.

<sup>113</sup> Così scrive Elshtain: "Bodin locates the basis of earthly rule, or the state, in *force*, not justice. Citizens or, better, subjects, are subjected to the supreme authority—the will— of the patriarch prince" (B. ELSHTAIN, *op. cit.*, p. 54).

<sup>114</sup> *Ivi*, p. 55.

<sup>115</sup> Elshtain parla di "monistic command-obedience structure" (*ivi*, p. 56).

<sup>116</sup> O. BEAUD, *op. cit.*, p. 66.

condo luogo, la concezione bodiniana della sovranità dismette il ruolo della religione nella definizione/legittimazione di uno Stato: il cambio di appartenenza religiosa non influisce sull'esistenza dell'entità statale, poiché il riferimento ad una religione specifica non è più *conditio sine qua non* per la sua esistenza<sup>117</sup>. In questo senso la concezione bodiniana produce un'auto-legittimazione dell'ordine secolare del potere. Infine, Bodin introduce un peculiare statuto giuridico per la Chiesa cattolica, che viene internamente inclusa tra i "Corps et Collèges" e perde esternamente la sua influenza poiché essa rappresenta una semplice "entité infra-étatique"<sup>118</sup> tra le altre. In questo modo, il sovrano bodiniano enfatizza la sua assoluta "autonomia procedurale e decisionale"<sup>119</sup> rispetto alle altre autorità sovrane esterne, ed in particolare rispetto all'autorità papale.

Questa concezione assolutista dello Stato<sup>120</sup> viene sviluppata da un punto di vista giuridico e politico fuori dai confini francesi. In particolare, in Inghilterra l'idea bodiniana di sovranità gioca un ruolo determinante nello sviluppo dello Stato barocco durante il regno di Giacomo VI e I Stuart.

In termini generali, la Francia e l'Inghilterra condividono quella che Asch definisce la "medieval legacy of sacerdotal kingship"<sup>121</sup>, secondo la quale la figura del re non rivestiva unicamente funzioni nell'ambito temporale. Inoltre, dal XVI secolo in avanti, tanto l'Inghilterra quanto la Francia condividono altresì la comune ricerca di una struttura ecclesiastica che presenti rituali e configurazioni organizzative conciliabili o adattabili con una certa visione dell'autorità reale<sup>122</sup>. Infatti, durante questo periodo in entrambi i contesti è in atto un processo di "risacralizzazione della monarchia"<sup>123</sup>. Tale processo è particolarmente evidente con Giacomo I d'Inghilterra. Il suo pensiero politico è ben espresso nei trattati *The True Law of Free Monarchies* (1598) and *Basilikon Doron* (1599). In essi si

<sup>117</sup> Con le parole di Beaud, lo Stato "n'a plus besoin d'inclure une référence à la religion" (*Ivi*, p. 67). In altre parole, "la légitimité divine est désormais supplantée par la légitimité rationnelle de l'ordre publique" (p. 85).

<sup>118</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>119</sup> Cfr. H. QUARITSCH, *op. cit.*, p. 271, citata in O. BEAUD, *op. cit.*, p. 73.

<sup>120</sup> Sul supporto della Chiesa cristiana cattolica e delle Chiese protestanti all'affermazione della monarchia assoluta, Kelsen sottolinea come "esse fornirono [...] la sua più efficace ideologia: la dottrina che l'autorità del monarca nasce per grazia di Dio e che per le questioni temporali egli è il delegato o il rappresentante di Dio e non del popolo" (H. KELSEN, *Democracy and Religion* (1955), in ID., *Foundations of Democracy*, tr. it. *Democrazia e religione*, in ID., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna: il Mulino, 1998, p. 330).

<sup>121</sup> R.G. ASCH, *Sacral Kingship between Disenchantment and Re-Enchantment. The French and English Monarchies 1587-1688*, New York-Oxford: Berghahn, 2014, p. 4.

<sup>122</sup> Asch definisce i tratti di tale autorità come "divinely sanctioned royal authority" (*ivi*, p. 7).

<sup>123</sup> Come spiega Gauchet, tale processo contribuì a creare "l'érection d'une instance qui se trouve dans une position métaphysique et religieuse parfaitement inédite au regard des autorités traditionnelles" (M. GAUCHET, *La condition historique*, Paris: Gallimard, 2003 p. 295).

assiste alla paradossale affermazione del carattere autonomo, sacro e inviolabile dell'autorità regia, attraverso argomenti religiosi (o più propriamente teologici), ma evitando accuratamente riferimenti alla necessità di un'opera di mediazione religiosa del potere del monarca. In particolare, il primo trattato del 1598 propone una vera e propria teologia della figura del re<sup>124</sup>. Nell'ambito di un disegno trascendente, esso presenta il Re quale figura posta al di sopra della legge, responsabile unicamente al cospetto di Dio, sulla base del cui diritto fonda la propria esclusiva prerogativa di regnare. In termini generali e con il forte sostegno della Chiesa d'Inghilterra, nei suoi scritti Giacomo I cerca infatti di "re-enchant monarchy"<sup>125</sup>, esprimendo senza mezzi termini un suo pensiero teologico-politico ed escatologico, dal quale viene esclusa ogni possibile sottomissione a istituzioni religiose o clericali di qualsiasi natura<sup>126</sup>. In questo senso, assistiamo con Giacomo I ad un uso marcatamente strumentale dei riferimenti religiosi per "uscire dalla religione"<sup>127</sup> ed emanciparsi dalle istituzioni religiose stesse, consacrando al contempo agli occhi dei sudditi.

Nel tentativo di andare oltre l'esperienza degli Stuart, una nuova teoria dello Stato (anch'essa assai radicale) comincia a svilupparsi e a diffondersi durante questi anni cruciali in Inghilterra. Indubbiamente, il suo più influente e illustre teorico fu Thomas Hobbes. Come Marramao ha notato<sup>128</sup>, se Bodin è colui che concepisce la versione giuridica del concetto di sovranità interna basandosi sull'esempio della monarchia francese, è a Hobbes che dobbiamo l'elaborazione della veste politica del medesimo concetto. Egli è in grado di elaborare una "teoria finzionista"<sup>129</sup> dello Stato, fondata sull'idea del monarca quale rappresentante autorizzato. Scrive Hobbes, "A PERSON, is he, whose words or actions are considered, either as his own, or as representing the words or actions

---

<sup>124</sup> Smuts parla infatti di una "theology of kingship [...] with mystical and sacerdotal meanings" (M. SMUTS, *Political Thought in Early Stuart Britain*, in B. COWARD (ed.), *A Companion to Stuart Britain*, Londra: Blackwell, 2009, pp. 275; 277).

<sup>125</sup> R.G. ASCH, *Sacral Kingship*, p. 50.

<sup>126</sup> Cfr. *ivi*, p. 44. Asch sottolinea come, sebbene muovessero da una comune eredità di matrice medievale, Francia ed Inghilterra proseguirono in direzioni differenti nel corso della seconda parte del XVII secolo. In particolare: "the Bourbon monarchy did, to some extent, incorporate the world view of Counter-Reformation Catholicism into the reconstituted *religion royale* from which it derived much of its newfound strength" (p. 157). Inoltre essa fu capace di supportare l'obbedienza all'autorità secolare attraverso la religione, poiché "Religion supplied an emotional language for loyalty and devotion to the monarchy; it established an emotional regime conducive to obedience" (*ibidem*).

<sup>127</sup> Sull'idea di "uscita dalla religione" cfr. M. GAUCHET, *Le Désenchantement du Monde*.

<sup>128</sup> Cfr. G. MARRAMAIO, *Sovranità: per una storia critica del concetto*, in ID., *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Milano: Bollati e Boringhieri, 2013, pp. 314-315.

<sup>129</sup> In questo senso anche Q. SKINNER, *The Sovereign State: a Genealogy*, in H. KALMO and Q. SKINNER (eds), *Sovereignty in Fragments*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 34-37.

of an other man, or of any other thing to whom they are attributed, whether Truly or by Fiction. When they are considered as his owne, then is he called a *Natural Person*: And when they are considered as representing the words and actions of an other, then is he a *Feigned* or *Artificial person*.[...] A multitude of men, are made One Person, when they are by one man, or one Person, Represented”<sup>130</sup>. È quindi proprio nel suo capolavoro politico, *Leviathan*, che egli esprime e articola sia l’idea del sovrano, quale soggetto autorizzato a parlare e ad agire per conto del suo popolo, sia l’idea dello Stato (o commonwealth)<sup>131</sup> del quale fornisce una “metafora antropomorfa”, come altrettanto metaforiche sono le idee di “Artificial Soul” o “absolute power” che vengono riferiti alla sovranità<sup>132</sup>.

Sotto un profilo ordinamentale, la teoria hobbesiana ha fondamentali conseguenze sul modo di intendere il diritto e sulla sua produzione. In questa sede è di particolare importanza porre l’accento sul contributo di Hobbes nella fondazione di un “monopolio statale della produzione del diritto”<sup>133</sup>, con il conseguente affrancamento dello Stato da fonti normative alternative o differenti, come quelle dei sistemi religiosi. Pur limitando in questi termini l’ambito del “legale” che va a coincidere con la sfera normativa e sovrana dello Stato, Hobbes non sottovaluta il problema politico e il significato della religione. Egli è infatti pienamente consapevole della sua importanza nel mantenimento dell’ordine politico e dell’unità dell’ordinamento giuridico, al punto che proprio nel *Leviathan* la religione e la sua gestione da parte del potere politico<sup>134</sup> non rappresentano affatto un elemento accessorio. Esse sono un elemento fondamentale del suo sistema.

Probabilmente anticipato dal teologo della Sorbona Edmond Richer<sup>135</sup>, Hob-

<sup>130</sup> T. HOBBS, *Leviathan* (1651), Oxford: Oxford University Press, 2008, cap. 16, p. 106; 109.

<sup>131</sup> Come Skinner illustra, “the act of covenanting may thus be said to engender two persons who had no previous existence in the state of nature. One is the artificial person to whom we grant authority to speak and act in our name. The name of this person, as we already know, is the sovereign. The other is the person whom we bring into being when we acquire a single will and voice by way of authorizing a man or assembly to serve as our representative. The name of this further person [...] is the commonwealth or State” (Q. SKINNER, *op. cit.*, pp. 36-37). Egli aggiunge anche che, “Hobbe’s fictional theory [...] is basically intended to furnish a means of judging the legitimacy of the actions that governments undertake”.

<sup>132</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 41.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 42. In termini simili Beaud, il quale parla della “monopolisation du droit positif par l’État” (O. BEAUD, *op. cit.*, p. 197).

<sup>134</sup> Quella che Angoulvent chiama “organisation politique de la croyance” (A.L. ANGOULVENT, *Hobbes ou la crise de l’État baroque*, Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 143).

<sup>135</sup> Edmond Richer (1559-1631) fu particolarmente invisato alla Chiesa di Roma per la sua dottrina relativa al rapporto tra potere secolare (Stato) e potere spirituale (Chiesa di Roma). Tale dottrina poneva l’accento sull’autonomia del potere civile, introducendo l’idea delle “libertà gallicane” (di cui lo Stato era titolare), che avrebbe trovato notevole fortuna nella riflessione successiva.

bes presta particolare attenzione a due profili riguardanti la questione religiosa. Il primo concerne il ruolo stesso della religione. Come spiega Dumouchel, per Hobbes l'elemento religioso è a tal punto dinamico da essere in grado di esercitare una forza destabilizzante all'interno della sfera politica<sup>136</sup>. Il secondo profilo attiene, invece, al rapporto tra l'elemento religioso e quello politico, poiché essi condividono il medesimo obiettivo, ossia "résoudre le problème humain du vivre-ensemble et de la violence"<sup>137</sup>. Quindi non sorprende affatto che Hobbes costruisca un parallelo tra il sovrano ed il pastore nel tentativo di rendere conto del potere assoluto del primo. In altri termini, nella finezza del suo ragionamento vi è la piena comprensione che il problema della religione è prima di tutto politico e non può essere risolto andando semplicemente ad eliminare l'elemento religioso dalla sfera dell'esperienza umana: la fede, a suo modo di vedere, se da un lato è intrinsecamente radicata nella stessa natura umana<sup>138</sup>, dall'altro è garanzia di obbedienza all'autorità secolare, verso la quale viene ad instaurarsi una sorta di "obbligo di natura religiosa". Diversamente dalla dottrina del diritto divino dei re, Hobbes sceglie una fondazione contrattualistica del potere assoluto del monarca, che in un certo senso produce un indietroggiamento delle "frontiere della religione" e del vincolo religioso, richiamando prima di tutto ogni cittadino a dare precedenza al rispetto degli obblighi politici a cui il *pactum subiectionis* vincola.

Con riferimento alla *componente esterna* della sovranità, sono Alberico Gentili<sup>139</sup> e soprattutto Ugo Grozio a fissare il principio dell'effettività nel diritto internazionale<sup>140</sup>. Quest'ultimo, in particolare, sistematizza e riafferma in una pro-

---

<sup>136</sup> Con le parole dell'autore, "le religieux [...] est essentiellement un élément dynamique de transformation sociale. [...] Le religieux constitue pour lui la forme par excellence [...] de ces mouvements inévitables et incontrôlables qui menacent le calme édifice de la politique rationnelle" (P. DUMOUCHEL, *La religion comme problème politique*, in A. Caillé (sous la direction de), *Qu'est-ce que le religieux?*, Paris: La Découverte, 2012, p. 240).

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> In tal senso essa è "une composante inhérente à la nature humaine" (A.L. ANGOULVENT, *op. cit.*, p. 140). Come osserva l'autore, nella filosofia politica hobbesiana la fede sembra operare su due livelli distinti: il primo relativo alle parti contraenti l'accordo sul quale si fonda l'organizzazione politica; il secondo relativo al rapporto tra il sovrano e le suddette parti (cfr. *ivi*, p. 141).

<sup>139</sup> Con riferimento alla rilevanza dell'elemento religioso, Gentili esclude, nella determinazione delle giuste cause di guerra, "che vi sia un diritto di imporre con la forza la predicazione del Vangelo" (T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 43), e pone altresì l'accento sulla preservazione delle esigenze umanitarie nel perdurare del conflitto. Per una riflessione più generale sull'influenza della fede calvinista in relazione alla dottrina internazionalistica di Gentili (italiano e calvinista) cfr. D. LITTLE, *Religion, Peace, and the Origins of Nationalism*, in *Id.*, *op. cit.*, pp. 201-242.

<sup>140</sup> Cfr. H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* (1625), a cura di P.C. Molhuysen, Leiden: A.W. Sijthoff, 1919. Come Zappalà spiega, "[t]raditionally the principle of effectiveness (better known as '*principe d'effectivité*' or principle of '*ex factis jus oritur*') represented a cornerstone of interna-

spettiva più specificamente giuridica la nuova sensibilità maturata negli autori cattolici e protestanti dei secoli precedenti a proposito del concetto di “guerra giusta”<sup>141</sup>. Egli, recuperando l’idea cosmopolitica già delineata da Vitoria, fornisce un contributo nella fondazione autonoma del diritto internazionale, in modo che esso possa prescindere da considerazioni di natura teologica e debba essere inteso, secondo la nota frase groziana, “*etsi Deus non daretur*”. Sciolto quindi da considerazioni di tal sorta, il diritto internazionale viene ancorato al “consenso di tutti o della maggior parte degli Stati”<sup>142</sup>, nel quadro di una comunità internazionale condizionata da pure dinamiche di forza e regolata dalle prese di posizione dei “pesci più grandi” in un mare assai insidioso. Questo è evidente nello stesso *ius ad bellum* che Grozio concepisce in termini alternativi a quelli di Vitoria: non senza una certa paradossalità, se il diritto internazionale può prescindere dall’esistenza di Dio per ritenersi comunque fondato, la violazione del diritto naturale o l’offesa rivolta alla divinità sono cause giustificanti e legittimanti un intervento bellico<sup>143</sup>. In questo modo con Grozio si opera un ulteriore scarto rispetto alla tradizione precedente, poiché ponendo l’accento sulla sicurezza del territorio e delle popolazioni, la pace non è più “sintesi di ordine e giustizia”, bensì mera assenza di guerra<sup>144</sup>.

La sovranità illimitata degli Stati si dispiega così esternamente secondo la ben nota immagine hobbesiana del *bellum omnium contra omnes*: la sovranità esterna e formalmente pari ordinata dei soggetti statali porta all’esercizio di una “libertà selvaggia”, che riproduce “a livello della comunità internazionale, lo stato sregolato di natura che all’interno proprio la sua istituzione aveva negato e superato”<sup>145</sup>. L’affermarsi di dinamiche esterne di pura forza, senza che alcuna

---

tional law. The international legal order, given its lack of centralized structures, could have solid foundations as a legal system only insofar as its impact on reality was strong and concrete; it could not rely on legal constructs devoid of corresponding foundations in practice. When the universal authorities – the Pope and the Emperor – relinquished or lost their prerogatives to establish authoritatively the legality or illegality of all situations, there was no other alternative for the legal system of nations to be put in place (or to continue to exist): it was necessary to rely on the principle whereby the concrete existence of any given situation in the *real world* was to be considered as the strongest sign of its legitimate existence in the *legal world*” (S. ZAPPALÀ, *Can Legality Trump Effectiveness in Today’s International Law?*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 106-107).

<sup>141</sup> Così anche J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 82.

<sup>142</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 39. Ferrajoli precisa, inoltre, la qualifica di “moratoires” (ovvero i più civili) di tali Stati.

<sup>143</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>144</sup> In questi termini cfr. J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 84.

<sup>145</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 43. Con le parole di Hobbes: “the liberty of the commonwealth: which is the same with that, which every man then should have, if there were no civil laws, nor commonwealth at all. And the effects of it also be the same. For as amongst masterless men, there is perpetual war, of every man against his neighbour; no inheritance to transmit to the son, nor to

autorità si erga a garante dei “pesci più piccoli”, segnerà in modo indelebile le vicende della comunità internazionale per i lunghi secoli a seguire.

### 2.5. Una sacralizzazione secolare della sovranità

Böckenförde<sup>146</sup> ha sostenuto la tesi secondo la quale lo Stato moderno rappresenta il risultato del processo di secolarizzazione prodottosi proprio durante il periodo che stiamo considerando. Tuttavia, alla luce delle considerazioni sopra esposte, è importante precisare la portata di questa affermazione. Piuttosto che trattarsi di una piena secolarizzazione dei fondamenti dell'autorità, si assiste ad una peculiare “sacralizzazione del potere politico”, o ad una sua nuova sacralizzazione. In altri termini, si assiste al superamento del richiamo ad una trascendenza religiosa o metafisica da parte dell'autorità e all'affermarsi di una sempre più radicale trascendenza dello stesso politico. Sembra in linea con quest'analisi Gauchet, il quale preferisce non parlare di un processo di laicizzazione del potere, bensì “d'une transfusion de sacralité dans le politique, mais d'une sacralité spécifique, *sui generis*, surgie par fracture d'avec la sacralité clérical et concurremment à elle”<sup>147</sup>.

In una prospettiva storica, le argomentazioni teologico-giuridiche date da Vittoria a sostegno del colonialismo spagnolo vengono abbandonate e superate nel XVII secolo. La missione di evangelizzazione e diffusione del messaggio cristiano, che rappresenta in bonam et in malam partem il collante giustificativo e l'espedito argomentativo ultimo impiegato dal teologo nell'avallare la sovranità esterna spagnola, viene sostituita con la missione di civilizzazione verso i popoli selvaggi delle Americhe. In breve, al diritto-dovere di convertire subentra il diritto-dovere di “civilizzare”, ossia di integrare, omologare, distruggere”<sup>148</sup>. I fondamenti religiosi che in passato radicavano l'esercizio della sovranità statale sono ancora ben presenti, ma devono ormai leggersi in un disegno più ampio, nel quale essi rappresentano una componente del “Modello” occidentale ed eu-

---

expect from the father; no propriety of goods, or lands; no security; but a full and absolute liberty in every particular man: so in States, and commonwealths not dependent on one another, every commonwealth, (not every man) has an absolute liberty, to do what it shall judge (that is to say, what that man, or assembly that representeth it, shall judge) most conducing to their benefit” (T. Hobbes, *Leviathan*, capitolo XXI, p. 266). In termini non dissimili, come rileva anche Ferrajoli, Locke, per il quale “That since all Princes and Rulers of Independent Government all through the World, are in a state of nature, 'tis plain the World never was, nor ever will be, without Numbers of Men in that State” (J. LOCKE, *Two Treatises of Government. Second Treatise* (1690), Cambridge: Cambridge University Press, 1988, ch. II, §14, p. 276).

<sup>146</sup> Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di M. Carpitella, G. Preterossi, Roma-Bari: Laterza, 2007.

<sup>147</sup> M. GAUCHET, *Le tournant de l'égalité*, in ID., *Le désenchantement du monde*, p. 310.

<sup>148</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 45.

ropeo di civilizzazione, inteso nella sua superiorità ed esclusività<sup>149</sup>. Parallelamente, si assiste anche all'impiego del concetto di "stato di natura" per descrivere la condizione non potenziale, bensì effettiva dei destinatari dell'opera di civilizzazione europea. Hobbes sintetizza questa prospettiva, quando afferma che "there are many places, where they live so now. For the savage people in many places of America (except the government of small families, the concord whereof dependeth on natural lust) have no government at all; and live at this day in that brutish manner, as I said before"<sup>150</sup>. Tuttavia, alcuni decenni prima della svolta hobbesiana, il cambiamento in termini non religiosi o secolari del concetto di sovranità trova nell'"assolutismo laico"<sup>151</sup> di Montaigne un'efficace formulazione.

Montaigne intuisce l'importanza di una fondazione autonoma della politica e della legittimazione del potere prima di Hobbes<sup>152</sup>, collegandola alla mera effettività dell'organizzazione statale. Tale fondazione autonoma sta ad indicare un affrancamento dell'esistenza e dell'esercizio stesso dell'autorità da fondamenti metafisici o religiosi (intesi almeno in chiave escatologica per i primi, ed istituzionale per i secondi). Da ciò discende un accostamento sorprendentemente positivistico al diritto che si percepisce nei suoi stessi testi: "Les Lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont Loix. C'est le fondement de leur autorité, elles n'en ont point d'autres"<sup>153</sup>. Con queste pa-

<sup>149</sup> In questo senso, è bene ricordare come Ferrajoli ricollegli il paradigma identitario europeo alla creazione di una radicata cultura della superiorità a base razziale, che ha supportato le mire espansionistiche e colonialistiche europee, nonché l'esportazione del "modello istituzionale" dello Stato moderno a base sovrana.

<sup>150</sup> Hobbes altresì precisa: "Howsoever, it may be perceived what manner of life there would be, where there were no common power to fear; by the manner of life, which men that have formerly lived under a peaceful government, use to degenerate into, in a civil war" (T. HOBBS, *Leviathan*, cap. 13, p. 85).

<sup>151</sup> D. QUAGLIONI, *op. cit.*, p. 75. Per l'interpretazione in questi termini della teoria di Montaigne rimando proprio alle sue pagine.

<sup>152</sup> Vi è un autore che si inserisce cronologicamente tra Montaigne e Hobbes e che merita certamente adeguata attenzione per la sua originalità: Johannes Althusius. Sebbene esuli dall'impostazione di questa ricerca un approfondimento specifico a suo riguardo, è almeno il caso di ricordare come questo giurista tedesco abbia teorizzato una particolare concezione della sovranità popolare (inalienabile e non trasferibile) e si sia fatto portatore di un modello di organizzazione politica alternativo a quello assolutista che avrebbe poi preso il sopravvento. Sul punto, un riferimento classico è O. von GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880), tr. it., *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino: Einaudi, 1974. Sul contributo teorico-politico di Althusius cfr. L. CALDERINI, *La "Politica" di Althusius: tra rappresentanza e diritto di resistenza*, Milano: Franco Angeli, 1995. Recente e di grande interesse anche per l'analisi proposta in tema di libertà di coscienza e di religione: L. BIANCHIN, *Diritto, teologia e politica nella prima età moderna: Johannes Althusius (1563-1638)*, Foligno: il Formichiere, 2017.

<sup>153</sup> M. DE MONTAIGNE, *Les Essais. Texte du manuscrit de Bordeaux*, Paris: Louis Connard,

role, Montaigne esprime in termini profondamente moderni la sua prospettiva sul diritto, ancorandolo a criteri di tipo procedurale, ossia collegandolo all'autorità che l'ha prodotto e disancorandolo dalle valutazioni in termini di giustizia del suo contenuto. Questo approccio alla legge e al potere che potremmo definire "scettico" (come è scettico in senso più ampio l'approccio all'esistenza e alla filosofia stessa fatto proprio da Montaigne) gioca un ruolo non secondario nello sviluppo dell'accostamento giuspositivistico<sup>154</sup> che nella legge quale espressione di un potere secolare e sovrano troverà il suo baricentro.

In una prospettiva complementare, durante il Diciassettesimo Secolo tale processo di crescente auto-fondazione della sovranità genera due opposte dinamiche con riferimento al concetto di "stato di natura"<sup>155</sup>: da un lato la sua "negazione interna", dall'altro la sua "affermazione esterna". Con riferimento alla prima, l'organizzazione politica europea dello Stato sovrano viene letta in opposizione allo stato pre-giuridico nel quale vivevano le popolazioni del Nuovo Mondo. Con riferimento alla seconda, la società "selvaggia ma artificiale"<sup>156</sup> degli Stati europei diviene il risultato ultimo dell'assolutizzazione e della nuova sacralizzazione di soggetti di diritto internazionale, che avrebbero regolato i propri rapporti e risolto le proprie controversie sulla base di rapporti di forza.

In conclusione, se si vuole proporre una lettura in termini di "laicizzazione" o "secolarizzazione" del potere e del diritto, si devono altresì tenere presenti alcuni passaggi cruciali che abbiamo avuto modo di descrivere sopra. In termini generali, infatti, le Riforme religiose del secolo XVI segnano la fine dell'unità cristiana in Europa, generando una riconfigurazione del ruolo e dell'importanza dell'elemento religioso anche a livello politico e giuridico. Se le Riforme forniscono per molti versi la base dell'obbedienza dei soggetti agli obblighi giuridici sovrani a base territoriale, esse rappresentano altresì un elemento di forte insta-

---

1927, libro III, capitolo 13, p. 312. E commenta in modo pungente: "Qui bien leur sert. Elles sont souvent faites par des sots, plus souvent par des gens qui, en haine d'égalité, ont faite d'équité, mai toujours par des hommes, auteurs vains et irrésolus" (p. 313: traducendo "Ed è una buona cosa per loro. Sono in genere fatte da persone non sane di mente, più frequentemente da persone che, nel loro disprezzo per l'uguaglianza, sono carenti quanto ad equità; ma sempre sono prodotto di uomini, autori vani e irrisolti"). Sul concetto di legge e giustizia in Montaigne cfr. A. TOURNON, *Justice and the Law: on the Reverse Side of the Essays*, in U. LANGER (ed.), *The Cambridge Companion to Montaigne*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 96-117.

<sup>154</sup> Nonostante queste intuizioni, Quagliani osserva che il positivismo giuridico di Montaigne non era certo libero da "venature" teologiche o da riferimenti extra-legali. In generale, però, il positivismo giuridico non è mai scevro da elementi che sono, più o meno consapevolmente, di natura extra-giuridica e in particolare valoriale. La scelta di separare il diritto dalla morale, come avrà modo di affermare Scarpelli nella seconda metà del secolo scorso, è essa stessa di natura morale. Per uno sguardo di grande respiro cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

<sup>155</sup> Tali dinamiche contrastanti vengono segnalate da FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

bilità politica e di divisione. Di conseguenza, in un'operazione al contempo di rafforzamento e di posizionamento, i nascenti poteri statali hanno saputo trovare nello sviluppo delle teorie della sovranità assoluta esterna ed interna la risposta più efficace per ribaltare il ruolo che la religione aveva assunto nei periodi precedenti. In questo senso, "l'État au-dessus de la religion" è la soluzione originale che l'assolutismo regio trovò appoggiandosi sul concetto di sovranità<sup>157</sup>. Il risultato di questo doppio processo di eliminazione dei limiti del potere attraverso la sacralizzazione del suo carattere sovrano produrrà il primo modello in senso pienamente normativo di sovranità: il modello Vestfaliano. In esso, l'unità del mondo cristiano si trasferisce e si parcellizza in singole entità territoriali statali in competizione l'una con l'altra<sup>158</sup>.

### 3. Il modello vestfaliano e la sua radicalizzazione

La Pace di Vestfalia è tradizionalmente considerata come lo spartiacque di una nuova era: con essa sarebbe cominciato il sistema degli Stati moderni in una dimensione ancora oggi riconoscibile. Questa, come alcune volte accade, è una visione piuttosto semplicistica, seppure ben radicata e diffusa, di un fenomeno assai più complesso. Come eminenti storici, internazionalisti e studiosi di relazioni internazionali<sup>159</sup> hanno mostrato, i trattati di Osnabrück e Münster non rappresentano la nascita dello Stato moderno. Essi, come abbiamo avuto modo di anticipare sopra con specifico riferimento alla Riforma luterana, sono l'esito di un processo cominciato ben prima e consolidatosi successivamente al 1648.

---

<sup>157</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, p. 362, il quale parla proprio dell'assolutismo regio quale "solution, grâce à une formule politico-religieuse originale" (ossia l'idea dello Stato che si colloca al di sopra delle religioni). Nella sua ricostruzione, la sovranità diventa "le levier religieux et métaphysique de la sortie de la religion, levier projeté par l'enchaînement des circonstances à l'intérieur même des royaumes et définitivement incarné dans un système d'institutions" (*ivi*, p. 297).

<sup>158</sup> Sul contributo della religione nella costruzione del concetto politico di 'Nazione' cfr. A. HASTINGS, *The Construction of Nationhood. Ethnicity, Religion and Nationalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997. In particolare, si veda il capitolo 8, nel quale l'autore suggerisce un'interessante ricostruzione comparativa del concetto di "nationhood" con riferimento al Cristianesimo, all'Ebraismo e all'Islam. Per quanto attiene il primo, egli sostiene che "[n]ationalism owes much to religion, to Christianity in particular. Nations developed [...] out of a typical medieval and early modern experience of the multiplication of vernacular literatures and of state systems around them, a multiplication largely dependent upon the church, its scriptures and its clergy" (p. 205).

<sup>159</sup> Tra i diversi studi sull'origine dello Stato moderno, si segnala J.R. STRAYER, *On the Medieval Origins of the Modern State*, New York: Princeton University Press, 1970; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna: Il Mulino, 2007; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione – Dallo Stato moderno all'Europa unita*, op. cit.

Vestfalia, quale espressione giuridica di un nuovo ordine politico (il sistema europeo degli Stati sovrani), emerge come idea “in the period prior to the alleged birthday, and acquires canonical status in discourse only centuries afterwards”<sup>160</sup>, come sottolinea Aalberts. Ecco perché tale Pace dovrebbe essere considerata più in termini di sviluppo che non di rottura radicale rispetto al passato<sup>161</sup>. Questo è anche il motivo per il quale parlare di un modello o di un paradigma vestfaliano è solo parzialmente appropriato, se esso viene riferito in termini costitutivi unicamente ai trattati. Allo stesso tempo, non vi è alcun dubbio che Vestfalia rappresenti ancor oggi una pietra miliare da un punto di vista normativo: con essa viene fissato e positivizzato il concetto moderno di sovranità tra soggetti di diritto internazionale. Com'è noto, infatti, i maggiori Paesi europei erano stati coinvolti nella guerra dei Trent'anni dal 1618 sulla base di ragioni religiose, ossia del conflitto tra Cattolici e Protestanti<sup>162</sup>, degenerato nell'esasperato tentativo di costruire una situazione di predominio politico e militare a favore dell'una o dell'altra parte. Al termine di questo lungo e sanguinoso periodo, la pace firmata nel 1648 cristallizza a livello internazionale un principio già fissato ad Augsburg nel 1555, un principio di gestione dell'elemento religioso all'interno di ciascun territorio sovrano: *cuius regio, eius religio*. È forse la determinazione di questa regola (soprattutto) di natura procedurale che segna l'abbandono definitivo del sistema medievale di commistione di poteri sovrapposti e concentrici di origini differenti, e l'affermarsi di una nozione moderna di autorità secolare e territoriale, distinta e superiore, ma tutt'altro che indifferente o equidistante rispetto alle autorità o istituzioni religiose.

Con specifico riferimento alla rilevanza del fattore religioso, Vestfalia produce alcune conseguenze degne di nota e di particolare attenzione. In primo luogo, come Cassese<sup>163</sup> ha spiegato, essa riconosce l'importanza del Protestantesimo a livello europeo e la sua portata a livello politico. In altri termini, l'appartenenza alla fede cattolica romana non viene più considerata come la “precondizione di legittimità” per un governo che eserciti la sua autorità su una comunità politica. Tale equiparazione di legittimità politica tra stati appartenenti al multiforme universo protestante e Stati cattolici, se da un lato porterà al superamento

---

<sup>160</sup> T.E. AALBERTS, *Constructing Sovereignty between Politics and Law*, Londra: Routledge, 2012, p. 12.

<sup>161</sup> Proprio in questi termini Aalberts, secondo la quale occorrerebbe guardare alla Pace di Vestfalia “in terms of continuities or at least as part of an evolution rather than the revolutionary change that its myth makes claims to” (*ibidem*).

<sup>162</sup> Come osserva MacCulloch, “al cuore della guerra scoppiata nel 1618, infatti, c'erano la religione, il fanatismo e l'odio religioso, ragion per cui entrambe le parti erano convinte di riuscire a eliminare chi adottava un modo diverso di vedere il messaggio cristiano” (D. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 624).

<sup>163</sup> Cfr. A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 36.

della contrapposizione tra vera e falsa “religione”<sup>164</sup> come base dei conflitti, dall’altro condurrà ad un nuovo e forse ancor più radicale contrasto<sup>165</sup>. Fondata sulle pretese sovrane di entità che proprio a partire dalla spaccatura protestante progressivamente si risacralizzeranno<sup>166</sup>, come abbiamo avuto modo di descrivere sopra, l’età delle “guerre sovrane”<sup>167</sup> segna un nuovo capitolo nella storia del concetto di sovranità, ancorando il suo significato al perseguimento di aspirazioni assolutiste ed espansionistiche.

In secondo luogo, al riconoscimento del principio fissato nel 1555<sup>168</sup>, segue anche il diritto di praticare liberamente la propria religione (limitatamente alla fede cristiana) per i soggetti che si trovavano in Stati con una differente fede ufficiale. Forse, proprio nella tensione che si viene a creare tra la libertà di praticare un culto non stabilito ufficialmente e la stessa idea di religione ufficiale<sup>169</sup> del sovrano quale religione del territorio, si sviluppa con gradualità la pratica della tolleranza delle differenze religiose, da un lato come strumento di convivenza il più possibile pacifica fra gruppi che sino a pochi anni prima cercavano di annientarsi, dall’altro come dispositivo che consente la coesistenza di valori che non si escludono reciprocamente<sup>170</sup>.

In terzo luogo, il riconoscimento di una ben definita sovranità territoriale su una popolazione implica anche due priorità precise: difendere l’integrità e l’unità territoriale e garantire l’autodeterminazione di ciascuno Stato sovrano. Ciò comporta, com’è prevedibile, non soltanto un dovere di non intromissione negli

<sup>164</sup> Sull’utilizzo del concetto stesso di “religione”, osserva Greengrass che “[i] riformatori protestanti adottarono il termine per affinare la distinzione tra la ‘vera’ religione dei cristiani e la ‘falsa’ religione dei loro oppositori. [...] I cattolici, invece, continuavano a vedere una sola fede, mentre gli altri erano ‘eretici’ e ‘scismatici’” (M. GREENGRASS, *op. cit.*, p. 433).

<sup>165</sup> Cfr. J.T. JOHNSON *op. cit.*, p. 89.

<sup>166</sup> È interessante come Gauchet sintetizzi la Riforma protestante, descrivendola come “une exaltation des droits de la conscience allant de pair avec la sacralisation des pouvoirs en place” (M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*. Paris: Gallimard, 1985, 259).

<sup>167</sup> Questa è anche l’espressione suggerita da J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 89.

<sup>168</sup> È solo il caso di ricordare il ripudio di quanto stabilito a Vestfalia da parte della Chiesa Cattolica ufficiale. Come Janis ricorda, “Pope Innocent X judged Westphalia ‘null, void, invalid, iniquitous, unjust, damnable, reprobate, inane, and devoid of all meaning of time’” (M.W. JANIS, *The Shadow of Westphalia: Majoritarian Religions and Strasbourg Law*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 4, 1, 2015, p. 77).

<sup>169</sup> In questo senso, Johnson spiega tale tensione affermando che “religious establishment, by its nature, involves the temporal government in the matter of religious belief and practice, while the protection of freedom of religion makes such belief and practice ultimately a matter of individual preference and choice” (J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 91).

<sup>170</sup> Kelsen declina in termini modernamente relativistici il concetto di tolleranza, la quale “presuppone la relatività della verità sostenuta o del valore postulato, e tale relatività implica che la verità o il valore opposto non siano interamente esclusi” (H. KELSEN, *Democrazia e religione*, p. 321).

affari interni di una specifica comunità politica<sup>171</sup>, ma altresì l'impossibilità di giustificare ingerenze volte alla difesa di pretese veritative a base religiosa. Lo stesso lento e faticoso sviluppo di pratiche di tolleranza religiosa equivale, strategicamente, anche a privare di fondamento qualsiasi intervento esterno giustificato dalla chiamata in difesa di una minoranza religiosa oppressa<sup>172</sup>.

I trattati del 1648, coerentemente con quanto esposto sopra, configurano un sistema giuridico internazionale basato grossomodo su tre assunti fondamentali<sup>173</sup>: una generica proibizione dell'impiego della forza militare nelle relazioni reciproche tra soggetti sovrani; il divieto dell'autodifesa individuale, che diviene legittima soltanto dopo un lungo periodo; il dovere di tutti gli altri Stati di intervenire in difesa dello Stato attaccato ingiustamente. È quasi inutile precisare che un tale schema rimase lettera morta per ragioni facilmente immaginabili. Nel fissare la sovranità statale nelle sue due componenti<sup>174</sup>, tanto in quella interna (come autorità apicale ed esclusiva in un certo territorio) quanto in quella esterna (derivante dall'assenza di un'autorità superiore a livello internazionale<sup>175</sup>), si viene prevedibilmente a produrre un appiattimento delle dinamiche tra soggetti sovrani in meri termini di forza e senza restrizione alcuna. A prescindere dalle comuni radici cristiane che garantivano un orizzonte d'immediata comprensibilità nelle relazioni tra Stati, il diritto legittimo e "consacra" il mero esercizio della forza, con tutto ciò che esso avrebbe comportato<sup>176</sup>.

La formulazione più estrema di questa logica è espressa nel periodo successivo da Vattel<sup>177</sup>. Nel sistema di diritto internazionale che lui delinea nel suo *Le*

<sup>171</sup> In questi termini cfr. J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 93.

<sup>172</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>173</sup> Per questa tripla articolazione si veda A. CASSESE, *op. cit.*, p. 43.

<sup>174</sup> Risulta utile ricordare quanto afferma Hinsley, secondo il quale esse sono "the inward and outward expressions, the obverse and reverse sides of the same idea" (F.H. HINSLEY, *Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 158). Tra esse esisterebbe, inoltre, un'implicazione logica: "the idea that there is a sovereign authority within the community carries with it— at least it leads to— the idea that this authority is one among others authorities ruling in other communities in the same sovereign way".

<sup>175</sup> In questo senso cfr. T.E. AALBERTS, *op. cit.*, p. 14.

<sup>176</sup> Con le parole di Casseese, "[I]aw endorsed and consecrated force, inequality, and hegemony" (A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, p. 55).

<sup>177</sup> Si veda in particolare il suo *Le Droit des gens* (1758), II libro, capitolo 16. Per una recente analisi cfr. V. CHETAIL, P. HAGGENMACHER (eds), *Vattel's International Law from a XXIst Century Perspective/ Le Droit International de Vattel vu du XXI<sup>e</sup> Siècle*, Brill: Boston, 2011. Per un'analisi dell'uso linguistico del concetto di sovranità in Vattel e Bodin cfr. S. BEAULAC, *The Power of Language in the Making of International Law: the Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. Per un approfondimento filosofico-giuridico e filosofico-politico cfr. F. MANCUSO, *Diritto, Stato, Sovranità. Il pensiero politico-giuridico di Emer De Vattel tra assolutismo e rivoluzione*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

*droit des gens*, tutti gli Stati sono uguali di fronte al diritto internazionale, ma ogni Stato ha il diritto ad agire nel modo che ritiene conforme alla sua idea di ciò che sia giusto e, soprattutto, di fare tutto ciò che si ritiene necessario (con un conseguente *ius ad bellum* senza restrizioni) per garantire l'integrità propria e della propria popolazione<sup>178</sup>. Di conseguenza, si pongono le premesse perché ogni Stato sia arbitrariamente competente nel decidere se e in quali termini muovere guerra ad altri Stati: le sue determinazioni sovrane non incontrano limiti in un'idea superiore, vincolante e religiosamente uniforme di giustizia<sup>179</sup>.

Se considerato in una prospettiva diacronica, il modello vestfaliano di sovranità incontra un differente sviluppo nella sua dimensione interna ed esterna, come condivisibilmente suggerisce Ferrajoli. Sulla riconfigurazione della componente interna influisce in modo determinante l'esperienza rivoluzionaria francese con la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen del 1789, nonché l'ondata di costituzionalismo post-rivoluzionario a cui si assiste nei diversi contesti nazionali. Tale processo di affermazione di "soggetti a sovranità limitata"<sup>180</sup>, idea fondante lo stesso concetto di stato di diritto improntato al principio di legalità, non lascia indenni le religioni, il cui statuto e ruolo nel mutato assetto politico diventa materia assai delicata da affrontare. In tal senso vi è un'esperienza degna di nota, la quale rivela in modo paradigmatico una tendenza all'assorbimento mimetico dell'elemento religioso all'interno di un'organizzazione statale improntata a nuovi principi e nuove regole. Il riferimento è al contesto francese e in particolare alla Costituzione civile del clero del 1790, in pieno clima rivoluzionario. Prima di ricostruirne i tratti caratterizzanti, credo sia importante fare un passo indietro al fine di comprendere quanto radicato e *sui generis* fosse il modo d'intendere il rapporto tra Stato e Chiesa già nell'*ancien régime*.

Con il termine "gallicanismo" si è soliti indicare questa singolarità spiccatamente francese relativa al modo di concepire il rapporto tra lo Stato e la Chiesa. Jemolo individua due caratteristiche specifiche di questo perdurante "stato d'animo delle classi dirigenti francesi": da un lato il desiderio di matrice nazionalistica di "costituire un corpo separato nell'universalità cristiana"; dall'altro l'intenzione di porre in essere "una strettissima compenetrazione della Chiesa nello

<sup>178</sup> In questi termini cfr. J.T. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 96-99. L'autore si spinge fino a proporre di chiamare il sistema vestfaliano con l'espressione "the Vattel system".

<sup>179</sup> Al di là della possibilità di assumere decisioni di guerra senza alcuna limitazione quali espressione di una forte sovranità nazionale, Vattel fornì anche un contributo di rilievo nell'elaborazione del concetto di "sovranità costituzionale" che verrà successivamente formulato e formalizzato da Sieyès. Beaud illustra questo profilo: "Dans son oeuvre majeure, *Le Droit des gens*, Vattel donnait une définition classique de la constitution comme l'équivalent de la *politeia*: [...] il exprime la signification juridique et moderne de la constitution, lorsqu'il distingue clairement le constituant qui fait les lois fondamentales et le pouvoir législatif qui fait les lois non fondamentales" (O. BEAUD, *op. cit.*, p. 206).

<sup>180</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 47

Stato”<sup>181</sup>. Il gallicanismo trova la sua più compiuta espressione nell’approvazione della *Déclaration des Quatre Articles*, votata il 19 marzo 1682, la quale rappresenta una sorta di atto fondativo della Chiesa di Francia<sup>182</sup>. In sintesi, tale dichiarazione afferma sia l’indipendenza temporale del Re dall’autorità pontificia (il quale si riserva la prerogativa di convocare concili e sinodi), sia la limitazione delle prerogative spirituali di quest’ultima con riferimento all’*ecclesia gallicana*. Più che una separazione tra potere politico e potere religioso<sup>183</sup>, però, si tratta, come rileva Portier, di una alleanza ancorata alla sottoscrizione del medesimo “principe d’hétéronomie”, ad una profonda comunanza di pensiero<sup>184</sup>. Tale articolazione, prima d’allora mai sperimentata del rapporto tra Stato e Chiesa, è una delle espressioni più emblematiche del modello francese della sovranità assoluta del monarca; una sovranità che si esprime non tanto nel controllo della religione, come avveniva nei contesti protestanti, bensì nella creazione di un modello di Chiesa consostanziale alla natura stessa del proprio potere politico illimitato e divinamente istituito<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> A.C. JEMOLO, *Gallicanismo*, in *Enciclopedia italiana*, Torino: Treccani, 1932, [http://www.treccani.it/enciclopedia/gallicanismo\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/gallicanismo_%28Enciclopedia-Italiana%29/).

<sup>182</sup> La creazione della “Chiesa gallicana” non fu accolta con sentimento ostile o con una mobilitazione indignata da parte del clero francese: al contrario, essa suscitò “*empathie du haut et du bas clergé pour cette doctrine*” (F. MESSNER, P.H. PRÉLOT, J.M. WOEHRLING (sous la direction de), *Traité de droit français des religions*, Parigi: LexisNexis, 2013, p. 184), autonomizzando il contesto francese dalle pesanti spinte centripete della Chiesa di Roma.

<sup>183</sup> Si chiede Rémi Brague: “L’Église et l’État sont-ils séparés ? [...] L’Église et l’État n’ont jamais été séparés, parce qu’ils n’ont jamais été unis” (R. BRAGUE, *op. cit.*, p. 146).

<sup>184</sup> P. PORTIER, *L’État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2016, p. 24.

<sup>185</sup> Questa attitudine francesizzante si conserverà anche successivamente al periodo rivoluzionario e, in particolare, con l’avvento di Napoleone. Non si tratta, però, della medesima forma di gallicanismo: come suggerisce Portier, con Napoleone si ha una nuova forma di Gallicanismo, ancorato al concetto di Stato-Nazione e al “riconoscimento del pluralismo religioso”, che riabilita per molti versi sia i protestanti sia gli ebrei. Con Napoleone, come segnala Petit, alla Chiesa francese viene assegnata la missione di fungere da “*administration centralisée et unitaire, ordonnée au sein de la souveraineté politique, enchâssée en elle*” (V. PETIT, *Religion du souverain, souverain de la religion: l’invention de Saint Napoleon*, in *Revue Historique*, 3, 2012, p. 644). La stretta funzionalità della religione allo Stato non si traduce solo in termini amministrativi, bensì si traduce in una sacralizzazione di ritorno del potere imperiale. In questo senso, si dovrebbe leggere la creazione per decreto apostolico della festa di S. Napoleone, per festeggiare il compleanno dell’imperatore, il 15 agosto, giorno della festa cattolica dell’Assunzione. Con espressione assai efficace, si tratta di una “*fête de souveraineté*”, come la chiama Corbin (cfr. A. CORBIN, *La fête de souveraineté*, cit. in V. Petit alla nota 15, p. 646), fortemente voluta da esponenti di spicco come Portalis e ripresa successivamente come festa nazionale durante il Secondo Impero. Questa agiografia sovrana e nazionale, che crea un culto religiosamente connotato del detentore del potere politico, ha una certa assonanza con la divinizzazione dell’autorità imperiale romana e l’impiego dell’elemento religioso e culturale in termini organici rispetto all’esercizio stesso del potere. Non sorprende, quindi, che questa “*mobilisation de la religion au service de l’État*” (V. PETIT, *op. cit.*, p. 654)

Tenendo presenti i tratti caratterizzanti tale radicata peculiarità del contesto francese pre-rivoluzionario, veniamo alla *Constitution civile du clergé* del 12 luglio 1790. Se in termini generali la questione religiosa era tutt'altro che secondaria nello sviluppo del costituzionalismo di fine Settecento, in Francia, in particolare, come ha avuto modo di ricordare Prélot, la stessa affermazione della sovranità nazionale pone inevitabilmente la questione religiosa<sup>186</sup>. In questo processo di auto-fondazione umana del potere degli uomini sugli uomini, l'introduzione dell'idea di cittadinanza gioca un ruolo determinante. Questa "qualité nouvelle" degli uomini non viene ancorata ad alcuna appartenenza religiosa, con la conseguenza che ciascun individuo è definito sulla base della sua cittadinanza francese; ed in quanto cittadino francese, ogni individuo è legato all'esclusiva obbedienza del diritto positivo statale. Se da un lato questo nuovo atteggiamento verso l'appartenenza religiosa riabilita ebrei e protestanti dalla precedente condizione di sfavore creata dal gallicanismo dell'*ancien régime*, dall'altro cambia radicalmente il ruolo della religione: da "marqueur d'identité ou de statut des personnes"<sup>187</sup>, essa diventa un ambito di espressione della libertà o delle convinzioni personali di ciascuno. In questo rinnovato clima, va collocata la *Constitution civile du clergé*, che rappresenta esemplarmente il modo in cui la religione diventa o può concorrere a diventare il dispositivo per la "construction idéologique de la nation"<sup>188</sup>. Sono due i principi in base ai quali questo documento si modella: il "principio di razionalizzazione" e il "principio di nazionalizzazione"<sup>189</sup>. Con riferimento al primo, essa si sostanzia nella strutturazione delle diocesi collegata a quella dei dipartimenti e in un'omogeneizzazione della struttura ecclesiale su tutto il territorio nazionale, senza mancare di considerare anche aspetti relativi alla loro gestione pratica ed economica. In particolare, tale documento prevedeva una procedura ben precisa per l'elezione dei membri del clero nazionale da parte di tutti i cittadini della Nazione francese di qualsiasi

---

cambi ulteriormente i termini del gallicanismo napoleonico, portandolo da una "alleanza" non simmetrica propria dell'*ancien régime*, ad una subordinazione schiacciante della Chiesa rispetto agli scopi dello Stato.

<sup>186</sup> Come spiega Prélot, "c'est l'affirmation de la souveraineté de la nation qui conduit à poser immédiatement la question religieuse, et particulièrement celle catholique, dans le nouvel État où le pouvoir ne vient plus de Dieu par le roi, mais des hommes eux-mêmes" (P.H. PRELOT, *La religion dans les constitutions françaises. De la Constitution civile du clergé à la laïcité constitutionnelle (1789-1958)*, in S. AKGÖNÜL (sous la direction de), *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 81). Vorrei ringraziare in modo particolare Pierre-Henri Prélot per aver portato alla mia attenzione la presente questione e per gli scambi che abbiamo avuto sull'argomento a Como.

<sup>187</sup> *Ivi*, p. 84. Come osserva Prélot, "en France, citoyenneté et libre détermination individuelle en matière religieuse sont intimement liées depuis l'origine" (p. 85).

<sup>188</sup> *Ivi*, p. 87.

<sup>189</sup> La distinzione di questi due principi è proposta da P. PORTIER, *op. cit.*, p. 37 e ss.

appartenenza religiosa<sup>190</sup>, senza il minimo coinvolgimento dell'autorità pontificia. Veniva altresì disciplinato il trattamento economico da destinare al clero, nel quadro della più ampia opera di nazionalizzazione dei possedimenti della Chiesa. Con riferimento al secondo principio, com'è piuttosto intuitivo, la Costituzione civile rende completamente autonoma da Roma la Chiesa Francese<sup>191</sup>. È forse in questo senso che alcuni hanno visto nelle Costituzioni la massima e più radicale espressione del gallicanismo francese, che così viene portato alle sue estreme conseguenze<sup>192</sup>. Tuttavia, sebbene in linea con il processo rivoluzionario, la Costituzione civile del clero rimane un progetto di difficile realizzabilità e una soluzione poco adeguata rispetto al problema della religione, e viene perciò abbandonata. Infatti, l'incorporazione del clero nel "corpo sovrano" della nazione e la creazione di una sorta di Chiesa nazionale avrebbe creato forti fratture<sup>193</sup> nel cuore stesso della comunità. Il suo carattere utopistico e la sua radicalità ci sono però di grande aiuto nel mettere in evidenza quanto cruciale fosse il problema dello status normativo della religione e delle religioni all'interno dell'architettura costituzionale delle nazioni sovrane.

In termini generali, con la fine dell'Assolutismo, l'idea di sovranità interna cambia configurazione con riferimento ai suoi presupposti fondativi, ma non cambia certo intensità quanto alla sua perentoria affermazione. Ed è proprio nel dibattito filosofico tedesco e francese che le idee di "sovranità nazionale" e di "sovranità popolare" danno vigore e ancor maggior radicalità alle rivendicazioni sovrane proprie dello Stato. In particolare, il *Tournant rousseauiste*<sup>194</sup> con l'ela-

---

<sup>190</sup> Come precisa Prélot, "la Constitution civile du clergé fait des curés (et des évêques) les élus de la nation" (*ivi*, p. 89).

<sup>191</sup> Cfr. P. PORTIER, *op. cit.*, p. 37.

<sup>192</sup> In tal senso cfr. C. MAIRE, *Gallicanisme et sécularisation au siècle des lumières*, in *Droits*, 2, 58, 2013, pp. 133-166. In particolare, "Cette réforme administrative, véritable fusion organique entre l'Église et l'État est sans doute la tentative la plus complète et la plus radicale de réduire l'écart tant redouté entre les deux puissances. C'est sa dimension la plus profonde, au-delà de la nationalisation des biens du clergé" (p. 166).

<sup>193</sup> Come scrive Prélot, essa avrebbe soprattutto prodotto "une fracture profonde et irrémédiable entre clergé assermenté et clergé réfractaire" (P.H. PRELOT, *op. cit.*, p. 95).

<sup>194</sup> Cfr. Y.C. ZARCA, *Le tournant rousseauiste ou la réinvention de la souveraineté du peuple*, in G.M. CAZZANIGA, Y.C. ZARCA (sous la direction de), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Pisa-Paris: ETS-Librairie Vrin, 2001, vol 1, pp. 287-302 citato in D. QUAGLIONI, *La sovranità*, p. 85. In particolare, come Marramao osserva, se Bodin fornì la prima versione della sovranità assoluta interna da un punto di vista giuridico, e Hobbes ne elaborò la versione politica, è possibile sostenere che Rousseau diede un contributo fondamentale nel configurare una "versione etica" della sovranità. Nel suo pensiero, "lo Stato non è soltanto un ente collettivo, ma anche un 'ente morale'" (G. MARRAMAIO, *Sovranità*, p. 316). Egli elabora anche la distinzione tra *titularité du pouvoir*, che appartiene al popolo, e *exercice du pouvoir*, che appartiene al governo. Quindi, in questo dualismo Stato-governo, la sovranità rimane indivisibile, mentre il governo può essere divisibile perché "il n'y a point de Gouvernement simple" (J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), Paris: Gallimard, 1964, III, cap. 7, p. 235).

borazione dell'idea di *volonté générale*<sup>195</sup> e il concetto hegeliano di “stato etico” (come “realtà dell'Idea etica”<sup>196</sup>) rafforzano potentemente il dispositivo della sovranità interna, portando alla maturazione di una “visione organicistica” sulla società<sup>197</sup> (ossia, l'individuo è a tal punto “consostanziale” allo Stato da non avere autonoma esistenza al di fuori di esso<sup>198</sup>). In tale processo, concepire lo Stato in termini personificanti rappresenta un passaggio senza dubbio cruciale. Nel rielaborare la metafora antropomorfa di Hobbes della “Person Artificial” attraverso un processo di naturalizzazione dello Stato quale “persona reale”, si dà infatti vita ad “una metafisica statalistica di stampo idealistico e autoritario”<sup>199</sup> che sarà alla base dell'esaltazione del concetto di identità nazionale e di unificazione nazionale. In tale impianto, la sovranità viene sempre più a configurarsi quale attributo originale, naturale e necessario dello Stato<sup>200</sup>.

Con specifico riferimento al contesto francese, Rousseau è capace di sviluppare una terza e peculiare teoria politica a base contrattualistica, distinta sia da quella hobbesiana strutturata sul concetto di sottomissione degli individui al potere del monarca sovrano, sia da quella lockiana improntata sul concetto privatistico di *trust*<sup>201</sup>. L'“alchimia” della sua *volonté générale* include il riferimento trascendente al concetto hobbesiano di sovrano (sostituendo la libertà con la

<sup>195</sup> È il caso di notare che Rousseau identifica la sovranità originale e la volontà sovrana con l'infallibile volontà generale (in particolare cfr. *Du contrat social*, II). In questo modo egli è in grado di conciliare la supremazia della legge (generale e astratta) con l'assoluto potere sovrano. Infatti, quando l'intero corpo politico rappresenta l'autorità della legge, i cittadini rispettano il proprio stesso volere e obbediscono agli obblighi stabiliti a livello giuridico.

<sup>196</sup> G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), tr. it. *Lineamenti di Filosofia del diritto*, Milano: Rusconi, 1996 § 257, p. 417.

<sup>197</sup> Cfr. in questi termini L. FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>198</sup> Questa concezione è differente anche da quella hobbesiana di Popolo. Nel Medioevo, soggetti collettivi come città, municipalità, corporazioni, e ordini erano elementi costitutivi dell'idea di “popolo”. Hobbes fu in grado di cambiare radicalmente questa concezione: egli sostituì tale configurazione stratificata e disomogenea con quella di una società individualizzata, per citare Bauman. L'idea di Popolo hobbesianamente inteso era quindi il risultato di un gruppo di singoli individui soggetti alla stessa legge e allo stesso *imperium* del Sovrano. Diversamente, la visione organicistica sulla società crea una sorta di super soggetto, il Popolo, che à la Rousseau, potremmo definire come “un corpo sovrano” unico e indivisibile.

<sup>199</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 51.

<sup>200</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>201</sup> Su questo punto cfr. L. DUMONT, *op. cit.*, p. 103. Dumont sostiene che la teoria hobbesiana sia “rappresentativa, assolutista e basata sul concetto di soggezione”. Diversamente, la teoria di Rousseau è “collettiva, nomocratica” e ancorata al concetto di libertà (cfr. pp. 112-113). Inoltre, Dumont adotta il termine *alchimie* riferito a Rousseau per descrivere la sua idea della volontà generale: “la *volonté générale* est le souverain, et comme telle elle transcende la *volonté individuelle* des sujets aussi strictement que le gouvernant de Hobbes était placé au-dessus des gouvernés” (p. 116).

sottomissione) e il carattere assoluto e marcatamente francese della sovranità<sup>202</sup>. Il cambio di paradigma operato da Rousseau consiste, in sintesi, nell'aver sostituito "à l'appel traditionnel à Dieu, l'appel à la notion humaniste et laïcisée du Législateur, cet 'homme extraordinaire'"<sup>203</sup>. Nell'apparente dicotomia tra *individu-sujet/ individu-citoyen*, Rousseau è infatti capace di armonizzare la partecipazione alla "sovranità legislativa" con la soggezione necessaria alla legge positiva<sup>204</sup>, senza dismettere riferimenti al carattere politicamente trascendente<sup>205</sup> dell'ordine sociale<sup>206</sup>, del popolo e del legislatore stesso.

Un processo complementare a quello appena descritto riguarda la componente esterna del modello vestfaliano di sovranità, la cui espressione ultima nel corso del Diciannovesimo e della prima parte del Ventesimo secolo è l'idea di Stato-nazione. La sovranità esterna dei nuovi Leviatani nazionali non solo si affranca da qualsiasi riferimento al diritto naturale, ma la sua dimensione secolare viene fortemente ancorata all'idea di Popolo e di Nazione<sup>207</sup>. In realtà, come già evidenziato sopra, ciò a cui si assiste è *un'ulteriore e pervasiva sacralizzazione dello Stato*<sup>208</sup>, che può forse dirsi secolare perché non fondata su o sciolta da rife-

---

<sup>202</sup> Come spiega Gauchet, "Le coup de génie de Rousseau va être d'allier la souveraineté absolue à la française et la liberté à l'anglaise. Il joue Hobbes et Locke l'un contre l'autre. Plus de liberté que Locke, mais un absolutisme plus complet que Hobbes, sauf que cet absolutisme est la réalisation de la liberté" (M. GAUCHET, *La condition historique*, pp. 304-305).

<sup>203</sup> O. BEAUD, *op. cit.*, p. 236.

<sup>204</sup> Cfr. *Ivi*, p. 259-260.

<sup>205</sup> Il richiamo alla "trascendenza" del politico che troviamo in Rousseau, sebbene non abbia connotazione metafisico-religiosa, ma conservi rimandi sacrali, va intesa "dans le conditions spécifiques de la modernité, projetée vers l'avenir plutôt qu'enracinée vers le passé" (M. REVAULT D'ALLONNES, *Le pouvoir des commencements*, Parigi: Seuil, 2006, p. 106).

<sup>206</sup> Come osserva ancora Revault d'Allonnes, in Rousseau troviamo "le caractère 'sacré' du passage à l'existence sociale", che investe di una forma di "sainteté" il contratto che vi è alla base (cfr. *ivi*, p. 99).

<sup>207</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 53. A tal proposito, nel contesto francese rivoluzionario, è paradigmatica la posizione espressa da Emmanuel-Joseph Sieyès, e poi recepita successivamente a livello costituzionale: "La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la Loi elle-même" e ancora più esplicitamente "[l]a volonté nationale [...] n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité" (E.J. SIEYÈS, *Qu'est ce que le Tiers-État?* (1789), Milano, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2003, pp. 75; 78). Emerge dal pensiero di Sieyès un'idea di Nazione sciolta da qualsivoglia rispetto del diritto positivo, perché essa stessa fonte del giuridico; ma emerge, altresì, un'idea di Nazione modellata a partire dallo stato di natura, à la Rousseau: come l'uomo è sciolto da legami sociali e l'esercizio della sua volontà è "libre et indépendant de toutes formes" (p. 79), così la Nazione è sufficiente che voglia e "sa volonté est toujours la loi sùpreme" (p. 80).

<sup>208</sup> Le possibili premesse per questo processo di nuova sacralizzazione possono essere individuate nel processo chiamato "*migration of the holy*", espressione proposta dal teologo cattolico Henri De Lubac nel suo libro *Corpus Mysticum*. Come spiega Philpott, "[i]n his research into medieval theology, De Lubac noticed a transformation in the notion of the Body of Christ. First, it

rimenti religiosi in chiave istituzionale, sebbene non necessariamente in chiave identitaria<sup>209</sup>. In questo processo l'influenza di Hegel fu notevole e per certi versi determinante.

Hegel concepisce lo Stato come “la realtà dell’Idea etica”<sup>210</sup> o “la realtà della Libertà concreta”, nella quale “la singolarità personale e i suoi interessi particolari [...] hanno il loro *sviluppo* completo e il *riconoscimento del loro diritto per sé*”<sup>211</sup>. Lo Stato, come si legge ancora nei suoi *Lineamenti di Filosofia del diritto*, è rispetto alla famiglia e alla società civile “una necessità *esteriore* e la loro potenza superiore”, nonché “il loro fine immanente”<sup>212</sup>; esso è “il *Razionale* in sé e per sé”<sup>213</sup>, “la volontà razionale, la quale è necessariamente libera, è identica a se stessa”: lo Stato è il “Dio reale”<sup>214</sup> (*wirklichen Gott*). Non è difficile immaginare che, una volta concepiti in termini assoluti e necessari, gli Stati vengono del tutto legittimati ad esercitare le proprie illimitate prerogative sulla scena internazionale. A questo proposito, Hutchings osserva come nella *Filosofia del diritto* di Hegel, lo Stato sia funzionale all’esercizio stesso dell’autodeterminazione che gli sarebbe propria<sup>215</sup>. Ed è nella cornice di tale processo di autodeterminazione che la guerra gioca un ruolo centrale, rafforzando il legame esistente tra la libertà dei singoli cittadini e la sovranità che spetta in via esclusiva alle entità statali<sup>216</sup>. Questa visione dello Stato, della sua esistenza sovrana e della necessità

---

had meant the consecrated host – the actual body and blood of Christ in the mass. Then, during the High Middle Ages, it also came to mean the Church as a body of people or an institution. From there, the concept migrated to the modern state, where it became secularized as the body politic yet retained the sacredness and the attendant claim on the loyalty of the members. It is a theological story that matches what happened in the transformation of the relationship between Church and political authority from medieval to modern times” (D. PHILPOTT, *The Religious Roots of International Relations Theory*, p. 80).

<sup>209</sup> A questo proposito è degno di menzione il Trattato della Santa Alleanza che nel 1815 unì Austria, Prussia e Russia, alle quali si aggiunse nel 1818 la Francia. A tale proposito ricorda Scovazzi che “[n]el preambolo, le parti dichiarano solennemente che i precetti della religione cristiana devono regolare anche le relazioni tra gli Stati: “les préceptes de cette religion sainte [...] doivent au contraire influer directement sur les résolutions des princes, et guider toutes leurs démarches” (T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 60).

<sup>210</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di Filosofia del diritto*, §257, p. 417.

<sup>211</sup> *Ivi*, §260, p. 429.

<sup>212</sup> *Ivi*, §261, p. 429.

<sup>213</sup> *Ivi*, §258, p. 417.

<sup>214</sup> *Ivi*, *Appendice prima: il Cammino di Dio nel mondo e lo Stato*, p. 617.

<sup>215</sup> Con le parole dell’autore, “the existence of the State as an actor in relation to other actors within an international sphere” condiziona “the complex webs of recognition that allow the internal workings of the State to be understood in terms of self-determination” (K. HUTCHINGS, *Hegel and the Meaning of the State*, in T. BROOKS (ed.), *Hegel’s Philosophy of Right*, Oxford: Wiley-Blackwell, 2012, p. 133).

