



Francesco Alicino

(ricercatore a t.d. in Diritto Canonico ed Ecclesiastico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUM "Jean Monnet" di Casamassima)

Religione e costituzionalismo occidentale. Osmosi e reciproche influenze*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I presupposti teologici. – 3. Tendenza teocratica, ma visione profana dei fenomeni normativi. – 4. La doppia faccia della secolarizzazione. – 5. Il costituzionalismo (medievale) cristiano. – 6. Le origini del costituzionalismo occidentale. Fra *apolitismo radicale* ... – 7. ... (segue) *messianismo temporale* e *rivoluzione scientifica*. – 8. Westfalia (1648): la territorializzazione del diritto religioso. – 9. La nuova religione della perfetta ragione. – 10. Dalla fine della sovranità westfaliana, al secondo dopoguerra ... – 11. ... (segue) alla questione islamica di questo secolo.

1 - Introduzione

Quello che avviene nel mondo, per la Grecia antica, a partire dall'ordine politico, deve essere ordinato secondo una legge non scritta, ma iscritta nell'ordine naturale delle cose e del cosmo, secondo cioè una struttura ontologica. In questa prospettiva, la natura guarda gli individui come sue creazioni e afferma la vita come flusso che divora continuamente le sue forme: come potenza che ne foggia sempre di nuove, apparentemente senza fedeltà e memoria. Neppure Zeus, il supremo degli Olimpici, è onnipotente "poiché anch'egli, non meno degli altri dèi, si trova inserito nel cosmo e nel suo ordinamento". L'uomo greco non conosce un Dio creatore trascendente: il cosmo ha per lui la priorità, e anche la potenza di Zeus è limitata dall'*ananke*, dalle leggi dell'ordinamento cosmico di cui fa parte¹.

* Il contributo è stato sottoposto a valutazione, ed è destinato alla pubblicazione nell'opera a cura di Carmela Decaro Bonella, *Radici religiose e itinerari costituzionali*, vol. I, *Islam e Occidente*, edito dalla casa editrice Carocci, Roma, 2012.

¹ M. POHLENZ, *Griechische Freiheit. Wesen und Werden eines Lebensideals*, Quelle & Meyer, Heidelberg, 1955, trad. italiana di M. Bellincioni, *La libertà greca*, Paideia, Brescia, 1963, p. 46. Sul punto anche F. CORDERO, *Diritto*, in AA.VV., *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Torino, 1978, vol. 3, p. 105 ss.; G. FILORAMO, *Che cos'è la religione. Temi, metodi, problemi*, Einaudi, Torino, 2004, p. 324 ss.



Viceversa, nella tradizione ebraica l'elemento dominante è il disegno divino, le cui fila risalgono a un atto volontaristico originario con il quale Dio, separando la luce (il giorno) dalle tenebre (la notte)², de-finisce – nel senso etimologico del termine (da de-finire; de-limitare) – il cosmo. Ne consegue un capovolgimento di prospettiva rispetto agli antichi greci e romani: qui la conoscenza si arresta davanti all'immodificabilità della natura³; per la tradizione ebraica la natura rientra nella progettualità umana, ma in funzione di quanto già prestabilito da Dio. Il che provoca uno slittamento semantico del termine *verità*. Dio ha collocato l'uomo nel mondo affinché egli ne sia il dominatore e, dominando, faccia opera di verità. Questa non è più intesa nell'accezione greca di *alétheia*, di *svelamento* delle leggi immutabili della natura, ma, piuttosto, in quella ebraica di *'emet*: ciò che è stabile, sicuro, e descrive i fondamenti dell'ordine cosmico; un ordine che l'uomo deve realizzare al pari di Dio. Si tratta, quindi, di una verità "che non si contrappone all'errore o alla falsità, ma semmai all'infedeltà" al comando di Dio o all'"ignavia"⁴. La concezione della verità ebraica non è qualcosa che si conosce, ma qualcosa che si pratica osservando la legge divina⁵.

Senza negarli *in toto*, la rivoluzione cristiana rielabora questi presupposti teologici, adeguandoli alla nuova prospettiva escatologica, basata sulla vicenda e l'insegnamento di Cristo: il Figlio di Dio che si è incarnato per la salvezza dell'uomo. L'incarnazione, infatti, è nel cuore stesso dell'annuncio cristiano, ne è, assieme alla risurrezione, il vessillo tematico⁶: il modo con cui Dio si è materializzato, entrando nel mondo sensibile. Un principio che l'ebraismo e l'Islam rifiuteranno in modo categorico.

² "Vide Iddio che la luce era buona e separò la luce dalle tenebre, e chiamò la luce 'il giorno', e le tenebre 'la notte'. Così fu sera, poi fu mattina: primo giorno": Genesi, 1-5.

³ "L'impossibilità di dominare la natura iscrive tanto il *fare tecnico* che l'*agire politico* nell'ordine immutabile della natura che l'uomo non può dominare, ma solo svelare. Da qui la concezione greca della verità come svelamento (*a-létheia*) della natura (*physis*) dalla cui contemplazione (*thèoria*) nascono le conoscenze relative al fare e all'agire": **U. GALIMBERTI**, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 279.

⁴ **U. GALIMBERTI**, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, cit., p. 293 ss.

⁵ Sul punto ampiamente **S. FACIONI**, *La cattura dell'origine: verità e narrazione nella tradizione ebraica*, Jaca Book, Milano, 2005, p. 36 ss. Si veda anche **S. QUINZIO**, *La Croce e il nulla*, Adelphi, Milano, 1984, p. 22 ss.

⁶ **M. GAUCHET**, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, Paris, 1985, trad. italiana di A. Comba, *Il disincanto del mondo: una storia politica della religione*, Einaudi, Torino, 1992, p. 35 ss.



L'incarnazione è insomma la specificità cristiana per eccellenza. Soprattutto se rapportata alle altre due principali religioni del Libro, per le quali Dio resta un essere *aperigraphotos*: impossibile da circoscrivere (da *perigraphê*; circoscrizione) e limitare, meno che mai nella forma e nei limiti di un soggetto umano⁷. Nella tradizione ebraica, ad esempio, si arriva al punto di rifiutare la rappresentazione della persona umana, poiché questa è considerata come un segno di idolatria e negazione dell'esclusiva signoria della creazione di Dio⁸. Analogamente, per l'Islam Dio è un essere che "non generò né fu generato"⁹. "Nessuno gli è pari"¹⁰: "non v'ha simile a Lui cosa alcuna"¹¹. È assolutamente trascendente. Pur avendoli creati, stabilendo la loro struttura razionale e le leggi per il loro funzionamento, Dio è "al di là del mondo, del tempo e dello spazio"¹². E pur essendo all'uomo "più vicino che la grande vena del collo"¹³, è colui che è "troppo glorioso e alto per avere un figlio!"¹⁴. Si spiega così la polemica del Corano nei confronti del cristianesimo. Una polemica incentrata, e non a caso, sull'incarnazione di Cristo:

"O gente del Libro! Non siate stravaganti nella vostra religione e non dite di Dio altro che la Verità! Ché il Cristo Gesù figlio di Maria non è che il Messaggero di Dio, il suo Verbo che egli depose in Maria, uno Spirito da Lui esalato. Credete dunque in Dio e nei suoi Messaggeri e non dite: Tre! Basta! E sarà meglio per voi!"¹⁵.

Come tuttavia evidenzia il classico studio di Marcel Mauss¹⁶, sarà proprio questa caratteristica, peculiare e specifica del cristianesimo, a influire non solo e non tanto nei rapporti con le altre confessioni, ma anche e soprattutto nello sviluppo della secolarizzazione. Un processo

⁷ **G. RAVASI**, *Il realismo di nascere nella storia*, in *Il Sole 24Ore Domenica*, 19 dicembre 2010, p. 2.

⁸ **E.E. URBACH**, *The rabbinical laws of idolatry in the Second and Third Centuries in the Light of Archaeological and Historical Fact*, in *Israel exploration Journal*, 1959, n. 9, p. 149 ss.

⁹ Cor. CXII, 3 (trad. italiana di A. Bausani, *Il Corano*, BUR, Milano, 2006).

¹⁰ Cor. CXII, 4.

¹¹ Cor. XLII, 11.

¹² **M. CAMPANINI, K. MEZRAN**, *Arcipelago Islam. Tradizione, riforma e militanza in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. X.

¹³ Cor., L, 16.

¹⁴ Cor., IV, 171.

¹⁵ Cor., IV, 171.

¹⁶ **M. MAUSS**, *Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de "moi"* (1938), in **M. MAUSS**, *Sociologie et anthropologie*, PUF, Paris, 1938, p. 333 ss., trad. italiana di F. Zannino (con *Introduzione* di C. Lévi-Strauss e *Prefazione* di E. De Martino), *Teoria generale della magia e altri saggi*, Einaudi, Torino, 2000, p. 371 ss.



che, pur sostenendo la separazione fra la *civitas* (l'ordine pubblico tendenzialmente atemporale) e la *communio fidelium* (le organizzazioni religiose), si afferma anche con un percorso inverso: con l'inserzione all'interno del diritto civile positivo di idee teologiche che hanno formato la base della dogmatica giuridica del costituzionalismo occidentale¹⁷. Lo testimonia l'evoluzione del concetto di persona, da un lato, e di quello di autorità statale, dall'altro¹⁸. Che sono poi gli ambiti in cui è ancor oggi possibile individuare i tratti essenziali, o i caratteri permanenti, di un ordinamento autenticamente costituzionale opposto, per definizione, a un regime assolutista, autoritario o tirannico¹⁹.

Riguardo alla persona, è noto che nella Roma antica il termine indicava la maschera teatrale che copriva il volto dell'attore. Trasposto nell'agone giuspolitico, questa figura era anche utilizzata per indicare la qualità di un individuo: la sua posizione sociale e giuridica al cospetto di altri soggetti presenti e operanti all'interno della comunità, politicamente organizzata. In epoca romana questa qualità non era tuttavia attribuita a tutti gli esseri umani. Non esisteva un concetto universale di persona, bensì diversi gradi di personalità: lo schiavo, il libero, i figli, le donne, gli stranieri, il *pater familias*. È solamente con l'avvento del cristianesimo, e segnatamente con la vicenda di Gesù Cristo, con il quale Dio assume un volto e s'incarna – si fa carne – in un uomo e per la salvezza di tutti gli uomini, che inizia il processo di progressiva universalizzazione dello *status* di persona²⁰.

In effetti, la nascita di Gesù e la conseguente rivoluzione cristiana daranno un contributo fondamentale all'affermazione di un nuovo *homo juridicus*, con il quale all'uomo sarà via via riconosciuta una

¹⁷ P. PRODI, *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 401.

¹⁸ F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Böhlau Nachfolger, Weimar, 1961, p. 158 ss.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. II, p. 315 ss.

²⁰ "Qui si deve comprendere che l'identificazione ad un unico e medesimo corpo del Cristo produce un cambiamento di natura tale che annulla tutte le differenze ... Non si tratta semplicemente d'uno stato civile nuovo che sostituirebbe quello antico, ma di una natura umana nuova che si crea nel cristiano, nella partecipazione a quella del Cristo. Ha così inizio un'umanità nuova, fenomeno comparabile a quello della prima creazione"; L. CERFAUX, *La Théologie de l'Église suivant saint Paul*, Paris, CERF, 1965, trad. italiana a di T. Federici, *La teologia della Chiesa secondo san Paolo*, (con Introduzione di T. Federici), Roma, AVE, 1968, p. 177-178.



propria personalità, a prescindere dalla sfera sociale di appartenenza²¹. Semplificando, possiamo dire che questa concezione nasce con l'avvento del cristianesimo, passa nel moderno giusnaturalismo, si perfeziona con l'illuminismo settecentesco e si consolida nel secondo dopoguerra. Talché, parafrasando l'art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, a ogni essere umano è oggi conferita una personalità giuridica. Come osserva Roberto Esposito, non bisogna però dimenticare che questo fondamentale principio – inscritto in quasi tutte le costituzioni occidentali – resta tuttora profondamente segnato “dalla contaminazione con i concetti teologici secolarizzati”²².

A ciò s'aggiunga che, nel contesto del costituzionalismo occidentale, oltre a vedersi riconosciuto come persona (giuridica), un uomo può oggi essere considerato un individuo, nell'accezione latina e primaria del termine: *in-dividuus*, che non è divisibile. La particella elementare e imprescindibile della società. Un ente composto di anima e corpo che, nella *polis*, ovvero nei rapporti con gli altri uomini, suoi simili, agisce ed è presente con una sua dignità e, appunto, personalità²³.

Nella storia occidentale lo sviluppo del concetto di persona si accompagna pure all'evoluzione della nozione di autorità. In questo caso l'attenzione si focalizza sugli elementi fondanti dei rapporti che, all'interno di un fenomeno giuridico-politico, vengono a stabilirsi fra i governati e i governanti; ciò che, in fondo, definisce un dato modello ordinamentale (tirannico, autoritario, democratico, costituzionalista ecc.). E, come si cercherà di dimostrare, anche qui – ovvero sia nel processo storico che ha portato alla definizione di questi elementi – la

²¹ **A. SUPIOT**, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Édition du Seuil, Paris, 2005, trad. it. a cura di B. Ximena Rodriguez, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Mondadori, Milano, 2006, p. 8 ss.

²² **R. ESPOSITO**, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino, 2007, p. 25.

²³ A ogni essere umano è infatti riconosciuto “uno statuto universale di persona, indipendentemente dalla sua cittadinanza nazionale”; **S. BENHABIB**, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, trad. italiana di S. De Petris, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Cortina, Milano, 2006, p. 53. Si veda anche **S. RODOTÀ**, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 25 e p. 32; **M.C. NUSSBAUM**, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, trad. italiana di E. Greblo (con Introduzione di C. Saraceno), il Mulino, Bologna, 2002; si veda anche **M.C. NUSSBAUM**, *Women and Human Development: the Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, trad. italiana di W. Mafezzoni, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001.



religione, e segnatamente la religione cristiana, ha in vario modo e con differenti risultati svolto un ruolo di assoluta, primaria importanza.

2 - I presupposti teologici

Dopo aver raggiunto un grado sufficientemente alto di istituzionalizzazione ed essersi imposta sul "variegato Pantheon romano come unica religione di Stato", la confessione cristiana comincia ad incidere profondamente sulla teoria e sulla pratica del potere politico occidentale²⁴. Al punto che già in epoca premoderna²⁵, nei contesti normativi in cui risulta predominante, il culto cattolico fornisce al suddetto potere le risorse di senso per giustificare se stesso e la propria autorità. L'azione politica del sovrano deve in altre parole essere in armonia con il volere dell'Altissimo, del quale i principi e i monarchi terrestri diventano spesso i vicari (*Deus vicarius*). Lo attestano, fra le altre, alcune importanti interpretazioni riguardanti il pensiero e l'opera di san Paolo.

Com'è noto, nella *Lettera ai Romani* (13, 2) Paolo afferma che ciascuno deve essere "sottomesso alle autorità costituite; poiché non c'è autorità se non da Dio e quelle che esistono sono stabilite da Dio. Chi dunque si oppone all'autorità, si oppone all'ordine stabilito dall'Onnipotente. E quelli che si oppongono si attireranno addosso la condanna"²⁶:

²⁴ **G. FILORAMO**, *La croce e il potere. I cristiani da martiri a persecutori*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 288 ss.

²⁵ Per quanto riguarda la difficile ripartizione storica fra premoderno e moderno si vedano le illuminanti riflessioni di **P. PRODI**, *La storia moderna*, in P. Prodi, *Storia moderna e genesi della modernità*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 25-89.

²⁶ *Rm* 13, 2. Analogo l'ammonimento nella prima *Lettera di Pietro* (2, 13; 3, 1): "State sottomessi ad ogni istituzione umana per amore del Signore: sia al re come sovrano, sia ai suoi governatori come ai suoi inviati per punire i malfattori e premiare i buoni. Perché questa è la volontà di Dio: che operando il bene, voi chiudiate la bocca all'ignoranza degli stolti ... I servi siano sottomessi ai padroni con ogni timore, non solo quelli buoni e misericordiosi, ma anche a quelli odiosi ... E allo stesso modo anche le donne siano sottomesse ai mariti, perché se alcuni non credono alla parola siano guadagnati dal comportamento delle mogli". Da notare che il verbo utilizzato da Pietro (*hypotassamai*) è il medesimo di quello che compare nell'epistola paolina. Ma va anche sottolineato che nella *Lettera di Pietro* la "sottomissione" non si limita alle autorità statali (re, governatori e relativi inviati), ma discende sino all'ambito dei rapporti domestici e familiari (padroni, mariti). Si veda sul punto **M. RIZZI**, *Cesare e Dio. Potere spirituale e potere secolare in Occidente*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 44 ss.



“I governanti non sono da temere quando si fa il bene, ma quando si fa il male. Vuoi non avere da temere l'autorità? Fa' il bene e ne avrai lode, poiché essa è al servizio di Dio, per il tuo bene. Ma se fai il male, allora temi, perché non invano essa porta la spada; è infatti al servizio di Dio per la giusta condanna di chi opera il male”²⁷.

Se interpretato alla lettera, l'assunto paolino confuta qualsiasi curiosità su come alcuni soggetti siano arrivati al potere: basti sapere che ci sono, taglia corto Calvino mille e cinquecento anni dopo²⁸. Ne consegue una vera e propria apologia della sovranità (*suprema potestas*), che si risolve nella logica del principio di effettività: il dovere di ubbidire dipende dal fatto che qualcuno, insediato al vertice dell'autorità civile, sia in grado di imporre la propria volontà. Il sovrano celeste legittima, così pare, ogni sommossa o complotto che affossi un governo costituendone un altro, indipendentemente dagli sfondi morali. Militare o elettorale che sia, a fine contesa la vittoria indica chi governa sotto l'insegna di Dio²⁹. Una vera e propria santificazione del fatto compiuto che, lungi dal favorire una pace duratura, può scatenare lotte armate per l'investitura del titolo: stante questa interpretazione, molti vorranno conquistare il potere statale poiché, una volta insediati al suo vertice, potranno godere di una legittimazione di origine divina, trascendente.

Ed è così che, ad esempio, si spiegano “le ambiguità e le incertezze” con cui san Tommaso d'Aquino – propugnatore di una mediazione col divino basata sull'analisi razionale (*recta ratio*), per cui la grazia non cancella le leggi della natura, ma le porta a compimento³⁰ – si muove in questo filone dottrinale. Lo si percepisce soprattutto quando egli deve affrontare il problema della liceità dell'opposizione al

²⁷ Rm. 13, 4. Sul punto si veda, fra gli altri, **W. AFFELDT**, *Der Stand der Exegese von Röm. 13, 1-7*, in **W. AFFELDT**, *Die weltliche Gewalt in der Paulus-Exegese: Röm. 13, 1-7 in den Römerbriefkommentaren der lateinischen Kirche bis zum Ende des 13. Jahrhunderts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1969, p. 115 ss.

²⁸ **IOHANNIS CALVINI**, *Epistolae Novi Testamenti catholice Commentarii*, Sumptibus Librariae Gebaueriae, Halis Saxonum, 1832, p. 174 ss., spec. p. 175: “etiamsi exarmatus esset magistratus, quem impune lacescere et contemnere liceret, nihilo magis esset id tentandum, quam si poenam statim imminere cerneremus”.

²⁹ Certi aspetti della “ferocia” giudiziaria dell'ultimo medioevo trovano così un sostegno legittimante nel concetto di *ira divina*, del quale il giudice-inquisitore è l'esecutore. Se ogni potere proviene da Dio, “tutti i poteri sono stati da lui istituiti”. Disubbidire al magistrato significa allora resistere a Dio, la cui volontà sensibile e terrena si realizza nello Stato, suo servitore; **J. HUIZINGA**, *Autunno del medioevo*, Rizzoli, Milano, 1998, p. 6 ss.

³⁰ **TOMMASO D'AQUINO**, *Summa theologiae*, I, q. 1.



sovrano malvagio o tirannico. Un problema che, partendo dai presupposti or ora evocati, “la massima parte della riflessione teologico-politica” precedente all’Aquinate ha recisamente negato, e proprio “in nome della derivazione a *Deo* di ogni *potestas* secolare”³¹.

