

Religione e sfera giuridica*

di Michael Moxter

This paper focuses on some questions concerning the relationship between religion and law or public sphere in modern societies. It first outlines the situation in Germany, expounding why and how far this makes up a "special way". Then it explains why philosophy of religion should not attempt to base the internal relationship between religion and legal sphere upon a concept of natural law. Finally it argues that religion has to find its role in the public context in correlation to what the A. names "a reflective and refined positivism".

In questa sede si tenta di mettere a fuoco alcuni problemi che riguardano la relazione tra religione e sfera giuridica nelle società moderne. La distinzione tra le due sfere sembra sia un fattore chiave in qualsiasi definizione della modernità, specialmente dacché nelle società attuali accade che la vita di credenti e non credenti, di persone religiose e di atei deve trovare una forma di integrazione. Questa integrazione viene operata introducendo la sfera della legge, cui ciascuno è ugualmente soggetto. La legge impedisce che si privilegi in qualche modo una tradizione religiosa particolare. Per garantire ciò una società moderna stabilisce una serie di svariati diritti in campo religioso (il diritto di scegliere la propria confessione religiosa, di vivere secondo convinzioni religiose, nonché il diritto di assemblea e di auto-organizzazione). Il loro utilizzo però presuppone il riconoscimento di regole che non dipendono dalle credenze religiose. Pertanto la sfera giuridica è neutrale proprio rispetto a quei credo e a quelle posizioni religiose della cui assunzione essa concede alle persone il diritto. Di conseguenza la relazione tra religione e sfera della legge sembra basata su una linea di demarcazione tra la sfera pubblica e quella privata. Peraltro anche se questa linea di confine si può presentare per molti aspetti come un muro di separazione, ben costruito e fortificato per sempre, per altri aspetti non

* Trad. it. di Sergio Sorrentino. Questo saggio traduce il testo di una relazione alla ESPR Conference di Oxford (2010). Nel frattempo è stato pubblicato in inglese dall'editrice Igitur dell'Università Utrecht nel vol. degli Atti di quella Conference col titolo *Religion in the Public Sphere* (a c. di N. Bransveld e R. Trigg), nella *Ars Desputandi Supplement Series 5* (2011), pp. 33-56.

pare somigliare alla Grande Muraglia cinese. Talvolta sembra più che altro una linea divisoria porosa. Beninteso la distinzione tra il privato e il pubblico, così come la separazione tra la sfera giuridica e la vita religiosa in particolare, si è sviluppata nel contesto del Cristianesimo occidentale. Le due distinzioni non sono dei fatti naturali, ma dipendono in sostanza da presupposti e esperienze che altre religioni non condividono. Palesemente la celebre soluzione moderna sembra essere molto più contingente e molto meno stabile di quanto pretendesse il progetto dell'Illuminismo. Negli ultimi anni ci siamo trovati di fronte a molti conflitti da cui si desumono ragioni per essere scettici sulla condizione di questo muro.

Una di queste ragioni denota incongruenze nella descrizione che le nostre società danno di sé in termini di società secolarizzate. Se il termine *secolarizzazione* si ricollega a una narrazione che predice un continuo declino di interessi religiosi, per es. un venir meno del mondo della religiosità, la tesi della secolarizzazione sembra smentita sul piano empirico. Sull'onda della trasformazione dell'antico ordine giuridico dell'Europa in un sistema non religioso di diritti e doveri, che non dipendono da certe credenze religiose né le alimentano, le persone nondimeno continuano a conservare idee e a osservare pratiche religiose. Nelle nostre società la religione continua a essere presente. Di frequente fa capolino la nozione di "epoca post-secolare" in qualche tentativo di descrivere il nuovo *status quo*¹. Però questa descrizione non necessariamente indica che la religione ha davvero riguadagnato terreno o che gli dèi pretendono ancora una volta il loro trono. Piuttosto essa denota una società che non crede più nella sua precedente auto-descrizione. Data la perdita post-moderna delle grandi narrazioni, l'immagine che una volta si aveva della modernità non è più affidabile. Perciò noi non solo abbiamo a che fare con nuovi fatti empirici riguardanti il ruolo della religione, ma ci troviamo di fronte a una crisi di auto-interpretazione. I dubbi che sorgono sono molteplici, giacché la linea di demarcazione tra privato e pubblico perde il suo significato e si dissolve. Interessi personali e affari privati invadono la sfera pubblica, trasformando così la politica in una mera tecnica di mediazione, senza la capacità di consolidare un terreno comune su cui possa fiorire una mutua solidarietà tra i membri della società. Paradossalmente l'accresciuta importanza dell'individualità va di pari passo con la perdita di *privacy*, giacché tanto il pubblico quanto l'individuo sembrano oscurati da un fitto intrico di vanità private su cui si polarizza l'attenzione. Peraltro il liberalismo, per quanto appaia vitale e indispensabile, denota una certa

¹ Cfr. Ch. Taylor, *A Secular Age*, Belknap Press of Harvard U.P., Cambridge (Mass.) 2007, p. 534.

debolezza quando è in gioco l'affermazione di valori fondamentali e di credenze comuni. La ragione di ciò va ravvisata nella tendenza a assumere una posizione neutrale di fronte a qualsiasi credenza particolare, da qualunque parte provenga. La sua forza nello stabilire procedure formali, grazie alle quali poter dirimere le questioni, ha il suo lato debole nel rifiuto di avanzare qualsiasi pretesa sostanziale che riguardi la vita umana in quanto tale.

Dal canto suo la filosofia della religione non deve ritirarsi in una torre d'avorio nel cui chiuso coltivare un dialogo intimo con i suoi testi classici. Essa ha una sua agenda dettata dal proprio tempo (fin dal principio della sua evoluzione all'alba della modernità), e è sempre stata caratterizzata dai colori della situazione religiosa attuale. Ai nostri giorni il suo compito generale, di mediare tra religione e ragione, fede e intelletto, comporta una responsabilità a riguardo della sfera giuridica, nella quale sono incorporate forme altamente significative di differenziazione che definiscono gli standard attuali della razionalità. Coltivare un senso per la legalità è un modo eccellente per dimostrare un *intellectus fidei*. Ciò è vero anche se l'autonomia della legge non consente l'intervento diretto della fede religiosa. Bisogna ammetterlo: «Nella nostra concezione della legge non si dà da nessuna parte un'apertura per argomenti teologici»²; e tuttavia bisogna concludere che la filosofia della religione funziona da mediazione e traduzione tra il punto di vista religioso e la comprensione contemporanea della sfera giuridica. Pur essendo un tratto fondamentale della modernità, la regola della legge ha estremamente bisogno di interpretazione. Ora relativamente a questo compito ermeneutico la teologia e la giurisprudenza (ovvero un'ermeneutica sistematica della religione e una comprensione pragmatica della legge umana) affrontano problemi collegati. Ambedue cominciano stabilendo un atteggiamento riflessivo, una visuale critica verso convinzioni incorporate in una pratica vivente. Ambedue prendono sul serio la ragione umana, quando si rifiutano di tornare nel vicolo cieco di un razionalismo paralizzante che riduce le pratiche del mondo-della-vita a una congerie di comportamenti privi di qualsiasi senso e significato. La filosofia non alza la sua voce per motivi apologetici, ma per chiarire il significato dei nostri concetti e per rafforzare prospettive comuni tra persone di fedi differenti. Trattando questioni che riguardano la norma della legge la filosofia della religione offre in embrione un tracciato della religione nella sfera pubblica.

Questo mio intervento si sviluppa in tre punti. Inizia con un succinto resoconto della situazione in Germania; essa sembra unica, perché le Chiese

² P.W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago U.P., Chicago 1999, p. 15.

continuano a avere un ruolo decisivo nella sfera pubblica, un ruolo definito e garantito dalla Costituzione. Nondimeno questo *Sonderweg* (questa via particolare) tedesco adombra problemi e dibattiti ben noti in altre situazioni. Nel secondo punto si spiega perché la filosofia della religione non dovrebbe tentare di richiamare in vita un concetto di legge naturale quando cerca di stabilire una relazione intrinseca tra religione e sfera giuridica. La religione deve trovare il suo ruolo nella sfera pubblica in correlazione a ciò che chiamo un positivismo riflessivo e meno grezzo. Infine concludo con alcune brevi osservazioni per illustrare il ruolo della legge nelle società liberali dal punto di vista di una teologia della cultura.