<sup>216</sup> Cfr. *ibidem*.

della guerra s'inserisce nella particolare concezione monista del diritto internazionale di cui Hegel si fa portatore: in quello che lui chiama il "diritto statale esterno"<sup>217</sup> la logica che governa il rapporto tra gli Stati è quella privatistica del contratto, ma mentre nella società civile "i singoli stanno in dipendenza reciproca sotto i più vari riguardi, [...] ciascuno Stato autonomo è principalmente un Tutto che si appaga entro sé"<sup>218</sup>. È quindi il singolo Stato a dover sempre prevalere nell'ordinamento internazionale, perché non esiste soggetto sovraordinato o legge superiore rispetto agli Stati stessi e al loro diritto interno. Lo Stato-nazione viene quindi individuato come la massima espressione dello Spirito, la cui volontà "espansionistica e belligerante"<sup>219</sup> può essere legittimamente supportata dalla guerra, esaltata, secondo un'espressione spesso citata, come "momento etico", la quale non va considerata come "un male assoluto", bensì quale mezzo per preservare "la salute etica dei popoli [...] nella sua indifferenza contro il consolidarsi delle determinatezze finite"<sup>220</sup>. Fa da corollario a questo Dio reale "incarnato" nella Storia dei Popoli nella forma necessaria dello Stato, un'attitudine omologante ed espansiva con riferimento all'esportazione dello stesso modello di Stato in altre latitudini e in altre culture ben distanti da quella europea<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, §330, p. 553.

<sup>218</sup> *Ivi*, §332, p. 555.

<sup>219</sup> Così anche L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 56.

<sup>220</sup> G.W.F. HEGEL, *op. cit.* §324, p. 545.

<sup>221</sup> È il caso di soffermarci brevemente sul concetto di "sacro" che qui è stato impiegato rispetto allo Stato. Siamo realmente certi che si tratti di un'affermazione secolare o laica (posto che sia corretto e appropriato questo uso sinonimico dei due termini) da contrapporre radicalmente alle precedenti affermazioni in chiave teologica e religiosa?

In un testo di riferimento sulla questione della sacertà, Mircea Eliade scriveva che "*l'homo religiosus crede sempre che esista una realtà assoluta, il sacro, che trascende questo mondo, in questo mondo si manifesta e per ciò stesso lo santifica e lo rende reale*" (M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, tr. it., *Il sacro e il profano*, Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 128). Il carattere sacro (come esito del processo di sacralizzazione) che qui viene riferito allo Stato sta ad indicare il suo essere una "realtà assoluta", che trascende la sua stessa esistenza storica concreta, ma che nell'ambito di tale esistenza è sciolto da vincoli e da limiti. Vengono allora in rilievo due questioni: è corretto riferirsi ad un sacro sganciato da una qualsiasi componente religiosa? In caso affermativo, a quale "forma" del sacro è utile riferirsi? Quanto alla prima questione, possiamo ricordare la posizione di un autore come Kelsen, che proprio all'utilizzo della categoria di 'religione' nelle scienze sociali a lui coeve dedicò attenzione in un testo pubblicato postumo (H. KELSEN, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, tr. it. *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Milano: Cortina, 2014). I due curatori e traduttori in lingua italiana dell'opera di Kelsen, Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini, sottolineano come Kelsen identifichi il sacro con il trascendente di matrice religiosa, in polemica con Huxley: "per Kelsen [...] senza la credenza in un'entità trascendente di natura divina non sono possibili né esperienza religiosa né esperienza del sacro" (P. DI LUCIA, L. PASSERINI, *Religioso vs secolare: un'opposizione dicotomica? Gli argomenti di Hans Kelsen contro il concetto di "religione secolare"*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2017, p. 240). A dire, in altri termini, che il sacro è tutt'uno

#### 4. *Un nuovo volto per la sovranità*

Nell'ordine cristallizzatosi con Vestfalia, la produzione normativa supporta e "consacra" l'uso stesso della forza militare stabilmente organizzata. Com'è facile immaginare, il paradigma nazionalistico vestfaliano della sovranità esterna è infatti alla base di conflitti prolungati e su larga scala. Il suo punto di non ritorno si raggiunge nella prima parte del Ventesimo secolo con le due Guerre Mondiali, una "nuova guerra europea dei trent'anni (1914-1945)"<sup>222</sup>, nella quale le ragioni ormai lontane legate all'appartenenza religiosa lasciano definitivamente il posto alle rivendicazioni insaziabili di soggetti sovrani. Gli orrori e le indicibili devastazioni conducono così alla maturazione, già all'indomani della Prima Guerra Mondiale, di una nuova sensibilità, secondo la quale la predisposizione di limitazioni effettive sull'uso della forza militare non era da considerarsi una misura collaterale o accessoria negli accordi internazionali, ma un'autentica ed urgente priorità. Tuttavia, il completo fallimento dei meccanismi internazionali predisposti a tale fine, in particolare attraverso l'istituzione della Lega delle Nazioni<sup>223</sup> del 1919<sup>224</sup>, porta alle vicende tragicamente note e sfociate nel Secondo

---

con il religioso e che al di fuori dell'esperienza religiosa in chiave metafisica e fideistica s'impiegherebbe erroneamente tale categoria. In termini diversi, come ricordano gli stessi autori, l'antropologo Isidoro Moreno Navarro avrebbe articolato il sacro in "sacro-religioso" e "sacro-laico", vedendo in atto nelle ideologie proprie del periodo moderno non "un processo di secolarizzazione della religione", bensì di "frammentazione del sacro" e di "sacralizzazione del laico" (*ivi*, p. 241). Questa scomposizione analitica della categoria del sacro ben si presta a spiegare il processo che in questi passaggi ho cercato di descrivere. È ad un "sacro-laico" che fa riferimento lo statualismo ottocentesco, che nel concetto di sovranità esprime il suo connotato essenziale. Ed è in nome della connotazione sacrale attribuita più o meno scientemente ed esplicitamente all'istituzione dello Stato che si esprime nella sua pienezza il modello vestfaliano con la sua carica divisiva e conflittuale. Questo processo di sacralizzazione dell'istituzione politica non è a priori limitabile a questa fase storica. L'impressione è invece che coesistano anche nell'età contemporanea espressioni di sacralità-laica e sacralità-religiosa, e che ricada soprattutto nella prima il recupero di idee come sovranità, popolo, nazione. La sacralità-laica della quale sono investiti questi concetti manifesta la vitalità del "sacro" come dispositivo assolutizzante, o meglio ancora, del sacro come modalità di sottrazione al confronto e alla relativizzazione degli assunti di varia natura che sono sottesi al suo impiego. Si stenta a comprendere, però, la carica conflittuale che l'uso acritico della sacralità comporta. C'è nel sacro un elemento di irrazionalità e di radicalità che può facilmente trascendere, se trasportato nella sfera politica, in dinamiche difficilmente controllabili.

Per alcune considerazioni sul sacro in una più ampia cornice filosofico-ricostruttiva cfr. R. BRAGUE, *Sur la religion*, in particolare pp. 23-24 e 60-61.

<sup>222</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 58.

<sup>223</sup> Con riferimento alle maggiori criticità della Società delle Nazioni, legate anche al contesto geo-politico nel quale il loro patto fondativo trovava applicazione, segnaliamo la questione del ricorso alla guerra: non si vietava "agli Stati membri il ricorso alla guerra tra di loro" ma lo si subordinava "al previo esperimento di una procedura di arbitrato o d'inchiesta e al trascorrere di tre mesi dalla relativa decisione" (T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 78).

<sup>224</sup> Sulla Lega delle Nazioni, organismo internazionale che esprimeva tuttavia "un sistema di

conflitto mondiale. Alla sua conclusione la comunità internazionale comprende in termini ultimativi un'esigenza che in alcun modo poteva essere nuovamente messa in discussione: l'uso della forza non doveva più essere considerato prerogativa legittima dei singoli Stati<sup>225</sup>. Queste le premesse per la nascita di un nuovo modello normativo di sovranità che viene espresso nel 1945 nella Carta delle Nazioni Unite con la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite<sup>226</sup>.

La Carta porta ad un'autentica rivoluzione da un punto di vista politico e giuridico nella comunità internazionale. Dopo una serie di tentativi mancati e d'impegni disattesi, essa dà forma alla comunità internazionale in termini giuridicamente vincolanti, al punto che lo stesso diritto internazionale "si è tramutato, da sistema di relazioni tra Stati sovrani, basato sui soli rapporti di forza e perciò destinato a degenerare nella guerra mondiale o di tutti, in un ordinamento giuridico sovrastatale che accomuna quasi tutti gli Stati [...] e che si fonda sul divieto della guerra e sui diritti fondamentali di tutti gli esseri umani"<sup>227</sup>. Questo nuovo assetto si propone, quindi, di rimodellare lo stesso concetto di sovranità degli Stati. Da un lato, esso sembra negare la legittimità di ogni recupero dell'idea bodiniana di una *summa potestas* sciolta da qualsiasi vincolo. Dall'altro, sancisce formalmente il principio di uguaglianza relativamente alla sovranità statale, ancorandola saldamente alle limitazioni menzionate sopra. Il risultato è un sistema di sovranità mutuamente limitate, almeno formalmente. Prima di tutto sotto il profilo esterno, in ragione del divieto generale dell'uso della forza militare. Il raggiungimento di un inedito livello di distruttività prodotto dall'impiego delle armi nucleari, come Bobbio<sup>228</sup> decenni fa denunciava, ha portato ad identificare la pace come obiettivo primario che la comunità internazionale deve perseguire, e la guerra come incubo comune<sup>229</sup>. In secondo luogo sotto il profilo

---

stati nazionali sovrani", si vedano le considerazioni di Arendt con riferimento alla protezione dei diritti delle minoranze. In particolare, Arendt sintetizza la centralità dell'appartenza e della cittadinanza dei soggetti rispetto al godimento di diritti con questa efficace espressione: "La nazione aveva conquistato lo stato", gli interessi nazionali avevano preso il sopravvento sul diritto molto prima che Hitler potesse proclamare: "Diritto è quel che giova al popolo tedesco" (H. ARENDT, *Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in ID., *The Origins of Totalitarianism* (1948), tr. it. *Le origini del totalitarismo*, Torino: Einaudi, 2009, p. 379; 383).

<sup>225</sup> In questi termini Cassese, che osserva come "both great and lesser States once again came to feel that no member of the world community should be allowed to use force any longer" (A. CASSESE, *op. cit.*, p. 56).

<sup>226</sup> È importante sottolineare la rilevanza sotto il profilo strettamente giuridico di tale Organizzazione che rappresenta a tutti gli effetti un soggetto di diritto internazionale, dotato di personalità giuridica internazionale, come ha avuto modo di precisare la Corte Internazionale di Giustizia nel parere consultivo dell'11 aprile 1949, concernente il caso della *Riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*. Sul punto cfr. T. SCOVAZZI, *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>227</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 2. Teoria e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 490.

<sup>228</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna: il Mulino, 1979.

<sup>229</sup> Cfr. A. CASSESE, *op. cit.*, p. 66. L'autore nota che, "when the frame of the UN charter up-

interno, perché il rispetto dei diritti umani rappresenta un limite non negoziabile anche all'interno dei confini nazionali. Come avremo modo di approfondire nel corso del terzo capitolo, qualora le politiche dei governi nazionali siano profondamente irrispettose dei diritti umani, le stesse Nazioni Unite per il tramite del Consiglio di Sicurezza possono intervenire anche militarmente. In questo senso, non trovo eccessivo affermare che i diritti umani nell'assetto successivo al Secondo conflitto mondiale rappresentino un doppio canale di collegamento tra la dimensione interna e la dimensione esterna della sovranità, grazie al quale ogni Stato nazionale è chiamato doppiamente a rendere conto alla comunità internazionale. A questa considerazione si aggiunge una nuova configurazione soggettiva e procedurale dell'ordinamento internazionale. Quanto alla prima, viene superata l'esclusività degli Stati e si ricomprende, com'è ben evidente, ciascun individuo grazie ai diritti umani e ciascun popolo grazie all'autodeterminazione di cui è titolare<sup>230</sup> nel novero dei soggetti che possono essere considerati, sebbene non a pari livello degli Stati, "attori"<sup>231</sup> della comunità internazionale. Quanto alla seconda, invece, la previsione di organi giurisdizionali che possono imputare precisi crimini agli Stati, come le diverse Corti penali internazionali, dà ulteriormente conto di questo mutato scenario e lo orienta verso uno sviluppo in chiave marcatamente ordinamentale, come insiste ad osservare Ferrajoli. Tuttavia, accanto e oltre alla prospettiva giuridica, è possibile fornire un'interpretazione diversa di questo cambio normativo, che per certi versi ne chiarisce la portata epocale.

In una prospettiva filosofico-morale, Johnson ha sostenuto che lo sviluppo di un diritto positivo avente ad oggetto i diritti umani "proceeds from the acceptance of the common basic right of self-defence that lies at the base of the modern concept of sovereignty"<sup>232</sup>. La modernità vestfaliana non solo avrebbe introdotto reciprocità tra soggetti sovrani, ma avrebbe altresì delimitato il contenuto della sovranità all'inviolabilità territoriale e al diritto di difesa di ciascuna

---

grades peace to such a high rank, they did not naively pursue the goal of permanent and universal peace, for they were aware that international friction and interstate armed conflict would not disappear by legislative fiat. [...] They more realistically set about to build up a system designed to keep armed clashes within the bounds of exceptional events. [...] In short, States aimed at achieving a condition where the absence of war was to be the norm" (p. 66).

<sup>230</sup> Negli stessi termini cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, p. 60. In particolare, sul diritto di autodeterminazione, l'art. 1 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* prevede che: "Tutti i popoli hanno il diritto di autodeterminazione. In virtù di questo diritto, essi decidono liberamente del loro statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale".

<sup>231</sup> La scelta del termine "attore" non è casuale poiché, come in una *pièce* esistono protagonisti e ruoli secondari, così è importante sottolineare, per non essere fraintesi, che sono gli Stati a mantenere saldamente un ruolo primario e in alcuni casi esclusivo sulla scena internazionale.

<sup>232</sup> J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 118.

comunità politica<sup>233</sup>. In sintesi, l'idea pre-moderna della "responsabilità per il bene comune" di tutta la Cristianità lascia il posto all'obbligo di difendere l'integrità di singoli territori e delle loro popolazioni, attraverso l'appello ad una sorta di "diritto naturale" di auto-difesa. Diversamente, la crescita dell'importanza dei diritti umani e della loro tutela all'indomani del Secondo conflitto mondiale può invece essere letta come il tentativo di ricostituire una cornice morale più ampia ed una base morale comune per tutte le comunità politiche<sup>234</sup>. Questa osservazione di Johnson solleva una questione delicata, ossia se il modello normativo delineato dalla Carta delle Nazioni Unite non recuperi, almeno in una certa misura, qualche componente del concetto medievale o pre-moderno della sovranità. È infatti lecito chiedersi se quell'elemento centrale del perseguimento del "bene comune"<sup>235</sup> di tutta la società cristiana, sebbene in un contesto e con presupposti completamente differenti, non si sia in qualche misura trasfuso nella protezione dei diritti umani, funzionale a quel "fine comune" rappresentato dalla pace. In effetti, se la stessa idea di diritti umani rappresenta una sorta di sintesi di un approccio basato sulla difesa di un nucleo forte di diritti fondamentali non per il "bene comune" di singole società, ma per l'Umanità nel suo complesso, una certa assonanza tra l'approccio pre-moderno e quello contemporaneo ai diritti irrinunciabili di ogni individuo sembra essere plausibile. Ciò detto, per evitare trasposizioni non del tutto appropriate, e anticipando considerazioni che verranno espone nei prossimi capitoli, è solo il caso di precisare la nozione di Umanità che i diritti umani contemporanei sembrano presupporre. Essa non delinea una categoria ipostatizzante, né il suo richiamo si propone di porre in essere una qualche forma di organicismo che sacrifichi o appiattisca il singolo nell'interesse del gruppo. Al contrario, il richiamo all'Umanità va letto necessariamente in relazione alla centralità acquisita dall'individuo, quale elemento connotativo dell'approdo alla Modernità, e alla titolarità di posizioni giuridiche qualificate (diritti positivi) in capo al soggetto singolarmente e concretamente considerato.

Fatte tali precisazioni, l'ipotesi proposta da Johnson e da altri autori offre utili spunti per comprendere la potenziale ed effettiva importanza che l'ele-

---

<sup>233</sup> L'autore parla infatti di "territorial inviolability and the right to defence as a fundamental right held by all political communities" (*ivi*, p. 120).

<sup>234</sup> I diritti umani tenterebbero di "reestablish a broader moral framework for understanding the relations of political communities and their governments between themselves but also to reestablish a common ground for conceiving the actions of governments within their own societies in moral terms" (*ivi*, p. 118).

<sup>235</sup> Per una lettura dei diritti umani in connessione con il concetto di "bene comune" si veda la prima parte di J. FINNIS, *Human Rights and Common Good*, Oxford: Oxford University press, 2011 e J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2005 (in particolare il capitolo VI, dal titolo "Community, Communities and Common Good" e VIII, dal titolo "Rights").

mento religioso e le religioni possono continuare ad avere anche nell'età contemporanea. Come abbiamo visto sopra, sebbene la divisione del mondo cristiano tra Cattolici e Protestanti e l'incontro con le popolazioni del Nuovo Mondo abbiano inciso in modo significativo sull'importanza ed il ruolo, ad esempio, del diritto naturale di matrice cristiana, gli Stati europei hanno comunque continuato a far leva sulle comuni radici cristiane, universalizzando sul continente il modello vestfaliano, con un progressivo scivolamento dal sovrano diritto di difesa al sovrano diritto di attacco. In tale scenario, l'appello ad argomenti di natura fideistico-religiosa (vera contro falsa religione; la conversione dei popoli selvaggi ed infedeli) lascia definitivamente il posto a ragioni ideologiche e appelli nazionalistici, in un processo di "sacralizzazione dell'autorità secolare" che traspone il precedente richiamo ad una trascendenza di matrice metafisico-religiosa nel richiamo all'immanente trascendenza dell'autorità politica umana. Ma alla metà del secolo scorso, dopo gli orrori e i pericoli di autodistruzione seguiti ai tentativi di portare alle estreme conseguenze tali logiche, la questione è diventata sempre più quella di recuperare l'idea di un'ampia responsabilità comune<sup>236</sup> che sia conciliabile con il mantenimento dell'integrità territoriale vestfaliana. Ecco che la "nuova" (che nuova non era affatto) categoria dei diritti umani risponde prima di tutto all'esigenza della comunità internazionale stessa di dare piena e nuova legittimazione all'opera di profondo ripensamento, se non di rifondazione, dei propri presupposti. In questo quadro, i diritti umani hanno rappresentato un comune terreno sul quale soggetti molto differenti tra di loro (tanto secolari quanto religiosi) si sono sentiti chiamati in causa per un comune impegno volto prima di tutto alla loro affermazione, come il terzo capitolo avrà modo di mostrare. Non è quindi da sottovalutare il ruolo che fra i diversi interlocutori dei diritti umani hanno giocato i soggetti religiosi dalla seconda parte del secolo scorso, dando il proprio contributo nel dibattito pubblico, e spesso anche in quello politico, nel denunciare violazioni e crimini compiuti da Stati ancora egoisticamente e ciecamente vestfaliani.

A puro titolo di esempio, ma in toni chiaramente paradigmatici, prendiamo in considerazione il ruolo di Giovanni Paolo II nella causa dei diritti umani durante la crisi jugoslava. Le sue parole pronunciate davanti ai corpi diplomatici il

---

<sup>236</sup> Proprio in questa direzione risulta paradigmatico il richiamo alla cosiddetta dottrina della "Responsibility to Protect" (R2P), elaborata dall'International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), creata dal governo canadese nel 2001. Essa prevede la possibilità di intervenire anche militarmente attraverso l'Organizzazione delle Nazioni Unite quando sia in atto una grave violazione dei diritti umani (come genocidi e pulizie etniche) da parte di uno Stato sovrano. Questo report è stato richiamato più o meno esplicitamente anche in risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. Senza proporre un'analisi critica, che esula dagli scopi di questo lavoro, è solo il caso di ricordare come la R2P abbia destato non poche critiche nel dibattito istituzionale e scientifico per l'uso strumentale al quale si presterebbe, permettendo di perseguire scopi che poco o nulla hanno a che fare con i suoi principi ispiratori.

17 gennaio 1993 mostrano come i soggetti religiosi, specie se istituzionalizzati, possano influenzare l'agenda politica internazionale, promuovendo soluzioni giuridiche: “when all the options offered by diplomatic negotiations [...] have been carried out and, despite this, entire populations are on the point of succumbing to the blows of an unjust aggressor, States have no right to indifference any longer. It appears to be their duty to disarm this aggressor”<sup>237</sup>. Aggiunge il Pontefice che “The principles of sovereignty of States and of non-interference in their internal affairs – which retain all their value – cannot be a screen behind which torture and murder may be carried out”<sup>238</sup>. Ed in queste poche ma lapidarie parole emerge un'idea che già in nuce era evidente nella Carta delle Nazioni Unite: concepire l'uso della forza militare come *extrema ratio* verso violazioni non tollerabili.

Questo era soltanto un esempio di un fenomeno ben più ampio e con rilevanti ricadute dal punto di vista normativo. Nella prospettiva che propone il presente studio, l'importanza teorica dei diritti umani<sup>239</sup> consiste nel fornire sia una categoria normativa per il diritto positivo statale, sia un compito interpretativo per le tradizioni e le istituzioni giuridiche di matrice religiosa, potendo dare luogo a dialettiche inedite e favorire convergenze inaspettate in nome della protezione di quanto non è più sacrificabile. Il risultato, in parziale accordo con l'analisi di Raz, è una tecnica normativa di limitazione della sovranità statale, fondata sull'“empowerment” di tutti i soggetti, che si traduce nel potenziamento delle istanze (anche religiose) degli individui di fronte all'esercizio delle prerogative sovrane.

### 5. Dopo la Carta delle Nazioni Unite: inizio o fine di un inedito modello di sovranità?

In conclusione, è possibile identificare tre modelli differenti di sovranità<sup>240</sup>,

---

<sup>237</sup> “War, the UN and humanitarian intervention according to Pope John Paul II”, *La Stampa*, 26/08/2014. Degno di nota è anche il documento del 1993 dei vescovi cattolici degli Stati Uniti “The harvest of Justice is Sown in Peace”, nel quale viene espressa (cfr. section II.E.4 del documento) la legittimazione dell'uso della forza per la protezione dei diritti umani. Tale posizione venne supportata anche dai più importanti gruppi protestanti americani.

<sup>238</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Address to the Diplomatic Corps*, in *Origins*, 22 (4 February 1993), p. 587, cit. in J.D. CARLSON, E.C. OWENS (eds), *The Sacred Sovereign. Religion and International Politics*, Washington: Georgetown University Press, 2003, p. 9. Per un'analisi più ampia del pensiero filosofico e in particolare filosofico-politico di Giovanni Paolo II, cfr. P. PORTIER, *La pensée de Jean Paul II. La critique du monde moderne*, Ivry-sur-Seine: Les Editions de l'Atelier, 2006.

<sup>239</sup> Rimando a quanto verrà esposto nel terzo capitolo.

<sup>240</sup> Non si tratta di una tipizzazione esaustiva, né tantomeno pretende di esserlo. Essa si propone il più limitato obiettivo di definire i punti di snodo dell'analisi sin qui proposta. Ben più

che sono progressivamente emersi dalla ricostruzione proposta:

- 1) il modello medievale di sovranità, come responsabilità prima di tutto morale per il *bonum commune* in una Cristianità unita e omogenea, e come progressivo affermarsi dell'idea di giurisdizione reale non appellabile;
- 2) il modello vestfaliano di sovranità, legato all'integrità territoriale di singole entità e comunità politiche a base statale;
- 3) il modello fatto proprio dalla Carta delle Nazioni Unite, con il riconoscimento di sovranità mutuamente limitate e della responsabilità giuridica degli Stati per il rispetto dei diritti umani.

Proviamo a rileggere questo sviluppo non sempre lineare, ma spesso *per saltum*, nella prospettiva delle religioni o, se si preferisce, dell'elemento religioso.

Il passaggio dal primo al secondo modello di sovranità corrisponde alla perdita progressiva dell'unità religiosa all'interno del continente europeo che vedrà con la Riforma protestante un punto di non ritorno. In un certo senso, il ruolo rivestito dalla religione, quale coagulante e "principio unificante"<sup>241</sup> di un'autorità umana derivante fondamentalmente da Dio, cambia radicalmente. A seguito dell'incontro con le popolazioni del Nuovo Mondo e soprattutto a causa della frattura prodotta dalla Riforma protestante, la religione diviene un elemento divisivo e conflittuale all'interno delle singole comunità politiche e fra comunità politiche distinte<sup>242</sup>. Quell'unità garantita dalla comune appartenenza religiosa nell'Europa cristiana viene progressivamente trasfusa nell'unità di entità politiche chiuse territorialmente ed egemoni politicamente e giuridicamente verso i propri abitanti (gli Stati), con differenze significative tra quelli gravitanti nell'orbita dei diversi protestantesimi e quelli, invece, ancora legati alla Chiesa cattolica romana. Ed è proprio nell'Europa successiva alle Riforme che quell'idea della responsabilità per un bene comune collegato alla garanzia della giustizia e della pace sulla terra si trasforma nella sovrana responsabilità per la difesa di uno specifico territorio e della sua popolazione<sup>243</sup>; una responsabilità politica

---

completa, invece, la ricostruzione tratteggiata da Bertrand Badie sullo sviluppo del concetto di sovranità. Il politologo francese nella prima parte del suo libro dedicato a tale concetto (che chiama emblematicamente con il titolo "Storia di una finzione") distingue tra cinque diverse tipologie di sovranità secondo una scansione cronologica: 1) la sovranità "dinastica"; 2) la sovranità "nazionale"; 3) la sovranità collegata al concetto di "nazione indipendente"; 4) la sovranità "potenza o sovranità fredda"; 5) la sovranità "aspirazione" (cfr. B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, tr. it., *Il mondo senza sovranità. Gli Stati tra astuzia e responsabilità*, Trieste: Asterios, 2000, p. 79 e ss.).

<sup>241</sup> Carlson e Owens parlano di un "unifying principle of political authority" (J.D. CARLSON, E.C. OWENS, *Reconsidering Westphalia's Legacy for Religion and International Politics*, in ID. (eds), *op. cit.*, p. 14).

<sup>242</sup> Cfr. *ibidem*. Gli autori suggeriscono l'espressione "the religiopolitical unity of medieval Christendom" per descrivere l'assetto precedente.

<sup>243</sup> Con le parole di Johnson, gli Stati sono chiamati a "provide for the defense of the territory

secolare che si atteggia a “diritto naturale” di soggetti sovrani, prendendo il posto della responsabilità pre-moderna del *princeps* verso la conservazione e la preservazione di un preteso ordine morale universale.

Essendo quindi diventata un elemento divisivo e potenzialmente distruttivo per le comunità politiche del continente europeo, le attività legate alla religione devono essere sempre più confinate all'interno dei corpi sovrani degli Stati, in modo da limitare, includere e, se possibile, convogliare l'influenza di cui la religione aveva ben mostrato di essere capace all'interno dell'ordine politico. In questo senso, non è forse troppo azzardato affermare che il principio *cuius regio eius religio* rappresenta il nucleo originario dell'idea di ordine pubblico europeo, come sembrano suggerire alcuni autori, nel quale la prima fonte di problemi e intralci nella convivenza pacifica (l'appartenenza religiosa) viene inglobata come elemento costitutivo dell'identità di singoli Stati<sup>244</sup> e delle singole comunità nazionali. Di conseguenza, com'è facile immaginare, l'esistenza di autorità religiose transnazionali (la Chiesa cattolica romana) non poteva che essere guardata se non con sfavore, con una certa attenzione.

Il passaggio dal secondo al terzo modello di sovranità, invece, ha coinciso con un cambiamento cruciale. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, il sistema vestfaliano nel quale le relazioni tra Stati erano governate sulla base della forza, e del suo utilizzo pressoché illimitato, viene ripensato a partire da due pilastri che ne hanno modificato profondamente la stessa ragion d'essere: la proibizione generale della guerra e la protezione dei diritti umani. Nella nostra prospettiva d'analisi, l'accento posto su quest'ultimi, in ragione della loro duplice natura morale e giuridica, ha rappresentato un'occasione fondamentale per le comunità e le istituzioni religiose. Infatti, come possibile base morale per una comunità internazionale e cosmopolitica, i diritti umani si prestano ad essere letti come una “domanda universalistica di giustizia”. Ne segue che le innumerevoli questioni riguardanti la loro protezione hanno contribuito a disegnare il perimetro di una nuova *agorà* anch'essa morale e giuridica, che ha messo in contatto soggetti tanto secolari quanto religiosi: in altre parole, i diritti umani positivizzati hanno fornito un pubblico spazio di discussione e chiamata congiunta all'impegno per la loro protezione al di là delle specifiche appartenenze religiose o visioni del mondo. Questa è anche la ragione per la quale non è poi così peregrino pensare che i diritti umani possano o abbiano già gettato le basi per un'etica universalistica dell'Umanità (in termini “curiosamente medievali” o ecumenicamente contemporanei), ferma restando l'imprescindibile centralità dell'individuo nella sua attuale configurazione. Ma anche prescindendo da una lettura eti-

---

of the political community as a way of defending the people inhabiting that territory” (J.T. JOHNSON, *op. cit.*, p. 156).

<sup>244</sup> In questo senso Carlson e Owens sottolineano come lo Stato nazionale abbia promosso “the tethering of religious affinity and personal identity to the State” (*op. cit.*, p. 16).

cizzante dei diritti umani, nel modello fatto proprio dalle Nazioni Unite la loro protezione è espressa nei termini cogenti del diritto positivo ed è proprio l'invulnerabilità o la conservazione della sovranità territoriale di ciascuno Stato che dovrebbe cedere il passo rispetto a determinate loro violazioni. In questo senso, attraverso i diritti umani di cui ciascun individuo è titolare, il diritto positivo della comunità internazionale sembra condividere con le tradizioni giuridiche di matrice religiosa o, se è consentito affermarlo, con le tradizioni *lato sensu* giuridico-naturalistiche una peculiare caratteristica: l'idea di essere un *diritto personale*, in opposizione al concetto vestfaliano di *diritto territoriale*<sup>245</sup>. Di conseguenza, i diritti umani, in una prima e piuttosto sommaria ridefinizione, possono anche essere concepiti come diritti transnazionali (ovvero entro e al di là dei confini dei singoli Stati) e universali di ogni individuo in quanto tale. In questo senso, con le parole di Delmas-Marty, “le droit ne tournerait plus autour de l'État mais autour de l'homme”<sup>246</sup>.

Nel precedente paragrafo, ho menzionato un caso emblematico relativo all'importanza che gli attori religiosi possono giocare nel supportare o nel contrastare l'uso della forza militare, quando vengono poste in essere determinate violazioni dei diritti umani. Questo esempio s'inserisce, in realtà, in una prospettiva ben più ampia, che riguarda lo sviluppo del modello di sovranità eguali e reciprocamente limitate delineato dalla Carta delle Nazioni Unite. Negli anni successivi alla Guerra Fredda lo status della sovranità è infatti profondamente cambiato. Secondo Carlson e Owens<sup>247</sup>, è possibile individuare quattro fattori alla base di questa lenta, ma inesorabile metamorfosi. In primo luogo, il processo di formazione di nuovi corpi sovranazionali, come l'Unione Europea, che obbligano a riconsiderare profondamente l'idea stessa dell'esistenza di una sovranità territoriale a base nazionale. In secondo luogo, segnalano gli autori, il processo di globalizzazione, che ha reso più permeabili ed elastici i confini nazionali e le norme positive degli ordinamenti domestici. In terzo luogo, il ruolo sempre più importante giocato dalle giurisdizioni internazionali e, com'è ovvio, dal diritto internazionale soprattutto umanitario, che potenzialmente comporta l'intervento di attori e di agenzie esterne allo Stato in ambiti territoriali sovrani<sup>248</sup>. Infine, e di particolare interesse nella nostra prospettiva, il ruolo emergen-

---

<sup>245</sup> Questa distinzione verrà ulteriormente elaborata nel corso del capitolo seguente.

<sup>246</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit 1*, Paris: Seuil, 2004, p. 55.

<sup>247</sup> Cfr. J.D. CARLSON, E.C. OWENS, *op. cit.*, p. 2.

<sup>248</sup> Come nota Dupuy, l'ordine giuridico internazionale è ancora caratterizzato da un “dualismo persistente” tra livello domestico e internazionale, sebbene orientato verso un processo di “progressiva integrazione” (cfr. P.M. DUPUY, *Unité d'application du droit international à l'échelle globale et responsabilité des juges*, in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2, 2007, p. 2, mia traduzione).

te di organizzazioni ed attori transnazionali, che hanno la capacità di unire le masse attraverso l'appello a valori e credenze comuni.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, se da un lato è difficilmente negabile che il peso di soggetti non statali di varia natura abbia condizionato la politica mondiale tra la fine del Ventesimo secolo e l'inizio del Ventunesimo, occorre tener ben presente che tali dinamiche s'inseriscono nel quadro normativo creato dalla Carta delle Nazioni Unite, la quale non ha certo scardinato un ordine globale ancora pesantemente statocentrico, che continua a leggersi ed interpretarsi, non senza un certo perennalismo, secondo categorie politiche e giuridiche tradizionali. In questo scenario ha avuto però origine un processo che per molti versi ha cambiato gli equilibri in atto: il processo di globalizzazione. Esso è caratterizzato se non dalla predominanza, dall'inevitabilità della dimensione pre o post-vestfaliana della transnazionalità. Tale transnazionalità globalizzata produce almeno due risultati di rilievo. Da un lato, si producono delle "spaceless communities", secondo l'espressione di Carlson e Owens, che hanno la capacità di creare durature interconnessioni di natura culturale, ideologica e religiosa, validando i confini nazionali e individuando obiettivi comuni di rilievo da perseguire a livello globale. Dall'altra parte, la globalizzazione permette ad attori globali non-territoriali di agire all'interno di singoli Stati, tra gruppi di Stati e al di là degli Stati stessi su scala planetaria. Questi attori non statali sono capaci di giocare influenze di non poco peso nei domini sovrani a base territoriale, facendo appello alle convinzioni personali dei soggetti, alla loro appartenenza religiosa o, in modo ancor più evidente, ricorrendo a capacità finanziarie ed economiche elefantache, come il caso delle imprese multinazionali mostra. In questo senso, è possibile individuare un cambiamento significativo riguardo alla definizione dello stesso concetto di sovranità, anch'esso in cerca di una nuova identità. Come Aalberts ha messo in evidenza<sup>249</sup>, l'attenzione sembra essersi spostata dall'identificazione dei soggetti sovrani (ossia, dalla domanda "chi è sovrano?", che oggi suona piuttosto retorica) alle modalità con le quali le funzioni sovrane vengono esercitate a livello globale (ossia, alle domande "chi *ha* realmente poteri sovrani?" e "chi esercita o è titolare ancora di prerogative sovrane?"). In altri termini, un complesso sistema di attori statali e potenti attori non statali di nature differenti rende necessario e urgente riconsiderare determinate categorie e comprendere "un meccanismo di sovranità e contro-sovranità" del quale è necessario identificare i protagonisti e, se possibile, le regole di funzionamento.

Tale meccanismo coinvolge nuovi e vecchi soggetti oltre agli Stati. Tra essi, l'attenzione maggiore è stata data in questi decenni dalle ricerche nelle scienze sociali ai *global powers* economici e finanziari e alle loro certo non poco efficienti strategie d'influenza sulle prerogative sovrane degli Stati<sup>250</sup>. Nonostante ciò,

---

<sup>249</sup> Cfr. la ricostruzione proposta da T.E. AALBERTS, *op. cit.*, p. 122.

<sup>250</sup> Per un'analisi critica cfr. P. ISARD, *Globalization and the International Financial System*:

un fenomeno parallelo e per molti versi sottovalutato richiede invece nuova attenzione, non solo sul piano sociologico o descrittivo, ma anche teorico. Mi riferisco al “ritorno” (termine non del tutto appropriato) di attori globali diversi, dotati di tradizioni giuridiche spesso ben più risalenti di quelle statali: le religioni. Come questo capitolo ha cercato di mostrare, la storia della sovranità, e specificamente della sovranità statale, come concetto insieme politico e giuridico, è stata non marginalmente influenzata dalla presenza o dall’assenza dell’elemento religioso, con il quale ha instaurato rapporti caratterizzati da geometrie assai variabili. Esiste, quindi, una delicata dialettica tra la sovranità, le religioni e l’elemento religioso che sembra persistere ancora ai nostri giorni. A tale proposito, come ha osservato Alessandro Ferrari, si sono progressivamente manifestati dei “segnali” d’inadeguatezza o insufficienza di quel modello che vedeva il fattore religioso totalmente subordinato rispetto allo Stato, o addirittura del tutto irrilevante<sup>251</sup>.

Dopo un lungo esilio dall’arena pubblica, le religioni e l’appartenenza religiosa degli individui sono ritornate ad essere motivo di pubblica attenzione e spesso di preoccupazione a livello globale e locale. Terrorismo, nuove forme di nazionalismo di matrice religiosa, campagne militari: questi sono solo i casi più estremi che rivelano l’urgenza di ripensare e probabilmente di decodificare il nuovo rapporto che si sta venendo a creare tra le religioni e i soggetti vestfaliani nell’ordinamento internazionale. Senza enfatizzare oltre il dovuto queste ipotesi allarmanti e radicali, le religioni continuano a ricoprire ruoli ambivalenti<sup>252</sup> nello scenario globale. È possibile andare oltre, affermando che le religioni prendono parte al “gioco della sovranità” anche rispetto ai soggetti statali attraverso le tradizioni giuridiche e la produzione normativa che le caratterizza, contribuendo, come avremo modo di approfondire nel prossimo capitolo, ad un processo di apertura o di parziale pluralizzazione degli ordinamenti giuridici esistenti ed esercitando *prerogative normative* sugli stessi individui che sono, al contempo, destinatari del diritto positivo statale e, com’è evidente, titolari dei diritti umani positivizzati<sup>253</sup>.

---

*What's Wrong and What Can Be Done*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Per un testo aggiornato e ricco di spunti cfr. M.F. GUILÉN, *The Architecture of Collapse*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

<sup>251</sup> Cfr. A. FERRARI, *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, p. 20. L’autore parla del fattore religioso nei termini di una “forza autonoma sulla scena pubblica”. Come esempi di tali segnali, Ferrari fa riferimento per la sponda nord del Mediterraneo al pontificato di Giovanni Paolo II, al “risveglio” ortodosso e evangelico-pentecostale; per la sponda sud, invece, al “crescente attivismo” dell’Organizzazione della Conferenza Islamica e all’avvento della Repubblica Islamica in Iran.

<sup>252</sup> “Unifying and splintering roles in international politics” secondo l’espressione di Carlson e Owens (J.D. CARLSON, E.C. OWENS, *op. cit.*, p. 17).

<sup>253</sup> È il caso di osservare che in questo delicato processo d’interazione tra una molteplicità di

## 6. Senza dismettere un concetto

Al termine di questa disamina, dobbiamo forse pensare che il concetto di sovranità rappresenti uno “pseudo-concetto o, peggio, una categoria anti-giuridica”<sup>254</sup>? Credo la risposta sia negativa, pur condividendo completamente le ragioni di valore che fanno propendere Ferrajoli per questa conclusione. Il problema non è quello di dismettere il concetto di sovranità, perché il pericolo e i danni che il suo impiego irresponsabile ha causato non sono legati all'utilizzo del concetto in sé, bensì alla carica ideologica che gli è stata attribuita. La questione è semmai quella di sfruttare il potenziale semantico proprio dell'idea di sovranità, disarticolandone la portata ideologica o politica e riducendo la sua rilevanza alla funzione strutturale che può utilmente rivestire in una prospettiva normativa. Quest'ultimo punto rappresenta proprio uno dei passaggi più complessi che verranno affrontati nelle parti a seguire.

---

centri di produzione normativa, elementi del paradigma medievale sembrano coesistere con elementi del paradigma moderno della sovranità, pur mantenendosi radicalmente differenti presupposti di fondo e finalità ultime.

<sup>254</sup> L. FERRAJOLI, *La sovranità*, p. 61.



## CAPITOLO 2

# SOVRANITÀ E CONTRO-SOVRANITÀ: UN'ARTICOLAZIONE NORMATIVA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Uno sguardo descrittivo sulle religioni. – 2.1. Una ulteriore lettura in termini identitari: le religioni come “nuove nazioni transnazionali”? – 3. Un approccio normativo alle religioni. – 3.1. Le religioni come centri di produzione normativa. – 3.2. Il diritto religioso. – 3.3. Gli ordinamenti a base religiosa. – 3.4. Una peculiare forma di contro-sovranià. – 4. Verso una decostruzione formale del concetto di sovranità. – 4.1. Un approccio dicotomico alla sovranità. – 4.2. Ulteriori ridefinizioni della sovranità come concetto normativo. – 4.3. Il principio di uguaglianza sovrana: esiste ancora la sovranità? – 4.4. Una ridefinizione formale in termini funzionali del concetto. – 5. Come esercitare la funzione normativa della sovranità verso le religioni: tre livelli di analisi. – 5.1. Il livello istituzionale. – 5.2. Il livello individuale. – 5.2.1. Un rapporto “da potenza a potenza”. – 5.3. Il livello personale.

### 1. *Introduzione*

Nel capitolo precedente è stata proposta una ricostruzione in chiave concettuale di differenti modelli di sovranità nel loro sviluppo storico. Nell'esaminarne attori e dinamiche, si è cercato di mettere in evidenza come lo sviluppo di tale concetto che tradizionalmente attribuiamo agli Stati sia intrecciato con l'alternativo mutamento di ruolo delle religioni e dell'elemento religioso. Gli Stati secolari hanno forse adottato categorie elaborate in seno alla teologia<sup>1</sup>, impiegato argomenti o riferimenti religiosi, minimizzato o esaltato il ruolo delle religioni per rafforzare la propria esistenza. Tuttavia, durante la seconda metà del secolo scorso, un processo ha fortemente influenzato la fenomenologia della sovranità e la potenziale influenza delle religioni: il processo di globalizzazione, il quale ha

---

<sup>1</sup> Il riferimento tradizionale (che ricordo non senza un po' di pedanteria) è C. SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), tr. it., *Le categorie del 'politico'*, Bologna: il Mulino, 1972. Per una recente lettura sulla teologia politica, che per molti versi ribalta i termini del dibattito precedente cfr. V. DELECROIX, *Apocalypse du politique*, Parigi: Desclée de Brouwer, 2016.

rappresentato un passaggio epocale tanto per gli attori vestfaliani quanto per quelli religiosi.

In termini generali, possiamo pensare alla globalizzazione come ad un inarrestabile venir meno dell'invalidità dei confini e, come Irti<sup>2</sup> ha messo in evidenza, ad un progressivo superamento del ruolo del territorio statale come misura politica, giuridica ed economica del nostro mondo. Viene quindi sempre più in rilievo la dimensione transnazionale, quale luogo privilegiato d'interazione tra attori statali e non statali, o, con espressioni che ricorrono spesso nella teoria delle relazioni internazionali, tra poteri globali e poteri locali. Proprio perché la transnazionalità si pone in termini alternativi e non del tutto coincidenti con l'internazionalità e la sovranazionalità, categorie nelle quali si esprime la dimensione relazionale degli Stati, essa rappresenta il campo d'azione ideale per quei soggetti di recente o antica formazione che, pur mancando dell'attributo costitutivo dello Stato (la sovranità) ma non della forza (nelle sue molteplici declinazioni) per farsi ascoltare, cercano quanto più possibile di esercitare la propria influenza. Ed è proprio in questo complesso cambio di scenario che si collocano le religioni, soggetti certo non nuovi ad adattarsi al meglio a mutamenti profondi del quadro politico.

La transnazionalità che si accompagna al processo di globalizzazione non deve però condurci a prendere un abbaglio o a forzare oltre il consentito le nostre considerazioni. Nell'attuale assetto internazionale l'importanza degli Stati è non soltanto fondamentale, ma ancora decisiva. In primo luogo, lo stesso modello di sovranità eguali e reciprocamente limitate positivizzato con la creazione delle Nazioni Unite si basa sulla categoria della statualità vestfaliana, prevedendo un ampio catalogo di doveri e di responsabilità indirizzate specificamente agli Stati. Quindi, sebbene l'emersione del ruolo imprescindibile della comunità internazionale rappresenti un elemento chiave dell'età successiva alla Seconda Guerra Mondiale, gli Stati conservano strenuamente il ruolo di attori centrali e di decisori ultimi: la "statehood", ovvero la condizione di essere uno Stato, è quanto ancora distingue nella comunità internazionale i protagonisti dalle semplici comparse. In secondo luogo, se è vero che la rivoluzione transnazionale prodotta dalla globalizzazione forza i confini territoriali nazionali e crea opportunità senza precedenti per i soggetti non statali, è altrettanto vero che 'forzare' indica qualcosa di profondamente differente dall'abolire. Dà chiara prova di questa differenza semantica la misura con cui gli Stati, dati ormai come anticaglie politico-giuridiche destinate all'estinzione, dimostrano una sorprendente abilità nel chiudere i propri "confini sovrani" o nel decidere del destino delle proprie co-

---

<sup>2</sup> Cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2001. Per uno studio sull'evoluzione del concetto di territorio dal periodo medievale all'età globalizzata cfr. S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights*, Princeton: Princeton University Press, 2006.

munità politiche perché stufi delle limitazioni alla propria sfera sovrana<sup>3</sup>. In altri termini, nessuno negherebbe che la globalizzazione rappresenti un processo di riconfigurazione e di decostruzione di molte categorie tradizionali; allo stesso tempo, tale processo non ha certo detronizzato lo Stato in tutte le sue possibili articolazioni e in molte delle sue originarie prerogative. In particolare, le prerogative verso le religioni, le comunità religiose e i singoli credenti rappresentano un ambito di funzioni del quale gli Stati, da Vestfalia in poi, non si sono mai spogliati.

Se la ricostruzione sin qui tratteggiata è corretta, un accostamento normativo, e specificamente giuridico-normativo, può fornire elementi per ulteriori e successive indagini. Ad approcci descrittivi o più sociologici, infatti, cercherò di sostituire una comprensione dei meccanismi attraverso i quali la sovranità statale viene esercitata nei confronti delle religioni e di come le religioni possano esercitare un “contro-ruolo” nei confronti degli Stati. Tale comprensione non può che passare attraverso un’operazione di riformulazione e ridefinizione di specifiche categorie, nonché di prospettazione di nuove. A tal fine, la trattazione di questo capitolo è strutturata in tre fasi.

In primo luogo, sebbene si adotti una peculiare prospettiva sulla sovranità e le religioni contemporanee (la prospettiva teorico-normativa nella cornice ordinamentale dello Stato costituzionale di diritto), si cercherà inizialmente di dare conto dei possibili modi di intendere le religioni elaborate in seno alla teoria delle relazioni internazionali. Tale “inciso”, che vuole attestare l’apertura del presente studio ben al di là del suo specifico ambito disciplinare, non rappresenta una digressione senza senso: esso si propone di mostrare punti di contatto ed intuizioni che possono essere utilmente rielaborate anche nella prospettiva teorico-giuridica, a testimoniare, in termini bobbiani, quella “unità dei saperi” della quale possono grandemente approfittare studiosi diversi di discipline diverse. In una chiave più specificamente teorico-normativa, invece, si tenterà di delineare una ridefinizione formale del concetto di religione, di diritto religioso e di sistema normativo religioso, funzionali alla configurazione e alla comprensione dei meccanismi di interazione con i sistemi normativi statali.

In secondo luogo, lo stesso concetto di sovranità verrà ricostruito e ridefinito come possibile categoria teorico-giuridica. Infatti, la tradizionale analisi della

---

<sup>3</sup> Il riferimento più urgente, in tale senso, è alla reazione che alcuni Stati europei hanno messo in atto di fronte alle migrazioni epocali di masse di individui dei quali, sulla carta, l’Europa continua a proclamare i diritti fondamentali. La chiusura delle frontiere nazionali, la costruzioni di muri, il dispiegamento di forze militari pronte a “smistare” le persone come si smistano capi di bestiame: tutto fa pensare alle parole di Schmitt (autore verso il quale si registra una rinata attenzione a livello scientifico), quando identificava il sovrano in chi ha l’ultima parola, in colui che decide sullo stato di eccezione, come avremo modo di esaminare più avanti. Con riferimento, invece, all’esercizio di specifiche prerogative sovrane, come il referendum sulla cosiddetta Brexit, l’impressione è che le limitazioni alla sovranità incontrino nella decisione popolare una sorta di contro-limite.

sovranità incentrata sul concetto di potere, che ne fa una categoria politica o meta-giuridica, se non un modo differente con il quale chiamare “il supremo potere”, risulta poco utile quando consideriamo i meccanismi d’interazione normativa con le religioni nell’età della Carta delle Nazioni Unite. Diversamente, l’approccio normativo mostrerà in che senso e con quali implicazioni è possibile riferirsi alla sovranità come ad un concetto normativo, applicabile tanto agli Stati quanto, in termini da precisare con attenzione, alle religioni. Questa operazione permetterà altresì di identificare diverse sfere normative di esercizio della sovranità e specifici istituti ad esso funzionali.

In terzo luogo, il capitolo metterà in evidenza tre distinti livelli di esercizio delle funzioni normative sovrane dello Stato verso le religioni: il livello istituzionale, il livello individuale e il livello personale. Tali livelli sono strettamente collegati tra di loro, ma conservano la loro importanza epistemologica da un punto di vista analitico. Nel fare ciò, l’attenzione si concentrerà sul contesto giuridico europeo e sulle categorie giuridiche che in esso vengono impiegate, intendendo per ‘contesto giuridico europeo’ l’Europa *at large*, quale ambito di giurisdizione della Corte europea dei Diritti dell’Uomo.

Una volta esposte le direttrici principali nelle quali si articolerà l’indagine di questa seconda parte, si rende necessaria un’importante precisazione preliminare. Considerare le religioni in termini normativi e, più specificamente, in termini giuridici richiede una chiarificazione metodologica: l’analisi proposta si inserisce nella cornice teorica del pluralismo giuridico, che sostiene la coesistenza di differenti sistemi giuridici, rispetto ai quali il diritto di produzione statale rappresenta certamente la fonte preminente delle norme che regolano la vita dei soggetti, ma non l’unica possibile espressione di norme qualificabili come giuridiche. L’adozione di un tale approccio può sembrare piuttosto controintuitiva se consideriamo che proprio il concetto di sovranità implica, alla Dworkin, il “Law’s Empire”<sup>4</sup> dello Stato o il suo monopolio nella produzione giuridica. Dal mio punto di vista, pluralismo giuridico e positivismo giuridico non rappresentano due prospettive o due alternative mutuamente escludenti. Al contrario, è possibile integrare la struttura chiara e l’architettura ben articolata del positivismo giuridico in una cornice più ampia, in grado di rispecchiare con maggior adeguatezza la complessa e policentrica struttura normativa della nostra epoca. Avrò modo di chiarire nel corso del capitolo le ragioni di questa scelta.

## 2. Uno sguardo descrittivo sulle religioni

Non così diversamente da quanto avviene per la nozione di diritto, la prima difficoltà che incontrano le scienze sociali delle religioni è quella di definire uni-

---

<sup>4</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 1986.

vocamente cosa si debba intendere per 'religione'. Una prospettiva che può dar conto, almeno su un piano descrittivo, della polimorfa natura delle religioni e dei molti ambiti nei quali la loro influenza non è secondaria a livello globale è quella delle relazioni internazionali. Nel perimetro di tale ambito disciplinare, Thomas<sup>5</sup> mette in evidenza un ampio ventaglio di accezioni riferibili alle religioni che merita, in questa sede, di essere richiamato. L'autore fornisce, infatti, una sorta di mappa per orientarsi in un campo molto vasto; allo stesso tempo, è possibile ricavare dal suo sforzo d'analisi spunti di sviluppo in una prospettiva più strettamente filosofico-giuridica.

a) *Le religioni come forma di ideologia*. In una prima accezione, le religioni rappresentano un complesso di idee, implicanti il riferimento a valori fondamentali e assoluti, ed il richiamo a verità con una pretesa di universalità. Per 'verità assolute e universali' s'intendono quelle credenze che dovrebbero essere accettate da ogni individuo in ogni possibile parte del globo<sup>6</sup>. Secondo Thomas, le religioni in questa prima accezione sono "sistemi chiusi di credenze", caratterizzati da scarsi margini di mutabilità. In termini kelseniani, questa idea viene espressa con la specie degli ordinamenti normativi statico-materiali, che, come vedremo in seguito, ben fotografa certi aspetti dei sistemi normativi religiosi, ma ne tralascia molti altri. Potremmo invece chiederci che cosa distingua un'ideologia secolare da una religiosa. Thomas individua il possibile criterio distintivo nel richiamo ad una dimensione assoluta ed ultimativa<sup>7</sup>. Tale criterio, che pone in evidenza quel carattere della normatività religiosa che verrà ripreso nel terzo capitolo, ha però due conseguenze di rilievo: da un lato la trascendenza del religioso ha la capacità di motivare i soggetti ad un'azione anche apertamente di sfida rispetto allo Stato<sup>8</sup> (pensiamo, ad esempio, all'azione della Chiesa cattolica nella Polonia comunista); dall'altro, le rivendicazioni nazionalistiche degli Stati possono anch'esse avvantaggiarsi ed essere amplificate con l'utilizzo di argomentazioni di stampo religioso (pensiamo, ad esempio, alla delicata configurazione delle diverse Chiese Ortodosse). In questo senso il richiamo alla religione, come nella storia non è mancato di avvenire, si può prestare all'uso e all'abuso da parte dei soggetti vestfaliani.

b) *Le religioni come forma di identità*. In questa seconda accezione, le religioni sono "the main source of individual and social identity"<sup>9</sup>. In altre parole,

---

<sup>5</sup> Cfr. S. THOMAS, *Religion and International Conflict*, in K.R. DARK (ed.), *Religion and International Relations*, Londra: Palgrave Macmillan, 2000, pp. 1-14.

<sup>6</sup> Cfr. *ivi*, p. 3.

<sup>7</sup> Per l'autore "moral commitments and policy options derived from religious beliefs, practices, and institutions are associated with the absolute and ultimate" (*ivi*, p. 3).

<sup>8</sup> I fedeli potrebbero infatti "act independently" o addirittura "defy the state" (*ivi*, p. 4).

<sup>9</sup> *Ibidem*.

le credenze religiose rappresentano parti fondamentali delle identità personali e collettive e la religione, riprendendo Huntington, è uno dei fattori capaci di compiere un'opera di persuasione e di mobilitazione degli individui e delle comunità nell'età contemporanea. Questo approccio identitario alle religioni, che vedremo non avere una portata unicamente descrittiva, mette in stridente evidenza gli effetti che il processo di globalizzazione sta producendo. Infatti, quest'ultimo favorisce l'omogeneizzazione delle culture e delle tradizioni, allontanando i soggetti dalle proprie radici. Nonostante questo meccanismo, le religioni sembrano poter giocare un ruolo antagonista di rilievo rispetto ad un "processo di sradicamento e alienazione" dell'individuo globale che si muove e si pensa in spazi sempre più indifferenziati, riaffermando, invece, valori, identità e credenze tanto a livello locale quanto a livello internazionale.

c) *Le religioni come fenomeni transnazionali*. In questo terzo senso, le religioni rappresentano una particolare tipologia di idee su scala transnazionale. La transnazionalità di determinate idee consiste nella loro ampia condivisione tra soggetti portatori di comuni sistemi morali o di credenza<sup>10</sup>. In particolare, le idee religiose transnazionali, secondo l'autore, sono caratterizzate dalla presenza di simboli specifici, testi sacri tradizionali (e questo risulta piuttosto evidente per l'Islam, l'Ebraismo e il Cristianesimo) e figure chiave come profeti, maestri e personalità carismatiche. Inoltre, coloro che vi aderiscono agiscono come una "comunità transnazionale", fortemente impegnata in un'opera di supporto dei suoi membri, valicando i confini dei singoli Stati. Anche in questo caso, la globalizzazione ha avuto un ruolo chiave nella costruzione e nel rafforzamento dei gruppi religiosi transnazionali, distribuiti a livello globale. Allo stesso tempo, essa ha rappresentato altresì l'humus ideale per lo sviluppo dei cosiddetti attori religiosi transnazionali: attori quasi esclusivamente non statali e non governativi, capaci di esercitare la propria influenza tanto nelle decisioni sulle priorità della politica internazionale, quanto nel "vocabolario"<sup>11</sup> delle discussioni politiche<sup>12</sup>. A ciò si aggiunge, dopo la fine della Guerra Fredda, l'importanza sempre più centrale delle cosiddette NGOs religiose nel fornire servizi essenziali in molte parti disagiate del mondo. Esse, come osserva Dupuy, "irritate classical legal scholarship and worry States whose actions they watch and exactions they denounce"<sup>13</sup>. Ed è quindi comprensibile che il ruolo delle agenzie non governative

---

<sup>10</sup>Precisa Thomas, "ideas are said to be 'transnational' when people in many different countries hold to a similar belief system, conception of morality, or believe in particular international laws or international norms" (*ivi*, p. 5).

<sup>11</sup>*Ivi*, p. 8.

<sup>12</sup>Seppur possa sembrare piuttosto paradossale, alcuni attori religiosi transnazionali "have a greater impact on the world stage and receive more foreign policy attention from leading States than many 'weak' States in the international system" (*ibidem*).

<sup>13</sup>P.M. DUPUY, *Conclusion: Return to the Legal Status of NGOs and to the Methodological*

religiose o fondate sul richiamo ai valori di una certa fede non sia più un fenomeno sporadico e marginale, ma rappresenti una realtà destinata probabilmente ad aumentare il suo peso negli equilibri internazionali<sup>14</sup>.

d) *Le religioni come civiltà o aree culturali*. Questo quarto modo di intendere le religioni come “civiltà” o “aree culturali” era tipico del periodo precedente alla Seconda Guerra Mondiale, quando, come spiega Thomas, veniva posto l'accento sullo stretto legame esistente tra religioni, antiche civiltà e collocazione geografica. Dopo la Guerra Fredda, tale approccio alle religioni in termini di civiltà è stato riproposto con successo da Samuel Huntington<sup>15</sup>, con l'assai nota e controversa idea del “clash of civilizations” che ha ampiamente influenzato il dibattito successivo. Lo scontro di civiltà avrebbe sostituito la spaccatura tra Est e Ovest prodottasi nel periodo della Guerra Fredda<sup>16</sup>, innescando un durevole conflitto su base culturale. È piuttosto ovvio il peso che può essere attribuito in questa lettura alla matrice religiosa di tale spaccatura. Occorre però tenere presente il carattere fortemente divisivo e per molti versi amplificatorio di una simile impostazione concettuale, che sembra ricondurre a fattori culturali e religiosi scontri ben più complessi e stratificati.

e) *Le religioni come “comunità interpretative”*. Il quinto modo d'intendere le religioni prende le mosse da una critica verso quelle interpretazioni del fenomeno religioso che tendono a ricondurlo a un fattore monolitico e stabile dell'identità individuale e sociale. Diversamente, le religioni “are not made up of a body

---

*Problems which Arise from the Legal Scholarship*, in P.M. DUPUY, L. VIERUCCI (eds), *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2008, p. 204. Spiega il giurista francese che “the phenomenon is not primarily legal. It is social. It is one of the aspects of the current phenomenon affecting the whole planet and which is for that reason called ‘globalization’. It is by nature transnational. For the old society of States which goes back, beyond its successive transformations, at least to the ‘good old’ treaties of Westphalia, the phenomenon of the international civil society is living proof of the veracity at the international level of the analysis and predictions made by Alexis de Tocqueville at the beginning of the nineteenth century concerning democracy in America. Political democracy leads to a democratization of the social practice of politics” (p. 206).

<sup>14</sup>In seno alle Nazioni Unite è stato infatti creato *The Committee of Religious NGOs*. Tale Comitato si riunisce regolarmente dal 1972 e rappresenta, come possiamo leggere sul suo sito (<https://rngos.wordpress.com/about/>): “a coalition of representatives of religious, spiritual and ethical non-governmental organizations who exchange varying points of view and are dedicated to the pursuit of peace, understanding and mutual respect”. La partecipazione al Comitato “is open to the representatives of any organization which defines its work as religious, spiritual, or ethical in nature, and which is accredited to the United Nations”. Nell'ottobre 2015 trentasette NGOs religiose erano suoi membri.

<sup>15</sup>Cfr. S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilization? The Debate*, New York: Foreign Affairs, Londra: Norton, 1996. Per una lettura sulle religioni in chiave internazionalistica cfr. M. GRAZIANO, *Guerra santa e santa alleanza. Religioni e disordine internazionale nel XXI secolo*, Bologna: il Mulino, 2014.

<sup>16</sup>Cfr. S. THOMAS, *op. cit.*, p. 11.

of static, immutable beliefs, nor are religious groups made up of a body of believers ‘hermetically sealed’ off from the forces of modernization and globalization”<sup>17</sup>. In altre parole, le religioni sono fenomeni dinamici in permanente dialogo con i propri fedeli, con i contesti sociali nei quali si inseriscono e con la politica. L’Islam, il Confucianesimo, l’Induismo, il Cristianesimo e l’Ebraismo hanno propri testi sacri ufficiali, ma l’interpretazione di tali testi e il complesso delle credenze che da essi derivano dovrebbe essere sempre messo in relazione ad un determinato contesto storico. Proprio in questo senso, le religioni vengono intese quali “interpretative communities”, ovvero, comunità viventi nelle quali il significato stesso dell’esperienza religiosa e della stessa religione non è un elemento stabile o immutabile, ma un continuo work-in-progress. Come vedremo nel corso del capitolo, questo modo di intendere le religioni è non solo opportuno, ma si presta ad uno sviluppo proprio in un’ottica di analisi teorico-normativa con riferimento ai sistemi normativi religiosi. Esso, in particolare, pone l’accento su un dato che troppo spesso ha creato fraintendimenti e semplificazioni nell’intendere le religioni: la fissità ed immutabilità che sarebbe loro propria.

f) *Le religioni come forma di soft power*. In questa ultima accezione, le religioni sono descritte come forme di soft powers, una lettura che ha avuto molta fortuna in questi ultimi decenni. Essa muove dalla nota distinzione introdotta da Nye tra soft e strong powers, da intendersi quali due estremi di un’immaginaria linea continua di possibili manifestazioni del potere. ‘Soft power’ indica “the ability to get what you want through attraction rather than through coercion or payments”<sup>18</sup>. Diversamente, Nye intende con ‘strong power’ quella capacità che consiste nell’uso o nella minaccia dell’uso della forza militare, finanziaria, diplomatica. In un secondo tempo, negli anni Duemila, Haynes declina in modo più specifico la nozione di soft power affermando che essa “refers to the capacity of an entity, usually but not necessarily a State, to influence what people do through persuasion, not force or threats”<sup>19</sup>. In sintesi, ciò che è qualificabile con l’espressione ‘soft power’ ricorre in genere alla persuasione (ossia all’abilità di convincere argomentando) e all’attrazione (ossia all’abilità di suscitare l’adesione dei soggetti), mentre ciò che può essere ricondotto alla categoria del ‘strong power’ è *contra nolentes*, non esitando a minacciare l’uso della forza (nelle sue molteplici manifestazioni). Come idee transnazionali, le religioni sono frequentemente descritte come forme di soft powers: esse presenterebbero in-

---

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 13.

<sup>18</sup> J.S. NYE, *Soft Power. The Means to Success in World Politics*, New York: Public Affairs, 2004, p. X. Nye precisa che un soft power “arises from the attractiveness of a country’s culture, political ideals, and foreign and domestic policies. When our policies are seen as legitimate in the eyes of others, our soft power is enhanced” (*ibidem*).

<sup>19</sup> J. HAYNES, *Religious Transnational Actors and Soft Power*, Farnham: Ashgate, 2012, p. 11.

fatti l'abilità di persuadere e attrarre le persone a livello globale, essendo esse stesse spesso incluse o inglobate, come Thomas suggerisce, in soggetti statali e non statali<sup>20</sup>. Secondo lo studioso, l'Islam rappresenta un esempio paradigmatico delle varianti di tale fenomeno. All'interno del variegato mondo islamico, troviamo Stati che si proclamano islamici (come il Pakistan, il Bangladesh, l'Arabia Saudita, l'Iran, la Malesia, il Sudan) e organizzazioni internazionali basate su un'idea transnazionale dell'Islam come l'Organizzazione della Cooperazione Islamica (vera e propria organizzazione internazionale a base statale e ad appartenenza religiosa) e la Lega Mondiale Islamica (come organizzazione non governativa).

Da un punto di vista teorico, si possono avanzare alcune osservazioni in merito all'applicabilità di tale distinzione alle religioni contemporanee<sup>21</sup>. In primo luogo, la grande varietà dei soggetti religiosi presenti nel mondo contemporaneo utilizza abitualmente la propria forza di persuasione o, nei termini di Nye, il proprio soft power tanto nell'esercitare un'azione d'influenza sulle politiche interne e internazionali, quanto direttamente sui singoli soggetti, attraverso il richiamo a determinati valori o la chiamata ad unire gli sforzi per perseguire "lotte" comuni. Ciononostante, tale abilità può accompagnarsi all'uso della forza e della violenza, come, per esemplificare, i casi estremi del terrorismo di matrice religiosa hanno mostrato<sup>22</sup>. Quindi, se adottiamo una definizione assai generica e descrittiva di potere come "the ability to get what you want"<sup>23</sup>, e quindi muovendoci nella stessa prospettiva dell'analisi sin qui richiamata, le religioni contemporanee, intese come macro-categoria di fenomeni enormemente differenziati, hanno dimostrato la capacità di esercitare entrambe le varianti (soft e strong) del potere. In secondo luogo, possiamo davvero affermare che esse rappresentino un soft power o un strong power? Per mantenere la distinzione avanzata da Nye occorrerebbe non tanto concentrarsi su "cosa" siano le religioni, bensì su "come" esse agiscano. In altri termini, sembra che il termine 'potere' sia utilizzato in due significati distinti. Nell'espressione "global powers", 'power' si riferisce a istituzioni o soggetti non statali capaci di esercitare un'influenza a livello globale. Nell'espressione "soft o strong power" delle religioni, invece, 'power' descrive peculiari modalità di esercizio delle proprie abilità. Di

---

<sup>20</sup> Cfr. S. THOMAS, *Religion and International Conflicts*, p. 7.