Sul punto i testi biblici, e soprattutto le *Lettere* di san Paolo, contengono un’ambivalenza di fondo che, in effetti, impedisce “di vedervi semplicemente la celebrazione della origine divina di ogni potenza statale”³². In realtà, san Paolo non attribuisce un valore positivo e incondizionato all’esistente. Più umilmente il suo è il rifiuto della rivoluzione, percepita come sfida a Dio, quindi destinata all’insuccesso. Il che complica notevolmente il discorso, laddove si sostiene che la non-rivoluzione “è la migliore preparazione alla vera rivoluzione”³³: la vera risposta rivoluzionaria all’ingiustizia dell’ordine esistente. Che è poi funzione divina e che s’invera nell’opera di rimettere i peccati, consolare gli afflitti e resuscitare i morti³⁴. E, in ultima analisi, soddisfare questi obiettivi è compito di Dio, l’unico in grado di perseguire risultati di questa portata. Questa “è la [sola] risposta all’oltraggio contenuto nell’ordine esistente”³⁵.

Ciascun uomo deve pertanto essere sottoposto all’autorità costituita. Proprio perché un calcolo umano in una materia del genere non ha alcun senso: la “questione è talmente obiettabile che si finisce per non obiettare più nulla”³⁶. Non si nega una funzione all’ordine costituito terrestre, piuttosto se ne ridimensiona la dignità. Insomma, l’interesse primario dell’uomo non deve riferirsi agli ordinamenti esistenti, e neppure a un’attività dell’uomo nei riguardi di questi ultimi.

Si spiega così il versetto che conclude il XII capitolo dell’*Epistola ai Romani*: “Non lasciarti vincere dal male, ma vinci il male col bene”. Questa frase, commenterà Karl Barth nella prima metà del Novecento,

³¹ M. RIZZI, *Cesare e Dio*, cit., p. 42-42.

³² P. WERNLE cit. in K. BARTH, *Der Römerbrief*, Evangelischer Verlag Zollikon, Zürich, 1954, trad. italiana di G. Miegge, *L’Epistola ai Romani*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 458.

³³ K. BARTH, *L’Epistola ai Romani*, cit., p. 464.

³⁴ D’altra parte, in questa prospettiva teologica, solo Dio “è in grado – di fronte (o in mezzo) al male – di non essere contaminato”: “l’impossibilità di qualsivoglia *contaminatio*, e dunque l’assoluta incorruttibilità, del “Santo” trova la sua epifania nel Cristo: Dio nel mondo”; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici ‘religiose’ dello Stato ‘laico’*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 8.

³⁵ K. BARTH, *L’Epistola ai Romani*, cit., p. 459 (corsivo dell’Autore).

³⁶ F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Aragno, Torino, 2008, 2ª ed., p. 257.



nulla dice a favore dell'esistente, ma l'*Epistola* molto contiene a sfavore del rivoluzionario, nemico dell'ordine e del disegno divino:

"Difatti, a colui che *cerca* l'ordine di Dio, quale impressione può fare l'ordine esistente, l'ordine già *trovato*, fuorché quella della personificazione della iniquità trionfante? Che altro può essere, se non una nuova fortificazione e difesa dell'uomo contro Dio, un'assicurazione del corso normale del mondo contro l'inquietudine che gli è preparata da ogni parte, per mezzo della grande problematicità della sua presupposizione; una congiura dei molti, dei moltissimi contro l'Uno che si annunzia, che può annunziarsi soltanto dove la quiete, la sapienza, la forza dei molti è giunta al termine? L'ordine! Che cosa significa l'ordine *esistente*? Che l'uomo ancora una volta è venuto al chiaro ipocritamente con se stesso. Che egli, il codardo, ancora una volta si è messo al sicuro contro il mistero della sua esistenza. Che egli, il pazzo, ha ottenuto mendicando ancora una volta, che fosse differita di un quarto d'ora l'esecuzione della sua condanna a morte. In tutte le accuse che sono scagliate contro l'ordine, dall'Apocalisse di Giovanni a Nietzsche, dagli anabattisti agli anarchici, non è posta in questione la sua cattiva *qualità*, la sua maggiore o minore corruzione, ma la sua *esistenza* ... Quanto più perfetto si presenta il diritto nella realtà fenomenica, tanto più appare come l'ingiustizia³⁷ ... L'uomo può anche intervenire sull'ordine esistente, modificandolo, ma solo in vista e con l'obiettivo di dare corpo al progetto divino. In ogni caso, deve sempre tenere a mente che Dio è Colui davanti al quale l'esistente cade e trapassa. Ciò che rende svantaggiosa per noi la possibilità della ribellione nei confronti della possibilità di non ribellarci. La vera rivoluzione viene da Dio e non dalla ribellione degli uomini"³⁸.

In tal modo, mentre l'impero romano si va disgregando, Agostino, teorizzatore di una *Città di Dio* che precede quella degli uomini – e per il quale l'intreccio determinato fra il messaggio evangelico contenuto in Mt 22, 21 ("Rendete dunque a Cesare quello che è di Cesare e a Dio

³⁷ K. BARTH, *L'Epistola ai Romani*, cit., p. 459 (corsivo dell'Autore).

³⁸ K. BARTH, *L'Epistola ai Romani*, cit., p. 467-468. Sul punto M. RIZZI, *Cesare e Dio*, cit., p. 28, per il quale, "pur non fornendo un'esegesi critica in senso stretto, le pagine di Barth mettono ancora oggi a nudo le implicazioni teologiche di qualsiasi interpretazione storica dei passi in questione; non è infatti un caso che il dibattito dei decenni posteriori si sia svolto proprio sulla linea di frattura che passa tra la legittimità dello Stato e della politica e la dimensione escatologica del cristianesimo". Si veda anche la bibliografia ivi pure riportata (nota 12).



quello che è di Dio")³⁹ e il principio di di cui *Rm 13* rappresenta il fulcro della sua teologia politica⁴⁰ – afferma che

“Autore e fonte di felicità è solamente quel Dio, che essendo il solo vero Dio, *concede i regni terreni ai buoni e ai cattivi*; e non lo fa con imprevedibile casualità, perché è Dio e non la fortuna, bensì secondo un ordine delle cose e del tempo che sfugge a noi ma è ben noto a lui. A quest’ordine temporale egli non è vincolato, ma lo regge e lo controlla come signore e padrone”⁴¹.

Detto altrimenti, la vera “*giustizia è solo in quello Stato, se pure si può chiamare così, fondato e retto da Cristo*”, anche se “è innegabile che esso sia cosa del popolo”⁴². La religione finisce così per conferire alla società terrena, *Città degli uomini*, elementi per stabilire un ordine (da *ordo*, indi ordinamento) composto dall’insieme delle norme che regolano la vita della comunità. Si tratta in altre parole di un sistema normativo che s’informa alla volontà divina, anteriore e superiore a qualsiasi aspirazione umana⁴³.

³⁹ Sul pensiero di Agostino in relazione a questa specifica tematica **M. RIZZI**, *Cesare e Dio*, cit., p. 89 ss.

⁴⁰ **G. LETTIERI**, *Riflessioni sulla teologia politica in Agostino*, in **AA.VV.**, *Il dio mortale. Teologie politiche tra antico e contemporaneo*, a cura di P. Bettolo, G. Filoramo, Morcelliana, Brescia, 2002, p. 215 ss. Si veda anche **G. LETTIERI**, *L’altro Agostino. Ermeneutica e retorica della grazia dalla crisi alla metamorfosi del De doctrina christiana*, Morcelliana, Brescia, 2001, spec. p. 459-488; **G. LETTIERI**, *Il senso della storia in Agostino d’Ippona. Il saeculum e la gloria nel De civitate Dei*, Edizioni Borla, Roma, 1988, spec. p. 126 ss.; **G. LETTIERI**, *Sacrificium civitas est. Sacrifici pagani e sacrificio cristiano nel De civitate Dei di Agostino*, in *Annali di storia dell’esegesi*, 2002, n. 19, p. 127 ss.

⁴¹ **AGOSTINO DI TAGASTE**, *La città di Dio*, Rusconi, Milano, 1984, Libro IV, p. 257 e Libro II, p. 157 (corsivo mio).

⁴² *Ibidem*. Sulla base di questi presupposti, o meglio nella visione più estrema di questa impostazione, alcuni affermano che il sapere è inevitabilmente subordinato al potere: “L’autorità vede in generale il proprio interesse nella conservazione delle idee ricevute: i pregiudizi e gli errori che le appaiono necessari a garantire il suo potere vengono perpetuati nella forza, che non si sottomette mai alla ragione”; **P.H.D. D’HOLBACH**, *Le Système de la nature, ou des lois du monde physique et du monde moral*, a cura di M. Mirabaud, Marc-Michel Rey, Londres, 1770, trad. italiana di A. Negri, *Sistema della natura*, UTET, Torino, 1978, p. 179. Sul punto anche **F. CORDERO**, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, cit., p. 230 ss.

⁴³ I segni di questo modo di intendere il rapporto fra Dio e la comunità degli uomini emergono con evidenza nel *Catechismo della Chiesa Cattolica* (sez. II, part. I, cap. III, art. 6) nella parte dedicata alla *Celebrazione del Mistero Cristiano*, lì dove s’afferma che “*Ordo est sacramentum per quod missio a Christo Ipsiis Apostolis concredita exerceri pergit in Ecclesia usque ad finem temporum: est igitur ministerii apostolici sacramentum*”; l’“Ordine è il sacramento grazie al quale la missione affidata da Cristo



D'origine eminentemente religiosa, questa concezione fa sì che il ruolo e l'idea stessa del potere politico subiscano notevoli mutazioni, le quali si incentrano, ancora una volta, sulla nozione cristiana dell'incarnazione. Al punto che, con il passare del tempo, si sente sempre più spesso parlare del principe come di un sovrano incarnato e dell'incarnazione come della "dépendance envers l'au-delà dans une autorité d'ici-bas"⁴⁴. Ne deriva una concezione della struttura giuridica statale i cui fili normativi si dipanano dalla *potestas* divina verso gerarchie mondane del potere. L'archetipo di questo sistema diventa infatti la *Respublica sub Deo*, nella quale tutte le autorità, ecclesiastiche e secolari, sono ricondotte a una comune derivazione: la legge divina. O meglio, le regole su cui si regge la comunità politica sono inserite in un sistema gerarchico al cui vertice troviamo la legge di Dio. Ed è così che il cristianesimo ripropone l'unità e l'universalità del decaduto impero romano. Di modo che tutte "le strade portano, ancora una volta, a Roma", lì dove il papato si afferma "come centro indiscusso di un nuovo Occidente cattolico"⁴⁵.

Il cattolicesimo costituirà invero il motore del processo di formazione del nascente diritto europeo-occidentale⁴⁶ che, con forme diverse e con diversa valenza, dal livello imperiale s'attesterà nelle singole monarchie territoriali, embrioni dei futuri Stati nazionali⁴⁷. Un processo che vede la Chiesa e il relativo diritto canonico porsi accanto allo "*ius civile* romano-giustiniano come uno degli *iura communia*", componendo via via "il complesso dell'*utrumque ius*"⁴⁸: espressione utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza medievale per designare

ai suoi Apostoli continua ad essere esercitata nella Chiesa sino alla fine dei tempi: è, dunque, il sacramento del ministero apostolico".

⁴⁴ **M. GAUCHET**, *La religion dans la démocratie*, Gallimard, Paris, 1998, p. 102.

⁴⁵ **P. BROWN**, *The Rise of Western Christendom. Triumph and Diversity. A.D. 200-1000*, London, Blackwell publishers Ltd, 2003, trad. italiana di **M. SAMPAOLO**, *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5.

⁴⁶ **P. BELLINI**, *Respublica sub Deo. Il primato del sacro nell'esperienza giuridica dell'Europa preumanista*, Le Monnier, Firenze, 1981, p. 112 ss.

⁴⁷ Sul punto **C. CARDIA**, *Universalità della funzione petrina (Ipotesi ricostruttive)*, in **A.A.VV.**, *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinando Bertolino*, Giappichelli, Torino, 2011, vol. I, il quale, ragionando sulle riflessioni di Peter Brown ora citato, vede l'universalismo cristiano affermarsi "sin dagli inizi perché il cristianesimo è una religione universale e locale insieme, diffonde e radica linguaggi e culture ovunque, cancella la distanza tra centro e periferia del mondo" (p. 96).

⁴⁸ **O. CONDORELLI**, *Le radici del dualismo cristiano nella tradizione cattolica: alcuni aspetti*, Relazione presentata al Colloquio Internazionale su *La laicità nella costruzione dell'Europa. Dualità del potere e neutralità religiosa*, Università di Bari "Aldo Moro", 4-5 novembre 2010, p. 3 del *Paper*, ora in *Diritto e Religioni*, anno VI, 2011, n. 2, p. 450-486.



l'intima correlazione esistente tra il diritto civile e quello, appunto, canonico⁴⁹.

In Oriente, invece, l'Impero, dopo una fase di centralizzazione del potere civile – all'interno del quale il vertice dell'ordine costituito (τάξις) è perfettamente speculare al Regno dei cieli, venendo addirittura rappresentato come *imago Christi*⁵⁰ –, conosce subito un lungo periodo di profonda incertezza, che dal piano teologico si riverbera su quello politico e giuridico. Basti dire della controversia cristologica che, nel tentativo da parte dei vari imperatori di trovare una soluzione duratura, finisce per ottenere peggioramenti a catena:

“Zenone (474-91) produsse nel 484 un decreto, chiamato *Henotikon* (lett. strumento d'unione), a causa del cui tenore indeciso sorse lo scisma “acaciano”, terminato nel 518-19; Anastasio (491-518) fu un monofisita convinto e il suo radicalismo portò allo scisma laurenziano; Giustino (518-27) professò il credo calcedonense, mentre il nipote Giustiniano (527-65) ebbe un atteggiamento ondivago, dovuto probabilmente anche al convinto monofisismo della consorte Teodora, che lo spinse a tutta una progressione di iniziative, fino allo scontro diretto con il papato romano; anche Eraclio ebbe a fallire quando nel 638 formulò un documento definito *Ekthesis* con il quale parve seguire il monoenergismo e in parte il monotelismo professato dal patriarca Sergio (610-38), dottrine incentrate entrambe sul rapporto tra unicità della divina volontà (τέλῆμα) e molteplicità della sua manifestazione spirituale (ἐνέργεια)”⁵¹.

⁴⁹ **B. TIERNEY**, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, spec. par. 2 del primo cap., *The Canonist: Ruler and Community*, p. 13 ss., in part. p. 15-19. Sul punto si veda anche **P. GROSSI**, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 87 ss.

⁵⁰ Un potere, quindi, “circondato da una schiera di sapienti e di martiri (la corte) con angeli armati (l'esercito)”; **G. OSTROGORSKY**, *The Byzantine Emperor and the Hierarchical World Order*, in *Slavonic East Europe R.*, 1956-1957, p. 1-14. Sul punto anche **V.M. MINALE**, *Gibbon e l'ordinamento giuridico bizantino. Spunti di riflessione*, in *Annali dell'Istituto per gli studi storici*, XXIII, 2008, p. 312.

⁵¹ **V.M. MINALE**, *Gibbon e l'ordinamento giuridico bizantino*, cit., p. 303-304, a cui rimandiamo anche per la corposa bibliografia sul tema. A ciò si aggiunge la crescente importanza del monachesimo orientale che, secondo Edward Gibbon, rappresenta l'esempio migliore della indissolubile connessione fra gli affari civili e quelli ecclesiastici (*indissoluble connection of civil and ecclesiastical affairs*); **E. GIBBON**, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, A. Strahn and T. Cadell, London, 1776-1789, vol. II, cap. XXXVII, p. 1331, trad. italiana di G. Frizzi, *Storia della decadenza e caduta dell'Impero romano*, Einaudi, Torino, 1967, p. 1327: “l'inseparabile connessione degli affari civili ed ecclesiastici mi ha costretto e confortato a riferire i progressi, le persecuzioni, lo stabilimento, le divisioni, il trionfo definitivo e la graduale corruzione



Tanto premesso, va anche precisato che i presupposti teologici sottostanti il processo di formazione del diritto europeo-occidentale non preludono, perlomeno non necessariamente, a una sovrapposizione dei due ordini, civile e religioso. Piuttosto, si dovrà parlare di collateralità. Si può dire che, con tutta la sua specificità e autenticità⁵², il diritto della

del cristianesimo. Ma ho differito di proposito l'esame di due avvenimenti religiosi, interessanti per lo studio della natura umana e importanti per la decadenza e caduta dell'impero romano: I) l'istituzione della vita monastica e, II), la conversione dei barbari settentrionali".

Va peraltro sottolineato che, minando la stabilità politica dell'impero d'Oriente, l'estrema frammentazione delle posizioni teologiche facilita la progressiva espansione della nascente religione islamica in questa parte del mondo: una espansione vieppiù alimentata dalla sanzione ideologica e dalla notevole forza di persuasione dell'Islam definito, non a caso, come la nuova "religione forte". Già nella prima metà del 600 Bisanzio appare gravemente indebolita. Nel 630 "l'imperatore bizantino riuscì, con l'utilizzo di tutte le forze, a riconquistare i territori occidentali", riportando trionfalmente "la croce di Cristo ... a Gerusalemme. La città rimane cristiana? Non per molto. I bizantini avevano festeggiato per così dire una falsa vittoria, poiché avevano esaurito le loro forze contro l'avversario sbagliato": infatti, "a metà degli anni Trenta, nel deserto arabo si forma una potenza, la cui pericolosità viene sottovalutata nelle splendide capitali dell'impero bizantino e di quello persiano. E il nuovo califfo 'Umar, dopo la vittoria di Agnādayn del 634, sa usare il momento a vantaggio della causa musulmana", alimentando "l'impeto di questa improvvisa espansione"; **H. KÜNG**, *Der Islam*, Piper, München 2004, trad. italiana di S. De Maria, G. Giri, S. Gualdi, V. Rossi, L. Santini, *Islam. Passato, presente e futuro*, Rizzoli, Milano, 2008, p. 207-208. Sull'espansione della religione islamica e sulla formazione dell'impero musulmano si veda l'articolata e dettagliata descrizione di **P. BROWN**, *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, cit., spec. p. 362-392. Sul punto anche **F.M. DONNER**, *The Early Islamic Conquests*, Princeton University Press, Princeton, 1981, p. 251 e 253.

⁵² Sul punto per tutti si vedano **R. BERTOLINO**, *Lezioni di diritto canonico* (raccolte a cura di M.C. Ruscazio, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1-2; **G. LO CASTRO**, *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 19 ss.; **C. FANTAPPIÈ**, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 103 ss.; **S. BERLINGÒ**, *La tipicità dell'ordinamento canonico (nel raffronto con gli altri ordinamenti e nell'"economia" del "diritto divino rivelato"*, in *Ius Ecclesiae*, 1998, n. 1, p. 95 ss.; **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 58 ss.; **R. SOBANSKI**, *Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano*, in *Ius Ecclesiae*, 1997, n. 9, p. 19-43; **J. HERVADA**, *Introducción al estudio del derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2007, p. 40 ss. Si veda anche **P. PRODI**, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 105 ss.; **F. CORDERO**, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 215 ss.; **M. HAUKE**, *Il soggetto del ministero ordinato. Aspetti teologici e giuridici*, in **AA.VV.**, *Il ius divinum nella Vita della Chiesa. XIII Congresso internazionale di diritto canonico*, a cura di J.I. Arrieta, Venezia, Marcianum Press, 2010, p. 975-992, spec. p. 984 ss.



Chiesa si affianca al diritto romano barbarico⁵³, influenzando al contempo i costumi e le regole delle singole comunità locali⁵⁴.

3 - Tendenza teocratica, ma visione profana dei fenomeni normativi

Seppur con esiti e prospettive differenti, nel meccanismo di legittimazione del potere politico, sia in Occidente che in Oriente emerge un dato comune: agendo come *vicarius Dei*, al monarca terrestre è riconosciuto un certo grado di sacralità. Ciò significa che il potere politico è sacro perché mediatore di quello divino: il luogo in cui si effettua la congiunzione fra Dio e le istituzioni terrene. Ciascuno può così ritrovare nel sovrano terrestre il segno tangibile che lo sottomette all'Onnipotente. Ed è oltremodo naturale che alle istituzioni secolari si affianchino le istituzioni di *Mater ecclesia*, proprio perché esse danno corpo e sostanza a questa visione teologica. Istituzioni che, per questi motivi, cercano di far rientrare nella loro orbita di controllo, o quantomeno di influenza, il potere statale. Ne conseguono una legislazione e un diritto ecclesiastico, emanato da istituzioni ecclesiastiche, in contrapposizione, o perlomeno in concorrenza, con il diritto secolare, che deriva da istituzioni laiche non-ecclesiastiche⁵⁵.