1. La situazione in Germania

Potrebbe essere utile qualche osservazione sulla situazione in Germania, perché mette in chiaro alcune visuali da cui parto. Il cammino della Germania verso la secolarizzazione è unico, perché non segue la strada presa dagli Stati Uniti e dalla Francia separando rigorosamente Chiesa e Stato. A confronto con gli standard del liberalismo radicale questa separazione in Germania procede in maniera piuttosto claudicante³. La metafora suggerisce una mancanza di coerenza e quindi una sorta di handicap. Naturalmente parlando in questo modo si lede il “politicamente corretto”, e in tal caso, contrariamente a quanto raccomanderei di norma, vale la pena scegliere le parole con maggiore cautela. Innanzitutto la Repubblica Federale Tedesca è uno Stato secolarizzato, in quanto ripudia qualsiasi tentativo di privilegiare una certa tradizione religiosa o di intervenire in questioni religiose. Lo Stato deve rimanere neutrale verso le credenze religiose dei suoi cittadini. La legittimazione politica non dipende dal Cristianesimo o da una qualsiasi altra tradizione religiosa, e neppure da un retroterra teologico. L'Illuminismo e la Riforma di Lutero hanno fornito buone ragioni sul perché il potere politico non andrebbe più associato con la fede religiosa. Per stabilire una coabitazione pacifica, o almeno per evitare la violenza nella società, lo Stato non deve decidere tra differenti pretese di verità religiosa, ma deve attenersi alla sua autonoma razionalità. Come sosteneva Martin Lutero, i capi politici non possono governare il loro paese col vangelo, ma devono fare ricorso alla ragione secolare, all'esperienza politica, al giudizio pragmatico e a un senso di responsabilità personale⁴. È la stessa fede cristiana che insiste sulla differenza.

³ A quanto ne so questa metafora è stata introdotta da Hans Liermann in merito alle teorie giusnaturalistiche.

⁴ M. Luther, *Von weltlicher Obrigkeit* (1523), in WA 11, pp. 229-281.

Persino se la fede cristiana promuove atteggiamenti come la responsabilità, la ragionevolezza e la solidarietà con gli altri, che di fatto sorreggono la vita politica comune, lo Stato e il suo sistema giuridico non si fondano su queste virtù, e quindi non sono costruiti sulla fede religiosa quasi fosse una delle loro fonti. Per sottolineare questa reciproca indipendenza la Costituzione proibisce formalmente l'esistenza di una Chiesa di Stato. La vita politica e quella religiosa prosperano al meglio se ambedue rispettano reciprocamente la loro autonomia. Di fatto la libertà di religione è il diritto di scegliere la propria religione. Tuttavia considerati da una visuale politica i diritti religiosi comportano a livello più profondo la libertà *negativa*: di non essere molestati da un'interferenza religiosa. Ambedue le modalità della libertà religiosa, quella positiva e quella negativa, sono garantite a pari titolo. Sotto questo profilo la Costituzione tedesca combacia con la condizione del liberalismo occidentale. Viceversa il suo peculiare cammino di secolarizzazione viene alla luce quando ci troviamo di fronte al particolare modo in cui la fede religiosa viene comunicata, mediata socialmente e organizzata. La *religione* non è solo un argomento di garanzie date agli individui. È altresì un fenomeno sociale, e può benissimo darsi che comunità religiose raccolgano parti maggioritarie degli abitanti del paese, e quindi formino un corpo unitario con propria identità; è perciò importante e abbastanza significativo che essa venga presa in considerazione dalla comunità politica. In aggiunta ai paragrafi che garantiscono la libertà religiosa individuale troviamo un altro tipo di legislazione, ossia la cosiddetta legge Chiesa-Stato; essa è una legge dello Stato che riguarda la sua relazione reciproca con le Chiese. Questo "diritto Chiesa-Stato" (*Staatskirchenrecht*) definisce le forme elementari di interazione tra le Chiese e lo Stato in vista di comuni interessi. Tali relazioni possono essere articolate in leggi positive e in particolari concordati, mentre il loro fondamento giuridico fa sicuramente parte della Costituzione e ricade sotto la sua tutela finché in Germania esiste uno Stato di diritto.

È questa stretta integrazione che caratterizza l'unicità della situazione. La Legge fondamentale (*Grundgesetz*) della Repubblica Federale, promulgata il 23 maggio 1949, ha adottato nel suo art. 140 diversi paragrafi della Costituzione di Weimar, i quali avevano definito i diritti delle cosiddette "società religiose" (*Religionsgesellschaften*). Queste vengono indicate come "corporazioni di diritto pubblico" (*Körperschaften öffentlichen Rechts*) cui viene riconosciuto il diritto di organizzarsi liberamente (compreso il permesso loro accordato di raccogliere tasse e di far valere una loro legge del lavoro), a condizione di non violare né la Costituzione tedesca né le leggi positive. Quei paragrafi erano di fatto un compromesso storico introdotto nel 1919 in seguito a forti contrasti sul ruolo pubblico della religione. Essi furono un mezzo (sfortunata-

mente senza successo) per familiarizzare le Chiese con la giovane repubblica, dopo il crollo del precedente sistema. Il fatto che la Repubblica Federale Tedesca ha continuato su questa strada nel 1949 (e di nuovo nel 1990) era ovviamente dovuto in parte al credito che le Chiese si erano guadagnate durante il Nazionalsocialismo nella loro lotta (*Kirchenkampf*) contro le invasioni di campo (e poi ancora una volta nel preparare nella DDR la svolta verso la democrazia e la riunificazione). Nondimeno le condizioni storiche e politiche non costituiscono l'unica base per spiegare la situazione tedesca. Non è solo per ragioni storiche contingenti che questa eredità è stata approvata. Vi sono alcune ragioni sistematiche per cui non solo teologi ma anche giuristi ritengono che il cammino claudicante della Germania verso la secolarizzazione è estremamente efficace.

La religione non consiste solo nella religiosità personale, con conseguenze che si riflettono sulla legislazione a favore della libertà religiosa. La libertà di religione richiede diritti di assemblea nonché diritti di pratiche cultuali. Ma conferendo questi diritti lo Stato riconosce che senza l'esistenza di Chiese la fede cristiana personale non esisterebbe neppure⁵ (un'affermazione che rimane vera anche se la maggioranza dei cristiani sono critici e si mantengono a distanza dalle Chiese). Solo il nominalismo, caratterizzato dal suo atomismo metodologico, cerca di spiegare la coesione sociale in base all'aggregazione di individui. Se si vuole evitare una simile fallacia astrattiva, bisogna ricordare che le strutture della comunicazione sociale, le istituzioni e i beni etici (nel senso di Schleiermacher⁶) costituiscono una cornice che in quanto condizione di possibilità trascende il comportamento individuale. Essere in grado di agire in un certo modo dipende da possibilità e circostanze aperte sul piano sociale. Lo Stato, un mercato comune o l'università sono esempi di forme oggettive di comportamento umano; esse non possono essere originate da una somma di agenti individuali. Le istituzioni sono un centro in cui diverse possibilità di attività umana sono collegate insieme in un modo che un mero solipsismo non può conseguire. Assicurare la libertà religiosa garantendo la libertà individuale di compiere certi atti è una cosa; altra cosa è concettualizzare le forme sociali e culturali riducendole agli atti di un agente solipsistico. Per usare la libertà individuale si richiede molto di più. Perciò è fuorviante guardare alla religione unicamente da un punto di

⁵ Cfr. le diverse pubblicazioni di Martin Heckel sull'argomento; cfr. A. Hense, *Zwischen Kollektivität und Individualität: Einige geschichtliche Aspekte der Religionsfreiheit*, in *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit*, H. M. Heinig – Ch. Walter (Hg.), Mohr, Tübingen 2007, pp. 7-38.