<sup>21</sup> Per un'analisi complementare mi permetto di rimandare a M. SAPORITI, *The Concept of Sovereignty and the Transnational Challenge of Global Religions. A Theoretical Framework*, in M. BELOV (ed.), *Global Governance and Its Effects on State and Law*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016, pp. 97-111.

<sup>22</sup> Nella recente riflessione filosofico-giuridica italiana, per un focus sullo "Stato islamico" e sugli attacchi di matrice terroristica ad esso collegati cfr. M.C. LOSANO, *La rete e lo Stato islamico. Internet e i diritti delle donne nel fondamentalismo islamico*, Milano: Mimesis, 2017.

<sup>23</sup> J. NYE, *op. cit.*, p. X.

conseguenza, sembra plausibile affermare che le religioni non siano pienamente ascrivibili né alla prima né alla seconda categoria nel mondo contemporaneo. Tale conclusione lascia spazio, forse, per una più specifica e differenziata elaborazione del potere<sup>24</sup> che meglio si adatti a descrivere il ruolo delle religioni contemporanee nella più ampia cornice della teoria delle relazioni internazionali.

### 2.1. *Una ulteriore lettura in termini identitari: le religioni come “nuove nazioni transnazionali”?*

Dopo questa breve, ma necessaria disamina dei differenti modi in cui possono essere descritte le religioni in una prospettiva internazionale, è utile prendere in considerazione un'ipotesi ricostruttiva avanzata da Silvio Ferrari. In un articolo apparso nel 2007<sup>25</sup>, lo studioso propone di considerare le religioni quali “nuove nazioni transnazionali”<sup>26</sup>. Tale ipotesi si presta ad una lettura critica volta a chiarirne la portata e i possibili limiti.

In prima battuta è opportuno mettere in evidenza, nella cornice d'analisi proposta da Ferrari, il ruolo duplice che le religioni possono svolgere su scala globale in due opposte direzioni. Da un lato, esse sono in grado di favorire l'ordine democratico, presente in modo prevalente, benché non esclusivo, nella maggior parte dei contesti nazionali, o di supportare la transizione democratica<sup>27</sup> laddove necessario. In questo senso, si manifesta il loro impegno nella promozione di un mondo pacificato, nel quale la dimensione del conflitto possa essere superata e le divisioni ricomposte secondo le regole proprie della convivenza democratica. La democrazia stessa, se letta prima di tutto come meccanismo procedurale di funzionamento dello Stato costituzionale di diritto, è un sistema che non sfavorisce pregiudizialmente gli attori religiosi. Nell'esercizio di prerogative sovrane interne, ad esempio, essi hanno spesso dimostrato l'abilità di orientare la discussione politica e il processo di decisione legislativa con riferimento a materie delicate che stavano loro particolarmente a cuore (come l'edu-

---

<sup>24</sup> In tale direzione, sembra assai interessante l'idea elaborata da Grygiel di ‘power of statelessness’, quale categoria di mezzo tra religioni e politica. Sul punto cfr. J. GRYGIEL, *The Power of Statelessness*, in *Policy Review*, 154, 2009, pp. 39-50. La Chiesa Cattolica rappresenterebbe un perfetto esempio in tal senso.

<sup>25</sup> Cfr. S. FERRARI, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1, 2007, pp. 3-14. In questo paragrafo mi rifarò a molte intuizioni e spunti che ho tratto da questo articolo.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>27</sup> Un esempio paradigmatico in tale senso è rappresentato dall'influenza della Chiesa cattolica e, in particolare, dell'allora pontefice Giovanni Paolo II nella transizione democratica non solo della Polonia, ma in generale dell'area centro ed est europea.

cazione, la famiglia, le questioni bioetiche)<sup>28</sup>. Ma anche nell'esercizio di prerogative sovrane nella sfera esterna, alcuni attori religiosi non hanno esitato ad incoraggiare la classe politica a recepire determinati valori nel perseguimento di strategie dal forte impatto sull'intero scacchiere internazionale.<sup>29</sup>

Dall'altro lato, gli attori globali religiosi rappresentano un potenziale *contro-modello* per un ordine nazionale fondato esclusivamente sulla sovranità dei tradizionali soggetti vestfaliani. Tale contro-modello può essere espressamente contrario alla preservazione di qualsiasi ordine pubblico a base democratica: qui il riferimento piuttosto ovvio è a quelle forme di organizzazioni terroristiche di matrice religiosa (come Al-Qaeda e Boko Haram) che estremizzano e corrompono il messaggio religioso, caricandolo di valenze oppressive e di violenze inumane. Diversamente, e senza alcun riferimento al militantismo violento e distruttivo del terrorismo, le religioni possono dar vita ad un contro-modello nei termini di un "alter-ego" autorevole rispetto agli Stati-nazione. È proprio in questa prospettiva che può leggersi l'ipotesi avanzata da Ferrari di considerare le religioni come "nuove nazioni transnazionali"<sup>30</sup>. Rispetto ad essa, si può altresì tentare di costruire idealtipicamente un parallelo con lo Stato-nazione.

Sono stati per lunga tradizione individuati tre elementi "costitutivi" di quella forma di organizzazione politica che chiamiamo Stato: 1) un territorio, come spazio ben identificato attraverso il riferimento a frontiere e confini; 2) una popolazione permanente, come insieme umano presente in modo stabile su un determinato territorio (elemento intrecciato a doppio filo, per molti versi, con l'idea di Nazione); 3) un governo, come autorità legittima dotata del monopolio dell'uso esclusivo della forza<sup>31</sup> (attraverso un apparato militare). Come ha scritto Irti<sup>32</sup>, espressione di questo modello di organizzazione politica è il "geodiritto", una tipologia di normatività che incontra nel confine e nel territorio

<sup>28</sup> Per un focus sulla cosiddetta "politics of intimacy" cfr. K. DOBBELAERE, A. PÉREZ-AGOTE (eds), *The Intimate. Polity and the Catholic Church*. Leuven: Leuven University Press, 2015.

<sup>29</sup> A tale proposito, è stata ampiamente sottovalutata l'influenza esercitata da determinati valori riconducibili alla Chiesa evangelica nei discorsi di G.W. Bush durante le campagne militari americane. Per un approfondimento rimando a B. LINCOLN, *Bush's God Talk*, in H. DE VRIES and L. E. SULLIVAN (eds), *Political Theologies. Public Religions in a Post-Secular World*, New York: Fordham University Press, 2006, pp. 269-277.

<sup>30</sup> S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 10.

<sup>31</sup> Si può menzionare un ulteriore elemento: la capacità di entrare in relazione con altri Stati (come l'art.1 della Convenzione di Montevideo prevedeva). Questi elementi, che sopra ho indicato come "costitutivi", per lunga tradizione, dello Stato, presentano profili non trascurabili di anacronismo, soprattutto alla luce dell'attuale configurazione del sistema internazionale. Nella mia analisi mi sono riferito ad essi non in termini dogmatici, bensì come ad un possibile modello idealtipico ed astratto rispetto al quale costruire un parallelismo che potesse risultare funzionale all'ipotesi formulata da Ferrari.

<sup>32</sup> Cfr. N. IRTI, *op. cit.*

che esso delimita il suo elemento fondativo. Questa opera che consiste nel “limitare e circoscrivere”<sup>33</sup>, “includere ed escludere”, separare “chi sta dentro da chi sta fuori”<sup>34</sup> crea soggetti ad identità variabile, alcuni parte integrante e a pieno titolo della *Civitas*, altri esclusi dalle società nazionali.

Proviamo ora a traslare, riferendole alle religioni, le categorie identificate nel precedente esercizio idealtipico per lo Stato, facendo tesoro delle intuizioni di Ferrari. Com'è quasi superfluo precisare, molto dipende dalla religione che stiamo considerando, potendo variare grandemente alcuni concetti in relazione al caso specifico. Tuttavia, lo sforzo è in questo caso quello di tentare un approccio molto generico e astratto, che permetta di identificare caratteristiche comuni o assonanze categoriali nella vasta gamma dei fenomeni religiosi. In primo luogo alla categoria del territorio nazionale dello Stato corrisponde il non-territorio delle religioni, ovvero uno spazio che manca radicalmente di confini che circoscrivano: in questo senso esso è pienamente uno spazio transnazionale. In secondo luogo, alla nozione di popolazione permanente presente in uno spazio limitato, che grazie al richiamo all'idea di Nazione diventa Popolo oltre che popolazione, corrisponde l'idea di una comunità mondiale di fedeli o di membri di un gruppo etnico specifico a base religiosa. In terzo luogo, alle autorità legittime che esercitano in modo esclusivo la forza o la coercizione corrispondono differenti tipologie di autorità che potremmo indicare con l'espressione latina *auctoritates*. Queste ultime sono in grado di influenzare le azioni dei soggetti attraverso la persuasione dello spirito<sup>35</sup>, e sono quindi dotate di una forza diversa nei presupposti e nei mezzi, ma non necessariamente così differenti nel guidare o motivare la condotta degli individui. Infine, al “geo-diritto” dei soggetti vestfaliani corrisponde il “teo-diritto” dei soggetti religiosi globali, come Ferrari osserva. Esso forza e oltrepassa le frontiere, “senza perdere la forza di attrazione che deriva da un'identità e una appartenenza storicamente e geograficamente collocate”<sup>36</sup>. Inoltre, l'idea dell'identità locale e territoriale dello Stato Nazione viene sostituita all'identità come “appartenenza”<sup>37</sup>, accettazione o adesione. In questo senso, il teo-diritto religioso ricopre funzioni importanti, conferendo potenzialmente uno status a livello globale e un'appartenenza preziosa a chi si professa credente.

Mi permetto di muovere due obiezioni minori alla ricostruzione proposta da Ferrari. In primo luogo, l'idea delle religioni come “nuove nazioni transnazionali” è immaginativa ed efficace, riuscendo a fornire, anche agli studiosi che non si

---

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 111.

<sup>34</sup> S. Ferrari, *op. ult. cit.*, p. 9.

<sup>35</sup> Non consideriamo in questo caso quelle manifestazioni violente e terroristiche a cui ci siamo riferiti sopra.

<sup>36</sup> S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 8.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

occupano direttamente di questi temi, una rappresentazione globale del fenomeno con un forte richiamo semantico. Tuttavia, essa sembra basarsi su un'idea molto generale e quasi ipostatizzata di cosa sia una religione, che è un prisma di fenomeni molto complessi e ben più differenziati. In questo senso, ci si può chiedere cosa sacrifici (e fino a che punto sia opportuno farlo) l'approccio sintetico di Ferrari. In secondo luogo, da un punto di vista strettamente teorico, il concetto di "nazione transnazionale" non sembra fornire una cornice del tutto coerente. Infatti, alla luce delle categorie tradizionali, il concetto vestfaliano di Stato opera un'identificazione della Nazione nello Stato, in un processo di inglobamento, contenimento e omogeneizzazione identitaria a base geografica. Diversamente, le categorie giuridiche e politiche che esprimono questo "andare oltre la territorialità statale" sono quelle dell'internazionalità e della sovranazionalità, che comportano, in misure e con meccanismi differenti, conferimenti parziali di poteri sovrani<sup>38</sup>. A meno di non cambiare radicalmente lo sfondo teorico di riferimento, operazione che però andrebbe meglio specificata, parlare di nazione transnazionale significa pensare ad una nazione cosmopolitica, ossia ad una "non-nazione" in senso tecnico, anche nel mondo post-vestfaliano nel quale ci troviamo.

Ma a prescindere da queste modeste osservazioni, e per non fraintendere la portata dell'analisi dalla quale abbiamo preso le mosse, è importante sottolineare che Ferrari si riferisce al concetto di nazioni intendendole come "centri d'identità e di appartenenza", o di nazioni come identità. In tale prospettiva, la sua lettura in chiave identitaria diventa più convincente se considerata in un'ottica descrittiva, come quella del paragrafo precedente<sup>39</sup>. Ma essa diventa indirettamente rilevante anche se letta da un punto di vista più strettamente teorico-normativo. In tal senso possiamo individuare due possibili esiti dell'intuizione di Ferrari. Da un lato, superando l'idea dell'identità come semplice sinonimo di origini territoriali, le religioni sono in grado di costruire un forte senso di appartenenza ad una sfera normativa, la normatività religiosa, la cui alterità si fonda innanzitutto su un'esistenza che prescinde da e spesso precede quella degli Stati sovrani e dell'idea di Nazione intorno alla quale si sono costituiti. In tale scenario, le religioni, come Remotti ha ben sintetizzato, rappresentano il più forte strumento di costruzione dell'identità personale, se non il "prototipo del-

---

<sup>38</sup>Sui processi attraverso i quali gli Stati conferiscono poteri alle organizzazioni internazionali cfr. D. SAROOSHI, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2005. In linea con l'analisi di Ferrari, quando Sarooshi affronta "The ontological function of sovereignty", egli osserva che "it continually generates discussion on, and contributes to the formulation, formation, and identification with, the concept of a community. Sovereignty has been used to constitute societies but also to exclude from societies" (p. 11).

<sup>39</sup>In questa linea ricostruttiva cfr. A. WENDT, *A Social Theory of International politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

l'identità" <sup>40</sup> per eccellenza. Dall'altro, emerge dall'analisi di Ferrari anche un elemento politico e normativo: le religioni non hanno mai rinunciato al proprio ruolo di costruttori d'identità anche nel più secolarizzato dei mondi possibili. Sembra attraversare l'analisi di Ferrari l'idea che più la globalizzazione si fa strada, più gli Stati perdono le proprie identità particolari e, contemporaneamente, meno gli Stati si dimostrano in grado di fornire identità convincenti a nuove e vecchie generazioni, più le religioni si rivelano capaci di catturare e canalizzare identità in cerca di formanti. Ciò non significa, però, che l'identità religiosa non sappia esercitare un'azione sintonica e potenziante rispetto ad identità nazionali particolari. Questo è quanto accade tipicamente in alcune parti del mondo musulmano, ma che più in generale rivela come la sfera normativa religiosa possa agganciarsi, attraverso il canale dei movimenti o partiti politici nazionalisti, alla sfera statale <sup>41</sup>.

Nel mondo contemporaneo, quindi, le religioni globali sembrano mostrare il loro antico e ambivalente ruolo verso lo Stato, come catalizzatrici di una Nazione o come credibile sostituto per qualunque tipo di Nazione a base statale. Dobbiamo forse leggere nell'analisi di Ferrari la rivendicazione in atto da parte di alcuni soggetti religiosi del proprio ruolo pre-vestfaliano?

### *3. Un approccio normativo alle religioni*

Essendo l'analisi normativa del concetto di sovranità e dei suoi meccanismi di interazione con le religioni il focus principale di questa seconda parte, un passaggio essenziale consiste nel trovare l'approccio più adeguato per analizzare specificamente le religioni. Il precedente paragrafo ha inteso rendere conto di prospettive utili con le quali è possibile guardare al mondo religioso contemporaneo, in alcuni casi anche valicando il piano meramente descrittivo. Nel complesso emerge, a ben vedere, un dato difficilmente negabile: le religioni sono attori multiformi, influenti e meritevoli di grande attenzione. Com'è però possibile rendere conto di tale complessità in termini teorici? E com'è possibile far dialogare l'espressione normativa degli attori religiosi con quella degli attori statali?

Da tali interrogativi si sviluppa il tentativo di analisi teorico-giuridica che seguirà. In essa farò uso di categorie che sono espressione della cultura occidentale nella quale mi sono formato. In altri termini, sono ben consapevole di come molte delle distinzioni binarie e dicotomiche che adotterò sono culturalmente condizionate dal modo in cui guardo al mondo, conscio della complessità forse irriducibile in termini teorici del fenomeno religioso e della

---

<sup>40</sup> F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Roma-Bari: Laterza, 1996, pp. 42-43.

<sup>41</sup> Come il caso dell'Hindu nationalist Bharatiya Janata Party in India nel 2014.

sua altrettanto irriducibile alterità rispetto ad alcune forme di razionalità. In particolare, guardando ai diritti religiosi con uno strumentario teorico-giuridico e filosofico-giuridico certo non neutrale, spero di non incorrere nel pericolo di una “deformazione iper-razionalista” delle religioni e dei loro diritti<sup>42</sup>, appiattendone le peculiarità al fine di fornire un'immagine certo unitaria, ma piuttosto distorta. Più in generale, vi è una difficoltà ben più radicale in questo ambito di studi. Di essa sono ben conscie le scienze sociali delle religioni quando si trovano a dover proporre una definizione appropriata e unitaria del proprio oggetto di studio<sup>43</sup>. Stante questa pluridimensionalità dell'espressione religiosa anche all'interno della medesima “religione”, credo sia opportuno accostarsi al fenomeno religioso scegliendo una prospettiva specifica, funzionale a condurre un'analisi altrettanto specifica, con l'ulteriore consapevolezza della parzialità e migliorabilità di tutte le osservazioni che seguiranno.

### 3.1. *Le religioni come centri di produzione normativa*

In prima battuta, propongo di adottare la seguente ridefinizione: le religioni sono centri di produzione normativa<sup>44</sup>. Con l'espressione ‘produzione normativa’ intendo il processo di creazione di norme da parte delle comunità religiose, quali formazioni sociali che possono avere forma istituzionalizzata e possono presentare figure al proprio interno dotate di autorevolezza ed autorità verso i propri appartenenti. Nella letteratura anglosassone esse vengono anche definite con l'espressione “nomoi groups”, come Shachar propone in un suo noto li-

---

<sup>42</sup> Ringrazio per questa espressione e per questo saggio avvertimento Alessandro Ferrari, al quale devo molte delle correzioni di rotta in questa ricerca e al quale esprimo, una volta ancora, tutta la mia gratitudine per la sua generosità.

<sup>43</sup> Alla domanda “che cosa è la religione?”, un'illustre sociologa francese dell'ebraismo, Martine Cohen, ebbe la cortesia di rispondermi: “cosa sia una religione in modo unitario è piuttosto difficile dirlo: ci sono più che altro realtà religiose”. In termini simili Alessandro Ferrari: “Certamente ci sono i buddhisti, ma forse non c'è *il* Buddhismo”.

<sup>44</sup> Nel tentativo di fornire una plausibile definizione di cosa sia una ‘religione’, Leiter (B. LEITER, *Why Tolerate Religion*, Princeton: Princeton University Press, 2012) identifica tre principali caratteristiche. La prima, in linea con l'analisi proposta in questo capitolo, è proprio la normatività categorica dei comandi religiosi. Secondo l'autore, essa implica “demands that must be satisfied no matter what an individual's antecedent desires and no matter what incentives or disincentives the world offers up” (p. 34). Leiter considera la normatività religiosa soprattutto da un punto di vista morale, mentre egli non prende in considerazione la prospettiva del diritto religioso, come invece qui mi propongo di fare. Oltre alla normatività categorica, Leiter suggerisce altre caratteristiche peculiari delle religioni: l'isolamento delle credenze religiose dalle prove e dalla ragione (insieme alla presenza di “metaphysics of ultimate reality”) e la capacità delle religioni di fornire consolazione esistenziale per “the basic existential facts about human life, such as suffering and death” (p. 52).

bro<sup>45</sup>. Per evitare trasposizioni inaccurate e incomplete, preferisco adottare la ridefinizione formale sopra proposta, ponendo al contempo una questione di non poco peso: è possibile affermare che nel mondo globalizzato nel quale viviamo le religioni sono centri di produzione non soltanto normativa, ma specificamente giuridico-normativa?

Rispondere affermativamente a questa domanda, ovvero sostenere che la produzione normativa delle religioni sia qualificabile in termini di 'diritto' e che le rispettive norme siano quindi giuridiche, equivale ad assumere il punto di vista proprio del pluralismo giuridico. Come ha avuto modo di spiegare Facchi<sup>46</sup>, l'approccio pluralistico al mondo del diritto ha avuto origine agli inizi del secolo scorso in seno al dibattito antiformalistico, sollevando dispute ancora in corso tra i teorici del diritto. In particolare, l'idea centrale del pluralismo giuridico è quella secondo la quale il diritto statale è soltanto una delle possibili espressioni di ciò che indichiamo con il termine 'diritto': occorrerebbe più correttamente dare conto di una pluralità di sistemi normativo-giuridici diversi rispetto a quello statale. Se consideriamo uno dei più noti sostenitori contemporanei del pluralismo giuridico a livello internazionale, Tamanaha, egli mette in evidenza sette non esaustive categorie del diritto, distinguendo tra il diritto statale, il diritto consuetudinario, il diritto internazionale, il diritto transnazionale, il diritto indigeno, il diritto naturale e il diritto religioso<sup>47</sup>.

L'approccio pluralista trova in Santi Romano e nell'idea di istituzionalismo che egli riesce a sviluppare la sua formulazione *par excellence*. Una formulazione, occorre aggiungere, avversata dai normativisti come Bobbio<sup>48</sup>, il quale, seppur riconosceva benevolmente alla teoria di Santi Romano una giusta reazione al riduzionismo statalista<sup>49</sup>, certo non le risparmiava la critica radicale di volersi

<sup>45</sup> Qui il riferimento è a A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

<sup>46</sup> Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari: Laterza, 2008, pp. 37–41. Per un approfondimento, rimando all'ampio apparato bibliografico indicato in nota dall'autrice.

<sup>47</sup> Cfr. B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 225-230. Secondo Tamanaha, il diritto religioso "refers to those bodies of law that are directly associated with a religion. Obvious examples of this are Islamic law, Hebrew law, and the canon law of Catholicism. Again, the key for inclusion to this category is that people in the social arena see the particular religious norms at issue as a 'law'. Turn the other cheek may be a Christian value, but it is not ordinarily thought of as a 'law'. A law under Catholicism is that one may not divorce (albeit with several escape clauses) or take a life. As with the previous category, when there is a disagreement in a given social arena regarding whether something constitutes a religious value or a religious law, that is not an analytical problem but rather an informative dispute" (pp. 227-228).

<sup>48</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il diritto come regola di condotta*, in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, pp. 7-15.

<sup>49</sup> In questo senso, il portato più rilevante dell'istituzionalismo di Romano è il superamento del

proporre come modello alternativo al normativismo, senza aver opportunamente valutato la priorità della dimensione normativa su quella dell'organizzazione e dell'istituzione sociale, necessitando l'organizzazione stessa di norme per regolare il proprio funzionamento. In breve, la normatività, per Bobbio, era da assumere come dato non solo privilegiato, ma come prerequisito necessario allo sviluppo di una qualsiasi istituzione, la quale, nel linguaggio di Romano, proprio in quanto istituzione sociale rappresentava di per sé un ordinamento giuridico<sup>50</sup>.

La questione che nella nostra fase storica si pone, però, è quella di valutare se la riduzione di tutta la giuridicità alla sola normatività di origine statale (in tutte le sue possibili articolazioni: internazionale, sovranazionale etc.) e la riconduzione dello sguardo pluralista ad un approccio meramente sociologico e non teorico al diritto non siano piuttosto datate. L'esistenza di una qualche fondatezza in merito a tale dubbio sembra essere dimostrata dai tentativi che sono stati avanzati in seno alla stessa filosofia del diritto contemporanea di concepire nuovi modi di rappresentare il diritto, come la teoria dialettica di Ost e Kerckhove<sup>51</sup>, i quali hanno proposto di sostituire l'immagine della rete a quella della pi-

---

monismo statalistico e l'apertura verso una prospettiva pluralista. Anche riguardo a tale apertura, però, diventano in ogni caso difficilmente superabili i rilievi critici bobbiani richiamati sopra.

<sup>50</sup>Intendendo per 'istituzione' "ogni ente o corpo sociale" (p. 35), Romano (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni: Firenze, 1951) sostiene che esistano "tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni" (p. 106). Con particolare riferimento allo Stato, egli esclude che "esso sia divenuto l'unico ente che decida del carattere giuridico degli altri ordinamenti sociali" (p. 113). Al di là della sua proposta di qualificazione in termini giuridici di qualsivoglia organizzazione sociale, punto che maggiormente presta il fianco a critiche e obiezioni teoriche, è interessante il seguente rilievo che Romano propone: "È quindi perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume, delle c.d. convenzioni, dell'economia, delle regole tecniche, ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di una istituzione" (pp. 44-45). Questo passaggio, se letto in termini molto generali, può essere inteso come un riconoscimento della "possibilità di giuridicizzare" ambiti molto distinti tra loro; con particolare riferimento all'ambito religioso, trovo tale rilievo di estrema pertinenza. Inoltre, con riferimento specifico alla Chiesa (cattolica romana), Romano esclude nettamente che essa derivi dallo Stato il suo carattere giuridico: "L'ordinamento della Chiesa e quello di ciascuno Stato per le materie ecclesiastiche sono due diversi ordinamenti che hanno una propria sfera, delle fonti proprie, una propria organizzazione, delle proprie sanzioni, e non costituiscono, l'uno insieme all'altro, una vera unità. [...] Fra il primo e il secondo possono esserci delle coincidenze, come, viceversa, delle antinomie; possono appoggiarsi, presupporre, riconoscersi a vicenda, come anche contrastarsi e disconoscersi" (p. 120). Segue a ciò una osservazione molto interessante: "lo Stato può affermare sulla Chiesa la sua sovranità" e "la Chiesa, in forza della sua autonomia, che non le deriva dallo Stato, ma che riposa sul suo stesso ordinamento, esplica la sua potestà verso i fedeli, gli enti di cui è costituita e quelli con cui viene in relazione, compreso lo Stato" (p. 121).

<sup>51</sup>Sul punto cfr. F. OST, M. VAN DE KERCKOVE, *Pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002. Segnalo, in

ramide kelseniana per spiegare le complesse dinamiche normative che sono in atto<sup>52</sup>. Tale tentativo sembra rispondere ad un'inquietudine pienamente condivisibile: la coesistenza ed interazione tra differenti sistemi normativi che insistono sugli individui come fatto che necessita, però, di un'adeguata spiegazione sul piano teorico. Il policentrismo normativo dell'età globalizzata, in altre parole, porta a chiedersi se non sia opportuno riprendere alcune intuizioni di Romano, senza aderirvi acriticamente, soprattutto con riferimento alla sfera normativa propria delle religioni.

A tale proposito, è opportuno ricordare, adottando il linguaggio di Romano, "la rilevanza" del diritto religioso di fronte a quello statale. Tale rilevanza è riconosciuta senza particolari problemi e da lungo tempo soprattutto tra gli studiosi di diritto ecclesiastico. Assai significativo a tal proposito è quanto segnala Prélot, secondo il quale affermare la prevalenza del diritto statale non equivale a negare l'esistenza del diritto delle religioni: "Il existe ainsi certaines formes de relevance que l'on peut dire 'atténuée', où le droit étatique se réfère au droit religieux, et lui confère ainsi une certaine forme de juridicité indirecte"<sup>53</sup>. Prendendo le mosse da queste osservazioni, è possibile porci almeno due questioni di rilievo. In primo luogo, possiamo chiederci se l'esistenza non di norme religiose, bensì di diritti religiosi sia davvero legata al "riconoscimento indiretto" che ne fa il diritto statale, oscillando il loro rapporto tra due estremi: la totale irrilevanza o la totale sovrapposizione con il diritto statale stesso<sup>54</sup>. In secondo luogo, possiamo chiederci se la "giuridicità indiretta" riconosciuta dal diritto statale alle norme religiose vada intesa quale riconoscimento di un carattere che prima non era proprio di tali norme, postulando (ed è questo il nodo centrale del problema) che l'attributo della giuridicità appartenga unicamente alla norma

---

particolare, il primo capitolo, nel quale gli autori illustrano le ragioni della progressiva inappropriatezza del modello ordinamentale piramidale per spiegare realtà come il "modello europeo", il quale rivelerebbe piuttosto "la logique régulatoire propre aux figures en réseau" (p. 65). Rimando altresì ad un testo postumo di uno studioso di rara sensibilità e lucidità, che si esprimeva proprio nella direzione dello sviluppo di un modo nuovo di guardare al diritto e alla normatività religiosa: E. DIENI, *Diritto & Religione vs. "nuovi" paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del Diritto Ecclesiastico civile*, a cura di A. ALBISETTI, G. CASUSCELLI, N. MARCHEI, Milano: Giuffrè, 2008.

<sup>52</sup> Uno dei problemi che pone una simile ricostruzione teorica (non diversamente da qualsiasi altra ricostruzione teorica) è quello dei valori che sono sottesi alla sua adozione. In altri termini, quali sono le scelte di valore sottese e presupposte ad una rappresentazione reticolare e non piramidale del diritto?

<sup>53</sup> P.-H. PRÉLOT, *Le droit des Églises dans l'État*, in *Transversalités*, 93, 2005, p. 117.

<sup>54</sup> In questo senso è interessante quanto afferma Tamanaha: "religious law often has its own independent institutional existence; also it is often intertwined with and incorporated into the state legal system; and occasionally it is the state legal system (as in a theocracy) (*op. cit.*, p. 228). Nulla vieta, poi, che tale irrilevanza o sovrapposizione venga letta da un punto di vista teorico in senso biunivoco, riguardando tanto l'ordinamento statale verso quelli religiosi quando l'esatto contrario.

statale, e che essa soltanto possa conferirlo in modo parziale e circoscritto a forme di normatività che non promanino dall'ordinamento. In altri termini, si pongono alcune questioni alle quali cercare di dare una risposta: solo il diritto statale è "vero" diritto<sup>55</sup>? È giustificato confinare le norme religiose alla sola sfera della normatività morale rispetto a quella giuridica delle norme statali? Quanta parte di questa operazione è giustificata da fondate ragioni di tipo teorico e quanta, invece, da motivazioni di tipo ideologico (la difesa di un modello unitario di diritto come prodotto di una certa forma di organizzazione politica dello Stato)? Come evitare, quindi, un approccio essenzialistico al diritto?

Si potrebbe tentare di affrontare la questione in una prospettiva pluralista, considerando l'esistenza di sfere di norme aventi rilevanza giuridica differente con al centro il singolo individuo. Tra di esse il primato della norma statale, la sua giuridicità, non è fondato sulla sua necessaria preesistenza in termini temporali, né sulla sua imprescindibilità in termini epistemologici, né su una struttura che le è peculiare in modo esclusivo, potendo assumere alcune espressioni di normatività religiosa l'esatto ruolo del diritto statale (come già avviene in alcuni contesti geo-politici), a patto di tenere ben presente il cambiamento radicale del modello di Stato che ne risulterebbe. Se queste considerazioni sono plausibili, allora giungiamo ad affermare che il primato del diritto statale e la sua "riserva di giuridicità" sono fondati sulla previsione di due meccanismi: un meccanismo di garanzia proceduralizzata della sua validità, che permette di individuare le norme giuridiche in senso pieno agli occhi dello Stato; un meccanismo di garanzia rinforzata della sua efficacia rispetto a qualsiasi altra espressione normativa, che consente di prescindere dall'accettazione spontanea dei suoi destinatari. Tali garanzie si declinano, nell'architettura dello Stato costituzionale di diritto, attraverso strumenti differenziati di esercizio della forza e della coercizione verso tutti i soggetti. Alla luce di ciò, non sembra così implausibile sostenere che noi consideriamo la norma statale come sola e unica norma giuridica poiché essa rappresenta l'espressione autentica della sola e unica forma di organizzazione politica legittima: lo Stato. Diversamente, se letto nella cornice di tale organizzazione politica (nella variante dello Stato costituzionale di diritto) e delle sue categorie, il diritto religioso, se di diritto si tratta, sarebbe caratterizzato da una forma di validità attenuata, mitigata e filtrata attraverso l'ordinamento giuridico statale, nel quale l'adesione volontaria dei soggetti<sup>56</sup> alle norme religiose sembra

---

<sup>55</sup>Posta in questi termini, tale questione suona alquanto naïve e piuttosto retorica. In realtà non si tratta di una contrapposizione "vero *vs* falso diritto", sulla base dell'assunto che non esiste un diritto del quale possa predicarsi la verità, se intesa in termini logici. Semmai questa domanda mette in causa il problema della costruzione di definizioni e delle scelte di valore che a tali definizioni di 'diritto' sono sottese.

<sup>56</sup>A questo proposito afferma Prélot che "L'acceptation authentique de la liberté de conscience individuelle imposée par l'État constitue une révolution dogmatique fondamentale pour les ordres religieux [...]. Elle signifie que le droit religieux n'a de force obligatoire qu'à l'égard de

ricoprire un'importanza centrale. È pur sempre lo Stato, in sintesi, ad autorizzare una prevalenza "relativa" delle norme religiose su quelle secolari. Come uscire da questo circuito chiuso?

Nella dinamica appena descritta, l'individuo assume il ruolo di potenziale ponte di collegamento tra normatività statale e normatività religiosa, quest'ultima non più da intendersi come unicamente relegata al *foro interno* dei soggetti. È però l'accento posto sull'importanza della volontaria adesione alle norme religiose a porre una questione per molti versi decisiva: possiamo affermare che "un droit qui oblige ceux qui le veulent bien n'est pas vraiment du droit"<sup>57</sup>? Se ci muovessimo in un'ottica squisitamente giuspositivista e ordinamentale, dovremmo rispondere affermativamente a tale domanda, poiché la giuridicità che riferiamo alla norma statale si traduce nel superamento dell'accettazione dei soggetti: il diritto in tal senso è *contra nolentes*<sup>58</sup>. Si potrebbe avanzare, però, anche una risposta negativa, ponendoci in una prospettiva differente, ma non opposta. Chiamerò questa prospettiva con l'espressione *pluralismo giuridico ponderato*, ossia una prospettiva pluralista che non equipara con un certo indifferentismo una qualsiasi espressione di normatività alle altre, bensì concepisce e articola diverse espressioni di giuridicità in potenziale interazione tra loro e ne valuta la rilevanza, la portata e "il peso" per i singoli individui in relazione ad una serie di parametri oggettivi. Tali parametri potrebbero consistere, per esemplificare: nei mezzi previsti a garanzia dell'efficacia delle norme (come la varietà delle sanzioni<sup>59</sup> utilizzate) e nella tipologia di forza o coercizione impiegata (fisi-

---

ceux qui acceptent sa sanction ce qui, en définitive, conduit à remettre en cause sa nature même de droit" (*op. ult. cit.*, p. 122).

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Il riferimento è ovviamente a Kelsen, il quale qualifica il diritto come "tecnica sociale specifica di un ordinamento coercitivo [...] è la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria" (H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano: Edizioni di Comunità, 1959, p. 19). In questo senso Kelsen contrappone il diritto agli altri "ordinamenti sociali" (morale e religione) che ne condividono gli obiettivi.

<sup>59</sup> In questo senso, Kelsen, anche sulla scorta di sue poderose indagini sociologiche precedenti (cfr. H. KELSEN, *Society and Nature* (1943), tr. it. *Società e natura. Ricerca sociologica*, Torino: Bollati Boringhieri, 1992), sostiene la necessità di distinguere tra "sanzioni trascendenti" (proprie della religione) e "sanzioni immanenti". Le sanzioni religiose sarebbero quelle "provenienti da un'autorità sovrumana", proprie del primo ordinamento sociale esistente che aveva "carattere del tutto religioso". Ad esse, nello sviluppo storico, sono seguite le "sanzioni immanenti", ossia "organizzate", "da eseguirsi da un individuo determinato dall'ordinamento sociale secondo quanto questo dispone". Nella ricostruzione dell'autore, lo sviluppo storico ha portato all'abbandono del carattere religioso dell'ordinamento sociale e ad una funzionalizzazione dell'ordinamento religioso che diviene suo "complemento" e "sostegno" (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, pp. 16-17). Questa distinzione tra "trascendenza" ed "immanenza" delle sanzioni che sarebbero proprie di ordinamenti sociali diversi va ripresa con attenzione. In primo luogo, e senza considerare

ca o psicologica); nell'importanza che riveste l'adesione volontaria dei soggetti in funzione al rispetto delle norme; nel campo totale o parziale di applicazione soggettiva e oggettiva di tali norme; negli effetti che una condotta difforme alle norme ha sulla vita personale, sociale o comunitaria del singolo. Ricondurre la giuridicità al solo ambito di applicazione potenziale o effettiva della forza (fisica) in base alla previsione di norme e fare del diritto "il monopolio della forza" rappresentano forme di riduzionismo della giuridicità alla sua sola espressione statale, che non è un'affermazione neutrale, né una conclusione logicamente necessitata. Tale identificazione è piuttosto il prodotto storico di quel processo di "razionalizzazione normativa" che ha segnato la nascita dello Stato moderno. Si tratta quindi di una identificazione storicamente condizionata e profondamente relativa.

Possiamo fornire un ulteriore argomento per riconoscere una qualche plausibilità alla tesi dell'autonoma rilevanza giuridica delle norme di alcune religioni (ossia di una rilevanza che non dipende dalla cornice ordinamentale statale) ricorrendo ad alcune intuizioni di Kelsen, un uomo, come l'ha definito Riccobono, sebbene "rigorosamente laico, attratto, come pochi altri filosofi del diritto del Novecento, da tematiche religiose"<sup>60</sup>.

Diversamente da qualsiasi altro ordinamento giuridico parziale<sup>61</sup> costituito nella cornice dell'ordinamento giuridico totale dello Stato, come sono tutte le persone giuridiche, i sistemi normativi religiosi, in modo molto più accentuato

---

lo scritto postumo di Kelsen (cfr. H. KELSEN, *Religione secolare*, nel quale l'obiettivo "polemico" lo porta a smontare una serie di "fraintendimenti" relativi all'identificazione della religione con determinate ideologie), le considerazioni dell'autore emerse dai passaggi qui riportati vanno circoscritte al contesto ricostruttivo che egli stesso esplicita, individuando un progressivo sviluppo di differenti ordinamenti sociali. Se invece esse fossero riferite alle differenti religioni nella loro concreta esistenza storica, tale distinzione si farebbe ben più sfumata. In chiave normativa, Kelsen afferma, però, che "le sanzioni prescritte dalle norme religiose hanno un carattere trascendente; non si tratta di sanzioni organizzate socialmente, pur essendo disposte dall'ordinamento religioso" (p. 20). Tuttavia, se la fonte ultima di una norma religiosa è trascendente, esiste una normatività religiosa positiva, posta dagli esseri umani e quindi immanente quanto alla sua fonte (si pensi banalmente al diritto canonico e al ruolo giocato dalla tradizione), come immanenti, nei termini indicati da Kelsen, sono le sanzioni ("vantaggi o svantaggi") da essa derivanti. In secondo luogo, l'autore cerca di individuare il *proprium* del diritto come tecnica sociale che attraverso l'uso potenziale o effettivo della forza manifesta il suo carattere coercitivo. Anche in questo caso, però, esistono diritti religiosi che presentano esattamente gli stessi elementi, come il diritto islamico. L'impressione è che lo sforzo lucidissimo compiuto da Kelsen nell'identificare le caratteristiche peculiari del diritto rispetto ad altre forme di normatività si risolva in un appiattimento del giuridico ad un certo modello di organizzazione sociale che lui presuppone implicitamente.

<sup>60</sup>F. RICCOBONO, *Kelsen e la religione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, p. 134. Sul rapporto tra teologia e scienza giuridica, nonché religione e democrazia nel pensiero kelseniano, rimando alla puntuale ricostruzione critica esposta in questo saggio.

<sup>61</sup>Come ben risaputo, nei suoi *Lineamenti di dottrina pura* Kelsen riconduce a tale nozione l'idea di persona giuridica.

per alcune religioni e ben più sfumato per altre, non si concepiscono nella cornice del diritto secolare, bensì esse stesse si atteggiano ad autonoma cornice di riferimento per ogni altra espressione normativa. Questo non significa affatto che i due ambiti oggettivi di applicazione delle norme religiose e secolari debbano coincidere per forza, come vedremo. Se il diritto religioso non si concepisce a partire dalle norme dello Stato, esso presenta una sua autonoma esistenza e, agli occhi dell'ordinamento giuridico, esso possiede altresì una sorta di giuridicità in potenza, potendo trovare applicazione in ambiti nei quali le norme statali prevedono una disciplina concorrente o non prevedono alcuna disciplina. Se l'esistenza delle religioni e dei loro apparati normativi può ben prescindere dallo Stato, lo stesso non si può affermare per la loro esistenza legittima all'interno dell'ordinamento giuridico statale. Ecco, quindi, che quest'ultimo, nel modello dello Stato costituzionale di diritto, si atteggia, in un certo qual modo, a garante delle religioni e dei loro apparati normativi, non in termini assoluti, bensì sempre a fronte del rispetto di determinati principi non negoziabili<sup>62</sup> anche nell'esercizio della sfera di autonomia interna che loro è propria.

Più in generale, l'individuo è la categoria epistemologica imprescindibile per cogliere la portata dell'età dei diritti umani. L'individuo stesso, con una diversa rappresentazione, è punto d'incontro di "competing normative systems"<sup>63</sup>: egli stesso è quindi un *cluster di normatività differenti* che possono richiedere obbedienze tra loro incompatibili. Questa è la ragione per la quale un approccio pluralista critico, che non equipari ogni espressione normativa e giuridica alle altre, ma ne colga le peculiarità e le interazioni può risultare utile per articolare, armonizzare e dipanare un certo grado di complessità normativa che sempre più ci caratterizza. In tal senso, le considerazioni sin qui proposte rappresentano un modesto tentativo di spiegazione e di chiarimento di nodi delicati, non certo per chiudere ampi fronti di dibattito, bensì per aprirne di ulteriori.

Prima di affrontare le caratteristiche peculiari del diritto religioso e dei sistemi giuridici religiosi occorre una precisazione ulteriore per non incorrere in una eccessiva semplificazione e in una forma di criticabile riduzionismo. Possiamo certamente concepire le religioni come strutturazioni di apparati normativi<sup>64</sup> in senso ampio, ma non tutte le religioni come strutturazioni di apparati normativi in termini giuridici, come invece faremmo se accettassimo integral-

---

<sup>62</sup> In questo senso vi è l'idea che i diritti umani siano diritti sopra e dentro lo Stato; diritti che attraverso l'individuo, che ne è titolare, e lo Stato, che ne è primo garante, vincolano qualsiasi formazione sociale nella quale i soggetti esprimono la propria personalità e le proprie inclinazioni.

<sup>63</sup> J. VANDERLINDEN, *Religious Laws as Systems of Law – A Comparatist's View*, in A. HUXLEY (ed.), *Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law*, Abingdom: Routledge, 2002, p. 180. Rimando alle pagine di questo saggio per una ricognizione sul pluralismo giuridico e la normatività religiosa.

<sup>64</sup> Ringrazio Patrizia Borsellino per il confronto e la messa a punto di molte delle precisazioni qui esposte.

mente l'approccio pluralista di Santi Romano. Alcune di esse, ed in modo molto chiaro alcune religioni storiche, presentano una strutturazione in termini giuridici e politici del tutto simile alla giuridicità statale ed esse stesse danno vita a sistemi di diritto ben più risalenti degli ordinamenti giuridici nazionali. Ma la costellazione delle credenze religiose è talmente ampia ed articolata che ricondurre tutte in modo onnicomprensivo all'espressione di una normatività giuridica comparabile a quella statale sarebbe una forzatura non dissimile a quella che Hart imputava a Kelsen per mantenere l'unità della sua teoria. Diremo, allora, che le considerazioni che seguono ben si prestano a spiegare la normatività propria di determinate religioni e non di qualunque possibile espressione di un credo religioso, essendo la nozione stessa di religione qualcosa di assai sfuggente e teoricamente problematico.

### 3.2. Il diritto religioso

Un input fondamentale all'analisi della normatività propria delle religioni è stato fornito in modo particolare dagli studiosi di diritto comparato delle religioni. Un contributo di grande interesse, in tale senso, è quello di Silvio Ferrari<sup>65</sup>, nei cui studi si legge il tentativo di offrire un inquadramento prima di tutto teorico ai fenomeni normativi analizzati. Nelle parti che seguiranno verranno richiamate e sviluppate in chiave teorico-giuridica molte delle sue intuizioni, allo scopo di ricondurre a concetti e categorie proprie della filosofia del diritto occidentale l'ampia categoria dei diritti religiosi.

Una questione in un certo senso preliminare riguarda il concetto stesso di diritto. Quando applicato alle religioni, il termine diritto presenta un significato "non pienamente sovrapponibile a quello che gli è dato in riferimento agli stati"<sup>66</sup>. Se la tradizione giuridica occidentale tende a definire la sfera del giuridico disancorandola, almeno formalmente, dalla sfera morale in senso stretto, forme di diritto religioso come *dharmā*, *sharia* o *halachā* prevedono norme comportamentali che esulerebbero dall'ambito del giuridicamente rilevante<sup>67</sup>, il che non significa, in termini puramente teorici, che tali norme possano invece essere rese pienamente giuridiche all'interno di uno Stato. Emerge, quindi, da queste poche considerazioni come la stessa categoria di "diritto" assuma contorni e contenuti allo stesso tempo più ampi (ricadendo nelle materie disciplinate comportamenti giuridicamente indifferenti per l'ordinamento) e più ristretti (non essendo il diritto religioso da intendersi a campo totale come e sul modello del

---

<sup>65</sup> Il riferimento è in particolare a S. FERRARI, III. *Il diritto comparato delle religioni*, in ID (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Bologna: Il Mulino, 2008, pp. 35-56. Le sue considerazioni e ricostruzioni sono state la base di partenza per sviluppare la presente analisi.

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 39.

<sup>67</sup> Cfr. *ibidem*.

diritto statale) rispetto all'orizzonte giuridico che ci è più familiare.

Nel tentativo di individuare la modalità più corretta per inquadrare la legge religiosa, potremmo recuperare la tradizionale distinzione adottata dai filosofi del diritto tra teorie del diritto positivo e teorie del diritto naturale<sup>68</sup>. Cercando di schematizzare i tratti caratterizzanti le prime, possiamo affermare che:

- a) la legge è un prodotto esclusivamente umano;
- b) non esiste una “connessione necessaria” tra diritto e morale<sup>69</sup>, mentre può darsi una relazione contingente tra i due ambiti: la validità di una legge non dipende, in termini bobbiani, dalla sua rispondenza a criteri di giustizia e la legge ingiusta rimane pur sempre legge;
- c) la validità formale e sostanziale è l'attributo imprescindibile delle norme all'interno di un ordinamento giuridico: essa dipende dal rispetto delle procedure previste da parte di soggetti dotati di competenza e di determinati vincoli contenutistici che assicurano la permanenza di una norma in un ordinamento;
- d) nel caso di un contrasto con altre forme di normatività, è il diritto positivo a prevalere e a dover essere rispettato.

In termini simili possiamo schematizzare i tratti caratterizzanti le teorie del diritto naturale:

- a) esistono norme meta-giuridiche di carattere assoluto e universale e principi indisponibili e cogenti per ogni individuo;
- b) vi è una “connessione necessaria”<sup>70</sup> tra diritto e morale: una legge ingiusta non è propriamente legge;
- c) la giustizia è l'attributo imprescindibile delle norme all'interno di un ordinamento giuridico<sup>71</sup>: una legge si dice giusta quando rispetta specifiche norme meta-giuridiche e principi gerarchicamente superiori alla legge positiva;
- d) in caso di contrasto con il diritto positivo, il diritto naturale presenta una “superiore obbligatorietà”<sup>72</sup> e deve quindi essere obbedito.

Se volessimo adottare questa dicotomia, la legge religiosa dovrebbe collocarsi

<sup>68</sup> Per una ricostruzione di ampio respiro in chiave sia storica che filosofico-giuridica rimando a P. BORSELLINO, *Diritto positivo e diritto naturale. Le origini e gli sviluppi*, in A. BONOMI, N. PASINI, S. BERTOLINO (a cura di), *Struttura della società. Valori e politica*, Torino: UTET, 2010, pp. 8-29. Rimando altresì ad un classico della letteratura filosofico-giuridica: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari: Laterza, 2018.

<sup>69</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Diritto e morale*, in ID., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 15.

<sup>70</sup> Cfr. *ivi*, p. 9.

<sup>71</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Giustizia, validità, efficacia*, in ID., *Teoria generale del diritto*, pp. 23-44.

<sup>72</sup> F. D'AGOSTINO, *Diritto naturale*, in E. BERTI, G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, Roma: Ave, 1993, p. 219, cit in S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 39.

nell'alveo delle teorie del diritto naturale, ma con tre importanti precisazioni. In primo luogo, lo stesso concetto di natura può grandemente variare da una tradizione religiosa all'altra. Per evitare definizioni troppo specifiche, in questo contesto, sulla linea di quanto sembra suggerire Ferrari, possiamo definire 'naturale' quanto trascende, ovvero esiste al di fuori e al di sopra della condizione umana. In secondo luogo, la stessa categoria del "diritto naturale" si trova chiaramente espressa e si è storicamente sviluppata in alcune specifiche tradizioni religiose, come quella cristiana, ed in altre può essere ricostruita contenutisticamente<sup>73</sup>. Nonostante le molte differenze "nel modo di intendere il rapporto tra [...] principi immutabili e le loro traduzioni storiche"<sup>74</sup>, però, bisogna sempre tenere presente che la distinzione tra diritto positivo e diritto naturale è pur sempre figlia di una certa tendenza dicotomica propria della cultura che definiamo occidentale. In terzo luogo, il diritto religioso, dovrebbe leggersi come *genus* della *species* diritto naturale, essendosi avute, nel corso della storia, importanti versioni "secolari" del diritto naturale, che al concetto di Dio sostituivano, ad esempio, quello della ragione umana.

Proprio da questa terza considerazione appena esposta, emerge l'importanza di identificare i caratteri specifici del diritto religioso all'interno della più ampia categoria del diritto naturale. In tal senso, possiamo distinguere cinque rilevanti specificità dei diritti religiosi<sup>75</sup>. Innanzitutto, essi fanno riferimento all'"esistenza di una legge o un ordine che precede la persona umana e le fornisce una guida"<sup>76</sup>. Quindi la trascendenza, ovvero la non completa riconducibilità alla di-

---

<sup>73</sup> Per una lettura dialogica del giusnaturalismo in seno alla tradizione ebraica, cristiana e islamica cfr. A.M. EMON, M. LEVERING, D. NOVAK, *Natural Law. A Jewish, Christian and Islamic Dialogue*, Oxford: Oxford University Press, 2014. Sulla configurabilità e l'adottabilità della nozione di diritto naturale e di giusnaturalismo all'interno delle differenti tradizioni religiose, è di estrema pertinenza quanto osserva Emon: "there can be no "natural law" tradition in Islamic law because the very idea and phrase "natural law" does not occur in Islamic legal history. [...] I suspect that similar criticisms can be applied to any other attempt to articulate a natural law approach from traditions other than the Christianized Western one" (p. 46). In tal modo, questo giurista esperto di diritto islamico (il quale ha suggerito di distinguere tra "hard and soft natural law" in seno alla medesima tradizione giuridica) da un lato invita a non fermarsi al mero dato letterale quando si cercano riferimenti in merito a istituti o idee, dall'altro, però, esprime, come ho cercato di sottolineare più volte, che l'approccio dicotomizzante tra diritto positivo e diritto naturale è fortemente legato al contesto culturale occidentale, alle sue categorie e alla sua storia. Questo non significa che non possa essere applicato anche a tradizioni differenti, a condizione di tenere ben presente la relatività delle "scatole concettuali" con le quali cerchiamo di decodificare il mondo.

<sup>74</sup> S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 38. Sul punto cfr anche S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna: il Mulino, 2002.

<sup>75</sup> Ho cercato di sistematizzare le prime quattro caratteristiche a partire dai contributi offerti da Ferrari.

<sup>76</sup> S. FERRARI, *III. Il diritto comparato delle religioni*, p. 48.

mensione umana e alla sua immanenza, è un elemento fondamentale per i sistemi giuridici religiosi. Secondo, essi si fondano su una forma eteronoma di moralità: il loro fondamento è in un'autorità, un'entità o un ordine superiore ed esterno rispetto all'uomo. Più in generale, si può discutere se un credo religioso riveli unicamente una forma eteronoma di moralità per un soggetto, o se invece, e più correttamente, l'autonomia individuale possa vedere nella scelta di una morale eteronoma una sua possibile espressione. Tuttavia, in un'ottica teorico-normativa, l'eteronomia è qui da intendersi con riferimento alla fonte e al fondamento della regola religiosa. Sebbene il diritto religioso dia un'importanza incomparabilmente superiore alla sfera intima dei soggetti rispetto alla legge secolare, l'eteronomia che le è propria indica che la coscienza e la ragione individuale non sono il suo fondamento ultimo<sup>77</sup>. Terzo, la non completa riducibilità dei diritti delle religioni "alla loro sostanza razionale, etica o consuetudinaria"<sup>78</sup>: l'esistenza, cioè, di uno scarto, di uno spazio di non-traducibilità in termini completamente razionali della norma religiosa. Essa può infatti riferirsi a idee, come la salvezza dell'anima o il mantenimento dell'ordine cosmico, che non possono essere pienamente ricondotte a categorie razionali, ad evidenze empiriche e a controlli intersoggettivi sui quali si fonda l'epistemologia delle scienze moderne. Quarto, i diritti religiosi presentano due peculiarità: una "immutabilità relativa e non assoluta"<sup>79</sup> e un'assolutezza temperata. Con riferimento alla prima, l'immutabilità rappresenta la caratteristica frequentemente riferita al diritto delle religioni da chi non è familiare con tali espressioni normative. Diversamente, il diritto delle religioni è relativamente immutabile, ovvero non è immutabile affatto in termini assoluti, perché "diritto vivente nella storia" e chiamato a rispondere ad esigenze legate alla mutevolezza del contesto geografico e politico e alla situazione sociale contingente<sup>80</sup>. L'assolutezza, invece, indica la posizione gerarchica apicale della legge divina rispetto a qualsiasi altra fonte normativa, quasi a fissare un criterio generale per la sua prevalenza rispetto alla legge positiva umana in caso di contrasto. Ma, una volta ancora, anche tale assolutezza va relativizzata fortemente, avendo rivelato le tradizioni religiose una certa abilità nello sviluppare e accomodare "il principio della superiorità della legge divina"<sup>81</sup> nella convivenza inevitabile con la legge umana. Ciò è avvenuto grazie allo sviluppo di raffinate tecniche di interpretazione giuridica proprio in seno alle tradizioni giuridiche religiose, capaci di temperare e moderare i contrasti e le incompatibilità via via nascenti con il diritto positivo statale. È bene altresì

---

<sup>77</sup> Cfr. *ivi*, p. 42.

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 46.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 47.

precisare che nel quadro di questa analisi l'assolutezza non sta ad indicare la pretesa validità delle norme religiose per tutti i soggetti, il loro contro-universalismo rispetto ai diritti positivi degli ordinamenti. Esistono in alcune religioni principi di portata universale che valgono non solo per i propri appartenenti, ma ciò è questione differente. L'assolutezza temperata alla quale si fa qui riferimento riguarda un meccanismo di risoluzione delle antinomie che si vedrà meglio più avanti.

A questi quattro tratti caratterizzanti il diritto religioso, ne aggiungiamo un quinto di primo peso. Il diritto religioso, come il diritto naturale, è un diritto *personale*<sup>82</sup>, non un diritto territoriale, come quello vestfaliano. In altre parole, sebbene possa variare profondamente da un contesto territoriale ad un altro mantenendosi comunque nell'alveo della stessa tradizione religiosa<sup>83</sup>, le norme proprie del diritto religioso "seguono" metaforicamente i credenti (e in alcuni casi l'umanità tutta), a prescindere dalla loro localizzazione geografica specifica e dal contesto politico nel quale si trovano. Essendo il diritto a base territoriale una tipica connotazione del giuspositivismo vestfaliano, è piuttosto evidente che i diritti umani, così come interpretati successivamente al Secondo conflitto mondiale, hanno rappresentato un cambio radicale di passo in tale senso. Nel loro essere allo stesso tempo diritti non territoriali ed universali quanto alla loro titolarità, e diritti positivi in senso tecnico, essi rappresentano un elemento di sovrapposizione da tenere in primaria considerazione rispetto alla sfera normativa delle religioni.

### 3.3. *Gli ordinamenti a base religiosa*

Una volta tratteggiati gli elementi caratterizzanti il diritto religioso, o meglio, i diritti delle religioni, possiamo volgere il nostro sguardo ai sistemi giuridici religiosi<sup>84</sup>. Tali ordinamenti, come ricordato sopra, si strutturano intorno al concetto di giustizia, mentre gli ordinamenti giuridici positivi al concetto di validità della norma prodotta. A tale proposito, come suggerisce Ferrari, è bene distinguere tra i sistemi giuridici religiosi orientali e quelli monoteistici (in particolare con riferimento all'Ebraismo, all'Islam e al Cristianesimo)<sup>85</sup>. Nei primi, il concetto di giustizia è strettamente connesso con l'idea di ordine: un "ordine natu-

---

<sup>82</sup> In questa accezione, vorrei sottolineare l'identificazione uomo-persona propria di tali prospettive.

<sup>83</sup> Alessandro Ferrari mi ha suggerito per indicare questa caratteristica del diritto religioso l'idea della sua "potenziale localizzazione".

<sup>84</sup> Per un utile approccio ordinamentale alle principali religioni cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici: introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna: il Mulino, 2004.

<sup>85</sup> Cfr. S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 50.

rale delle cose”, che non solo serve come metro di valutazione dei comportamenti umani, ma che vincola come soggetti attivi e passivi le stesse divinità<sup>86</sup>. Ecco che in seno a queste tradizioni emerge un concetto di giustizia non come conformità a ordini indisponibili e promananti dall’alto, ma come modo di vivere “in armonia con l’ordine naturale, rispecchiandolo nella propria vita”<sup>87</sup>, all’interno di un incessante processo di cambiamento. Diversamente, in seno ai secondi vi è l’idea di un “Dio legislatore, che rivela la propria legge agli uomini”<sup>88</sup>: il diritto degli esseri che ha creato deve quindi essere posto in conformità con i precetti dettati dal proprio Creatore.

Per meglio comprendere la struttura teorico-giuridica dei sistemi normativi religiosi, però, è utile riconsiderare la distinzione introdotta da Kelsen tra sistemi normativi statici e dinamici. In particolare, come leggiamo nei suoi *Lineamenti*, egli riconduce i sistemi della morale alla categoria degli ordinamenti statico-materiali, nei quali tutte le norme “sono riferibili ad una norma fondamentale, sotto il contenuto della quale si può sussumere il contenuto delle norme che costituiscono l’ordinamento”<sup>89</sup>. Per Kelsen, quindi, tutti i sistemi normativi propri della morale (e quindi anche i sistemi religiosi) sono statici, mentre quelli giuridici, essendo strutturati intorno ad un criterio procedurale di validità normativa, sarebbero aperti potenzialmente a nuove norme e nuovi contenuti, senza che venga modificata la norma fondamentale. I primi, quindi, difetterebbero in termini hartiani di quella tipologia particolare di norme secondarie che sono le “rules of change”<sup>90</sup>, le quali garantiscono la dinamicità dell’ordinamento. Da questa ricostruzione<sup>91</sup> deriva la qualifica dei sistemi giuridici religiosi come sistemi statici. Tuttavia, possiamo chiederci se tale conclusione sia appropriata e, soprattutto, se i sistemi giuridici religiosi non siano assai meno statici di quanto abitualmente si ritenga.

Ci sono almeno due controargomenti che si possono muovere alla ricondu-

<sup>86</sup> Cfr. *ibidem*. In questo senso cfr. anche W. MENSKI, *Hindu Law as a «Religious» Legal System*, in A. HUXLEY (ed.), *op. cit.*

<sup>87</sup> S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 50.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino: Einaudi, 2000, p. 95. Identiche formulazioni troviamo in H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 113.

<sup>90</sup> Cfr. H. HART, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 95: “The simplest form of such a rule is that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or of some class within it, and to eliminate old rules”.

<sup>91</sup> Tale ricostruzione è ben richiamata in S. FERRARI, *Religioni, diritto, comparazione*, in S. FERRARI, G. MORI (a cura di), *Religioni, diritti, comparazione*, Brescia: Morcelliana, 2003, p. 42. Ferrari rimanda anche all’analisi di Conte, il quale richiama il Decalogo come esempio di sistema normativo statico (cfr. A.G. CONTE, *Ordinamento giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino: UTET, 1965, p. 50).

zione dei sistemi religiosi nell'alveo degli ordinamenti statici. Il primo è squisitamente storico e deriva dalla constatazione che l'esistenza spesso millenaria delle tradizioni giuridiche religiose rivela la loro adattabilità agli inevitabili cambiamenti sociali, poiché i sistemi giuridici vivono sin quando rispondono a determinati bisogni delle comunità alle quali si rivolgono<sup>92</sup>. Dovremmo quindi sempre tenere presente, come abbiamo richiamato sopra, la relativa immutabilità dei sistemi religiosi, i quali presentano "regole di mutamento" assolutamente peculiari rispetto a quelle presenti negli ordinamenti umani positivi, delle quali occorrerebbe elaborare meglio la configurazione e i meccanismi di funzionamento, ma senza le quali qualsiasi sistema normativo (compreso quello religioso) sarebbe destinato ad estinguersi. Il secondo controargomento è invece di tipo epistemologico. Quando Kelsen afferma che la deduzione è il processo logico fondamentale nella produzione di norme all'interno di un sistema statico, egli spiega in modo parziale un fenomeno che è ben più complesso, almeno nell'ambito delle religioni. La deduzione è un processo di derivazione logica che partendo da premesse generali giunge a conclusioni logicamente necessarie; ma essa rappresenta soltanto uno tra i possibili meccanismi operanti all'interno di un sistema morale, forse quello che si caratterizza per il maggior grado di rigidità. Alla luce di ciò, dovremmo piuttosto prendere in considerazione l'esistenza di un'ampia gamma di strumenti interpretativi, tra i quali ad esempio il procedimento analogico<sup>93</sup>, che sfuggono alla stringenza del ragionamento deduttivo e che sono stati elaborati e perfezionati nel corso di secoli nei dibattiti dottrinali tra giuristi, teologi e autorità spirituali all'interno delle comunità religiose. In altre parole, esiste un'intrinseca dinamicità<sup>94</sup> all'interno dei sistemi giuridici religiosi che non può essere appiattita o ridotta attraverso il richiamo a dicotomie lucide, ma assai limitanti. Riformulando la preziosa concettualizzazione kelseniana, possiamo tentare di descrivere i sistemi normativi religiosi come *sistemi dinamici di norme, con al vertice una norma fondamentale con un contenuto definito*, dalla quale, attraverso un'ampia gamma di strumenti interpretativi e logici, viene ricavato un numero indeterminato di norme. La dinamicità di tale procedimento è tale che il contenuto di tali norme può a tal punto variare da legittimare in epoche differenti precetti fra loro incompatibili.

---

<sup>92</sup> In questi termini cfr. S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 43.

<sup>93</sup> Sulla struttura del ragionamento analogico e sulle critiche avanzate alla ricostruzione fornita in merito da Bobbio cfr. P. BORSELLINO, *L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985, 62, 1985, pp. 3-39.

<sup>94</sup> Già Scarpelli aveva criticato la caratterizzazione kelseniana degli ordinamenti morali, ponendo l'accento sull'inappropriatezza della loro riconduzione a sistemi normativi deduttivi e statici. Cfr. U. SCARPELLI, *Diritto*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, I, Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1985, pp. 181-193 (in particolare rimando alle considerazioni eposte a p. 188).

### 3.4. Una peculiare forma di contro-sovrani 

All'esito dell'analisi sin qui esposta, la quale ha ricondotto le religioni a centri di produzione normativa (dei quali il diritto religioso ne rappresenta l'espressione), potremmo domandarci se sia sostenibile impiegare il concetto di sovranit , in termini normativi e non teologici, anche con specifico riferimento al diritto religioso.

In una prospettiva normativa, esistono due assunti di principio in ogni ordinamento giuridico religioso. Come abbiamo mostrato sopra, il primo concerne l'esistenza di una struttura gerarchica tra tutte le possibili fonti normative che regolano la vita degli individui. Per i credenti e gli appartenenti alle comunit  religiose, il diritto religioso e, laddove presente, il diritto divino   posto *prima facie* al vertice di tale struttura gerarchica. L'espressione 'prima facie' sta ad indicare in questo caso che la superiorit  gerarchica della legge religiosa deve essere presa in termini formali e non da un punto di vista pratico o applicativo. Il secondo assunto deriva dal primo e pu  essere considerato come la regola di chiusura fondamentale di ogni sistema giuridico religioso: *prima facie*, il diritto religioso deve prevalere sul diritto umano positivo quando si genera un conflitto normativo.

Possiamo altres  ricondurre anche il modello vestfaliano di diritto positivo a due assunti di principio simili e opposti. Il primo riguarda l'assoluta prevalenza e l'incontestato dominio della norma positiva statale o del diritto statale nelle sue multiformi manifestazioni su ogni possibile fonte normativa regolante la vita degli individui, come le norme religiose. Inoltre, in tale prospettiva, la legge positiva rappresenta l'esclusiva espressione normativa dell'organizzazione politica dello Stato. Il secondo assunto di principio  , anche in questo caso, una conseguenza del primo: la legge statale (secolare) prevale su qualsiasi altra fonte normativa quando si viene a creare una situazione di contrasto o, meno drammaticamente, una sovrapposizione tra discipline normative concorrenti. Soltanto il diritto positivo statale ha titolo per valutare accomodamenti o la creazione di soluzioni differenti, garantendo, ad esempio, status speciali a soggetti credenti o esenzioni particolari sulla base di motivazioni religiose o morali.

Per comprendere le implicazioni complessive di tale dinamica, l'approccio pluralistico pu  essere molto utile. Consideriamo, infatti, il caso estremo di un conflitto tra diritto statale e diritto religioso, una situazione che potremmo descrivere come il prodursi di un'antinomia: non sarebbe possibile adempiere ad un obbligo positivo o negativo fissato dal diritto secolare senza violare un precetto religioso e viceversa. Se seguissimo l'approccio giuspositivistico e monistico al diritto, si verrebbe a creare un'antinomia in senso normativo, ma non in senso giuridico<sup>95</sup>, essendoci un contrasto tra due sfere normative, rispetto alle

---

<sup>95</sup> Per una riflessione teorica sulle antinomie in ambito giuridico, seppur risalente, cfr. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino: Giappichelli, 1959.

quali, però, la giuridicità e la cogenza andrebbero unicamente riferite alla fonte statale. Diversamente, se riconsiderassimo tale situazione in un'ottica pluralistica, tale contrasto antinomico diventerebbe propriamente giuridico, perché si assume che entrambe le norme siano valide, dotate di giuridicità e applicabili alla medesima situazione.