Alcuni chiedono di risolvere questo rapporto con una fusione dei due domini, civile e confessionale, ponendo ad esempio l'accento sul preteso carattere ierocratico del pensiero paolino. L'ordine politico terrestre è rispetto all'altro, divino, parallelo o speculare, e con l'altro

⁵³ **H. PATRICK GLENN**, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010⁴, trad. italiana di S. Ferlito, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 235; sul punto anche **C. PETIT**, **J. VALLEJO**, *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, in AA.VV., *Storia d'Europa. III, Il Medioevo. Secoli V-XV*, a cura di G. Ortalli, Einaudi, Torino, 1994, p. 721 ss.

⁵⁴ Lo ha messo sinteticamente in luce **M. FIRPO** (*Quanto è cristiana la modernità?*, in *Il Sole 24Ore*, 26 agosto 2012, p. 19) che, citando l'ultima raccolta di saggi di **P. PRODI** (*Storia moderna o genesi della modernità*, cit.), vede «la divisione tra la sfera politica e quella religiosa come il frutto di una tensione, di una lotta continua per il monopolio del potere; questa tensione è sempre stata però congiunta a un processo di osmosi, nel quale la tendenza della Chiesa a "impadronirsi del potere politico e la tendenza della politica a sacralizzarsi costituiscono un *continuum* in cui nessuna delle due forze è riuscita a prevalere ma nel quale ciascun protagonista ha assorbito almeno in parte i connotati dell'altro"».

⁵⁵ **P. PRODI**, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, cit., p. 105 ss.



conforme o addirittura integrato⁵⁶. In questo ambito si può dunque affermare che, quale vicario di Cristo, il Papa governa, dispone e giudica, anche se a volte indirettamente, come *in temporalibus*⁵⁷. L'importante è che non si contraddica la fede. Questa frenesia ierocratica finisce tuttavia per tradire una prospettiva per molti versi laica, o quantomeno profana, dei fenomeni normativi, come del resto si evince dall'interpretazione in voga nel XII e XIII secolo di due fra i più importanti eventi storici che hanno segnato l'origine della storia europea e che, non a caso, vedono come protagonista proprio i vertici istituzionali della Chiesa cattolica: la presunta donazione di Costantino (313 circa) e l'incoronazione di Carlo Magno (25 dicembre 800)⁵⁸.

Quanto alla *donatio* costantiniana, al di là delle considerazioni sulla veridicità (storica) dell'evento e sulla validità (giuridica) del documento, ciò che rileva in questa sede sono le interpretazioni su di essa via via riversate in epoche successive⁵⁹. L'attenzione si focalizza in particolare sul *De regimine principum ad regem Cypri*, un'opera quasi certamente scritta da San Tommaso e che Tolomeo da Lucca si assunse

⁵⁶ Il caso archetipo è in questo caso rappresentato da Innocenzo IV. Nel suo *Apparatus ad quinque libros decretalium* egli afferma che, in quanto figlio di Dio e signore dell'eternità, Cristo avrebbe potuto emettere sentenze di deposizione, condanna nei confronti degli imperatori o di chiunque altro, tutto essendo consentito al creatore rispetto alla creatura. Per la stessa ragione dovremmo supporre che queste prerogative competono al suo vicario, poiché Dio non avrebbe agito accortamente se non avesse lasciato un successore, investito di tutti i relativi poteri. Nei fatti, secondo Innocenzo IV, questo vicario fu Pietro, e dopo di lui ogni Papa nella successione legittima. La fonte a cui si sono attinte le suddette informazioni è quella di **INNOCENTII QUARTI**, *Apparatus in Quinque Libros Decretalium*, Francofurti, Sigismundus Feyrabendus, 1570, p. 15 ss., spec. p. 16-19. Sul punto **J. CANNING**, *A History of Medieval Political Thought, 300-1450*, Routledge, London, 2005, p. 124 ss.; **R.W. CARLYLE, A.J. CARLYLE**, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, William Blackwood & Sons, Edinburgh and London, 1928, V, p. 336, nota 2, V, p. 319 ss.

⁵⁷ **P. BELLINI**, *La coscienza del Principe. Prospettazioni ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000, vol. II, p. 628 ss., il quale afferma che nell'alto Medioevo, "in forza della solita Lettera ai romani, si sosteneva la *dependentia a Deo* del potere pubblico del Principe: ma ne riproporzionavano il valore, facendo di essa una derivazione non più immediata si piuttosto ottenuta *per debitam et subalternatam emanationem*: per il tramite formale (imprescindibile) d'un alto intermediatore terreno. E veniva invocata giustappunto la interposizione pubblicistica del Vescovo di Roma: luogotenente del Signore in terra".

⁵⁸ **F. DE GREGORIO**, *Omnis potestas a Deo. Tra romanità e cristianità*, Giappichelli, Torino, p. 235 ss.

⁵⁹ Sul punto si veda per tutti **D. MAFFEI**, *La donazione di Costantino nei giuristi medioevali*, Milano, Giuffrè, 1964 (rist. 1969), spec. p. 45 ss.



L'onere di completare (1267 circa)⁶⁰. Qui si afferma che i criteri di valore atti a definire la qualità della *lex humana* si intrecciano con la nozione stessa di *auctoritas*⁶¹ e risiedono nel concetto di bene comune, incarnato dal vero sovrano. La legge promulgata dall'autorità civile, la *lex humana*, non deve contraddire la legge morale, la *lex naturalis nominat ipsa universalia principia iuris*. Il discorso verte allora non tanto sul fondamento di questi principi, quanto sulla loro applicazione: sulla dottrina politica che, nel *De regimine principum*, è basata sulla *potestas suprema* dell'autorità ecclesiastica.

Sviluppando il pensiero del Dottor Angelico, Tolomeo rievoca così i fatti che, secondo l'Autore, sottostanno alla donazione di Costantino. Episodi oltremodo importanti poiché capaci di rivelare la sovranità di Cristo, per un verso, e legittimare il potere del principe terrestre, per l'altro:

“nel tempo propizio ... la potenza del nostro principe Gesù Cristo si esercitò sul principe del mondo ossia su Costantino, colpendolo di lebbra e poi risanandolo come nessun uomo avrebbe potuto. Rivelatasi la cosa, Costantino trasferì il potere al vicario di Cristo, il beato Silvestro, *al quale spettava già per le cause e le ragioni riferite poco fa*. Con questa cessione il regno temporale s'aggiunge a quello spirituale di Cristo”⁶².

⁶⁰ **TOMMASO D'AQUINO, TOLOMEO DA LUCCA**, *De regimine principum ad regem Cypri*, a cura di G. Mathis, Paravia, Torino-Roma, 1948, I, p. 13 ss. Alcuni storici affermano che Tommaso abbia scritto solo il Primo Libro e i primi tre capitoli del Secondo, mentre la restante opera sarebbe stata composta da Tolomeo da Lucca. Sulla composizione dell'opera **A. O'RAHILLY**, *Notes on St. Thomas, IV: "De regimine principum"*; v. *Tholomeo of Lucca, the Continuator of the "De regimine principum"*, in *Irish Ecclesiastical Record*, 31, 1928, p. 606 ss.

⁶¹ Sul concetto di *auctoritas infra*. Per ora si veda **J. MARITAIN**, *Démocratie et Autorité*, in **AA.VV.**, *Annales de Philosophie politique. Le Pouvoir*, PUF, Paris, 1957, Tome II, per il quale “appellerons autorité le droit de diriger et de commander, d'être écouté ou obéi d'autrui; et pouvoir la force dont on dispose et à l'aide de laquelle on peut obliger autrui à écouter ou à obéir ... Pratiquement, il est donc normal que le mot autorité implique le pouvoir” (p. 26-27). Cfr. anche **G. SARTORI**, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 2007, p. 124 ss.

⁶² **TOMMASO D'AQUINO, TOLOMEO DA LUCCA**, *De regimine principum ad regem Cypri*, cit., p. 16. Sul punto ampiamente **F. CORDERO**, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, cit., p. 262. Non dissimile il pensiero espresso sul punto da **EGIDIO COLONNA** nel suo *De ecclesiae potestate*, cit. in G. Boffito, G.U. Oxilia, *Un trattato inedito di Egidio Colonna*, Libreria Internazionale, Firenze, 1908, p. 14. Si veda anche **EGIDIO ROMANO** [o Colonna], *De potestate regia et papali*, in J. Leclercq, *Jean de Paris et l'ecclésiologie du XIIe siècle*, Paris, J. Vrin, p. 160 ss. Sul punto cfr. **M. VIROLI**, *Dalla politica alla ragion di stato: la scienza del governo tra XIII e XVII secolo*, Donzelli, Roma, 1994, p. 35 ss., 81 ss.; **S. VANNI ROVIGHI**, *Storia della filosofia medievale. Dalla*



La *donatio* è in tal modo utilizzata per giustificare la titolarità del potere temporale del Papa nelle parti occidentali dell'impero romano. Ma, nel farlo, il ragionamento di Tolomeo si espone ad alcune evidenti aporie che, come si accennava in precedenza, aprono il discorso a un'interpretazione desacralizzata dei fenomeni normativi: se il Papa non riceve da Costantino alcun potere che non abbia già, a che serve la donazione fatta dall'imperatore? In altre parole, colui che dispone di pieni poteri conferitigli da Dio non ha bisogno di legittimarsi con una (pseudo) donazione. Questi modi di trasferimento dell'autorità sono tecniche escogitate dall'uomo, inapplicabili a Dio e, conseguentemente, al vicario di Cristo. Salvo sostenere che anche Dio e il suo rappresentante in terra siano sottomessi a delle regole pre-esistenti, o addirittura a delle regole da loro stessi stabilite: ciò che declasserebbe il Signore da Onnipotente a una sorta di monarca costituzionale (*ante litteram*); ché, se del caso, si sottomette alle leggi da lui stesso *octroyées*⁶³.

Riguardo all'incoronazione di Carlo Magno, assume un certo interesse la motivazione con cui il Papa giustifica la *translatio* della *potestas imperii* dai bizantini al neo imperatore. In precedenza la Chiesa romana aveva assicurato il suo appoggio ai principi di Costantinopoli, ricevendone in cambio protezione e difesa contro i nemici esterni. Una protezione che è assicurata anche dopo la caduta dell'impero. Tuttavia, alla fine della reggenza di Giustiniano (482-565), gli imperatori non sembrano adempiere, con altrettanta diligenza, al compito loro affidato dalla Chiesa. Così, ai tempi di Michele (770-829), contemporaneo di Carlo Magno, il Papa provvede alla propria sicurezza rivolgendosi a un altro principe⁶⁴: il papato teme i vicini Longobardi; se dunque gli imperatori bizantini lo lasciano indifeso, si rassegnino a vedersi sostituire da altri e più zelanti protettori. A questo punto l'impero

patristica al secolo XIV, Vita e Pensiero, Milano 2006, p. 175 ss. Sulla donazione di Costantino si veda anche **G.M. VIAN**, *La donazione di Costantino*, il Mulino, Bologna, 2004.

⁶³ In effetti, questo passo dell'opera di Tolomeo mette luce le difficoltà "nel conciliare la prospettiva 'discendente'", per cui il potere è emanazione diretta di Dio secondo il consolidato principio *Omnis potestas a Deo*, con la concezione 'ascendente', "per cui le forme di organizzazione politica sono in qualche misura il prodotto dell'autonoma e necessaria iniziativa umana" che, secondo i criteri dell'analisi razionale (caldeggiati in particolare da Tommaso d'Aquino) inseriscono fattori di profonda umanizzazione nel principio di legittimazione dell'autorità politica; **M. RIZZI**, *Cesare e Dio*, cit., p. 142-143.

⁶⁴ **A. BARBERO**, *Carlo Magno. Un padre dell'Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 103-104.



diventa ereditario con la dinastia carolingia, finché la pressione ostile dei patrizi romani costringe Papa Leone a fare di Ottone, Duca dei Sassoni (912-973), il nuovo garante, rinnovando in tal modo la *translatio potestatis*⁶⁵. Passano pochi anni, e Gregorio V (972 circa - 999) sanziona la procedura per l'investitura del titolo imperiale, favorendo l'insediamento al potere di sette principi tedeschi, secondo la "prassi seguita sinora e che varrà finché la Chiesa romana, *investita del supremo potere temporale*, lo ritenga conveniente nell'interesse dei cristiani"⁶⁶.

Insomma, il papato pone il timbro sacro all'autorità ora di un principe ora di un altro in base a necessità politiche: protezione in cambio della legittimazione d'origine divina. Ma saranno proprio le procedure e le motivazioni che disciplinano e giustificano la *translatio potestatis* ad aprire la strada all'interpretazione profana delle dinamiche giuspolitiche. La Riforma gregoriana, che s'afferma subito dopo gli avvenimenti testé sommariamente ricordati, è lì a dimostrarlo.

4 - La doppia faccia della secolarizzazione

Con la riforma di Gregorio VII (1020circa-1085) la Chiesa cerca di elevare se stessa e il proprio ordinamento a modello di società ideale. Ma, come vedremo, il Papa finisce anche per ammettere una distinzione tra il potere religioso e il potere temporale.

Gregorio ritiene la superiorità della Chiesa come un fatto che non ammette discussioni. Nondimeno, nel suo concreto operare egli si sforza di adeguare, pragmaticamente, la posizione del papato alla forza (politica e militare) dei suoi interlocutori, elevando la coesistenza dei due domini – ecclesiastico e temporale – a ordine divino. Arriva in tal modo a riconoscere lo Stato come una "deroga della Provvidenza"⁶⁷

⁶⁵ P. BROWN, *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, cit., spec. cap. 19. Sul punto si veda anche veda F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, cit., p. 263 ss.

⁶⁶ F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, cit., p. 263 (corsivo mio).

⁶⁷ H.J. BERMAN, *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1983, trad. italiana a cura di E. Vinello, *Diritto e rivoluzione: le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 134 ss. e p. 190 ss. Sul punto anche G. Tellenbach, *Libertas. Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites*, Kohlhammer, Stuttgart, 1936, p. 151 ss., e p. 164 ss.



favorendo, di conseguenza, la prospettiva di una separazione fra i due ordini, religioso e civile⁶⁸.

Proprio nel momento in cui si impegna a costruire il suo autonomo ordinamento, la Chiesa alimenta così il processo di desacralizzazione del diritto statale, conferendo al tempo stesso un'impronta del tutto nuova alla civiltà giuridica in Occidente⁶⁹. Ciò spiega perché quella di Gregorio VII sia stata definita, in particolare da Harold J. Berman, come la "prima grande rivoluzione della storia occidentale"⁷⁰. Una rivoluzione che si afferma non tanto

"nelle idee contrapposte dei due schieramenti ... quanto nella contrapposizione stessa, che contiene *in nuce* la sconfitta sia di ogni ipotesi teocratica che di ogni ipotesi cesaropapista: è nel conflitto che il dettato evangelico sulla separazione dei poteri – come elemento sempre vivo all'interno della cristianità nonostante tutte le contraddizioni – incarna sul piano delle istituzioni"⁷¹.

Pur non assumendo il monopolio del potere politico, a partire dalla riforma gregoriana la Chiesa, essa stessa, e il suo ordinamento vengono via via a modellarsi come istituzioni sovrane, fornendo ai signori temporali il prototipo di ciò che diventerà lo Stato moderno⁷². Di guisa che, nel suo affermarsi, l'ordinamento canonico si pone alla

⁶⁸ **P. LEGENDRE**, *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique*, Jouve, Paris, 1964, p. 4 ss.

⁶⁹ **P. PRODI**, *Una storia della giustizia*, cit., p. 60. Sul punto si veda anche **R. BRAGUE**, *Europe, la voie romaine*, Criterion, Paris, 1992, trad. italiana di A. Soldati, A.M. Lo Russo, *Il futuro dell'Occidente. Nel modello romano la salvezza dell'Europa*, Bompiani, Milano, 2005, p. 160 ss.

⁷⁰ Qui si individua il terreno adatto sul quale nascerà quell'*humus* alla base dello spirito laico e liberale che connota la nostra società; **H.J. BERMAN**, *Diritto e rivoluzione*, cit., p. 520 ss.

⁷¹ **P. PRODI**, *Una storia della giustizia*, cit., p. 61. Il primo a qualificare così i processi di riforma guidati da Papa Gregorio VII fu **EUGEN ROSENSTOCK HUESSEY**, *Die europäischen Revolutionen. Volkscharaktere und Staatenbildung*, Eugen Diederichs Verlag, Jena, 1931, che nella seconda edizione, rivista, del 1951 prende il titolo di *Die europäischen Revolutionen und der Charakter der Nationen*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln, 1951, p. 132 ss.

⁷² **U. WOLTER**, *Ius canonicum in iure civili. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Böhlau, Köln-Wien 1975, *passim*; **M.H. CARRÉ**, *Realists and Nominalists*, Oxford University Press, London, 1946, p. 4 ss. Si veda anche l'ormai classico studio di **G. LE BRAS**, *Les origines canoniques du droit administratif*, in **AA. VV.**, *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, p. 395 ss.



base dell'idea moderna della sovranità⁷³, mediante la quale si formano entità politiche aliene da funzioni ecclesiastiche e/o da ordini legali ecclesiastici (*political entities without ecclesiastical functions and non ecclesiastical legal order*)⁷⁴.

Insomma, come afferma Max Weber, il diritto della Chiesa si contrappose al diritto profano fin dall'inizio, in un dualismo relativamente chiaro, "in una forma che non ha equivalenti nel tempo e nello spazio". Ma è altrettanto manifesto che fu proprio questa contrapposizione a fare dell'ordinamento canonico una delle guide che condusse l'ordine giuridico secolare sulla via della modernità⁷⁵. Se infatti si accetta

"l'ipotesi di Max Weber si potrà vedere che la prima tappa di questo processo avviene *nel corso del medioevo* stesso, con lo

⁷³ **M. STOLLEIS**, *Storia del diritto pubblico in Germania*, Milano, Giuffrè, 2008, per il quale le radici dell'idea dello Stato moderno sovrano affondano "nel tardo Medioevo": e questo è riscontrabile "tanto nelle componenti fattuali di fondo (sviluppo della cultura scritta, amministrazione centrale ad opera di un contingente di funzionari leali e fungibili, monopolio legislativo amministrato in modo attivo, tendenza alla concentrazione del potere al vertice), quanto [ne]gli elementi ideologici che le accompagnano (tendenza alla laicizzazione del potere, ideologia della legiferazione, distinzione fra diritto pubblico e privato, deontologia del funzionario, dottrine della sovranità)" (p. 193). Si veda anche **W. ULLMANN**, *The Development of the Medieval Idea of Sovereignty*, in *English Historical Review*, 1949, p. 7 ss.; **J. GAUDEMET**, *La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'Etat*, in **AA.VV.**, *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 1982, vol. I, p. 1 ss.; **P. RIESENBERG**, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, Columbia University Press, New York, 1956; **B. TIERNEY**, 'Divided Sovereignty' at Constance. A problem of Medieval and Early Modern Political Theory, in *Annuaire Historiae Conciliorum*, 1975, p. 238-256; **H. DREIER**, *Der Ort der Souveränität*, in **AA.VV.**, *Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung*, a cura di H. Dreier, J. Hofmann, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 11 ss.

⁷⁴ **E.H. KANTOROWICZ**, *The King's Two Bodies: A Studies in Mediaeval Political Theology* (1957), Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 314, trad. italiana di G. Rizzoni, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi, Torino, 1989. Ma anche **S. MOCHI ONORY**, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato*, Vita e Pensiero, Milano, 1951, spec. p. 84 ss. Cfr. anche **O. GIACCHI**, *Libertà della Chiesa e autorità dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 10 ss. Sul punto si veda anche il classico studio di **E. CORTESE**, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Bulzoni Editore, Roma, 1966.

⁷⁵ **M. WEBER**, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922, trad. italiana di P. Rossi, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, II, p. 149-153. In realtà il testo tradotto fa riferimento alla nozione di "razionalità". Mi sembra tuttavia che, tenendo conto di quanto affermato da **P. PRODI** (*La storia moderna*, cit., p. 40 ss.), nello sviluppo del discorso il termine "modernità" chiarisca ancor meglio questo processo.



*sviluppo del pensiero teologico e la graduale affermazione di una religione, il cristianesimo occidentale, che pone in primo piano il tema della trascendenza di Dio rispetto al mondo e che – con la fusione della dottrina cristiana e la filosofia classica – restituisce quindi al mondo una sua autonomia dal sacro*⁷⁶.