⁶ Cfr. M. Moxter, *Güterbegriff und Handlungstheorie: Eine Studie zur Ethik F. Schleiermachers*, Kok Pharos, Kampen 1992.

vista che da una parte mette a fuoco i credenti come individui e dall'altro lo Stato. Come la filosofia politica, anche la filosofia della religione dovrebbe impiegare una prospettiva istituzionale. Le Chiese in quanto organizzazioni *sui generis* devono rispondere a questioni che riguardano un bene comune, giacché anche loro devono mediare tra interessi particolari e interessi generali. Al loro interno esse si imperniano su processi di trasferimento tra i loro membri, tra le parti e il tutto, tra i gruppi e l'unità, tra gli affari interni e quelli di rilevanza pubblica, tra la vita spirituale e quella politica. Pertanto a livello categoriale e anche nel comportamento pratico esse palesano un surplus rispetto agli agenti individuali; lo Stato è in grado di riconoscerlo e di convalidarlo, senza far propria alcuna convinzione religiosa.

Guardando da una prospettiva istituzionale ci troviamo di fronte a molte affinità tra la Chiesa e lo Stato; esse aprono un campo di interessi comuni, a condizione che entrambi i partner si incontrino con reciproca indipendenza. Lo Stato conserva la sua neutralità rispetto alla confessione religiosa, giacché il suo riconoscimento pubblico dell'importanza e del significato delle Chiese poggia esclusivamente sulle risorse culturali del Cristianesimo, e non comporta un giudizio su questioni religiose. Esso riconosce l'esistenza di Chiese solo nella misura in cui il loro impatto sulla vita sociale e sugli atteggiamenti etici è utile nell'interesse dello Stato. Da parte loro le Chiese si trovano di fronte alla sfida di distinguere la loro fede religiosa professata con profonda convinzione dalle sue conseguenze sociali rilevanti, e perciò devono imparare a vivere dentro un permanente processo di trasformazione e cambiamento. In questo processo la comprensione religiosa e le confessioni delle comunità ecclesiali si trasformano in un'interpretazione della vita umana che può essere dibattuta pubblicamente, giacché si rivolge a un'udienza di persone religiose e non religiose. Mentre lo Stato rimane neutrale nelle questioni religiose, la Chiesa rimane confinata in uno spazio limitato del discorso e della decisione pubblica. Le Chiese devono riconoscere che il credo cristiano (per esempio la credenza in un Creatore che stabilisce la dignità di qualsiasi persona umana) si converte in una prospettiva opzionale ovvero, per così dire, in una tra le tante interpretazioni delle norme. La fede incondizionata in Dio si trasforma in una mera possibilità di interpretare e giustificare valori di fondo e principi giuridici fondamentali. Siccome la legittimità dell'ordine giuridico non ha bisogno di alcun riferimento religioso, l'etica teologica e la fondazione dei diritti umani sulla giustizia divina si espone a interpretazioni non religiose⁷. Le religioni non possono più spe-

⁷ La "neutralità sul piano della fondazione" (*Begründungsneutralität*) e la "apertura a diverse forme di fondazione" (*Begründungsoffenheit*) sono convergenti; cfr. W. Huber, *Gerechtigkeit und*

rare di far valere direttamente le loro certezze etiche; devono invece farlo traducendole e trasformandole, in modo da ottenere un consenso generale, qualora le loro proposte appaiano plausibili a una maggioranza democratica, e forse per ragioni del tutto differenti. In altre parole, le Chiese devono procedere di pari passo con l'avanzamento di un processo di secolarizzazione nel quale anche le loro credenze teologiche più sacre si trasformano in semplici analogie⁸. Nel contesto di una società pluralistica le credenze religiose sono soggette a una *trasformazione modale*⁹: la necessità e la certezza si trasformano in possibilità e probabilità. Da ambedue i lati (per lo Stato neutrale e il discorso pubblico non meno che per le Chiese) questo intreccio comporta alcuni rischi: né la neutralità né la professione di fede sono posture preordinate; ambedue sono esposte a processi di interpretazione e accoglienza in cui vengono definite e calibrate in modo nuovo.

La mia succinta delineazione della situazione in Germania sarebbe incompleta senza menzionare la più importante dichiarazione riguardante il ruolo della religione nella sfera pubblica: il cosiddetto “assioma Böckenförde”. Commentando la relazione tra sfera giuridica e religione il professore di diritto costituzionale e ex membro della Suprema Corte tedesca ha sostenuto che lo Stato di diritto secolarizzato vive su atteggiamenti che non è in grado di mantenere vivi¹⁰. L'ordine giuridico è organizzato sulla sola base di principi formali (come l'uguaglianza), e perciò deve rinunciare a qualsiasi tentativo di imporre ai cittadini idee sostanziali particolari concernenti una vita umana buona o un fine ultimo. Le leggi stabiliscono un ordine deontologico che si astiene da visuali teleologiche. Esse non possono promuovere una certa visione del mondo o rispondere a questioni che riguardano il significato della vita. In conseguenza di tale auto-restrizione l'ordine giuridico dipende da risorse sociali: i contesti in cui queste questioni vengono affrontate e le comunità nelle quali si coltivano atteggiamenti e virtù che corrispondono a una esigenza di fondo cui l'ordine giuridico da parte sua non può dare soddisfazione. Ovviamente questo argomento non

Recht: Grundlinien christlicher Rechtsethik, Kaiser, Gütersloh 1996, p. 233; W. Vögele, *Menschenwürde zwischen Recht und Theologie: Begründungen von Menschenrechten in der Perspektive öffentlicher Theologie*, Kaiser, Gütersloh 2000, p. 487 ss.

⁸ E. Jüngel, *Die Möglichkeit theologischer Anthropologie auf dem Grunde der Analogie*, in “Evangelische Theologie”, 22 (1962), pp. 535-557.

⁹ H. Schröder, *Erfahrung und Transzendenz. Ein Versuch zu Anfang und Methode von Religionsphilosophie*, CIS-Verlag, Antenberge 1987, p. 154.

¹⁰ E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1976, p. 60.

esclude che gruppi non religiosi assolvano in modo simile a questa funzione; esso però consente un'adeguata comprensione della religione e spiega la sua utilità per una vita comune, almeno finché una religione non sfocia nel fondamentalismo. L'assioma enunciato da Böckenförde non comporta l'idea che alla fin fine anche lo Stato moderno non può sopravvivere senza il sostegno della Chiesa. Esso piuttosto descrive l'intreccio multilaterale di forze dentro una società complessa costruita su una differenziazione di funzioni. E questa è la ragione per cui esso si applica anche a altre versioni di una società secolarizzata.

I critici della legge tedesca sul rapporto Stato-Chiesa sostengono che questo sistema è assai munifico (elargisce un biglietto vincente) con i gruppi religiosi maggioritari, mentre è avaro nei confronti delle minoranze. Peraltro questa critica indica un problema che va preso sul serio. Di fatto la Costituzione tedesca obbliga lo Stato a trattare alla pari le Chiese, le società con una visione del mondo non religiosa, nonché le società religiose (*Religionsgesellschaften*) non cristiane, e a riconoscerle come "corporazioni di diritto pubblico" allorché hanno conseguito un influsso significativo. Questa precondizione formale, introdotta nel 1949 in base al principio di uguaglianza, palesa la sua importanza ai nostri giorni. Poiché si va formando una società pluralistica, lo Stato cerca di stabilire concordati giuridici con nuovi gruppi religiosi in crescita, soprattutto musulmani, di modo che essi si adeguino allo schema giuridico esistente di una "corporazione di diritto pubblico" (*Körperschaft öffentlichen Rechts*). Nel frattempo le Chiese cristiane vanno sempre più perdendo i loro membri. Perciò l'ordine giuridico vigente soggiace alla pressione di una politica interculturale, e si va liberando dai suoi radicamenti storici contingenti nel Cristianesimo.