Il prodursi di un caso di antinomia tra diritto statale e diritto religioso fornisce l'opportunità per provare a formulare una peculiare forma di sovranità da parte delle religioni. Infatti, essendo la sovranità l'attributo quintessenziale dello Stato vestfaliano, modello che anche nella sua attuale configurazione non è certo superato, possiamo definire *contro-sovrano* l'attributo proprio del sistema giuridico religioso, il quale si ricollega alla norma generale di chiusura che prevede la prevalenza ultimativa della norma religiosa su quella secolare. Nella medesima prospettiva normativa, la *sovranità*<sup>96</sup>, della quale non abbiamo ancora tratteggiato una soddisfacente analisi concettuale, è quell'attributo proprio del sistema giuridico statale, il quale si ricollega alla norma di chiusura che prevede l'assoluta prevalenza del diritto statale sul diritto religioso e su qualsiasi altra forma di normatività che regoli la vita degli individui<sup>97</sup>.

Il dispositivo teorico che mette in relazione la sovranità statale alla contro-sovrano religiosa è, in modo piuttosto prevedibile, il concetto di persona. Il diritto religioso è un diritto personale, vivente in una tensione tra identità, universalità e localismo, che lo può rendere assai variabile da un luogo all'altro. In tale prospettiva, la categoria di 'persona' sta ad indicare l'individuo in senso biopsicologico, come membro di una comunità religiosa, e in alcuni casi dell'intera famiglia umana<sup>98</sup>, nonché, in alcune prospettive specifiche, essa indica forme di vita umana in fasi precedenti all'evento della nascita<sup>99</sup>. Diversamente, il diritto statale è un diritto territoriale, il quale declina all'interno del proprio territorio il concetto di persona in termini kelsenianamente normativi e non semplicemente fattuali. In altre parole, il diritto statale identifica non solo l'insieme di diritti e di doveri di cui un soggetto può essere titolare, ma, soprattutto, nel decidere normativamente "chi è persona" (ovvero chi sia dotato di personalità da un punto di vista giuridico), esso localizza il loro centro di imputazione in termini

---

<sup>96</sup>Rifacendoci alle due specie della sovranità (interna ed esterna), ci riferiamo in questo caso alla componente interna della sovranità di uno Stato.

<sup>97</sup>Se volessimo considerare, sulla scorta di Santi Romano, le organizzazioni criminali, per esse potrebbe individuarsi non una dinamica contro-sovrano, bensì "anti-sovrano", essendo il loro scopo non già quello di relazionarsi in termini dialettici con lo Stato, bensì quello di sostituirsi ad esso, con un mero esercizio di forza e di controllo su persone e su territori.

<sup>98</sup>In questo senso, la legge religiosa potrebbe avere una vocazione universale, sebbene diverse tradizioni religiose discriminano tra individuo e individuo, tracciando a loro volta un perimetro di appartenenza.

<sup>99</sup>Questo approccio anche normativo al concetto di persona verrà ripreso più avanti in relazione al "livello personale" (cfr. par. 5.3).

non necessariamente coincidenti con il livello bio-psicologico sul quale si attesta la norma religiosa. Queste considerazioni verranno meglio sviluppate al termine di questo secondo capitolo. In questa sede, però, è importante mettere in evidenza come la sovranità delle norme statali e la contro-sovranià delle norme religiose pongano il dispositivo della persona al centro di un meccanismo dialettico e identifichino tale meccanismo, in un “gioco di prospettive” non sempre definite. In tal senso, se assumiamo la prospettiva di alcune religioni, è lo Stato ad esercitare una contro-sovranià sui singoli soggetti e in alcune aree geo-politiche tale ribaltamento è quanto mai evidente nei casi in cui è il diritto dello Stato a modellarsi interamente a partire dalla norma religiosa<sup>100</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, si può cogliere ancor meglio il passaggio epocale rappresentato dai diritti umani, come diritti fondamentali positivi di ogni individuo inteso, però, come essere umano in senso bio-psicologico. In questo modo, essi superano da un punto di vista normativo la tradizionale logica territoriale del diritto sovrano. Fissando, almeno formalmente, una giurisdizione universale della comunità internazionale su ciascuno Stato con riferimento alla loro tutela e rispetto, il diritto internazionale ha sottratto allo Stato la competenza di definire normativamente “chi è persona”: in altri termini, non vi possono più essere “non persone”, ovvero, in questa accezione, non vi possono essere individui privi di un nucleo essenziale di diritti, i quali sono legittimati al loro esercizio in virtù della loro semplice appartenenza al genere umano. Pur con tutte le criticità legate alla loro effettività e alla debolezza degli strumenti predisposti per la loro tutela, l’esistenza di un riconoscimento positivo per i diritti umani ha infatti prodotto un cambiamento difficilmente negabile da un punto di vista teorico, con conseguenze affatto trascurabili rispetto a quella dinamica sovrana e contro-sovrana descritta sopra.

Dopo aver ricondotto in questi termini la normatività di tipo religioso e fornita una possibile ricostruzione del modo in cui sfere normative diverse possono interagire, concentreremo ora la nostra attenzione sul concetto di sovranità statale, nel tentativo di elaborarne una decostruzione formale, utile ad articolare gli strumenti attraverso i quali lo Stato esercita funzioni o prerogative sovrane nei confronti delle religioni.

#### 4. *Verso una decostruzione formale del concetto di sovranità*

Un’operazione preliminare rispetto all’individuazione di possibili livelli di esercizio delle funzioni normative sovrane degli Stati verso le religioni consiste

---

<sup>100</sup>Come la prima parte di questa ricerca ha cercato di mostrare, è bene tenere presente il meccanismo dialettico attraverso il quale le entità statali si sono concepite, sviluppate ed affermate rispetto alle religioni, non tanto per il loro aspetto dottrinale, bensì con riferimento alle loro espressioni specificamente normative nei confronti degli individui-*subjects*.

nell'analisi del concetto stesso di sovranità in termini teorico-giuridici. L'obiettivo è quello di giungere ad una ridefinizione formale e funzionale della sovranità, distinta e autonoma rispetto alla sua connotazione "ideologica" o al suo portato politico. A tale scopo, richiamare le diverse spiegazioni di tale concetto che sono state date nella riflessione filosofico-giuridica e teorico-giuridica fornisce utili riferimenti orientativi per individuare quale sia il migliore punto di partenza per successive elaborazioni.

#### 4.1. *Un approccio dicotomico alla sovranità*

Il concetto di sovranità è stato al centro di critiche pervasive e di letture controverse nel corso del secolo scorso. Sperando di non essere troppo didascalico, vorrei richiamare nei termini essenziali la contrapposizione più radicale a riguardo. Il riferimento è ovviamente a Kelsen e Schmitt, il primo impegnato a destituire di qualunque fondamento il concetto di sovranità, il secondo ad affermarne il carattere necessario all'interno di un ordine politico.

Con riferimento a Kelsen, come ha osservato Carrino, egli rifiuta radicalmente l'idea di sovranità, il suo "dogma"<sup>101</sup>. La sovranità andrebbe radicalmente eliminata<sup>102</sup>, perché espressione "antidemocratica e imperialistica"<sup>103</sup> di una certa idea di Stato. In accordo con tale idea, Kelsen si fa promotore di un approccio monista verso il diritto e in particolare verso l'ordinamento internazionale<sup>104</sup>, al quale appartengono, come ordinamenti parziali, i singoli ordinamenti nazionali. Essendo l'ordinamento giuridico internazionale "originale, esclusivo e universale"<sup>105</sup>, Kelsen smantella il concetto di sovranità statale perché "giuridicamente inconsistente" e "logicamente contraddittorio". Infatti, non soltanto lo Stato non è altro che l'ordinamento giuridico, ma affermare che uno Stato è sovrano significa postulare che uno specifico ordinamento giuridico è superiore agli altri o supremo in termini assoluti, rivelando così quella "relazione normologica tra inferiore e superiore"<sup>106</sup>, come l'ha definita

---

<sup>101</sup> Cfr. A. CARRINO, *Logistic Normativism: the Wiener Rechtstheoretische Schule*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, Londra: Springer, 2016, p. 62.

<sup>102</sup> Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen: Mohr, 1920. Nella versione italiana: H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, a cura di A. CARRINO, Milano: Giuffrè, 1989.

<sup>103</sup> D. ZOLO, *Sovranità*.

<sup>104</sup> Sul contributo kelseniano alla teoria del diritto internazionale cfr. C. NITSCH, *Diritto e forza nella comunità degli Stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Napoli: Satura Editrice, 2012, in particolare si veda p. 137 e ss.

<sup>105</sup> D. ZOLO, *op. cit.*

<sup>106</sup> F. RICCOBONO, *Le due nature del concetto kelseniano di sovranità*, in A. CARRINO (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 132. In

Riccobono, nella quale si sostanzia l'impiego stesso del concetto. Tale posizione è assai controintuitiva per Kelsen poiché gli Stati non possono essere allo stesso tempo ugualmente sovrani e ognuno di essi supremamente sovrano: ecco perché "la sovranità dell'uno Stato è inconciliabile con la sovranità di un altro"<sup>107</sup>. Essendo gli Stati sistemi giuridici parziali all'interno di un cosmopolitico ordinamento giuridico internazionale o *Civitas Maxima*, l'unico autentico "senso logico-giuridico" della sovranità è quindi "l'unità e l'esclusività dell'ordinamento giuridico così chiamato"<sup>108</sup>.

In termini completamente differenti, Schmitt si ingaggia in un'aspra controversia con Kelsen, supportando tenacemente una certa lettura del concetto. Per Schmitt non soltanto Kelsen sembra risolvere il problema della sovranità "semplicemente negandolo"<sup>109</sup>, ma, in una prospettiva anti-normativista, egli afferma il principio primo del suo decisionismo: "Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione"<sup>110</sup> e la decisione stessa rappresenta il fondamento di un ordinamento giuridico. Per Schmitt il problema ultimo della sovranità, che sfugge a Kelsen, è come conciliare il "potere supremo di fatto e di diritto"<sup>111</sup>, un potere che nel caso del soggetto sovrano vive e si alimenta nello stato di eccezione<sup>112</sup>, attraverso la decisione sull'eccezione, la quale è decisione in senso proprio e autentico e non caso estremo. Tenendo presente tale sfondo, si può comprendere il motivo per il quale Schmitt considera l'ordine internazionale cosmopolitico come una contraddizione non plausibile e non accettabile del concetto di sovranità. Come Zolo ha spiegato, la negazione di tale concetto rappresenta per Schmitt l'"illusione irenistica che gli uomini si possano dare un ordine politico prescindendo dalle loro profonde differenze, dalle loro irrazionali paure e feroci ostilità. È ignorare che lo Stato non è altro che l'organizzazione del pregiudizio contro al-

---

particolare, l'autore propone una duplice, problematica e per molti versi incompatibile caratterizzazione della sovranità nel pensiero kelseniano: essa è *ideale* e *relativa*, ossia "rappresenta un concetto relazionale e non la realtà" e presuppone "un punto di vista indimostrabile e passibile di mutamento" (pp. 135-136); essa, però, risulta essere altresì *materiale* e *assoluta* con l'emergere del primato dell'ordinamento internazionale, ossia "immediatamente regolatrice di eventi" e "invulnerabile ad ogni manifestazione di ostilità" (pp. 139-140).

<sup>107</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, p. 275.

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 276. Per un'analisi della critica kelsensiana al concetto di sovranità statale, che porta all'emersione del concetto di "sovranità del diritto internazionale" cfr. G. STELLA, *Sovranità e diritti. La dottrina dello Stato da Jellinek a Schmitt*, Torino: Giappichelli, 2013, pp. 113-161.

<sup>109</sup> C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, p. 47.

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 33.

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 44.

<sup>112</sup> Per una ricostruzione del contributo schmittiano alla concettualizzazione dello stato di eccezione, nonché per una ricerca delle sue radici nel diritto romano (con riferimento al rapporto tra i concetti di *auctoritas* e *potestas*) cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

tri, inconciliabili pregiudizi”<sup>113</sup>. Ecco che emerge la necessità tutta schmittiana, in risposta al cosmopolitismo kelseniano, di ancorare fortemente l'ordine politico a quello territoriale<sup>114</sup>. Concepire un unico spazio globale e un unico ordinamento giuridico non rappresenterebbe una soluzione fattibile poiché equivarrebbe a negare il concetto stesso di diritto: un diritto interstatale è possibile, mentre un diritto internazionale sovrastatale no. Lo Stato, infatti, non è mero ordinamento giuridico per Schmitt, bensì “ordinamento territoriale”, la cui “particolarità storica, unica e del tutto incomparabile [...] consiste nel fatto che esso è veicolo della secolarizzazione”<sup>115</sup>. Con questo argomento, egli costruisce un collegamento a doppio filo tra territorio, diritto e secolarizzazione del sistema politico, come caratteristiche ineliminabili della nascita dello Stato modernamente inteso.

Alla luce di queste brevi considerazioni, emerge come non sembra esserci spazio per una lettura in chiave normativistica della sovranità che non giunga a ridurla ad un concetto alquanto fuorviante, che richiama l'unità e l'esclusività del sistema giuridico nel quale consiste lo Stato, caricandolo di valenze logicamente contraddittorie. Diversamente, in chiave decisionistica, la sovranità ha possibilità di spiegare le sue poderose ali, tra una sfera giuridica che non esaurisce mai quella politica, ed una sfera politica nella quale il soggetto sovrano decide sull'eccezione, trascendendo la norma generale<sup>116</sup>.

#### 4.2. Ulteriori ridefinizioni della sovranità come concetto normativo

Oltre a questo approccio dicotomico, nel quale la questione della sovranità è contesa tra i due estremi della negazione e dell'imprescindibilità della sua funzione, può risultare interessante distinguere quattro differenti ridefinizioni normative della sovranità che sono state proposte in una sorta di “spazio intermedio” tra i due estremi sopra richiamati: come qualità, come semplice potere, come norma secondaria, e, infine, come insieme di diritti e di doveri.

Un primo inquadramento della sovranità viene fornito da Krabbe<sup>117</sup> e Som-

---

<sup>113</sup> D. ZOLO, *op. cit.*

<sup>114</sup> Scrive Schmitt: “la terra risulta legata al diritto in un triplice modo. Essa lo serba dentro di sé, come ricompensa del lavoro; lo mostra in sé, come confine netto; infine lo reca su di sé, quale contrassegno pubblico dell'ordinamento. Il diritto è terraneo e riferito alla terra” (C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), tr. it, *Il nomos della terra*, Milano: Adelphi, 1991, p. 20).

<sup>115</sup> *Ivi*, p. 142.

<sup>116</sup> Per un'analisi diffusa e sottile delle due figure qui soltanto richiamate cfr. B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2018. Per un recente contributo sul lascito di Schmitt cfr. J.F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt?*, tr. it. *Che fare di Carl Schmitt?*, Roma-Bari: Laterza, 2016, in particolare pp. 100-125.

<sup>117</sup> Cfr. H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität: Beitrag zur Staatslehre*, Groningen: Wolters, 1906.

lò<sup>118</sup> e direttamente criticato da Kelsen: occorre guardare alla sovranità come ad una qualità. Secondo il primo, la legge sarebbe dotata di sovranità, mentre ne sarebbe sprovvisto lo Stato. A tale spiegazione Kelsen muove una critica radicale: la distinzione di Krabbe poggierebbe su una dicotomia priva di fondamento poiché lo Stato, come accennato sopra, non è altro che il sistema normativo nel suo complesso. In termini simili, Somlò sostiene che la sovranità non rappresenta una qualità dello Stato, ma una qualità della legge o del potere giuridico in quanto tale. Inoltre, proprio grazie alla sovranità, il potere giuridico è supremo, indicando la sovranità “l’insieme delle qualità che fanno di un potere un potere giuridico”<sup>119</sup>. È tale potere, per Somlò, che stabilisce propriamente le norme giuridiche. Kelsen non concorda neppure con tale ricostruzione, poiché l’idea di un potere giuridico supremo non è così dissimile rispetto a quella dello Stato e ne svolge il medesimo ruolo, pur essendo, nella visione di Somlò, due entità distinte (lo Stato era connesso con la società, il diritto con le norme).

In una prospettiva differente, in seno alla *jurisprudence* anglosassone, Austin<sup>120</sup> e Hart hanno cercato di fornire la propria spiegazione teorica al concetto di sovranità. Il primo riconduce massimamente la sovranità ad un piano fattuale: come ben espresso da Eleftheriadis, secondo Austin “sovereignty is all there is to say about how law is made, because it is a brute fact”; inoltre “the will of the sovereign makes laws, in whatever form that will is found”<sup>121</sup>. Tale rimando alla mera fattualità e al mero potere quali ambiti ai quali ricondurre la sovranità (nel quadro di una più ampia concezione imperativistica del diritto), viene criticata da Hart. Sono in particolare due i profili messi in evidenza<sup>122</sup> perché assenti nella ricostruzione offerta da Austin: il problema del ruolo dei criteri legislativi e procedurali nella produzione di norme giuridiche e il problema di quella che Hart chiama “the power continuity”, ossia la continuità dell’esercizio del potere all’interno dei sistemi giuridici. Alla luce delle criticità evidenziate e al fine di poter fornire una spiegazione plausibile del sistema costituzionale inglese, Hart sostiene che l’ordinamento giuridico poggi su una particolare categoria di norme secondarie, le *secondary rules of recognition and adjudication*<sup>123</sup>, e non, invece, su di un sovrano personificato, come sosteneva

<sup>118</sup> Cfr. F. SOMLÒ, *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Meiner, 1917.

<sup>119</sup> *Ivi*, p. 279 (citato in KELSEN, *op. ult. cit.* nota 39, p. 48).

<sup>120</sup> Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), edited by W.E. RUMBLE, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

<sup>121</sup> P. ELEFThERiADiS, *Law and Sovereignty*, Legal Research Paper Series, University of Oxford, paper n. 42/2009, p. 18. Prendo spunto dalla “mappa” ricostruttiva offerta da questo saggio e rimando alle sottili scomposizioni analitiche ivi eposte.

<sup>122</sup> Cfr. *ivi*, p. 9.

<sup>123</sup> Cfr. H. HART, *The Concept of Law*. Sulla distinzione tra le due tipologie di norme afferma: “Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human be-

Austin. Tali norme secondarie, come noto, non solo governano il processo di produzione e applicazione normativa, ma presiedono anche al conferimento di poteri<sup>124</sup>. In sintesi, se in Austin abbiamo una “sovranià senza legge” in Hart appare una “legge senza sovranià”<sup>125</sup>. Di conseguenza è possibile identificare non poche somiglianze tra la posizione di cui si fa portatore Austin e quella decisionista di Schmitt<sup>126</sup>, tra l'imperativismo del primo e il decisionismo del secondo; come pure vi sono significative consonanze tra Hart e Kelsen nella riconduzione integrale alla sfera normativa del problema in oggetto, ma in particolare nel rifiuto della sua personalizzazione o personificazione.

Infine, come avremo modo di riconsiderare in seguito, la sovranià può essere ricondotta da un punto di vista giuridico ad un insieme limitato di diritti e doveri che appartengono allo Stato. Tale ipotesi, avanzata da Fassbender<sup>127</sup>, si rivela certamente interessante se letta nella chiave di un tentativo di deassolutizzazione del concetto di sovranià. Tuttavia, se riduciamo la sovranià ad un gruppo di diritti e di doveri, alla loro espressione unitaria, essa risulta assai simile, se non del tutto sovrapponibile, alla ricostruzione teorica che Kelsen propone riguardo al concetto di persona. Come il concetto di persona in termini kelseniani è proprio “espressione unitaria personificante d'un gruppo di obblighi e autorizzazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme”<sup>128</sup>, così, seguendo la linea di Fassbender, il concetto di sovranià sembra indicare nient'altro che la personalità giuridica internazionale, così come definita da un complesso di norme giuridiche positive, consistente nella titolarità di un complesso di diritti e di doveri a tal titolo definibili come sovrani. Se questa ricostruzione è corretta, però, in tal modo si finisce col fornire un ulteriore argomento a favore della critica kelseniana riguardo all'inutilità del concetto di sovranià, o certamente si

---

ings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; *rules of the second type confer powers*, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations” (p. 81).

<sup>124</sup> Come afferma ELEFThERiADiS, *op. cit.*, p. 15: “the main idea is that of a body that is sovereign under a framework of this body's constitutive rules”.

<sup>125</sup> Questa la sintesi di Eleftheriadis (“sovereignty without law” e “law without sovereignty”, *ivi*, p. 31).

<sup>126</sup> In termini assai convincenti, Eleftheriadis parla del decisionismo Schmittiano come “a form of Austinian jurisprudence” (p. 30).

<sup>127</sup> Cfr. B. FASSBENDER, *Sovereignty and Constitutionalism in International Law*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Portland: Hart Publishing, 2003, pp. 115-143.

<sup>128</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 87.

mette in evidenza la sua sovrabbondanza. Una tale visione, infatti, nel ricondurre la sovranità ad un “ombrello” unificante certe posizioni giuridiche che appartengono allo Stato, non sembra offrire buoni argomenti da un punto di vista epistemologico, perché la sovranità stessa viene a coincidere con la personalità giuridica internazionale all'interno dell'ordinamento giuridico internazionale.

Per concludere, questa breve disamina dei possibili modi di intendere e spiegare il concetto di sovranità ha rivelato non solo alternative reciprocamente escludenti, bensì tentativi di conservare il concetto riconducendolo variamente alla sfera normativa o alla titolarità di poteri. Resta da approfondire, prima di proporre una ridefinizione formale della sovranità, quanto stabilito in seno alla Carta delle Nazioni Unite.

#### 4.3. *Il principio di uguaglianza sovrana: esiste ancora la sovranità?*

Una questione per certi versi nuova, è lo statuto della sovranità nell'ambito dell'assetto costituito con la Carta delle Nazioni Unite. In essa viene positivizzato il principio dell'uguale sovranità degli Stati, con il quale si ribadisce, a ben vedere, un tratto costante nei rapporti tra soggetti sovrani sin dai trattati di Vestfalia: la reciprocità. Ciò che spinge a riconsiderare la portata di un tale principio è innanzitutto il rinnovato contesto storico e soprattutto normativo nel quale si inserisce. A tale proposito, Cohen<sup>129</sup> mette in evidenza due approcci di analisi distinti.

Il primo è il “cosmopolitan monist approach”, secondo il quale il principio di sovrana uguaglianza non implica il riconoscimento di alcuna sfera di sovranità come potere supremo in capo agli Stati<sup>130</sup>. Quindi, in grande assonanza con Kelsen, è il sistema fondato sulla Carta delle Nazioni Unite a rappresentare l'unico ordinamento giuridico supremo, il quale conferisce validità agli ordinamenti parziali degli Stati. In questo quadro, la sovranità viene ridotta ad un insieme di obblighi giuridici positivi e negativi fissati dal diritto internazionale. A ben vedere però, questo approccio porta a confrontarsi con due alternative inconciliabili: o esiste un'uguaglianza sovrana senza Stati sovrani, oppure se esistono Stati sovrani, l'ordinamento giuridico internazionale è un sistema giuridico dipendente dal loro consenso<sup>131</sup>. Ed è proprio a partire da tale visione moni-

---

<sup>129</sup> Cfr. J.L. COHEN, *Sovereignty in the Context of Globalization: a Constitutional Pluralist Perspective*, in S. BESSON and J. TASIIOULAS (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 261-280. Ci riferiremo qui all'analisi dell'autore contenuta in tale contributo.

<sup>130</sup> Infatti, “instead of being the supreme power of a State, existing apart from and prior to international law, [...] ‘sovereignty’ is now seen as a set of rights ascribed by positive public international law to States” (*ivi*, p. 270). Qui il riferimento alla posizione di Fassbender è evidente.

<sup>131</sup> Come scrive Cohen, “either there is a global legal system coupled to the global political system, based on the twin principles of sovereign equality and human rights but without the sover-

sta e insoddisfacente che Cohen suggerisce il “constitutional pluralist approach”.

In tale prospettiva, è possibile distinguere tra due autonomi ordinamenti giuridici: quello degli Stati sovrani e il sistema giuridico globale. Essi esistono nel quadro di una relazione non gerarchica, bensì orizzontale, come “competitive claims to independent political and legal ultimate authority”<sup>132</sup>. In tal senso, il principio dell’uguaglianza sovrana tra gli Stati è un principio giuridico, che conserva il suo nucleo semantico con riferimento alla sfera interna come autonomia e autodeterminazione, come confermato dalla stessa Carta delle Nazioni Unite. Tuttavia, Cohen si allinea con quanti (come Beaud nel contesto francese) vedono nella sovranità non unicamente un concetto giuridico (insieme di diritti e doveri), ma anche un’idea politica, una richiesta (“claim”) di supremazia e autonomia per un sistema giuridico e di autodeterminazione per una comunità politica<sup>133</sup>.

Per sintetizzare le posizioni sopra esposte, l’approccio cosmopolitico monista non nega l’idea di sovranità, come propone Kelsen, bensì la riformula, inserendola nel quadro di un ordine globale strutturato su un principio gerarchico, in base al quale gli Stati sono “subsidiary organs”<sup>134</sup>. Nell’approccio pluralistico di Cohen, invece, la sovranità risponde ad una tensione tra il livello domestico e quello globale, ed esprime, nella dimensione politica che le è propria, una rivendicazione dell’“ultima parola” sulle questioni riguardanti la vita di una comunità politica. In tal senso, si può parlare di un “concetto negativo” di sovranità, riformulando l’idea della sovrana uguaglianza come “supremacy of a domestic legal order and external autonomy in the political sense of self-determination”<sup>135</sup>.

Queste due ricostruzioni, soprattutto per il richiamo ripetuto alla dimensione irriducibilmente anche politica della sovranità, sollevano questioni che meriterebbero ben più articolate e diffuse analisi. Tuttavia, ponendoci in un’ottica teorico-normativa, anche in esse non si abbandona mai il dualismo dialettico oscillante tra l’affermazione e la negazione della sovranità, che sempre si accompagna alla sua duplice natura, giuridica e politica ad un tempo. Diversamente e al fine di proporre una riformulazione in termini più astratti e formali, nel pros-

---

eign State, or there are sovereign States, and international law based on their consent but it is not an autonomous legal system” (*ivi*, p. 271).

<sup>132</sup> *Ivi*, p. 275.

<sup>133</sup> Più specificamente, “sovereignty is the unifying and self-identifying claim of a polity regarding the supremacy and autonomy of its legal order, the self-determination of its political system, and its status as the ultimate authority in its respective domain of jurisdiction and as an equal under international law” (*ivi*, p. 272).

<sup>134</sup> *Ivi*, p. 271.

<sup>135</sup> *Ivi*, p. 279.

simo paragrafo cercherò di proporre una strada, per quanto modesta e imperfetta, per ripensare in modo alternativo la sovranità.

#### *4.4. Una ridefinizione formale in termini funzionali del concetto*

Sino a questo punto, non è ancora stata fornita una ridefinizione formale e astratta del concetto di sovranità. Sarebbe più corretto affermare che sono state proposte differenti delimitazioni semantiche, nel corso del primo capitolo, o sue espressioni in termini normativi, come la dialettica sovranità/contro-sovranità tratteggiata in questa seconda parte. Quanto ci proponiamo di fare ora, invece, è decostruire il concetto di sovranità dello Stato contemporaneo, in una direzione che risulti utile a comprendere le sue modalità di esercizio verso, in particolare, i soggetti religiosi.

Come abbiamo visto sopra, alcuni studiosi contemporanei negano l'appropriatezza teorica del concetto di sovranità, o sottoscrivendo pressoché interamente la posizione kelseniana in merito (come fa Ferrajoli), o alla luce del principio di uguaglianza sovrana positivizzato nel 1945. Concentrandoci su questi ultimi, l'affermazione di un'uguaglianza nella sovranità creerebbe un'aporia difficile da risolvere, o più semplicemente un ossimoro, essendo la sovranità "assenza di limiti" e creando l'uguaglianza, invece, limitazioni reciproche. A ben vedere, dietro a queste conclusioni si cela un errore concettuale: esso risiede nella definizione di sovranità che sembra essere presupposta. Infatti, l'impressione è che la maggior parte delle difficoltà che riguardano il rompicapo concettuale della sovranità derivi da un preteso ed autoevidente assunto: il concetto di sovranità è (sul piano del dover essere) connesso con un'entità, un'autorità che si presume suprema. La sovranità, anzi, è essa stessa un'entità assoluta in un certo senso. Ciò è condivisibile in una prospettiva storico-ricostruttiva o politico-concettuale, poiché la sovranità è stata sempre intrecciata a doppio filo con una dimensione ultimativa o suprema nel corso della sua storia. Inoltre, anche oggi tale presupposizione può dirsi residualmente valida per quei soggetti, differenti rispetto allo Stato (come le religioni), che rivendicano "l'ultima parola" in alcuni specifici ambiti. Tuttavia, se consideriamo lo Stato come una struttura giuridica e politica, il significato assoluto e ultimativo della sovranità che ad esso viene attribuito presta il fianco ad un'osservazione critica di un certo rilievo: questo modo d'intendere la sovranità non solo si rivela poco rispondente all'attuale configurazione del sistema giuridico internazionale, ma nasconde altresì un approccio tutt'altro che neutro. In altri termini, si ha l'impressione che si presuppongano, più o meno inconsapevolmente, caratteristiche intrinseche a tale concetto, da tenere presenti ogniqualvolta ne si faccia uso. Se seguiamo tale approccio, definire cosa sia la 'sovranità' significherebbe individuare delle pretese proprietà intrinseche e costitutive: l'appello a qualcosa di supremo, ultimativo e senza limiti va proprio in tale direzione.

Alla luce di queste considerazioni, sembra che il principale errore nel quale s'incorre nella concettualizzazione della sovranit , nell'individuazione di una sua definizione, risieda proprio nel tentativo o nello sforzo di scoprire "che cosa" essa sia: un potere, una qualit , una specifica tipologia di norme, l'attributo di un soggetto specifico, un insieme di diritti e di doveri, la giuridicizzazione di rivendicazioni politiche. Concentrando la propria attenzione sul "che cosa" si d  vita ad un dibattito certo stimolante, ma destinato a non concludersi mai, poich  la sovranit    definibile in modi assai differenti, a seconda della (legittima) prospettiva teorica fatta propria da ciascuno studioso, in un gioco di prospettive, che mescolano e ricompongono elementi anche radicalmente differenti. Se l'impressione   che una risposta definitiva al "che cosa" non sia possibile,   bene tenere altres  presente la lettura ideologica a cui   funzionale l'impiego di tale concetto. In altri termini, affermare o negare la sovranit  pu  rappresentare anche lo strumento per veicolare un certo modo di concepire il rapporto tra diritto e potere o per difendere specifiche interpretazioni o teorizzazioni dell'ordinamento giuridico. Prendiamo ad esempio Kelsen e la sua critica radicale. La sua posizione   molto chiara: non ha senso alcuno adottare l'idea di sovranit  statale, perch  esistono unicamente norme giuridiche, organizzate in un ordinamento giuridico, e gli stessi Stati, che altro non sono che sistemi di norme, sono ordinamenti parziali dell'ordinamento giuridico internazionale. Tutto   ricondotto, con pretesa purezza, all'unit  epistemologica del proprio oggetto. A ben vedere, come Bobbio ha limpidamente messo in evidenza<sup>136</sup>, postulare l'esistenza di una Grundnorm non   poi cos  diverso dal concepire un potere supremo al vertice dell'ordinamento. Possiamo infatti concepire l'ordinamento come una sequenza di norme che attribuiscono poteri sino alla norma fondamentale, o come un insieme di poteri che producono norme sino a giungere al potere supremo (la *summa potestas superiorem non recognoscens*), che   proprio la sovranit : ed ecco che, come Bobbio ricorda, al vertice dell'ordinamento *lex et potestas convertuntur*, ovvero le due prospettive vengono a coincidere irrimediabilmente. Da ci  emerge che Kelsen nega il concetto di sovranit  per salvaguardare l'unit  del suo sistema teorico-giuridico: l'unit  stessa, perch , non   un fatto, bens  un assunto fondamentale di carattere teorico ed epistemologico che pu  e non deve necessariamente essere sottoscritto. Ecco che, quindi, alla negazione della sovranit  come affermazione ideologicamente connotata di una certa concezione del diritto e dello Stato, e come contraddizione logica, si sostituisce l'apparente purezza dell'unit  con tutte le aporie che ne conseguono<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. in particolare N. BOBBIO, *Sul principio di legittimit *, in *Studi per una teoria generale del diritto* (1970), a cura di T. GRECO, Torino: Giappichelli, 2012, pp. 65-77.

<sup>137</sup> Per una recente analisi critica delle aporie kelseniane cfr. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nella logica di Hans Kelsen*, Roma-Bari: Laterza, 2016.

Per confermare l'utilità o la plausibilità teorica del concetto di sovranità, un approccio alternativo e formale sembra andare nella direzione sperata. Propongo, a tal proposito, di concepire la sovranità come *funzione normativa*<sup>138</sup>, che all'interno di un ordinamento provvede a creare una connessione tra premesse fattuali normativamente rilevanti e un complesso di effetti sul piano giuridico. Essa, quindi, non viene più ad essere un potere illimitato o una suprema autorità, bensì viene ricondotta ad un dispositivo formale (in questo senso è una funzione) strumentale a produrre il seguente nesso:

Condizioni per la piena soggettività giuridica  
internazionale → SOVRANITÀ → diritti/doveri/responsabilità *sovrani*

Le premesse sono rappresentate da un insieme di elementi fattuali valutati alla luce di norme (scritte e non scritte), riferibili alla categoria dei fatti istituzionali, la cui presenza attesta l'esistenza di una particolare forma di organizzazione politica e giuridica: lo Stato<sup>139</sup>. In particolare, esse fissano le condizioni da soddisfare perché sia ascrivita la piena personalità giuridica sul piano internazionale<sup>140</sup> come portato normativo della sua *statehood*. In via del tutto esemplificativa, l'assai risalente Convenzione di Montevideo (1933) individuava al suo articolo 1 nel territorio, nella popolazione permanente, nel governo, nella capacità di intrattenere relazioni con Stati gli elementi costitutivi di tale personalità. Quindi, l'effettiva esistenza di determinati requisiti (oltre ai quali figura certamente l'interazione continuativa con altri soggetti sovrani e con le organizzazioni internazionali<sup>141</sup>) determina l'attribuzione della piena personalità giuridica sul piano

<sup>138</sup> Propongo questa ridefinizione teorica di 'sovranità' sulla scorta del modello di teorizzazione presentato da Ross in merito al concetto di proprietà (come relazione normativa tra un insieme disgiuntivo di premesse e un insieme congiuntivo di conseguenze) e dell'analisi hartiana del concetto di 'persona' come funzione o entità logica all'interno di un sistema giuridico. Sul punto cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1959; H. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983. Per una ricostruzione teorica cfr. C. NINO, *Notas de introducción al derecho*, tr. it., *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996, cap. 4.

<sup>139</sup> Osserva a questo proposito Scovazzi: "[l]'esistenza di uno Stato va constatata nei dati di fatto e non già nelle norme giuridiche" (T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 5).

<sup>140</sup> Zaum propone un'interessante distinzione tra riconoscimento di uno Stato e riconoscimento della sovranità. Come sostiene, "[r]ecognition of statehood territorially defines a political community and identifies it as a member of the international society. It is a single, declaratory act which allows this political community to make certain claims to authority over this territory. Recognition of sovereignty, on the other hand, is the external recognition of these claims of authority" (D. ZAUM, *The Sovereignty Paradox. The Norms and Politics of International Statebuilding*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 35).

<sup>141</sup> Cfr. *ibidem*. Più sfumata la questione del riconoscimento di uno Stato, un atto "meramente politico" e non costitutivo, nel senso che esso "non costituisce sul piano giuridico la soggettività internazionale di un nuovo Stato" (T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 12).

internazionale, o forse più correttamente, il suo mero riconoscimento<sup>142</sup>. In termini teorico-giuridici, possiamo guardare kelsenianamente a queste premesse come ad una sorta di schema di qualificazione normativa di fatti che conduce una ben specifica organizzazione politica territorialmente individuata dall'esistenza *de facto* all'esistenza *de jure*, quale membro della comunità internazionale in qualità di Stato sovrano.

Le conseguenze giuridiche prodotte dalla funzione normativa della sovranità, invece, consistono nell'individuazione di un insieme cumulativo di diritti, doveri e responsabilità connessi con la personalità giuridica internazionale dello Stato. In tal senso, possiamo parlare di diritti, doveri e responsabilità sovrani, internamente circoscritti o esternamente proiettati. Quando essi sono internamente circoscritti si è usi utilizzare la categoria della "sovranità interna", ovvero, quella funzione normativa che concerne l'esercizio di diritti, doveri e l'ascrizione di responsabilità verso individui e particolari soggetti collettivi o istituzionali (come le religioni) che si trovano all'interno di uno specifico territorio. Essa parte dal presupposto che vengano soddisfatti i requisiti di esistenza sul piano fattuale e giuridico di un soggetto politico alla luce del diritto internazionale pubblico. Diversamente, quando tali diritti, doveri e responsabilità sono rivolti verso l'esterno, si ricorre alla tradizionale categoria della "sovranità esterna". Essa sta infatti ad indicare la funzione normativa che riguarda l'esercizio di diritti, doveri e l'ascrizione di responsabilità verso altri soggetti sovrani (gli Stati), le organizzazioni internazionali e l'ordinamento giuridico internazionale nel suo insieme. Se prendiamo il modello delineato dalla Carta delle Nazioni Unite, ad esempio, nel novero di tali diritti vi è il diritto all'auto-determinazione<sup>143</sup>, alla giurisdizione esclusiva e all'uguaglianza di fronte al diritto internazionale; esempi di doveri sovrani sono rappresentati dal rispetto dei diritti umani e dal divieto generale dell'uso della forza militare. In tale modello, poi, è possibile individuare interconnessioni o sovrapposizioni tra sfera interna ed esterna di diritti, doveri e responsabilità. Si pensi alla stessa categoria dei diritti umani, i quali, come diritti positivi stabiliti a livello internazionale, ma ugualmente vincolanti a livello interno, rispondono ad una logica trasversale che limita internamente ed esternamente la condotta e le prerogative degli Stati.

La decostruzione che qui ho proposto credo possa contribuire ad identificare e a decodificare definizioni in chiave ideologica della sovranità, riconsiderando i limiti e la portata dei lunghi dibattiti teorici sull'"essenza" di tale idea. La

---

<sup>142</sup> Sul punto precisa ancora Scovazzi: "la soggettività internazionale [...] è un dato di fatto che si verifica quando un'autorità politica indipendente si afferma in modo normale e stabile entro un determinato territorio e nei confronti degli individui che ivi si trovano" (*ibidem*).

<sup>143</sup> Come spiega Endicott, l'auto-determinazione è "the capacity of a nation to make decisions – good or bad – (within limits) for itself" (T. ENDICOTT, *The Logic of Freedom and Power*, in S. BESSON and J. TASIOLAS (eds), *The Philosophy of International Law*, p. 255).

sovranità, in altri termini, non ha un'essenza che le è propria in termini normativi, ma è quella funzione che in epoche diverse e con equilibri geo-politici diversi ha permesso di declinare prerogative diversificate verso un'ampia sfera di soggetti. Tale ricostruzione si presta ad essere applicata anche a paradigmi della sovranità differenti da quello delineato dalla Carta delle Nazioni Unite del 1945. Se consideriamo, ad esempio, il proto-modello vestfaliano di sovranità interna ed esterna, la funzione normativa della sovranità prevedeva, a fronte del riconoscimento reciproco tra Stati, l'ascrizione di doveri e responsabilità assai marginali per i soggetti sovrani, e l'esistenza di diritti praticamente illimitati tanto all'interno di un territorio nazionale quanto all'esterno, nei rapporti interstatali. Emerge, quindi, un modello variabile nei contenuti, ma stabile nel meccanismo che ad esso presiede. Il suo scopo è infatti quello di localizzare e spiegare la funzione strutturale di questo concetto all'interno di un sistema giuridico (sia esso quello nazionale o quello internazionale), distinguendone il funzionamento strettamente normativo dalle differenti letture in chiave politica, filosofica, assiologica che di esso possono essere fornite. Questa decostruzione, quindi, vuole distinguere, non escludere o contraddire prospettive differenti, le quali rimangono complementari e necessarie ad evitare un rischio uguale e contrario alla ricerca essenzialistica del significato di tale concetto: il suo appiattimento ad una logica meccanica che collega lo Stato a ciò che esso può sovraneamente permettersi di fare.

##### *5. Come esercitare la funzione normativa della sovranità verso le religioni: tre livelli di analisi*

Una volta decostruito il concetto di sovranità nei termini sopra illustrati (ossia di una funzione normativa che collega le condizioni fattuali normativamente rilevanti per l'acquisto della piena personalità giuridica di diritto internazionale e la titolarità di diritti, doveri e responsabilità sovrane verso un differenziato insieme di soggetti), l'attenzione verrà ora portata sui diversi livelli nei quali si articola l'esercizio interno delle prerogative sovrane verso le religioni. A tal fine, vi sono due profili di particolare rilevanza che meritano di essere ripresi in via preliminare.

In primo luogo, come sostenuto sopra, occorre tenere presente la predominanza della legge statale (nelle sue espressioni intra e sovra statali) su tutte le possibili fonti di normatività (in particolare, nella prospettiva specifica di questo studio, la legge religiosa) all'interno di un dato territorio nazionale. Declinando tale meccanismo in termini dialettici (Stato-religioni e religioni-Stato), abbiamo cercato di definire la norma di chiusura regolante i sistemi giuridici secolari e quelli religiosi, la quale fissa la prevalenza *prima facie* del diritto statale su quello religioso e, viceversa, del diritto religioso su quello statale in caso di sopravve-

nienza di un'ipotesi antinomica. Nella ricostruzione proposta, tali norme rappresentano l'espressione, rispettivamente, dell'effettiva sovranità dei soggetti statali e della potenziale contro-sovranià dei soggetti religiosi nel definire la sfera normativa rilevante. In secondo luogo, lo Stato ha la competenza e la capacità di regolare specifici diritti e doveri all'interno della propria "estensione spaziale"<sup>144</sup>, sia per gli individui che per i gruppi. Nell'esercizio di tali facoltà, è piuttosto evidente la centralità che il diritto alla libertà di religione e il diritto alla libertà di coscienza riveste per le religioni. Tuttavia, esistono altri livelli che meritano di essere presi in adeguata considerazione. Infatti, non solo lo Stato conserva la possibilità di esprimere la prima e l'ultima parola in merito alla posizione sistemica che una religione o più religioni specifiche possono occupare all'interno della propria architettura giuridica<sup>145</sup>, ma esso ha altresì la possibilità di introdurre norme e permettere ai soggetti di compiere scelte che possono entrare in un delicato conflitto con le norme religiose, mettendo così in evidenza concezioni talvolta inconciliabili riguardo al ruolo stesso del diritto.

È alla luce di tali premesse che vorrei proporre di distinguere analiticamente fra due livelli di esercizio della sovranità statale verso le religioni:

1) il *livello istituzionale*: esso risponde alla domanda "qual è il posto occupato dalla religione all'interno dell'architettura giuridica e politica di uno Stato?"

2) il *livello individuale*: esso risponde alla domanda "qual è il contenuto e l'estensione della sfera di libertà accordata agli individui con riferimento alla propria appartenenza religiosa?"

Tali due livelli possono essere considerati come altrettante ed interconnesse articolazioni dei diritti, doveri e responsabilità creati dalla funzione normativa della sovranità sulla base dello status giuridico di Stato, i quali si volgono verso le religioni, le comunità religiose e i propri appartenenti con modalità spesso assai differenziate. La parziale interconnessione esistente tra tali livelli è piuttosto evidente, potendo influenzare, ad esempio, l'inquadramento a livello istituzionale di una religione, la configurazione del livello individuale della libertà. Ciononostante essi mantengono una propria ed autonoma importanza a livello normativo. All'interno dei nostri sistemi giuridici, infatti, il livello individuale non dipende automaticamente dal livello istituzionale, essendo la protezione di specifici diritti, proprio come il diritto alla libertà di religione, al di

<sup>144</sup> Cfr. S. ELDEN, *The Birth of Territory*, p. 329 ("spatial extent").

<sup>145</sup> Come ha scritto Portier, lo Stato conserva diritto esclusivo di risposta sulla seguente questione: "quel statut accorder à la figure divine, et aux Églises qui en organisent le culte, dans cet univers livré à ses propres raisons?" (P. PORTIER, *Les laïcités à l'épreuve de la «deuxième modernité»*, in J. BAUBEROT, M. MILOT, P. PORTIER (sous la direction de), *Laïcité, laïcités. Reconfigurations et nouveaux défis*, p. 376).

fuori della competenza esclusiva e ultimativa dello Stato (almeno nel contesto geo-politico europeo).

A questi primi due livelli di analisi, è possibile aggiungerne un terzo: il *livello personale*. Esso presenta caratteristiche che lo rendono non del tutto omologabile rispetto ai primi due. Rispondendo alla domanda “chi è ‘persona’ per il diritto?”, il livello personale non va inteso quale piano di esercizio delle prerogative sovrane dello Stato specificamente rivolte nei confronti delle religioni. Esso riguarda ogni individuo a prescindere dal fatto che egli appartenga ad un credo specifico. Allo stesso tempo, l’inclusione nel novero dei livelli d’analisi proposti si giustifica nella misura in cui sono le religioni stesse ad avere una ben precisa visione normativa sul concetto di persona (soprattutto con riferimento a determinati momenti della vita umana, come il suo inizio). Anticipando osservazioni che verranno riprese nei prossimi paragrafi, e rimandando ad alcuni casi ampiamente dibattuti in ambito bioetico, il livello personale vuol cioè dar conto della prerogativa sovrana appartenente allo Stato di definire l’operatività del dispositivo normativo della persona rispetto a qualsiasi forma di vita umana biologicamente esistente, e ciò, almeno in via di principio, a prescindere dalla visione anch’essa normativa che alcune religioni possono avere in merito.

L’articolazione così proposta verrà declinata rispetto al contesto geo-politico europeo *at large*, ovvero con riferimento sia all’Unione Europea sia al Consiglio d’Europa. Questa sottolineatura spero possa prevenire critiche circa un eccessivo statualismo delle categorie e dell’impostazione sin qui adottata. Il contesto europeo non è infatti comprensibile o analizzabile tenendo conto dei soli soggetti statali. In questa direzione risulta di particolare rilievo l’operatività di limitazioni alla sovranità degli Stati negli ambiti oggetto di questo studio. È anche guardando ad essi che si possono raccogliere segnali per comprendere se e fino a che punto sia in atto un’erosione diretta o indiretta del multiforme esercizio delle prerogative sovrane nella propria sfera interna<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Quest’articolazione rappresenta uno sforzo il cui fine è quello di proporre una lettura della dialettica Stato-religioni attraverso il prisma del concetto di sovranità. In tal senso, essa si pone unicamente l’obiettivo di ricostruire i meccanismi che presiedono a tale dialettica e di individuare i nodi più significativi da un punto di vista teorico normativo. In una chiave differente, segnalo la stimolante ricostruzione del rapporto tra Stato e religioni a livello globale proposta da G. STOPLER, *Religion-State Relations and their effects on Human Rights: Nationalization, Authorization, and Privatization*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 6, 2017, pp. 474-497. Rimando al secondo paragrafo di questo articolo per una disamina di alcune tra le possibili tipizzazioni dei rapporti tra Stato e religioni proposte in dottrina (con particolare riferimento a Leborde, Cole Durham e Ran Hirschl). Dell’autore, invece, segnalo le considerazioni relative ad alcuni contesti nazionali nei quali il giudizio civile prende in considerazione il giudizio religioso, nonché alla rilevanza di quest’ultimo e delle norme religiose che vi trovano applicazione di fronte al diritto dello Stato.

### 5.1. Il livello istituzionale

Il livello istituzionale di esercizio delle prerogative sovrane concerne il ruolo rivestito dalle istituzioni religiose all'interno della struttura complessiva di un sistema giuridico. Tale livello è il più elevato tra le prerogative sovrane verso le religioni e il più tipicamente vestfaliano, poiché "sovereignty always implies the power to regulate religion"<sup>147</sup>. In particolare, rappresentando l'Europa l'osservatorio privilegiato per queste analisi, è possibile individuare un principio formale di autonomia degli Stati nel regolare il loro rapporto con le religioni<sup>148</sup>. Tale principio è ben espresso nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo con la dottrina del margine di apprezzamento, che verrà affrontata nei paragrafi successivi.

Al fine di articolare meglio il livello istituzionale, proporremo di seguito la distinzione fra due modelli normativamente rilevanti sulla scorta dell'analisi tassonomica proposta da Portier<sup>149</sup>: il modello separatista e il modello partenariale. Entrambi contemplano diversi gradi d'interazioni normative tra l'ordinamento giuridico statale e i sistemi giuridici religiosi. Tali interazioni possono variare dalla decisione totalmente unilaterale da parte dello Stato delle "regole di esistenza" delle religioni all'interno del proprio ordinamento giuridico, a forme di conferimento di funzioni pubbliche a istituzioni religiose in base a previsioni di legge. Seguiremo ed analizzeremo tale ricostruzione tassonomica, valutandone le ricadute sul piano più propriamente teorico-normativo.

#### *Il modello separatista*

Il modello separatista si fonda su un "double dispositif d'extériorisation"<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> M. TROPER, *Sovereignty and Laïcité*, in *Cardozo Law Review*, 30:6, 2009, p. 2561. Osserva Troper: "Being sovereign, the State necessarily rules every field or, in Hans Kelsen's words, "Just as everything King Midas turned into gold, everything to which law refers becomes law" (p. 2562-2563).

<sup>148</sup> Segnalo a questo proposito il caso *Hamidovic c. Bosnia Erzegovina* (57792/15) deciso il 5 dicembre 2017 dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, che riguardava il rifiuto da parte di un uomo bosniaco di togliersi la kippah in tribunale; per tale rifiuto egli era stato dichiarato colpevole di oltraggio alla Corte e condannato ad una ammenda. La Corte afferma a proposito del rapporto tra Stato e religioni: "38. [...] This is the case, in particular, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, as rules in this sphere vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order. As regards Article 9 of the Convention, the State should thus, in principle, be afforded a wide margin of appreciation in deciding whether and to what extent a limitation of the right to manifest one's religion or beliefs is 'necessary'".

<sup>149</sup> Cfr. P. PORTIER, *Les laïcités à l'épreuve de la «deuxième modernité»*, p. 378 e ss.

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 379.

Da un lato, l'esteriorizzazione delle istituzioni religiose al di fuori della sfera pubblica<sup>151</sup>; dall'altro, l'esteriorizzazione dello Stato e delle sue istituzioni dall'organizzazione interna delle istituzioni e comunità religiose<sup>152</sup>, fatta salva la protezione di specifici interessi o principi generali, quali la sicurezza e l'ordine pubblico, il cui rispetto rappresenta una sorta di "test di compatibilità" per legittimare l'autonomia interna delle religioni stesse. In termini normativi, potremmo riassumere tale modello affermando che lo Stato riconosce margini più o meno ampi di autonomia alle istituzioni religiose e ai loro sistemi normativi, fissando, al contempo, principi vincolanti per il suo esercizio.

Tipici esempi dell'approccio separatista sono quelli degli Stati Uniti d'America e della Francia, per i quali la condivisione del modello non coincide con il significato specifico che assume nei due contesti. Se la *laïcité* francese è originariamente radicata in una "mystique de la volonté générale portée par la loi"<sup>153</sup>, il modello pluralistico Americano fa propria l'idea di una religione civile all'interno della quale trovano spazio differenti orizzonti valoriali. Tuttavia, nel corso del Ventesimo secolo si produce un profondo cambiamento nel modello separatista che conosce "un processus de reconnaissance"<sup>154</sup>. In contesti quali la Francia, il Giappone, alcuni Stati sub-sahariani e dell'ex Unione Sovietica si è assistito ad una parziale riconfigurazione dello spazio pubblico, nel quale emerge un ruolo per molti versi peculiare per i soggetti religiosi. In particolare, essi hanno sovente assunto il ruolo di istituzioni di welfare, con il compito di fornire specifici servizi come l'educazione, e di "referenti culturali" in particolare per le cosiddette "religioni storiche"<sup>155</sup>.

Com'è evidente, l'apertura graduale dello spazio pubblico alle religioni va di pari passo con l'abbandono del modello di stretta separazione. Due sono i principi che vanno considerati per comprendere tale cambiamento epocale: "le principe de contestation" e "le principe de visibilisation"<sup>156</sup>. Essi evidenziano, da un lato il "ruolo antagonista" che le religioni hanno saputo assumere verso il mondo secolarizzato e le sue promesse; dall'altro, la capacità delle religioni sia di farsi portatrici di richieste di riconoscimento pubblico di fronte allo Stato, sia di

<sup>151</sup> Quella che Portier chiama "extériorisation des institutions religieuses vis-à-vis de la sphère étatique" (*ibidem*).

<sup>152</sup> Quella che Portier chiama "extériorisation des institutions étatiques vis-à-vis de la sphère religieuse" (*ibidem*).

<sup>153</sup> *Ivi*, p. 380.

<sup>154</sup> *Ivi*, p. 390.

<sup>155</sup> Portier parla a tale proposito della "mission de subsidiarité sociale" e della "mission d'institution symbolique" (p. 393) attribuita nei nuovi regimi separatisti ad alcune religioni. Con riferimento alla funzione di referenti culturali, un rimando obbligato è quello al modello della "laïcité positive" di Sarkozy, nella quale compare il richiamo alle radici giudaico-cristiane della Nazione.

<sup>156</sup> P. PORTIER, *Les laïcités à l'épreuve de la «deuxième modernité»*, p. 390.

condurre abilmente le proprie strategie politiche attraverso soggetti credenti investiti di funzioni pubbliche o rappresentative. Tuttavia, è possibile aggiungere un terzo principio oltre a quelli individuati da Portier per leggere in un'ottica più giuridica e meno sociologica questo mutamento di paradigma: il principio di protezione giurisdizionale internazionale per i soggetti credenti. In virtù della rilevanza del diritto internazionale (e in particolare del regime giuridico assunto dai diritti umani) e della giurisdizione delle corti internazionali, le scelte sovrane degli Stati in merito al ruolo occupato dalle religioni all'interno della propria architettura ordinamentale devono fare i conti con il venir meno dell'esclusività delle proprie giurisdizioni domestiche: in altri termini, per i cittadini che vogliono far valere la propria identità religiosa contro decisioni lesive degli Stati si aggiunge un ulteriore livello di protezione. In tal senso, non sembra eccessivo affermare che la possibilità di ottenere una condanna per uno Stato irrispettoso della libertà di religione di un individuo ha gradualmente eroso il significato e la possibilità di mantenere un modello strettamente separatista.

Nell'alveo dei sistemi separatisti, merita particolare attenzione una forma di espressione peculiare e per molti versi paradigmatica delle prerogative sovrane relative al livello istituzionale: "il modello"<sup>157</sup> francese di *laïcité*<sup>158</sup>. In termini generali è possibile fornire una definizione formale di tale idea che tenga presente proprio il concetto di sovranità: essa rappresenta "un régime articulant souveraineté de l'État et liberté de conscience"<sup>159</sup>. In altre parole, la *laïcité* rappresenta uno dei possibili modi con i quali lo Stato articola le proprie prerogative sovrane, con particolare riferimento alle modalità di delimitazione e alla protezione di un diritto specifico: il diritto alla libertà di coscienza degli individui. Per quanto concerne il ruolo dello Stato e la dialettica Stato-religioni, il filosofo del diritto francese Michel Troper ha suggerito una spiegazione assai stimolante: "*laïcité* cannot be completely defined by the usual idea of an absence of influence of religion on the State or [...] by a separation between State and religion.

---

<sup>157</sup> Riferimento obbligato è J. BAUBEROT, *Les 7 laïcités françaises*, Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2015. Proprio alla luce della lettura del suo testo è piuttosto impropria l'espressione che ho utilizzato. Più che di modello, occorrerebbe parlare di diverse tipologie di *laïcité* a seconda del momento storico considerato: "[d']une laïcité antireligieuse à une laïcité concordataire, la palette des laïcités françaises est vaste!" (p. 21). Segue, quindi, la ricognizione di sette diversi modelli di *laïcité*: 1) la *laïcité* antireligiosa; 2) la *laïcité* gallicana; 3) e 4) la *laïcité* separatista del 1905 e di oggi; 5) la *laïcité* aperta; 6) la *laïcité* identitaria; 7) la *laïcité* "concordataria". Dal disegno d'insieme emerge con chiarezza il tentativo dello studioso francese di de-essenzializzare, se non addirittura di destituire di ogni fondamento i tentativi d'ipostatizzazione di un modello che è in realtà un pluriverso di modelli, identificati con il medesimo nome, ma rispondenti a configurazioni socio-politiche e ad assunti valoriali di fondo grandemente eterogenei.

<sup>158</sup> Per una recente e ricca analisi del principio, del suo sviluppo e delle sue differenti declinazioni cfr. P. PORTIER, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2016.

<sup>159</sup> *Ivi*, p. 313.

But it can be also characterized as an attitude of the State towards religion decided unilaterally by the State”<sup>160</sup>. In tale ricostruzione, la *laïcité* non indica soltanto separazione, bensì essa sembra rappresentare quel modo di essere dello Stato nei confronti delle religioni, deciso “sovraneamente” (ovvero in modo del tutto autonomo) dallo Stato stesso e imposto alle religioni. Cerchiamo di approfondire tale ricostruzione, avanzando alcuni rilievi critici.

L’idea centrale di Troper è molto chiara: il concetto di *laïcité* è il formante della concezione moderna della sovranità francese ed è possibile affermarlo sulla base di due argomenti. In primo luogo, come già abbiamo avuto modo di vedere nel suo sviluppo concettuale e storico, la sovranità rappresenta un dispositivo politico e giuridico per gestire la religione da parte dello Stato moderno: essa è, quindi, “an instrument of a religious policy”<sup>161</sup>. Infatti, la separazione esistente tra Stato e religione, che è parte caratterizzante la struttura politica del primo Stato moderno, va vista innanzitutto come la predisposizione di strumenti giuridici da parte dello Stato che consentano una piena gestione dell’elemento religioso, in modo tale che esso non comprometta l’esistenza e non mini l’autorità del potere statale stesso. In secondo luogo, la *laïcité* è a tal punto caratterizzante l’idea francese di sovranità che le stesse corti coinvolgono tale concetto quando sono in gioco questioni sovrane.

Con riferimento al primo argomento, Troper sostiene, in linea con l’analisi che in questo capitolo viene proposta, che i poteri statali di gestione delle religioni (i suoi poteri sovrani) dipendono proprio dalla struttura normativa dell’ordinamento giuridico stesso. In esso, accanto alla legge come “espressione della volontà generale”<sup>162</sup>, l’esistenza di una costituzione rigida e l’introduzione del sindacato di costituzionalità nel 1971 rappresentano due elementi con importanti ricadute rispetto al rapporto tra Stato e religioni. Da un lato, secondo Troper, il principio di libertà di religione e il principio di *laïcité* sono divenuti parametri vincolanti anche per la valutazione della “*volonté générale*” espressa nelle leggi. Dall’altro, nel quadro dell’ordinamento giuridico francese, si assiste ad un innalzamento a livello costituzionale della prerogativa statale di disciplinare l’elemento religioso<sup>163</sup>. Il Parlamento francese, quindi, ha piena competenza rispetto alla sua gestione, ma deve esercitarla in stretta conformità ai principi costituzionali.

---

<sup>160</sup> M. TROPER, *Sovereignty and Laïcité*, p. 2563.

<sup>161</sup> *Ivi*, p. 2564.

<sup>162</sup> L’articolo 6 della *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen* (1789) recita: “La Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”.

<sup>163</sup> Con le parole dell’autore, “the power of the State to regulate religion is authorized at a constitutional level” (M. TROPER, *Sovereignty and Laïcité*, p. 2572).

Con riferimento al secondo argomento, vi è un dato di grande rilievo nel testo costituzionale francese del 1958. Il suo articolo 55 recita: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie”. In altre parole, i trattati e le norme internazionali prevalgono sulle fonti normative interne. Se ciò viene letto all’interno del quadro sovranazionale proprio dello spazio europeo, in un quadro, cioè, di progressive negoziazioni di spazi di sovranità per gli Stati, tali affermazioni hanno notevoli ricadute. Si pongono a tal proposito questioni estremamente delicate: sino a che punto può darsi tale prevalenza? Esistono norme e principi che rappresentano limiti non negoziabili all’interno di uno Stato? Proprio nel tentativo di risposta a tali interrogativi, Troper richiama la cosiddetta dottrina dell’identità costituzionale che è stata elaborata dalle Corti francesi sin dal 2004. In particolare, il *Conseil Constitutionnel* nella decisione 2006-540 DC del 27 luglio 2006 ha ricordato che: “la transposition d’une directive ne saurait aller à l’encontre d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti”. In questo modo, si delinea una funzione identitaria della Costituzione francese, elaborata in modo non così dissimile anche nel contesto italiano, rispetto alla quale si possono identificare dei principi indisponibili se non allo stesso potere costituente<sup>164</sup> che l’ha prodotta. Tra di essi rientra a pieno titolo il principio di *laïcité*, regolante strutturalmente il rapporto tra Stato e religioni.

Prima della decisione sopra menzionata, è altresì importante ricordare che già nel 2004 il *Conseil Constitutionnel* aveva espresso una chiara interpretazione circa la relazione esistente tra il regime di sovranità statale in materia religiosa (ossia la *laïcité*) e la dottrina del margine di apprezzamento elaborata dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo. Nel considerare la disposizione della Convenzione Europea sui Diritti Umani sulla libertà di pensiero, coscienza e religione, il *Conseil* si richiama sia al concetto di “armonizzazione” con le tradizioni costituzionali degli Stati membri, sia alle “tradizioni costituzionali nazionali” che sono loro proprie. In altri termini, più che la creazione di un’uniformità livellante nel modo di intendere il rapporto Stato-religioni, dalle parole del *Conseil* sembra emergere l’idea che il contesto europeo si caratterizzi proprio per un tentativo di armonizzazione che rispetti, e non neghi, identità e tradizioni nazionali<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Afferma Troper, “these principles do not bind the constituent power, which remains truly sovereign, to the extent that it can always expand or restrict the limits of the power of Parliament to pass statutes” (*op. cit.*, p. 2573).

<sup>165</sup> La Corte afferma che “l’article 9 de la Convention a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l’homme, et en dernier lieu par sa décision susvisée, en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque État membre; que la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu’elle laisse aux États une large marge d’appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte

Riprendendo l'analisi proposta da Troper, anche alla luce delle pronunce sopra richiamate, possiamo chiederci se quelle prerogative sovrane e in alcun modo trasferibili che appartengono allo Stato nei confronti delle religioni (e nelle quali si declina il nucleo essenziale della *laïcité*) rivelino quell'irriducibilità tutta vestfaliana che porta, per usare un'espressione di Leiter, ad un "disestablishment of religion"<sup>166</sup>, ad una ignoranza rispetto all'elemento religioso per lo Stato. Oppure, diversamente, se sia compatibile con il modello della *laïcité* francese la possibilità di far riferimento a norme religiose e ai sistemi giuridici religiosi, senza pregiudicarne l'impianto e la filosofia che la informa. Se consideriamo tale alternativa, non possiamo che sottoscrivere quanto osserva Prélôt a tale proposito: "le renvoi à l'ordre religieux par le droit étatique constitue en France la condition même de l'autonomie des deux sphères, et donc de la laïcité de l'État"<sup>167</sup>. Alla luce di tale osservazione, è possibile formulare due rilievi critici rispetto all'analisi di Troper, che ne completano l'impostazione, mantenendone l'impianto complessivo. In primo luogo, il riconoscimento della *laïcité* come formante del concetto francese di sovranità, ossia come dispositivo giuridico e politico di gestione del religioso, non esclude in alcun modo che si possa avere un qualche riconoscimento o forma di "sorvegliata" protezione degli ordini giuridici religiosi da parte dello Stato stesso<sup>168</sup>. In altre parole, appartiene alla configurazione stessa del modello francese una potenziale apertura e un dialogo con le religioni e le loro espressioni normative, a dimostrare, come si ricava dalle analisi di Portier, che è necessario dare del principio di *laïcité* una lettura dinamica e non fissista, che in periodi differenti ha prodotto soluzioni normative differenti, ben lontana dalla descrizione perennialista di un modello storico che spesso viene proposta. In secondo luogo, l'autonomia normativa della quale possono godere le religioni alla luce del principio di *laïcité* risponde a precise condizioni<sup>169</sup>. In particolare, essa non deve mai tradursi in "dinamiche di sconfinamento" rispetto alle prerogative esclusive dello Stato. Come avremo modo di vedere, tali dinamiche o tentativi di sconfinamento con riferimento ad alcune materie

---

tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité; que, dans ces conditions, sont respectées les dispositions de l'article 1er de la Constitution aux termes desquelles 'la France est une République laïque', qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers" (Conseil Constitutionnel, décision No. 2004-505 DC, 19 November 2004, sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union §18).

<sup>166</sup> B. LEITER, *op. cit.*, p. 116.

<sup>167</sup> P.-H. PRÉLOT, *Le droit des Églises dans l'État*, p. 119.

<sup>168</sup> In questo senso afferma proprio Prélôt che la *laïcité* non esclude "qu'il y a reconnaissance et même protection, par l'État, de certains ordres juridiques religieux" (*ivi*, p. 120).

<sup>169</sup> Con le parole di Prélôt, occorre che "cette autonomie ne porte pas atteinte à ses propres prérogatives, autrement dit que l'ordre juridique religieux n'empiète pas sur l'ordre juridique étatique" (*ibidem*).

specifiche sono proprio l'ambito nel quale meglio si esprime la dialettica sovrana e contro-sovrana tra Stato e religioni, con la pretesa, da parte di queste ultime, che, quasi in virtù di un tacito accordo, sia anche lo Stato ad astenersi dallo sconfinare in materie di competenza esclusiva delle religioni.