Un processo – quello di secolarizzazione o, per dirla con Weber, di “*de-magificazione o disincanto* (in tedesco: *Entzauberung*)”⁷⁷ – che vede l’innesto nel diritto temporale di motivi teologici e religiosi, così come desunti dalle Sacre Scritture⁷⁸. E non bisogna dimenticare che, in parallelo, proprio sulle Scritture già dal Medioevo cominciano a riversarsi tutta una serie di innovative interpretazioni le quali, a loro volta, finiscono per condizionare (se non la forma, quantomeno) il giudizio e la visione dei fenomeni normativi statali. Il francescano di Oxford, Guglielmo d’Ockham (1280-1347), ne è un esempio emblematico.

E questo perché la riflessione teorica occamiana è saldamente ancorata alle sensate esperienze (come le chiamerà Galileo Galilei), che portano a definire la conoscenza come un’attività umana necessariamente pluralistica. E affinché possa essere davvero plurale, questa attività presuppone il riconoscimento e il rispetto dei diritti umani individuali⁷⁹, dei quali Ockham rivendica apertamente la tutela, poiché inestricabilmente legati alla “libertà” del cristiano, così come affermata nella *lex evangelica*. Tutti elementi che, con il loro carico di proiezioni antiassolutistiche, favoriranno l’affermazione del moderno

⁷⁶ P. PRODI, *La storia moderna*, cit., p. 42 (corsivi miei).

⁷⁷ P. PRODI, *La storia moderna*, cit., p. 41, per il quale i termini di de-magificazione e disincanto sono sostanzialmente “equivalenti, mentre più equivocamente si usa spesso il termine *secolarizzazione*: equivocamente perché con il termine *secolarizzazione* si può intendere il rifiuto di ogni concezione trascendente di Dio come creatore e autore delle leggi della natura e della ragione, mentre non è questo Dio che viene escluso nel processo di formazione del moderno. Con il termine di *secolarizzazione* si rischia di proiettare nei secoli dell’età moderna una visione che è propria dell’epoca attuale e quindi di avvallare un’interpretazione astorica che vede il moderno nascere come elemento estraneo, in contrapposizione e in lotta con il cristianesimo come religione dominante nell’Occidente medievale” (corsivo dell’Autore). Su un differente modo di considerare il processo di secolarizzazione (differente da come lo intende Paolo Prodi, sulla scia di quanto peraltro affermato da Max Weber), si veda ad esempio A. DEL NOCE, *L’epoca della secolarizzazione*, Giuffrè, Milano, 1970; L. PELLICANI, *Modernizzazione e secolarizzazione*, Il Saggiatore, Milano, 1997.

⁷⁸ K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 78 ss.

⁷⁹ Sul punto ampiamente F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, cit., p. 143 ss.; e F. CORDERO, *Diritto*, cit., p. 913 ss.



costituzionalismo, in cui il fattore religioso – nel senso di tolleranza e libertà religiosa – gioca un ruolo di primaria, decisiva importanza⁸⁰.

5 - Il costituzionalismo medievale cristiano

Accompagnata dalle suggestioni di un fortunato empirismo critico, questa sensibilità religiosa per i diritti diventa il baricentro del sistema di pensiero di Ockham e del costituzionalismo cristiano. Un nuovo modello giuspolitico nel quale s'intravedono in *nuce* gli elementi essenziali dello Stato moderno (costituzionale di diritto), il cui sviluppo procede parallelo a quello del diritto canonico, in un rapporto di mutua influenza⁸¹.

In quanto successore di Pietro, al Papa non deve essere riconosciuta la pienezza dei poteri. Altrimenti il papato potrebbe imporre gravose limitazioni sia ai detentori dell'ordine civile che ai loro sudditi. Condizione, questa, che non si addice alla dignità dell'uomo, meno che mai a quella di un cristiano. Ad attestarlo la *lex evangelica* che, secondo Ockham, pone dei limiti precisi al potere ecclesiastico. In breve, la concessione della *plenitudo potestatis* al Papa è vista dal francescano come un'ipotesi dannosa, pernicioso e pericolosa. In una parola *haeretica*: in aperto contrasto con la Scrittura⁸².

⁸⁰ **K. PENNINGTON**, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, cit., p. 5 ss., e p. 104 ss. Sul punto si vedano anche gli ormai classici studi di **B. TIERNEY**, *Tuck on Rights: Some Medieval Problem*, in *History of Political Thought*, 1983, p. 429 ss.; **B. TIERNEY**, *Villey, Ockham and the Origin of Individual Rights*, in **B. TIERNEY**, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholar Press of Emory University, Atlanta (Georgia), 1997, trad. italiana di V. Ottonelli, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 1 ss. Si veda anche **G. MAGLIO**, *L'idea costituzionale nel Medioevo. Dalla tradizione antica al costituzionalismo cristiano*, Gabrielli Editore, Negarine di S. Pietro in Cariano (Verona), 2006, p. 112 ss., spec. p. 160 ss.

⁸¹ **B. TIERNEY**, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, cit., p. 155 ss.

⁸² Guglielmo contesta in tal modo i sostenitori della pienezza del potere papale, i quali sono soliti affermare che la *plenitudo potestatis* non comporta alcun rischio, poiché il pontefice di fatto non si avvarrebbe di tale autorità: "Sottolineare come il papa non tenti ... di esercitare i poteri giurisdizionali che detiene nei confronti dei re e di altri cristiani ... non ha – lo ripeto – alcun valore, poiché in relazione a questioni così delicate non ci si deve limitare a prendere in esame unicamente quanto accade in concreto, ma è necessario considerare ciò che può avvenire in linea di principio. Non solo, perciò, è bene che il papa non cerchi di agire in quel modo, ma occorre che la legge gli neghi la possibilità di farlo, in considerazione dei gravissimi rischi cui gli



L'esempio più alto è in tal senso fornito proprio dall'esperienza terrestre di Cristo: dal suo rifiuto degli onori e del potere, dalla sua accettazione delle sofferenze, dal suo essere re dei re che pure volle porsi al servizio degli uomini. Gesù umilia la potenza e, con la virtù dell'*humilitas*, fortifica l'anima degli uomini, contrapponendosi alla tipica prerogativa diabolica dell'*elatio*; la superbia o l'*amor sui*, come la definisce Sant'Agostino⁸³. Cristo è insomma venuto al mondo per servire, per porsi al servizio (*ministerium*), e non per essere servito⁸⁴.

Pertanto, se il Figlio di Dio, "per il tempo in cui venne a servire e non per essere servito, volle rinunciare alla" *plenitudo potestatis*, va da sé "che al Papa, suo vicario, non è concessa tale pienezza di potere". Neppure il celebre passo del Vangelo di Matteo (16, 19) – ove Gesù afferma che "tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli" – può essere interpretato a favore della *potentia absoluta* del Papa. A prescindere dal significato puramente spirituale dell'espressione, da questo potere devono comunque essere "esclusi i diritti degli imperatori, dei re e anche le libertà che Dio e la natura hanno concesso ai mortali"⁸⁵.

A queste argomentazioni alcuni ribattono con il celebre inciso paolino secondo cui, come s'è notato in precedenza, tutti i poteri provengono da Dio. Vero, risponde Ockham. Ma in ogni caso v'è un'origine tipicamente umana delle istituzioni politiche e del diritto

uomini sarebbero esposti se, per avidità, ambizione, paura, per odio o per amore, spinto dalla malizia o dalla ignoranza, egli dovesse arrogarsi il diritto di esercitare un tale potere illimitato"; **G. D'OCKHAM**, *La spada e lo scettro. Due scritti politici*, traduzione it. e note a cura di S. Simonetta (con *Introduzione* di M. Fumagalli Beonio Brocchieri), BUR, Milano, 2005, p. 59. Si veda anche **G. D'OCKHAM**, *Breve discorso sul governo tirannico*, trad. italiana (condotta sulla base dell'edizione critica di H.S. Offler) di A. Salerno, con *Introduzione* di A. Ghisalberti, Edizioni Biblioteca Francescana, Milano, 2000, p. 69-71.

⁸³ Sull'*elatio* **G. PIAIA**, *Da un Tommaso all'altro. La metamorfosi dell'idea utopica*, in **AA. VV.**, *La persona e i nomi dell'essere. Scritti di filosofia in onore di Virgilio Melchiorre*, Vita e Pensiero, Milano, 2002, vol. I, p. 628 ss.

⁸⁴ Sul concetto di *ministerium* e il nesso fra questo e l'*humilitas* **A. CRÉPIN**, *L'importance de la pensée de Grégoire le Grand dans la politique culturelle d'Alfred roi de Wessex (871-899)*, in **AA.VV.**, *Grégoire le Grand. Actes du Colloque international du CNRS*, a cura di J. Fontain, R. Gillet, S. Pellistrandi, Editions du CNRS, Paris, 1986, p. 6 ss.

⁸⁵ **G. D'OCKHAM**, *Breve discorso sul governo tirannico*, cit., p. 101. Insomma, secondo Ockham, "lungi dall'opprimerli con una forma di schiavitù simile a quella imposta agli ebrei dalla legge mosaica, la dottrina evangelica insegnata da Gesù Cristo libera i cristiani da una grave condizione servile": **G. D'OCKHAM**, *La spada e lo scettro. Due scritti politici*, cit., p. 53, e p. 83.



positivo⁸⁶. Il pensiero di san Paolo deve dunque essere adeguatamente interpretato: Dio non ha "obbligato il genere umano ad avere superiori, ma ha concesso la facoltà di istituire qualche forma di autorità, qualora le circostanze l'avessero richiesto"⁸⁷. Così, sulla base di queste premesse, Ockham sottrae la potestà secolare alla mediazione ecclesiastica, attenuando la valenza ierocratica del pensiero paolino⁸⁸. Se Cristo "ha insegnato a rendere a chiunque il giusto", secondo quanto peraltro affermato nella stessa *Epistola ai Romani (Rm 13, 7)*⁸⁹, "diritti e libertà individuali non possono essere revocati senza motivo"⁹⁰. Di più, con l'intento di

"circoscrivere le prerogative papali nell'ambito spirituale ed estendere ai diritti e alle libertà dei singoli i limiti imposti da Cristo al potere di Pietro", il frate inglese "propone di interpretare il principio del *reddite Caesaris* non solo come riferito a ciò che è dovuto a Cesare, ma a tutto quanto è dovuto a ciascun uomo"⁹¹.

Siamo al *clou* della teoria politica occamiana, informata ai diritti e alle *libertas* del cristiano⁹². Non esiste un'organizzazione politica perfetta, valida cioè per tutte le epoche. L'uomo ha invero la possibilità di valutare le condizioni storiche e sociali del momento, selezionando volta per volta quella forma istituzionale capace di dare una risposta,

⁸⁶ Cfr. **G.L. POTESTÀ**, *Rm 13, 1 in Ockham. Origine e legittimità del potere civile*, in *Cristianesimo nella storia*, 1986, vol. 7, n. 3, p. 465 ss.

⁸⁷ **A. GHISALBERTI**, *Introduzione a G. D'OCKHAM, Breve discorso sul governo tirannico*, cit., p. 29.

⁸⁸ Ai fini di questa ricerca, è bene distinguere fra la concezione della teocrazia e quella della ierocrazia. La prima indica il dominio di Dio sul mondo, e in questo senso il pensiero cristiano ha sempre e comunque una valenza teocratica. La seconda, invece, indica la superiorità del potere spirituale su quello civile, legittimando in tal modo il ruolo di mediazione della Chiesa: che distribuisce ai sovrani temporali l'unico potere ricevuto da Dio. Sulla base di questo ragionamento, alcuni escludono la tendenza ierocratica del pensiero paolino: la ierocrazia è qui considerata come un accidente nella storia, ovvero frutto della contingenza politica, che ha finito per ottenebrare la visione dualistica del pensiero cristiano. Sul punto ampiamente **O. CONDORELLI**, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi*, in *Diritto e religioni*, 2011, n. 2, p. 450 ss., spec. p. 454 ss.

⁸⁹ "Rendete a ciascuno ciò che gli è dovuto: a chi il tributo, il tributo; a chi le tasse, le tasse; a chi il timore, il timore; a chi il rispetto, il rispetto".

⁹⁰ **M. RIZZI**, *Cesare e Dio*, cit., p. 166. Sul punto **K. PENNINGTON**, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, cit., p. 121 ss.

⁹¹ **M. RIZZI**, *Cesare e Dio*, cit., p. 166.

⁹² **A.S. MACGRADE**, *The Political Thought of William of Ockham. Personal and Institutional Principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, spec. p. 103 ss.



congrua e soddisfacente, sia ai bisogni contingenti che a quelli di più lungo periodo. Ed è così che si attesta la distinzione fra le tesi di Ockham e quelle elaborate sul medesimo punto da Dante Alighieri (1265-1321) e da Marsilio da Padova (1275-1342)⁹³, suoi contemporanei: qui si sostiene la necessità di stabilire una *monarchia universale* (Dante)⁹⁴ o una *universitas civium, pars principans* (Marsilio); il francescano, invece, sostiene il principio di circostanzialità⁹⁵. Un principio ricostruito – circoscritto – mediante criteri empirici e necessariamente flessibili, nel quale però rimane costante l'obiettivo del bene dei consociati, i loro diritti individuali⁹⁶. E ciò spiega perché Ockham abbia avuto

⁹³ Sul punto, e in particolare sulla differente interpretazione di Ockham da quella del filosofo padovano circa la *donatio* di Costantino, si veda **F. BERTELLONI**, *Constitutum Constantini y Rom Gedanke. La donación constantiniana en el pensamiento de tres defensores del derecho imperial de Roma: Dante, Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham*, in *Patristica et Mediaevalia*, 3, 1982, p. 21 ss.; **F. BERTELLONI**, *Marsilio de Padua y la historicidad de la Donatio Constantini*, in *Estudios en homenaje a Don Claudio Sanchez Albornoz en sus 90 años*, U.C.M., Buenos Aires-Madrid, 1986, IV, p. 3 ss.; **J. QUILLET**, *Autour de quelques usages de la Donatio Constantini au moyen âge: Marsile de Padoue, Guillaume d'Ockham, Nicolas de Cues*, in *Fälschungen im Mittelalter*, II, 1988, p. 537 ss.; **M. CONETTI**, *L'origine del potere legittimo. Spunti polemici contro la donazione di Costantino da Graziano a Lorenzo Valla*, Salvadè Editore, Parma, 2003, p. 85 ss.

⁹⁴ Da questo punto di vista è infatti significativo che la leggenda delle voci angeliche che deplorano la *donatio* costantiniana riecheggia sul finire del *Purgatorio* dantesco, ove l'atto di cessione da parte dell'imperatore romano è raffigurato con il gesto dell'aquila, simbolo dell'impero, che cosparge con le sue penne il carro della Chiesa, suscitando dal cielo una voce di dolente rimprovero: "O navicella mia, come mal se' carca": (**D. ALIGHIERI**, *Divina commedia. Purgatorio*, XXII, 129). Tuttavia, Dante riconosce che Costantino s'era mosso "forse con intenzion sana e benigna" (**D. ALIGHIERI**, XXII, 138): il primo imperatore cristiano non può infatti essere ritenuto colpevole della degenerazione a lui sopraggiunta, una degenerazione prodotta dall'avidità degli uomini di Chiesa. Costantino può dunque sedere a buon diritto nel cielo di Giove, in mezzo agli spiriti giusti (**D. ALIGHIERI**, *Paradiso*, XX, 56, si veda anche **D. ALIGHIERI**, *De Monarchia*, II, xi, 8). L'unità dell'impero, così come costruita da Costantino, è stata per Dante poi lacerata dall'"artiglio della cupidigia" dei suoi successori (**D. ALIGHIERI**, *Monarchia*, I, 16). In questo senso, Dante condivide con Marsilio la fiducia nella storia. Una fiducia nutrita mediante la provvidenza del Dio cristiano, mediante la quale doveva realizzarsi un corretto ordinamento politico, incarnato dall'impero. **G. GARNETT**, *Marsilius of Padua and "the Truth of history"*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 149 ss.; **G.L. POTESTÀ**, *Dante profeta e i vaticini papali*, in *Rivista di storia del cristianesimo*, 1, 2004, p. 67 ss.; **B. NARDI**, *Il concetto dell'Impero nello svolgimento del pensiero dantesco*, in *B. Nardi, Saggi di filosofia dantesca*, La Nuova Italia, Firenze, 1967, p. 253 ss.

⁹⁵ **G. MAGLIO**, *op. cit.*, p. 186 ss.

⁹⁶ Si comprende la sensibilità di Ockham per la questione dei diritti, se "si considera che era inglese del Surrey", nato (tra il 1290 e il 1295) nell'ultimo scorcio di secolo della *Magna Carta*, strappata a Giovanni Senza Terra nel 1215, e che aveva



“un influsso particolare nel dibattito che si apre nei secoli successivi nella coscienza europea, nel cammino faticoso verso la nascita dei diritti naturali soggettivi. È in questa tensione che coinvolge il pensiero filosofico e quello giuridico, *i canonisti e i teologi*, è in questo conflitto irrisolto che *si apre la strada verso il costituzionalismo moderno* lungo le due direttrici *del potere assoluto del principe e della teoria del contratto e della rappresentanza*”⁹⁷.

6 - Le origini del costituzionalismo occidentale. Fra *apolitismo radicale*...

Come si è accennato in precedenza, la dualistica concezione della teologia politica cattolica si afferma nel corso del processo di secolarizzazione, che per molto tempo oscilla “entre les deux extrêmes de l’apolitisme radical et de la confusion du messianisme temporel”⁹⁸. In realtà, questa concezione fa parte della tradizione autentica della Chiesa: quella risalente al suo Fondatore che, pur ammonendo gli uomini a rispettare i superiori diritti di Dio, riconobbe il valore e il ruolo della potestà civile, alla quale bisogna versare il tributo (*Mt 22, 21*). Sicché,

“seguendo l’insegnamento del Maestro, gli Apostoli hanno riconosciuto la legittimità dell’autorità politica, e comandato l’obbedienza al potere civile: le parole di San Paolo nella *Lettera ai Romani* sono note e inequivocabili (*Rm 13, 1-7*). Ma nello stesso tempo gli Apostoli hanno avuto chiara consapevolezza che nel conflitto tra autorità umana e volontà di Dio la seconda deve prevalere (*At 5, 29*)”⁹⁹.

studiato a “Oxford, insegnandovi poi prima di essere convocato ad Avignone, ove alcune delle sue tesi furono condannate come eretiche (aveva difeso aspramente il pauperismo francescano contro Giovanni XXII)”; **G. FERRARA**, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 23-24.

⁹⁷ **P. PRODI**, *Una storia della giustizia*, cit., p. 150 (corsivo mio). Per una sintetica descrizione della teoria politica di Ockham si veda anche **T. SHOGIMEN**, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁹⁸ **J.-C. ESLIN**, *Dieu et le pouvoir. Théologie politique en Occident*, Seuil, Paris, 1999, p. 259.

⁹⁹ **O. CONDORELLI**, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica*, cit., p. 456.



Si spiega così in che modo i profeti e il Cristo, ma anche gli scrittori cattolici del Duecento e del Trecento, abbiano introdotto nella storia occidentale una dualità (appunto) “che rende il cristianesimo la causa principale della desacralizzazione dello Stato, la religione dell’uscita dalla religione”¹⁰⁰. Al punto che secondo alcuni la storia del cristianesimo (ovvero “la *storia* della teologia cristiana come suo ambito specifico”) può essere descritta come una “disciplina metodologicamente atea”, in quanto legata ad una dimensione “eminentemente ibrida”. E questo non

«soltanto perché in essa si articola in ambiti di straordinaria complessità, ma soprattutto perché disciplina in sé ritratta, in quanto storicamente definitasi nel suo organizzarsi da qualsiasi presupposto confessionale, contestualizzata all’interno della più ampia storia delle religioni, almeno idealmente “scientifica” in quanto storico-critica (facente capo ad una razionalità incompatibile con il l’assunzione dogmatica-rivelata di qualsiasi assunto), quindi storicizzante, neutrale, relativizzante della pretesa di verità di un determinato fenomeno religioso tra tanti, che essa è in grado di riconoscere unicamente come fatto storico e umano. All’interno del quale l’aspetto della prassi socio-antropologiche è assolutamente decisivo. ... Insomma, la storia del cristianesimo è scienza di una fede se non negata, quanto meno sospesa»¹⁰¹.