Vorrei concludere questa parte prendendo brevemente in considerazione alcuni problemi pratici. L'ordine giuridico può garantire la libertà religiosa solo in merito al comportamento esteriore, senza intervenire nel contenuto della credenza religiosa (questo principio è già implicito nella distinzione tradizionale tra *ius circa sacra* e *ius in sacra*). Lo Stato non può decidere che cosa significa essere un cristiano cattolico o protestante, oppure un musulmano, o come queste religioni dovrebbero risolvere questioni pratiche, e se sarebbe da preferire uno stile di vita liberale oppure uno ortodosso. Tuttavia non è così facile come potrebbe sembrare operare la distinzione tra un *comportamento esterno* rilevante sul piano giuridico e le questioni interne private di comunità religiose. Se l'uguaglianza di genere è una norma giuridica fondamentale, come andrebbe giudicata la situazione di una religione che non consente alle donne di accedere al sacerdozio? Il Cattolicesimo pone forse freno alla libertà, sicché lo Stato potrebbe inter-

venire o addirittura deve intervenire? E il velo che le donne musulmane portano è forse un simbolo religioso, esprime la fede e la pietà personale, sicché è tutelato dai diritti di libertà che lo Stato deve garantire? Oppure questo tessuto è di fatto un simbolo politico di oppressione e discriminazione sessuale, sicché lo Stato lo deve proibire? Queste questioni sono difficili da decidere.

Come regola generale le versioni positive dei diritti di libertà religiosa tutelano la sfera privata fin dove non si verifica una lesione dei diritti di altri ovvero dell'ordine giuridico. Le versioni negative del medesimo principio tutelano soprattutto la sfera pubblica. I problemi sorgono perché la distinzione tra privato e pubblico, pur essendo indispensabile in linea di principio, talvolta difetta di chiarezza. E ciò non è casuale, ma indica il paradosso strutturale implicato nella logica della differenziazione. Quando si stabilisce un ordine tracciando delle distinzioni finisce sempre che si crea un punto in cui viene alla luce l'inseparabilità dei due lati¹¹. Ciò rende palese la latente unità delle differenze e contribuisce a spiegare perché in contesti pratici spesso ci troviamo impegnati in casi cui la distinzione di base non si applica. Questi casi rivelano la presenza di qualcosa fuori dell'ordinario, che risulta poi essere il lato debole dell'operazione di stabilire un ordine mediante una differenziazione. Ogni sistema basato su differenze cerca di evitare il punto cieco dell'indifferenza. Però quello che si esclude per allestire un ordine paradossalmente rientra ancora in quest'ordine, e di tanto in tanto si affaccia alla superficie di forme e regole ben stabilite¹². Ogni teoria della cultura attenta a questa presenza dello straordinario in qualsiasi ordine dato non dovrebbe sorprendersi quando l'ordine politico si trova di fronte a casi difficili e a aspri conflitti.

Non è un caso che nella sfera religiosa si annidino pur sempre conflitti del genere. Essi sono più attenuati laddove non si erige un'insormontabile parete di separazione e i simboli religiosi non vengono rifiutati dalla generalità nella sfera pubblica. In anni recenti un caso particolare di questo tipo è sorto dalla questione se una maestra musulmana può portare il velo nell'aula scolastica. La questione va decisa dai tribunali¹³, alla luce del fatto che in alcune parti della Germania si può trovare la croce (il crocifisso) nelle aule scolastiche o vi sono le suore che insegnano nel loro abito di religiose. Le forme di cooperazione tra lo Stato e le Chiese di cui si è

¹¹ N. Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*, (Hg. A. Kieserling), Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2000, p. 24 ss., 32 ss., 53 ss.

¹² Cfr. B. Waldenfels, *Ordnung im Zwielicht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1987.

¹³ Giacché il Ministro dell'educazione è venuto meno.

parlato sopra hanno portato addirittura alla presenza della croce in alcuni tribunali. Ciò rende la situazione davvero complicata. Il fatto che colpisce all'interno di un dibattito che prosegue tuttora è che lo Stato (i giudici e la legislazione), pur essendo neutrale sul piano religioso, deve formulare decisioni che riguardano il significato di simboli religiosi. Il loro significato ha bisogno di interpretazione in vista della decisione giuridica. Ma mentre una decisione giuridica esige esattezza, l'interpretazione manifesta indeterminatezza e vaghezza. Ciò crea una situazione in cui alcuni sostengono che certi simboli, che in origine provenivano dalla sfera religiosa, comportano anche un significato culturale e politico che trascende la sfera religiosa. Nelle regioni al Sud del nostro Paese, per esempio, la gente si saluta dicendo "Grüss Gott!". Questa formula ha qualche affinità con quella che dice "Dio ti benedica"; però viene utilizzata nello stesso identico modo che "buon giorno" o "buona giornata". Anche i non credenti la utilizzano. Sarebbe assurdo considerare la formula di saluto come un linguaggio meramente religioso indicante la presenza del Cristianesimo nella sfera pubblica, e quindi proibire il suo uso ufficiale, mettiamo, nel commissariato di polizia o nell'ufficio del registro, limitandolo alla panetteria o alle case di tolleranza. Siamo seri! La croce nel tribunale può essere un segno che ricorda a tutti, magistrati, avvocati, imputati e pubblico, che l'errore giudiziario è una realtà, e che colui che ha ricevuto una sentenza di condanna di fatto può essere innocente. Le parole e i simboli molto spesso assumono un significato aggiuntivo che risulta dall'uso, dalla recezione e dall'interpretazione. Il loro significato dipende da contesti che non possono essere controllati con principi definiti con un taglio netto. È implicito nella logica della rappresentazione che i simboli non comportano un solo significato. E perciò neppure la croce è un simbolo meramente religioso. Persino un movimento di avanzato illuminismo non può impedire che i simboli siano cangianti secondo differenti colori. Inoltre una "polizia politica" che sorvegli la corretta interpretazione nonché l'uso di parole e simboli non si attaglia davvero a una società liberale.

Il medesimo *caveat* va impiegato nella discussione sul velo islamico. Sarebbe certo un malinteso positivisticamente chiamarlo o "un semplice pezzo di stoffa" o un indumento puramente religioso. Esso porta con sé una pluralità di significati accanto a quello religioso; dà un sentimento di identità culturale in un paese straniero, alimenta un senso per la tradizione familiare, forse favorisce persino un certo orgoglio di integrità personale; non necessariamente è un segno di oppressione accettata e interiorizzata. Bisognerebbe allora dire che per motivi legati a una società soggetta a cambiamenti drammatici è più utile adottare il sistema francese, giacché uno Stato radicalmente laici-

stico ridurrebbe al minimo questi conflitti, proibendo strettamente qualsiasi presenza di simboli religiosi nella sfera pubblica? Non lo credo. Il problema chiave rimane lo stesso in ambedue i contesti, ossia che il sistema giuridico (magistratura, potere legislativo e istituzioni esecutive) su questo piano deve fare i conti con la fluidità della rappresentazione simbolica, con una sfera di segni e simboli la cui dimensioni sono infinitamente aperte a nuove interpretazioni. Appartenendo a una specie simbolica gli esseri umani vivono in vere e proprie reti di rappresentazioni simboliche nelle quali il significato è generato all'interno di infiniti processi semiotici. È questo il paradigma di ciò che Georg Simmel ha chiamato "trascendenza immanente"¹⁴, vale a dire una trascendenza dall'interno¹⁵.

2. Oltre il giusnaturalismo e il riduzionismo

Rivendicare la responsabilità della sfera giuridica non significa necessariamente fare riferimento al giusnaturalismo o ai suoi equivalenti e eredi moderni, che si riscontrano principalmente nella filosofia kantiana. Rimettere in funzione le sorgenti religiose dell'autorità politica non sarebbe di grande aiuto, anche se ci si limitasse ai principi etici più fondamentali, come la dignità umana, la libertà o la giustizia sociale. Beninteso non c'è neppure l'esigenza di farlo, giacché una dei presupposti più comuni di tentativi del genere è fuorviante: il presupposto che senza la legge naturale (e la sua eredità) la legge umana sarebbe esposta a un fatale relativismo.