### *Il modello partenariale*

Il modello partenariale si fonda su due principi differenti<sup>170</sup>. Il primo riguarda una “cooperazione istituzionalizzata” tra Stato e religioni, le quali ricevono supporto economico e svolgono specifiche attività di rilevanza pubblica. Il secondo, invece, concerne l'esistenza di una “gerarchia tra le differenti religioni”, stabilita in base al livello di riconoscimento giuridico di cui sono destinatarie<sup>171</sup>. In altri termini, lo Stato applica regimi di riconoscimento differenziati<sup>172</sup> sulla base di determinati parametri normativi. Alla luce di questi due principi, possiamo distinguere tra due modelli partenariali distinti.

Il modello partenariale monista del rapporto tra Stato e religioni prevede una sola religione nazionale, fortemente ancorata alla sfera pubblica, e culti minoritari in varia misura ammessi<sup>173</sup>. Ne sono un esempio la Danimarca e la Grecia. Nella prima non soltanto la religione evangelica luterana è la religione nazionale, ma esiste altresì una Chiesa Nazionale<sup>174</sup>, finanziata economicamente dallo Stato, la quale svolge rilevanti funzioni pubbliche e amministrative per la collettività. Nella seconda, come si può leggere all'articolo 3 della sua costituzione del 1975, “la Chiesa Ortodossa Orientale di Cristo” è la religione dominante. L'indiscussa prevalenza di una specifica religione viene stabilita a livello giuridico

---

<sup>170</sup> Per questa ricostruzione cfr. P. PORTIER, *Les laïcités à l'épreuve de la «deuxième modernité»*, p. 381 e ss.

<sup>171</sup> Cfr. *ivi*, p. 382.

<sup>172</sup> Si pensi nel contesto italiano agli strumenti giuridici dell'intesa e del concordato, attraverso i quali si disciplina in modo assai differenziato il rapporto tra lo Stato italiano e singole religioni, creando una “prevalenza costituzionalizzata” della Chiesa cattolica, unica confessione alla quale è riconosciuta una forma di “sovranità” e “indipendenza” nel proprio ordine dall'articolo 7 della nostra Carta costituzionale.

<sup>173</sup> In tal senso, Portier parla di “une seule expression de foi en référant de l'ordre public national, tout en admettant, plus ou moins selon les situations, la manifestation des croyances minoritaires” (*ibidem*).

<sup>174</sup> Per un'analisi critica verso l'esistenza delle chiese di Stato nell'attuale quadro giuridico internazionale cfr. J. TEMPERMAN, *Are State Churches Contrary to International Law?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2, 1, 2013, pp. 119-149. Il punto di vista critico dell'autore è sintetizzato nel seguente passaggio: “would not Europe be far more convincing in challenging states that set religious qualifications for holding public office, if some European states did not reserve important public positions for members of the state religion? [...] A universally enjoyed *right to religiously neutral governance* seems still alarmingly far away-which is at least partly due to the liberal West's hypocrisy” (p. 148-149).

attraverso lo strumento costituzionale poiché tali religioni specifiche rappresentano “la première matrice de la patrie”<sup>175</sup>, ovvero la religione in tali contesti rappresenta un elemento fondativo dell’esistenza di una comunità politica: è l’elemento religioso stesso ad assumere una connotazione identitaria e non il suo regime di regolamentazione, a differenza del contesto francese.

Nel modello partenariale pluralista, invece, non vi è un interlocutore religioso esclusivo<sup>176</sup>. In contesti quali quello tedesco, belga o canadese, lo Stato non sceglie di finanziare un’unica religione, ma supporta una pluralità di istituzioni religiose, prevedendo anche spazi di insegnamento all’interno del sistema di educazione nazionale.

Una volta tratteggiati in questi termini sia il modello separatista, sia il modello partenariale, nei quali si può articolare l’esercizio di prerogative sovrane all’interno di quello che abbiamo chiamato livello istituzionale, si possono individuare due tendenze differenti che riconfigurano parzialmente entrambi i modelli. Come suggerisce Portier, se per il primo è possibile individuare un “processo di riconoscimento” progressivo delle religioni, che porta ad un superamento di una certa idea di separazione, per il modello partenariale si può invece parlare di un “processo di egualizzazione” tra i culti sia a livello istituzionale, sia a livello assiologico<sup>177</sup>. La progressiva “déconfessionalisation”<sup>178</sup> del livello istituzionale, ossia l’abbandono di un culto nazionale ufficiale e il ribilanciamento o riposizionamento dello Stato rispetto alle religioni minoritarie, si è prodotta o attraverso una modifica al testo costituzionale, con l’eliminazione di ogni riferimento ad una religione ufficiale dello Stato<sup>179</sup>, o attraverso una graduale modifica della produzione a livello giuridico-normativo<sup>180</sup>. In tale dinamica, il ruolo giocato dal livello sovranazionale nel contesto europeo ha influenzato profondamente l’assetto risultante. Con riferimento al livello assiologico, invece, si apre la strada a quel processo di secolarizzazione della produzione giuridica statale,

---

<sup>175</sup> P. PORTIER, *op. ult. cit.*, p. 383. In tale senso, Portier parla dello sviluppo di una “théologie de la sécularité” all’interno del contesto danese e greco. Una teologia secolare “qui les a amenées [...] à réduire leur prétention d’influence sur le pouvoir séculier, d’autant d’ailleurs qu’elles se trouvaient sous sa gouverne administrative”.

<sup>176</sup> In tale modello “la cohésion morale de la nation se fait ici de manière inductive dans la summation des appartenances, sans que l’État ne veuille les subsumer *a priori* sous un référent unitaire” (*ibidem*).

<sup>177</sup> Cfr. *ivi*, p. 386-387.

<sup>178</sup> *Ivi*, p. 386.

<sup>179</sup> È il caso della Svezia e della Norvegia: la prima nel 2000 e la seconda nel 2012, come ricorda Portier, hanno abolito ogni riferimento alla religione luterana evangelica come “religione ufficiale dello Stato”.

<sup>180</sup> Questo è il caso della Grecia, la quale, pur mantenendo una Chiesa nazionale, ha progressivamente incrementato l’attenzione verso i culti minoritari.

che si autonomizza profondamente dai principi religiosi in quelle materie di tradizionale competenza delle religioni stesse. Ecco emergere in Europa<sup>181</sup>, come vedremo più diffusamente nel terzo livello di analisi qui proposto, normative profondamente modellate su un'etica improntata al principio dell'autonomia individuale e dell'autodeterminazione nelle scelte; normative che si emancipano dal richiamo ai principi religiosi proprio in materie di tradizionale competenza delle religioni o, più propriamente, in materie nelle quali le religioni mantengono una spiccata capacità di esprimere orientamenti vincolanti verso i propri appartenenti, come per le questioni di inizio e di fine vita.

## 5.2. Il livello individuale

Il livello individuale di esercizio delle prerogative sovrane verso le religioni riguarda la disciplina che viene approntata dallo Stato per l'esercizio del diritto alla libertà di religione<sup>182</sup>. 'Individuale' sta qui ad indicare non soltanto ogni singolo soggetto, bensì anche le formazioni sociali alle quali egli aderisce (e nello specifico le comunità religiose). In termini più generali, occorre tenere presente l'assoluta centralità di questo livello: la libertà di religione riveste infatti, in relazione allo sviluppo del concetto di sovranità, un'importanza sistemica cruciale, come "presupposto ed espressione della fondamentale distinzione tra sfera temporale e sfera spirituale su cui, in età moderna, si sarebbero innestati gli ordinamenti giuridici statali"<sup>183</sup>.

Al fine di delimitare il perimetro di questa indagine, alcune precisazioni preliminari si rendono necessarie. In primo luogo, per analizzare adeguatamente il livello individuale, occorre considerare la libertà religiosa all'interno di una ben specifica cornice giuridica, evitando approcci generalizzati. In altri termini, la configurazione del diritto alla libertà di religione è sempre relativa ad un preciso modello di organizzazione giuridica e politica. In ragione di ciò, non è inappropriato concepire differenti regimi di tutela del diritto alla libertà di religione, a

---

<sup>181</sup> La situazione è assai diversa in altre aree geografiche del mondo, come nell'America meridionale, dove troviamo ancora il rimando esplicito a orizzonti valoriali d'impronta confessionale.

<sup>182</sup> Prélot identifica il diritto alla libertà di religione come terza componente di quello che denomina "droit constitutionnel des religions". Esso si articola in due ulteriori dimensioni: lo "statut confessionnel de l'État" (che richiama il livello istituzionale), il "régime des cultes, garantie subjective de la liberté de religion". Tali dimensioni sono inseparabili, spiega l'autore, perché "la garantie constitutionnelle de la liberté de religion influence notablement aussi bien le statut religieux de l'État que le régime juridique des cultes" (P.H. PRÉLOT, *La religion dans les constitutions françaises*, p. 113).

<sup>183</sup> A. FERRARI, *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, p. 9. Ferrari, in particolare, articola il "primato" della libertà di religione, quale "prima libertà", su tre piani distinti (storico, socio-politico e pluralistico), e parla di una legittimazione reciproca tra libertà religiosa e stato moderno (p. 10). Rimando a queste pagine per un confronto tra sponda nord e sponda sud del Mediterraneo con riferimento allo sviluppo dell'idea di libertà di religione e al suo rapporto con il modello vestfaliano.

seconda della struttura ordinamentale nel quale esso si inserisce. Ecco perché è importante sottolineare che lo sfondo normativo di riferimento dell'analisi teorico-normativa che verrà proposta è quella dello Stato costituzionale di diritto, fondato sulla protezione dei diritti umani e fondamentali. Cambiando il modello di organizzazione politica e giuridica di riferimento, molte delle considerazioni presentate apparirebbero parzialmente o del tutto inappropriate. In secondo luogo, il livello individuale verrà articolato nelle due dimensioni in cui tradizionalmente si esprime il diritto alla libertà di religione: la dimensione propriamente individuale e la dimensione collettiva. Quest'ultima, in particolare, sarà di particolare importanza per comprendere se e in che misura è possibile che lo Stato riconosca (e non invece costituisca) una sfera o uno spazio di sotto-sovrannità per le istituzioni religiose.

In termini analitici, come suggerito da Ferrajoli<sup>184</sup>, è possibile individuare due componenti costitutive del diritto alla libertà di religione: l'aspetto attivo e l'aspetto passivo. L'aspetto attivo modella la libertà di religione o di culto, consistente nella facoltà di "propagandare e praticare la propria religione o di non professare né praticare nessuna religione"<sup>185</sup>. L'aspetto passivo, invece, si riferisce "all'immunità da costrizioni psicologiche"<sup>186</sup> nello sviluppo delle proprie convinzioni, siano esse di natura religiosa o non religiosa. Se la prima (la libertà attiva di religione) è necessariamente limitata dallo Stato, la seconda (la libertà passiva di religione) è a tal punto non limitata che va a coincidere con quella sfera personalissima chiamata "sovranità della coscienza"<sup>187</sup>, espressione che troviamo in diverse tradizioni giuridiche di matrice religiosa. In altri termini, ogni sistema giuridico include norme che stabiliscono precise limitazioni per praticare, propagandare o professare pubblicamente le proprie credenze di natura religiosa e il proprio culto. Se consideriamo lo spazio europeo, l'articolo 9.2 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo<sup>188</sup> risponde a questa logica limitativa,

---

<sup>184</sup> La seguente ricostruzione teorica si richiama soprattutto alle considerazioni avanzate da L. FERRAJOLI, *Principia iuris 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari: Laterza, 2007, pp. 314-320.

<sup>185</sup> *Ivi*, pp. 316-317. A tale dimensione si ricollega altresì, precisa Ferrajoli, "il divieto di nuocere ad altri".

<sup>186</sup> *Ivi*, p. 318.

<sup>187</sup> Questa nozione, richiamata anche da Ferrajoli (cfr. *ivi*, p. 318), è ben presente in ambito protestante. Little, ad esempio, parla della "sovereignty of conscience" come uno dei due pilastri della dottrina calvinista, alla quale si accompagna l'idea di una legge morale universale che prescinde da ogni specifica appartenenza religiosa (cfr. D. LITTLE, *Religion and Human Rights: A Personal Testament*, in ID., *Essays on Religion and Human Rights. Ground to Stand On*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 177 e ss.).

<sup>188</sup> Il testo recita: "La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui".

individuando anche le ragioni che legittimano potenziali restrizioni. Si individuano, in particolare, due condizioni cumulative perché uno Stato europeo possa rendere operative determinate limitazioni: una condizione procedurale, ossia le limitazioni devono essere stabilite con un atto del Parlamento; una condizione teleologica, ossia lo Stato deve individuare lo specifico interesse, tra quelli indicati, che con tale limitazione intende perseguire<sup>189</sup>. In termini generali, il contesto europeo si caratterizza per un sistema particolare di limitazione dell'esercizio delle prerogative sovrane proprie del livello individuale, stabilendo obblighi specifici degli Stati verso le religioni, con la previsione di un organo giurisdizionale (la Corte europea dei Diritti dell'Uomo) che presiede alla verifica del loro rispetto<sup>190</sup>. In tale meccanismo, che definisce un "modello europeo" di libertà religiosa, le religioni stesse diventano "controparti" degli Stati europei, nel senso che esse ricevono, per il tramite della protezione della libertà di religione, un riconoscimento istituzionale che supera qualsiasi reticenza sovrana dei singoli ordinamenti. La stessa libertà di religione ha poi uno status peculiare e rinforzato tra le libertà oggetto di tutela, andando ad individuare una sfera interna potenzialmente illimitata, ed una sfera di manifestazione esterna che non può essere arbitrariamente limitata dagli Stati<sup>191</sup>.

Per una piena comprensione del livello individuale di esercizio delle prerogative sovrane verso le religioni, però, non ci si può esimere dal considerare la "precondizione" della libertà di religione: la libertà di coscienza. Il rapporto tra queste due libertà è a geometria variabile sotto il duplice profilo storico e teorico. Da un punto di vista storico, lo Stato moderno, fondato sul concetto di sovranità territoriale, concepì inizialmente la libertà di coscienza unicamente all'interno della libertà di religione, con un approccio per molti versi opposto a quello contemporaneo. Sebbene la tolleranza potesse essere ammessa per soggetti che professavano un culto diverso da quello dominante o nazionale, non vi era inizialmente spazio per una coscienza non religiosamente orientata. In altri termini, le credenze religiose non erano tra i possibili contenuti della coscienza

---

<sup>189</sup> In questi termini cfr. P. PORTIER, *Un programme réconfortif*, in ID., *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes: PUR, 2016, pp. 213-214, il quale aggiunge una terza condizione: "une condition conjoncturelle", la quale valorizza l'esistenza di un bisogno sociale imperativo al quale si ricollegli una limitazione.

<sup>190</sup> In tale senso, osserva Ferrari, "Consiglio d'Europa e Unione Europea hanno, infatti, progressivamente definito un 'modello europeo' di libertà religiosa che si pone in un rapporto ad un tempo di dipendenza e di specificazione sia nei confronti del più ampio paradigma internazionale, [...] sia nei confronti dei singoli sistemi nazionali del 'Vecchio Continente'" (A. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 5).

<sup>191</sup> In questo senso la libertà di religione ha una posizione di primo piano "dans la hiérarchie des libertés protégées puisqu'elle établit un lien très net entre la dimension intérieure de la liberté de religion qui ne souffre aucune limitation et certaines de ses manifestations qui, elles, sont soumises aux restrictions du paragraphe 2 de l'article 9" (F. MESSNER, P.H. PRELOT, J.M. WOEHLING (sous la direction de), *Traité de droit français des religions*, p. 508).

di un soggetto, bensì esse rappresentavano contenuti necessari<sup>192</sup>. Più in generale, ha avuto luogo un processo di emancipazione graduale e non lineare della libertà di coscienza dalla libertà di religione in Europa, culminato con un profondo cambio di paradigma all'indomani del Secondo conflitto mondiale. Come ha osservato Chiassoni<sup>193</sup>, dopo il Secondo conflitto mondiale, il diritto alla libertà di religione ha rivestito un ruolo più marginale rispetto al diritto alla libertà di coscienza nell'ambito della protezione dei diritti umani<sup>194</sup>. In particolare, la libertà di religione, come specifica libertà, è stata ricondotta alla libertà di coscienza<sup>195</sup> (essendo le convinzioni religiose solo possibili tipologie di convinzioni), ma essa ha mantenuto, da un punto di vista teorico-giuridico, aree di sovrapposizione e di non sovrapposizione rispetto alla libertà di coscienza. Più specificamente, non vi è soltanto un rapporto *genus ad speciem*; a ben vedere la libertà di religione è "più ampia e più ristretta"<sup>196</sup> rispetto alla libertà di coscienza. Essa è più ampia, poiché la libertà di religione presenta specificità, quali, il diritto di fare proselitismo e di praticare un determinato culto nello spazio pubblico; essa è più ristretta, invece, perché la libertà di coscienza nella cornice dello Stato costituzionale di diritto ne rappresenta pur sempre una precondizione, andando essa ad approntare una tutela ad ampio spettro che riguarda ovviamente anche contenuti coscienziali improntati a valori che nulla hanno a che

---

<sup>192</sup> Esempio classico in tal senso è quanto Locke afferma nella sua *Epistola de tolerantia*, sebbene, come Marconi ha avuto modo di spiegare, l'esclusione degli atei dalle politiche di tolleranza fosse motivata anche da ragioni di ordine commerciale, legate ai giuramenti negoziali (cfr. D. MARCONI, *Introduzione*, in LOCKE, *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. Marconi, Torino: UTET, 2005, p. 33).

<sup>193</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 9, 2009, pp. 65-89.

<sup>194</sup> Ciò è piuttosto evidente all'articolo 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti". Tale distinzione è presente anche nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo all'articolo 9, primo comma: "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti".

<sup>195</sup> A proposito del rapporto tra coscienze religiosamente orientate e ordine religioso, osserva Alessandro Ferrari: "il passaggio di molti dei contenuti del diritto di libertà religiosa dalla sfera specifica dei diritti delle coscienze religiose a quella più generica dei diritti delle coscienze, passaggio favorito anche dalla "liquefazione" delle appartenenze religiose, ha privato il diritto di libertà religiosa di uno dei suoi elementi dialettici essenziali: l'ordine religioso" (A. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 25). Per un ulteriore approfondimento sulla libertà di coscienza cfr. D. FERRARI, *La libertà di coscienza nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Lecce: Libellula Edizioni, 2015.

<sup>196</sup> L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 314, il quale avanza queste ulteriori precisazioni concettuali.

fare con le credenze religiose. Tuttavia, come si vedrà nel corso del terzo capitolo, lo Stato costituzionale di diritto contemporaneo ha ancor meglio definito il rapporto tra libertà di coscienza e libertà di religione approntando un istituto peculiare: l'obiezione di coscienza. In questa sede ci limitiamo ad anticipare che essa rappresenta uno strumento delle prerogative sovrane dello Stato verso i soggetti credenti (e non solo) collocabili al livello individuale dell'articolazione qui proposta, poiché i limiti di protezione del diritto positivo alla libertà di coscienza (come facoltà di agire in modo coerente con i propri convincimenti) e, ad esso collegata, del diritto positivo alla libertà di religione (ovvero facoltà di agire *in foro externo* come le convinzioni religiose richiedono) vengono decisi sovranamente dagli Stati e da ciascuno Stato.

Oltre alla dimensione propriamente individuale sin qui analizzata, la libertà di religione presenta altresì una dimensione collettiva, come "group right". A tal proposito, Vyver distingue utilmente tra due differenti componenti della libertà religiosa come diritto collettivo. In primo luogo, "the right to self-determination of religious communities"<sup>197</sup>, il quale implica il diritto di poter praticare una religione con altri soggetti che ne condividono l'appartenenza, nonché di poter costituire e mantenere associazioni religiose<sup>198</sup>. Questa prima componente può essere considerata come espressione collettiva della libertà di religione individuale, poiché essa non fa altro che esprimere relazionalmente ciò che sopra abbiamo definito come l'aspetto attivo di tale libertà. In secondo luogo, "the internal sphere sovereignty" delle istituzioni religiose, quel diritto che appartiene alle istituzioni religiose e che corrisponde all'obbligo per lo Stato di non interferire nei loro affari interni<sup>199</sup>. Questa seconda componente è di particolare importanza nella nostra analisi.

Il Calvinismo contemporaneo<sup>200</sup> suggerisce un'interessante distinzione tra due concetti assai utili ad analizzare il rapporto tra Stato e istituzioni religiose: il concetto di autonomia e il concetto di sovranità interna. Il primo si riferisce all'esercizio di poteri da parte di un'organizzazione sulla base di una "concessione" fatta da un'organizzazione/istituzione superiore. Quindi, la relazione che si fonda sull'autonomia<sup>201</sup> è strutturata secondo uno schema gerarchico, che

<sup>197</sup>D. VAN DER VYVER, *Constitutional Protections and Limits to Religious Freedom*, in C. CIANITTO, W. COLE DURHAM JR., S. FERRARI, D. THAYER (eds), *Law, Religion, Constitution. Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law*, Farnham: Ashgate, 2013, p. 105.

<sup>198</sup>Vyver sottolinea altresì come tale diritto non vada confuso con il diritto all'autodeterminazione operante nel diritto internazionale, che non riguarda certo le comunità religiose.

<sup>199</sup>L'autore lo definisce un "institutional group right" (*ibidem*).

<sup>200</sup>Cfr. J.D. VAN DER VYVER, *Sphere sovereignty of Religious Institutions: A Contemporary Calvinistic Theory of Church-State Relations*, in G. ROBBERS (ed.), *Church Autonomy: A Contemporary Survey*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2001.

<sup>201</sup>Con riferimento al rapporto tra autonomia e normatività religiosa, Ferrari osserva come il riconoscimento dell'autonomia da parte degli Stati contemporanei abbia come contropartita la

consente riduzioni unilaterali dell'autonomia stessa. Diversamente, il concetto di sovranità interna riguarda "the relationship between two or more structurally distinct social entities, such as church and State"<sup>202</sup>. Secondo tale interpretazione di matrice calvinista, come ricorda Vyver, le istituzioni corrispondenti in ciascuna entità sociale sono titolari di competenze proprie, senza che si renda necessaria alcuna "concessione" o autorizzazione in tal senso. Tale sfera si fonderebbe sulla loro esistenza di fatto, sulle regole e sulle modalità operative di ciascuna di esse, considerate quali "componenti autonome"<sup>203</sup> di una certa realtà sociale. Quest'idea dell'esistenza di una "sovranità interna" delle istituzioni religiose<sup>204</sup> è meritevole di essere riconsiderata in un'ottica normativa al fine di vagliarne la sottoscrivibilità.

Al di là del non controverso punto di partenza (ossia che vi sono differenti "entità sociali" all'interno dello stesso sistema), la componente della "sovranità interna" delle istituzioni religiose mette in evidenza l'esistenza di entità sociali *sui generis*, ovvero le religioni, aventi particolari organizzazioni, proprie regole e procedure interne. In tale senso, le istituzioni religiose sono esempi paradigmatici dei cosiddetti "nomoi groups", con espressione di Shachar, aventi un'autonomia e differenziata struttura normativa. Ciò che è meno ovvio e più controverso, invece, è il fatto che le competenze nelle quali si esprime tale sfera di sovranità interna delle religioni siano da esse possedute "in their own right"<sup>205</sup>. Da questo punto di vista, il concetto di sfera sovrana interna delle religioni è normativamente plausibile, avendo le religioni il diritto di regolare le proprie questioni interne senza l'interferenza di istituzioni ad esse estranee. Tuttavia, se ci

---

rinuncia da parte delle religioni "a porre esplicitamente e direttamente la propria normatività come potenzialmente efficace per la vita civile" (A. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 12).

<sup>202</sup> J.D. VAN DER VYVER, *Constitutional Protections and Limits to Religious Freedom*, p. 107.

<sup>203</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>204</sup> In relazione al riconoscimento di una "internal sphere sovereignty" delle religioni è di particolare interesse il caso *Karoly c. Ungheria* (56665/09) deciso dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo il 14 settembre 2017. L'interesse di questo caso consiste nell'aver affrontato la questione della rilevanza di un contratto stipulato secondo le norme del diritto della Chiesa Riformata di Ungheria di fronte alle giurisdizioni statali. La Corte afferma che: (72) "in the applicant's case all national courts – i.e. the labour court, the civil court and the Supreme Court – after a detailed examination of the issue of the State courts' jurisdiction and the right of access to a court of persons in ecclesiastical service, discontinued the proceedings holding that the applicant's claim could not be enforced before national courts since his pastoral service and the Letter of Appointment which it was based on had been governed by ecclesiastical rather than the State law". Essa conclude che "76. Given the overall legal and jurisprudential framework existing in Hungary at the material time when the applicant lodged his civil claim, the domestic courts' conclusion that the applicant's pastoral service had been governed by ecclesiastical law and their decision to discontinue the proceedings cannot be deemed arbitrary or manifestly unreasonable".

<sup>205</sup> Vyver chiarisce che "Quite often, constitutional provisions relating to freedom of religion or belief seem to suggest that the entitlements of religious institution is a matter of autonomy while these entitlements ought to be treated as instances of sphere sovereignty" (p. 107).

chiedessimo chi o che cosa conferisca alle religioni tali possibilità, le risposte potrebbero essere assai differenti. Se rispondessimo in termini calvinisti, l'idea di possedere "per diritto proprio" determinate prerogative creerebbe una sfera pre- o meta-giuridica di sovranità o di funzioni sovrane, le quali non richiederebbero alcuna concessione da parte dell'"entità sociale dominante" (lo Stato)<sup>206</sup>. Di conseguenza, lo Stato si troverebbe a dover riconoscere i propri limiti d'interferenza nelle questioni interne delle religioni. In questi termini, la sfera di sovranità si atteggierebbe proprio come meccanismo di contro-sovranià delle istituzioni religiose, poiché esistenti autonomamente da qualsiasi altro corpo sociale. Se assumessimo, invece, il punto di vista giuspositivistico, l'esistenza di tale sfera di sovranità interna potrebbe derivarsi direttamente dal secondo livello di esercizio delle prerogative sovrane degli Stati verso le religioni che è stato sin qui esposto. In modo simile rispetto alla previsione del principio di autonomia personale in specifici campi, un "metaprincipio"<sup>207</sup> con le parole di Borsellino, lo Stato può avere il diritto e anche il dovere di elaborare auto-limitazioni in questioni riguardanti il funzionamento interno delle istituzioni religiose, individuando normativamente sia limiti di non interferenza, sia soglie e criteri per intervenire. Tale meccanismo di regolamento dei confini dell'ordinamento giuridico dello Stato verso la "sphere sovereignty" delle religioni è ben esemplificato da due tendenze complementari presenti nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Da una parte, il riconoscimento della "libertà interna dei culti"<sup>208</sup>, che troviamo paradigmaticamente esemplificata nel caso del 2000 *Hassan e Chaousb c. Bulgaria*. In tale circostanza, la Corte menziona esplicitamente l'obbligo di neutralità degli Stati nelle questioni che riguardano la libertà di religione<sup>209</sup>, con-

---

<sup>206</sup> Esprime molto bene questo concetto Prélot, secondo il quale "les Églises constituent des ordres juridiques autonomes, sinon souverains, au double sens où leur existence n'est pas conditionnée par une volonté initiale de l'État, et où elles produisent dans leur sphère d'autonomie un droit qui leur est propre, et n'est pas subordonné au droit de l'État" (P.H. PRÉLOT, *Le droit des Églises dans l'État*, p. 113).

<sup>207</sup> Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Cortina, 2018, p. 44.

<sup>208</sup> Mi richiamo qui all'espressione di Portier, "la liberté interne des cultes" (P. PORTIER, *Un programme réognitif*, p. 217), utilizzata in sede di analisi degli orientamenti della Corte.

<sup>209</sup> Come possiamo leggere al punto 78 della decisione: "the Court considers, like the Commission, that facts demonstrating a failure by the authorities to remain neutral in the exercise of their powers in this domain must lead to the conclusion that the State interfered with the believers' freedom to manifest their religion within the meaning of Article 9 of the Convention. It recalls that, but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate. State action favouring one leader of a divided religious community or undertaken with the purpose of forcing the community to come together under a single leadership against its own wishes would likewise constitute an interference with freedom of religion. In democratic societies the State does not need to take measures to ensure that religious communities are brought under a unified leadership".

dannando la Bulgaria per l'indebita interferenza esercitata nella scelta del leader locale di una comunità musulmana bulgara. Lo Stato era quindi illegittimamente intervenuto nella sfera di sovranità interna delle religioni, protetta dall'articolo 9 della Convenzione. In questo senso, tale disposizione plasma una "liberté publique à spectre large"<sup>210</sup>, che si caratterizza per la sua dimensione sociale, collettiva e interna, imponendo restrizioni alle interferenze statali.

Dall'altra parte, troviamo la dottrina degli obblighi positivi<sup>211</sup> gravanti sugli Stati in materia di protezione dei diritti umani. Tale dottrina trova fondamento nel primo articolo della Convenzione Europea sui Diritti Umani, nella quale troviamo l'affermazione che "Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione". A ben vedere, è piuttosto ovvio ed intuitivo che le religioni, a causa delle loro specificità e al fine di essere coerenti con le proprie convinzioni e credenze possano richiedere esenzioni specifiche con riguardo al rispetto di determinate disposizioni di legge<sup>212</sup>. Tuttavia, la dottrina degli obblighi positivi gravanti sugli Stati non riguarda soltanto le azioni poste in essere dalle Alte Parti contraenti verso i propri cittadini: essa prevede altresì che gli Stati garantiscano diritti e libertà dei singoli anche dalle potenziali violazioni che possono avere luogo all'interno di soggetti non statali<sup>213</sup>. In altri termini, la tutela dei diritti umani non può essere messa in discussione nella sfera di competenza di soggetti non statali, come le istituzioni religiose, rispetto alle quali permane per lo Stato l'obbligo di verificare che al loro interno vengano garantiti determinati standard di protezione dei diritti umani<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> P. PORTIER, *op. ult. cit.*, p. 216-217.

<sup>211</sup> Per un quadro generale sulla dottrina degli obblighi positivi cfr. J.F. AKANDJI-KOMBÉ, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Handbook*, 7, Council of Europe, 2007. Cfr. anche L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia, 2016; T. KAHANA, A. SCOLNICOV (eds), *Boundaries of State, Boundaries of Rights: Human Rights, Private Actors, and Positive Obligations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londra: Routledge, 2012.

<sup>212</sup> In tali termini cfr. anche R. MCCREA, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 131.

<sup>213</sup> In questi termini cfr. J.D. VAN DER VYVER, *Constitutional Protections and Limits to Religious Freedom*, p. 111.

<sup>214</sup> Alcuni casi giurisprudenziali che hanno riguardato specificamente lo Stato tedesco rivelano come "it might happen that church institution are constrained, in view of human rights standards deriving from the European Convention, to put up with the services of someone who commits marital infidelity (*Obst and Schüth*), who turn out to be an active member of a sect whose beliefs and practices are at odd with those of the employer church (*Siebenhaar*), who publicly contradict established dogma of the church (2 AZR 591/80 and 2 AZR 628/80), or who terminates his or her membership of the church (7 AZR 249/81)" (*ivi*, p. 112). Questi casi rivelano significativamente

In sintesi, lo scenario europeo si caratterizza per l'esistenza di un sistema normativo sovranazionale ed internazionale, all'interno del quale il diritto di libertà di religione nella sua dimensione collettiva, se riferito alle istituzioni religiose, definisce allo stesso tempo sia una sfera di non interferenza dello Stato, sia standard non comprimibili di tutela dei diritti umani e criteri per poter intervenire. In questo senso, il regime giuridico positivo dei diritti umani si rivela "ad ampio spettro", garantendo sia la sfera di autonomia delle istituzioni religiose (la loro "sphere sovereignty") sia la protezione dei singoli individui all'interno delle stesse comunità religiose<sup>215</sup>.

La duplicità di questo secondo livello individuale di esercizio delle prerogative sovrane verso le religioni, sin qui articolato rispettivamente nella dimensione individuale e comunitaria o collettiva della libertà di religione, incontra un banco di prova nella dottrina elaborata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento all'applicazione della Convenzione: *la dottrina del margine di apprezzamento*. Pur non rappresentando una dichiarazione della competenza esclusiva degli Stati in materia religiosa<sup>216</sup>, tale dottrina articola *possibili espressioni della sovranità statale* qualora manchi pieno accordo su punti specifici in sede di vaglio giurisdizionale. Tuttavia, nella sua cornice sembra più appropriato adottare una "accezione tecnica" di consensus tra gli Stati: "non approvazione unanime, ma assenza di opposizioni espresse"<sup>217</sup>, come suggerisce Lugato.

La dottrina del margine di apprezzamento è stata elaborata nel corso degli anni Settanta in relazione alla libertà di espressione, alla luce delle profonde differenze esistenti tra gli Stati nel modo di intendere la sfera della moralità<sup>218</sup>.

---

come determinati standard di protezione dei diritti umani si pongano come contro-limiti rispetto all'autodeterminazione interna garantita alle istituzioni religiose.

<sup>215</sup> Una sintesi del delicato equilibrio è espressa da Prélot quando afferma che "c'est la raison d'être du principe de la liberté de religion d'organiser une certaine forme de conciliation entre l'ordre juridique religieux et l'ordre juridique étatique, selon des procédés variables dans chaque État" (H.P. PRÉLOT, *op. ult. cit.*, p. 115).

<sup>216</sup> Della stessa opinione P. PORTIER, *Un programme réconfortif*, p. 208. In generale, "l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia secondo le circostanze, le materie e il contesto e rileva in proposito la presenza o l'assenza di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli stati che fanno parte del sistema della convenzione (consenso europeo)" (V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna: Il Mulino, 2016, p. 43).

<sup>217</sup> M. LUGATO, *Diritto alla salute, scelte etiche, e margine di apprezzamento*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2017, p. 180. Spiega Lugato che risulta rilevante a tal fine (come il caso *A, B e C c. Irlanda* del 16 dicembre 2010 dimostra) l'esistenza di una scelta etica chiaramente ed espressamente assunta a livello nazionale, seppur difforme dal resto del contesto europeo. Tale precisazione avvalorata ulteriormente la ricostruzione di tale dottrina nei termini del riconoscimento di un margine di piena sovranità degli Stati in determinate materie eticamente rilevanti.

<sup>218</sup> In questi termini cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit 2*, Paris: Seuil, 2006.

Nelle parole della Corte, non era possibile “to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals”<sup>219</sup>. Tale margine di discrezionalità controllata lasciata agli Stati dalla Corte ha avuto importanti ricadute nelle questioni legate al diritto alla libertà di religione e quindi al livello individuale della nostra analisi.

Vi sono tre parametri principali che regolano l’operatività del margine di apprezzamento degli Stati<sup>220</sup>: a) un parametro legato al contesto specifico, che prende in considerazione la situazione contingente, le circostanze concrete e le richieste di tutela avanzate; b) un parametro teleologico, che si richiama all’articolo 9.2 della Convenzione, riferendosi allo scopo legittimo che la restrizione di specifici diritti intende perseguire (protezione dell’ordine pubblico, moralità e diritti degli altri soggetti); c) un parametro a base comparatistica, che va a considerare “convergenze o divergenze”<sup>221</sup> tra sistemi nazionali differenti. Come ha sottolineato Delmas-Marty, da un lato tale dottrina sembra favorire “un rapprochement des pratiques, leur “mise en compatibilité” progressive”<sup>222</sup>. Dall’altro, però, tali criteri generali sembrano essere profondamente eterogenei, prestandosi ad un utilizzo da parte della Corte se non arbitrario, quantomeno dall’esito aleatorio. In questo senso, l’applicazione di tale dottrina si fonda su un approccio “caso per caso”, nel quale la prevalenza di uno specifico criterio su un altro dipende da un insieme differente e vario di fattori, com’è stato sottolineato criticamente anche da componenti emeriti della Corte<sup>223</sup>. A ben vedere, un suo utilizzo in modo estensivo si rivelerebbe piuttosto paradossale, perché produrrebbe una “renationalisation du principe international”<sup>224</sup>, ovvero una sorta di riatomizzazione tra sistemi giuridici nazionali, frammentazione della disciplina giuridica internazionale nell’ambito dei diritti fondamentali e emersione di regimi

---

<sup>219</sup> Caso *Handyside c. Gran Bretagna*, 7 giugno 1973, § 48, relativo alla protezione della libertà di espressione in materia d’insegnamento dell’educazione sessuale nelle scuole. Spiega la Corte, “The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to meet them”.

<sup>220</sup> In questo senso cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le processus d’interaction*, in ID., *Le pluralisme ordonné*, p. 89.

<sup>221</sup> Cfr. *ivi*, p. 89.

<sup>222</sup> *Ivi*, p. 88.

<sup>223</sup> Delmas-Marty richiama la critica espressa a questo proposito dall’ex giudice della Corte europea dei Diritti dell’Uomo Françoise Tulkens, durante il seminario tenutosi al Collège de France nel giugno 2005 dal titolo: “L’usage de la marge nationale d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?”.

<sup>224</sup> *Ivi*, p. 95.

nazioni fortemente differenziati in ambiti delicati. Allo stesso tempo, un uso eccessivamente restrittivo di tale dottrina si rivelerebbe forse ugualmente paradossale, forzando oltre il consentito l'elasticità dei sistemi giuridici interni e la loro capacità di metabolizzare erosioni progressive delle scelte sovrane espresse<sup>225</sup>. Com'è possibile risolvere un simile paradosso? L'osservatorio della libertà di religione si presta ad essere strategico in tal senso.

Si potrebbe innanzitutto adottare un cambio di prospettiva, sottoscrivendo "un approccio trasversale"<sup>226</sup> ai sistemi giuridici. In tal senso, possiamo concepire il margine di apprezzamento come quello strumento interpretativo che permette di condurre un processo di armonizzazione che eviti "imposizioni dall'alto", all'interno di un sistema normativo trasversale nel quale la norma statale perde la sua esclusività, ma non la sua rilevanza. Con riferimento al diritto alla libertà di religione questo processo è piuttosto evidente. La giurisdizione europea sui diritti umani ha infatti condotto ad adottare standard elevati di protezione, fondati su due principi cardine, come suggerisce Portier<sup>227</sup>. Da una parte il "principio d'isonomia" in base al quale si è prodotto un bilanciamento, in materie specifiche<sup>228</sup>, della tutela dei soggetti non appartenenti al culto dominante<sup>229</sup>. Dall'altra parte, il "principio d'estensione", che include tanto la componente interna quanto quella esterna della libertà di religione, intendendo con quest'ultima espressione la possibilità di poter manifestare le proprie convinzioni religiose e non religiose nello spazio sociale.

Possiamo quindi guardare alla dottrina del margine nazionale di apprezzamento come ad un margine di esercizio calmierato della sovranità statale in materia di libertà di religione (e non solo) e, allo stesso tempo, come ad un meccanismo di europeizzazione attraverso una "*harmonisation en douceur*"<sup>230</sup> tra nor-

---

<sup>225</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>226</sup> Cfr. *ivi*, p. 98.

<sup>227</sup> P. PORTIER, *Un programme récongnitif*, p. 215 e ss.

<sup>228</sup> A titolo di esempi, in materia di tassazione cfr. *Darby c. Svezia*, 1989; in materia di educazione cfr. *Folgero e altri c. Norvegia*, 2007; in materia di simboli religiosi negli spazi pubblici e sociali cfr. *Arslan e altri c. Turchia*, 2010 e *Eweida e altri c. Gran Bretagna*, 2013; in materia di pubbliche sovvenzioni cfr. *Cumburiyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turchia*, 2014. Ringrazio molto Portier per i preziosi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>229</sup> In questi termini cfr. *ibidem*.

<sup>230</sup> P. PORTIER, *Un programme récongnitif*, p. 218. Portier identifica due particolari processi che hanno portato a tale armonizzazione: "des processus de diffusion descendante (acceptation tranquille du *soft law* produit par l'institution transnationale) et de mimétisme horizontal (réception sélective des mécanismes de fonctionnement des autres pays)". Come osserva Alessandro Ferrari "from a more strictly juridical point of view, the growing religious pluralism, the rise of Islam and the ever increasing influx of supranational institutions (the Strasbourg Court of Human Rights and the European Union in primis) have led the individual European countries towards evident convergences. Indeed besides the national laws a common European law of religious freedom has

me giuridiche interne e standard transnazionali europei. In termini simili a quanto visto sopra a proposito del livello istituzionale di esercizio delle prerogative sovrane verso le religioni, il margine di apprezzamento è stato anche applicato per radicare o legittimare tradizioni nazionali e differenze locali riguardanti il ruolo svolto dalla religione o dalle istituzioni religiose all'interno dell'architettura giuridica delle Nazioni contemporanee, che sembrano però ancora muoversi "all'ombra di Vestfalia"<sup>231</sup>.

### 5.2.1. Un rapporto "da potenza a potenza"

Con riferimento all'espreso riconoscimento di una sfera di sovranità ad una precisa istituzione religiosa, l'articolo 7 della Costituzione italiana si presenta come un caso *sui generis* nel panorama non solo europeo.

Il suo primo comma afferma che "Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani". Questa disposizione ha dato vita ad accesi dibattiti dottrinali. Basti ricordare quanto affermava Pietro Agostino D'Avack all'indomani dell'entrata in vigore del testo costituzionale: "L'enunciazione contenuta in questo primo comma dell'art. 7 o costituisce addirittura una formula priva di senso giuridico quale norma di una Carta costituzionale, o rappresenta quanto meno una direttiva generica astratta dello Stato priva di ogni rilevanza giuridica, o si risolve tutt'al più in una sostanziale ripetizione di un'altra norma costituzionale [art. 7 II comma] e quindi in una disposizione superflua e inutile"<sup>232</sup>. Diversamente, è possibile (e personalmente sottoscrivibile) la posizione di quanti danno autonoma rilevanza a tale enunciazione e ne esplicano la portata sistemica. Nella dottrina più recente, Pasquali Cerioli spiega come, nell'intendere il concetto di 'ordine' quale "spazio di esplicazione di po-

---

been established, which is characterised by the primary position of the freedom of individual conscience, the autonomy of the churches and by increasing cooperation between States and religious groups" (A. FERRARI, *Religions, Secularity and Democracy in Europe: for a New Kelsenian Pact*, Jean Monnet Working Paper 03/05, New York School of Law, <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/05/050301.pdf>).

<sup>231</sup> L'espressione è mutuata da un articolo di Janis, nel quale egli sostiene condivisibilmente che "[m]odern Europe, still in its Westphalian shadow, promotes intra-European peace by permitting states to establish their own distinct national visions of the role of religion in society" (M.W. JANIS, *The Shadow of Westphalia*, p. 93). L'autore sottolinea come la Corte di Strasburgo abbia applicato differenti strumenti interpretativi (due pesi e due misure, diremmo) per proteggere le religioni maggioritarie delle Alte Parti contraenti rispetto alle richieste derivanti dalle confessioni minoritarie: "protecting the majority from mocking scornful criticism (*Otto-Preminger*), protecting the state from divisive religious alternatives (*Murphy*), advancing a national cultural identity (*Lautsi*), terming a religious manifestation 'commercial' (*Mouvement Raelien*), protecting the rights of others (*Eweida*), or respecting a national social choice (*SAS*)" (*ibidem*).

<sup>232</sup> P.A. D'AVACK, *I rapporti tra Stato e Chiesa*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze: G. Barbera Editore, 1950, pp. 106-107.

teri sovrani”<sup>233</sup>, la norma contenga indicazioni ben precise, da una parte circa la “sovranià statuale (l’unica [...] propriamente ‘assoluta’) in ogni ambito della vita dei consociati ricadente nel proprio ordine, anche se oggetto di valutazione giuridica da parte dell’ordinamento confessionale”<sup>234</sup>; dall’altra circa “la pienezza dell’ordinamento confessionale [...] nello spazio del quale si tengono comportamenti di natura prettamente spirituale, tali, dunque, da non presentare ‘alcun interesse per uno Stato moderno”<sup>235</sup>. Emerge una nozione di sovranià “residuale”<sup>236</sup> della Chiesa, rispetto alla quale lo Stato mantiene fermamente la possibilità di intervenire in “ogni ambito in cui si manifesti la necessità di un intervento promozionale da parte del pubblico potere in vista dell’effettivo godimento”<sup>237</sup> di specifici diritti e libertà. Allo stesso tempo, però, proprio perché posta nella parte dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano, la norma ha voluto esprimere che “[g]li spazi di manifestazione delle prerogative sovrane del potere civile e di quello confessionale non ammettono reciproche interferenze”<sup>238</sup>.

Da un punto di vista teorico-giuridico, sembra impiegarsi una nozione di sovranià come sfera di (speciale) autonomia di una confessione religiosa, intesa quale ordinamento normativo con regole proprie ed originarie, la cui rilevanza giuridica agli occhi dello Stato è regolata in termini generali da un criterio di competenza che si traduce in limitazioni reciproche, ma non paritarie (ossia è lo Stato ad autolimitarsi sovraneamente verso le religioni). Da questa osservazione sorgono alcuni spunti di riflessione.

Il primo attiene alla generalizzabilità di questo approccio alla “sfera normativa sovrana” delle religioni. L’istituzionalizzazione della Chiesa cattolica si presta certamente ad un dialogo paritario o quantomeno privilegiato con lo Stato italiano, facilitato dall’esistenza di un ordinamento giuridico confessionale ben identificabile e risalente, con istituzioni e gerarchie comprensibili nel vocabolario politico di un ordinamento occidentale. Ma che dire per quelle confessioni per le quali l’elemento istituzionale è frammentario o assente? Si pensi all’Islam, che pur mancando dell’istituzionalizzazione “mimetica” della Chiesa cattolica, è caratterizzato da un’identità giuridico-normativa ben riconoscibile nelle sue diverse tradizioni. Se ammettiamo, come osserva Pasquali Cerioli, che “è garantito a tutte le confessioni l’uguale godimento, in regime di parità, delle libertà assi-

---

<sup>233</sup> J. PASQUALI CERIOLI, *L’indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell’ordinamento italiano*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 73.

<sup>234</sup> *Ivi*, p. 55.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> *Ivi*, p. 56.

<sup>237</sup> *Ivi*, pp. 104-105.

<sup>238</sup> *Ivi*, p. 197.

curate dalla costituzione”<sup>239</sup>, possiamo altresì ammettere di interpretare tale parità nei termini di un medesimo rispetto, considerazione o “atteggiamento normativo” per la sfera sovrana di ciascuna confessione religiosa?

Un secondo spunto attiene alla nozione di laicità<sup>240</sup>, “principio supremo dell’ordinamento costituzionale” italiano con le parole della Consulta, che sembra emergere dal I comma dell’articolo 7, proprio nella sua veste di principio. La definizione che ne dà Pasquali Cerioli in termini di “autolimitazione dello Stato in materia spirituale” e di “eterolimitazione del potere religioso nella sfera civile”<sup>241</sup> rivela un meccanismo funzionante sulla base di un dispositivo tipicamente sovrano. L’autolimitazione si configura come espressione di una piena volizione sovrana, nella misura in cui implica, o forse presuppone, la possibilità di poter decidere diversamente. L’eterolimitazione, in modo simile, presuppone l’accettazione di una limitazione della propria sfera. In altri termini, la laicità così descritta intercetta e cristallizza un meccanismo di “negoziiazione sovrana” stabilita a livello normativo apicale, tra soggetti aventi capacità negoziale differente: non soltanto lo Stato è saldo detentore di un potere negoziale incontrastato e incontrastabile, ma altresì tra i soggetti religiosi stessi vi è una graduazione di “potere negoziale”, alla luce della quale l’eterolimitazione diventa sempre meno un’accettazione sovrana (che può certamente valere per la Chiesa cattolica) e sempre più un assenso obbligato.

Infine, un ultimo spunto attiene alla portata o al valore di questa relazione *de puissance à puissance*<sup>242</sup> rispetto all’identità dell’ordinamento costituzionale italiano. L’articolo 7 esemplifica, infatti, il funzionamento di questi primi due livelli di analisi individuati. In primo luogo, il livello istituzionale: questa norma chiarisce il posto assegnato nel disegno costituzionale ad una particolare religione rispetto a tutte le altre. In secondo luogo, il livello individuale: una lettura sistematica di tale disposizione porta a tratteggiare i contorni di un diritto alla libertà di religione<sup>243</sup>, rispetto al quale la sfera normativa dei soggetti religiosi è tenuta in forte considerazione, individuando ambiti di non intervento specifi-

---

<sup>239</sup> *Ivi*, p. 196.

<sup>240</sup> Sul punto cfr. P. BORSELLINO, *La laicità secondo il punto di vista laico*, in *Le sfide della laicità*, *Studi di teologia*, 36, 2006, IFED (Istituto di formazione evangelica e documentazione, Padova), pp. 146-157. Inoltre, per un’analisi che valorizza la nozione di laicità rispetto agli orientamenti non religiosi P. BORSELLINO, *Ateismo "costruttivo" e società laica. A proposito di "Senza Dio" di Eugenio Lecaldano*, in *IRIDE*, 3, 2016, pp. 661-670. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr. *Laicità*, *Parolechiave*, 33, 2005.

<sup>241</sup> J. PASQUALI CERIOLI, *op. cit.*, p. 58.

<sup>242</sup> L’espressione riprende lo spunto offertomi da Pierre-Henri Prélot circa l’opportunità di considerare il rapporto tra Stato e religioni anche in una prospettiva differente rispetto a quella della libertà di religione, ovvero in una prospettiva “paritaria”.

<sup>243</sup> Per un approfondimento sulla libertà di religione nel contesto italiano cfr. A. FERRARI, *La libertà di religione in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma: Carocci, 2013.

co<sup>244</sup>. Allo stesso tempo, lo Stato afferma il proprio ruolo di arbitro nel verificare che i limiti necessari siano rispettati sia rispetto alla sua sovrana indipendenza, sia rispetto alle manifestazioni esterne nel perimetro della vita dei consociati-fedeli della sfera normativa interna delle religioni.

### 5.3. *Il livello personale*

Il livello personale rappresenta l'ultimo piano di esercizio delle prerogative sovrane dello Stato nell'articolazione che qui viene proposta. È importante sin da subito ribadire che tale livello coinvolge in modo meno diretto dei precedenti le religioni. Come accennato all'inizio di quest'ultima sezione, il livello personale non va infatti inteso quale piano di esercizio delle prerogative sovrane dello Stato specificamente rivolte nei loro confronti. Esso riguarda ogni individuo a prescindere dal fatto che egli abbia un'appartenenza religiosa. Allo stesso tempo, però, proponendosi di rispondere alla domanda "chi è 'persona' per il diritto?" attraverso l'attribuzione della personalità sul piano giuridico, tale livello viene in rilievo nella misura in cui sono le religioni stesse ad avere una ben precisa visione normativa in merito.

Per inquadrare la sua importanza, possiamo rifarci ad una distinzione introdotta da Agamben nella sua riflessione sulle prerogative sovrane verso la vita umana. Quest'ultimo ha notoriamente adottato la distinzione tra *zoe* e *bios*, ossia "fra vita privata ed esistenza politica, tra l'uomo come semplice vivente, che ha il suo luogo nella casa, e l'uomo come soggetto politico, che ha il suo luogo nella città"<sup>245</sup>. Si pongono, quindi, alcune domande centrali a questo riguardo: chi o cosa ha diritto ad essere titolare di diritti? Quali esseri umani hanno diritti e quali ne sono esclusi? Quando e come avviene il passaggio tra *zoe* e *bios*? Alla luce di tali questioni, la nozione che suggerisco di adottare in seno a questo terzo livello di analisi è quella di *bio-sovranià*. Essa si differenzia sia dalla teorizzazione di Agamben, sia dal concetto foucaultiano di biopolitica e di biopotere<sup>246</sup>, nonostante li presupponga e li metabolizzi in parte entrambi<sup>247</sup>. Con bio-

---

<sup>244</sup> Con riferimento al rapporto Stato-Chiesa, "il principio della indipendenza degli ordini" sottrae "alla normazione negoziata materie e rapporti ricadenti nello spazio di sovranità esclusiva del potere statale, ma anche ogni fattispecie propria della sola sfera spirituale" (J. PASQUALI CERIOI, *op. cit.*, p. 87).

<sup>245</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi, 1995, pp. 209-210.

<sup>246</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris: Seuil, 2004.

<sup>247</sup> In polemica con il concetto di "nuda vita" sviluppato da Agamben, Judith Butler coglie il punto che questo terzo livello di analisi vorrebbe sviluppare: "la questione di quando e dove la vita inizi e finisca, dei mezzi e degli usi legittimi della tecnologia riproduttiva, le dispute per sapere se la vita debba essere concepita come cellula o come tessuto, tutte queste sono chiamate questio-

sovranità intendo indicare la prerogativa sovrana dello Stato che si esprime normativamente in questo terzo livello di analisi, e che consiste nell'identificazione della soglia del giuridicamente rilevante in ogni fase di sviluppo della vita umana attraverso il dispositivo formale e normativo del concetto di persona. La bio-sovranià, quindi, non riguarda tanto e solo la vita degli esseri umani già nati, ma si estende ad una fase precedente la loro venuta al mondo.

Per cogliere quanto sia radicato nella nostra tradizione giuridica l'esercizio di tale prerogativa, possiamo risalire addirittura all'ordinamento giuridico romano. Esposito ha messo in evidenza come "la nozione di persona, in rapporto con quella di "cosa", costituisce l'epicentro semantico e il perno categoriale intorno al quale ruota l'intero sistema giuridico romano"<sup>248</sup>. In tale sistema, i due concetti di *homen* (individuo in senso concreto) e di *persona* non erano usati in modo sinonimico, bensì designavano due diverse esistenze dell'identico individuo: la prima biologica, la seconda giuridica. In altri termini, quello di persona era un "dispositivo formale che separa(va) la realtà fisica e psichica del singolo uomo dalla sua identità giuridica"<sup>249</sup>. La rilevanza e l'eredità concettuale di tale approccio appare con evidenza anche nel formalismo normativistico kelseniano. Quando Kelsen cerca di definire il concetto di persona come "espressione unitaria e personificante d'un gruppo di obblighi e di autorizzazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme"<sup>250</sup>, egli sembra rifarsi proprio alla distinzione sopra richiamata, nel tentativo di non confondere l'uomo in senso bio-psicologico con la sua esistenza sul piano giuridico. Egli ribadisce e riattualizza, in altre parole, la normatività e non la fattualità del concetto di persona, sottolineando lo iato esistente tra la comune percezione e la prospettiva specificamente giuridico-normativa<sup>251</sup>. Tuttavia, nello stesso secolo in cui visse Kelsen, l'avvento della Carta delle Nazioni Unite ha cambiato lo scenario di riferimento.

---

ni di vita e questioni di potere-estensioni del biopotere in modi che suggeriscono come nessuna semplice logica di esclusione possa essere istituita tra vita e politica" (in J. BUTLER, G.C. SPIVAK, *Who Sings the Nation-State ?* (2007), tr. it., *Che fine ha fatto lo stato-nazione?*, Roma: Moltemi, 2009, p. 49).

<sup>248</sup> R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino: Einaudi, 2013, p. 97.

<sup>249</sup> *Ivi*, p. 109. Esposito sottolinea il ruolo di Agostino di Ippona con riferimento alla "riunificazione dell'esperienza soggettiva attraverso l'incorporamento della persona in ciascun uomo, considerato così portatore di un valore inalienabile a immagine e somiglianza di Colui che lo ha creato" (p. 110). Per una critica filosofica sul dispositivo della persona S. WEIL, *La personne et le sacré*, prefazione di G. Agamben, Paris: Payot & Rivages, 2017.

<sup>250</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 87.

<sup>251</sup> In termini ancora più espliciti, "[d]efinire la persona fisica come un essere umano è inesatto, poiché uomo e persona sono non solo due concetti diversi, ma anche il risultato di due generi di considerazioni completamente diversi. [...] L'essere umano non è la persona fisica ma, per così dire, soltanto la 'delimitazione' di una persona fisica" (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 95).

Se volessimo adottare le categorie greche sopra richiamate, la Carta del 1945 ha riconosciuto che, per usare la dicotomia di Agamben, *zoe* (“l’uomo come semplice vivente”) diviene pienamente *bios* (l’uomo come soggetto politico, ma altresì come soggetto in senso normativamente qualificato, titolare di diritti) innanzitutto con riferimento ad una specifica categoria di diritti inalienabili: i diritti umani. Da un punto di vista strettamente giuridico, l’ampio consenso a livello internazionale e il carattere vincolante dei successivi patti che hanno dato attuazione alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani sono gli elementi che consentono di cogliere come sia stato messo in moto un cambiamento potenzialmente epocale nel modo di guardare alla rilevanza giuridica dell’esistenza umana stessa<sup>252</sup>. Come verrà approfondito nel corso del terzo capitolo, il riconoscimento giuridico dei diritti umani, quali diritti positivi la cui tutela è demandata in termini cogenti alla comunità degli Stati, ha reso ogni individuo, in quanto essere umano, “naturalmente” titolare di determinati diritti inviolabili. Questa coincidenza tra esistenza bio-psicologica e rilevanza normativa della vita umana è ciò che fa acquisire all’evento della nascita un preciso significato e precise conseguenze sul piano giuridico. Tuttavia, lo scenario diviene assai delicato in relazione allo status e alla rilevanza giuridica della vita umana *prima* dell’evento della nascita. Se ci riferiamo a tale complessa fase, nella quale forse meglio si esprime il livello di esercizio della bio-sovrano statale, nascono non pochi dissensi tra le prospettive secolari delle quali si fanno portatori gli Stati e le prospettive religiose. Il dibattito bioetico rappresenta, in tal senso, il contesto ideale per comprenderne le ragioni<sup>253</sup>.

Gli Stati costituzionali di diritto della seconda metà del secolo scorso hanno reagito ai progressi in campo tecnologico e bio-medico attraverso un’attività di produzione legislativa assai serrata e complessa. Se consideriamo il contesto europeo, già dagli anni Settanta, gli Stati si sono impegnati in una massiccia attività di regolamentazione bio-giuridica, nel tentativo di provvedere alla predisposizione di discipline normative per materie eticamente sensibili. Nel fare ciò, essi si sono cimentati in un difficile esercizio di demarcazione della linea di confine

---

<sup>252</sup> Da un punto di vista storico, possiamo affermare che la vita naturale diventa vita politicamente e giuridicamente rilevante (seppure non in termini assoluti) con “l’Età delle dichiarazioni dei diritti”, prima fra tutte la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*. Come argomenta Agamben, “[l]e dichiarazioni dei diritti rappresentano la figura originaria dell’iscrizione della vita naturale nell’ordine giuridico-politico dello Stato-nazione. Quella nuda vita naturale che, nell’antico regime, era politicamente indifferente e apparteneva, come vita creaturale, a Dio e, nel mondo classico era (almeno in apparenza) chiaramente distinta come *zoe* dalla vita politica (*bios*), entra ora in primo piano nella struttura dello stato e diventa anzi il fondamento terreno della sua legittimità e della sua sovranità” (G. AGAMBEN, *op. ult. cit.*, p. 140).

<sup>253</sup> Per un’interessante analisi del ruolo delle religioni nel dibattito bioetico cfr. B. FEUILLET-LIGER, P. PORTIER (sous la direction de), *Droit, éthique et religion: de l’âge théologique à l’âge bioéthique*, Bruxelles: Bruylant, 2011.

tra *posse* e *licet*<sup>254</sup>, tra il tecnicamente o fattualmente possibile e il normativamente lecito, nel tentativo di rispondere agli sviluppi tecnologici con gli strumenti giuridici a propria disposizione. In particolare, tra le più delicate questioni bioetiche e biogiuridiche, nella nostra prospettiva di analisi è possibile individuare due ambiti che descrivono in modo paradigmatico come la bio-sovrantà degli Stati sappia esprimersi in modi e forme non sempre identiche rispetto alle prospettive che sono proprie dei sistemi normativi religiosi. Questi ultimi, in termini ben più ultimativi degli Stati, contengono indicazioni, esprimono orientamenti ontologizzanti e rivendicano spesso il diritto di indicare “chi è persona” e quando essa ha origine. In particolare, tra le questioni d’inizio vita, l’interruzione volontaria della gravidanza e la procreazione medicalmente assistita rappresentano due ambiti centrali nei quali si assiste all’esercizio di dialettiche bio-sovrane. Se prestiamo attenzione, infatti, decidere quale sia lo status di un feto o di un embrione ha conseguenze notevoli sul piano degli effetti giuridici, ma esso è ugualmente centrale sul piano squisitamente concettuale. Per meglio chiarire il quadro, considereremo due casi paradigmatici nel contesto italiano.

Il primo caso è quello della legge del 22 maggio 1978 numero 194. Tale legge, ormai in vigore immodificata da circa quarant’anni, ha introdotto una regolamentazione di grande respiro non soltanto per l’interruzione della gravidanza, bensì anche per la tutela sociale della maternità. Nel suo articolato è contenuta la previsione di procedure e limiti temporali rispettando i quali la donna può richiedere ed ottenere dalle strutture sanitarie di porre fine ad una gravidanza. Negli anni Settanta, durante gli intensi e spesso aspri confronti tra i sostenitori di questa legge e i cosiddetti anti-abortisti (soprattutto di orientamento cattolico), si posero due questioni estremamente delicate: la prima riguardava lo status giuridico del feto; la seconda la qualificazione in termini giuridici della condotta abortiva. Secondo i sostenitori della legge 194, l’interruzione volontaria della gravidanza doveva essere letta nella cornice del diritto alla salute, costituzionalmente garantito, e all’autodeterminazione in materia procreativa della donna. Di conseguenza, la decisione di non proseguire una gravidanza era una decisione specificamente riguardante la donna, il suo corpo, e, in termini più generali, la sua vita e la sua salute. Il feto era senza dubbio giuridicamente rilevante e meritevole di protezione giuridica, ma i diritti di cui era titolare non ne facevano una persona in senso giuridico-normativo, perché, secondo le norme giuridiche dell’ordinamento italiano, tale qualifica è subordinata all’evento della nascita<sup>255</sup>. Diversamente, per gli anti-abortisti essendo la vita umana sin dal suo inizio indisponibile, ed essendo il feto una persona sia dal punto di vista morale che dal punto di vista giuridico, l’atto di abortire era un atto criminale. A ciò seguiva

---

<sup>254</sup> Per questa dicotomia cfr. G. ZANETTI, *I limiti del diritto. Aspetti del dibattito contemporaneo*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, numero speciale 2017, pp. 25-40.

<sup>255</sup> In tale senso cfr. quanto sostenuto da P. BORSELLINO, *op.ult. cit.*, p. 313 e ss.

che, di fatto, la decisione della donna condannava in modo inaccettabile un essere umano innocente, che non aveva espresso alcuna volontà in merito alla sua esistenza, a morte. In tale dibattito, la posizione ufficiale espressa dalla Chiesa cattolica romana fu paradigmatica e, così come accadde nel caso del divorzio, essa era da considerarsi non orientativa bensì politicamente vincolante per le coscienze dei fedeli. Un passaggio della costituzione pastorale del Concilio Vaticano II *Gaudium et spes* sintetizza tale punto di vista: "Perciò la vita, una volta concepita, deve essere protetta con la massima cura; e l'aborto come pure l'infanticidio sono abominevoli delitti"<sup>256</sup>. È il caso di sottolineare che il termine 'delitto' non viene usato in senso metaforico o morale, ma si attesta su un registro marcatamente giuridico: vista la sua equiparazione rispetto all'infanticidio, che è evidentemente un crimine anche negli ordinamenti secolari, l'aborto come pratica doveva essere oggetto di interdizione da parte del diritto. In questi termini, spesso duri e inconciliabili, il dibattito e la successiva approvazione della legge 194 videro confrontarsi due diverse concezioni sia in merito allo status giuridico del feto, sia in merito alla valutazione della decisione assunta dalla donna; un confronto, aggiungo, che è ben lungi dall'essersi esaurito e che porta ai nostri giorni, con proposte di revisione e modifica della stessa legge 194.

Il secondo caso è invece quello che riguarda la legge 40 del 2004, nella sua originaria formulazione<sup>257</sup>, la quale, al suo articolo 1, "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". Come rilevato da Borsellino, tale legge, letteralmente "costellata di divieti"<sup>258</sup>, approntava una tutela pressoché equivalente, se non prevalente, per la salute dell'embrione, rispetto alla salute della donna. Durante la campagna referendaria per l'abrogazione di alcuni articoli della legge 40, si assistette ad una mobilitazione pubblica condotta anche da parte della Conferenza episcopale italiana e del suo allora presidente, il cardinale Camillo Ruini. Ancora una volta, si ritornò a porre l'accento su questioni delicate e assai divisive: gli embrioni sono persone? Di quali diritti sono titolari? Chi decide quando viene ad esistere una persona? È persino inutile precisare che per i fautori della legge 40 l'embrione era considerato "persona" nelle sue

---

<sup>256</sup> Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, 51.

<sup>257</sup> Questa precisazione si rende necessaria poiché tale legge è stata progressivamente e sistematicamente smantellata nei suoi punti più critici e controversi tanto a livello interno, quanto a livello europeo. Ciò è da ricollegare al carattere particolarmente restrittivo della disciplina approntata dal legislatore, modellata su idee presenti in modo prevalente nella morale d'impronta cattolica. È solo il caso di rilevare come il triste destino di questa legge sembra potersi leggere come un segnale di quanto può accadere nel momento in cui una legge di uno Stato costituzionale di diritto ad impronta laica e pluralista si fa portatrice di una precisa visione morale sulla vita, sul concepimento e sulla loro naturalità. Rimando ancora per l'estrema completezza e analiticità della costruzione offerta alle pagine di P. BORSELLINO, *op.ult. cit.*, p. 345 e ss.