Un esito favorito anche dal fatto che, in fondo, la confessione cristiana

“nacque come religione laica, e ciò in almeno due significati. Il primo: la distanza di Cristo dal sacerdozio levitico, rituale, sacrale ebraico e quindi da ogni forma di ritualità presa in se stessa. Il secondo: in quanto religione incarnata”¹⁰²;

del Dio trascendente che si fa corpo e sangue ed entra così nella storia dell’uomo, partecipando in vario modo, anche in forma oppositiva¹⁰³, allo sviluppo del costituzionalismo occidentale¹⁰⁴.

¹⁰⁰ **G. FILORAMO**, *Che cos’è la religione. Temi, metodi, problemi*, cit., p. 329.

¹⁰¹ **G. LETTIERI**, *Un dispositivo cristiano nell’idea di democrazia? Materiali per una metodologia della storia del cristianesimo*, AA.VV., *Cristianesimo e democrazia*, a cura di **A. Zambarbieri**, G. Otranto, Edipuglia, Bari, 2011, p. 22-25, e alla corposa bibliografia ivi pure riportata. Sul punto cfr. le *Conclusioni* di **G. FILORAMO**, in *ivi*, p. 333 ss.

¹⁰² **P.G. LIVERANI**, *In principio erano laici. Alla ricerca della laicità perduta*, AVE, Roma, 1996, p. 63.

¹⁰³ Nel senso che le gerarchie ecclesiastiche si sono spesso opposte, in modo anche cruento, all’emancipazione delle istituzioni costituzional-liberali “dalle originarie



Con pari evidenza, si comprende perché si è soliti definire la concezione dualistica del cristianesimo come dualismo gelasiano, dal pensiero di Gelasio I (Papa dal 492 al 496), così come espresso in una famosa lettera (del 492) indirizzata all'imperatore d'Oriente Anastasio (430ca-518)¹⁰⁵. Qui si precisa

“che all'origine delle *dignitates distinctae* e della distinzione (*discretio*) dei relativi *officia* sta la volontà del Salvatore: dopo la venuta di Cristo, vero *rex* e *sacerdos*, nessun imperatore si è attribuito anche la carica di *pontifex*, né alcun pontefice ha rivendicato per sé la dignità regale”.

Motivo per cui, secondo Gelasio,

“l'*actoritas*, che designa un potere astratto garante di legittimità, si attaglia al magistero sacerdotale, mentre la *potestas* fonte di obbligatorietà di comportamenti esterni si adatta ovviamente al governo secolare”¹⁰⁶.

Con questo presupposto, attraverso le collezioni canoniche altomedievali, il contenuto dell'epistola gelasiana si riverbera nel *Decretum* di Graziano (c. 10, D. 96)¹⁰⁷, per essere poi “consegnata all'interpretazione della scienza giuridica medievale”. Di modo che

ipoteche confessionali”; **G. ZAGREBELSKY**, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 9.

¹⁰⁴ **J.D.G. DUNN**, *The Theology of Paul the Apostle* (1998), W.B. Eerdmans Publishing, Cambridge (trad. italiana di F. Ronchi, *La teologia dell'apostolo Paolo*, Brescia, Paideia, 1999), 2006, spec. il § 3.1., *Anthropological Presuppositions*, p. 51 ss.

¹⁰⁵ **GELASIO**, *Lettera all'imperatore Anastasio VIII*, in H. Rahner, *Kirche un Staat im frühen Christentum (dokumente aus acht Jahrhunderten und ihre Deutung)*, Kösel-Verlag KG, München, 1961, trad. italiana di M. Morani, G. Regolosi, *Chiesa e struttura politica nel cristianesimo primitivo. Documenti della Chiesa nei primi otto secoli con introduzione e commento*, Milano, Jaca Book, 1970, p. 176-179. La *Lettera di Gelasio* è edita anche in **E. Schwartz**, *Publizistische Sammlungen zum acacianischen Schisma*, in *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in München*, 1934, 10, p. 10-24.

¹⁰⁶ **E. CORTESE**, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, Il Cigno Edizioni, 2000, p. 36.

¹⁰⁷ “Auctoritas sacra Pontificum et regalis potestas huius mundi gubernacula regit. Item Gelasius Papa Anastasio Imperatori. Duo sunt quippe, imperator auguste, quibus principaliter hic mundus regitur: auctoritas sacra Pontificum, et regalis potestas. In quibus tanto gravius est pondus sacerdotum, quanto etiam pro ipso regibus hominum in divino sunt reddituri examine rationem”; **GRATIANUS**, *Corpus Iuris Canonici*, nell'ed. a cura di Aemilius Friedberg, Lipsiae, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, 1879, p. 277.



“nel pensiero giuridico, come nella dottrina ecclesiologica che lo accompagna e lo sostiene, il principio delle *dignitates* e *potestates distinctae* si collega con l’idea di una *societas christiana* concepita come una realtà dotata di corpo e anima, alla quale presiedono rispettivamente il *regnum* e il *sacerdotium*. L’identità dei soggetti appartenenti all’una e all’altra dimensione (i *cives* sono anche *fideles*) si coniuga con l’unicità del *Corpus Ecclesiae*, come pure con l’idea della prevalenza dello spirito sulla carne”.

Ed ecco spiegati i motivi di fondo che fanno della concezione dualistica un’idea “profondamente problematica”¹⁰⁸. Lo testimonia, fra gli altri, l’Ambrosiaster quando, nelle *Quaestiones Veteris et Novi Testamenti*, commenta l’episodio biblico riguardante il primo libro di Samuele in cui Davide risparmia la vita al re, anche se questi si era ormai allontanato da Dio. L’Autore spiega la vicenda con un esplicito rimando all’epistola paolina, in particolare al principio contenuto in *Rm 13*, secondo il quale l’autorità costituita proviene comunque da Dio, e quindi è illegittimo abbatterla. L’Ambrosiaster tiene però a precisare che il principe porta l’immagine di Dio, come il vescovo quella di Cristo (*dei enim imaginem habet rex, sicut et episcopus Christi*). Ragione per la quale al primo può essere attribuita l’espressione di *vicarius Dei* (*rex enim adoratur in terris quasi vicarius dei*) e al secondo quella di *vicarius Christi*¹⁰⁹. Una doppia vicaria assolutamente non richiesta dal testo di Paolo né tanto meno dal Vangelo, e che mette in risalto una certa difficoltà nell’affrontare con coerenza questa problematica¹¹⁰.

In effetti, il testo dell’Ambrosiaster sottolinea come la teorica distinzione dei campi d’azione di *regnum* e *sacerdotium* non escluda, anzi, che nella quotidiana fatica del governo di un Paese possano crearsi plurime occasioni di conflitto, scaturenti dalla concorrenza fra l’ordine ecclesiastico (dei vescovi) e la potestà civile (degli imperatori, dei re e dei signori secolari). Da cui il differente atteggiamento che le varie correnti cristiane hanno avuto nei confronti dei poteri secolari: se

¹⁰⁸ **O. CONDORELLI**, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica*, cit., p. 458.

¹⁰⁹ **AMBROSIASTER**, *Pseudo-Augustini Quaestiones Veteris et Novi Testamenti CXXVII*, a cura di A. Souter, Lipsiae, Tempusky, 1908, i passi citati sono rispettivamente in cap. XXXV, p. 63, e in cap. XCI, 6-9, p. 157.

¹¹⁰ Infatti, pur ammettendo la conversione dell’impero o delle monarchie territoriali al cristianesimo, considerandole opera della provvidenza di Dio, la loro realtà storica rimane comunque ambigua, “proprio perché secolare”, come ha giustamente notato Gaetano Lettieri a proposito della teologia politica in sant’Agostino; **G. LETTIERI**, *Riflessioni sulla teologia politica in Agostino*, cit., p. 225 ss.



taluni promuovono l'autonomia del potere politico da quello spirituale¹¹¹, altri elaborano un'etica politica che postula una superiorità della potestà spirituale sul potere temporale; di guisa che la prima diventa arbitra della legittimità della seconda¹¹². Il che porterà il

¹¹¹ Al punto che "già nel corso del II secolo le parole di Paolo [Rm 13] erano lette in continuità con il detto del tributo [Mt 22, 21] per sostenere la prassi, se non l'obbligo, per i cristiani di pagare il tributo alle autorità preposte" (M. RIZZI, *Cesare e Dio*, cit., p. 39). Del resto già Origene (185-254), "il più grande pensatore dell'antichità cristiana" (ivi, p. 64), aveva interpretato il passo del Vangelo di Matteo focalizzando l'attenzione sulla teologica distinzione fra anima e corpo. Di modo che la condizione terrena impone all'anima di pagare un tributo per il corpo, ovvero di provvedere alle sue necessità quali il nutrirsi, il vestirsi, il dormire etc. E questo perché il corpo porta con sé l'immagine di Cesare, mentre nell'anima è impressa l'immagine di Dio (Gen. 1, 26). Pertanto, a Dio va pagato un altro tributo, appropriato alla natura dell'anima, incentrata sulla pratica della virtù. Una pratica impressa in origine da Dio nell'immagine e nella figura dell'uomo, quasi irrimediabilmente deturpata dalla caduta nel peccato originale. Va però sottolineato che, secondo Origene, nel disegno divino il corpo continua a svolgere un ruolo oltremodo importante; ragione per cui non deve essere mortificato con penitenze e digiuni eccessivi. Tanto che, regnando sui corpi, Cesare viene da lui considerato un giudice terreno: colui che, come afferma Paolo, porta la spada mettendo in esecuzione la legge stabilita da Dio, ossia la gran parte della *lex naturae*. Ne discende una 'dualistica' concezione che porta a distinguere la legge spirituale dalla *lex naturae*: qui il 'riflesso' terrestre dell'attività creatrice di Dio per mezzo del *logos*; lì una legge che 'provviene direttamente' dal *logos* di Dio. Ciò significa che *lex naturae* assume in Origene un valore autonomo, sanzionabile mediante una *potestas* terrena definita, a sua volta, dal libero arbitrio concesso da Dio agli uomini nell'orizzonte del mondo sensibile, mentre il *nomos* cristiano viene a normare solo lo specifico religioso, quello che cioè attiene al piano spirituale. Insomma, Dio non esercita direttamente i suoi poteri. Lo fa attraverso la mediazione del *logos* per quello che riguarda l'universo (come emerge dall'immagine di Cristo *Pantokrator* che adorerà a lungo l'abside delle basiliche) e, per ciò che concerne gli essere umani, attraverso la mediazione dell'imperatore cristiano. Quest'ultimo risulta così l'unico uomo che esercita il governo senza essere a sua volta governato, se non da Dio e dal *logos*. Sul punto si veda **ORIGENE**, *Commento alla lettera ai Romani*, trad. italiana di F. Cocchini, Marietti, Genova, 1986, 2 voll.; **ORIGENE**, *Commento al Vangelo di Matteo*, trad. italiana di M.I. Danielli, R. Scognamiglio, Città Nuova, Roma, 1998-2001, 3 voll. Cfr. sul punto **G.E. GASPARY**, *Politics and Exegesis: Origen and the Two Swords*, University of California Press, Berkeley, 1979, spec. p. 142 ss.; **H. CROUZEL**, *Théologie de l'image de Dieu chez Origène*, Aubier, Paris, 1956.

¹¹² Ed è quanto, ad esempio, afferma Ireneo di Lione (130-202), il cui *Trattato contro le eresie* "rappresenta un'opera fondamentale per lo sviluppo dottrinale del cristianesimo" (M. RIZZI, *Cesare e Dio*, cit., p. 54). In questo caso, Ireneo sostiene che esista un potere e una figura alternativa a Dio, il diavolo, foriero solamente di azioni ingannatrici. Motivo per cui i fili della storia mondana devono restare saldamente nelle mani di Dio, *ut sapiens architectus et maximus rex*. O meglio, nelle mani dell'autorità terrene che l'Onnipotente, e non il diavolo, ha disposto affinché l'uomo – che da Dio si è allontanato divenendo selvaggio – potesse conoscere un freno. Lo



concetto stesso di *potestas* a essere caricato di continue aggettivazioni (*plena, directa, indirecta, in temporalibus ...*), chiamate in volta in volta in causa per giustificare una determinata visione dei fenomeni normativi statali.

Allo stesso modo, questa intrinseca dualità è tale da alimentare uno sviluppo della dottrina cristiana in senso costituzionalistico. Ciò che, come si è notato in precedenza, trova nella riflessione di Guglielmo d'Ockham una prima sistematica teorizzazione. La teoria occamiana dimostra infatti che, seppur in una versione opposta a quella dell'assolutismo regale, sulla legittimazione del potere politico continueranno comunque a dominare motivi e pensieri di natura e origine teologici.

Lo testimonia il fatto che, dopo la riforma gregoriana (1046ca-1112ca), la Chiesa si afferma come il *corpus mysticum* del Cristo¹¹³, che divulga il suo messaggio incentrato sulla salvezza degli uomini. Concezione, questa, propedeutica all'affermazione del *corpus ecclesiae mysticum*, così come ben analizzato da Erns Hartwig Kantorowicz nel suo celebre studio sui "due corpi del re"¹¹⁴. Il compito di governare e giudicare spetta unicamente a Dio. Il sovrano terrestre deve limitarsi ad assicurare la pace del reame e rendere equa giustizia ai sudditi¹¹⁵. In

conferma, secondo Ireneo, il celebre passo di Paolo in *Rm* 13, 4, secondo il quale "non per nulla l'autorità terrena porta la spada: infatti è ministro di Dio, un vendicatore pronto a colpire chi fa del male"; **IRENEO DI LIONE**, *Contro le eresie e gli altri scritti*, trad. italiana di E. Bellini, Milano, Jaca Book, 2003², V, 24, 1. Sul punto si veda per tutti **E.F. OSBORN**, *Irenaeus of Lyons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 2^a ed., spec. p. 51 ss.

¹¹³ Sul punto si veda lo studio, ancor valido e attuale, di **É. MERSCH**, *Le corps mystique du Christ: études de théologie historique*, Museum Lessianum, Louvain, 1933.

¹¹⁴ **E.H. KANTOROWICZ**, *The King's Two Bodies: A Studies in Mediaeval Political Theology*, cit., p. 194 ss. Ciò è evidente nel fatto che sovente questi elementi si riflettono nello sdoppiamento della personalità regale, che amministra la volontà di Dio in terra: il monarca diventa il *ministro* e *servo* di fronte al sovrano celeste; è quindi limitato nella sua azione politica dalle leggi di Dio (*sub deo* ossia *sub lege, quia lex facit regem* affermerà alla fine del 1200 il legista inglese Henry di Bracton); ma allo stesso tempo, proprio perché *Dei vicarius*, esso si presenta come *legibus solutus* rispetto agli uomini, suoi sudditi.

¹¹⁵ Nel 1300 è Baldo degli Ubaldi a fornirci un altro esempio del progressivo sviluppo del pensiero politico attorno a cui si informa il costituzionalismo medioevale. Commentando il *Codex* di Giustiniano egli ribadisce nei termini di una regola generale la distinzione tra *potestas* ordinaria e *potestas* assoluta; "unde lex ista habet respectum ad potestatem ordinariam non ad potestatem absolutam". A ciò s'aggiunge il riferimento alla giustizia cui la funzione del re deve adeguarsi, anche se si tratta di un dovere morale e non giuridico. Donde quel detto in voga presso gli antichi rivolto esplicitamente al re: "sarai re se ti comporterai con giustizia"; **BALDO DEGLI**



quanto *Dei vicarius*, il re è comunque considerato *legislator* e, come tale, esercita una suprema funzione arbitrale e giudicante. Motivo per cui solo il monarca è capace, con i suoi atti-comandi, di trasformare il diritto (*ius*) in *iussum*, indi *iustitia*¹¹⁶. In tal modo, i presupposti teologici sottostanti a questo ragionamento servono anche a smascherare un potere illegittimo. Per comprendere cioè se si è in presenza di un re che comanda sotto l'insegna di Dio o di un tiranno che imita Lucifero.

Come infatti afferma Giovanni di Salisbury (1115ca-1180) – da taluni considerato il fondatore della filosofia politica occidentale e il suo *Policraticus* come la prima vera opera in cui emergono i motivi dominanti del costituzionalismo medioevale¹¹⁷ –, un tiranno si distingue dal principe perché contrapposto alla legge di Dio. Un tiranno è in altre parole colui che, non regnando con le leggi, opprime il popolo con la forza. Non può quindi essere chiamato principe¹¹⁸. Ciò significa che è la legge (*donum Dei, dogma sapientum, correctio voluntariorum excessuum*) a tracciare differenze e confini fra la figura del principe

UBALDI, I, II, III, *Codicis Libros Commentaria*, Venezia, 1615, foglio 64, anche in A. Lemaire, *Les lois fondamentales de la Monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Ancienne Librairie E. Thorin et Fils, Paris, 1907, p. 41. Sul punto si vedano le accurate riflessioni di **J. CANNING**, *A History of Medieval Political Thought, 300-1450*, cit., p. 161 ss.

¹¹⁶ Sul concetto di *iustitia* si veda il classico studio di **E. CORTESE**, *La norma giuridica: spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè, Milano, 1964, per il quale, così intesa, la giustizia si identifica in "una virtù che risiede nel cuore degli uomini, il diritto la sua manifestazione estrinseca". L'una e l'altra esprimono "la *voluntas ius suum cuique tribuendi*, ma colta in due momenti diversi: il momento in cui essa appare formata e quello in cui essa viene dichiarata o *praecepta*, ossia munita del suggello formale di una *auctoritas* che le dà veste nuova e forza nuova. L'una rappresenta una realtà soltanto spirituale, l'altro la sua *executio* nella pratica" (vol. II, p. 29-30). I tratti essenziali di questo modo di intendere il diritto, e quindi la giustizia, sono già evidenti in **UGO DA SAN VITTORE** (1096-1140), *De sacramentis christianae fidei*, parte 2, col. 4, cit. in R.W. Carlyle, A.J. Carlyle, *A history of Mediaeval Political Theory in the West*, cit., V, p. 336, nota 2: "Nam spiritualis potestas terrenam potestatem et istituere habet ut sit, et iudicare habet, si bono non fuerit: ipsa vero a Deo primum instituta est, et cum deviat, a solo Deo iudicari potest, sicut scriptum est: Spiritualis diiudicat omnia et ipse a nemine iudicatur".

¹¹⁷ Ed è quanto sostiene, fra gli altri, **J. MARTINEZ-TORRON**, *Derecho angloamericano y derecho canonico. Las raíces canonicas de la 'common law'*, Civitas, Madrid, 1991, p. 159-160.

¹¹⁸ **IOANNIS SARESBERIENSIS**, *Policraticus, sive De nugis Curiamium, & vestigiis Philosophorum, libri octo accedit huic editioni eiusdem metalogicus* (1159), Ex officina Ioannis Maire, 1639 (ora anche in inglese con la traduzione di J. Dickinson, Russell & Russell, New York, 1963), p. 622.



(*imago quaedam divinitatis*) e quella del tiranno (*instrumentum diabuli*)¹¹⁹. In breve, la legge è qui concepita come massimo parametro, mediante il quale vengono a essere legittimati attività e poteri di un governante (*the principal criterion of a ruler's 'legitimacy'*), rettamente orientato¹²⁰.

Da questo ragionamento emergono dunque due importanti elementi. Primo, l'idea del Dio trascendente con le sue leggi. Secondo, un sovrano terrestre che con i suoi comandi perpetua la volontà divina. Ora, incentrandosi su principi superiori e soprannaturali, la prima di queste concezioni rimane necessariamente sospesa nell'ambito della trascendenza, facendo fatica a manifestarsi nell'immanenza, intesa come esperienza concreta della realtà. Al contrario, con i suoi comandi, il re occupa concretamente la sfera legislativa e governativa di un Paese. Questo vuol dire che gli atti legislativi rimangono pur sempre gli unici criteri dotati di una certa valenza pratica per valutare la correttezza delle decisioni del sovrano terrestre, stabilendo concretamente se si è in presenza di un potere politico al servizio di Dio o di un potere tirannico *instrumentum diabuli*¹²¹.