Spesso si sostiene che senza un punto di vista al di sopra della legge positiva sarebbe impossibile un atteggiamento critico verso un dato sistema giuridico, e perciò dal positivismo giuridico risulta una cieca obbedienza alla legge. La celebre tesi di Gustav Radbruch, secondo cui nella Repubblica di Weimar il positivismo giuridico ha scalzato la giurisprudenza e reso inermi e senza difese i giudici e gli avvocati, aprendo così la strada al Nazional-socialismo tedesco, non è così convincente come si crede. Ma neppure si può negare l'altra osservazione: i principali giuristi di Hitler utilizzavano proprio quei concetti e quelle strategie giuridiche che venivano attaccate e severamente criticate dal positivismo giuridico, come le clausole generali, la generalità concettuale e il riferimento al sentimento popolare (*Volksemp-*

¹⁴ G. Simmel, *Das individuelle Gesetz*, in *Das individuelle Gesetz: Philosophische Exkurse*, (Hg. M. Landmann), Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1968, pp. 174-230 (p. 197).

¹⁵ J. Habermas, *Exkurs: Transzendenz von innen, Transzendenz ins Diesseits*, in *Texte und Kontexte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1991, pp. 127-156.

finden)¹⁶. Va aggiunto che Radbruch mostrava di non aderire a quel genere di positivismo che egli metteva sotto accusa con la sua tesi. È un semplice mito che egli sia passato dal positivismo al giusnaturalismo, introducendo così una tendenza generale nella filosofia tedesca del dopoguerra. Le varie edizioni della sua *Filosofia del diritto* mostrano che fin dall'inizio della sua opera Radbruch concepisce la legge come una triade di certezza giuridica, giustizia e equità; nel suo contesto il principio di positività (*Rechtssicherheit*) si pone in un intrinseco equilibrio con gli altri due principi. L'intreccio tra questi principi evita la tendenza a subordinare il sistema giuridico alla positività. Solo una monocultura basata sull'aspetto della certezza conduce a una forma di positivismo come quella che rese la giurisprudenza indifesa verso il totalitarismo. Ciò dimostra che la posizione filosofia personale di Radbruch non aveva bisogno di auto-emendarsi o di sostituire il positivismo giuridico con il giusnaturalismo. Egli mai ha inteso utilizzare il termine *legge*, come un termine con carica normativa, per separare la legge umana dalle decisioni meramente arbitrarie dei capi politici. Di fatto egli ha battuto una terza via: un uso e una comprensione autocritica della legge positiva. Accettando la finitezza della legge umana e il suo bisogno di correzione e di prudente adattamento (che a suo avviso era un atteggiamento sviluppato e praticato nel Protestantesimo, specie nella dottrina luterana dei due regimi di governo), nella sua carriera accademica e politica egli ha patrocinato un positivismo che riconosce le ambivalenze presenti in qualsiasi ordine giuridico dato, ma si attiene alle sue procedure e alla sua razionalità. Questo tipo di positivismo è in grado di migliorare la legge mediante la giurisprudenza. Esso potrebbe essere chiamato "positivismo riflessivo", un positivismo che non ha somiglianze con la posizione spesso criticata dai difensori del giusnaturalismo.

Ora invece di rifare la storia di una presunta *renaissance* del giusnaturalismo e delle sue lunghe ombre nell'etica teologica protestante¹⁷ penso sia più fruttuosa una strategia di distinguere differenti forme di positivismo, esaminando se sono convincenti e se nel caso qualcuna di esse sia persino compatibile con un punto di vista teologico. La prima forma di definizione del positivismo giuridico è quella che insiste sulla netta linea divisoria tra legge e morale, tra obbedienza alla legge e moralità. La filosofia del diritto e l'etica sono viste come sfere autonome tra loro indipendenti. Pertanto la

¹⁶ R. Grawert, Art. *Recht, positives*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, VIII, (Hg. J. Ritter – K. Gründer), Schwabe, Basel 1992, pp. 233-241 (p. 240).

¹⁷ K. Tanner, *Der lange Schatten des Naturrechts: Eine fundamentalethische Untersuchung*, Kohlhammer, Stuttgart 1993.

legge positiva contiene esclusivamente regole di comportamento esteriore¹⁸. Essa non obbliga la gente a condividere certi standard morali e non presuppone convinzioni etiche; queste al contrario fioriscono unicamente sul piano della coscienza personale e delle credenze intime. A prima vista questa tesi separatista sembra alimentare cinismo, relativismo e disfattismo; perciò i positivisti del diritto spesso sono accusati di minare la coesione sociale. Da parte loro i teologi molto spesso sostengono che la tesi “*auctoritas non veritas facit legem*” favorisce una visione del mondo ateistica. A una più attenta considerazione bisogna riconoscere che «nella tesi della *separazione concettuale* nulla induce il sostenitore del positivismo giuridico a affermare che non c'è una verità morale o che le proposizioni morali sono necessariamente soggettive e relative»¹⁹. Il positivismo giuridico non necessariamente è legato a un punto di vista riduttivo che sottovaluta gli interessi etici prendendoli come semplice espressione di credenze irrazionali. Ovviamente non si può negare che il positivismo giuridico si fonda almeno in parte sul concetto di positivismo mutuato da Comte, e che avanza l'istanza di riformare la giurisprudenza mettendola in concordanza con le scienze naturali. Da un punto di vista storico esso ha cancellato le pretese di valore al fine di istituire i cosiddetti “studi puramente giuridici”, in vista di un programma piuttosto riduttivo di “scienza unificata” (*Einheitswissenschaft*). Ora pur essendo questa tendenza largamente diffusa, nondimeno non è il tratto caratteristico. Distinguere la regola giuridica dalle credenze morali non necessariamente significa negare una dimensione di sovrapposizione dei due versanti. Né tantomeno obbliga un sostenitore del positivismo giuridico a credere che le questioni relative a una legge ingiusta siano per definizione prive di significato. La tesi della separazione è una tesi concettuale, sicché non va confusa con affermazioni politiche di questo genere. Essa è compatibile con una vasta gamma di teorie metaetiche, e perciò non necessariamente privilegia un'interpretazione non cognitivista o relativistica dell'etica. In verità la tesi della separazione è compatibile con una critica morale della legge. Essa sostiene soltanto che anche in questo caso le norme non necessariamente vanno trasformate in norme giuridiche per il semplice fatto che sono moralmente accettate. L'idea che morale e diritto vanno tenuti separati per ragioni di principio potrebbe essere espressa come la tesi secondo cui i due piani non necessariamente sono connessi tra loro²⁰. Questo getta nuova luce sul caso Radbruch. Egli

¹⁸ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, AA VI, pp. 203-493 (p. 219).

¹⁹ R.P. George (a c. di), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, p. VII.

²⁰ J.L. Coleman, *Authority and Reason*, in *The Autonomy of Law* cit., pp. 287-319 (p. 291).

infatti intendeva alludere a una coincidenza storica tra regole giuridiche e morale inumana, non un nesso causale tra teoria giuridica e obbedienza acritica²¹.

Una seconda strategia per definire il positivismo è quella di sostenere che gli approcci scientifici alla sfera giuridica devono essere puramente descrittivi, e quindi devono osservare i fatti giuridici esclusivamente da una visuale sociologica. Il realismo giuridico, per esempio, tratta la legge mettendo fuori campo qualsiasi traccia di assunti normativi sostanziali che la gente normalmente dà per scontati. Ma questa tendenza non è associata inevitabilmente con il positivismo giuridico, non lo è specialmente con la giurisprudenza in quanto scienza pratica. Gli attori di procedimenti legali, per es. un giudice che deve decidere come applicare la legge o se una sentenza è giustificata, potrebbero coerentemente sostenere che essi adottano la norma della separazione senza negare la rilevanza di principi normativi implicati nelle norme giuridiche e intimamente legati a esse²².