<sup>258</sup> Cfr. *ibidem*.

piene potenzialità, nel senso che la sua mera esistenza in termini biologici lo rendeva portatore di un'identità giuridica (non solo in potenza) che doveva essere tutelata. Di conseguenza, non era possibile prevedere la sua creazione senza renderne poi obbligatorio l'impianto e vietato qualsiasi intervento volto alla sua manipolazione o a scopi di ricerca, proprio come la legge prevedeva. Ma la disciplina moralmente orientata cristallizzata dalla legge 40 si spinse oltre, supportando nel suo impianto complessivo una precisa idea di natura e di naturalità. Senza affrontare esplicitamente l'argomento della soggettività giuridica dell'embrione (omessa per ragioni di opportunità politica), la legge 40 prevedeva infatti una dettagliata lista di restrizioni concernenti sia i soggetti che avevano titolarità a ricorrere alla procreazione, sia le tipologie applicative consentite per tale tecnica. In risposta ad un'idea religiosamente connotata o radicata di famiglia, di procreazione e di natura, la legge escludeva in modo esplicito le coppie omosessuali dall'accesso alle tecniche, vietando in via generale la procreazione eterologa. Non sembra poi così avventato leggere nelle norme della legge 40 una difesa del modello eterosessuale e "naturale" di famiglia, fondato sulla procreazione all'interno dei confini biologici della coppia. In tale senso, la legge 40 può essere vista proprio come un esempio archetipico di utilizzo dello strumento legislativo per tradurre nelle forme e nei contenuti propri delle norme dello Stato una precisa prospettiva religiosa in materie bioeticamente sensibili<sup>259</sup>. Oppure, per dirla diversamente, la legge 40 del 2004 rappresenta in modo paradigmatico una particolare modalità di esercizio della bio-sovranià statale, se non allineato, quantomeno pienamente coerente con i contenuti propri di un sistema normativo religioso.

Sperando di non essere ricaduto in un'eccessiva "provincializzazione" della mia analisi, i casi italiani sopra menzionati mostrano due tecniche e due concezioni antitetiche dell'attività legislativa che un ordinamento giuridico può porre in essere. In particolare, essi rivelano due possibili approcci che possono essere sottoscritti da parte di un sistema normativo secolare verso istanze di matrice prevalentemente anche se non esclusivamente religiosa, quando è in gioco la definizione del concetto di vita giuridicamente rilevante e della sua protezione attraverso il concetto di persona e di personalità giuridica. Come richiamato sopra, se tali concetti rappresentano i dispositivi formali con i quali si fissa l'"identità giuridica" di un soggetto umano attraverso l'ascrizione di diritti e doveri da parte delle norme positive di un ordinamento, i sistemi giuridici religiosi possono avere il loro proprio concetto di 'persona' e di *bios*. Secondo alcune prospettive religiosamente connotate, come ha mostrato il caso del dibattito sull'aborto in Italia, nell'alveo di una più ampia concezione normativa della natura, la mera esistenza della vita umana in ogni suo stadio è connotata da un'intrinseca rilevanza tanto sul piano della normatività morale quanto su quello della normativi-

---

<sup>259</sup> Sulla religione come parte dell'identità dello Stato cfr. R. MCCREA, *op. cit.*, pp. 135-140.

tà strettamente giuridica. Ma alla luce delle prerogative normative proprie della bio-sovranità, ogni Stato è l'unico titolare della competenza di qualificare normativamente la vita umana dal suo principio, graduarne lo status e definire il momento esatto dal quale la *nuda vita* diventa rilevante di fronte al diritto secolare<sup>260</sup>. In questo delicato esercizio di prerogative sovrane, la prospettiva del le-

---

<sup>260</sup> Un ulteriore aspetto relativo alla bio-sovranità risulta rilevante da un punto di vista normativo. Sebbene sia collegato con la fine della vita, esso rappresenta qualcosa di differente rispetto al concetto di "tanatopolitica" impiegato da Agamben a proposito dei campi di sterminio nazisti. Infatti, è piuttosto ovvio che "il potere dello Stato sulla morte" nella cornice dello Stato costituzionale di diritto non implica l'autorità normativa di dare la morte (potremmo a tal proposito mettere in discussione proprio la legittimità della permanenza della pena di morte all'interno di tale modello di Stato). Diversamente, la previsione normativa di dare la possibilità a ciascun individuo di decidere riguardo alla fine della propria vita è collegata alle prerogative bio-sovrane dello Stato. Il testamento biologico, le direttive anticipate di trattamento e le discipline eutanasiche rappresentano tre ambiti cruciali in tal senso. A questo riguardo, si può affermare che in Europa i sistemi costituzionali hanno gradualmente potenziato gli strumenti normativi collegati alla garanzia del principio di autonomia. Tali strumenti sono pensati con lo scopo di dare agli individui la possibilità di scegliere liberamente come vivere e (sebbene non sempre) come morire. Per quanto attiene specificamente alle decisioni di fine vita, l'ordinamento giuridico è andato progressivamente predisponendo strategie e strumenti per i casi nei quali un soggetto, ormai incapace, non può più manifestare esplicitamente la propria volontà. La previsione di tali strumenti dovrebbe essere considerata come l'espressione giuridica di una peculiare concezione di *persona*, quale risultato dell'esercizio delle prerogative bio-sovrane. Sebbene il concetto di persona sia un concetto normativo, non va sottovalutato il fatto che la disciplina specifica con la quale se ne definiscono i contenuti è pur sempre il risultato di scelte assiologiche ben precise. Per essere ancora più chiari, un concetto di persona improntato al principio di autonomia implicherà anche la previsione di strumenti volti a garantire a ciascun soggetto la facoltà di scegliere come morire e in quali circostanze tale facoltà può legittimamente esercitarsi. Diversamente, un concetto di persona improntato ad una logica eteronoma includerà tutti e solo quegli strumenti normativi volti a dare attuazione agli assunti assiologici sui quali quest'ultima si fonda.

Come ho rilevato sopra, l'attitudine onnicomprensiva delle religioni riguarda non solo l'inizio di ogni forma di vita umana, bensì anche la sua fine (che in un'ottica religiosa non coincide necessariamente con la fine dell'esistenza biologica di un individuo). I sistemi normativi religiosi possono infatti prevedere regole e limiti che riguardano specificamente le scelte relative alla fase conclusiva della vita dei soggetti. In questo senso, essi possono manifestare una *contro bio-sovranità*, che si esprime attraverso concezioni normative alternative della persona. Se consideriamo il controverso dibattito a livello europeo sull'eutanasia, intendendola, come proposto da Patrizia Borsellino, quale possibilità del soggetto di esprimere esplicitamente la volontà in merito alla fine della propria vita, in presenza di specifiche condizioni di malattia (cfr. P. BORSSELLINO, *op. ult. cit.*, capitolo 9), gli Stati presentano differenze profonde in merito alle regolamentazioni giuridiche predisposte a riguardo. Esse vanno dal pieno riconoscimento al più esplicito divieto in materia. Queste differenze possono essere lette non solo come modalità differenziate di esercizio delle prerogative bio-sovrane dello Stato, ma, più in generale, come il riconoscimento o la negazione di specifici diritti nella demarcazione del contenuto normativo del concetto di persona. Da tale eterogeneità emerge come lo Stato possa ben attestarsi sul registro contro-sovrano (in materia di bios) proprio di una determinata visione religiosamente connotata, la quale consideri eticamente inaccettabile, e quindi giuridicamente punibile, porre in essere scelte che vadano in una direzione considerata eticamente "sbagliata".

gislatore può coincidere<sup>261</sup> con o differire profondamente da quella di una particolare tradizione normativa o visione religiosa. È lo Stato, in ogni caso, a mantenere saldamente l'ultima "parola bio-sovrana", al punto che essa può cambiare in tempi diversi, con maggioranze politiche diverse, perché differente è il peso e l'influenza che le norme religiose possono avere in un contesto geografico e sociale specifico, nonché sui soggetti detentori dei pubblici poteri.

Nel contesto europeo, l'ambito delle materie bioeticamente sensibili rappresenta un tipico settore nel quale trova applicazione la sopra richiamata dottrina del margine di apprezzamento elaborata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Il grado con il quale le istituzioni religiose e le tradizioni giuridiche religiose possono influenzare la legislazione interna di un Paese dipende fortemente dalla protezione di cui godono e dalle circostanze storiche grazie alle quali un ordinamento si è formato. In tale senso, riprendendo una chiave di lettura che già in apertura di capitolo era stata riferita alle religioni, l'identità di una nazione sembra comporsi anche del ruolo che la religione o le religioni possono svolgere all'interno della definizione di una comunità politica. In termini molto generali, come dimostra il caso francese in riferimento al principio di *laïcité*, il concetto di identità sta ad indicare come il raggiungimento di un possibile equilibrio tra peculiarità locali e standard richiesti a livello internazionale sia un tratto fondamentale del contesto europeo contemporaneo. Esso, al contempo, rivela altresì un margine d'irriducibilità o di non negoziabilità di quei principi o connotati costituzionali che nessun obbligo internazionale o sovranazionale sembrerebbe poter porre nel nulla.

La nozione di bio-sovranià così ricostruita sembra ricollegarsi perfettamente al caso *Vo c. Francia* (53924/00) deciso dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo l'8 luglio 2004. Esso è relativo ad una ipotesi di aborto terapeutico resosi necessario in seguito ad un errore medico compiuto su una donna incinta, che era intenzionata a proseguire la sua gravidanza. A prescindere dalle vicende del caso specifico, sono di particolare rilievo le considerazioni compiute dalla Corte proprio sulla nozione di "persona" e sul margine di scelta sovrana di cui gli Stati sono titolari nel decidere l'inizio del "giuridicamente rilevante". Non solo "[a] ce jour, la Cour n'a pas encore tranché la question du commencement du droit 'de toute personne à la vie' [...] ni celle de savoir si l'enfant à naître en est titulaire" (76), ma soprattutto la Corte rileva che "la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux" lascia posto "à un large pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière" (82). Da ciò discende che "le point de départ du droit à la vie

---

<sup>261</sup> Quanto accaduto alla legge 40 del 2004 è emblematico a tal proposito. Esso rivela come determinate convergenze normative con prospettive valoriali di matrice (intransigentemente) religiosa possano portare a risultati temporanei, destinati ad essere ridisegnati nel loro contenuto e svuotati nel loro impianto in ragione dell'imprinting axiologico dei principi costituzionali anche sull'attività legislativa ordinaria.

relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine”<sup>262</sup>. Ancora una volta la questione viene chiusa con il richiamo alla dottrina del margine di apprezzamento (sovrano) degli Stati, aprendo, con il riferimento alle diverse “culture giuridiche”, alle specificità nazionali, che ben potrebbero recepire e sottoscrivere visioni religiosamente orientate in merito a tali questioni<sup>263</sup>. In tal senso occorre tenere debitamente in considerazione che le religioni possono divenire di fatto una “risorsa politica secolare a servizio dei singoli stati-nazione”<sup>264</sup>, ma soprattutto, in modo più preoccupante, delle più disparate ed ondivaghe maggioranze che detengono il potere<sup>265</sup> in una determinata fase storica.

---

<sup>262</sup> Questo profilo è ulteriormente specificato dalla Corte con riferimento alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina o Convenzione di Oviedo: “Au plan européen, la Cour observe que la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus (paragraphes 39 et 40 ci-dessus), même si on voit apparaître des éléments de protection de ce/ces dernier(s), au regard des progrès scientifiques et des conséquences futures de la recherche sur les manipulations génétiques, les procréations médicalement assistées ou les expérimentations sur l'embryon. Tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, laquelle est d'ailleurs protégée par le droit civil dans bon nombre d'États comme en France, en matière de succession ou de libéralités, mais aussi au Royaume-Uni (paragraphe 72 ci-dessus), qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une “personne” qui aurait un “droit à la vie” au sens de l'article 2. La Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine se garde d'ailleurs de définir le terme de personne et le rapport explicatif indique que, faute d'unanimité sur la définition, les Etats membres ont choisi de laisser au droit interne le soin d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application de cette convention” (84).

<sup>263</sup> Si pensi al paradigmatico caso della costituzione irlandese, nella quale, in forza del suo ottavo emendamento da poco abrogato attraverso un referendum popolare, si prevedeva al suo articolo 40 che: “The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right”. Proprio su tale previsione nel noto caso sopra menzionato *A, B e C c. Irlanda*, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato non esserci un significativo cambiamento “in the views of the Irish people concerning the grounds for lawful abortion in Ireland.[...]. Accordingly, the Court finds that the impugned restrictions in the present case, albeit different from those at issue in the Open Door case, were based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum and which have not been demonstrated to have changed significantly since then” (226). La Corte non ha quindi ritenuto di censurare la previsione costituzionale irlandese, che rifletteva un'esplicita e ben orientata scelta in merito alla tutela della vita umana.

<sup>264</sup> A. FERRARI, *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, p. 22.

<sup>265</sup> A puro titolo di esempio, si pensi nel contesto statunitense al sostegno espresso al movimento *Pro Life* durante la campagna presidenziale dell'allora candidato Donald Trump, sostegno che all'indomani delle elezioni si è tradotto in politiche sanitarie che hanno profondamente ridotto i contributi pubblici destinati al finanziamento del servizio di interruzione della gravidanza.



## CAPITOLO 3

# I DIRITTI UMANI E LA SOVRANITÀ “ULTIMATIVA”

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un approccio normativo al rapporto tra diritti umani e religioni. – 2.1. I diritti umani come “limiti alla sovranità statale”. – 2.2. I diritti umani come “empowerment” e il ruolo delle religioni. – 3. Diritti umani *al di là* dei possibili fondamenti? – 3.1. Alcune osservazioni sulla struttura teorico-giuridica dei diritti umani e sulla loro compatibilità rispetto ai diritti delle religioni. – 4. Una dialettica tra “sovranità ultimative”. – 5. L’obiezione di coscienza tra morale, diritto e politica. – 6. Sei casi rilevanti di conflitto tra coscienza individuale e unioni tra persone dello stesso sesso. – 7. Lo *status* dei soggetti credenti che ricoprono funzioni pubbliche. – 8. Possibili bilanciamenti di sovranità: l’apertura di uno spiraglio?

### 1. *Introduzione*

Nell’ultimo capitolo abbiamo cercato di articolare i possibili livelli di esercizio della sovranità statale nei confronti delle religioni da parte di un preciso modello di Stato e nell’ambito di un ben definito contesto geografico. In particolare, dopo la riconfigurazione teorica del concetto di sovranità, intesa quale funzione normativa all’interno della cornice ordinamentale, è stata proposta, seppur con tutte le dovute cautele, la distinzione fra tre livelli distinti e parzialmente interconnessi: il livello istituzionale, il livello individuale e il livello personale. Lo scopo di tale tripartizione è stato quello di chiarire e meglio definire quale sia la struttura contemporanea delle funzioni sovrane esercitate, in termini diretti o indiretti, nei confronti dell’ambito religioso complessivamente considerato.

In tale ricostruzione, il livello sovranazionale e il livello internazionale sono stati presentati come la cornice normativa decisiva per comprendere la progressiva “erosione senza superamento” del modello vestfaliano. Come ho più volte sottolineato, l’ordinamento giuridico internazionale successivo al Secondo Conflitto Mondiale non ha affatto soppiantato il precedente sistema statocentrico. Il peso delle identità nazionali, delle culture locali e delle peculiarità istituzionali di alcuni contesti rappresenta una solida base per le prerogative statali verso le religioni e i suoi appartenenti.

Il presente capitolo suggerisce un cambio di prospettiva, sviluppando un

profilo specifico del terzo modello di sovranità individuato nel corso del primo capitolo, ossia la sovranità riconfigurata dalla Carta delle Nazioni Unite. In particolare, la posizione centrale dei diritti umani, diritti che “non piacciono agli Stati”<sup>1</sup>, e il ruolo senza precedenti del quale la Comunità internazionale si è vista investita per la loro protezione e implementazione mette irrimediabilmente in evidenza l’inappropriatezza teorica del modello vestfaliano. Per meglio comprendere i termini di questo cambiamento, l’analisi proposta seguirà due direttrici principali.

In primo luogo, verrà attentamente esaminata la tesi secondo la quale i diritti umani dovrebbero essere concepiti come limiti della sovranità statale e “empowerment” ovvero conferimento di potere a tutti gli individui. Successivamente, verrà considerato il ruolo effettivo o potenziale delle religioni nella delicata questione della fondazione, giustificazione e protezione dei diritti umani. Verranno altresì considerate con attenzione due differenti posizioni e le loro rispettive conseguenze: l’idea della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 come un “‘foundation-open’ text”<sup>2</sup> e l’idea che i diritti umani siano “without foundations”<sup>3</sup>. In secondo luogo, questo capitolo esaminerà il ruolo peculiare della libertà di coscienza nel catalogo dei diritti umani e la possibilità di esercizio di funzioni normative sovrane in questo ambito. A tale proposito, verrà presa in considerazione la delicata questione dell’obiezione di coscienza dei pubblici ufficiali. Il contrasto che si può venire a creare tra l’adempimento di un obbligo giuridico legato allo svolgimento di una particolare funzione e il contemporaneo rispetto degli obblighi discendenti dalle norme religiose proprie della fede di appartenenza è in grado di identificare un ambito peculiare della dialettica tra sistemi normativi a base religiosa e tradizionali sistemi normativi vestfaliani: possiamo chiamare tale ambito con l’espressione “sovranità ultimativa”, la quale designa l’esercizio di funzioni normative che si traducono nell’imposizione di obblighi o di divieti nella sfera della libertà di coscienza dei soggetti, intendendo per ‘coscienza’ l’ultima possibile frontiera dialettica tra ordini secolari e ordini religiosi. In questo capitolo verrà quindi tratteggiata un’analisi teorico-giuridica sia di tale nozione, sia dell’istituto dell’obiezione di coscienza come diritto positivo.

Non senza una certa pedanteria, una breve precisazione si rende nuovamente necessaria. Il quadro giuridico di riferimento nel quale s’inserisce l’analisi proposta è quello dello Stato costituzionale di diritto, con particolare attenzione all’area geopolitica europea (at large) e marginalmente a quella nord-americana. Pur intendendo fornire un approccio filosofico-giuridico generale alle questioni affron-

---

<sup>1</sup>T. SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 109.

<sup>2</sup>J.A. VAN DER VEN, *Human Rights or Religious Rules?*, Brill: Leiden-Boston, 2010, p. 161.

<sup>3</sup>J. RAZ, *Human Rights without Foundations*, in S. BESSON, J. TASIIOULAS (eds), *The Philosophy of International Law*, pp. 321-337.

tate, l'area europea si presenta come sistema tendenzialmente omogeneo con riferimento alla protezione dei diritti umani e l'area nord-americana risulta funzionale a individuare elementi di assonanza con il vecchio continente. Queste sono le ragioni per le quali i casi specifici considerati saranno trattati proprio da tali contesti.

## 2. Un approccio normativo al rapporto tra diritti umani e religioni

Per poter procedere in modo coerente è di grande importanza identificare una cornice teorica che sia adeguata ad affrontare la questione del rapporto diritti umani-sovranià in un'ottica funzionale alla normatività di matrice religiosa. L'analisi offerta da Raz si presta efficacemente a questo scopo. Egli individua due profili di particolare interesse: i diritti umani come, al contempo, limitazioni alla sovranità statale e meccanismo politico e giuridico di conferimento di poteri alle "persone comuni".

### 2.1. I diritti umani come "limiti alla sovranità statale"

Seguendo e sviluppando l'analisi teorico-politica di Rawls<sup>4</sup>, Raz sostiene che i diritti umani sono "rights which set limits to the sovereignty of States, in that their actual or anticipated violation is a (defeasible) reason for taking action against the violator in the international arena"<sup>5</sup>. In altri termini, essi rappresentano veri e propri "rights against States"<sup>6</sup>.

Questo inquadramento generale dei diritti umani è da sottoscrivere, perché prende in considerazione il nuovo paradigma modellato dalla Carta delle Nazioni Unite. Come abbiamo visto nel primo capitolo, il sistema del 1945 fissa due obblighi stringenti per gli Stati all'interno dell'ordinamento internazionale: il divieto della guerra (e in questo senso il mantenimento della pace e della sicurezza dell'intera comunità internazionale sono concetti chiave della Carta); la promozione e il rispetto dei diritti umani<sup>7</sup>. Cerchiamo di elaborare

<sup>4</sup> Cfr. J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

<sup>5</sup> J. RAZ, *op. ult. cit.*, p. 328. Essi non sono però unicamente "contro lo Stato": "[h]uman rights can be held against international organizations, and other international agents, and almost always they will also be rights against individuals and other domestic institutions" (*ivi*, p. 329).

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 329. In termini sostanzialmente analoghi si è espresso nel contesto della sua teoria sui diritti fondamentali Luigi Ferrajoli. Nell'ottica di Raz, la sovranità statale sta ad indicare "the ability of States to block interference in their internal affairs, to deny that they are responsible in certain ways to account for their conducts to outside actors and bodies" (J. RAZ, *Human Rights in the Emerging World Order*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 227).

<sup>7</sup> Si prenda in considerazione, ad esempio, la lettera c) dell'articolo 55, laddove si afferma che:

ulteriormente alcuni profili dell'analisi di Raz.

Se volessimo applicare l'idea dei "diritti umani come limiti" alla costruzione formale della sovranità che è stata esposta nel capitolo precedente, potremmo sostenere che la funzione normativa della sovranità implica l'attribuzione di reciproci diritti e doveri per gli Stati. In primo luogo, il dovere di ogni Stato di promuovere e proteggere i diritti umani nell'ordinamento giuridico interno attraverso gli strumenti normativi che gli sono propri. A ciò segue anche la creazione di una forma di responsabilità<sup>8</sup> degli Stati stessi di fronte alla comunità internazionale nel suo complesso in relazione all'adempimento di tali obblighi. In secondo luogo, il diritto di prendere parte ad azioni d'intervento che si tradurrebbero in forme di "interferenza legittima" all'interno dell'ordinamento di un Pari ugualmente sovrano, nei termini e secondo le procedure previste dalla comunità internazionale e attraverso l'azione delle istituzioni preposte a tale scopo (in particolare il Consiglio di Sicurezza, la cui istituzione escluderebbe di principio interventi *sua sponte* da parte di un singolo Stato). Queste due osservazioni consentono di riformulare e di completare la teoria di Raz con riferimento a tre nodi centrali: la rilevanza dei diritti umani che vengono violati, il grado della loro violazione, e, infine, le condizioni generali in base alle quali diritti e doveri sono stabiliti.

In primo luogo, recuperando un'utile classificazione formulata da Zucca<sup>9</sup>, possiamo distinguere tra due tipologie di diritti umani: quelli aventi un impatto (aggiungo) diretto sulla sovranità nazionale e quelli che rappresentano, invece, una sorta di "noble declaration without serious sanctions"<sup>10</sup> ossia quei diritti umani che non spostano significativamente il baricentro della sovranità statale. In altri termini, non è difficile immaginare che all'interno della stessa categoria dei diritti umani sia possibile distinguere differenti livelli di protezione. A prescindere dalla loro formulazione universalistica, quindi, non è forse così azzardato sostenere l'esistenza di una gerarchia interna tra i diversi diritti umani. Esistono, infatti, diritti umani la cui violazione legittima l'intervento della comunità internazionale allo scopo di rimuovere la violazione stessa. Questo intervento sanzionatorio comunitario, però, presuppone l'esistenza di un "regime internazionale di protezione"<sup>11</sup> di specifici diritti umani, che sia largamente accettato dagli Stati, pur permanendo profonde differenze culturali o forti identità nazionali. È facile immaginare, ad esempio, che il diritto a non essere sottoposti a tor-

---

"il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione".

<sup>8</sup> Si veda la cosiddetta dottrina della "responsibility to protect", alla quale si è accennato anche nel primo capitolo.

<sup>9</sup> Cfr. L. ZUCCA, *Freedom of Religion in a Secular World*, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, da p. 403.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 403.

<sup>11</sup> "International regime of protection" (*ibidem*).

tura o a trattamenti inumani e degradanti (articolo 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani) ricada nel novero di questi ultimi<sup>12</sup>, visto l'ampio richiamo che di esso viene fatto nelle fonti internazionali. Diversamente, vi sono diritti umani che non sono di per sé fondativi di un sistema internazionale di protezione e di comminazione di sanzioni. Come anche Zucca suggerisce, il diritto alla libertà di religione, la quale non è concepita in modo uniforme quanto al suo contenuto, alla sua estensione e alla sua tutela a livello globale, appartiene invece a questo secondo gruppo. Di conseguenza, è piuttosto difficile credere che una violazione della libertà di religione, sia nella sua dimensione individuale che collettiva, possa legittimare un intervento della comunità internazionale nel suo complesso. Ciò presupporrebbe, da un punto di vista concettuale, la possibilità di concepire una "teoria generale del diritto alla libertà di religione", in grado di abbracciare in modo coerente aree geo-politiche estremamente eterogenee nel delimitare il perimetro stesso del religioso<sup>13</sup>. Ecco perché il diritto alla libertà di religione è un diritto umano se non "disarmato", certamente piuttosto "debole" e lasciato spesso alla discrezione sovrana degli Stati<sup>14</sup>. Un ulteriore esempio è rappresentato dal diritto fondamentale alla salute, rispetto al quale l'elemento culturale nella definizione del suo oggetto e dei suoi strumenti di tutela è innegabile<sup>15</sup>.

In secondo luogo, come Miller<sup>16</sup> ha messo in evidenza, la cosiddetta dottrina della "responsibility to protect"<sup>17</sup>, che giustifica l'intervento militare della comunità internazionale nella sfera sovrana interna di uno Stato, è rivolta verso violazioni su larga scala dei diritti umani. Da ciò discende che i diritti umani rappresentano una limitazione per l'esercizio della sovranità statale o una giustificazione ampiamente accettata "sotto il profilo morale" per l'intervento della comunità internazionale quando precisi requisiti vengono rispettati, ossia quando ben determinati diritti umani (quelli che potremmo definire diritti umani di

---

<sup>12</sup> Nel loro complesso, come richiamato in dottrina, essi rappresentano il "nucleo duro" del diritto internazionale.

<sup>13</sup> In questo senso, "[i]t is difficult to distill from local experiences a theory of freedom of religion that could suit the international community at large" (L. ZUCCA, *op. cit.*, p. 390).

<sup>14</sup> Come abbiamo visto nel capitolo precedente, l'area europea *at large* è caratterizzata da un approccio più strutturato ed uniforme al diritto alla libertà di religione, dato che rende il caso europeo un *unicum* (in un certo senso) a livello internazionale. Tuttavia, spero di aver insistito a sufficienza nel sottolineare il ruolo ambivalente e dedicato del "margine di apprezzamento" statale riconosciuto a livello europeo, che, con riferimento alle questioni religiose, rappresenta il riconoscimento e in alcuni casi il radicamento di differenze nazionali e di decisioni sovrane.

<sup>15</sup> Rispetto all'elemento della culturalità del diritto alla salute messo in rilievo anche da Raz si veda l'analisi di P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralità" e diritto*, Milano: Cortina, 2018, p. 233 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. D. MILLER, *Joseph Raz on Human Rights. A Critical Appraisal*, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, p. 234 e ss.

<sup>17</sup> Per un approfondimento cfr. A. BELLARMY, *Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, Cambridge: Polity, 2009.

primo livello) sono violati in modo massivo da parte di uno Stato. Questa è una precisazione tutt'altro che ridondante: in un certo senso, essa svuota di legittimità richiami più retorici che tecnici ai diritti umani come nucleo compatto di posizioni giuridiche riconosciute a tutti i soggetti.

In terzo luogo, i diritti umani sono parte di quel meccanismo che Buchanan chiama “the mutual legitimation of domestic and international law”<sup>18</sup>. Come spiega Besson, è possibile individuare un meccanismo complementare di “mutual validation and legitimation”<sup>19</sup> tra il sistema interno di uno Stato e il sistema internazionale quanto alla protezione dei diritti umani, portando al potenziale ed effettivo prodursi di contrasti tra questi due sistemi. In particolare, è come se le fonti giuridiche interne fossero sottoposte ad un costante “test di compatibilità” con le norme internazionali alla luce dell'appartenenza di ciascun singolo Stato alla comunità internazionale. Com'è facile immaginare, però, la relazione è ben lontana dall'essere simmetrica: infatti, i differenti meccanismi di incorporazione delle fonti giuridiche internazionali all'interno dei sistemi giuridici nazionali rappresentano ancora, nel loro insieme, la *conditio sine qua non* per l'effettiva operatività di determinate norme internazionali a livello locale<sup>20</sup>. Appare quindi evidente che “il filtro domestico” di protezione dei diritti umani introduce un ulteriore e per certi versi determinante elemento di fragilità nella loro protezione e configurazione.

All'esito di queste prime considerazioni, sembrerebbe che le religioni (come comunità e istituzioni) e gli individui appartenenti a fedi specifiche possano esercitare un'influenza pressoché marginale sulle questioni riguardanti i diritti umani. Come abbiamo visto, pur sottoscrivendo l'idea raziana che tali diritti rappresentino altrettanti limiti alla sovranità statale, molte distinzioni e precisazioni si sono rese necessarie, tra le quali, nella nostra prospettiva, viene particolarmente in rilievo la natura del diritto umano violato. A questo proposito, il diritto alla libertà di religione può essere considerato un caso paradigmatico di un diritto umano “debole”, sfaccettato, localmente differenziato e eterogeneamente protetto<sup>21</sup>. Alla luce di ciò, dovremmo forse concludere che le religioni non ab-

---

<sup>18</sup> S. BESSON, *Human Rights and Constitutional Law*, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, p. 287. L'autrice fa riferimento a A. BUCHANAN, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 187-189.

<sup>19</sup> S. BESSON, *Human Rights and Constitutional Law*, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, p. 299.

<sup>20</sup> Lo stesso può essere detto per la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (benché essa abbia un valore eminentemente politico o non giuridicamente vincolante), ma soprattutto per il Patto internazionale sui diritti civili e politici e per il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, fonti di norme giuridiche in senso stretto, che non tutti gli Stati hanno sottoscritto e ratificato.

<sup>21</sup> È possibile identificare strumenti giuridici generali e particolari per la protezione del diritto

biano né possano avere alcun ruolo in quel meccanismo di limitazione della sovranità dello Stato legata al rispetto dei diritti umani? Vi è in realtà un secondo aspetto dell'analisi proposta da Raz che può condurci a dare risposta negativa a questa domanda.

## 2.2. I diritti umani come "empowerment" e il ruolo delle religioni

Vi è almeno un punto non controverso riguardo ai diritti umani: essi devono essere intesi quali diritti individuali soggettivi. In questo senso, "right-holders have a say in their enforcement, and everyone [...] has standing to press for their recognition as demanding protection"<sup>22</sup>. Ecco perché essi hanno sostanzialmente prodotto "the empowerment of ordinary people"<sup>23</sup>, ossia il conferimento di potere a tutti i soggetti, sia nella loro dimensione individuale sia (indirettamente) nella dimensione del gruppo. I diritti umani rappresentano, quindi, un nuovo strumento di azione non soltanto politica, bensì propriamente giuridica, in quanto diritti dei quali "ognuno può chiedere il rispetto"<sup>24</sup>.

In che modo, però, tale "empowerment" può acquistare una qualche rilevanza, con riferimento al rapporto tra diritti umani e religioni? Per trovare una possibile risposta può risultare utile prendere in considerazione due fenomeni paralleli che Habermas<sup>25</sup> ha messo in evidenza. Il primo fenomeno riguarda ciò

---

alla libertà di religione. Con riferimento ai primi, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani considera la libertà di religione al suo articolo 18. Inoltre, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (1966) fissa degli obblighi cogenti per gli Stati in materia religiosa. In particolare, tale Patto prevede una duplice limitazione relativamente alla possibilità di manifestare la propria religione: "d'une part, il ne peut apporter de restrictions qu'au niveau de la manifestation concrète, sans viser la liberté dans son essence, d'autre part, il doit disposer d'un cadre légal formellement prévu et justifier de nécessités qui s'imposent impérativement pour sauvegarder des intérêts vitaux de la société ou pour protéger les droits de chaque individu". Con riferimento agli strumenti giuridici particolari, invece, è utile ricordare la Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo (1981). Da un lato, "seul instrument international consacré exclusivement à ce sujet, elle définit précisément et concrètement les modalités pratiques d'exercice de la liberté de religion". Dall'altro, "bien qu'il s'agisse d'un texte déclaratoire, sa portée et son autorité ont été renforcées par la mise en place ultérieure d'une procédure de suivi confiée à un rapporteur spécial". Per un'analisi in questi termini cfr. *Les normes sur la liberté de religion dans les instruments*, in F. MESSNER, P.H. PRELOT, J.M. WOERLING (a cura di), *Traité de droit français des religions*, pp. 461; 465.

<sup>22</sup> J. RAZ, *Human Rights in the Emerging World Order*, p. 226.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>25</sup> Nel pensiero dell'autore, che qui viene richiamato in relazione ad un profilo specifico, si riscontra una particolare attenzione all'attuale rapporto tra Stato-nazione e democrazia, sia con riferimento alla loro compatibilità, sia con specifico riferimento al contesto europeo. Butler ci aiuta a coglierne la portata, parlando "degli sforzi di Habermas per stabilire una politica democratica al di là dello stato-nazione", sulla base della consapevolezza che "il crollo dello stato-nazione porta

che il filosofo tedesco chiama con l'espressione "the democratic self-empowerment of citizens"<sup>26</sup>, ossia l'abbandono di riferimenti trascendenti nella legittimazione del potere politico e dell'organizzazione della società nel suo complesso. Questo primo aspetto può trovare una possibile sintesi nel concetto di sovranità popolare<sup>27</sup>, come potere auto-fondante del popolo di decidere in modo ultimativo per se stesso. Il secondo fenomeno riguarda, invece, il processo d'inevitabile interazione tra cittadini credenti e non credenti prodotto dal "nuovo" ruolo strategico delle comunità religiose e dell'appartenenza religiosa stessa nella società civile post-secolare<sup>28</sup>. Come spiega Portier<sup>29</sup>, nell'analisi di Habermas la società civile rappresenta la connessione o "lo spazio di relazione" tra lo Stato e il religioso. Quindi, sebbene Habermas limiti il raggio d'azione delle credenze religiose allo spazio pubblico e le escluda, invece, dallo spazio statale,

---

con sé il neo-liberalismo e la globalizzazione nonché inuguaglianze di un nuovo ordine proprio nel momento in cui sembra fare appello a questa nozione di processo democratico" (in J. BUTLER, G.C. SPIVAK, *op. cit.*, p. 73).

<sup>26</sup> J. HABERMAS, "The Political". *The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theology*, in E. MENDIETA, J. VANANTWERPEN (eds), *The Power of Religion in the Public Sphere*, New York: Columbia University Press, 2011, p. 21.

<sup>27</sup> Sul concetto di *sovranità popolare*, Beaud mette utilmente in evidenza due significati differenti. Il primo si focalizza sul concetto di sovranità e sulla logica di abrogazione: "[e]lle fait comme si la souveraineté du peuple était structurellement identique à la souveraineté du Prince" (O. BEAUD, *op. cit.*, p. 404). Il secondo significato, invece, enfatizza l'idea dell'autolimitazione democratica del Popolo, "en faisant prévaloir la 'souveraineté de la Constitution' sur la 'souveraineté du peuple'" (*ibidem*). Beaud, come anche Ferrajoli, sottoscrive quest'ultimo significato di sovranità popolare. In particolare, egli sembra essere critico verso le nuove concezioni assolutistiche del potere costituente, che è "la source de l'apologie de la souveraineté du peuple constante et perpétuellement mobilisable par les pouvoirs publics ordinaires" (p. 438). Tale appello vago al Popolo e al suo potere ultimativo rivela un approccio altamente ideologico al concetto; diversamente, nell'economia di questa ricerca intendo per 'sovranità popolare' il cuore politico del concetto giuridico di Stato costituzionale di diritto. Nell'ambito di tale concetto di Stato e di sistema giuridico, il Popolo stesso si vincola attraverso limiti espressi nelle Carte costituzionali. Concordo però con Beaud quando afferma che il Popolo esprime pienamente "la propria sovranità" quando è chiamato a decidere sulle "matières de souveraineté", ovvero su quelle questioni che vanno ad incidere sulla natura stessa del sistema costituzionale. Diversamente, ogni atto di revisione rimane atto di un potere costituito.

<sup>28</sup> Per un approfondimento sulla riflessione di Habermas in merito alla religione cfr. C.J. CALHOUN, E. MENDIETA, J. VANANTWERPEN (a cura di), *Habermas and religion*, Cambridge: Polity Press, 2013.

<sup>29</sup> Sul punto cfr. P. PORTIER, *Démocratie et religion. La contribution de Jünger Habermas*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, 4, 2013. Il processo di coinvolgimento normativo delle comunità religiose individuato da Habermas è ben descritto a livello interno dalle osservazioni di Portier, secondo il quale "l'affirmation religieuse donne lieu à des revendications de visibilité, où s'exprime un écart par rapport à la norme séculière. [...] Le plus souvent, elle se construit en action collective, dans l'intention de peser sur les processus d'élaboration de la règle juridique" (P. PORTIER, *Philosophie, politique et religion*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 169 (gennaio-marzo), 2015, p. 275).

si viene a creare un innegabile meccanismo di interazione fra le due sfere: "la *décision politique dépend, pour une large part, de la dispute civique*"<sup>30</sup> e nelle discussioni in seno alla società civile i soggetti che sono portatori di un orizzonte di fede si possono confrontare in condizioni di parità con chi si professa non credente. Se a ciò aggiungiamo quel processo di "migrazione del politico" dallo Stato alla società civile per usare il linguaggio di Habermas (il quale evidenzia con chiarezza la centralità di quest'ultima), il conferimento di potere agli individui attraverso i diritti umani di cui parla Raz può essere altresì interpretato come attribuzione ai soggetti credenti (negli stessi termini e con le stesse modalità dei soggetti non credenti) della facoltà di impegnarsi sul piano politico e giuridico per garantire la protezione e l'implementazione di tali diritti contro ogni decisione sovrana degli Stati che possa andare a loro detrimento<sup>31</sup>. In questo quadro, la dimensione comunitaria, che è una caratteristica tipica dell'appartenenza religiosa, e la potenziale pressione che può essere esercitata dalle religioni "istituzionali" dentro e fuori dalla società civile vanno considerati come elementi cruciali per comprendere la relazione tra religioni e diritti umani alla luce del modello raziano di "empowerment".

In sintesi, il conferimento di poteri a ciascun soggetto attraverso la configurazione del regime giuridico positivo dei diritti umani va considerato, nella nostra specifica prospettiva di analisi, in relazione al ruolo assunto dai credenti e dalle comunità religiose all'interno delle nostre società civili multiculturali<sup>32</sup>,

---

<sup>30</sup> P. PORTIER, *Démocratie et religion*, p. 42.

<sup>31</sup> In tale prospettiva, un ruolo di rilievo è ricoperto dalle NGO religiose, operanti in contesti assai delicati sotto il profilo geo-politico, economico ed umanitario. Per un'analisi del loro ruolo nell'ottica delle relazioni internazionali cfr: K. LEHMANN, *Religious NGOs in International Relations: the Construction of 'the Religious' and 'the Secular'*, Londra: Routledge, 2016. L'autore spiega che le NGO religiose accreditate sono formalmente collegate con il Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC) dell'Onu, che coordina altresì le attività delle più importanti agenzie (p. 64). Inoltre, come lo "United Nations Intellectual History Project" ha messo in evidenza, "NGOs are becoming an integral aspect of the UN" (p. 65). In termini generali, invece, sebbene "the UN has developed no explicit policy on religions" (p. 68), vi sono due aspetti principali che mettono alla prova la rigida barriera esistente tra l'ambito secolare e l'ambito religioso: "the establishment of religious freedom" e "the role of religiously affiliated actors at the UN" (p. 69). In particolare, da un lato sin dagli anni Ottanta e Novanta le Nazioni Unite hanno riaffrontato il problema della libertà di religione attraverso la creazione di uno Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief. Si assiste quindi ad un trend di "wider inclusion of religion" (p. 70) nei documenti e nelle dichiarazioni delle Nazioni Unite. Dall'altro lato, senza esagerarne l'importanza ed il ruolo, le NGO religiose sono quelle "collective and individual actors within the UN that are characterized by and explicit reference to systems of religious symbols" (p. 71). Considerando che un significativo numero di Stati intrattiene particolari relazioni con attori religiosi, le NGO accreditate hanno innegabilmente alcuni specifici "privileges – formal as well informal" (p. 72).

<sup>32</sup> Questo processo di "empowerment" è particolarmente chiaro all'interno dell'Unione Europea. Come evidenzia McCrea, "the public order of the European Union (EU) permits religion to play a role in law-and policy-making by virtue of its recognition of religion as part of the Union's

rappresentando l'elemento religioso un fattore centrale nella definizione di specifiche componenti del multiculturalismo contemporaneo<sup>33</sup>.

Queste considerazioni riguardano maggiormente l'elemento politico o le dinamiche che presiedono alla formazione della volontà politica. Un discorso per molti versi complementare riguarda, invece, il normativo e, in particolare, l'ambito peculiare della normatività giuridica. In una prospettiva diacronica, la seconda metà del secolo scorso è stata caratterizzata da un processo di "reengagement the regime of human rights"<sup>34</sup> da parte di un cospicuo numero di religioni. Tale risalente impegno non è unicamente di stampo politico o ideale, bensì esso presenta dei risvolti sul fronte più specificamente giuridico. A tal proposito è possibile distinguere tra tre interconnessi livelli di impegno delle religioni e delle comunità religiose verso la protezione del regime dei diritti umani.

Il primo livello di impegno, come abbiamo avuto modo di spiegare sopra, è di tipo politico e si traduce nell'azione di pressione che i credenti e le loro comunità di appartenenza possono esercitare all'interno e al di là della società civile (ad esempio, di fronte alle istituzioni statali). Questo *modus operandi* politico ha lo scopo di influenzare l'opinione pubblica e di orientare le decisioni dei cosiddetti *policy makers* all'interno di un determinato sistema politico.

Il secondo livello di impegno è di tipo fondazionale e ad esso dedicheremo specifica attenzione nel prossimo paragrafo. Con riferimento ad esso, è solo il caso di anticipare che le religioni si sono rivelate capaci di supportare la protezione dei diritti umani attraverso un'operazione di faticoso e progressivo radicamento fondativo nelle proprie tradizioni religiose, anche grazie all'ausilio di argomenti teologici o filosofici.

Il terzo livello di impegno, infine, è quello più propriamente normativo. Com'è facile immaginare, esso è strettamente intrecciato con quello fondaziona-

---

ethical inheritance, as a phenomenon which has a particular contribution to make to law-making, and as a part of a wider public morality that the Union and its Member States are entitled to legislate to uphold" (R. MCCREA, *Religion and the Public Order of the European Union*, p. 51). Infatti, come possiamo leggere nell'articolo 16 C del Trattato di Lisbona: "1. L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale. 2. L'Unione rispetta ugualmente lo status di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali. 3. Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni". Quindi, l'Unione riconosce l'identità e il contributo specifico delle religioni, impegnandosi in un aperto dialogo con esse. In questo senso, l'Unione riconosce due ruoli principali alle organizzazioni religiose; "important articulations of, and contributors to, European public morality" and "important contributor to law-and policy-making" (p. 70).

<sup>33</sup> In termini più generali, non appare eccessivo affermare che *anche* le religioni contribuiscono in modo mediato o diretto alla definizioni dell'ordine pubblico dell'intera comunità internazionale.

<sup>34</sup> Cfr. J. WITTE Jr. and M.C. GREEN, *Introduction*, in ID. (eds), *Religion and Human Rights. An introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 19.

le e per certi versi ne rappresenta una specificazione. Tuttavia, la sua specificità si esprime in una duplice articolazione, interna ed esterna. Con riferimento alla sua dimensione interna, l'impegno normativo delle religioni si è espresso nell'operazione di ricerca e di reperimento all'interno delle proprie tradizioni giuridiche a base religiosa di elementi che potessero supportare la protezione dei diritti umani nella loro declinazione contemporanea. Potremmo considerare questo primo profilo come un possibile esempio di rawlsiano "consenso per sovrapposizione" o per intersezione tra il regime internazionale dei diritti umani e i sistemi normativi a fondamento religioso. Tale processo di ricerca all'interno del proprio bacino normativo ha riguardato un numero significativo di comunità religiose a livello mondiale come i Cristiani, i Musulmani, gli Ebrei, i Buddhisti, gli Indù, i Confuciani e altre comunità indigene. Come Witte e Green hanno spiegato, "a new "human rights hermeneutic" is slowly beginning to emerge among modern religions"<sup>35</sup>. Questa attività interpretativa o ermeneutica<sup>36</sup> è propriamente di tipo normativo, perché parte dal presupposto che le religioni possano essere considerate come centri di produzione di norme, aventi i propri peculiari sistemi normativi, come abbiamo visto nella seconda parte di questo lavoro. Essa si sostanzia nell'attività svolta dai giuristi appartenenti alle singole tradizioni religiose per reperire argomenti e ripensare riferimenti testuali, in un modo che sia funzionale ad armonizzare (se non a radicare) la protezione dei diritti umani all'interno di specifici sistemi normativi religiosi, attraverso i riferimenti che sono loro propri. Tuttavia, per moderare gli entusiasmi, è altresì importante notare come interpretazioni religiosamente orientate dei diritti umani

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> L'attività ermeneutica condotta in seno alle religioni non si limita all'ambito dei diritti umani. In generale, Fry osserva che "religion actually plays some role in some states' assessment and interpretation of international law at the implementation (domestic) stage" (J.D. FRY, *Pluralism, Religion, and the Moral Fairness of International Law*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 3, 2014, p. 395). Nello scenario internazionale, non è infatti sempre agevole separare la religione dalla sfera politica, "given the number of states that practice state religion and incorporate religious practices into their respective legal political systems" (p. 403). Il "regionalism-based approach" suggerito da Fry è convincente in tal senso poiché mette in evidenza due importanti aspetti. In primo luogo, lo scenario internazionale è assai sfaccettato ed eterogeneo e l'"approccio occidentale" strutturato a partire dall'indipendenza (almeno formale) tra religione, politica e diritto non rappresenta certamente un modello universale. In secondo luogo, visto che il diritto internazionale "remains predominantly an inter-state systems" (p. 404), il livello interno risulta ancora decisivo per garantire l'implementazione e l'applicazione delle norme internazionali. Questa è la ragione per la quale l'importanza e la rilevanza delle norme religiose in specifici contesti geo-politici non dovrebbe essere sottovalutata, poiché essa può essere determinante "in deciding whether to comply with certain provisions of international law or how to interpret these provisions when implementing them" (p. 415), o altresì per formulare riserve in merito a specifiche fonti internazionali (si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto a proposito della *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna* da parte di un significativo numero di Stati musulmani).

possano portare a conflitti o ad esiti assai problematici. Infatti, queste ricostruzioni alternative possono divergere o essere anche in radicale contrasto con le interpretazioni secolari o statali di specifici diritti umani, come il caso del diritto alla libertà di coscienza, come vedremo fra poco, e, ovviamente, del diritto alla libertà di religione. Di conseguenza, possono sorgere spinosi casi giudiziari di fronte ad organi giurisdizionali internazionali o sovranazionali, come portato dei divergenti esiti interpretativi in merito ad uno stesso diritto umano. Più in generale, esistono e persistono ambiti di profonda e forse inconciliabile discordanza tra i diritti umani riconosciuti nelle fonti di diritto internazionale e le tradizioni normative di alcune fedi religiose<sup>37</sup>.

Diversamente, con riferimento alla dimensione esterna, vi sono state importanti dichiarazioni istituzionali sui diritti umani da parte d'istituzioni religiose su larga scala o su scala globale. A tale proposito possiamo ricordare l'importante dibattito sui diritti umani avuto durante il Concilio Vaticano Secondo nella Chiesa Cattolica, e la dichiarazione sulla libertà religiosa *Dignitatis Humanae*, che riprende passaggi centrali della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Oppure, se consideriamo il mondo musulmano, la Dichiarazione Universale Islamica sui Diritti Umani del 1981 e la successiva Dichiarazione del Cairo sui Diritti Umani nell'Islam (1990) o la Carta araba dei Diritti dell'Uomo (2004) rappresentano esempi di rilievo in tal senso. Nel complesso tali documenti contengono espressioni di supporto istituzionale alla protezione dei diritti umani attraverso testi ufficiali di varia natura<sup>38</sup>.

L'impegno nella difesa dei diritti umani da parte dei corpi religiosi produce, però, anche un curioso "effetto collaterale" sulle religioni. Nell'architettura dello Stato costituzionale di diritto ad impronta pluralista, l'attenzione rivolta alla non messa in discussione dei diritti umani nelle singole tradizioni normative delle religioni sembra atteggiarsi a pre-requisito di accettabilità per le religioni stesse e per le comunità di fede: in un certo senso, tale attenzione si configura come un imprescindibile "test di compatibilità". Non sembra infatti scorretto affermare che quei soggetti collettivi della società civile che si pongono in aperto contrasto con i diritti umani possono essere marginalizzati, o contrastati dai sistemi giuridici costituzionali contemporanei (e questo riguarda soprattutto il contesto europeo), se non addirittura identificati come associazioni illegali. Da

---

<sup>37</sup> A tale proposito, Silvio Ferrari parla di un "aumento di conflitto" tra "diritti di Dio" e "diritti degli uomini" identificando tre aree specifiche nelle quali esso si rivela più chiaramente: l'integrità fisica; la parità di genere e lo status giuridico delle donne; il cambio di appartenenza religiosa (cfr. S. FERRARI, *Diritti dell'uomo e diritti di Dio. Una tensione ineliminabile?*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2017, pp. 165-179).

<sup>38</sup> Per una stimolante analisi delle dichiarazioni interreligiose sui diritti umani cfr.: R. AMESBURY, *Inter-Religious Declarations of Human Rights: Grounding Rights or Constructing 'Religion'?*, in *Religion and Human Rights*, 5, 1, 2010, pp. 43-64. Per un approfondimento di più ampio respiro cfr. *Le Carte degli altri*, numero monografico di *Parolechiave*, 37, 2007.

queste considerazioni discende la necessità di aggiungere due elementi ulteriori alla nostra analisi. In primo luogo, la sottoscrizione dei diritti umani può essere considerata come la pre-condizione di un "contratto costituzionale e post-secolare"<sup>39</sup> tra Stato e religioni: in questo senso, il termine contratto rende molto bene la logica negoziale che sempre più caratterizza il rapporto tra queste due sfere normative<sup>40</sup>. In secondo luogo, questa lettura legittima una visione biunivocamente strumentale delle religioni agli occhi degli Stati e, potenzialmente, degli Stati agli occhi delle religioni. Non soltanto le religioni fanno piuttosto comodo agli Stati, in quanto, come ha sintetizzato Pin, possono essere considerate come "meaningful tools to enhance human rights", funzione che giustifica la loro posizione di primo piano nella sfera pubblica e nella società civile proprio "in the name of human rights"<sup>41</sup>. Ma, si viene anche a creare una sorta di circolo virtuoso, nel quale il ruolo pubblico delle religioni, intese come strumenti primariamente normativi per i credenti, può esercitare un'influenza sintonica rispetto alla legittimazione dello Stato costituzionale di diritto, quale garante della protezione del religioso a livello locale e, attraverso il diritto umano alla libertà di religione, anche a livello internazionale.

### 3. *Diritti umani al di là dei possibili fondamenti?*

In termini generali, è possibile mettere in evidenza due diverse concezioni dei diritti umani da un punto di vista normativo<sup>42</sup>: essi possono essere considerati diritti morali generali ("general moral rights") che appartengono a tutti gli esseri umani, a prescindere da un loro riconoscimento positivo, oppure diritti in senso strettamente giuridico ("legal rights") stabiliti dall'ordinamento internazionale. In quest'ultima prospettiva, i diritti umani rappresentano il portato normativo del nuovo assetto stabilito dalla Carta delle Nazioni Unite e dalle successive fonti internazionali, al punto che si può parlare dell'esistenza di un regime giuridico internazionale dei diritti umani. Esso è caratterizzato da un sistema di protezione multilivello (internazionale-sovrana nazionale-nazionale) di tali diritti soggettivi riconosciuti ad ogni individuo, che nel loro complesso sembrano definire uno standard cogente di comportamento per i tradizionali soggetti vestfaliani nei confronti dell'Umanità tutta e di ciascun suo componente.

---

<sup>39</sup> In questo senso cfr. A. FERRARI, *Religions, Secularity and Democracy in Europe: for a New Kelsenian Pact*.

<sup>40</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>41</sup> A. PIN, *Religions, National Identities, and the Universality of Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 3, 2014, p. 432.

<sup>42</sup> Per questo approccio dicotomico cfr. A. BUCHANAN, *Why International Legal Human Rights*, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, pp. 244-245.

Pur non mancando teorie circa il rapporto tra la dimensione morale e quella giuridica in senso stretto dei diritti umani<sup>43</sup>, ed essendo proprio tale rapporto un nodo assai delicato e risalente nel dibattito teorico, mi limiterò ad una considerazione iniziale. Assumere i diritti umani come oggetto della propria riflessione implica prima di tutto la scelta di una precisa prospettiva di analisi. Se decidessimo di optare per un punto di vista onnicomprensivo a riguardo, saremmo costretti a prendere atto dell'intrinseca duplicità che li caratterizza, poiché essi non possono essere ridotti né a semplici diritti positivi, né a rivendicati diritti morali, intendendo per 'diritti morali' aspettative moralmente fondate ed esistenti prima e al di là del riconoscimento giuridico. Diversamente, assumendo il punto di vista del diritto positivo, essi vanno intesi come diritti soggettivi vincolanti per gli Stati (ed in questo senso essi sono limiti alla loro sovranità alla Raz e, parzialmente, anche alla Ferrajoli); diritti la cui violazione (almeno nel loro nucleo fondamentale) implicherebbe *prima facie* la reazione della comunità internazionale. Sebbene sia questa la prospettiva di analisi che qui si vorrebbe sottoscrivere<sup>44</sup>, la loro duplice natura morale e giuridica è già evidente nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948.

Pur non essendo una dichiarazione legalmente vincolante, essa viene seguita da trattati internazionali<sup>45</sup> che ne richiamano apertamente il contenuto. Se consideriamo il suo incipit, si fa riferimento al "riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili" quale "fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo", senza alcuna menzione a Dio o alla religione. In questo senso, come ha spiegato Van der Ven<sup>46</sup>, la Dichiarazione rompe con la precedente tradizione delle solenni proclamazioni dei diritti dell'uomo, o di certe categorie di uomini, le quali con-

---

<sup>43</sup> Buchanan cita, ad esempio, la cosiddetta *Mirroring View*, secondo la quale "justifying particular international legal rights [...] requires showing how they realize corresponding, pre-existing, moral human rights" (*Ivi*, p. 245). L'approccio proposto da tale teoria è piuttosto controverso, poiché esso conduce ad una connessione necessaria tra lo status legale dei diritti umani e la loro preesistente dimensione morale. In un'ottica giuspositivistica, sarebbe più corretto sottolinearne invece la dimensione convenzionale e storicamente condizionata sia dei presupposti, sia degli specifici contenuti.

<sup>44</sup> In questo senso, non si vuole negare, mascherare o sminuire la dimensione morale di tali diritti e le implicazioni *lato sensu* etiche che l'impegno per la loro implementazione comporta: il loro rispetto e la loro tutela non è unicamente una questione di legalità, bensì di giustizia e di equità, intendendo per 'giustizia' quanto Bobbio scriveva alla metà degli anni Sessanta del Secolo scorso: "l'insieme dei valori o beni o interessi, per la cui protezione o per il cui incremento gli uomini fanno ricorso a quella tecnica di convivenza cui siamo soliti dare il nome di diritto" (N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965, p. 47).

<sup>45</sup> Mi riferisco nuovamente al Patto internazionale sui diritti civili e politici e al Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966.

<sup>46</sup> Cfr. J. VAN DER VEN, *Human Rights or Religious Rules?*, p. 152 e ss.

tenevano espliciti riferimenti religiosi. È il caso di ricordare l'American Declaration of Independence del 1776, che fa riferimento a "the Laws of Nature and of Nature's God"; oppure al Bill of Rights dello Stato della Virginia (nel quale l'influenza di Milton e di Locke è assai evidente), che menziona esplicitamente Dio, con riferimento al riconoscimento della libertà di religione; oppure, ancora, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen del 1789, che in un certo senso incorpora dei riferimenti religiosi, parlando dei "droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme" e utilizza espressioni quali "sous les auspices de l'Être Suprême". La Dichiarazione del 1948 non contiene, invece, nessun riferimento a Dio o richiamo esplicito alle teorie dei diritti naturali. In questo senso, essa venne concepita come un "foundation-open text"<sup>47</sup>, scevro di rimandi a precise visioni religiose o religiosamente fondate. Le note parole del filosofo francese cattolico Jacques Maritain sono emblematiche in questo senso: "we agree about the rights but on the condition that no one asks us why"<sup>48</sup>. Maritain sottolinea con queste parole che lo scopo della commissione chiamata alla stesura della Dichiarazione era eminentemente pratico e, rispetto ad esso, l'affermazione ufficiale di un'unica e ben definita interpretazione del mondo non rappresentava il migliore strumento per raggiungere l'accordo necessario<sup>49</sup>. Il comune scopo pragmatico della commissione presieduta da Eleanor Roosevelt giustifica, quindi, l'apertura del documento ad una molteplicità di possibili fondazioni, senza escludere in alcun modo quelle di matrice religiosa<sup>50</sup>. In questa prospettiva, i diritti umani possono essere definiti come una sorta di "articolazione giuridica"<sup>51</sup> di una tavola di comuni valori sui quali fu possibile raggiungere un *consensus omnium gentium* dopo la Seconda Guerra Mondiale: libertà, uguaglianza, dignità umana, giustizia, cittadinanza. Proprio come Bobbio<sup>52</sup> so-

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 161.

<sup>48</sup> J. MARITAIN, *Inaugural Address to the Second International Conference of Unesco*, in J. Witte Jr., Fr. Alexander (eds), *The Teaching of Modern Christianity on Law, Politics, and Human Nature*, vol. 2, New York: Columbia University Press, 2006, p. 36, citato in J. VAN DER VEN, *Human Rights or Religious Rules?*, p. 166. Si veda anche J. MARITAIN, *L'Homme et l'État*, Parigi: Desclée de Brouwer, 2009. A ben vedere, le parole di Maritain esprimono problematicamente l'identità moderna, così come ce la descrive anche Taylor: "Not only are these one-side views invalid, but many of them are not and cannot be fully, seriously, and unambivalently held by those who propound them. I cannot claim to have proved this, but what I hope emerges from this lengthy account of the growth of the modern identity is how all pervasive it is, how much it envelops us, and how deeply we are implicated in it" (C. TAYLOR, *Conclusion: the Conflicts of Modernity*, in ID., *Sources of the Self*, p. 503).

<sup>49</sup> Per un resoconto delle tensioni politiche, giuridiche e etiche durante la fase di lavorazione della Dichiarazione si veda M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, pp. 56-64.

<sup>50</sup> In questi termini cfr. J. VAN DER VEN, *op. cit.*, p. 166.

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 167.

<sup>52</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti* (1990), Torino: Einaudi, 1997.

stenne all'inizio degli anni Novanta, nella cornice dei diritti umani quali diritti in senso tecnico, non è necessario che si vada alla ricerca di fondamenti assoluti o ultimativi. Dovremmo piuttosto concepire "vari possibili fondamenti"<sup>53</sup>, mi permetto di aggiungere, in mutuo dialogo fra loro, che consentano di migliorarne e potenziarne l'effettiva protezione, tenendo però presenti, come un monito, le parole di Taylor: "high standards need strong sources"<sup>54</sup>.

Alla luce di queste osservazioni, possiamo considerare la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani come un documento che va *al di là* della questione dei loro possibili fondamenti, perché essa si concepisce, in modo non così diverso dall'ideale moderno del costituzionalismo democratico, come pilastro auto-fondato e fondante il nuovo ordine mondiale, la cui imprescindibile materia prima è il consenso tra i Popoli e le Nazioni<sup>55</sup>. Stante questo tipo d'impostazione, ci chiediamo se sia comunque possibile fondare moralmente i diritti umani.

Una prima risposta, come sostiene Raz, è la negazione del loro fondamento in termini morali. Essi mancano di ogni fondamento, afferma Raz, perché non sono "grounded in a fundamental moral concern", bensì poggiano "on the contingencies of the current system of international relations"<sup>56</sup>. L'obiettivo polemico che Raz si propone è rappresentato dall'approccio retorico o ideologico all'universalità connaturata dei diritti umani. Nel sostenere la sua posizione, però, egli non nega né che essi siano moralmente rilevanti, né che essi appartengano a tutti gli esseri umani in forza della loro umanità. Più specificamente, Raz ritiene inappropriato da un punto di vista teorico affermare sia che gli individui siano titolari dei diritti umani per il semplice fatto di essere umani<sup>57</sup>, sia che tale meccanismo di attribuzione implichi la fundamentalità di tali diritti: ci sarebbe qualcosa di ulteriore, del quale è necessario dare conto. A tale scopo, egli afferma che la titolarità dei diritti umani in capo ad ogni soggetto dipende, invece, dall'attuale configurazione del sistema internazionale ed in questo senso essi sono "synchronically universal"<sup>58</sup>, e non semplicemente auto-fondati nella nostra umanità: non c'è motivo, argomenta il filosofo, per ritenere che un diritto per il

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 16.

<sup>54</sup> C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 516. Intendo qui sottolineare quanto la questione delle "sources" di tali diritti sia comunque rilevante. Non aver scelto una fondazione oggettiva e assoluta, in ragione dello scopo pratico della Dichiarazione, impegna alla continua ricerca di un punto di equilibrio fra soggetti e culture portatori di orizzonti esistenziali differenti.

<sup>55</sup> Dovremmo ricordare che il 10 dicembre 1948, data in cui la Dichiarazione venne adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, si astennero dal voto l'URSS, la Repubblica Socialista Sovietica Ucraina, la Cecoslovacchia, la Repubblica Socialista Sovietica Bielorussa, la Jugoslavia, la Polonia, l'Arabia Saudita e il Sud Africa.

<sup>56</sup> J. RAZ, *Human Rights without Foundations*, p. 336.

<sup>57</sup> Cfr. J. RAZ, *Human Rights in the Emerging World Order*, pp. 225-226.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 225.

semplice fatto di essere qualificato come "umano" sia universale<sup>59</sup> o imprescindibile<sup>60</sup>.

Una soluzione diversa, se non opposta, è quella rispetto alla quale sono invece fortemente coinvolte le religioni. In particolare, la "ricerca fondazionale"<sup>61</sup> dei diritti umani impegna le comunità religiose in uno sforzo di interpretazione, traduzione e incorporazione dei diritti umani all'interno dei propri sistemi normativi. Questo coinvolgimento dei soggetti religiosi ha posto le fondamenta per sforzi interreligiosi ed ecumenici a livello interno, internazionale e sovranazionale, volti alla protezione e implementazione dei diritti umani<sup>62</sup>. Tale processo è stato evidente e degno di nota nel contesto europeo con riferimento alle "religioni storiche" (la Chiesa cattolica romana, le Chiese tradizionali protestanti e le Comunità ebraiche). Come ha posto in evidenza Alessandro Ferrari, esse sono state in grado di prendere parte e approfondire i loro sforzi nel dibattito sui diritti umani, trasponendo "their expectation of *universal affirmations of a particular truth* into *particular affirmation of a universal truth*"<sup>63</sup>. Nel fare ciò, esse hanno integrato i diritti umani all'interno dei loro universi normativi ed escatologici, sviluppando una propria narrativa ed ermeneutica di idee chiave, quali, prima di tutto, il principio della dignità umana<sup>64</sup>. In una prospettiva globale, però, il processo di ricerca fondazionale che coinvolge le religioni non è né semplice, né privo di insidie.

<sup>59</sup> Afferma Raz: "[t]hey are rights which are morally valid against states in the international arena, and there is no reason to think that such rights must be universal" (J. Raz, *Human Rights without Foundations* p. 332).

<sup>60</sup> Forse potremmo chiederci se l'approccio non fondazionale di Raz sia coerente con le intenzioni del suo autore: sottolineando la dimensione storica dei diritti umani, egli è comunque in grado di individuare nelle concrete contingenze il loro plausibile fondamento, facendo venire meno soltanto le loro pretese fondazioni in termini assiologicamente assoluti (in chiave etica) o fattualmente assoluti (legati all'appartenenza allo stesso genere umano). In questo senso, allora, i diritti umani non sono affatto senza fondamento: essi deficitano di un fondamento assoluto, ma trovano nella contingenza un fondamento relativo.

<sup>61</sup> Per un'interessante ricostruzione storica e concettuale cfr. J. WITTE Jr., *Religious Foundations of Western Rights: Towards a New History*, in *Daimon*, 7, 2007, pp. 49-69. L'autore considera diacronicamente la questione dei diritti umani, cominciando dalle loro formulazioni classiche sino ad arrivare all'età moderna. In particolare, egli considera la formulazione che ne viene data dal Cattolicesimo medievale e dalla dottrina protestante, sulla base del presupposto che "there was ample 'liberty before liberalism', and that there were many human rights in place before there were modern democratic revolutions fought in their name" (p. 49).

<sup>62</sup> Sul punto cfr. M. ROHE, *On the Foundations of Human Rights. Religious and Secular Approaches in the West and in Islam*, in J. VAN DER VEN, H.G. ZIEBERTS (eds), *Tensions within and between Religions and Human Rights*, Leiden-Boston: Brill, 2012, pp. 67-93.

<sup>63</sup> A. FERRARI, *Religions, Secularity and Democracy in Europe: for a New Kelsenian Pact*.

<sup>64</sup> Con le parole di Luban, tale principio rappresenta "the essential connection between moral rights and international legal human rights – the connection [...] that makes international human rights possible" (D. LUBAN, *Human Rights Pragmatism and Human Dignity*, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, p. 277).

Le tradizioni normative o giuridiche religiose presentano caratteri fortemente eterogenei e questo anche all'interno di interpretazioni particolari della stessa appartenenza religiosa. A ciò si aggiunge la presenza di specificità che possono non difficilmente entrare in contrasto con quello che è stato definito come "imprinting occidentale" dei diritti umani. Non stupisce, quindi, la presenza di un largo dibattito all'interno di molte religioni (Islam, Induismo, Confucianesimo, Buddhismo, religioni indigene) concernente la piena compatibilità tra il regime internazionale dei diritti umani e le singole tradizioni normative religiose<sup>65</sup>. Ad esempio, se consideriamo il Buddhismo, come King<sup>66</sup> ha messo in evidenza, esistono due caratteristiche essenziali dei diritti umani che creano difficoltà non semplici da superare: la loro natura di diritti individuali e la loro "adversariality". Pur semplificando moltissimo e sperando di non banalizzare oltre il consentito, da un lato l'individualismo sul quale si fondano i diritti umani crea problemi di compatibilità con la "dottrina buddhista della negazione dell'Io", che entrerebbe in conflitto con la società individualista che l'ideologia dei diritti umani può produrre. Dall'altro, l'"adversariality" è tipica del concetto occidentale di diritto, mentre nell'Asia orientale è prevalso un modello sociale differente, fortemente ancorato alle autorità secolari e religiose esistenti<sup>67</sup>. Tali dibattiti sono stati in grado di stimolare sforzi ermeneutici e strategie interpretative di intellettuali e giuristi appartenenti a fedi specifiche, volti al tentativo di mettere in contatto, o forse meglio, di armonizzare i diritti umani con le proprie tradizioni normative. Non vi è alcun automatismo in questo processo, bensì un lento, complicato e caleidoscopico dibattito.