Per le medesime ragioni, la teoria contiene alcune contraddizioni che, secondo il punto di vista privilegiato, la assoggettano a letture opposte, ma entrambe legittime: tutto dipende dalla prospettiva che si adotta nel ragionamento. In quanto *vicarius Dei*, il re è *absolutus*: è libero dalle leggi; è al di sopra di esse. Nondimeno – ed è qui che cova il paradosso – egli accede a questa libertà e a questa superiorità nella misura in cui resta un soggetto, nel senso etimologico e primario del termine: *sub-jectum*, assoggettato alla legge del sovrano celeste. Di qui la nota asserzione dell'influente legista inglese Henry di Bracton (1216-

119 "Origo tyranni iniquitas est, & de radice toxicata mala & pestifera germinat, & pullulat arbor, securi qualibet succidenda. Nisi enim iniquitas, & iniustitia charitatis exterminatrix tyrannidem procurasset, pax secunda, & quies perpetua, in aevum populos possedisset, nemoque cogitaret de finibus procudendis" (**IOANNIS SARESBERIENSIS**, *Policraticus, sive De nugis Curiamium*, cit., p. 623). Sul punto **M. FUMAGALLI BEONIO BROCCIERI**, *Il pensiero politico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, spec. cap. 2, *Giovanni di Salisbury e l'Inghilterra*, p. 28 ss., in part. p. 34.

¹²⁰ Come dimostra **Q. TAYLOR**, *John of Salisbury, the Policraticus, and Political Thought*, in *Humanitas*, 2006, n. 1-2, p. 147.

¹²¹ **Q. TAYLOR**, *John of Salisbury, the Policraticus*, cit., p. 148. In Inghilterra lo stesso giuramento del Re testimoniava che il titolo di sovrano era condizionato, e che poteva essere conservato soltanto fin quando perdurasse un buon comportamento: un comportamento conforme al diritto pubblico, al quale tutti i monarchi erano soggetti, il Re Giovanni Senzaterra fu infatti dichiarato ribelle contro i Baroni. E coloro i quali innalzarono Edoardo III al Trono da cui avevano depresso suo padre invocarono il motto *vox populi vox Dei*.



1268 circa), per il quale il vero re è *sub Deo* ossia *sub lege, quia lex facit regem*¹²². Insomma,

“la *lex*, il cui senso originario è di natura religiosa, esprime sempre un imperativo, una potenza che si impone agli uomini. Essa può essere intesa come potenza fisica o metafisica, ma anche come potenza umana”¹²³.

Lo dimostra l’affermazione di entità sovrane, quelli che comunemente definiamo Stati, che si auto-legittimano e che incorporano in sé la sacralità¹²⁴. Che cioè detengono in sé tutte le ragioni della propria esistenza¹²⁵. Questo discorso però porta anche ad affermare le premesse dello “Stato di diritto”, incentrato sulla concezione di un potere che è limitato dalla (e si assoggetta alla) legge¹²⁶.

Il potere statale diventa in altri termini indipendente, originario e indivisibile. In una parola “sovrano”: ché non è legato né assoggettato ad altri poteri. Se si parte dal presupposto che il principe è *sub lege, quia lex facit regem*, la sua potestà deve quindi essere esercitata mediante le leggi: al punto che, col passare del tempo, le leggi arrivano a disciplinare il ruolo e l’attività del detentore della macchina normativa statale. Ciò vuol dire che il potere (sovrano) sarà progressivamente *saisi par le droit* (per dirla con Louis Favoreu); il diritto potrà insomma rivolgere al potere la propria pretesa di limitazione¹²⁷.

Come ha magistralmente dimostrato Francesco Calasso, nella scienza giuridica del Medioevo maturano così le matrici del modello costituzionalistico, basato sui limiti alla sovranità del principe e sugli

¹²² **H. DE BRACTON**, *De Legibus et Consuetudinibus Angliæ*, a cura di G.E. Woodbine, New Haven, Yale University Press, 1922, II, p. 32. Su Bracton per tutti si vedano le accurate riflessioni di **CH. McILWAIN**, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1947, p. 28, trad. italiana di N. Matteucci, *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 63 ss.

¹²³ **A. SUPIOT**, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, cit., p. 63-63.

¹²⁴ **P. LEGENDRE**, *Leçon VI. Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, Paris, 1992, p. 151 ss.

¹²⁵ **M. BLOCH**, *La société féodale*, Albin Michel, Paris, 1939-1940, trad. italiana di B.M. Cremonesi, *La società feudale*, Einaudi, Torino, 1974, spec. p. 500 ss.

¹²⁶ Ciò che prende corpo con “l’ideale laico”. Quando cioè, mediante il processo di secolarizzazione, il discorso sulla legittimazione del potere statale sarà via via depurato dalle premesse religiose; **S. LARICCIA**, *Le radici laiche dell’Europa*, in **AA.VV.**, *La Chiesa e l’Europa*, a cura di G. Leziroli, Pellegrini Editore, Cosenza, 2007, p. 138.

¹²⁷ **L. FAVOREU**, *La politique saisie par le droit*, Economica, Paris, 1988.



stessi criteri di legittimazione della legge. Se è vero che, quando si trova a deviare dall'equità, dalla giustizia e dalla ragione, la *voluntas* del principe *non est lex*, è altrettanto manifesto che in questo caso il principe non opera più entro la sfera della legalità, ma entro quella della tirannia: ché imita e si sottomette alla volontà di Lucifero¹²⁸. Il grado di legittimazione del vertice statale si misura allora in base a una regola precettiva, che trova nella *lex naturalis*, coincidente con quella divina, la sua fonte primaria. Di più, la *lex* è intesa come *rivelazione*. Serve cioè a (di)svelare un ordine giuridico preesistente, "una realtà che essa ha il compito di manifestare"¹²⁹.

Ne deriva la principale caratteristica del costituzionalismo medievale, segnato dalla dialettica relazione dei due tratti distinti ma interdipendenti – due facce della stessa medaglia – della sovranità. Per un verso, la sovranità implica la *solutio a legibus*, la forza coattiva della legge che proviene dal principe, padrone di tutto l'apparato normativo. Per l'altro, il principe sovrano è vincolato a una dimensione del diritto compresa nell'insieme del diritto naturale e del diritto divino, ovvero in un sistema normativo che oltrepassa e sovrasta la legge positiva.

Due aspetti di una sovranità dal doppio volto, "che costituiranno, fino ai tempi moderni, la trama costante e fondamentale dell'elaborazione dottrinale"¹³⁰. L'esempio più esplicito lo fornirà, alle soglie della modernità, Jean Bodin la cui opera sulla *République*, segnando la crisi di fine secolo XVI, è rappresentativa della tensione

¹²⁸ **F. CALASSO**, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale* (1947), Giuffrè, Milano, 1949, (2^a ed. rist. an. 1965), p. 270.

¹²⁹ **P. GROSSI**, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 143 ss. E in questo il diritto canonico svolge un ruolo decisivo, partecipando attivamente alla trasformazione della concezione stessa della società. Il diritto canonico, infatti, può in questo periodo essere considerato come il motore del processo di progressiva liberazione dell'individuo dalle antiche categorie sociali, *in primis* dal gruppo domestico, e nel suo conseguente passaggio sotto il controllo dello Stato. Un passaggio, questo, reso con sintetica ed efficace chiarezza da Gabriel Le Bras: "Più chiaramente manifesta sarà la funzione del diritto canonico nella liberazione dell'individuo e nel suo conseguente passaggio sotto il controllo dello Stato: la libertà del matrimonio, la limitazione della patria potestà e della potestà maritale affievoliscono i poteri del capo; la sostituzione con responsabilità individuale della sovranità familiare, la condanna della vendetta, smantellarono tutta la potenza del gruppo domestico. Si dovrà osservare in tutto l'Occidente il passaggio di autorità – dalla famiglia allo Stato – che fu conseguenza delle dottrine canonistiche sulla salvezza individuale"; **G. LE BRAS**, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, Sirey, Paris, 1955, trad. italiana di G. Margiotta Broglio, F. Margiotta Broglio, *La Chiesa del diritto: introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 252.

¹³⁰ **E. CORTESE**, *Sovranità (Storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 214.



sottostante la ricerca, quasi ossessiva, di un nuovo fondamento alle pretese sovrane dello Stato. Ed è qui che ancora una volta gli elementi teologici si mescolano a considerazioni empiriche.

7 - ... (segue) *messianismo temporale e rivoluzione scientifica*

Il principe-legislatore, *legibus solutus*, trova solamente nelle leggi di Dio e della natura un limite sacro e inviolabile. Sacro, cioè di origine trascendente, ma che proprio per questo potenzia la sua forza vincolante e la sua efficacia, arrivando a configurarsi come *supremo*: una *suprema potestas* normativa, che dà corpo e sostanza alla volontà del sovrano celeste. Il che esclude il concetto di autolimitazione: seguendo le linee di una massima romanistica nota a tutta la tradizione medievale, Jean Bodin sostiene che il potere non è in grado di obbligare giuridicamente se stesso, di limitare le proprie prerogative. Viceversa, egli vede nella sovranità, essa stessa, un sistema di limiti esterni, derivanti da un potere superiore e divino, davanti al quale il sovrano terrestre deve necessariamente arrestarsi. Anch'esso, insomma, deve sottomettersi a una sovranità trascendente, esterna, che assicura la compattezza interna dello Stato, di cui le leggi non sono che un riflesso.

In altre parole, il potere assoluto di Dio fonda quello del sovrano terrestre. Ragione per cui quest'ultimo può essere definito come *absolutus*, ma solamente in un dominio circoscritto. Ed ecco spiegato come il "potere possa limitare il potere"¹³¹.

A tutto ciò s'aggiunge un'altra importante circostanza. Nel secolo XVI il processo di secolarizzazione subisce infatti un trauma improvviso con la Riforma protestante che, tra le altre cose, predica una *restitutio in pristinum* dei valori cristiani delle origini: obiettivo perseguito con un fervido "programma di recupero della spiritualità testamentaria"¹³², che pone un drastico "*non licet*" all'affiorante idea di

¹³¹ **D. QUAGLIONI**, *Costituzione e costituzionalismo nella tradizione giuridica occidentale*, in **AA.VV.**, *La Costituzione Francese/ La Constitution Française*, a cura di M. Calamo Specchia, Giappichelli, Torino, 2009, p. 8 ss. La *République* di Bodin è del 1576; di dieci anni più tardi è pubblicato un rifacimento in latino. Il testo francese definitivo è quello che si legge in *Les six livres de la République* di I. Bodin Angevin, Chez Jacques du Puis, Paris, 1583. Per l'edizione italiana si veda quella a cura di M. Isnardi Parente, **D. Quaglioni**, *I sei libri dello Stato di Jean Bodin*, UTET, Torino, 2007. Sul punto si veda per tutti **M. ISNARDI PARENTE**, *Rinascimento politico in Europa. Studi raccolti da D. Quaglioni*, P. Carta, CEDAM, Padova, 2008, p. 187-197; **D. QUAGLIONI**, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 120 ss.

¹³² **P. BELLINI**, *La Coscienza del principe*, cit., vol. II, p. 836.



laicità del pensiero umanistico rinascimentale: fatta bersaglio di una demonizzazione senza scampo¹³³. D'altro verso, però, non si può dimenticare che proprio l'ideologia della Riforma finisce per "l'aprir il passo ad altri e ben diversi approdi umani", fra cui trova appiglio "la spettanza di ciascuno ad una personale assistenza dello Spirito in fatto di apprendimento e svolgimento delle Verità"¹³⁴. Comprese quelle rivelate, che spesso si disvelavano attraverso il grande libro della natura. Così, con l'avvento dell'età moderna e della *Reformatio*, pur conservando la sua caratteristica di norma superiore e trascendente, l'idea della *lex naturalis* alimenta e sostiene un tipo di ordinamento statale autonomo e indipendente, che progressivamente si rinchiude in un suo sistema di regole. Si favorisce in tal modo una vera e propria svolta, teorica e pratica, nella storia occidentale, e non solo per quanto riguarda la concezione dello Stato e del diritto positivo statale, ma anche per ciò che concerne la scienza moderna.

Con il rinascimento e lo sviluppo del moderno giusnaturalismo, diritto e scienza vengono invero a intrecciarsi, influenzandosi reciprocamente. In particolare, questa visione comincia ad assumere dei connotati più chiari con l'affermazione delle monarchie territoriali, caratterizzate da un potere politico fortemente centralizzato. Lo dimostra il fatto che l'idea della legge di natura troverà la sua prima sistematica formulazione nel Seicento – con Robert Boyle (1627-1691), Baruch Spinoza (1632-1677) e Isaac Newton (1642-1727), fra gli altri – e nell'alveo dell'assolutismo monarchico. Ma più di tutto lo dimostra la nota vicenda di Galileo che, non a caso, scoppia proprio negli anni in cui nasce e si sviluppa una nuova nozione del diritto naturale, mediante la quale si trasformano le categorie e i riferimenti concettuali dello Stato moderno. In particolare, nell'analisi dei fenomeni normativi cominciano a insinuarsi ipotesi che *in nuce* preludono a una visione desacralizzata dello Stato: una prospettiva sempre più aderente alle sensate esperienze e sempre più aliena da premesse teologiche. I primi ad averne consapevolezza sono proprio i vertici dell'istituzione ecclesiastica.

Per la Chiesa, infatti, non ci sono obiezioni finché Galileo è pronto a mettersi in linea con il sistema di pensiero di Andrea Osiander (1498-1552): "non è affatto necessario che queste ipotesi siano vere, e neppure che siano verosimili. Piuttosto, è sufficiente una sola cosa: che diano luogo a calcoli che concordano con le osservazioni"¹³⁵. Eserciti

¹³³ P. BELLINI, *La Coscienza del principe*, cit., vol. II, p. 837.

¹³⁴ P. BELLINI, *La Coscienza del principe*, cit., vol. II, p. 838.

¹³⁵ "Neque enim necesse est eas hypotheses esse veras, imo ne verisimile quidem, sed sufficit hoc unum, si calculum observationibus congruentem": A. OSIANDER,



come può il suo mestiere, ma sia chiaro che il valore del suo metodo è soltanto strumentale: anche se concorda con le osservazioni, esso non deve intaccare il nucleo delle Verità (con la maiuscola) fissato nell'apparato e dall'apparato dogmatico prevalente. Lo grida dal pulpito Raffaello delle Colombe, esponente di spicco della cultura teologica fiorentina del primo quarto del Seicento, che insiste sulle verità del geocentrismo, sostenendo la visione di un cosmo ove "i pianeti e le stelle se le girano intorno [alla terra] per suo *ossequio*"¹³⁶. Al contrario, per Galileo, che non smise mai di credere in Dio e di professarsi cattolico, la ricerca scientifica non sopporta le chiavarde al pensiero. Piuttosto, essa si pone agli antipodi di un atteggiamento ossequioso, nel senso religioso del termine (da *obsequium*). Lo scienziato pisano ha così l'ardire di "rendere conto dei fatti osservati" e supporre, addirittura credere, che sia anche una "descrizione vera del mondo"¹³⁷. Insomma, il metodo sperimentale, che Galileo espone da libero pensatore, da scienziato attua. Per lui, come anche per la Chiesa, questo è l'aspetto centrale di tutta la vicenda¹³⁸.

Il processo a Galileo si conclude con la condanna per eresia e con l'abiura delle sue concezioni astronomiche il 22 giugno 1633. Tre anni dopo, al di là delle Alpi René Descartes, uno dei padri fondatori della filosofia moderna, pubblica il suo *Discorso sul metodo*, affermando peraltro che le leggi di natura sono comunque stabilite da Dio¹³⁹. Ma queste leggi devono essere scoperte, (di)svelate. Il che implica una ricerca e, eventualmente, una loro traduzione in formule matematiche.

Introduzione a **N. COPERNICO**, *De revolutionibus orbium coelestium*, Johannes Preteius, Nürnberg, 1543, p. 3 (traduzione mia).

¹³⁶ **T. GREGORY**, *I nemici di Copernico*, in *Il Sole 24Ore Domenica*, 20 settembre 2009, p. 32; sul punto ampiamente **L. GUERRINI**, *Galileo e la polemica anticopernicana a Firenze*, Edizioni Polistampa, Firenze, 2009.

¹³⁷ **G. GALILEI**, *Terza lettera al Sig. Velseri, nella quale anco si tratta di Venere, della Luna e Pianeti Medicei, e si scoprono nuove apparenze di Saturno*, Biblioteca Treccani, Roma, 2006, p. 577-578.

¹³⁸ Così **K.R. POPPER**, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi*, trad. italiana a cura di M. Trinchero, Einaudi, Torino, 1998, p. 12 ss.

¹³⁹ **R. DESCARTES**, *Discorso sul metodo* (1637), Bompiani, Milano, 2002, p. 167. Da notare che in una lettera inviata a Padre Mersenne, Descartes ribadisce il parallelo tra le leggi che Dio ha stabilito in natura e quelle che un re stabilisce per il suo regno: "Ne craignez point, je vous prie, d'assurer et de publier par tout, que c'est Dieu qui a etabli ces lois en la nature, ainsy qu'un Roy etablist des lois en son Royaume": **R. DESCARTES**, *Lettera a Padre Mersenne, 15 aprile 1630*, in R. Descartes, *Tutte le lettere*, a cura di G. Belgioioso, Bompiani, Milano, 2005, p. 147. Sul punto si veda anche **F. OAKLEY**, *Omnipotence, Covenant and order. An Excursion in the History of Ideas from Abelard to Leibniz*, Ithaca, London, 1984, p. 140 ss.



E questo vale anche per l'ordinamento statale, nel senso che il processo di individuazione del fondamento legittimo delle leggi dello Stato si intreccia con la loro intelligibilità. Ne consegue il parallelo, sviluppato chiaramente da Samuel Pufendorf¹⁴⁰, fra la ricerca scientifica, rivolta a scoprire le leggi naturali, e la ricerca delle regole del diritto, incentrata sulla scoperta delle leggi umane; ciò che fornisce all'uomo la possibilità di definire norme di comportamento in linea con quanto stabilito dall'ordine superiore, trascendente.

Un altro esempio è in questo senso fornito dal pensiero e dall'opera di Thomas Hobbes. Considerato come il padre indiscusso del positivismo giuridico e della scienza giuridica moderna, Hobbes contribuisce, da un lato, alla desacralizzazione del diritto e, dall'altro, all'affermazione di una vera e propria "teologia della sovranità": una concezione della sovranità statale che legittima un potere pubblico con prerogative pressoché illimitate e, come dimostra Nberto Bobbio, secondo una nuova religione dell'obbedienza¹⁴¹. Di tal guisa che Hobbes suscita la sottile e arguta ironia di Leibniz per il quale, in fin dei conti, il pensatore inglese "crede (e all'incirca per la medesima ragione)

¹⁴⁰ Infatti, con la definizione degli *entia moralia* quale oggetto di studio del giurista, Pufendorf sostiene la coincidenza fra l'ordine di natura e quello giuridico, quindi la possibilità di dimostrare le leggi morali (su cui dovrebbe basarsi una società, retamente governata) "così come quelle fisiche o matematiche" (**P. PRODI**, *Una storia della Giustizia*, cit., p. 406): in tal modo Pufendorf vuole ridimensionare quanto più possibile il grado di discrezionalità sia nell'affermazione-individuazione delle leggi positive che nel giudizio circa le azioni umane. Sul punto si veda l'analisi di **F. TODESCAN**, *Intellettualismo e volontarismo nel pensiero di S. Puffendorf*, in **AA.VV.**, *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, a cura di V. Fiorillo, La Città del Sole, Napoli, 1996, p. 269 ss.; **F. TODESCAN**, *Dalla "persona ficta" alla "persona moralis". Individualismo e matematismo nella teoria giuridica del sec. XVII*, in *Quaderni fiorentini*, 1982-1983, n. 11-12, p. 59 ss.

¹⁴¹ Il punto d'arrivo di Hobbes è un tipo di giusnaturalismo "che apre la strada al positivismo giuridico ... Errerebbe peraltro chi credesse di poter concludere che il giusnaturalismo moderno va a cadere nelle braccia del positivismo giuridico. Tutt'altro! La verità è che Hobbes inventa, elabora, perfeziona i più raffinati ingredienti giusnaturalistici, ma li adopera per costruire una gigantesca macchina dell'obbedienza": **N. BOBBIO**, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, p. 168. Sul punto si sofferma con acume analitico **B. RUSSELL**, *History of Western Philosophy* (1945), Routledge, London, 2004, trad. italiana di L. Pavolini, *Storia della filosofia occidentale*, Milano, TEA, 2004 p. 508 ss. Per un approfondimento **G. MARRAMAO**, *Dopo il Leviatano*, Einaudi, Torino, 2000, p. 274 ss.; **F. CORDERO**, *Diritto*, cit., p. 105 ss.; **F. GALGANO**, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 239; **M. TEDESCHI**, *Potestà civile e potestà ecclesiastica nel pensiero di Thomas Hobbes*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1988, I, p. 106 ss.; **P. STEFANI**, *La laicità nell'esperienza giuridica dello Stato*, Cacucci, Bari, 2007, p. 48 ss.



che la vera religione sia quella dello Stato”¹⁴².