Un'altra versione ben nota di atteggiamento del positivismo giuridico fa ricorso al monopolio dell'uso della forza da parte dello Stato. Le norme giuridiche, di contro alle norme morali, si definiscono rispetto alla capacità dello Stato di sanzionare violazioni. Il legislatore non solo appare come l'autorità sorgiva delle norme, non solo promulga cosa bisogna fare, ma possiede altresì il potere di conferire forza al comportamento. Secondo la famosa affermazione di Kant, le norme giuridiche sono intrinsecamente connesse con l'uso della coercizione (*Zwang*) come mezzo per «impedire un impedimento della libertà»²³. Siccome il torto nega i diritti degli altri, l'uso legale della forza nega questa negazione, e quindi è giustificato dalla legge di non contraddizione e di coerenza logica. Le norme giuridiche sono essenzialmente sostenute e assistite dalla forza. Esse vengono introdotte per fare argine alla violenza e per assicurare la libertà, ma proprio per questo la violenza va preservata e deve essere sempre presente. Al contrario le norme morali si indirizzano a attori che si accordano liberamente con criteri attinenti alla loro autonoma auto-comprensione. Su questo sfondo il

²¹ F. Schauer, *Positivism as Pariah*, *ivi*, pp. 31-55 (p. 38 s.).

²² Sostenere che la legge va interpretata dalla prospettiva di un attore, vale a dire di un giudice che deve prendere delle decisioni e perciò il problema non può essere ridotto a quello di come si decide qualcosa, bensì di come si dovrebbe decidere, è una buona ragione per contestare le tipologie riduttive di teoria giuridica. Ma questo non significa che si rifiuti la tesi della separazione in quanto tale; come sembra ritenere R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, München 1992, p. 47; cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977.

²³ AA VI, 231.

positivismo giuridico può essere definito come una teoria giuridica che fa perno sulla forza, considerando la coercizione decisiva per la legge in generale. Max Weber può essere annoverato come un autore che ha introdotto questo paradigma²⁴.

A dire il vero la descrizione della sfera giuridica in base al suo legame intrinseco con la forza ha allettato molti autori, specialmente Jacques Derrida²⁵ e Giorgio Agamben²⁶, a offrire una rilettura della *Critica della violenza* di Walter Benjamin²⁷. Secondo quest'ultimo la legge e la violenza non sono distinguibili sotto un certo aspetto. Per escludere la violenza la legge deve includerla; per mantenerla a distanza la violenza deve essere mantenuta presente; per favorire una vita "normale e ordinaria" bisogna introdurre nel sistema giuridico un potere straordinario. Dal punto di vista fenomenologico la legge rappresenta la violenza quasi come il suo lato oscuro. Quando Carl Schmitt criticava il positivismo giuridico perché nasconde la fonte effettiva della legislazione, egli spiegava altresì la sovranità come il potere senza limiti di proclamare lo stato di emergenza sospendendo temporaneamente il dominio della legge²⁸. Secondo questa critica gli Stati moderni (come descritti dal positivismo giuridico) dissimulano il loro potere di controllare e imporre richieste alla vita delle persone²⁹. Siccome questa corrente schmittiana di sinistra porta a una controversia nella considerazione del ruolo della religione nella sfera pubblica, mi esprimerò più avanti su di essa. Per adesso è sufficiente chiedersi se questo fare perno sulla violenza e la coercizione caratterizza davvero il positivismo giuridico.

Per chiarire il concetto di positivismo giuridico è utile distinguere tra ordinamenti sorretti dalla violenza da una parte, e ordine giuridico dall'altra. La forza brutta di un rapinatore che mi estorce il denaro, il potere di comando che obbliga il soldato a obbedire e la correlazione tra legislazione

²⁴ «Per noi il concetto di "diritto"... deve avere come asse decisivo l'esistenza di un *bastone* coercitivo (*Erzwingungs-Stabes*)» (M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, (Hg. J. Winkelmann), Mohr, Tübingen 1985, p. 18; cfr. p. 125, 181 ss., 387 ss.).

²⁵ Cfr. J. Derrida, *Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Autorität"*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1991 (tit. orig. *Force de Loi. Le "fondement mystique de l'autorité"*).

²⁶ Cfr. G. Agamben, *Homo sacer: Die Souveränität der Macht und das nackte Leben*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2002 (tit. orig. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*); cfr. anche *Ausnahmezustand*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006 (tit. orig. *Stato di eccezione*).

²⁷ W. Benjamin, *Kritik der Gewalt*, in GS II/1, (Hg. R. Tiedemann – H. Schweppenhäuser), Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1977, pp. 179-203.

²⁸ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin 2004⁸ (1922), p. 13 ss.

²⁹ Cfr. M. Foucault, *Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2004 (tit. orig. *Naissance de la biopolitique*).

e coercizione sono fenomeni del tutto diversi³⁰. Pertanto un concetto meno rozzo di positivismo giuridico fa riferimento alla forza auto-vincolante implicata in una società democratica e nelle sue forme di legislazione. In tale società la sfera giuridica non può essere ridotta a semplice esecuzione di potere, giacché essa presuppone e mette alla prova al tempo stesso un certo tipo di auto-comprensione. Le norme giuridiche si rivolgono a coloro che sono obbligati a agire in conformità a esse, ma in ben altro modo rispetto a quanto obbliga l'ingiunzione "o la borsa o la vita!". Un motivo per non confondere i due casi va individuato nella dimensione della continuità. «Il potere dà esistenza alla legge per il momento, ma è dalla ragione che deve dipendere la sua stabilità»³¹. Ma la cosa più decisiva è la dimensione del significato della legge, che richiede una risposta significativa di persone che vivono sotto il dominio della legge.

È stato merito del giurista austriaco Hans Kelsen offrire una versione del positivismo giuridico focalizzata su una teoria del significato; essa interpreta le norme giuridiche dall'interno. Secondo questo autore la sfera giuridica va considerata come un ordine coercitivo, che nondimeno comporta un certo significato; questo diventa marginale quando si analizza la legge da una semplice visuale sociologica. Le norme giuridiche si costituiscono all'interno di una specifica autonomia di un sistema sensato («in der spezifischen Eigengesetzlichkeit einer Sinnsphäre»³²); esso comporta che la prospettiva esterna e quella interna siano legate tra loro inseparabilmente. La sfera giuridica quindi dischiude forme di auto-interpretazione che non possono essere messe da parte senza finire nel riduzionismo. Visto dalla prospettiva di chi vi è partecipe, per sviluppare un'adeguata comprensione della sfera giuridica non è sufficiente né il ricorso alla razionalità strategica (quella che rapporta mezzi a fini) né alla semplice forza di stabilire norme. Il significato della legge è costituito non solo da procedure formali, ma anche alla luce di una certa comprensione di cosa significhi essere partecipe di una legislazione. La legge è emanata già presupponendo norme giuridiche. Pertanto la legittimità di una legislazione dipende dalla forma di continuità con la quale vengono stabilite norme giuridiche. Il dominio della legge è determinato da un certo modo di introdurre nuove norme. Ciò è operato tramite il riferimento a una norma di riconoscimento. Quella che Kelsen ha chiamato la norma fondamentale (*Grundnorm*) della legge rassomiglia per

³⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, p. 18 ss.

³¹ J. Bentham, *Works, Part IV*, a c. di J. Bowring, Edimburgh 1839, p. 310.

³² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Leipzig 1934.

certi aspetti a un primo principio, quale è richiesto da qualsiasi specie di fondazionismo e di metafisica; essa nondimeno significa qualcosa del tutto differente. Non è un assioma o un criterio ultimo, da cui si ricavano norme sostanziali in base a un programma deduttivo di giustificazione. È invece un principio esplicativo di come vanno identificate le norme. La norma fondamentale caratterizza le norme come norme giuridiche, e lo fa per mezzo di una certa auto-comprensione. Il governo della legge è un modo decisivo per interpretare ciò che significa effettivamente “un governo del popolo da parte del popolo”. Esso identifica il territorio delle procedure giuridiche non come qualcosa che ci è dato, bensì come qualcosa che noi facciamo³³. Le conseguenze sembrano semplici: anche se il positivismo giuridico stabilisce norme moralmente neutrali, non lo si può caratterizzare sotto tutti gli aspetti per la neutralità, giacché rientra in una certa auto-comprensione dei cittadini e da parte sua a essa mira. Aderire al primato della legge non è altro che un assentire ai modi in cui le norme giuridiche sono aperte al cambiamento e alla sostituzione.