Tenendo presente da un lato la delicatezza e la complessità della ricerca fondatazione dei diritti umani, e dall'altro l'urgenza di garantirne la protezione, possiamo facilmente immaginare la ragione per la quale sia importante ed opportuno distinguere la loro componente teorico-normativa da quella "ideologica", e perché focalizzarsi sulla prima sia un'operazione senza dubbio più frut-

---

<sup>65</sup> Pensiamo, ad esempio, al dibattito in senso all'Islam e ai due diversi approcci sostenuti da An-Na'im e Talal Asad. Il primo sostiene una piena compatibilità tra Islam e diritti umani al punto da sostenere, come spiega Little, "a constructive, mutually enriching relationship between the concepts of religion, human rights, and the secular state" (D. LITTLE, *Religion, Human Rights, and the Secular State*, in ID., *Essays on Religion and Human Rights*, p. 88). Il secondo, al contrario, esprime forti criticità per il regime internazionale dei diritti umani, che non solo non rappresentano "a transnational system of moral and legal accountability but, in reality, constitutes little more than a self-serving cover for ulterior national interests" (*ivi*, p. 27), con un riferimento polemico alle nazioni egemonizzanti lo scacchiere internazionale, come gli Stati Uniti.

<sup>66</sup> Cfr. S.E. KING, *Buddhism and Human Rights*, in J. WITTE and M.C. GREEN (eds.), *Religion and Human Rights*.

<sup>67</sup> In tal senso, spiega Unno, "in East Asia [...] the consensual model of society prevailed, ruling out any assertion of self against recognized forms of authority, whether secular or religious" (T. UNNO, *Personal Rights and Contemporary Buddhism*, in L.S. ROUNER (ed.), *Human Rights and The World's Religions*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988, p. 129 citato in S.E. KING, *Buddhism and Human Rights*, p. 114).

tuosa. Con riferimento alla loro dimensione teorica, potremmo arrivare a concepire i diritti umani come diritti positivi che devono essere implementati in quanto specifico strumento normativo volto alla protezione di comuni valori, (ricavati, à la Rawls, "per intersezione"), sui quali si è convenuti in un preciso momento della storia dell'Umanità. In tale prospettiva, l'universalità che di essi si predica, come vedremo nel paragrafo successivo, indica semplicemente un criterio di attribuzione formale basato su uno specifico status. Con riferimento alla loro dimensione ideologica, invece, non sembra azzardato sostenere che nel loro complesso essi rappresentano una lista anche di diritti morali, "nuovi comandamenti" per una sorta di religione secolare e cosmopolitica, fondata, però, sulla fallace assunzione aprioristica della propria 'universalità'<sup>68</sup>. In particolare, la fallacia consiste nell'erronea presupposizione del loro effettivo carattere universale, il quale dovrebbe essere dimostrato in ogni possibile cultura e tradizione, o, più propriamente, costruito coralmemente dall'intera "famiglia umana" e non dai suoi più "distinti" membri. Tale presupposizione di universalità è stata e sarà causa d'inutili conflitti con quelle tradizioni culturali, alcune di matrice profondamente religiosa, le cui strutture concettuali e istituzioni presentano una radicale alterità rispetto ai "modelli occidentali". In questo senso, occorre sempre ricordare, come sottolinea Zubert, che "les droits de l'homme [...] sont un projet humain, ont une histoire particulière, des racines, un processus de développement et peut-être une fin annoncée"<sup>69</sup>. La loro vocazione universalistica, che era così chiara, tra gli altri, in René Cassin, sembra quindi dover essere realizzata con il coinvolgimento di prospettive diverse (secolari e religiose), in un reciproco e costante sforzo persuasivo, volto ad aiutare la protezione di tali diritti, senza che nessuno ne ipotechino il fondamento.

In questi termini, la prospettiva giuridica non viene svilita, bensì acquista la valenza di imprescindibile istanza intermedia per costruire tale universalità. Se una giustificazione morale comune dell'universalità dei diritti umani risulta poco realizzabile almeno in prima battuta, una solida cornice giuridica può rappresentare il punto d'inizio del quale siamo alla ricerca per creare un "new language of personal resonance"<sup>70</sup> per l'Umanità tutta<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Il carattere dell'universalità si declina in modo differente se riferito ai diritti delle religioni e ai diritti umani. Essi sono, in altre parole, diversamente universali: "[i] diritti dell'uomo, essendo fondati sulla stessa natura umana, prevedono tendenzialmente lo stesso statuto giuridico per tutti gli uomini; i diritti di Dio invece prevedono uno statuto differenziato a seconda della religione a cui ciascuna persona appartiene" (S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 170). È però altrettanto vero che esiste in alcune religioni più che in altre una vocazione universalistica rispetto a specifiche norme (che risultano valide non solo per i credenti).

<sup>69</sup> V. ZUBERT, *Le culte des droits de l'homme*, Gallimard: Paris, 2014, p. 333.

<sup>70</sup> C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 513 (Taylor usa in realtà l'espressione al plurale: "new languages").

<sup>71</sup> Osserva a tale proposito Buchanan, "a non-moral human rights based justification for international human rights is advantageous, if [...] there are some valid or credible moralities that do

### 3.1. Alcune osservazioni sulla struttura teorico-giuridica dei diritti umani e sulla loro compatibilità rispetto ai diritti delle religioni

Probabilmente, come ha scritto Toepel, “Legal Positivism makes the clearest understanding of human rights possible”<sup>72</sup>. Proprio per rendere tale comprensione ancora più chiara, è forse il caso di ritornare in modo specifico sulla questione della struttura teorico-giuridica dei diritti umani come diritti positivi definiti nella più ampia cornice del diritto internazionale. A tale scopo, ci viene in soccorso l’analisi formale proposta da Ferrajoli<sup>73</sup>, nel quadro della più ampia riflessione sulla categoria dei diritti fondamentali.

Nella sua ricostruzione teorica, i diritti umani rappresentano una particolare categoria dei diritti fondamentali. In modo dissimile rispetto all’uso comune, come Ferrajoli stesso precisa, se i diritti umani sono diritti a pieno titolo qualificati e qualificabili come fondamentali, non tutti i diritti fondamentali sono, invece, diritti umani. In particolare, la fundamentalità alla quale egli si riferisce è da collegare alla loro ascrivibilità ad una interna categoria di soggetti, secondo un criterio di “perfetta uguaglianza” nella loro titolarità. Diversamente, posta questa definizione formale di ‘universalità’, Ferrajoli identifica tre status soggettivi dai quali discendono altrettante sotto-categorie di diritti: lo status di “persona naturale; lo status di “cittadino”; lo status di “soggetto capace di esercitare i propri diritti”. Ai fini della nostra analisi, mi limiterò a rilevare come i diritti umani siano collegati al primo status di “persona naturale”, status dal quale discende che la loro titolarità appartiene a tutti i soggetti umani nei nostri sistemi giuridici contemporanei. In questo senso, sebbene gli strumenti internazionali preposti alla loro protezione siano concepiti per gli Stati sovrani<sup>74</sup>, è bene precisare che la loro logica supera quella dei diritti a base territoriale di matrice vestfaliana; quei diritti che, secondo un’articolazione tradizionale, è possibile distinguere in sociali, civili e politici. Muovendo da tale prospettiva, due osservazioni si rendono opportune.

In primo luogo, se è vero che il loro carattere di diritti a base personale obbliga a forzare e a riconsiderare le categorie tradizionali, è altrettanto vero che la

---

not recognize individual moral rights or moral rights of any kind” (A. BUCHANAN, *op. ult. cit.*, p. 249).

<sup>72</sup>F. TOEPEL, *Human Rights as Legal Rights*, in A.J.L. MENUGE (ed.), *Legitimizing Human rights. Secular and Religious Perspectives*, Farnham: Ashgate, 2013, p. 97.

<sup>73</sup>Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 1 Teoria del diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 726 e ss. Per un dibattito teorico sulla ricostruzione di Ferrajoli cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari: Laterza, 2001.

<sup>74</sup>Precisano Condorelli e Cassese che tali strumenti sono infatti “designed in terms of States, are open to their participation only” (L. CONDORELLI, A. CASSESE, *Is Leviathan Still Holding Sway over International Dealings?*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 19).

categoria dei diritti umani è a tal punto eterogenea da sostanzarsi in tipici diritti a base territoriale: dal diritto alla vita al diritto a sposarsi e a formare una famiglia; dal diritto alla libertà di religione al diritto al lavoro e alla libera scelta del proprio impiego. Essi si configurano, quindi, come una categoria trasversale e fortemente espansiva, volta allo sforzo di conferire una sorta di "identità giuridica universale" a ciascun soggetto. Questa tendenza onnicomprensiva e inglobante dei diritti umani è un elemento da tenere in particolare considerazione, nella prospettiva di questo studio, quando si considerano i sistemi normativi religiosi. Come abbiamo visto nel secondo capitolo, il diritto religioso, sulla scorta della categoria tradizionale di "diritto naturale", è un diritto personale non territoriale, seppure può variare nel suo contenuto da luogo a luogo, con non sottili differenze. In altre parole, le norme religiose "seguono" metaforicamente gli individui appartenenti a certe religioni, se non l'intera umanità in alcuni casi, senza considerare la contingente ubicazione geo-politica di ciascuno. In questo senso, abbiamo sostenuto che la legge religiosa (in termini teoricamente generali e non in ogni sua possibile e minuta declinazione) è una forma di diritto transnazionale. Diversamente, essendo il diritto territoriale un elemento connotativo tipico dello Stato-nazione (soggetto grandemente prevalente nei meccanismi decisionali e normativi del sistema internazionale), è piuttosto evidente che il regime dei diritti umani nato successivamente al Secondo conflitto mondiale ha profondamente cambiato lo scenario, affermando la centralità della dimensione internazionale. Alla luce di ciò, è forse possibile tentare di tratteggiare un utile parallelismo: come l'internazionalità è prerogativa normativa tipica degli Stati attraverso il sistema giuridico internazionale e dimensione privilegiata di tutela dei diritti umani, così la transnazionalità può essere vista come la cornice spaziale ideale perché le religioni e le comunità religiose possano prendere parte (in termini e a condizioni variabili) alla protezione dell'eterogenea categoria dei diritti umani, che abbraccia prerogative soggettive estremamente differenti.

In secondo luogo, l'accento posto sull'eterogeneità del loro contenuto ci porta a precisare un ulteriore profilo teoricamente e pragmaticamente rilevante. Se complessivamente essi fissano limitazioni cogenti rispetto alla sovranità degli Stati, al punto da rappresentare doveri sovrani verso ciascun essere umano, è altrettanto vero che, intesi in questo modo troppo astratto, essi si espongono al contempo al rischio di una qualche forma di deformazione se non d'incomprensione dogmatica. Ecco perché, per fare maggiore chiarezza sulla loro natura, si può utilmente distinguere una struttura a due livelli del sistema dei diritti umani<sup>75</sup>: il primo livello è costituito da quelli aventi natura di *jus cogens* all'in-

---

<sup>75</sup> Questa distinzione è suggerita in A. CASSESE, *A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights*, in ID. (ed.), *Realizing Utopia*, p. 140. L'idea che esistano graduazioni d'importanza tra i diritti umani è sintetizzata dall'autore con l'espressione "*two-tier system of human rights values in the international society*".

terno della comunità internazionale; il secondo livello è costituito da quelli sprovvisti di tale natura. Soltanto i primi devono essere rispettati a livello globale, senza deroghe né eccezioni per gli Stati e per gli altri soggetti di diritto internazionale. Sono ricompresi in questo gruppo, ad esempio, i diritti nascenti dall'interdizione del genocidio, della schiavitù, della discriminazione razziale<sup>76</sup>. I diritti del secondo gruppo, invece, variano profondamente a seconda del contesto geografico e politico e, in questo senso, essi manifestano una spiccata tendenza alla localizzazione, alla dipendenza dal contesto territoriale, alla frammentazione o difformità applicativa.

Fatte queste precisazioni circa la configurazione teorica e la strutturazione dei diritti umani, possiamo porci una questione piuttosto radicale nell'economia di questa ricerca, ossia se sussista, anche tenendo presenti gli sforzi compiuti in seno alle singole confessioni religiose, una incompatibilità di fondo tra diritti umani e diritti delle religioni, come riflesso di "differenze strutturali"<sup>77</sup> esistenti tra queste due espressioni normative. Più specificamente, il punto a mio avviso più delicato riguarda la diversa natura di questi diritti sotto due profili. Il primo profilo attiene alla loro dimensione individuale o collettiva; il secondo profilo attiene, invece, alla concezione morale che essi presuppongono.

Sotto il primo profilo, i diritti umani si configurerebbero come diritti essenzialmente individuali, sebbene anche con espressioni di tipo collettivo; i diritti delle religioni, invece, "riguardano tanto gli individui quanto le comunità e talvolta le loro istituzioni"<sup>78</sup>. Nei secondi sarebbe quindi particolarmente marcata la connotazione comunitaria, che appare "accessoria" nei primi. Sotto il secondo profilo, i diritti umani sottolineerebbero ed esalterebbero istanze di autonomia dei singoli soggetti, mentre i diritti delle religioni, nell'ancorarsi ad una fonte altra e più alta rispetto all'individuo, manifesterebbero richiami di tipo eteronomo che esprimono un legame non paritario con una realtà superiore. In breve, "i diritti umani sottolineano il fondamento autonomo del diritto, i diritti religiosi ne esaltano il fondamento eteronomo"<sup>79</sup>. Entrambi i profili evidenziati meritano di essere considerati con attenzione.

Quanto al primo profilo, il riferimento all'individualità che certamente riguarda la titolarità dei diritti umani (nel loro nucleo essenziale) deve leggersi come sintomatica reazione a qualsivoglia tentazione organicistica, che consideri l'individuo in termini funzionali rispetto a qualsiasi dimensione sovra-individuale. Tuttavia, la coppia 'individualità-collettività' non esprime un dualismo

<sup>76</sup> Così CASSESE, *ivi*, p. 139.

<sup>77</sup> S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 169 e ss. Rispondo ad alcune osservazioni espresse dall'autore in questo saggio e ad altre gentilmente manifestatemi nella nostra corrispondenza.

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 171.

<sup>79</sup> Queste le parole che Silvio Ferrari ha avuto la gentilezza di scrivermi dopo la lettura della prima e originaria versione inglese di questa ricerca.

dicotomico. La prima collettività che i diritti umani presuppongono è l'Umanità nel suo complesso: la loro titolarità in capo ad ogni individuo e per ogni individuo dovrebbe quindi leggersi sempre in relazione alla comune appartenenza umana. Nei diritti umani esiste, cioè, una dimensione intrinsecamente solidale, che lega tra loro le prerogative altrimenti isolate di ognuno. Senza tenere presente questa dimensione, l'individualità degenera nel tanto deprecato individualismo, nell'atomizzazione di prerogative individuali svincolate da appartenenze realmente solidali<sup>80</sup> e "brandite" le une contro le altre. Diversamente, la dimensione individuale dei diritti umani letta alla luce della dimensione collettiva che caratterizza tipicamente i soggetti religiosi sta ad esprimere la non comprimibilità di determinati diritti fondamentali dei singoli anche quando norme di origine divina o trascendente si rivolgano primariamente alle comunità o istituzioni confessionali di appartenenza.

Quanto al secondo profilo, è certamente vero che i diritti umani sottolineano che il diritto abbia un fondamento autonomo, sciolto dalla trascendenza. Questa non è altro che una ulteriore espressione della secolarizzazione (come sganciamento da riferimenti metafisico-religiosi) della produzione normativa dei soggetti statuali sin dalla prima età moderna. Tuttavia, se è vero che i diritti umani positivizzati esprimono compiutamente l'autonomizzazione del diritto positivo e degli individui che ne sono destinatari, è altresì vero che essi non escludono il fondamento eteronomo di altre forme di normatività verso cui i loro titolari possono sentire un dovere di obbedienza. Sembra che si presupponga, anche in questo caso, un'alternatività dicotomica (quella tra autonomia ed eteronomia), che è forse più opportuno sciogliere nel modo seguente: i diritti umani si prestano a garantire l'autonomia degli individui, come autonomo è il loro fondamento quali diritti posti, ma un possibile esito dell'esercizio di tale autonomia è l'assunzione di un orizzonte morale eteronomo<sup>81</sup>. In questo senso, se l'assunzione di tale orizzonte eteronomo è possibile sbocco dell'autonomia riconosciuta al singolo, l'eteronomia della normatività religiosa letta nella cornice concettuale dei diritti umani presuppone la possibilità di scegliere consapevolmente se aderire ad un determinato credo<sup>82</sup>.

Quindi, esistono certamente "differenze strutturali" tra i diritti umani e i diritti delle religioni, ma occorre non irrigidire oltre il dovuto nemmeno le cate-

---

<sup>80</sup> Trovo, quindi, molto opportuno porre l'accento sulla capacità delle religioni, se non di correggere, come suggerito dall'autore, di interrogare circa "l'accento eccessivamente individualistico che i diritti dell'uomo hanno assunto nelle formulazioni moderne, sottolineando la necessità di considerare più a fondo i legami che uniscono individuo e comunità" (S. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 176).

<sup>81</sup> Nel mio discorso si presuppone, infatti, che vi sia libertà di scegliere e che la scelta di fede non si risolva in una "constatazione" senza reali alternative.

<sup>82</sup> In questo senso, l'accento posto sulla scelta consapevole e volontaria non credo suoni strano o bizzarro anche in seno alle religioni. Al contrario, la scelta si atteggia, a mio avviso, come condizione necessaria per una professione convinta e matura di un determinato credo.

rie attraverso le quali esse vengono caratterizzate. D'altra parte, attraverso il lavoro dialettico tra queste prospettive normative si può mettere a profitto la dinamicità che contraddistingue entrambe<sup>83</sup>.

In chiusura a questa serie di puntualizzazioni, soffermiamoci su un diritto umano strategico nella nostra prospettiva. Se è possibile identificare, come Cassese suggerisce, un processo espansivo di un gruppo centrale e indisponibile di diritti umani, nel quadro di un impegno programmatico per il rispetto dei diritti umani fondamentali di ciascuno a livello globale, la nostra attenzione per il fenomeno religioso non può che andare a toccare un diritto umano ricompreso nella seconda categoria identificata sopra: il diritto alla libertà religiosa. Un diritto strategico per le religioni stesse e un diritto che va a toccare una sfera personalissima degli individui. A questo riguardo, lasciamo volontariamente aperte due questioni: possiamo forse affermare che la completa ed effettiva inclusione di tale diritto nel novero dei principi chiave del regime internazionale dei diritti umani possa rappresentare un ponte strategico tra differenti sfere di normatività in perenne dialogo (Stati e soggetti religiosi)? Oppure, l'inclusione del diritto alla libertà di religione nelle norme di *jus cogens* internazionali sarebbe tanto impraticabile quanto la ricerca di un universale fondamento della categoria stessa dei diritti umani?

#### 4. Una dialettica tra "sovranità ultimative"

L'operazione di "traduzione", per utilizzare un'espressione cara ad Habermas, e di graduale ricezione dei diritti umani all'interno dei quadri normativi a base religiosa presuppone un delicato sforzo interpretativo, come abbiamo ricordato sopra. Tale ermeneutica dei diritti umani a base religiosa può infatti essere letta come un passaggio non solo importante, bensì cruciale in molte zone del pianeta, al fine di realizzare la logica universalistica propria di tali diritti.

Tuttavia, essendo l'attività interpretativa, almeno se non intesa in un orizzonte rigidamente formalista, aperta a differenti risultati, non è difficile immaginare che la sua applicazione a questo delicato ambito possa condurre ad esiti piuttosto problematici. Se già la configurabilità dei diritti umani come categoria unitaria crea qualche difficoltà, singole letture di specifici diritti umani possono fortemente divergere se formulate alla luce del quadro giuridico di un ordinamento statale o di un ordinamento a base religiosa. Considerando la spiccata rilevanza che viene attribuita alla sfera intima dei soggetti nelle tradizioni religiose, un paradigmatico caso di conflitti interpretativi è creato dal diritto alla libertà di co-

---

<sup>83</sup> Proprio in questa direzione va la proposta di Ferrari di "strategie di composizione" che esaltino i tratti comuni (quali proprio la non immutabilità ed il dinamismo di entrambe) e le reciproche influenze virtuose.

scienza. Essa rappresenta, in un certo senso, la linea di confine o il terreno di confronto ultimativo tra norme religiose e norme statali: la coscienza<sup>84</sup> stessa è, infatti, nella tradizione soprattutto occidentale, il "luogo metaforico" nel quale si creano conflitti sul piano etico, che si traducono in tensioni, equilibri alterni e condotte resistenti all'interno di una comunità politica sin dalle origini della civiltà occidentale. A tale proposito, come avrò modo di spiegare nei prossimi paragrafi, per individui in condizioni particolari, la libertà di coscienza identifica altresì il perimetro di potenziale scontro tra due sfere di "sovranità ultimativa": da un lato la sovranità propria del sistema giuridico statale, dall'altra la contro-sovranoità propria di uno specifico sistema normativo a base religiosa. Al fine di cercare di fornire una comprensione teoricamente plausibile di questo meccanismo di conflitto tra sovranità e contro-sovranoità ultimative, è opportuno richiamare alcune considerazioni esposte nel secondo capitolo a proposito dei sistemi giuridici religiosi e secolari.

Pur nella consapevolezza della difficoltà e, secondo alcuni, anche della scarsa praticabilità della ricostruzione proposta, abbiamo individuato, sulla scorta dell'analisi proposta da Silvio Ferrari, due principi fondamentali presenti in un sistema giuridico a base religiosa. Il primo riguarda il rapporto gerarchico tra tutte le possibili fonti normative che regolano la vita di un soggetto. Per gli individui che appartengono ad una determinata fede e per le comunità religiose, la norma religiosa e la norma divina occupano *prima facie* il vertice di tale struttura gerarchica. Affermando ciò intendo dire che la superiorità gerarchica della legge religiosa dovrebbe essere considerata assoluta in termini formali, ma non nella sua concreta o sostanziale applicazione. Il secondo principio fondamentale deriva dal primo ed identifica una norma di chiusura implicita o esplicita di un sistema normativo a base religiosa: ancora una volta *prima facie*, la norma religiosa deve prevalere sulla norma positiva umana (promanante dai soggetti vestfaliani) quando si genera un contrasto o un conflitto tra di esse. In modo simile, se consideriamo l'ordinamento giuridico di uno Stato, nel modello dello Stato costituzionale di diritto, è possibile identificare due principi uguali e contrari, seppur partendo da assunti o logiche normative ben differenti. Il primo riguarda l'assoluta prevalenza e l'incontestato dominio della legge statale (ovviamente con le

---

<sup>84</sup> Per una ricostruzione in chiave storico-filosofica della nozione di coscienza è imprescindibile il riferimento a C.A. VIANO, *La scintilla di Caino. Storia della coscienza e dei suoi usi*, Torino: Bollati Boringhieri, 2013. Più risalente, C.A. VIANO, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di POLITEIA*, 101, 2011, pp. 11-28. Nella letteratura filosofico-giuridica, invece, segnalo: G. COSÌ, *Saggio sulla disobbedienza civile: storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano: Giuffrè, 1984. Sono riconoscente, in particolare, verso questi autori per i riferimenti e le considerazioni richiamati nelle mie precedenti analisi. Per una più recente riflessione sulla disobbedienza civile cfr. F. BIONDO, *Disobbedienza civile e teoria del diritto: i contrasti presi sul serio*, Torino: Giappichelli, 2012.

sue proiezioni sovrastatali e internazionali) su ogni possibile fonte normativa volta a regolare la vita dei soggetti (come le norme religiose). In questo senso, lo stesso concetto di diritto è inteso, come Bobbio<sup>85</sup> ha mostrato, in una prospettiva monista nell'alveo del positivismo giuridico: non esiste in senso tecnico un diritto che non sia quello ricollegabile ai soggetti vestfaliani. Ciò che, promanando da un'autorità differente, chiamiamo ugualmente "diritto" (es. diritti naturali, diritti religiosi), può dirsi tale solo in senso improprio. Il secondo principio è, come nella prima ipotesi, una conseguenza logico-sistematica del primo: la legge statale o secolare in tutte le sue possibili declinazioni deve prevalere su qualsiasi altra fonte normativa quando viene a crearsi un contrasto. Si tratta anche in questo caso di una prevalenza *prima facie*, e, azzardando un poco, anche *iuris tantum*, ovvero fino a che il diritto positivo stesso non preveda in senso contrario, avallando la prevalenza di una differente fonte normativa.

Ai fini dell'analisi che mi accingo a proporre sulla libertà di coscienza, il secondo principio fondamentale di entrambe le prospettive normative (religiosa e secolare) è di estrema importanza: la prevalenza *prima facie* della legge religiosa sulla norma umana positiva, e la corrispondente e indiscussa prevalenza della legge statale su qualsiasi differente fonte normativa nell'ipotesi in cui si venga a creare una situazione normativamente antinomica. Come abbiamo cercato di argomentare nel secondo capitolo, nella prospettiva di un pluralismo giuridico temperato la norma strutturale di chiusura riguardante la prevalenza ultimativa della legge religiosa è espressione della *contro-sovrantà* propria dei soggetti religiosi, mentre la norma strutturale di chiusura uguale e contraria esplicita la portata della *sovrantà statale*, declinandola nella sfera specificamente normativa. Tuttavia, nello Stato costituzionale di diritto è unicamente il Legislatore a poter valutare soluzioni differenti, garantendo uno status particolare a singoli soggetti in ragione della propria appartenenza religiosa, oppure riconoscendo delle esenzioni dall'adempimento di obblighi di natura giuridica per ragioni religiose o morali. In altri termini, la legge tollera esclusivamente quelle "deroghe" o "eccezioni", se di esse si tratta, che sono stabilite sulla base di specifici istituti giuridici o di pronunce giudiziali. In tale scenario, si è assistito ad una mitigazione puntuale dell'indiscussa prevalenza della legge positiva statale sulle norme religiose che vincolano i credenti grazie all'impiego di un istituto dalla configurazione assai delicata, ma dall'importanza concettuale decisiva: l'obiezione di coscienza.

Soprattutto a partire dagli anni Duemila, in particolar modo nel contesto europeo e nord-americano, gli Stati hanno cominciato a innovare profondamente un ambito verso il quale le religioni hanno da sempre mostrato particolare attenzione normativa: il diritto di famiglia. L'introduzione delle unioni omoses-

---

<sup>85</sup> Sulla ricostruzione del positivismo giuridico e del giusnaturalismo un riferimento classico è N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

suali o del matrimonio tra persone dello stesso sesso in molti ordinamenti nazionali ha rappresentato e, per molti versi, tutt'ora rappresenta l'ipotesi più emblematica e controversa a riguardo. Le sorprendenti alleanze e mobilitazioni di molte comunità religiose<sup>86</sup> a livello globale stanno proprio a testimoniare la delicatezza della questione, che, agli occhi di alcune religioni, non può essere pacificamente rimessa alla discrezionalità sovrana degli Stati. Infatti, il rapporto esistente tra specifiche appartenenze religiose (nella misura in cui tale appartenenza implichi anche la sottoscrizione di un certo modello normativo d'intendere la struttura e il ruolo della famiglia nella società umana) e lo svolgimento di funzioni pubbliche in ragione del ruolo ricoperto è diventato una questione assai delicata proprio con riferimento alla protezione dello specifico diritto umano della libertà di coscienza. In particolare, la libertà di coscienza di quegli individui credenti che a vario titolo sono coinvolti nella celebrazione, nella pubblica certificazione o nel riconoscimento delle unioni omosessuali può essere vista come l'ultima frontiera di esercizio della normatività sovrana di un ordinamento. Proprio per tale motivo, è decisivo focalizzarsi sulla possibile applicabilità dell'obiezione di coscienza, intesa in questa prospettiva come diritto positivo volto a non calpestare la dimensione vincolante della normatività religiosa, garantendo il rispetto della libertà di coscienza dei singoli.

In termini differenti rispetto all'ambito dell'impiego privato, sindaci, pubblici ufficiali, giudici o insegnanti in scuole pubbliche incarnano altrettante sfide alla protezione della libertà di coscienza poste da quel "commitment to equality"<sup>87</sup>, che caratterizza il post-secolarismo, all'insegna dell'uguaglianza e della non discriminazione. Ma da un punto di vista strettamente normativo, i soggetti poc'anzi citati rappresentano altrettanti punti di conflitto potenziale o effettivo

---

<sup>86</sup> Paradigmatico è il caso della *Manhattan Declaration* del 2009, un documento congiunto tra Ortodossi, Cattolici, Cristiani evangelici, che tocca tre ambiti specifici: la vita, il matrimonio e la libertà di religione. Possiamo infatti leggere che "The impulse to redefine marriage in order to recognize same-sex and multiple partner relationships is a symptom, rather than the cause, of the erosion of the marriage culture. It reflects a loss of understanding of the meaning of marriage as embodied in our civil and religious law and in the philosophical tradition that contributed to shaping the law. Yet it is critical that the impulse be resisted, for yielding to it would mean abandoning the possibility of restoring a sound understanding of marriage and, with it, the hope of rebuilding a healthy marriage culture. It would lock into place the false and destructive belief that marriage is all about romance and other adult satisfactions, and not, in any intrinsic way, about procreation and the unique character and value of acts and relationships whose meaning is shaped by their aptness for the generation, promotion and protection of life. In spousal communion and the rearing of children (who, as gifts of God, are the fruit of their parents' marital love), we discover the profound reasons for and benefits of the marriage covenant" ([http://www.manhattandeclaration.org/man\\_dec\\_resources/Manhattan\\_Declaration\\_full\\_text.pdf](http://www.manhattandeclaration.org/man_dec_resources/Manhattan_Declaration_full_text.pdf)). Per una stimolante analisi del contesto francese con riferimento alla questione del matrimonio egualitario cfr. P. PORTIER, C. BÉRAUD, *Métamorphose Catholique*, Parigi: Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.

<sup>87</sup> S.D. SMITH, *The Phases and Functions of Freedom of Conscience*, in J. WITTE Jr and M.C. GREEN (eds), *Religion and Human Rights*, p. 164.

tra due sfere di normatività, ognuna delle quali chiede di essere pienamente rispettata. Infatti, sebbene le istituzioni religiose non mettano più in discussione né la legittimità, né la facoltà di decidere in via definitiva proprie delle istituzioni politiche secolari<sup>88</sup>, cosa accade se si viene a creare un forte contrasto tra visioni opposte riguardanti le medesime questioni fondamentali?

Per rispondere a tale questione, seguirò un percorso che si articola in due fasi. Dopo aver richiamato gli elementi essenziali per inquadrare l'obiezione di coscienza come istituto nella cornice dello Stato costituzionale di diritto, affronterò alcuni casi rilevanti concernenti il rifiuto opposto da un pubblico ufficiale di essere *lato sensu* coinvolto in un'unione tra persone dello stesso sesso.

### 5. L'obiezione di coscienza tra morale, diritto e politica

L'obiezione di coscienza trova nella morale il suo fondamento, nel diritto il suo riconoscimento e nella politica il suo canale d'ascolto. Non è questa la sede più adatta per analizzare minutamente l'obiezione di coscienza come istituto giuridico<sup>89</sup>. Il nostro interesse è, piuttosto, quello di inserirla nella prospettiva d'analisi del presente lavoro di ricerca. Ciò nonostante, se volessimo inquadrarla nella complessa architettura dello Stato costituzionale di diritto, occorrerebbe prestare attenzione al diritto umano individuato nel corso del precedente paragrafo come linea di confine della dialettica sovrana tra Stato e religioni: la libertà di coscienza.

Esiste un rapporto strumentale tra obiezione e libertà di coscienza, rappresentando la prima, com'è stato più volte sostenuto, uno strumento di protezione volto a consentire *in foro externo* l'espressione delle convinzioni più importanti per un soggetto. Non qualunque tipo di convinzione legittima, infatti, il riconoscimento di un'ipotesi obiettorica. In un delicato equilibrio ed esercizio di bilanciamento tra l'applicazione uniforme della legge e la tutela della libertà di coscienza, il legislatore è chiamato a dare protezione attraverso questo istituto a quelle convinzioni "irrinunciabili e non sacrificabili" con la messa in atto di determinati comportamenti imposti attraverso una norma giuridica positiva. Pos-

---

<sup>88</sup> In questi termini McCrea, che osserva: "religious bodies implicitly accept the legitimacy of secular political institutions, along with the reality that the ultimate decision in relation to matters of law lies with such institutions" (R. MCCREA, *op. cit.*, p. 71).

<sup>89</sup> A tale proposito cfr. M. SAPORITI, *The Right to Conscientious Objection: Elements for a General Theory*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, gennaio-marzo 2017, pp. 75-89. Per l'elaborazione e lo sviluppo di una proposta di teoria generale relativa all'obiezione di coscienza, è stata fondamentale la lettura dell'analisi della sua configurazione in chiave normativa e costituzionale, nonché della relativa giurisprudenza, contenuta nel volume di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze: Passigli, 2011.

siamo pensare alla libertà di coscienza, secondo tradizione risalente, come ad una sorta di *hortus conclusus*, di cui lo Stato costituzionale di diritto ha protetto con mitezza le vie d'accesso ed intorno ai cui confini ha progressivamente edificato le sue roccaforti a protezione della libertà dei soggetti. Rispetto ad esso, l'obiezione di coscienza individua uno spazio ancora più raccolto, nel quale risiedono convinzioni incompressibili, legate alla "identità morale" di un soggetto, le quali legittimano a prevedere, in una deroga sorvegliata alla norma sovrana, un trattamento differenziato in ragione della loro rilevanza. L'obiezione segna dunque punti di limite oltre i quali il vincolo giuridico non può spingersi, senza lasciare la facoltà ai soggetti di agire conformemente alla propria coscienza.

L'idea della coscienza e del riconoscimento della sua libertà come uno spazio interno inviolabile è uno dei tratti che maggiormente contraddistinguono lo Stato costituzionale di diritto da altri modelli di Stato, primo fra tutti lo Stato totalitario. In quest'ultimo, la formazione di coscienze ben allineate e la legittimità di ogni intervento che le renda sempre più permeabili all'ideologia ufficiale non soltanto hanno piena cittadinanza, ma rappresentano altresì quei meccanismi potenti e terribili, attraverso i quali il soggetto diventa parte di un corpo (il popolo) indistinto ed indistinguibile, perdendo ogni riconoscibilità e trasformandosi nel frammento fungibile di una macchina disumanizzante. Si può forse scorgere nella coscienza di ciascuno e nella sua libertà di scegliere e di opporsi, un margine d'irriducibilità rispetto alle dinamiche che presiedono all'ordinamento giuridico: nello Stato costituzionale di diritto, l'ordinamento rinuncia ad ogni pretesa etico-legalistica (il diritto in quanto diritto è giusto e va obbedito sulla base della sottoscrizione assoluta e non strumentale del principio di legalità) per imporre norme anche al di là della volontà dei soggetti, senza che mai venga travolta in caso di disobbedienza la loro vita. In altri termini, i diritti della coscienza testimoniano come il conflitto tra valori, scelte e linee di azione sia il delicato esercizio grazie al quale si può costruire una convivenza positiva e non oppressiva tra persona e persona; ed il compito di elaborare le procedure di funzionamento di tale meccanismo è proprio quanto si sono proposte e si continuano a proporre le carte costituzionali.

In termini teorico-giuridici, il diritto alla libertà di coscienza rappresenta un diritto umano fondamentale. Tale fundamentalità permane anche con riferimento all'obiezione, alla quale però si aggiunge il carattere fortemente strumentale rispetto al primo. Intendendola, con le parole di Rodotà, "una manifestazione del diritto alla libertà di coscienza"<sup>90</sup>, l'obiezione di coscienza come diritto positivo va concepita, infatti, come strumento del diritto alla libertà di coscienza, che conserva una propria autonomia in termini logici ed epistemologici (ossia come istituto dotato di una propria logica interna e di proprie peculiarità di

---

<sup>90</sup>S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALLARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 31.

funzionamento), ma non in termini strettamente sistematici, essendo indispensabile pensarla funzionalmente rispetto alla libertà di coscienza.

Questo dovrebbe forse portarci a sostenere che il diritto positivo all'obiezione di coscienza rappresenta un diritto limitato all'interno dell'ordinamento? Se il diritto all'obiezione di coscienza fosse un diritto limitato, ovvero un diritto esercitabile soltanto in un numero chiuso di ipotesi rigidamente stabilite da una previsione di legge (le cosiddette clausole di coscienza), l'obiezione rappresenterebbe uno strumento assai modesto per un obiettivo molto ambizioso come la protezione della libertà di coscienza. All'opposto, se l'obiezione di coscienza fosse un diritto generalizzato, gli individui avrebbero la possibilità di obiettare ogniquale volta si configurasse un conflitto tra un obbligo positivo o negativo imposto da una norma e una propria convinzione etica in senso ampio. Essendo la coscienza un setaccio con il quale è possibile filtrare potenzialmente ogni indicazione etica (morale o giuridica) che giunge dall'esterno, l'iperpotenziamento del diritto ad obiettare produrrebbe facilmente una paralisi dell'intero sistema giuridico o lo condannerebbe ad un blocco fisiologico. La più innocua delle previsioni potrebbe infatti dare origine a situazioni difficilmente governabili. Diversamente, possiamo intendere il diritto all'obiezione di coscienza come diritto generale<sup>91</sup>, e non generalizzato, cioè come facoltà soggettiva o potere che può essere esercitato anche al di fuori di espresse previsioni di legge, sempre nel rispetto dei principi dello Stato costituzionale di diritto<sup>92</sup>.

Vi sono due ragioni principali per sostenere l'esistenza di un diritto generale all'obiezione di coscienza *latente* all'interno di un ordinamento giuridico. In primo luogo una ragione teorica. Non sarebbe possibile riconoscere nuovi campi di applicazione dell'istituto senza che esista, in termini teorici, un diritto generale la cui latenza all'interno del sistema giuridico è collegata al carattere stesso del diritto rispetto al quale esso è strumentale. Se guardiamo al contesto italiano, la coscrizione militare obbligatoria, l'interruzione volontaria della gravidanza, la sperimentazione animale rappresentano soltanto ipotesi specifiche di riconoscimenti espliciti dell'obiezione di coscienza. Ma nuove questioni di coscienza potrebbero essere portate all'attenzione del Parlamento, vagliandone la ricevibilità nei termini di un ampliamento dell'ambito applicativo dell'obiezione, o degli organi giurisdizionali, qualora si facesse strada l'idea, che mi sento di sostenere, di un'azionabilità di

---

<sup>91</sup> Sul concetto di "general legal right" si veda l'analisi critica proposta da J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon, 1979. In particolare si vedano le pp. 276-289.

<sup>92</sup> Se prendiamo l'articolo 10.2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000), esso prevede proprio il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, sempre "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Questo inciso ritengo non possa essere interpretato come una totale rimessione alla sovranità normativa degli Stati del riconoscimento di tale diritto. Diversamente, sembra più corretto leggerlo come un limite negativo, ovvero l'impossibilità per gli Stati di negarne in una qualche forma il riconoscimento, pena la contraddizione con il carattere fondamentale dei diritti enunciati nella Carta.

tale diritto, com'è accaduto in altri contesti geografici. In secondo luogo una ragione pragmatica o di politica del diritto. Sarebbe assai difficile proteggere in modo effettivo il diritto fondamentale alla libertà di coscienza, predisponendo in anticipo l'elenco dei soli casi in cui è possibile esercitare l'obiezione, soprattutto quando tale elenco non è chiuso, ma potenzialmente aperto a revisioni e ripensamenti. In altri termini, se né gli specifici contenuti della coscienza sono minutamente anticipabili, prevedibili o rigidamente tipizzabili, né lo sono i possibili conflitti che possono venire a crearsi con una norma positiva, come possiamo limitare in modo tanto stringente un istituto che è pensato per dare espressione alle dinamiche che attraversano la nostra ragion pratica?

Alla luce di tali considerazioni, possiamo affermare che il diritto all'obiezione di coscienza si configura come un diritto generale (ossia né illimitato, né assoluto), strumentalmente collegato alla libertà di coscienza degli individui, e applicabile ad ipotesi altre rispetto a quelle già previste a livello legislativo. Di esso, sviluppando la lucida analisi che ne propone Chiassoni<sup>93</sup>, è possibile individuare l'ossatura in termini di conflitti tra due sfere normative: la sfera giuridica, intendendo con essa quell'ambito normativo identificato dalle previsioni positive di un sistema giuridico statale, e la sfera morale, intendendo con essa quell'ambito normativo identificato dai valori etici in senso lato e, nella nostra prospettiva, dai valori di matrice specificamente religiosa propri di ogni soggetto. In tal senso è opportuno distinguere a due *species* del *genus* obiezione di coscienza: obiezione positiva e negativa<sup>94</sup>, a seconda che la norma giuridica imponga un fare (obbligo) o un non fare (divieto) e la corrispondente norma morale/religiosa contrastante imponga, rispettivamente, un divieto o un obbligo. In particolare, la specie di obiezione che maggiormente ci interessa con riguardo al rapporto tra normatività statale e normatività religiosa è la seconda, l'obiezione negativa. A fronte dell'esistenza di un obbligo giuridico che impone di tenere una determinata condotta esiste una norma morale di matrice religiosa che vieta, all'opposto, di tenere il comportamento prescritto: adempiendo alla norma giuridica, si viola la norma religiosa e rispettando il divieto religioso si contravviene all'obbligo giuridico. In questa dinamica conflittuale viene in rilievo, quindi, il rispetto del diritto alla libertà di coscienza di quei soggetti appartenenti ad una fede o a un credo per i quali determinate norme positive impongono comportamenti che creano un conflitto lacerante. Nelle fattispecie tipizzate, a fronte del bilanciamento positivo compiuto dal legislatore circa, come ha scritto Onida<sup>95</sup>, la

<sup>93</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*.

<sup>94</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *op. cit.*, pp. 36-54.

<sup>95</sup> V. ONIDA, *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 368.

non compromissione degli “interessi collettivi, alla cui tutela sono finalizzati gli obblighi cui si consente di derogare” (con specifico riferimento all’esercizio di diritti di soggetti terzi), e la protezione della libertà di coscienza dei soggetti per i quali non sarebbe moralmente possibile obbedire all’obbligo previsto, il legislatore può inserire una specifica previsione di obiezione di coscienza. Essa si traduce nella messa in atto di un meccanismo di protezione dalle conseguenze deteriori alle quali un individuo sarebbe esposto nel caso in cui non adempisse ad un obbligo previsto *ex lege*.

#### 6. Sei casi rilevanti di conflitto tra coscienza individuale e unioni tra persone dello stesso sesso

Dopo questo inquadramento teorico preliminare, è opportuno focalizzarsi sul nostro *casus belli*: l’ambito delle unioni tra persone dello stesso sesso. Per fare ciò, può essere d’aiuto considerare alcune pronunce significative distribuite tra il 2009 e il 2016 in un ambito geografico specifico, ossia l’Europa e l’America settentrionale. Tali casi, eccezion fatta per l’ultimo caso italiano, riguardano ipotesi di rifiuto opposto da soggetti investiti di funzioni pubbliche di registrare o celebrare un matrimonio o un’unione tra persone dello stesso sesso. Lo scopo non è quello di farne un’analisi dettagliata e meticolosa, bensì di verificare se sia possibile l’identificazione di orientamenti o trend interpretativi generali riguardo a tale ambito.

Il primo caso è preso in esame nella decisione 3059/2009 dell’11 maggio 2009 del *Tribunal Supremo* spagnolo. All’attenzione della Corte è posta la richiesta di un giudice di potersi astenere dalla registrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base delle sue credenze religiose. Il *Tribunal Supremo* rigetta la sua richiesta e afferma in chiari termini il carattere tecnico-giuridico del ruolo del giudice e la sua totale soggezione alla legge. In particolare la Corte sottolinea che “[...] sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan [...] en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos” (p. 9). Tuttavia, la Corte apre alla possibile decisione discrezionale del legislatore: “Admiten, también, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, precisan que, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo –no constitucional– y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno”<sup>96</sup>. Un

<sup>96</sup> Sull’esistenza di un diritto generale all’obiezione di coscienza, si legge: “Concluye el Pleno

diritto all'obiezione di coscienza di rango legislativo, proprio perché esercizio della discrezionalità del legislatore, è possibile, sebbene la sua previsione sarebbe modificabile ed eliminabile.

Il secondo caso è, invece, canadese: *Nichols vs M.J.*, del 17 luglio 2009 (2009 SKQB 299). Il pubblico ufficiale Orville Nichols si rifiuta, sulla base di motivi religiosi, di celebrare il matrimonio in ragione dell'orientamento sessuale dei nubendi. Il Queen's Bench del Saskatchewan sottolinea nella sua decisione che non è possibile lasciare spazio per l'apprezzamento personale del sig. Nichols, mettendo altresì in evidenza come la piena uguaglianza e non discriminazione davanti alla legge debba essere preservata per tutti gli individui, e che un ufficiale governativo deve rispettare pienamente i suoi doveri<sup>97</sup>.

Il terzo caso è piuttosto noto e riguarda la pronuncia del 2013 *Eweida e altri c. Gran Bretagna* della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. In tale pronuncia la Corte ha considerato quattro diversi casi riguardanti ipotesi di discriminazione religiosa, che vedevano coinvolte tre impiegate private ed una impiegata pubblica, professanti un credo religioso: Ms Eweida, Ms Chaplin, Ms Ladele, and Mr. McFarlane. Il caso che maggiormente viene in rilievo è quello di Ms Ladele, impiegata nell'ufficio anagrafe di Islington. Ms Ladele si era rifiutata di "carry out civil partnerships on the ground of the sexual orientation of the parties"<sup>98</sup>. Per la Corte, il caso in esame riguarda un'ipotesi di discriminazione religiosa indiretta, rispetto alla quale si rendeva necessario valutare la legittimità e la proporzionalità della policy che l'aveva prodotta. Dopo il vaglio positivo di entrambi i parametri, la Corte così motiva la sua decisione, non rinvenendo la violazione dell'articolo 14 e dell'articolo 9 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: se da un lato "[t]he Court generally allows the national authorities a wide margin of appreciation when it comes to striking a balance between competing Convention rights", dall'altro "the Court does not consider that the national authorities, that is the local-authority employer which brought the disciplinary proceedings and also the domestic courts which rejected the applicant's discrimination claim, exceeded the margin of appreciation available to them"<sup>99</sup>. Ancora una volta, viene in rilievo in queste parole il principio del margine di apprezzamento che abbiamo ripetutamente richiamato.

Il quarto caso giudiziario è del 2013 e si conclude con la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese del 18 ottobre 2013 n° 2013-353, sulla *question*

---

de la Sala que, en suma, la jurisprudencia constitucional española no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general".

<sup>97</sup> Per una diffusa analisi del caso canadese cfr. R. AHDAR, *Same-Sex Marriage. Exemptions for Celebrants and Religious Freedom*, in W. COLE DURHAM Jr. and D. THAYER (eds), *Religion and Equality: Law in Conflict*, Londra: Routledge, 2016.

<sup>98</sup> Corte europea dei Diritti dell'Uomo, *Eweida and Others v. the United Kingdom Judgment*, in *Report of Judgment and Decisions*, 2013-I, p. 231.

<sup>99</sup> *Ivi*, pp. 260-261.

*prioritaire de constitutionnalité* (QPC) promossa da un gruppo di sindaci per l'assenza nella legge sul *mariage pour tous* (la cosiddetta "loi Taubira") di una clausola di coscienza. La pronuncia della Corte francese richiama quella del *Tribunal Supremo* spagnolo, in termini ancora più netti. Fornendo un servizio pubblico e garantendo l'applicazione della legge, i pubblici ufficiali, i sindaci e i loro vice agiscono in nome dello Stato e il pieno rispetto delle sue leggi è implicito e presupposto allo svolgimento delle funzioni cui sono chiamati. Inoltre, il principio di neutralità del servizio pubblico, ad avviso della Corte, non è conciliabile con il rifiuto dei sindaci di adempiere ad un obbligo giuridico per ragioni filosofiche o religiose<sup>100</sup>. Com'è stato scritto da alcuni commentatori, una possibile soluzione in tal senso sarebbe rappresentata dall'articolo L2122-18 del *Code général des collectivités territoriales*. In esso si prevede la possibilità di delegare le proprie funzioni in caso d'impedimento (*en cas d'empêchement*). Tuttavia, tale norma apre la strada ad un delicato problema di natura interpretativa, ossia se l'espressione "*en cas d'empêchement*" possa riferirsi unicamente alle ipotesi di assenza dovuta a malattie psico-fisiche o anche all'impedimento morale creato dal contrasto fra il servizio al quale il pubblico ufficiale è chiamato e le sue convinzioni etiche<sup>101</sup>.

Il quinto caso proviene dal contesto statunitense e risale all'agosto 2015. Anch'esso, come i casi menzionati in precedenza, ha avuto un certo clamore mediatico, dovuto, in questa circostanza, alla quasi concomitante visita apostolica del Pontefice romano. Si tratta del caso di *Kim Davis*, una cristiana apostolica, pubblica impiegata nella contea di Rowan in Kentucky. Ms Davis aveva richiesto di essere esentata dall'obbligo di consegnare le licenze di matrimonio a tutte le coppie che ne avevano diritto, come ordinato dal governatore del Kentucky dopo la nota sentenza della *Supreme Court* americana *Obergefell vs. Hodges*<sup>102</sup> (che aveva riconosciuto a livello federale il diritto di contrarre matrimonio anche per coppie dello stesso sesso). In questo modo, la signora Davis non si sarebbe vista costretta a consegnare licenze matrimoniali alle coppie omosessuali, rispettando così le sue convinzioni religiose. Secondo i giudici Damon J. Keith, John M. Rogers, and Bernice B. Donald della Court of Appeal for the Sixth Circuit, che hanno rigettato l'appello della donna, "it cannot be defensibly argued that the holder of the Rowan County clerk's office, apart from who personally occupies that office, may decline to act in conformity with the United States

<sup>100</sup> Per un commento ufficiale della pronuncia cfr. il *Commentaire* della decisione.

<sup>101</sup> Su questo punto specifico cfr. M.C. RUSCAZIO, *Riflessioni di diritto comparato e canonico sull'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2015, pp. 13-14.

<sup>102</sup> Per un'analisi filosofica delle differenti fasi nelle quali si è articolato il dibattito americano cfr. G. ZANETTI, *L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Bologna: il Mulino, 2015. Per un fine commento dei profili giuridici cfr. A. SPERTI, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche*, in *Articolo29*, 27 giugno 2015.

Constitution as interpreted by a dispositive holding of the United States Supreme Court"<sup>103</sup>. Di conseguenza, Ms Davis avrebbe dovuto conformarsi a quanto previsto dalla legge, adempiendo agli obblighi ai quali era tenuta: nessuno spazio poteva quindi essere lasciato per l'operatività dell'obiezione di coscienza. Di fronte a questo verdetto, Ms Davis presenta un ricorso di emergenza alla Corte Suprema, la quale rigetta definitivamente la sua doglianza.

Il sesto caso si riferisce al contesto italiano e risale al 2016, anno di approvazione da parte del Parlamento della legge 20 maggio 2016 n. 76: la cosiddetta legge Cirinnà, recante disposizioni sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze. Nel panorama giurisprudenziale tratteggiato sin qui, tale caso rappresenta certamente una peculiarità: non stiamo infatti parlando di una sentenza, bensì del parere fornito dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato nell'adunanza del 15 luglio 2016 (numero affare 01352/2016), il quale è stato chiamato ad esprimersi sul decreto attuativo della legge Cirinnà. In tale parere, il Consiglio di Stato dà specifica attenzione alla questione dell'obiezione di coscienza alle unioni tra persone dello stesso sesso. In termini simili al contesto francese (seppure con toni ben più dimessi che in Oltralpe) anche in Italia si erano levati gli scudi di un gruppo di sindaci, intenzionati, se la legge fosse stata approvata, a rifiutarsi di celebrare unioni tra persone dello stesso sesso in nome del proprio diritto all'obiezione di coscienza. Il Consiglio di Stato, facendo il punto sulla questione e cercando di meglio precisarne contorni e profili, esprime tre precisazioni importanti sull'applicabilità del diritto all'obiezione di coscienza all'ipotesi delle unioni tra persone dello stesso sesso. In primo luogo, la Corte precisa che la previsione di una fattispecie obiettorica a tutela delle "questioni di coscienza" è rimessa alla discrezionalità del legislatore, il quale non ha inteso inserire alcuna clausola di coscienza nel testo della legge 76. Essa quindi non è configurabile nel caso di specie, avendo il Parlamento respinto, in fase di discussione, emendamenti volti ad introdurla. In secondo luogo, "la legge, e correttamente il decreto attuativo oggi in esame, pone gli adempimenti a carico dell' 'ufficiale di stato civile', e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco"<sup>104</sup>. Si tratta quindi di un adempimento gravante su "una ampia categoria di soggetti – quella degli ufficiali di stato civile – proprio per tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell'interesse della coppia richiedente". Da ciò discende per il Consiglio di Stato che, similmente a quanto avviene per i matrimoni eterosessuali nei

---

<sup>103</sup> Questo passaggio della corte è citato in A. LIPTAK, *Supreme Court Says Kentucky Clerk Must Let Gay Couples Marry*, in *New York Times*, 31 August 2015. Cfr. anche, S.M., *The impressive recalcitrance of Kim Davis*, in *The Economist*, 3 September 2015.

<sup>104</sup> Parere della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, numero affare 01352/2016, 15 luglio 2016, p. 9.

quali è già prevista la possibilità per il sindaco di delegare, “il problema della “coscienza individuale” del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione – il che la legge non consentirebbe in alcun caso – il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile”. In altre parole, la Corte sembra ammettere senza particolare difficoltà che in caso di “impedimento di coscienza” delegare è sempre possibile.

Alla luce delle pronunce giurisprudenziali richiamate sin qui, può risultare utile individuare almeno tre approcci interpretativi seguiti dalle Corti rispetto alla protezione della libertà di coscienza di quegli individui, per i quali partecipare a vario titolo ad una unione tra persone dello stesso sesso rappresenta un obbligo insopportabile in coscienza, in osservanza alle norme religiose che ne informano il contenuto.

In primo luogo abbiamo l'*approccio principialista* rappresentato dalle pronunce spagnola, canadese, francese e americana. Le Corti che fanno proprio tale approccio sono molto nette nell'identificare margini di accomodamento assai limitati e un arretramento deciso della libertà di coscienza dei pubblici ufficiali e dei giudici quando è in gioco l'espletamento delle loro funzioni. Da qui segue che la richiesta di esenzione dall'adempimento dei doveri d'ufficio sulla base di ragioni di coscienza religiosamente fondate non può trovare accoglimento, perché il rifiuto opposto a soggetti che esercitano un diritto loro riconosciuto dallo Stato integrerebbe un'ipotesi di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

In secondo luogo abbiamo l'*approccio compromissorio*, che sembra essere fatto proprio dalla sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Com'è stato osservato da Wintemute, la Corte, che è l'organo incaricato di applicare ed interpretare la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, “chose an ambiguous, potentially neutral position: accommodation is not required, but it might be permitted”<sup>105</sup>. La Corte richiama la dottrina del margine di apprezzamento, a dire che essa lascia uno spiraglio aperto per un differente tipo di bilanciamento tra i diritti in gioco<sup>106</sup>. Gli Stati mantengono, infatti, la possibilità, che già si legge in parte nella pronuncia spagnola, di conferire un livello più elevato di protezione alla libertà di coscienza e

---

<sup>105</sup> R. WINTEMUTE, *Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve Others*, in *Modern Law Review*, 77, 2, 2014, pp. 223-253, citato in F. RIZZI, *The Religion versus Sexual Orientation Case: a European Perspective*, a thesis submitted to the School of Law of King's College London for the degree of Master of Philosophy, London, June 2017, pp. 47-48. Vorrei ringraziare Francesco per i suoi suggerimenti e per la nostra discussione su questi temi.

<sup>106</sup> In questi termini Rizzi, il quale osserva che la Corte lascia aperta la possibilità che vi sia “a different balance between the two rights, when national authorities believe public interest is better protected if religious people are allowed to disobey” (F. RIZZI, *The Religion vs Sexual Orientation Case: a European Perspective*, p. 48).

di religione, qualora tale livello si presti a garantire meglio l'interesse pubblico di uno specifico sistema politico.

Infine, abbiamo l'*approccio pragmatico*, rappresentato dal caso italiano. Sebbene la celebrazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, dice il Consiglio di Stato, rientri nei "doveri civici", e che l'obiezione di coscienza come tale non può essere invocata né trovare applicazione, l'impossibilità morale che viene a crearsi in alcuni soggetti può essere superata attraverso lo strumento della delega, in modo da assicurare piena attuazione alla legge. L'accomodamento dell'impedimento di coscienza è quindi sempre possibile, diventando in questo modo di fatto rilevante per lo svolgimento di determinate funzioni pubbliche in occasioni specifiche. Ciò detto, tale approccio condivide con la sentenza spagnola l'apertura a previsioni legislative che riconoscano clausole di coscienza, rimettendole alla discrezionalità del Parlamento. Tuttavia, la soluzione della delega lascia aperta una questione di principio di non poco respiro: cosa accadrebbe se tutti gli ufficiali di stato civile presenti delegassero? Non contravviene tale possibilità riconosciuta con il diritto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile, definito come "fondamentale e assoluto"?<sup>107</sup>.

### 7. *Lo status dei soggetti credenti che ricoprono funzioni pubbliche*

Come ho cercato di mostrare sopra, è possibile fornire plausibili ragioni per concepire il diritto positivo all'obiezione di coscienza come un diritto fondamentale strumentale alla protezione della libertà di coscienza. Se tale diritto può quindi trovare piena cittadinanza nell'architettura dello Stato costituzionale, la questione che rimane aperta è quella di comprenderne i limiti di configurabilità ed applicabilità. In questo senso, è possibile guardare ai casi sopra richiamati attraverso una categoria generale che, nel quadro di una più ampia teoria generale del diritto all'obiezione di coscienza, rappresenta senza dubbio il limite soggettivo più importante<sup>108</sup>: lo *status* dei soggetti coinvolti. Esso è da tenere particolarmente in considerazione nel vaglio degli ambiti di applicazione di tale istituto.

---

<sup>107</sup> Per un'analisi del caso specifico mi permetto di rimandare a M. SAPORITI, *Public Officers and Same-Sex Civil Unions in Italy: An Unsolved Principled Question?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 2017, pp. 604-609.

<sup>108</sup> Seppure non di particolare rilievo nella presente analisi, è utile citare altresì i limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza, articolabili rispettivamente nei principi e doveri inderogabili che un ordinamento pone in capo a tutti i soggetti (per la chiarezza sul punto cfr. anche D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, in particolare il capitolo 2) e nel nesso di causalità che lega l'azione imposta dalla norma di legge e il verificarsi dell'evento non tollerabile in coscienza. Per un'ulteriore analisi in chiave costituzionalistica dell'istituto cfr. F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

Per 'status' intendiamo la posizione occupata da determinati soggetti in relazione al ruolo svolto o alla funzione ricoperta. A ben vedere, lo svolgimento di una funzione pubblica potrebbe implicare un contrasto potenziale o effettivo con le proprie convinzioni e, nella nostra specifica prospettiva di analisi, con le norme religiose a cui un soggetto ha accettato di conformarsi. Alcuni esempi in tal senso sono rappresentati: da un giudice che non si trova nella possibilità di poter decidere un caso specifico per il conflitto di coscienza che viene a crearsi; da un pubblico ufficiale che, per ritornare ai nostri esempi, trova moralmente inaccettabile procedere alla registrazione di un'unione omosessuale alla quale sarebbe tenuto in ragione del suo ufficio; o, ancora, da un insegnante di una scuola pubblica che non trova moralmente accettabile comunicare ai propri alunni contenuti indicati dai programmi ministeriali. In relazione a fattispecie simili, il limite soggettivo dello *status* dei potenziali obiettori intende rispondere alla seguente questione: è possibile per questi soggetti invocare l'esercizio dell'obiezione per questioni inerenti le proprie funzioni, al solo scopo di obbedire alle norme religiose che informano i contenuti della propria coscienza? In senso metaforico e normativamente significativo, tali soggetti rappresentano un cluster di appartenenze: in quanto cittadini, essi "appartengono" alla stessa comunità politica che servono in veste di ufficiali; in quanto pubblici ufficiali, però, essi "appartengono" organicamente (ma non in senso deteriore) allo Stato, del quale garantiscono lo svolgimento di determinate funzioni e la protezione di specifici diritti; in quanto credenti, infine, essi "appartengono" coerentemente e fedelmente alla propria comunità religiosa e rispondono alle norme che ne informano la vita.

Da un punto di vista strettamente teorico-giuridico, è bene mettere in evidenza due questioni preliminari: quali sono i valori ai quali sono chiamati a dare applicazione nello svolgimento delle proprie funzioni? Vi è spazio, in tale esercizio, per personali convinzioni etiche di natura religiosa? In termini hartiani<sup>109</sup>, dovremmo prima di tutto considerare quale sia il loro punto di vista rispetto all'ordinamento giuridico. Il ruolo dei giudici è paradigmatico in tale senso. Come spesso sottolineato<sup>110</sup>, all'interno dello Stato costituzionale di diritto i giudici sono esposti a conflitti morali effettivi o potenziali. Tuttavia, essi sono chiamati ad adempire alle loro funzioni alla luce della tavola di valori contenuti nella Costituzione, alla quale con il loro ufficio danno attuazione. Tali valori delineano, seppure in termini declinabili a seconda del periodo storico e della configurazione della società, quell'idea di giustizia a cui improntare le proprie decisioni. I giudici, quindi, possono certamente mettere in discussione la legittimità costituzionale di una legge sulla base della sua coerenza rispetto ai principi costituzionali: in questo senso, il meccanismo di origine kelseniana del sindacato

---

<sup>109</sup> Cfr. H. HART, *The Concept of Law*.

<sup>110</sup> Cfr. D. PARIS, *op. cit.*, p. 228 e ss.

di costituzionalità<sup>111</sup> può essere anche letto come un meccanismo di vaglio della compatibilità tra una legge e i valori espressi all'interno di una costituzione democratica. Inoltre, questo "test di costituzionalità" è anche e indirettamente un test di compatibilità assiologica di una legge specifica rispetto all'assetto costituzionale globalmente inteso. Tuttavia, in nessun caso è consentito che la personale idea di giustizia di un singolo giudice o collegio possa trovare posto nell'attività giurisdizionale, soprattutto se improntata a criteri e valori incompatibili con la propria funzione<sup>112</sup>. La volontarietà del proprio ruolo, il valore simbolico della propria funzione e la natura democratica del sistema nel quale prestano il loro servizio rappresentano motivi ragionevoli perché non trovino posto obiezioni religiosamente fondate in queste ipotesi. Possiamo sviluppare meglio questo profilo dalla prospettiva che ci viene offerta da un testo complesso e lucido come il suo autore: "Cos'è il positivismo giuridico" di Uberto ScarPELLI.

In questa opera, ScarPELLI presenta un'interpretazione politica del positivismo giuridico, secondo la quale il giurista non è un mero tecnico al servizio di un qualsiasi ordinamento. Diversamente, egli riveste altresì un ruolo politico: nello svolgere la sua professione, egli accetta contestualmente, prende attivamente parte e contribuisce in prima persona al sistema giuridico nel quasi si trova ad operare. Da questo ruolo insieme tecnico ed etico (nella sua componente politica, per usare le categorie del pensiero di ScarPELLI<sup>113</sup>), il giurista è pienamente responsabile sia per le proprie azioni, sia per la configurazione del sistema giuridico nel suo complesso. Possiamo *a fortiori* estendere queste considerazioni ai pubblici ufficiali che non solo non sono meri esecutori, ma sono tenuti in qualche misura alla garanzia dello spazio statale come neutro e terzo rispetto, prima di tutto, alle proprie convinzioni. Essi possono quindi essere in personale disaccordo con specifiche disposizioni giuridiche come agenti morali dotati di convinzioni religiose. Allo stesso tempo, essi sono sempre pienamente responsabili delle proprie azioni professionali sotto il profilo giuridico e morale<sup>114</sup>. Ci si potrebbe chiedere se la condivisione dei valori sui quali uno Stato democratico è fondato non sia la preconditione per l'assunzione (sempre volontaria) di siffatti ruoli.

Anche nel peggiore degli scenari, lo Stato costituzionale di diritto conserva sempre e per ogni soggetto uno spazio per affrontare le conseguenze della pro-

---

<sup>111</sup> Degno di nota il collegamento che Onida istituisce tra *sindacato di costituzionalità* e *giustizia*, affermando che il primo "è proprio lo strumento che il nostro ordinamento riconosce per adeguare la legalità alla giustizia" (*ivi*, p. 369).

<sup>112</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>113</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982.

<sup>114</sup> In questo senso si potrebbe dire che nessuna "scorciatoia alla Eichmann" sia né formulabile né ricevibile. Cfr. H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Londra: Faber and Faber, 1963.

pria coerenza, senza che venga messo in discussione attraverso lo strumento penale il diritto alla vita di ciascuno<sup>115</sup>. I giudici e gli altri pubblici ufficiali possono infatti rassegnare le dimissioni dal proprio ufficio o, disobbedendo sul piano professionale e giuridico, sobbarcarsi le conseguenze della propria condotta, come alcuni dei casi sopra menzionati mostrano. L'obiezione di coscienza sembrerebbe così transitare dalla sfera della normatività positiva (come diritto positivo) all'ambito della rivendicazione morale e religiosa. La loro condotta disobbediente e antiggiuridica sarà allora qualificabile come obiezione solo nella misura in cui si terrà presente il cambio del contesto di giustificazione di tale azione: non più esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, bensì manifestazione vivente di un conflitto morale lacerante per il quale si è pronti ad assumersi tutta la responsabilità della propria coerenza.