L'altro caso archetipo è rappresentato da Ugo Grozio, nelle cui mani il giusnaturalismo diventa il manifesto di un diritto laico e razionalistico, da cui emerge una spiccata tendenza alla teologizzazione del diritto¹⁴³. Quando infatti deve pronunciarsi *De veritate religionis christianae*, Grozio chiama in causa le regole giudiziarie dell'antico Israele, effettuando un paragone fra l'atto di Dio e quello di un moderno sovrano terrestre. Un sovrano che, nell'opera di accentramento e razionalizzazione del diritto, abolisce le vecchie e disorganiche leggi affermate a livello locale per introdurre nel suo regno uno *ius* che sia davvero *commune*¹⁴⁴. Ed ecco riecheggiare un tema dominante nella dottrina ecclesiastica medioevale, che generalmente concepisce la legge come sinonimo di razionalità:

“ratione lex constat, insegna Isidoro in uno dei primi canoni del *Decretum* graziano. E la *ratio*, per gli uomini medioevali, è per un verso una realtà obiettiva, l'ordine delle cose. Per altro verso essa è la ragione umana: la ragione naturale, che è un dono di Dio; ma anche la ragione illuminata della rivelazione, la ragione che deve misurarsi con i precetti della religione e della disciplina ecclesiastica, e avere sempre di fronte i destini ultimi dell'uomo (la *salus animarum*)”¹⁴⁵.

Allo stesso modo, per Grozio il diritto è dettato dalla *recta ratio*, coincidente con la volontà divina, e perciò dotato di un'intrinseca valenza operativa. Lo attesta il celebre inciso del n. 11 dei *Prolegomena* al

¹⁴² **G.W. LEIBNIZ**, *Méditation sur la notion commune de la Justice*, la versione originale francese dell'opera di Leibniz è stata pubblicata in G. Mollat, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizes ungedruckten Schriften*, Leipzig, J.H. Robolsky, 1885, p. 58 (traduzione dal francese mia). In questo caso Leibniz si riferisce al *De Cive* di Hobbes; **T. HOBBS**, *De cive. Philosophical Rudiments Concerning Government and Society*, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane, London, 1651, cap. XVIII, p. IV.

¹⁴³ **F. CORDERO**, *Osservanti. Fenomenologia delle norme*, cit., p. 455.

¹⁴⁴ **H. GROTIUS**, *De veritate religionis Christianae* (1627), nell'edizione curata da **J. CLERICUS**, *Cujus accessit De eligenda inter Crhistianos dissentientes Sententia*, Amstelaedami, Typis Stephani Roger, 1718, § VII, *Ab Jesu in terris observatam legem Mosis, nec post abolita, nisi ea praecepta, quae intrinsecam bonitatem non habebant*, p. 232 ss., spec. p. 238, trad. italiana di F. Pintacuda De Michelis, *Della vera religione cristiana*, Laterza, Bari, 1973. Su punto **P. PRODI**, *Una storia della giustizia*, cit., p. 363 ss.

¹⁴⁵ **O. CONDORELI**, *Ius e lex nel sistema del diritto comune (secoli XIV-XV)*, in **AA.VV.**, *Lex und Ius. Beiträge zur Begründung des Recht in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, a cura di A. Fidora, M. Lutz-Bachmann, A. Wagner, Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2010, p. 31.



De iure belli ac pacis, la sua opera più famosa¹⁴⁶. Senza rinunciare ai suoi profondi convincimenti religiosi, l'Autore avanza in questo caso l'ipotesi della bontà del diritto naturale, con o senza Dio: anche se ammettessimo – il che per Grozio non si può fare senza incorrere in grave empietà – l'inesistenza di Dio, il sistema morale e giuridico, ossia lo *ius naturale*, non perderebbe la sua qualità¹⁴⁷.

8 - Westfalia (1648): la territorializzazione del diritto religioso

Il percorso teorico – sintetizzato attraverso i passaggi principali, che non hanno certo l'ambizione, anzi, di esaurire l'argomento – trova la corrispondenza più concreta nella conclusione delle sanguinose guerre di religione, e in particolare nella grande svolta rappresentata dalla Pace di Westfalia (1648). Una svolta che ha favorito il transito dal sistema medioevale, basato su un ordine gerarchico articolato, a un sistema composto da Stati sovrani, che hanno progressivamente trovato legittimazione al proprio interno e non in cause esterne, trascendenti. Ma, anche qui, come è stato giustamente osservato, Westfalia non ha inventato la sovranità *ex nihilo*¹⁴⁸.

In realtà, alcuni dei suoi più importanti connotati fanno riferimento a concetti che si sono affermati pienamente in epoche precedenti e con l'apporto fondamentale fornito dalla religione. Lo dimostra la regola *cuius regio eius et religio* con la quale, dopo la Riforma, la religione assurge a elemento fondamentale di differenziazione tra i popoli di ciascuno Stato.

La pace di Westfalia del 1648, ma ancor prima la pace di Augusta del 1555, sancisce così "la territorializzazione della religione e, di conseguenza, l'omogeneizzazione, almeno per quanto riguarda le

¹⁴⁶ Anche se i contenuti di questo specifico sistema di pensiero risalgono al secolo XIV, e in particolare a Gregorio da Rimini. Lo ha dimostrato ampiamente **H. WELZEL**, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951, trad. italiana a cura di **G. DI STEFANO**, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 195 ss.

¹⁴⁷ "Et haec quidam, quae iam diximus locum aliquem haberent *etiamsi daremus*, quod sine summo scelere dari nequit, non esse deum aut non curari ab eo negotia humana": **H. GROTIUS**, *De Iure Belli Ac Pacis. Libri Tres, in Quibus Jus Naturae & Gentium ...* (1625), Joannem Blaeu, Amstelaedami, 1670, p. 10. Sul punto **M. VILLEY**, *Le moralisme dans le droit. A l'aube de l'époque moderne (sur le texte de Grotius)*, in *Revue de droit canonique*, 1966, n. 16, p. 319 ss.

¹⁴⁸ **S.D. KRASNER**, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 107-115.



questioni religiose, di tutti coloro che abitano lo stesso territorio"¹⁴⁹. Gli stessi confini statali si delineano in base alla sfera di influenza territoriale, esercitata dalla religione del sovrano. Lo Stato diventa in tal modo il portavoce delle istanze proprie di una data confessione¹⁵⁰.

Con Westfalia s'afferma però anche un'altra novità, riguardante il rapporto che intercorre tra il potere spirituale e il potere temporale. Questo rapporto si sposta dal livello imperiale a quello delle monarchie territoriali che, come si diceva, rappresentano gli embrioni dei futuri Stati nazionali. Da qui l'affermazione di un'autorità che, all'interno di un dato territorio, spezza la lunga catena di mediazioni in cui si articolava il sistema feudale, determinando un mutamento nell'esercizio della sovranità statale. Ciononostante, alcuni originari riferimenti, di natura essenzialmente religiosa, continuano a persistere. La sovranità, infatti, continua a essere considerata nei termini della classica nozione di *suprema potestas*. A mutare è invece la personalità che la comprende. Inizia cioè a profilarsi con maggior nettezza la spersonalizzazione del potere politico. Non più uno strumento nelle mani della personalità regale, questo potere diventa espressione di un ente onnipotente – l'hobbessiano *mortal God*¹⁵¹ – in grado di trascendere

¹⁴⁹ **M.L. LANZILLO**, *Il multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 64.

¹⁵⁰ Ciò spiega il contenuto dei primi strumenti internazionali volti a conferire una qualche forma di tutela alle minoranze confessionali. A tale scopo sono rivolti molti trattati inter-nazionali stipulati tra il secolo XVII e la prima metà del XIX, alcuni dei quali in anticipo rispetto alla stessa Pace di Westfalia: così il Trattato di Vienna del 1606, firmato dal Re d'Ungheria e dal Principe della Transilvania, che riconosce i diritti della minoranza protestante presente in questa regione; ma anche il Trattato di Oliva, stipulato nel 1660 dalla Svizzera e la Polonia, il Trattato di Nimega del 1678, il Trattato di Ryswick del 1697 (sottoscritti entrambi da Francia e Olanda), e il Trattato di Parigi del 1763 (relativo alla cessione delle colonie britanniche in Canada a favore della Francia), che riconoscono una qualche forma di libertà di religione alla confessione cattolica. A ciò s'aggiunga che anche la legislazione interna sovente si muove nel medesimo senso: lo dimostrano per la Francia l'Editto di Nantes del 1598, che disciplina i diritti e i doveri del gruppo protestante, e per l'Inghilterra il *Toleration Act 1698* che è ampiamente ispirato alle teorie lockeane. Sul punto **A. PIZZORUSSO**, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enciclopedia del diritto*, vol XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 538-541; **A. PIZZORUSSO**, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 89-126; **F. CAPOTORTI**, *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nations Unies, New York, 1991, p. 1 ss.; **S. PIERRE-CAPS**, *La question des minorités en droit international*, in **AA.VV.**, *Droits des minorités et des peuples autochtones*, a cura di N. Rouland, PUF, Paris, 1996, p. 158-166; **J. YACOB**, *Les minorités dans le monde. Faits et analyses*, Desclée de Brouwer, Paris, 1998, p. 33 ss.

¹⁵¹ **T. HOBBS**, *Leviathan* (1651), a cura di W. Malesworth, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, John Bohn, Henrietta Street Covent Garden, London,



gli interessi particolari degli individui del quale esso si compone: ciò che in Germania prende il nome di *Herrschaft*¹⁵² e in Francia quello di *puissance étatique*¹⁵³. Un processo che si riflette anche nella statalizzazione del diritto, definito come insieme di regole che formano la nuova struttura normativa statale: una struttura che si autolegittima, trovando in sé i propri referenti fondativi.

Un nuovo Stato sovrano, dunque, che, protagonista di crisi e metamorfosi, si attesta anche come “elemento di continuità e completa sacralizzazione come persona collettiva”¹⁵⁴. Insomma,

“come in cielo Dio è a tal punto onnipotente, per cui è giusto tutto ciò che vuole e lo stesso ordine della natura dipende dal suo *fiat*, non da una partecipazione alla sua ragione, così in terra il nuovo sovrano crea il diritto e al limite può consentire l’eccezione al regolare funzionamento dell’ordine giuridico. La sovranità ci si presenta, così, come una volontà in azione, dispiegata, alla base della quale sta il principio: *sit pro ratione voluta*”¹⁵⁵.

1832, vol. III, cap. XVIII, p. 100: “The multitude so united in one person is called a Commonwealth, in Latin *civitas*. This is the generation of that Leviathan ... that *mortal god* to which we owe, under the immortal God, our peace and defence” (corsivo dell’Autore).

¹⁵² Per tutti si veda **M. STOLLEIS**, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Beck, München, 1992, vol. II, p. 368 ss.

¹⁵³ **O. BEAUD**, *La puissance de l’État*, PUF, Paris 1994, trad. italiana di L. Tullio, *La potenza dello Stato*, Napoli, ESI, 2002; si veda anche **O. BEAUD**, *La souveraineté dans la ‘contribution à la théorie générale de l’État’ de Carré de Malberg*, in *Rev. de droit publique*, n. 5, 1994, p. 1251 ss. Da notare che, seguendo l’uso medievale che equipara alla *potestas* la *potentia*, Calvino prima e Bodin dopo traducono i due termini nel francese *puissance*. Per cui, secondo Bodin si può chiamare sovrano solamente chi non dipende da nessun altro (fatta ovviamente eccezione per Dio), se non dalla sua spada. In questo modo, la *puissance* del magistrato (Calvino) diventa la potenza dello Stato moderno (Bodin). Infatti, nel medesimo contesto dottrinale “l’uso del termine *status* o *estat* (nel francese cinquecentesco equivale a *état*) per indicarlo inizia a prendere forma proprio dalle sue [di Bodin] pagine. Una storia radicalmente nuova era iniziata”; **M. RIZZI**, *Cesare e Dio*, cit., p. 209.

¹⁵⁴ **P. PRODI**, *Una storia della giustizia*, cit., p. 394.

¹⁵⁵ **N. MATTEUCCI**, *Lo Stato moderno*, cit., p. 87. Una formula, quella del *sit pro ratione voluta*, usata già dai giuristi del secolo XIII e che, come allora, può essere egualmente applicata per legittimare un ordine costituzionale e un potere dispotico. Come dimostra Kennet Pennington per il quale, intesa come la intendevano i giuristi medioevali, e in particolare Lorenzo di Spagna (1180-1248 circa), la massima *sit pro ratione voluntas* “did not mean that the prince must be supreme over positive law”, o che “the prince could exercise absolute or arbitrary authority”. Ciononostante, per le ragioni suesposte la definizione dell’autorità legislativa (*definition of legislative authority*) contenuta in questa massima “could be applied equally well to



E non va neanche dimenticato che, con il consolidarsi della Riforma e la maggiore frammentazione della geografia religiosa, in Europa lo Stato continua ad aver bisogno della religione per raggiungere il proprio scopo politico. Per essere cioè ben governato. E questo non solo perché la religione, spingendo i sudditi alla osservanza delle leggi, può rappresentare lo strumento per rendere più efficaci le norme statali; ma anche perché essa ricopre un ruolo centrale nell'affermazione della pubblica felicità¹⁵⁶.

Ora, tutto ciò non fa che confermare l'idea di fondo che sottende gran parte della riflessione teorica del giusnaturalismo seicentesco: "impinged upon one of the early prerogatives of absolute sovereignty ... the religion of the sovereign was the national religion (cujus regio, eius religio)"¹⁵⁷, quello che nell'Europa centrale permette ai principi tedeschi (il potere temporale) di affermare il monopolio della propria fede (potere spirituale) nel relativo territorio statale.

Non dissimile il processo che si sviluppa negli stessi anni nel mondo anglosassone nel quale, tuttavia, maggiore pregnanza è conferita ai principi di tolleranza e di libertà religiosa; che costituiscono poi i pilastri portanti del costituzionalismo moderno e contemporaneo¹⁵⁸. Dopo lo scisma di Enrico VIII, che assume anche il titolo di Capo della nascente confessione anglicana (1530), e l'ulteriore frammentazione del panorama religioso statale, la Rivoluzione puritana

constitutional or despotic princes"; **K. PENNINGTON**, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, cit., p. 47.

¹⁵⁶ Come infatti affermò lo stesso Grozio: "Altera ratio est ex natura ac vi propria religionis, quae eiusmodi est, ut homines placidos, obsequiosos, amantes patriae, iuris et aequi retinentes efficiat. Ita autem animatis civibus non potest non esse felix Respublica ... Neque vero religio censenda est ad Rempublicam facere dumtaxat ea parte, qua morum regulam praescribit, minisque et pollicitationibus sancit: nam et dogmata et ritus haud parum ad ipsos mores publicamque felicitatem momenti habent"; **H. GROTIUS**, *Opera omnia theologica*, cit., libro III, p. 206-207. In questo senso, come teorizzò Herman Conring, all'interno dello Stato la Chiesa non può essere definita *respublica*, ma al più *collegium*, nell'accezione romana del termine: "Ecclesia in hisce terris non est vere respublica, sed naturam potius habet collegii"; cit. in **I. MAGER**, *Hermann Conring als theologischer Schriftsteller*, in **AA.VV.**, *Hermann Conring (1606-1681). Beiträge zu Leben und Werk*, a cura di M. Stolleis, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, p. 77.

¹⁵⁷ **D. NINČIĆ**, *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of United Nations*, Kluwer Law International, Boston, 1970, p. 194.

¹⁵⁸ Sul punto **G. SILVESTRI**, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, spec. il par. 3 del cap. II, *Libertà dei singoli, delle minoranze, dei popoli e sovranità nazionale: il problema dell'universalismo dei diritti umani*, p. 46 ss.



sviluppa teorie costituzionali (sull'insegnamento di Roger Williams e John Locke)¹⁵⁹ che rimandano a nuove credenze di valore, e in particolare ai principi del pluralismo confessionale e della tolleranza cultural-religiosa. Questi diventano armi politiche contro le pretese di un potere basato sull'antico retaggio ereditario d'origine divina¹⁶⁰, favorendo l'affermazione di una nuova visione del diritto. Una visione che si alimenta mediante la concreta implementazione del *rule of law*¹⁶¹ – ossia della *Supremacy of Law*¹⁶² – indissolubilmente connesso con la tutela dei diritti fondamentali individuali¹⁶³.

Il risultato più evidente di questo processo è la definizione di due libertà diverse, frutto entrambe del processo di costituzionalizzazione del diritto¹⁶⁴: la libertà *di* religione, riconosciuta

¹⁵⁹ Sul punto si permetta il rinvio a **F. ALICINO**, *Constitutionalism as Peaceful "Site" of Religious Struggles*, in *Global Jurist*, 2010, p. 1 ss.

¹⁶⁰ **J. EBERLE**, *Roger Williams's Gift: Religious Freedom in America*, in *Roger Williams University Law Review*, n. 4, 1998-9, p. 425 ss.; **P. HAMBURGER**, *Separation of Church and State*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 2002, p. 38 ss. Su Roger Williams e la genesi del suo pensiero e della sua azione politica in tema di rapporti Stato-Chiese nonché in materia di libertà religiosa **S. FERLITO**, *Separazione fra Stato e Chiesa e libertà religiosa nel pensiero di Roger Williams. "La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza". Londra 1644*, Giappichelli, Torino, 1994; si permetta anche il rinvio a **F. ALICINO**, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, Padova, 2011, p. 206 ss. e alla bibliografia ivi pure riportata.

¹⁶¹ Per tutti: **F.A. HAYEK**, *The Political Idea of the Rule of Law*, in *Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures*, National Bank of Egypt, Cairo, 1955, p. 2 ss.; **F.A. HAYEK**, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London, 1960, p. 163 ss.; **G.O. WALKER**, *The Rule of Law, Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, Melbourne, 1988, p. 102 ss.

¹⁶² **A.V. DICEY**, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, London, 1915, trad. italiana di A. Torre, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 153 ss.

¹⁶³ Come invero sottolinea Luigi Volpe, "il costituzionalismo contemporaneo individua ... il fondamento delle anteriorità dei diritti ... come "condizioni di possibilità" ed *a priori* logico-positivi della democrazia pluralistica"; **L. VOLPE**, Summary ending: *verso la forma devoluta dello Stato costituzionale?*, in **AA.VV.**, *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, a cura di A. Torre, Torino, Giappichelli, 2007, p. 1172.

¹⁶⁴ Su punto si rinvia agli studi di Louis Favoreu, per il quale il processo di costituzionalizzazione del diritto è strettamente connesso con la "réalisation de l'État de droit", che "domine le droit constitutionnel moderne" e contemporaneo, la cui affermazione passa necessariamente dal rispetto e dalla tutela dei diritti fondamentali. Ciò si riverbera anche a livello istituzionale, poiché "reconnaître constitutionnellement des droits et libertés aux individus a pour conséquence une sérieuse limitation des pouvoirs des gouvernants. Ceux-ci n'ont pas seulement à respecter des règles de forme et de procédure mais aussi des règles de fond ou de droit substantielle"; **L. FAVOREU**, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, in *Rev.*



al singolo individuo e, per riflesso, alla religione dallo stesso professata; e la libertà *dalla* religione, che investe il sistema giuridico, quello che comunemente definiamo Stato, la cui azione deve essere separata dai fini e dagli obiettivi teologici perseguiti dalle Chiese. Motivo per cui queste due libertà producono altrettante separazioni: la libertà *di* religione diventa il corollario della separazione della religione dal diritto, della/e Chiesa/e dallo Stato, della morale dalle istituzioni pubbliche; viceversa, la libertà *dalla* religione sostiene la separazione del diritto dalla religione, dello Stato dalla/e Chiesa/e, delle istituzioni pubbliche dalla morale¹⁶⁵.