3. Neutralizzare la neutralizzazione

In quanto precede ho utilizzato il concetto di *neutralizzazione*; esso ha bisogno di un breve commento. Come concetto giuridico la *neutralità* è definita con precisione. Le parole chiare e distinte del legislatore proibiscono allo Stato e ai suoi amministratori di intervenire nelle questioni religiose, e li obbliga a mantenere una posizione neutrale sui conflitti religiosi o sulla competizione tra religioni. Trattare tutti i cittadini secondo una norma di uguaglianza implica logicamente che non si privilegi una particolare tradizione religiosa. Come strategia giuridica la *neutralizzazione* funziona con l'introduzione di diverse distinzioni. Prima di tutto la legge determina unicamente aspetti esterni; essa non esprime giudizi né interviene su aspetti interni dei sistemi di credenza. In secondo luogo essa garantisce la libertà di una convinzione religiosa assicurando al tempo stesso il diritto di essere liberi da una religione. Qualsiasi uso della forza o della costrizione è contro il principio della libertà religiosa. In terzo luogo lo Stato coopera con società e gruppi religiosi solo in quanto concepiti giuridicamente come agenzie culturali che operano per la salvaguardia del benessere sociale e della tradizione storica. Lo Stato può sì riconoscere il fatto che gruppi maggioritari di cittadini appartengono tuttora a confessioni religiose diverse e quindi giocano un ruolo importante nella

³³ P.W. Kahn, *The Cultural Study of Law* cit., p. 36.

società. Nondimeno riconoscere che questi gruppi agiscono su un terreno comune non implica che lo Stato medesimo professi una qualsiasi di quelle confessioni o che assuma una posizione religiosa. Perciò le distinzioni di questioni esterne *rispetto a* quelle interne, di libertà da coercizione *rispetto a* libertà di credenza, o in una parola di realtà politica *rispetto a* simbolismo religioso sono tutti mezzi di determinazione con cui spiegare e definire la neutralità. Nella misura in cui queste distinzioni sono operanti, si adempie la condizione di neutralità.

Peraltro la costruzione giuridica di neutralità costituisce solo uno strato di significato, ma in realtà vi sono alcune altre dimensioni. La *neutralizzazione* appartiene a una rete di metafore che ordiscono una teoria della modernità e costituiscono una comprensione del liberalismo. In questi contesti il termine rimane indeterminato e vago. A rigore un *neutro* è un *né... né*, un caso di indeterminatezza rispetto a distinzioni di fondo. Ma visto dalla prospettiva di una metaforologia, *neutralità* si riferisce a un campo di concetti interpretativi come base, sostanza, territorio o regione, che considerano la realtà come un terreno comune (*Bodenmetaphem*). Così i nemici sono invitati a incontrarsi su un *terreno neutrale* per iniziare dei negoziati, essendo ciascuno di loro protetto da un sovrano straniero non coinvolto nei loro conflitti. Per istituire una neutralità è necessario un terzo o in generale una *terzietà*. Tuttavia la neutralità non va confusa con una sintesi reale, un terzo dialettico capace di abolire un'opposizione. La *neutralizzazione* non è una *riconciliazione*. È semplicemente un atto di nullificazione, l'apertura di un territorio indipendente in cui i conflitti in corso vengono accantonati. Ovviamente su un terreno neutrale i nemici hanno l'opportunità di accantonare l'inimicizia e di trasferire un conflitto violento sul piano di una razionalità discorsiva. Ma *di per sé* la *neutralizzazione* non arriva a tanto. Essa è piuttosto un mettere tra parentesi il conflitto in questione, e dunque un potere di trasformare qualcosa di *reale* in una mera possibilità. I nemici possono ritornare sui campi di battaglia, ma per il periodo corrente non hanno occasione di farlo, perché un potere supremo impedisce questo effetto. Con la neutralizzazione le forze selvagge che scatenano un conflitto vengono mitigate. Ciò avviene semplicemente con un dislocamento, un trasferimento da un regime (il campo di battaglia) a un altro (la zona neutrale); con questa transizione il conflitto si trasforma, senza risolversi. Quello che prima appariva come il centro di un'aspra disputa diventa una materia di minor conto. Cambiando il contesto quello che all'inizio sembrava il problema bollente diventa una questione marginale. Proibire alla religione di conquistare la sfera pubblica è quindi un mezzo per raffreddarne i bollori, trasferendola nell'ambito di un'opinione privata e di un atteggiamento individuale.

La religione non sembra più fare la differenza. Metterla da parte sembra costituire la sfera pubblica. Carl Schmitt ha descritto la storia della modernità come il processo di sostituire il centro organizzativo di un mondo con un nuovo centro, un cambiamento nel quale il centro precedente diventa prima controverso, poi periferico e in qualche modo trascurabile. In questo modo la religione è stata neutralizzata dalla teologia naturale e dalla metafisica, la metafisica dall'etica, il punto di vista morale dalla razionalità economica, e (l'ultimo passo verso l'età della neutralizzazione) l'economia è sovvertita dalla mera tecnocrazia. Così la *secolarizzazione* non è che un aspetto della *neutralizzazione*, e il suo stadio finale conduce a una situazione in cui non c'è assoluto se non il nulla in quanto tale. La neutralizzazione della religione finisce per creare un vuoto privo di qualsiasi senso e significato, che quindi si può accompagnare a qualsiasi credenza e ideologia. Con macchine e armi capaci di innumerevoli forme di utilizzo, a disposizione di ogni e ciascun sistema di credenza, il precedente valore di salvaguardare la neutralità è diventato una posizione di non interferenza. Di conseguenza la *neutralizzazione* si esplica nella sfera delle forme simboliche. La sensibilità umana per il significato e il senso viene conquistata dalla *neutralità*, il cui impatto fa impallidire tutto ciò che può dare un colore particolare alle vite umane. Schmitt ben presto nella sua carriera mise in evidenza questo punto illustrando la Chiesa Cattolica Romana e il suo potere rappresentativo. Il Cattolicesimo fungeva da eccellente paradigma di rappresentazione, giacché coniuga insieme la forma estetica (la liturgia e la manifestazione dell'arte), la forma giuridica (il Diritto canonico) e la sovranità, un modello rispetto a cui lo Stato liberale appariva pallido e debole³⁴. Secondo Schmitt il liberalismo e la democrazia difettano di ciò che la Chiesa Cattolica Romana manifesta nella sua vera natura: una sensibilità per la rappresentazione basata sul mistero dell'incarnazione. La *rappresentazione* è principalmente una manifestazione di presenza, fondata nella transustanziazione del pane e del vino nel corpo di Cristo. A confronto con questa presenza reale uno Stato politico moderno non rappresenta assolutamente nulla. Il meglio che si possa dire della norma secondo cui opera la sfera pubblica è che essa è guidata da una razionalità formale che rapporta dei mezzi a dei fini senza alcun significato particolare. Invece di rappresentazione e coinvolgimento troviamo una tendenza generale alla sostituzione e alla interscambiabilità. Siccome nessuno rappresenta alcuna cosa particolare, ognuno può essere sostituito da qualcun altro. Prevale il funzionalismo. Ogni segno può essere sostituito da un altro

³⁴ C. Schmitt, *Römischer Katholizismus und Politische Form*, Klett Cotta, Stuttgart 1984 (1925), p. 36.

e ogni valore può essere convertito in uno nuovo. Siccome il processo di neutralizzazione risulta da una perdita delle forme di rappresentazione, la Chiesa Cattolica visibile secondo Schmitt funge da memoria e da *katechon*³⁵, l'unica roccia solida che infrange le onde del relativismo.