In aggiunta allo status, vi è un profilo che merita, seppur succintamente, di essere considerato. Pensiamo ai sistemi nei quali esiste una piena uguaglianza rispetto all'accesso all'istituto matrimoniale, come la Francia, gli Stati Uniti o la Spagna. In essi, ciascuna persona può contrarre matrimonio indipendentemente dal proprio orientamento sessuale. Se tutti i soggetti possono quindi sposarsi senza differenza di sesso e di orientamento, cosa accadrebbe se fosse proprio l'orientamento sessuale dei soggetti a legittimare l'operatività della previsione obiettoria? Verrebbe in rilievo il rispetto del principio di uguaglianza e di non discriminazione<sup>116</sup>, riguardando l'obiezione di coscienza il compimento di una condotta che non è tollerabile per il soggetto in ragione della condotta stessa e non, invece, in relazione alle caratteristiche dei soggetti terzi che ne richiedono la messa in atto. Il caso dell'interruzione della gravidanza è illuminante in tale senso: l'obietto non può prendere parte a nessuna interruzione di gravidanza perché quell'atto è inaccettabile per la sua coscienza, a prescindere dalle caratteristiche personali (colore della pelle, istruzione, nazionalità, stato civile) della donna che la richiede. Diversamente dal caso del matrimonio egualitario, per le unioni civili unicamente omosessuali previste ad esempio nel contesto italiano occorrerebbe valutare se si possano estendere in modo così netto le medesime considerazioni.

La cosiddetta "legge Cirinnà" configura le unioni tra persone dello stesso sesso come un istituto specifico (si legge infatti "specifica formazione sociale", al suo articolo 1), distinguendole, in particolare, dall'istituto del matrimonio. Si è

---

<sup>115</sup> A ben vedere, essa rappresenta una fondamentale differenza rispetto a quanto può avvenire negli Stati illiberali o totalitari, nei quali il mancato rispetto di un obbligo stabilito dal diritto positivo espone l'esistenza stessa del soggetto al pericolo di morte.

<sup>116</sup> Per una lettura del principio di uguaglianza come "limite superiore" nella valutazione dei fenomeni obiettori cfr. D. PARIS, *op. cit.*, p. 206 e ss. Di particolare interesse è il rilievo che l'obiezione, come ha osservato la Corte costituzionale italiana, non si traduca in un "regime di privilegio".

quindi venuta a creare una situazione nella quale l'ordinamento prevede un istituto per i soli soggetti eterosessuali (il matrimonio) ed uno per i soli soggetti omosessuali (le unioni civili). Tali "scatole" diverse per contenuti molto simili, se non ampiamente sovrapponibili, potrebbero davvero legittimare l'operatività dell'obiezione soltanto nel secondo caso? Oppure, proprio in ragione delle specificità dell'istituto (compromissorio) previsto, non rimane alcuna ombra di dubbio sull'impossibilità dell'obiezione, essendo chiara l'indicazione del legislatore circa la necessità di tutelare specificamente i diritti civili di una minoranza?

#### 8. *Possibili bilanciamenti di sovranità: l'apertura di uno spiraglio?*

Dall'analisi sin qui condotta sono emerse le notevoli potenzialità dell'obiezione di coscienza, la quale rappresenta un dispositivo all'interno dello Stato costituzionale per azioni (come diritto) e rivendicazioni (come richiesta) rispondenti a sfere normative con sovranità differente, che trovano entrambe nella coscienza di ognuno il limite ultimo del proprio esercizio. L'obiezione di coscienza può infatti rappresentare uno strumento per armonizzare la normatività religiosa che informa i valori della coscienza di un soggetto con la normatività statale, attraverso la valutazione e la creazione attenta e ponderata di eccezioni. Allo stesso tempo, però, è risultato chiaro come le ragioni della coscienza incontrino nel diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione un principio concretamente operante nel bilanciamento tra diritti umani, al punto da influire sulla protezione del diritto alla libertà di coscienza di individui credenti, investiti di funzioni pubbliche. In altre parole, ho cercato di mostrare come la sovranità ultimativa dei sistemi giuridici democratici si stia progressivamente allineando sulla linea di confine rappresentata dalla garanzia dell'uguaglianza e della non discriminazione di tutti i soggetti, rispetto alla quale non sembrano poter trovare protezione istanze della coscienza che si traducano in azioni moralmente coerenti, ma in aperta contraddizione con principi non negoziabili.

Il mio discorso sembra poter "chiudere il cerchio" rispetto a queste complesse dinamiche. Tuttavia, sarebbe oltremodo ingenuo pensare di essere riusciti in questo scopo, perché l'ambito della normatività giuridica (secolare) e della normatività religiosa si trovano in una relazione di oscillante tensione da lungo tempo. Ciascuna è impegnata ad affermare le proprie ragioni concependosi in termini se non necessariamente antitetici, quantomeno distinti e spesso concorrenti rispetto all'altra. Occorre quindi chiedersi se non possano realmente prodursi strategie di convergenze o di avvicinamento, che portino a sviluppare "alleanze selettive" tra sfere concorrenti di normatività sovrana e contro-sovrana almeno nell'area europea. A tale proposito, vi sono due aspetti che meritano attenzione.

In primo luogo, possono essere prospettate soluzioni pratiche, che, pur lasciando le questioni di principio irrisolte, cercano di trovare una via praticabile. Questo è il caso della delega a proposito delle unioni tra persone dello stesso sesso. Non sorprende particolarmente che tale soluzione sia stata individuata nel contesto italiano, nel quale la presenza istituzionale e sociale della Chiesa Cattolica di Roma è rilevante al punto da aver influenzato e da continuare ad influenzare i dibattiti politici e parlamentari. In altri termini, moltissimo dipende dalla presenza o dall'assenza di specifici riferimenti religioso-axiologici nell'identità di una società o, sebbene l'espressione sia più problematica che indicativa, nell'identità di una Nazione. Ciò è legato, com'è piuttosto evidente, allo status che determinate comunità religiose o istituzioni religiose hanno all'interno della struttura di uno specifico Stato costituzionale di diritto, con sfumature che possono variare sensibilmente, come si è cercato di analizzare nel secondo capitolo. Pensiamo, ad esempio, all'approvazione di una norma che renda lecito il matrimonio poligamico previsto dal diritto islamico. Probabilmente per la sua celebrazione e registrazione potrebbe essere prevista un'ipotesi esplicita di obiezione di coscienza, in ragione della sua difficile compatibilità con le convinzioni monogamiche di matrice cristiana largamente diffuse nel tessuto sociale italiano. Non è lecito escluderla in via di principio, similmente a quanto ha prospettato il Consiglio di Stato nel suo parere per un ambito differente.

In secondo luogo, la dottrina del margine nazionale di apprezzamento elaborata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo può essere letta come il riconoscimento di un cauto margine di sovranità statale in ambiti specifici, tra i quali ben figurano aspetti delicati della tutela della libertà di religione. La considerevole connotazione geografica e nazionale di tale diritto umano è fonte di regimi di protezione differenziati, sebbene in un delicato e lungo processo di armonizzazione. Infatti, qualora un più elevato livello di protezione della libertà di coscienza (nell'accezione di libertà dei soggetti credenti di poter agire in modo conforme alle proprie convinzioni religiose) possa rispondere alla protezione ed implementazione dell'interesse pubblico nazionale, del concetto di "moralità pubblica", oppure, in termini ancora più generali, del concetto di "ordine pubblico", gli Stati mantengono la possibilità di riconoscere eccezioni a norme giuridiche necessarie, ma controverse, andando anche al di là del rispetto del principio di uguaglianza e non discriminazione. In questo modo, la contro-sovrànità della normatività religiosa potrebbe trovare un inaspettato spazio di espressione attraverso la coscienza dei singoli soggetti e la sfera di libertà loro riconosciuta, nella misura in cui l'obiezione di coscienza venga letta come vigenza eccezionale ed individuale di una norma religiosa "accomodabile" con una norma positiva dello Stato.

I dubbi che ho poc'anzi esposto sembrano essere in parte confermati da un recente caso giudiziario svoltosi sull'altra sponda dell'Atlantico. Mi riferisco alla sentenza *Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* della

Corte Suprema americana del 4 giugno 2018<sup>117</sup>, con la quale è stata riconosciuta la possibilità per un pasticcere cristiano (Jack Phillips) di rifiutarsi di realizzare un dolce per la celebrazione delle nozze di una coppia di persone dello stesso sesso. La vicenda risale al 2012 e quindi ad un periodo anteriore al riconoscimento a livello federale del diritto a contrarre matrimonio per le coppie omosessuali prodottosi con la sentenza *Obergefell v. Hodges*. Come rileva Sperti, ribaltando i precedenti gradi di giudizio nei quali si censurava soprattutto l'effetto discriminatorio di tale rifiuto e si destituiva di fondamento la pretesa del "cake artist" di astenersi da quanto richiesto, la Corte Suprema sembra contrapporre, attraverso le parole del giudice Kennedy, da un lato, "il godimento dei diritti civili in termini di eguaglianza"<sup>118</sup>, dall'altro, invece, la libertà religiosa protetta dal primo emendamento della Costituzione repubblicana. Ponendo l'accento soprattutto sulla mancanza di imparzialità da parte della Colorado Civil Rights Commission nei confronti del pasticcere e sulle specificità del caso posto alla propria attenzione, la Corte non scioglie la questione generale relativa alla configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza per chi si trovi in simili circostanze<sup>119</sup>. Il dato che qui più interessa, però, è che nell'approccio casistico seguito dalla Corte si profili un bilanciamento che va proprio nella direzione di apertura sopra rilevata: in tale vicenda si trova infatti riconosciuta la possibilità che la libertà di religione di un soggetto privato nello svolgimento della sua professione e la tutela della sua coscienza religiosamente orientata producano un arretramento rispetto al principio di uguaglianza e di non discriminazione dei soggetti. Questo è un punto di non marginale importanza per comprendere come la protezione della libertà di religione e di coscienza dei soggetti crei dinamiche a tal punto ultimative negli equilibri normativi da mettere in discussione profili attinenti al godimento di diritti fondamentali.

Come esiste un'irriducibilità delle coscienze, così forse esiste una non completa riconducibilità del funzionamento degli ordinamenti democratici ad una logica stringente di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti. Ciò non implica la totale rimessione della loro tutela alle altalenanti vicende politiche o agli

---

<sup>117</sup> Per un'analisi dettagliata del caso e delle vicende che hanno portato alla pronuncia in oggetto cfr. A. SPERTI, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione: la Corte Suprema decide a favore del pasticcere "obiettore"*, in *Articolo 29*, 7 giugno 2018. Ringrazio molto l'autrice per avermi segnalato il suo contributo e per gli spunti di riflessione che ho tratto dalle sue considerazioni.

<sup>118</sup> *Ibidem*. Sperti sottolinea in particolare come "*Masterpiece Cakeshop* appare, quindi, una sentenza ispirata ad un *minimalist approach*, interamente fondata sulle specificità della valutazione del caso concreto operata dalla Civil Rights Commission del Colorado".

<sup>119</sup> Sperti richiama le parole delle giudici dissenzienti su questo punto: "Quando una coppia contatta una pasticceria per un dolce nuziale, il prodotto che richiede è un dolce che celebra il *loro* matrimonio, non un dolce che celebra matrimoni tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso".

orientamenti valoriali dei componenti di una Corte: se così fosse, si dovrebbe ripensare profondamente la stessa categoria dei diritti fondamentali. Diversamente, possiamo leggere la geometria variabile che presiede a tali bilanciamenti nella dialettica tra essere e dover essere, tra stringenza teorica e imprevedibilità applicativa, tra sfere normative differenti i cui reciproci equilibri di forza possono rivelare esiti inaspettati.

CONCLUSIONI

UNA SOVRANITÀ POST-MODERNA DI FRONTE  
A RELIGIONI POST-SECOLARI:  
UNA CONCLUSIONE ESITANTE

Al termine di quest'analisi, nella quale si è cercato di considerare un problema classico con strumenti differenti, potremmo ancora chiederci se sia possibile proporre una tesi sistematica e onnicomprensiva in merito al concetto di sovranità.

Tale dubbio è ben fondato proprio alla luce del percorso seguito in questo lavoro di ricerca. In esso si è guardato alla sovranità non come ad un concetto definito, dai contorni ben delineati e facilmente rintracciabili, bensì come ad una sorta di rompicapo, di delicato esercizio ricostruttivo che chiama in causa i fondamenti del potere, del diritto e dei diritti di ogni individuo. In particolare, dopo aver tratteggiato una breve storia concettuale del rapporto tra sovranità e religioni, l'analisi si è concentrata sul tentativo di fornire una ricostruzione in termini teorico-normativi delle religioni contemporanee e delle loro "espressioni giuridiche", per poi concludersi con un'apertura sulla questione dei diritti umani, in un dialogo non sempre agevole e anzi talvolta conflittuale con le religioni. Proprio nel seguire tale impostazione sono emerse prospettive complementari e spesso contraddittorie, ognuna delle quali, e ne sono ben consapevole, sarebbe stata meritevole di ancor maggiore considerazione ed approfondimento.

Possiamo mettere sinteticamente in evidenza almeno due tesi che, affermatesi nel tempo, tuttora permangono nel dibattito sulla sovranità<sup>1</sup>. La prima postula la *negazione della sovranità*. Secondo tale posizione, non sarebbe più possibile postulare l'esistenza della sovranità statale poiché, nella globalizzata prospettiva contemporanea, lo Stato costituzionale sarebbe metaforicamente imbrigliato tra il livello sovranazionale ed internazionale (dall'alto) e la società civile (dal basso), i cui membri sono titolari di precise prerogative individuali attraverso il regime positivo dei diritti umani. Tale posizione si differenzia dalla critica radicale che Kelsen muove all'"ideologia della sovranità", sebbene condivida con l'ap-

---

<sup>1</sup> Vorrei ringraziare Philippe Portier per avermi suggerito questo approccio dicotomico, stimolandomi ad individuare una "terza via" come ipotesi di lavoro.

proccio kelseniano il medesimo posizionamento teorico. Nella concezione di Kelsen, come abbiamo visto nel corso del secondo capitolo, lo Stato coincide con il suo ordinamento giuridico e la sovranità, come Zolo ha spiegato<sup>2</sup>, è null'altro che l'espressione di una prospettiva "antidemocratica ed imperialistica" sul diritto e sul potere. Il tentativo kelseniano risponde, in sintesi, al rifiuto di qualsiasi entificazione dello Stato che si spinga a distinguerlo dalla sua struttura normativa. Diversamente, la tesi della negazione della sovranità postula una sorta di "rifeudalizzazione" dei sistemi politici e giuridici contemporanei, come osservato da alcuni studiosi<sup>3</sup>. Il processo in atto riproporrebbe, infatti, una versione attualizzata (ovviamente ben differente rispetto ai presupposti di fondo e al contesto d'insieme) di un meccanismo proprio del modello feudale medievale, che si caratterizzava per l'influenza bidirezionale esercitata da parte del Pontefice romano e dell'imperatore (dall'alto) e dei corpi intermedi (dal basso) su quei poteri dai quali avrebbe avuto progressivamente origine la forma di organizzazione statale. Questi i motivi per i quali la prima tesi sembra suggerire uno scenario nel quale non avrebbe più senso parlare di una sovranità schiacciata e svuotata dell'assolutezza che la caratterizzerebbe.

La seconda tesi postula, invece, la *riconfigurazione della sovranità* e non il suo definitivo superamento. Secondo tale posizione sarebbe ancora corretto impiegare l'idea di sovranità statale, poiché gli Stati rimangono incontestabilmente gli attori principali sulla scena internazionale, in virtù di quelle prerogative esclusive e spesso escludenti che definiamo appunto "sovrane". Tale protagonismo dei soggetti statali, però, deve conciliarsi con l'accettazione di etero-limitazioni (differenti rispetto a sovrane auto-limitazioni<sup>4</sup>), consistenti in richieste promananti

<sup>2</sup>D. ZOLO, *Sovranità*.

<sup>3</sup>Per un'analisi incentrata sul contesto giapponese, ma con osservazioni di portata più ampia sul mutamento e gli sviluppi del concetto cfr. K. KADO, *Révisiter la notion de souveraineté*, in *Droits*, 1, 53, 2011, pp. 215-240.

<sup>4</sup>Limitazioni, cioè, che rispondono a quella logica che Jellinek esprimeva nei termini di una "competenza delle competenze" dello Stato, ossia decidere se e come vincolarsi. In particolare, in Jellinek è assente l'idea di una sovranità illimitata, assoluta ed incondizionata, bensì essa si eprime in questa capacità autolimitante e autoobbligante dello Stato: "*Souveränität ist demnach die Eigenschaft eines Staates, kraft welcher er nur durch eigenen Willen rechtlich gebunden werden kann*" (G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienna: Hölder, 1882, p. 34). Più specificamente, nel quattordicesimo capitolo della sua *Allgemeine Staatslehre* (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1914), tr. fr., *L'État moderne et son droit*, II vol, Parigi: Giard et Brière, 1913, mia traduzione), il giurista tedesco definisce la sovranità "non potere senza limite, ma capacità di autodeterminarsi in modo esclusivo" (p. 135), similmente all'autodeterminazione degli individui in materia morale. La sovranità rappresenta quindi "la caratteristica del potere politico in virtù della quale tale potere ha la capacità esclusiva di determinarsi e di autovincolarsi da un punto di vista giuridico" (p. 136). Ciò ha inevitabili ripercussioni sul modo d'intendere il rapporto tra Stato e diritto internazionale: esso esiste "per gli Stati e non gli Stati per il diritto internazionale" (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1914), tr. fr., *L'État moderne et son droit*, I vol, Parigi: Giard et Brière,

dal sistema giuridico internazionale, la cui sottoscrizione rappresenta una sorta di *condicio sine qua non* per l'appartenenza alla comunità internazionale stessa. Queste richieste concernono in special modo il rispetto e la protezione dei diritti umani, quali diritti positivizzati e validi per ogni soggetto. In altri termini, le posizioni ascrivibili a questa seconda tesi sembrano concordi nel ritenere che lo Stato, all'interno della nuova configurazione dell'ordinamento giuridico internazionale, possa delegare potere e autorità, mantenendo al contempo la propria sovranità e un diritto di "penultima parola" soltanto in ambiti specifici. In tal senso, l'ordinamento internazionale stesso si porrebbe in termini non anti-vestfaliani, bensì meta-vestfaliani, andando al di là dei particolarismi territoriali dei poteri sovrani, senza, tuttavia, porli nel nulla.

Oltre alle due tesi appena poste in evidenza, è possibile individuare una terza tesi, che in una certa misura attinge alle due precedenti e trova la sua sintesi nel concetto di *sovranità post-moderna*<sup>5</sup>. Questa espressione intende rendere conto di due opposte tendenze: da un lato, l'*impossibilità* di elaborare una posizione univoca e unificante in merito all'idea di sovranità<sup>6</sup> che sia tesa a negarla o a riaffermarla in modo definitivo; dall'altro, la *possibilità*, al contrario, di concepire differenti definizioni e narrative di questo concetto, legate alla prospettiva di analisi che viene assunta. Questa terza tesi intende così valorizzare un elemento centrale che caratterizza la post-modernità, con i suoi contorni fluidi, ambivalenti e incerti: quel processo che Lyotard definisce di "déclin de la puissance unificatrice et légitimante des grands récits de la spéculation et de l'émancipation"<sup>7</sup> coinvolge infatti in modo profondo anche il rompicapo della sovranità. Questa tesi piuttosto ambivalente e per molti versi sfuggente permette di riconsiderare criticamente molti dei temi trattati. Nell'età dei diritti umani, la relazione tra ordinamenti giuridici statali e religioni, e tra i rispettivi sistemi normativi, è infatti contrassegnata da elementi assai eterogenei, tutti potenzialmente riconducibili a tre differenti e contemporanei processi: il *processo di superamento*, il *processo di riconfigurazione* e il *processo di piena riaffermazione* della sovranità statale. In tale prospettiva, il regime positivo dei diritti umani rappresenta la cornice ideale per comprendere irriducibili ambivalenze, senza sottovalutare il

---

1913, p. 562, mia traduzione), i quali costituiscono una comunità "anarchica", perché promanante "da un' autorità senza *imperium*" (p. 564).

<sup>5</sup> Possiamo certamente ricollegare questa forma di sovranità alla nozione di *État post-moderne* del quale parla Chevallier, uno Stato che risulta privo di una "essence stable et prédéfinie", e presenta "des potentialités diverses, passablement contradictoires" (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux: Luxtenso, 2017, p. 20).

<sup>6</sup> Su questo punto afferma Zaum "[b]ecause of the apparent complexity of sovereignty, it is difficult to provide a definition that is sufficiently broad to encompass all its different meanings, yet specific enough to be analytically useful" (D. ZAUM, *The Sovereignty Paradox*, p. 28).

<sup>7</sup> J-F. LYOTARD, *La Condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris: Les Editions de Minuit, 1979, p. 63.

ruolo che le religioni post-secolari ricoprono, quali interlocutori emblematici di sovranità frammentate e polimorfe<sup>8</sup>, che si definiscono attraverso e sperimentano esse stesse continue contraddizioni. Proviamo, quindi, a considerare ciascuno dei processi appena menzionati.

Con riferimento ai *processi di superamento e di riconfigurazione* della sovranità, è piuttosto evidente che essi rappresentino due facce della stessa medaglia. Alla luce del tentativo di decostruzione del concetto di sovranità proposto nel secondo capitolo, le prerogative normative sovrane dello Stato verso le religioni e le comunità religiose sono state distribuite su tre livelli: il livello istituzionale, il livello individuale e il livello personale. In riferimento ad essi, se consideriamo l'area europea, è possibile individuare espressioni di una sovranità limitata e riconfigurata soprattutto relativamente al livello individuale, il quale fissa per lo Stato il *dovere* di riconoscere il diritto alla libertà di religione individuale e collettiva, ma al contempo fissa anche il *diritto* per lo Stato di regolarne le modalità di tutela, mantenendo entro certi limiti il proprio margine di apprezzamento sovrano. Con riferimento al *processo di piena riaffermazione* del concetto di sovranità statale, invece, è possibile trovarne espressione nel contesto europeo in relazione al livello istituzionale (riguardante “la posizione” occupata dalla religione all'interno dell'architettura costituzionale di un Paese) e al livello personale (riguardante, invece, la prerogativa sovrana dello Stato di identificare la soglia del giuridicamente significativo in ogni fase di sviluppo della vita umana) di esercizio delle prerogative sovrane verso le religioni. Inoltre, l'analisi del diritto umano alla libertà di coscienza proposta nel terzo capitolo ha evidenziato l'attualità di tale processo attraverso l'esame di un fenomeno che, seppur certamen-

---

<sup>8</sup> Come Portier e Ramel osservano a proposito della distinzione di Beck tra una prima e una seconda modernità, “le monde contemporain, ancré dans une phase plus hésitante de la modernité (les auteurs parlent d’ultramodernité ou de ‘postmodernité’), nous confronte à une situation bien plus hybride qui voit le politique quitter son statut d’instance surplombante, pour se construire dans l’interaction avec des forces religieuses autonomes et, souvent, déterritorialisées”. In particolare, stiamo assistendo ad una politicizzazione del religioso a due livelli: “D’une part, un phénomène de “déterritorialisation”. La première modernité avait assigné le religieux à résidence nationale, en tentant, comme l’indique la formule *cujus regio, ejus religio*, de rapporter l’espace politique à une appartenance religieuse unifiée (quoique subordonnée au pouvoir gouvernemental). La deuxième modernité introduit un système plus fluide, fondé sur la pluralisation et la transnationalisation des appartenances, elles-mêmes liées à l’organisation du religieux en réseaux globalisés. D’autre part, un phénomène de ‘déconfessionnalisation’. La première modernité a voulu réduire le religieux à sa dimension culturelle, en lui ôtant la position d’englobement qui la caractérisait dans les époques antérieures. Le pouvoir gouvernemental pouvait certes lui donner une dimension publique: il s’agissait d’abord de l’engager, à titre d’auxiliaire, au service des disciplines étatiques. La deuxième modernité se situe dans un autre cadre: elle confronte l’observateur à un religieux affirmant sa dimension publique, au point de vouloir reconfigurer l’ordre social à partir de ses propres normes” (P. PORTIER, F. RAMEL, *Introduction— Le croyant, le combattant, le savant: réévaluer la place des religions dans les relations internationales*, in *Le Champs de Mars*, dossier *Religieux et recherche stratégique*, 26, 2015, pp. 13-14; 15-16).

te non nuovo e assai risalente, acquista nella post-modernità fattezze e significati inediti: il contrasto tra la sovranità espressa dalla norma statale e la contro-sovranità della norma religiosa. Ciò che rende tale fenomeno differente rispetto al tradizionale contrasto tra obbligo giuridico e imperativi della coscienza è la previsione di un istituto giuridico, l'obiezione di coscienza, che rappresenta in sé una sorta di paradosso normativo, un tentativo di conciliazione di posizioni apparentemente inconciliabili, la cui operatività e applicabilità in termini giuridici è pienamente rimessa alla scelta (discrezionale) sovrana. Infatti, l'obiezione di coscienza può essere vista come il riconoscimento sovrano di un pluralismo normativo<sup>9</sup>, nell'ambito del quale l'importanza di alcune norme morali e religiose è tale rispetto all'adempimento di obblighi giuridici da giustificare il riconoscimento di forme di esenzione. Nel fare ciò, l'ordinamento giuridico statale riconosce indirettamente i potenziali effetti vincolanti delle norme religiose sui cittadini, giustificando la permanenza di violazioni giuridicamente protette. A ben vedere, però, come ha posto in evidenza il caso dei credenti che ricoprono funzioni o ruoli pubblici, quando determinate religioni reclamano la loro "sovranità ultimativa" sulla coscienza dei propri fedeli, lo Stato costituzionale di diritto contemporaneo può riaffermare con cogenza la non negoziabilità di determinate regole e principi, sanzionando chi da essi si discosta.

Oltre che con riferimento alla post-modernità, come dimensione della contraddizione non risolta, è altresì possibile riconsiderare criticamente l'intero lavoro di ricerca guardando alla forza performativa del diritto e, in particolare, alla performatività esercitata dal regime internazionale dei diritti umani. Più specificamente, è possibile individuare una triplice direzione nella quale si esprime tale performatività nel corso dell'analisi presentata.

La prima direzione riguarda la stessa configurazione concettuale della sovranità. Il regime internazionale dei diritti umani provvede a porre limitazioni stringenti all'esercizio di prerogative sovrane. Ma potremmo osare di più, aprendo nuovi scenari. Proprio muovendo dall'intuizione di Raz, vorrei tratteggiare una tesi ancora più radicale, che mi propongo di sviluppare diffusamente nelle mie successive ricerche<sup>10</sup>: i diritti umani possono essere letti non tanto come limiti alla sovranità degli Stati, ma come fondamento di tale sovranità<sup>11</sup>. In altre paro-

---

<sup>9</sup>Per una riflessione sul rapporto tra neutralità, liberalismo e pluralismo cfr. C. DEL BÒ, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Pisa: Eds, 2014.

<sup>10</sup>Vorrei esprimere un ringraziamento ad Alessandro Ferrari per avermi suggerito l'imprescindibile punto di partenza (interno) per sviluppare questa idea, con riferimento agli articoli 2 e 3 della Costituzione italiana e per avermi fatto riflettere nuovamente su alcune questioni centrali in seno al liberalismo contemporaneo.

<sup>11</sup>Ho cercato di sviluppare questo particolare approccio alla sovranità nell'ambito della *Résidence de recherche "Penser l'Europe" 2018*, organizzata dal Collège International de philosophie de Paris e dalla Maison Heinrich Heine – Fondation de l'Allemagne, alla cui conclusione ho presen-

le, il periodo successivo al Secondo Conflitto Mondiale sembra sollevare questioni assai delicate di natura politica e giuridica: perché il concetto tradizionale di sovranità viene ancor oggi riferito ai soggetti statali? O in termini più generali, qual è lo scopo ultimo di quella struttura giuridica e politica che chiamiamo Stato? In sintesi, perché lo Stato rimane necessario? Si potrebbe rispondere affermando che la protezione e l'implementazione dei diritti inviolabili di tutti gli individui rappresenta non solo il compito ultimo dello Stato, come avveniva con la protezione (negativa o positiva) delle libertà dei cittadini e della sicurezza delle comunità politiche in altre epoche storiche. Piuttosto, sembra esservi una logica diversa, inespressa o latente, e ben più radicale: l'effetto performativo dei diritti umani rispetto alla riconfigurazione della sovranità è a tal punto profondo che le prerogative seppur non più assolute ed incondizionate degli Stati si fondano proprio su tali diritti. Al particolarismo e all'egoismo dei diritti nazionali pensati per i propri cittadini, si sostituisce una diversa e dirompente logica che fa dei diritti umani il fondamento della permanenza di prerogative sovrane in capo agli Stati, senza che esse vengano trasferite alla sola comunità internazionale. Ben diceva Ferrajoli quando individuava in tali diritti e nel divieto generalizzato dell'uso della forza due pilastri del sistema del 1945. Ma l'esito al quale egli perveniva era una condanna senza appello dell'idea o forse dovremmo dire dell'ideologia della sovranità. In realtà, ci troviamo di fronte alla possibilità di utilizzare costruttivamente lo stesso concetto con un significato radicalmente mutato rispetto al modello vestfaliano. Fondare la sovranità statale sui diritti umani equivale, allora, a darne una lettura nuova alla luce dell'ordinamento giuridico internazionale positivizzato dalla Carta del 1945, consapevoli che si utilizza lo stesso *nomen* (sovranità) per indicare in epoche differenti concetti profondamente differenti.

La seconda direzione della forza performativa dei diritti umani riguarda il rapporto tra ordinamenti normativi statali e religiosi. I diritti umani, quali diritti positivi aventi protezione giurisdizionale, dispiegano la propria influenza anche sulle religioni e sui loro sistemi normativi. Durante questa ricerca, ho ripetutamente sottolineato l'importanza di una riconsiderazione attenta e critica del pluralismo giuridico, al fine di comprendere la complessità e il policentrismo normativo che caratterizza la nostra contemporaneità. In particolare, ho cercato di mettere in evidenza la pensabilità degli individui come "cluster normativi" all'interno delle nostre società multiculturali, con l'importante precisazione che la normatività religiosa non rappresenta una sfera normativa tra tante, bensì essa si caratterizza per un riferimento ad una dimensione ultimativa dell'esperienza umana<sup>12</sup>. Per capirne la reale portata, occorre mettere in relazione quest'ultima

---

tato una relazione dal titolo: "*L'Europe des droits fondamentaux à l'épreuve du "limes" de ses États*" (in corso di pubblicazione).

<sup>12</sup> Sulla specificità delle credenze religiose e sulla normatività religiosa cfr: B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*

affermazione proprio con i diritti umani e con la loro protezione. Nel terzo capitolo è stata rielaborata l'idea di Raz dell'“empowerment of ordinary people”, mostrando come esso vada inteso, ai fini della nostra analisi, come attribuzione anche a soggetti religiosi (negli stessi termini e con le stesse modalità dei soggetti non religiosi) della facoltà di impegnarsi politicamente e giuridicamente nella protezione ed implementazione di tali diritti, contro ogni possibile decisione sovrana degli Stati. Tale “empowerment” prodotto dal regime dei diritti umani si è accompagnato all'emersione del “religioso” attraverso i singoli credenti e le loro comunità, quali parti sempre più *engagées* delle nostre società multiculturali. Ed è proprio all'interno di tali società, caratterizzate dalla presenza d'individui portatori dei più disparati orizzonti trascendenti, che abbiamo distinto tre possibili livelli d'impegno delle religioni in favore dei diritti umani: il livello politico, il livello fondazionale ed il livello ermeneutico. Quest'ultimo ha particolare rilevanza normativa, poiché si esprime attraverso la proposta d'interpretazioni religiosamente orientate dei diritti umani elaborate in seno alle comunità e alle istituzioni religiose. In questo modo, essendo tali diritti “al di là” del discorso fondazionale, ma essendo aperti a differenti e possibili fondamenti, i diritti umani stanno permeando progressivamente il linguaggio delle più diverse fedi e i loro discorsi in chiave normativa, dando anche luogo a problematici contrasti tra interpretazioni secolari e religiose dei medesimi diritti umani, ma altresì a produttive convergenze.

La terza direzione nella quale si esprime la performatività dei diritti umani riguarda, infine, la relazione tra Stato e religioni. Dando per presupposta la presa d'atto della forte eterogeneità a livello geografico in merito a tali questioni, con enormi differenze culturali e politiche circa l'estensione della libertà di religione, una certa omogeneità sembra contraddistinguere il contesto europeo, permettendo l'identificazione di un effetto performativo biunivoco dello Stato verso le religioni e delle religioni verso lo Stato. Da un lato, come sostenuto nel corso del secondo capitolo, il diritto umano alla libertà di religione, con i rispettivi controlli giurisdizionali che presiedono alla sua tutela, definisce una cornice all'interno della quale gli Stati sono tenuti a riconoscere una sfera di libertà alle comunità religiose, o, con un'espressione già richiamata, una “internal sphere sovereignty” alle religioni. In altre parole, questa prima direzione del meccanismo performativo è funzionale a cogliere il ruolo degli Stati nel legittimare le funzioni normative delle comunità religiose per i propri membri e, su un piano pragmatico, la rilevanza potenziale o effettiva della legge religiosa nella vita dei soggetti. Dall'altro lato, le comunità ed istituzioni religiose stesse sono tenute a rispettare i diritti umani fondamentali dei soggetti all'interno del perimetro della propria autonomia. Questa è la ragione per la quale le religioni o le comunità religiose possono ritenersi responsabili per le loro “azioni sovrane interne” non solo davanti ai loro appartenenti, ma anche agli Stati che rimangono i primi guardiani del rispetto degli individui nell'ipotesi in cui le religioni eccedano (anch'esse) un certo margine di di-

screzionalità, ponendo in essere violazioni dei diritti umani e dei principi costituzionali fondamentali in un determinato ordinamento. In termini differenti, questa seconda direzione del meccanismo performativo che collega Stati e religioni è funzionale ad identificare il ruolo che le religioni possono rivestire nel garantire un adeguato livello di rispetto sia dei diritti umani, sia dei principi costituzionali di un ordinamento all'interno della propria sfera d'azione.

In conclusione, le considerazioni esposte sin qui potrebbero supportare un'ipotesi piuttosto interessante e contraria rispetto alla stessa definizione di post-modernità di Lyotard che abbiamo richiamato in apertura: è ancora possibile sviluppare grandi narrative grazie alle religioni contemporanee e ai diritti umani? È corretto pervenire all'idea che la post-modernità conservi, quindi, un margine di unità nella sua configurazione frammentaria?

Focalizziamoci in prima battuta sui diritti umani. A prescindere dalle contraddizioni che sta sperimentando la sovranità statale, il regime giuridico dei diritti umani sembra rispondere all'intento di garantire effettivamente a ciascun essere umano il rispetto di un certo nucleo fondamentale di diritti. Dopo le atrocità della prima metà del secolo scorso, la narrativa dei diritti umani sembra dipingere, non senza una certa retorica, un'umanità rinata e riunita, che si è dotata di un rinnovato sistema politico internazionale nel tentativo di evitare la guerra, costruendo una "pace attraverso il diritto", per citare Kelsen. Ciò detto, è corretto affermare che i diritti umani forniscono una grande narrativa post-moderna per tutta l'umanità? A ben vedere, dobbiamo rispondere negativamente a tale domanda poiché tali diritti incarnano *par excellence* una contraddizione post-moderna. L'approccio normativo mostra infatti come i diritti umani si connotino per il carattere spesso meramente formale, geograficamente eterogeneo e sostanzialmente disarmato, mancando di meccanismi sanzionatori che prescindano realmente dagli Stati: essi sono e rimangono, nel senso deteriore arendtiano, diritti a base sovrana. È innegabile che come diritti internazionali positivi essi rappresentino una rivoluzione e un punto di svolta nel mondo del dover essere. Tuttavia, non si può tacere che la loro stessa struttura normativa è fonte di una costante tensione tra le rivendicazioni centrifughe e sovrane degli Stati e i tentativi di predisporre un meccanismo unitario internazionale di protezione e controllo. La grande narrativa dei diritti umani quali categoria epistemologica centrale per comprendere il diritto e la politica contemporanei corrisponde piuttosto ad un quadro normativo frammentario, nel quale la sovranità viene negata e affermata, sconfessata e riconfermata con durezza.

Consideriamo, quindi, le religioni e la loro capacità di fornire narrative esauritive e quindi alternative alla post-modernità. Risulta oltremodo evidente che la loro complessa, eterogenea e sfaccettata natura rende difficoltoso trovare una prospettiva adeguata per trattarle unitariamente senza deformare i contenuti e le peculiarità di ciascuna. Almeno le religioni "costituenti"<sup>13</sup> sono state capaci di

---

<sup>13</sup> Cfr. A. FERRARI, *Religions, Secularity and Democracy in Europe: for a New Kelsenian Pact*.

rinunciare ad affermare verità universali e mutuamente escludenti, e di contribuire al dibattito dei diritti umani, fornendo narrative complementari di un progetto umano comune all'interno delle loro cornici trascendenti. Possiamo descrivere tale processo con alcuni argomenti forniti da Taylor. Secondo il filosofo canadese, la prima area di tensione nello sviluppo della cultura moderna è precisamente "the agreement on moral standards" nonché "the division concerning constitutive goods"<sup>14</sup>. Ereditando tali tensioni, potremmo quasi affermare che la post-modernità fa procedere parallelamente l'accordo su determinati standard giuridici (diritti umani) al di là del loro fondamento morale. In tale scenario, le religioni hanno grande consapevolezza dell'impossibilità di poter formulare "a publicly accessible cosmic order of meanings"<sup>15</sup> per l'intera umanità. Ciononostante, esse tentano di esprimere la propria narrativa veritativa delle cose, fornendo in questo modo "strong sources" per "high [moral] standards"<sup>16</sup>. Ed è proprio tenendo presente ciò che si può comprendere come i "processi di sacralizzazione"<sup>17</sup>, per usare un'espressione di Firolamo, dei diritti umani contemporanei non rappresentano un cammino isolato. Focalizzandosi su una categoria pienamente comprensibile anche in termini secolari (i diritti umani) per la costruzione di un nuovo e durevole ordine mondiale, le religioni post-secolari sono impegnate in un processo di parallela canalizzazione delle proprie universalistiche e ultimative pretese, "in bilico tra modernità e post-modernità"<sup>18</sup>.

È pur vero che la religione "n'a plus la puissance de configuration normative que les périodes antérieures lui reconnaissaient"<sup>19</sup>. Tuttavia, le religioni stanno anche mostrando capacità narrative strategiche, potenzialità fluide e un dinamismo normativo di cui gli Stati e l'intero ordinamento internazionale potrebbero grandemente beneficiare, quantomeno per poter riflettere sulla crescente disillusione per i fragili diritti umani. Tocca agli Stati il compito di volgere al meglio tale chance preziosa declinando in modo virtuoso il pluralismo caratterizzante la loro configurazione contemporanea; spetta alle religioni, invece, l'impegno a contribuire pacificamente e costruttivamente a queste epocali riconfigurazioni normative, ripensandosi proprio a partire dalla categoria dei diritti di ogni individuo, che nel legittimare e garantire la loro esistenza mette al contempo alla prova la tenuta e la compatibilità dei loro sistemi normativi.

---

<sup>14</sup> C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 498.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 512.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 516.

<sup>17</sup> Cfr. G. FILORAMO, *Le vie del sacro*, Torino: Einaudi, 1994. In particolare, lo storico italiano della Cristianità mette in evidenza il processo di divisione tra religioso e "sacro" come peculiarità dell'epoca post-moderna.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 16.

<sup>19</sup> P. PORTIER, F. RAMEL, *op. cit.*, p. 12.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Souveraineté et territoire (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, in *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2, aprile-giugno, 2014, pp. 305-467.
- AALBERTS T.E., *Constructing Sovereignty between Politics and Law*, Londra: Routledge, 2012.
- AHDAR R., *Same-Sex Marriage. Exemptions for Celebrants and Religious Freedom*, in W. COLE DURHAM Jr., D. THAYER (eds), *Religion and Equality: Law in Conflict*, Londra: Routledge, 2016.
- AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi, 1995.
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- AMESBURY R., *Inter-Religious Declarations on Human Rights: Grounding Rights or Constructing 'Religion'?*, in *Religion & Human Rights*, 5, 1, 2010, pp. 43-64.
- ANGOULVENT A.L., *Hobbes ou la crise de l'État baroque*, Parigi: Presses Universitaires de France, 1992.
- ARENDT H., *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Londra: Faber and Faber, 1963.
- ARENDT H., *Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in ID., *The Origins of Totalitarianism* (1948), tr. it. *Le origini del totalitarismo*, Torino: Einaudi, 2009.
- ASCH R.G., *Sacral Kingship between Disenchantment and Re-Enchantment. The French and English Monarchies 1587-1688*, New York-Oxford: Berghahn, 2014.
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), edited by W.E. Rumble, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BALIBAR E., *Nous citoyens d'Europe?* (2001), tr. it., *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo Stato, il popolo*, Roma: Manifestolibri, 2004.
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino: Giappichelli, 2005.
- BARTELSON J., *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BAUBEROT J., *Les 7 laïcités françaises*, Parigi: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2015.
- BEAUD O., *La puissance de l'État*, Parigi: Presses Universitaires de France, 1994.
- BEAULAC S., *The Power of Language in the Making of International Law: the Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- BELLARMY A., *Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, Cambridge: Polity, 2009.
- BERMAN H.J., *Law and Revolution. The Impact of the Protestant Reformations on Western Legal Tradition*, Cambridge (Ma)-Londra: Harvard University Press, 2003.

- BESSON S., *Human Rights and Constitutional Law*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- BIANCHIN L., *Diritto, teologia e politica nella prima età moderna: Johannes Althusius (1563-1638)*, Foligno: il Formichiere, 2017.
- BOBBIO N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna: il Mulino, 1979.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1993.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti* (1990), Torino: Einaudi, 1997.
- BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto* (1970), a cura di T. GRECO, Torino: Giappichelli, 2012.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari: Laterza, 2018.
- BODIN J., *Lex Six Livres de la République* (1576), Parigi: Fayard, 1989.
- BODIN J., *I sei libri dello Stato*, a cura di M. ISNARDI PARENTE, Torino: Utet, 1964.
- BORSELLINO P., *L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 62, 1985, pp. 3-39.
- BORSELLINO P., *La laicità secondo il punto di vista laico*, in *Le sfide della laicità, Studi di teologia*, 36, 2006, IFED (Istituto di formazione evangelica e documentazione, Padova).
- BORSELLINO P., *Diritto positivo e diritto naturale. Le origini e gli sviluppi*, in A. BONOMI, N. PASINI, S. BERTOLINO (a cura di), *Struttura della società. Valori e politica*, Torino: UTET, 2010.
- BORSELLINO P., *Ateismo "costruttivo" e società laica. A proposito di "Senza Dio" di Eugenio Lecaldano*, in *IRIDE*, 3, 2016, pp. 661-670.
- BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Cortina, 2018.
- BOUREAU A., *La Religion de l'État. La construction de la République étatique dans les discours théologiques de l'occident médiéval (1250-1350)*, Parigi: Les Belles Lettres, 2006.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di M. Carpitella, G. Preterossi, Roma-Bari: Laterza, 2007.
- BRAGUE R., *Sur la religion*, Parigi: Flammarion, 2018.
- BUCHANAN A., *Justice, Legitimacy and Self-determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BUCHANAN A., *Why International Legal Human Rights*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- BUTLER J., SPIVAK G.C., *Who Sings the Nation-State* (2007), tr. it., *Che fine ha fatto lo stato-nazione*, Roma: Moltemi, 2009.
- CALDERINI L., *La "Politica" di Althusius: tra rappresentanza e diritto di resistenza*, Milano: Franco Angeli, 1995.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli: Jovene, 2007.
- CARLSON J.D., OWENS E.C. (eds), *The Sacred Sovereign. Religion and International Politics*, Washington: Georgetown University Press, 2003.
- CARRINO A., *Logistic Normativism: the Wiener Rechtstheoretische Schule*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, Londra: Springer, 2016.

- CASSESE A., *International Law in a Divided World*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- CASSESE A., *A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights*, in ID. (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- CHETAU V., HAGGENMACHER P. (eds), *Vattel's International Law from a XXI<sup>st</sup> Century Perspective / Le Droit International de Vattel vu du XXI<sup>e</sup> Siècle*, Brill: Boston, 2011.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux: Luxtenso, 2017.
- CHIASSONI P., *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 9, 2009, pp. 65-89.
- CHIASSONI P., *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di POLITEIA*, 101, 2011, pp. 36-54.
- COHEN J.L., *Sovereignty in the Context of Globalization: a Constitutional Pluralist Perspective*, in S. BESSON, J. TASIOLAS (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- COLE A., VANCE SMITH D. (eds), *The Legitimacy of the Middle Ages: on the Unwritten History of Theory*, Durham: Duke University Press, 2010.
- CONDORELLI L., CASSESE A., *Is Leviathan Still Holding Sway over International Dealings?*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- CONTE A.G., *Ordinamento giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino: UTET, 1965.
- CORTESE E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma: Bulzoni, 1966.
- COSI G., *Saggio sulla disobbedienza civile: storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano: Giuffrè, 1984.
- D'AGOSTINO F., *Diritto naturale*, in E. BERTI, G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, Roma: Ave, 1993.
- D'AVACK P.A., *I rapporti tra Stato e Chiesa*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze: G. Barbera Editore, 1950.
- DE MONTAIGNE M., *Les Essais. Texte du manuscrit de Bordeaux*, Parigi: Louis Connard, 1927.
- DE VITORIA F., *De potestate civili*, in L.G. ALONSO GETINO (a cura di), *Relecciones Teológicas*, Madrid: La Raza, 1934.
- DE VITORIA F., *De indis recenter inventis relectio prior (1539)*, in E. NYS (ed.), *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, New York: Oceana Publications, 1964.
- DEL BÒ C., *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Pisa: Eds, 2014.
- DELECROIX V., *Apocalypse du politique*, Parigi: Desclée de Brouwer, 2016.
- DELMAS-MARTY M., *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit 1*, Parigi: Seuil, 2004.

- DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les Forces imaginantes du droit 2*, Parigi: Seuil, 2006.
- DOBBELAERE K., PÉREZ-AGOTE A. (eds), *The Intimate. Polity and the Catholic Church*, Leuven: Leuven University Press, 2015.
- DUMONT L., *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Parigi: Seuil, 1987.
- DUMOUCHEL P., *La religion comme problème politique*, in A. CAILLE (sous la direction de), *Qu'est-ce que le religieux?*, Parigi: La Découverte, 2012.
- DUPUY P.-M., *Unité d'application du droit international à l'échelle globale et responsabilité des juges*, in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2, 2007, pp. 27.
- DUPUY P.-M., *Conclusion: Return to the Legal Status of NGOs and to the Methodological Problems which Arise from the Legal Scholarship*, in P.M. DUPUY, L. VIERUCCI (eds), *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2008.
- DWORKIN R., *Law's Empire*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 1986.
- ELDEN S., *The Birth of Territory*, Chicago, Londra: The University of Chicago Press, 2013.
- ELEFTHERIADIS P., *Law and Sovereignty*, Legal Research Paper Series, University of Oxford, paper n. 42/2009.
- ELSHTAIN J.B., *Sovereignty: God, State, and Self*, New York: Basic Books, 2008.
- EMON A.M., LEVERING M., NOVAK D., *Natural Law. A Jewish, Christian and Islamic Trialogue*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ENDICOTT T., *The Logic of Freedom and Power*, in S. BESSON, J. TASIOLAS (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ESPOSITO R., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino: Einaudi, 2013.
- FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari: Laterza, 2008.
- FASSBENDER B., *Sovereignty and Constitutionalism in International Law*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Portland: Hart Publishing, 2003.
- FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno*, in M. BASCIU (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano: Giuffrè, 1996.
- FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari: Laterza, 1997.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. 1. Teoria del diritto. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari: Laterza, 2007.
- FERRAJOLI L., *La logica del diritto. Dieci aporie nella logica di Hans Kelsen*, Roma-Bari: Laterza, 2016.
- FERRARI A., *Religions, Secularity and Democracy in Europe: for a New Kelsenian Pact*, Jean Monnet Working Paper 03/05, New York School of Law, <http://www.jeanmonnet-program.org/archive/papers/05/050301.pdf>.
- FERRARI A., *La libertà di religione in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma: Carocci, 2013.
- FERRARI A., *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014.

- FERRARI D., *La libertà di coscienza nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Lecce: Libellula Edizioni, 2015.
- FERRARI S., *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna: il Mulino, 2002.
- FERRARI S., *Religioni, diritto, comparazione*, in S. FERRARI, G. MORI (a cura di), *Religioni, diritti, comparazione*, Brescia: Morcelliana, 2003.
- FERRARI S., *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2007, pp. 3-14.
- FERRARI S. (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Bologna: Il Mulino, 2008.
- FERRARI S., *Diritti dell'uomo e diritti di Dio. Una tensione ineliminabile?*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2017, pp. 165-179.
- FEUILLET-LIGER B., PORTIER P. (sous la direction de), *Droit, éthique et religion: de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Bruxelles: Bruylant, 2011.
- FILORAMO G., *Le vie del sacro*, Torino: Einaudi, 1994.
- FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- FINNIS J., *Human Rights and Common Good*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Parigi: Seuil, 2004.
- FRY J.D., *Pluralism, Religion, and the Moral Fairness of International Law*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 3, 2014, pp. 393-418.
- GAMPER D., *Conscientious Objection to Same-Sex Marriage. Politics by Other Means*, in F. REQUEJO, C. UNGUREANU (eds) *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe: Secularism and Post-Secularism*, Londra: Routledge, 2014.
- GAUCHET M., *Le désenchantement du monde*, Parigi: Gallimard, 1985.
- GAUCHET M., *La condition historique*, Parigi: Gallimard, 2003.
- GENTILI A., *De iure belli libri tres* (1588), edited by J.B. Scott, Oxford: Clarendon Press, 1933.
- GIERKE, O. VON, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880), tr. it., *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giuridico-naturalistiche*, Torino: Einaudi, 1974.
- GRAZIANO M., *Guerra santa e santa alleanza. Religioni e disordine internazionale nel XXI secolo*, Bologna: il Mulino, 2014.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari: Laterza, 2006.
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2018.
- GROTIUS H., *De iure belli ac pacis* (1625), a cura di P.C. MOLHUYSEN, Leiden: A.W. Sijthoff, 1919.
- GROTIUS H., *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), a cura di J. BROWN SCOTT, Birmingham: Legal Classics Library, 1984.
- GRYGIEL J., *The Power of Statelessness*, in *Policy Review*, 154, 2009, pp. 39-50.
- HABERMAS J., "The Political". *The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theology*, in E. MENDIETA, J. VAN ANTWERPEN (eds), *The Power of Religion in the Public Sphere*, New York: Columbia University Press, 2011.

- HAYNES J., *Religious Transnational Actors and Soft Power*, Farnham: Ashgate, 2012.
- HART H., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HART H., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HASTINGS A., *The Construction of Nationhood. Ethnicity, Religion and Nationalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), tr. it., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano: Rusconi, 1996.
- HINSLEY F.H., *Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- HOBBS T., *Leviathan* (1651), Londra: Penguin, 1985.
- HUNTINGTON S., *The Clash of Civilization? The Debate*, New York: Foreign Affairs, Londra: Norton, 1996.
- HUTCHINGS K., *Hegel and the Meaning of the State*, in T. BROOKS (ed.), *Hegel's Philosophy of Right*, Oxford: Wiley-Blackwell, 2012.
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2001.
- JANIS M.W., *The Shadow of Westphalia: Majoritarian Religions and Strasbourg Law*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 4, 1, 2015, pp. 75-93.
- JELLINEK G., *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienna: Hölder, 1882.
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre* (1914), tr. fr., *L'État moderne et son droit*, I vol, Parigi: Giard et Briere, 1911.
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre* (1914), tr. fr., *L'État moderne et son droit*, II vol, Parigi: Giard et Briere, 1913.
- JOHNSON J.T., *Sovereignty. Moral and Historical Perspectives*, Washington DC: Georgetown University Press, 2014.
- KALMO H., SKINNER Q. (eds), *Sovereignty in Fragments*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano: Edizioni di Comunità, 1959.
- KELSEN H., *Democracy and Religion* (1955), in ID., *Foundations of Democracy*, tr. it. *Democrazia e religione*, in ID., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna: il Mulino, 1998.
- KELSEN H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, tr. it., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, a cura di A. CARRINO, Milano: Giuffrè, 1989.
- KELSEN H., *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, tr. it. *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Milano: Cortina, 2014.
- KERVEGAN J-F., *Que faire de Carl Schmitt?*, tr. it. *Che fare di Carl Schmitt?*, Roma-Bari: Laterza, 2016.
- KING S.E., *Buddhism and Human Rights*, in J. WITTE Jr, M.C. GREEN (eds), *Religion and Human Rights. An Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

- KRABBE H., *Die Lehre der Rechtssouveränität: Beitrag zur Staatslehre*, Groningen: Wolters, 1906.
- LEHMANN K., *Religious NGOs in International Relations: the Construction of "the Religious" and "the Secular"*, Londra: Routledge, 2016.
- Laicità*, numero monografico di *Parolechiave*, 33, 2005.
- Le Carte degli altri*, numero monografico di *Parolechiave*, 37, 2007.
- LEITER B., *Why Tolerate Religion?*, Princeton: Princeton University Press, 2012.
- LINCOLN B., *Bush's God Talk*, in H. DE VRIES, L.E. SULLIVAN (eds), *Political Theologies. Public Religions in a Post-Secular World*, New York: Fordham University Press, 2006.
- LIPTAK A., *Supreme Court Says Kentucky Clerk Must Let Gay Couples Marry*, in *New York Times*, 31 August 2015.
- LITTLE D., *Essays on Religion and Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- LOCKE J., *Two Treatises of Government. Second Treatise* (1690), Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOYSEAU C., *Traité des ordres et simples dignitez* (1610), tr. ingl., *A Treatise of Orders and Plain Dignities*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- LUBAN D., *Human Rights Pragmatism and Human Dignity*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- LYOTARD J-F., *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Parigi: Les Editions de Minuit, 1979.
- MAIOLO F., *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolous of Saxoferrato*, Delft: Eburon Academic Publishers, 2007.
- MANCUSO F., *Diritto, Stato, Sovranità. Il pensiero politico-giuridico di Emer De Vattel tra assolutismo e rivoluzione*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- MARCONI D., *Introduzione*, in Locke, *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. MARCONI, Torino: UTET, 2005.
- MARITAIN J., *Inaugural Address to the Second International Conference of Unesco*, in J. WITTE Jr., Fr. ALEXANDER (eds), *The Teaching of Modern Christianity on Law, Politics, and Human Nature*, vol. 2, New York: Columbia University Press, 2006.
- MARITAIN J., *L'Homme et l'État*, Parigi: Desclée de Brouwer, 2009.
- MAROCCO STUDARDI D., *La République di Jean Bodin. Sovranità, governo, giustizia*, Milano: Franco Angeli, 2006.
- MARRA R., *La religione dei diritti. Durkheim-Jellinek-Weber*, Torino: Giappichelli, 2006.
- MARRAMAO G., *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Milano: Bollati e Boringhieri, 2013.
- MCCREA R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- MECHOULAN H., *Vitoria, père du droit international?*, in *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles: Bruylant, 1988.
- MESSNER F., PRÉLOT P-H., WOEHLING J.M. (sous la direction de), *Traité de droit français des religions*, Paris: LexisNexis, 2013.

- MILAZZO L., *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, Pisa: ETS, 2012.
- MILLER D., *Joseph Raz on Human Rights. A Critical Appraisal*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- NINO C., *Notas de introducción al derecho*, tr. it., *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996.
- NITSCH C., *Diritto e forza nella comunità degli Stati: studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Napoli: Satura Editrice, 2012.
- NYE J.S., *Soft Power. The Means to Success in World Politics*, New York: Public Affairs, 2004.
- ONIDA V., *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano: Giuffrè, 1992.
- PACAUT M., *Doctrines politiques et structures ecclésiastiques dans l'Occident médiéval*, Londra: Variorum reprints, 1985.
- PARIS D., *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bietica*, Firenze: Passigli, 2011.
- PASQUALI CERIOLI J., *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano: Giuffrè, 2006.
- PHILPOTT D., *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*, Princeton: Princeton University Press, 2001.
- PHILPOTT D., *The Religious Roots of International Relations Theory*, in *Religion and International Relations: A Primer for Research, The Report of the Working Group on International Relations and Religion of the Mellon Initiative on Religion Across the Disciplines*, University of Notre Dame, 2013.
- PICOT G., *Cardin Le Bret (1558-1655) et la doctrine de la souveraineté*, Nancy: Société d'impressions typographiques, 1948.
- PIN A., *Religions, National Identities, and the Universality of Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 3, 2014, pp. 419-439.
- PIRON S., *Une anthropologie historique de la Scolastique*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, Parigi: Éditions de l'EHESS, 1, 2009, pp. 207-2015.
- PORTIER P., *La pensée de Jean Paul II. La critique du monde moderne*, Ivry-sur-Seine: Les Éditions de l'Atelier, 2006.
- PORTIER P., *Démocratie et religion. La contribution de Jünger Habermas*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, 4, 2013, pp. 25-47.
- PORTIER P., *Les laïcités à l'épreuve de la «deuxième modernité»*, in J. BAUBEROT, M. MILOT, P. PORTIER (sous la direction de), *Laïcité, laïcités. Reconfigurations et nouveaux défis*. Parigi: Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014.
- PORTIER P., *Philosophie, politique et religion*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 169, 2015, pp. 263-283.

- PORTIER P., BERAUD C., *Métamorphose Catholique*, Parigi: Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.
- PORTIER P., RAMEL F., *Introduction – Le croyant, le combattant, le savant: réévaluer la place des religions dans les relations internationales*, in *Le Champs de Mars*, dossier *Religieux et recherche stratégique* sous la direction de P. Portier et F. Ramel, 26, 2015, pp. 10-19.
- PORTIER P., *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2016.
- PRÉLOT P.H., *Le droit des Églises dans l'État*, in *Transversalités*, 93, 2005, pp. 109-122.
- PRÉLOT P.H., *La religion dans les constitutions françaises. De la Constitution civile du clergé à la laïcité constitutionnelle (1789-1958)*, in S. AKGÖNÜL (sous la direction de), *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2008.
- QUAGLIONI D., *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Torino: UTET, 1992.
- QUAGLIONI D., *La sovranità*, Roma-Bari: Laterza, 2001.
- QUARITSCH H., *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13 Jh. bis 1806*, Berlin: Duncker u. Humblot, 1986.
- RAWLS J., *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.
- RAZ J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon, 1979.
- RAZ J., *Human Rights without Foundantions*, in S. BESSON, J. TASIOLAS (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- RAZ J., *Human Rights in the Emerging World Order*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- REMOTTI F., *Contro l'identità*, Roma-Bari: Laterza, 1996.
- REVAULT D'ALLONNES M., *Le pouvoir des commencements*, Parigi: Seuil, 2006.
- RICCOBONO F., *Le due nature del concetto kelseniano di sovranità*, in A. CARRINO (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- RICCOBONO F., *Kelsen e la religione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, pp. 121-136.
- RIZZI F., *The Religion vs Sexual Orientation Case: a European Perspective*, thesis submitted to the School of Law of King's College London for the degree of Master of Philosophy, London, June 2017.
- RODOTÀ S., *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. BORSSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di POLITEIA*, 101, 2011, pp. 29-35.
- ROHE M., *On the Foundations of Human Rights. Religious and Secular Approaches in the West and in Islam*, in J. VAN DER VEN, H.G. ZIEBERTS (eds), *Tensions within and between Religions and Human Rights*, Liden-Boston: Brill, 2008.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico* (1917), Firenze: Sansoni, 1946.
- ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1959.
- ROUSSEAU J.J., *Du contrat social* (1762), Parigi: Gallimar, 1964.

- RUSCAZIO M.C., *Riflessioni di diritto comparato e canonico sull'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2015.
- S.M., *The impressive recalcitrance of Kim Davis*, in *The Economist*, 3 September 2015.
- SAPORITI M., *The Concept of Sovereignty and the Transnational Challenge of Global Religions. A Theoretical Framework*, in M. BELOV (ed.), *Global Governance and Its Effects on State and Law*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016, pp. 97-111.
- SAPORITI M., *The Right to Conscientious Objection: Elements for a Legal Theory*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 2017, pp. 75-89.
- SAPORITI M., *Public Officers and Same-Sex Civil Unions in Italy: An Unsolved Principled Question?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 2017.
- SAROOSHI D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- SASSEN S., *Territory, Authority, Rights*, Princeton: Princeton University Press, 2006.
- SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965.
- SCARPELLI U., *L'etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982.
- SCHMITT C., *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1934), tr. it., *Le categorie del 'politico'*, Bologna: il Mulino, 1972.
- SCHMITT C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), tr. it., *Il nomos della terra*, Milano: Adelphi, 1991.
- SCOTT J.B., *The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Clark: The Lawbook Exchange, 2005.
- SCOVAZZI T., *Corso di diritto internazionale*, Milano: Giuffrè, 2014.
- SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- SIEYÈS E.J., *Qu'est ce que le Tiers-État?* (1789), Milano, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2003.
- SMITH S.D., *The Phases and Functions of Freedom of Conscience*, in J. WITTE Jr, M.C. GREEN (eds), *Religion and Human Rights. An Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- SMUTS M., *Political Thought in Early Stuart Britain*, in B. COWARD (ed.), *A Companion to Stuart Britain*, Londra: Blackwell, 2009.
- SOMLÒ F., *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Meiner, 1917.
- STELLA G., *Sovranità e diritti. La dottrina dello Stato da Jellinek a Schmitt*, Torino: Giapichelli, 2013.
- STURGES R.S. (ed.), *Law and Sovereignty in the Middle Ages and the Renaissance*, Turnhout: Belgium Brepols Publishers, 2011.
- TAMANAH B.Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- TAYLOR C., *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge (Ma): Harvard University Press, 1989.
- TEMPERMAN J., *Are State Churches Contrary to International Law?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2, 1, 2013, pp. 119-149.

- TERNI M., *La pianta della sovranità. Teologia e politica tra Medioevo ed età moderna*, Roma-Bari: Laterza, 1995.
- THOMAS S., *Religion and International Conflict*, in K.R. DARK (ed.), *Religion and International Relations*, Londra: Palgrave Macmillan, 2000.
- TOEPEL F., *Human Rights as Legal Rights*, in A.J.L. MENUGE (ed.), *Legitimizing Human Rights. Secular and Religious Perspectives*, Farnham: Ashgate, 2013.
- TOURNON A., *Justice and the Law: on the Reverse Side of the Essays*, in U. LANGER (ed.), *The Cambridge Companion to Montaigne*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- TROPER M., *Sovereignty and Laïcité*, in *Cardozo Law Review*, 30:6, 2009, pp. 2561-2574.
- VAN DER VEN J.A., *Human Rights or Religious Rules?*, Leiden-Boston: Brill, 2010.
- VAN DER VYVER J.D., *Sphere sovereignty of Religious Institutions: A Contemporary Calvinistic Theory of Church-State Relations*, in G. ROBBERS (ed.), *Church Autonomy: A Contemporary Survey*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2001.
- VAN DER VYVER J.D., *Constitutional Protections and Limits to Religious Freedom*, in C. CIANITTO, W. COLE DURHAM JR., S. FERRARI, D. THAYER (eds), *Law, Religion, Constitution. Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law*, Farnham: Ashgate, 2013.
- VANDERLINDEN J., *Religious Laws as Systems of Law – A Comparatist's View*, in A. HUXLEY (ed.), *Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law*, Abingdom: Routledge, 2002.
- VIANO C.A., *La coscienza: voci e mistificazioni*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di POLITEIA*, 101, 2011, pp.11-28.
- VIANO C.A., *La scintilla di Caino. Storia della coscienza e dei suoi usi*, Torino: Bollati Boringhieri, 2013.
- WEIL S., *La personne et le sacré* (1957), prefate de Giorgio Agamben, Parigi: Payot & Rivages, 2017.
- WENDT A., *A Social Theory of International politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- WILKS M., *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages: the Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge: Cambridge University Press, 1963.
- WINTEMUTE R., *Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve Others*, in *Modern Law Review*, 77, 2, 2014, pp. 223-253.
- WITTE JR. J., *Religious Foundations of Western Rights: Towards a New History*, in *Daimon*, 7, 2007, pp. 49-69.
- WITTE JR. J., GREEN M.C., *Introduction*, in ID. (eds), *Religion and Human Rights. An introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- WITTE JR. J., *Dal Vangelo alla Legge: la Riforma luterana e il suo impatto sulla cultura giuridica*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 57, 2017.
- ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna: Il Mulino, 2016.

- ZANETTI G., *L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Bologna: il Mulino, 2015.
- ZAPPALÀ S., *Can Legality Trump Effectiveness in Today's International Law?*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ZARKA Y.C., *Le tournant rousseauiste ou la réinvention de la souveraineté du peuple*, in G.M. CAZZANIGA, Y. CH. ZARKA (sous la direction de), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Pisa-Paris: ETS-Librairie Vrin, 2001.
- ZAUM D., *The Sovereignty Paradox. The Norms and Politics of International Statebuilding*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- ZOLO D., *Sovranità*, in *Enciclopedia Italiana*, Torino: Treccani, VI Appendice, XXXII, 2000 (versione open access: [http://www.treccani.it/enciclopedia/sovranita\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/sovranita_%28Enciclopedia-Italiana%29/)).
- ZUBERT V., *Le culte des droits de l'homme*, Parigi: Gallimard, 2014.
- ZUCCA L., *Freedom of Religion in a Secular World*, in R. CRUFT, S.M. LIAO, M. RENZO (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.





Finito di stampare nel mese di marzo 2019  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca

---

*Per i tipi Giuffrè*

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

### ***Per i tipi Giappichelli***

- 96.<sup>bis</sup> *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.