Su questo sfondo il problema chiave sembra essere come correlare il concetto di neutralità con la metafora della neutralizzazione, vale a dire come rispondere alla questione se la crescita di un sistema giuridico completamente formale può essere giudicata alla luce di una generale tendenza alla neutralizzazione e al funzionalismo. Il regno della legge ovviamente stabilisce delle procedure formali che equipara la varietà di idee teleologiche. Ma la legge rende forse indifferenti gli atteggiamenti religiosi? L'ordine giuridico diffonde forse idee di indifferenza e disimpegno tra i cittadini? Ciò peraltro implicherebbe che la pretesa dello Stato di rimanere neutrale di fatto altera il clima sociale e stabilisce una società che considera le questioni religiose da un punto di vista scettico, se non addirittura cinico. Così l'intenzione di rimanere neutrale si trasforma in una quasi-confessione di neutralità³⁶, che non è più neutrale. Come ha rilevato Habermas, in queste circostanze una società graverebbe sui credenti, che dovrebbero rinunciare a confessare le loro più intime convinzioni nella sfera pubblica, mentre i non credenti avrebbero il vantaggio di essere già ben adattati alla condizione moderna³⁷. Pertanto il peso di tradurre le credenze personali in una razionalità pubblica grava principalmente su gruppi religiosi, mentre le persone non religiose appaiono come native nella terra del senso comune, cui viceversa le religioni di madre-lingua devono adattarsi. Se il liberalismo vuole bilanciare questa disuguaglianza, dovrebbe combinarla con una politica di riconoscimento.

In merito a questo dibattito in corso la filosofia della religione dovrebbe ancora una volta prendere in considerazione alcune delle sue distinzioni di fondo. Distinguendo tra *società civile* e *Stato* Hegel alludeva alla distanza con la quale la sfera degli interessi individuali e particolari è separata da quella in cui si istituzionalizza il riferimento alla generalità³⁸. Il *dominio della legge* istituito dallo Stato non è affatto un mezzo per rafforzare dei comportamenti che ci si può attendere da parte di individui possessivi che si trovano nella

³⁵ Id., *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, (Hg. E. von Medem), Duncker & Humblot, Berlin 1991, p. 63.

³⁶ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München 1932, p. 79 ss.

³⁷ Cfr. J. Habermas, *Glauben und Wissen: Friedenspreis des Deutschen Buchhandels 2001*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2001.

³⁸ G.W.F. Hegel, *Werke VII (Grundlinien der Philosophie des Rechts)*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1986, § 182 Zusatz, p. 339 s.

società. Al contrario il dominio della legge anticipa un punto di vista generale e forse persino universale, un punto di vista terzo che non può essere ridotto a esigenze e interessi individuali o al benessere di gruppi sociali³⁹. Lo Stato di diritto (lo Stato sotto il governo della legge) rappresenta una razionalità comune che non va confusa con la somma totale di ragione degli individui o con la maggioranza dei voti. La ragione si sviluppa nell'ordine giuridico grazie a categorie che l'organizzano e lo strutturano. Perciò lo Stato non rimane semplicemente neutrale al di sopra delle parti in conflitto; esso piuttosto promuove una diversa modalità di distinguere tra particolarità e universalità. In effetti grazie alle sue strategie di tracciare distinzioni l'ordine giuridico incide sulla vita religiosa e provoca le persone a ricostruire e trasformare le loro tradizioni religiose. Ciò non avviene tramite l'indottrinamento politico o l'intervento nelle questioni religiose, e neppure spingendo i credenti a un conformismo privo di impegno. Ma il fatto di richiedere la responsabilità per un terreno comune incide sulla maniera in cui i membri della società comprendono se stessi. Esso li provoca a agire secondo questa auto-comprensione. Pur essendo un criterio esterno e una cornice formale l'ordine giuridico viene reinterpretato dall'approvazione che esso incontra nel comportamento delle persone. Ciò genera una retroazione tra l'ordine formale e l'auto-comprensione dei cittadini, quando per es. essi sono impegnati a ridefinire le loro credenze religiose in relazione con il loro mondo della vita⁴⁰. Le regole comuni (persino la norma formale di eguaglianza) non sono un destino avverso che conduce dei credenti fanatici (quasi fossero zeloti) in un mondo estraneo dominato da forze di neutralizzazione. I credenti medesimi conoscono il compito di trasformare opinioni meramente soggettive in disposizioni atte a guadagnare consenso. Essi imparano a considerare la propria posizione da un differente angolo visuale. Quello che Kant ha chiamato il "modo esteso di pensare" (*erweiterte Denkungsart*), ossia la capacità di reinterpretare i propri giudizi dal punto di vista degli altri, modella dall'interno il loro comportamento. Perciò la religione si trasforma continuamente per traslazione, e non è esposta a oppressione esterna per via di neutralizzazione. La critica di Schmitt ha di mira un problema cruciale delle procedure formali, ma non tiene conto a sufficienza dei modi in cui la società civile risponde alla situazione.

³⁹ Cfr. *ivi*, § 258, p. 399 ss. e § 270, p. 415 ss.; K. Hartmann, *Hegel: a Non-Metaphysical View*, in *Hegel: A Collection of Critical Essays*, a c. di A. MacIntyre, Doubleday, Garden City 1972, pp. 101-124.

⁴⁰ Cfr. Ch. Polke, *Öffentliche Religion in der Demokratie: Eine Untersuchung zur weltanschaulichen Neutralität des Staates*, Evang. Verlagsanstalt, Leipzig 2009.

Tradizionalmente la teologia protestante pone molta enfasi sulla sua interpretazione del governo della legge quale impresa umana guidata dalla sola ragione (non come *lex divina* o come una incorporazione e descrizione della sacrosanta volontà di Dio). Ciò porta a una comprensione critica della sfera giuridica. Da un punto di vista teologico è assolutamente chiaro che la legge umana contiene sempre un'ambivalenza che può essere spiegata in maniera dialettica. Da una parte la legge nutre e coltiva sempre aspettative di giustizia infinita che eccedono le circostanze date e talvolta persino le potenzialità umane; dall'altra nondimeno essa viene utilizzata sul piano pragmatico come strumento, con tutte le sue ambiguità. Il concetto di legge formale si riconnette con l'idea di legge⁴¹; quest'ultima esprime una relazione di mutuo riconoscimento, mentre il primo si attiene semplicemente a metodi di uguale trattamento. Senza questo concetto (vale a dire senza una legge positiva) non vi sarebbe affatto la legge. Tuttavia la sfera giuridica contiene più che un semplice ordine formale; essa è impregnata da un surplus di significato, che è sì incorporato nelle norme (come principi interni), ma trascende altresì i limiti delle procedure formali. Così come l'applicazione in giudizio della legge non è una mera tecnica meccanica, ma richiede una capacità di giudicare (*Urteilstkraft*); per cui agire secondo la norma della legge include una comprensione della legge; essa riconosce un fatto importante, ossia che le norme giuridiche sono non soltanto restrizioni della libertà umana ma anche sue precondizioni. Pertanto la sfera giuridica porta con sé un significato che non può essere afferrato da interpretazioni unidimensionali.

Ora non c'è motivo di fare riferimento con troppa solennità a queste dimensioni più profonde. Non ha molto senso mettersi a celebrarle, giacché l'abbondanza non è solo una soluzione ma anche un problema. È esattamente la presenza di altre dimensioni che espone la sfera giuridica a formidabili richieste e desideri che non possono essere esauditi. Perciò distinguere tra legge e giustizia, procedure e aspettative, legislazione e morale è un compito che va sempre mantenuto in vita. In sintesi, bisogna ammettere che il *positivismo riflessivo* assomiglia sotto un certo profilo a quello che Tillich ha chiamato *realismo fedele*, salvo che esso non si impegna per un approccio ontologico al giusnaturalismo, bensì invita a prendere sul serio la legislazione umana.

⁴¹ Cfr. Kant, *Kritik der Urteilstkraft*, AA.VV., pp. 164-485 (p. 295 ss.).