In Inghilterra la fine delle persecuzioni dei puritani-nonconformisti¹⁶⁶ coincide così con l'entrata in vigore del *Bill of Rights* del 1689 e, soprattutto, del coevo *Toleration Act*: un atto che, recependo la lezione di John Locke sulla tolleranza religiosa, inverte il rigido orientamento gallicano degli Stuart, concedendo la libertà di culto a quasi tutte le confessioni. Quasi. Non va infatti dimenticato che, nonostante la Rivoluzione puritana, il Regno rimane pur sempre profondamente influenzato dalla presenza della religione di Stato

fr. dr. const., 1990, p. 45-46. In particolare, il tema della costituzionalizzazione del diritto emerge per la prima volta da un articolo del Doyen **L. FAVOREU**, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit*, in **AA. VV.**, *Mélanges en hommage à Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, p. 235 ss. A questo saggio seguono una serie di altri importanti lavori del Doyen che hanno contribuito a chiarire ulteriormente la questione. Ne citiamo i due più rappresentativi: **L. FAVOREU**, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, in *Pouvoir*, 1991, p. 17 ss.; **L. FAVOREU**, *La constitutionnalisation du droit*, in **AA.VV.**, *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 28 ss.

¹⁶⁵ In questo senso, come giustamente afferma Silvio Ferrari, la "secolarizzazione non significa soltanto la separazione della religione dalle altre sfere della vita umana e la riduzione dell'influenza che essa esercita su queste: nella storia dell'Occidente alla secolarizzazione è strettamente legata l'affermazione della libertà di coscienza e di religione ... i due profili sono inscindibili"; **S. FERRARI**, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 37, nota 2 (corsivo nostro). In questo senso, ovvero, sulle interazioni fra processo di secolarizzazione e Stato costituzionale di diritto ampiamente **N. COLAIANNI**, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianze e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 65 ss.

¹⁶⁶ Infatti, con l'ascesa al trono di Carlo II e la successiva restaurazione della monarchia inglese (1660) i puritani furono perseguitati dalla Chiesa anglicana e chiamati *non-conformisti*, in quanto si rifiutavano di obbedire all'*Uniformity Act 1662*, emanato dal Lord cancelliere Edward Hyde, primo Conte di Clarendon. L'*Act*, tra l'altro, obbligava all'uso del Libro delle Preghiere della Chiesa anglicana. Altre leggi furono approvate contro i puritani, tra cui il *Corporation Act 1661*, che escludeva i non-conformisti dai pubblici uffici, il *Conventicle Act 1664*, che proibiva funzioni religiose non-conformiste e il *Five Mile Act 1665*, che proibiva ai pastori non-conformisti di avvicinarsi alle città.



(l'anglicana). Al punto che il citato *Toleration Act*, oltre a non tollerare la presenza in Patria della confessione cattolica romana (l'emancipazione dei cattolici fu conseguita soltanto nel 1829), condanna esplicitamente l'ateismo¹⁶⁷.

Ma è proprio questa ambiguità a rendere ancor più interessanti le suddette teorie, le cui contraddizioni si sciolgono nella struttura sostanzialmente monoculturale – o religiosamente omogenea – degli Stati all'interno del più ampio contesto del moderno costituzionalismo occidentale. Ed è Locke a renderlo evidente, laddove definisce la natura del *Common-wealth* inglese: un ordine giuridico modellato in “base agli ordinamenti dei primi insediamenti umani”, che si “reggevano su un ordine prestabilito dall'Onnipotente Dio dei cristiani”¹⁶⁸; un ordine di cui l'idea lockeana del *Commonwealth* rivendica la perfetta rappresentazione nel panorama occidentale.

9 - La nuova religione della perfetta ragione

Nonostante le resistenze, le inevitabili contraddizioni e le peculiari condizioni geopolitiche dei singoli Stati, nell'Europa la tendenza risulta nondimeno irreversibile. Generalmente, infatti, ci si orienta verso l'affermazione di quella che lo stesso Locke definisce come la distinzione fra il *business of civil government* e il *business of creed*. Una separazione che, sotto l'influenza della nascente filosofia illuminista, in Continente assumerà in qualche caso le forme di una *véritable passion*¹⁶⁹. Tanto che, nel nome della desacralizzazione dei poteri pubblici, si arriva ad attribuire tratti tipicamente religiosi alla Legge (con la maiuscola) dello Stato e della nazione.

Ancora una volta, quindi, s'afferma quello che Michel de Montaigne (1533-1592) aveva anni prima descritto come il fondamento mistico dell'autorità legislativa, mediante il quale “le leggi mantengono

¹⁶⁷ E anche in questo si sottolinea la forte influenza esercitata dall'opera e dal pensiero di Locke. Si veda, fra l'altro, quanto **J. LOCKE** afferma nella sua *Letter Concerning Toleration*, scritta dall'Autore in latino pubblicata in inglese (con la traduzione in inglese di W. Popple) nel 1689. Si veda in particolare l'edizione curata da J. Horton, S. Mendus, Routledge, London, 1991, p. 19.

¹⁶⁸ **J. DUNN**, *What is living and What is Dead in the Political Theory of John Locke? Interpretation Political Responsibility*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 11 (traduzione mia).

¹⁶⁹ **J. CARBONNIER**, *La passion des lois au siècle des lumières*, in *Essaies sur les lois*, Defrénois, Paris, 1979, p. 203.



la loro considerazione non perché sono giuste, ma perché sono leggi¹⁷⁰. Un'idea, questa, che si svilupperà pienamente con la Grande Rivoluzione del 1789, quando la legge assurge a oggetto da venerare: tanto che nel 1790 si costituisce un *Club des Nomophilies*, mentre nel 1792 si arriva addirittura a istituire una vera e propria *Fête nationale de la Loi*, espressione della volontà generale. Una volontà che, nella liturgia rivoluzionaria, dà voce e sostanza allo Stato e alla Nazione.

Questo però dimostra anche che se il giusnaturalismo classico, compreso quello cartesiano, generalmente s'appigliava a valori ed entità trascendenti, agli illuministi ciò non basta: essi vogliono che i loro paradigmi, *in primis* la nazione e la volontà generale (che si esprime con la Legge), restino ancorati all'immanenza. Nel nome della *lumière de la raison*, si vuole cioè segnare una linea netta di demarcazione fra la Città ideale della ragione illuminata e quella retta dall'antico retaggio ereditario d'origine divina. In tal modo, la ragione e il sapere finiscono per scalzare sia i vecchi Dèi che il nuovo Dio dei cristiani.

Tuttavia, nell'elaborare le loro teorie, in molti casi gli illuministi sembrano utilizzare i medesimi presupposti teologici della sovranità; quei presupposti che in passato, mediante anche la strumentalizzazione della religione (di Stato), avevano favorito l'affermazione delle monarchie territoriali. Una straordinaria pagina dello *Zibaldone* di Giacomo Leopardi è in questo senso davvero illuminante:

«Prevalendo sempre più la ragione e il sapere, e scemando l'ignoranza parziale, quelle religioni più naturali e felici, ma perciò appunto più rozze, non potevano essere credute, né servire di fondamento a illusioni reali e stabili, alle azioni che ne derivano, e quindi alla felicità. Le nazioni pertanto disingannandosi appoco appoco perdevano con le illusioni ogni vita. Bisognava richiamare quelle illusioni. Ma come, se restavano e non potevano più

¹⁷⁰ **M. DE MONTAIGNE**, *Essais* (1580-1595), Librairie de L. Hachette, Paris, 1868, libro III, p. 300 "les loix se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont loix: c'est le fondement mystique de leur autorité, elles n'en ont point d'autre" (trad. italiana di F. Garavini, *Saggi*, Adelphi, Milano, 1992, vol. II, citazione a p. 1433). Sul punto **J. DERRIDA**, *Force de la loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Galilée, Paris, 1994, trad. italiana di F. Garritano, *Forza di legge. Il 'fondamento mistico dell'autorità'*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, spec. p. 60 ss. Da ultimo si veda anche **G. ZAGREBELSKY**, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 24-25, il quale effettua un parallelo fra il pensiero di Montaigne e quello di Blaise Pascal, con ampie citazioni tratte dalle opere dei due pensatori. Su quest'ultimo punto si veda anche **M. CONETTI**, *Simbolicità del giuridico e realtà teonomica nelle Pensées di Pascal*, in **AA.VV.**, *I simboli religiosi tra diritto e cultura*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 59 ss.



allontanarsi la ragione e il sapere che le avevano distrutte, e la ragione e il sapere erano padroni dell'uomo? ... Bisognava dunque richiamare quelle illusioni col sentimento, anzi col mezzo della stessa ragione e sapere. Dico col mezzo perché non c'era altro modo per richiamarle, se non a giudicarle vere, e questo giudizio non poteva farlo se non la ragione e il sapere già stabilito. Ma come quella stessa ragione e sapere che le avevano distrutte, potevano permettere che risorgessero, anzi introdurle di nuovo nell'anima? Sarebbe convenuto che la ragione rinnegasse se stessa ... Non c'era altro mezzo se non che *una nuova religione*, ammessa e creduta per vera dalla ragione, e conforme a lumi di quel tempo: la qual religione tornasse a far la base delle illusioni perdute (altrimenti che valeva nel nostro caso?) in maniera che queste ripigliassero l'aspetto "stabile" di verità agli occhi dell'uomo. In somma bisognava che questa religione, nuova base delle illusioni naturali e necessarie, fosse il parto della ragione e del sapere. O parlando cristianamente, bisognava che una espressa rivelazione assicurasse la ragione ... *Ecco dunque arrivata la necessità di una religione perfettamente ragionevole (cioè rivelata, perché senza il fondamento della rivelazione, come può una perfetta ragione credere o tornare a credere quello che, umanamente parlando, è veramente falso?) o almeno perfettamente conforme a quella misura della ragione e sapere di quei tali tempi*»¹⁷¹.

È uno degli esiti della Grande Rivoluzione, e soprattutto dell'interpretazione e dell'applicazione pratica delle teorie di uno dei suoi apostoli, Jean Jacques Rousseau¹⁷². Spostando l'asse di riferimento dal Dio trascendente dei cristiani a quello della "ragione e del sapere"¹⁷³, Rousseau cerca infatti di fondare una nuova *religion civile*, i cui dogmi "devono essere semplici, poco numerosi, enunciati con

¹⁷¹ **G. LEOPARDI**, *Zibaldone di pensieri*, a cura di A.M. Moroni, con saggi introduttivi di S. Solmi, G. De Robertis, Mondadori, Milano, 1983, p. 267-268 (corsivo mio).

¹⁷² Il primo a cogliere il legame tra la Grande Rivoluzione e le idee di Rousseau fu **LOUIS-SÉBASTIEN MERCIER**, *De J.-J. Rousseau considéré comme l'un des premier auteur de la Révolution française*, Buisson, Paris, 1791. Sul ruolo esercitato dall'opera di Rousseau, e soprattutto dal *Contrat social*, sulle vicende rivoluzionarie del 1789 si vedano, tra gli altri, **J.-J. TATIN-GOURIER**, *Le Contrat social en question. Échos et interprétation du contrat social de 1792 à la Révolution française*, Presse Universitaire de Lille, Lille, 1989, **M. FIORAVANTI**, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, in *Historia Constitucional*, 2007, n. 8, p. 124 ss., spec. nota 2 e 3, e la bibliografia ivi pure riportata.

¹⁷³ **L. RIZZI**, *Religione civile e laicità in Rousseau*, in *Il Politico*, 1993, III, p. 446 ss.



precisione e senza spiegazioni o commenti¹⁷⁴: *rivelati* per mezzo della ragione e del sapere, avrebbe compiutamente chiosato il Leopardi. Una "Divinità, potente, intelligente, benefica, previdente e provvida; la vita futura, la felicità dei giusti e la punizione dei malvagi, la *santità* del contratto sociale e delle leggi; ecco i *dogmi* positivi"¹⁷⁵.

Ciò spiega perché proprio qui, in questo frangente storico, si pongano le basi teoriche idonee ad accentuare il nucleo concettuale originario del principio di sovranità, così come iscritto e descritto nella teonomica *potentia absoluta*. Solo che adesso questa potenza è attribuita a entità pienamente civili, quelle che Rousseau definisce i nuovi e santi dogmi positivi: il contratto sociale e le sue Leggi. Potenze incarnate nell'Assemblea generale, che si legittima mediante i concetti di Stato e di Nazione, considerati come unità indistinte e indifferenziate¹⁷⁶: le nuove religioni dei "tempi moderni"¹⁷⁷.

Siamo insomma innanzi a delle vere e proprie entità collettive, capaci di trascendere i singoli membri che li compongono: degli "ensembles indécomposables, comme un tout non morcelable et, par conséquent, aussi comme une unité globale, supérieure à ses membres individuels"¹⁷⁸. Né più e né meno che delle *Vérités morales*, trascendenti e superiori, le quali si contrappongono alle Verità predicate dalle confessioni religiose. Di modo che, in nome dell'anticlericalismo, questo sistema rischia a sua volta di diventare clericale¹⁷⁹: "il culto dell'Être

¹⁷⁴ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit publique / Il contratto sociale* (1762), Laterza, Roma-Bari, 1997 (con testo a fronte, trad. italiana di M. Garin), p. 204.

¹⁷⁵ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 205 (corsivo mio).

¹⁷⁶ L. JAUME, *Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais*, in *Historia Constitucional*, n. 4, 2003, p. 17: l'"idée d'une diversité à exprimer n'arrive jamais à réalisation parce que tout intérêt particulier évoque le privilège, et apparaît donc comme un danger; il ne peut y avoir place pour la différence admise en Angleterre entre les bourgs et les comtés (représentation des intérêts, ou du territoire), y compris avec les incohérences, extraordinaires et célèbres, de la représentation anglais".

¹⁷⁷ Infatti, come è stato osservato, "soltanto con la Rivoluzione francese e con l'età romantica dello Stato Stato e Nazione si fondono e la Patria diventa nella coscienza collettiva la nuova religione dei tempi moderni"; P. PRODI, *Storia moderna*, cit., p. 60-61. Sul punto F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Laterza, Bari, 1961; F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, a cura di A. Saitta, E. Sestan, Laterza, Bari, 1962, p. 107 ss. Sul punto anche E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos, la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 2009, p. 108 ss.

¹⁷⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournis par le droit constitutionnel français*, Sirey, Paris, 1920-1922, II, p. 173.

¹⁷⁹ Sul punto J. ROELS, *Le concept de représentation politique au XVIII^e siècle français*, Nauwelaerts, Louvain-Paris, 1969, p. 179 ss.; M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE,



suprême della Rivoluzione giacobina è un esempio paradossale e lampante di questo mutamento di abito¹⁸⁰.

10 - Dalla fine della sovranità westfaliana, al secondo dopoguerra ...

Quanto precede dimostra invero che, con riferimento al potere politico, il cristianesimo è stata la religione che ha dischiuso la possibilità della propria negazione¹⁸¹. Tuttavia, è del pari manifesto che certi aspetti di natura teonomica sono rimaste nelle forme giuspolitiche ad essa subentrate. I motivi che in passato avevano connotato la causa di Dio si sono infatti riverberati nella causa della nazione o dello Stato¹⁸², determinando il progressivo decadimento degli apparati istituzionali di tipo confessionale¹⁸³. Con i paragrafi precedenti si è però cercato di

Traité général de l'État, Sirey, Paris, 1929, p. 625 ss. Sul punto si vedano anche **E. BLOCH**, *Ateismo nel cristianesimo. Per la religione dell'Esodo e del Regno*. "Chi vede in me il Padre" (1968), Feltrinelli, Milano, 2005, p. 202 ss.; **D. SETTEMBRINI**, *Democrazia senza illusioni*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 21; **L. DUGUIT**, *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel*, in *Revue de droit publique*, 1918, p. 173 ss., spec. p. 179; **A. ROMANO TASSONE**, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, p. 405 ss.; **G. ZAGREBELSKY**, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 112: "La *volontà generale* è quella che non conosce divisioni, non riconosce di fronte a sé nessuna particolarità che meriti di essere rispettata, non ammette di essere il prodotto di accordi tra frazioni della società che rappresentano se stesse. La legge è decisa *en corps*, cioè indifferenziatamente" (corsivo dell'Autore).

¹⁸⁰ **G. ZAGREBELSKY**, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, cit., p. 111. Insomma, come ha osservato Michel de Certeau, si passa da un sistema religioso sul modello cristiano all'etica dei *Lumières* e della Grande Rivoluzione; **M. DE CERTEAU**, *Du système religieux à l'éthique des Lumières: la formalité des pratiques*, in **AA. VV.**, *La società religiosa nell'età moderna. Atti del Convegno Studi di storia sociale e religiosa. Capaccio-Paestum, 18-21 maggio 1972*, Guida, Napoli, 1973, p. 447 ss.

¹⁸¹ **C. TAYLOR**, *Etica e umanità*, trad. italiana di P. Costa, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 322 ss.

¹⁸² **C. MAIRE**, *De la cause de Dieu à la cause de la nation. Le jansénisme au XVIII^e siècle*, Gallimard, Paris, 1998.

¹⁸³ Ed è quello che, ad esempio, si preconizza nel sistema di pensiero di Hegel, allorquando egli definisce lo Stato. Le vicende storiche riguardanti il cristianesimo hanno portato a trasferire l'autocoscienza da Dio a Cristo e alla Chiesa, che *incarna* l'idea divina sulla terra. Di modo che il divino si realizza nell'umano, sia come conoscenza che come agire pratico. Ma il soggetto della prassi umana nella quale opera il divino è lo Stato, ossia la "realtà dell'idea etica". Motivo per cui tra questi due principi, lo Stato e la religione, dovrà esistere un legame sostanziale, così come lo stesso Hegel teorizza esplicitamente nel § 552 dell'*Enciclopedia delle scienze filosofiche* del 1817 e, soprattutto, nel § 258 dei *Lineamenti di filosofia del diritto* del 1821, lì dove s'afferma che "lo Stato, in quanto è realtà della volontà sostanziale, che esso ha



dimostrare anche che il fenomeno prevalentemente europeo della scienza giuridica non può essere considerato solamente come saggezza pratica, né unicamente tecnica. Questo fenomeno è invece profondamente coinvolto nell'avventura del costituzionalismo occidentale, con tutto il carico di tradizioni cultural-religiose che hanno contribuito a forgiarlo.

Secondo Carl Schmitt, la *scientia iuris* discende in particolare da quelli che egli definisce come nobili genitori:

“Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione della madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora paterna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato”¹⁸⁴.

Ne consegue una “completa riduzione della teologia naturale a culto politico”¹⁸⁵, che porta a

“relativizzare del tutto il tema della salvezza e distruggere l'essenza dell'esperienza religiosa, perché tutte le opzioni risulteranno di fatto equivalenti”: “Se ammetto che ognuno si salverà a modo suo, è del tutto irrilevante che io aderisca a questa o quella fede e l'unico culto in qualche modo ancora obbligante rimane solo quello civico, dettato dalla ragione ovvero *dal sovrano*. Una sola religione potrà così essere istituzionalizzata in un culto pubblico”¹⁸⁶.

Ora, questo processo tocca l'apice con la Rivoluzione francese. Ma si tratta solamente di

nell'autocoscienza particolare, elevata alla sua universalità, è il razionale in sé e per sé. Quest'unità sostanziale è fine a se stessa, assoluto, immoto, nel quale la libertà giunge al suo diritto supremo, così come questo scopo finale ha il più alto diritto, di fronte ai singoli, il cui dovere supremo è di essere componenti dello Stato” (G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, trad. italiana di F. Messineo, le note tradotte da A. Plebe, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1954, § 258, p. 209). Per Hegel, quindi, l'idea dello Stato “è l'idea universale, in quanto genere e assoluto potere verso gli stati individuali, lo spirito, che si dà la propria realtà, nel processo della storia universale” (G.F.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., nota del § 258 nonché il § 259, p. 214).

¹⁸⁴ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Greven Verlag, Köln, 1950, trad. it. a cura di C. MAINOLDI, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Adelphi, Milano, 1987, p. 71-72.

¹⁸⁵ M. SCATTOLA, *Teologia politica*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 22.

¹⁸⁶ M. SCATTOLA, *Teologia politica*, cit., p. 22 (corsivo mio).



“un picco temporaneo, corrispondente a uno stadio primordiale, mentre la dissoluzione del sacro, nonostante l'apparente fallimento del terrore, non si sarebbe mai interrotta e avrebbe raggiunto il suo vero culmine solo nel Novecento”¹⁸⁷.

Al punto che nel 1938 Eric Voegelin presenta le ideologie totalitarie dell'epoca come religioni politiche, che divinizzano il collettivo. Siano esse la classe, lo Stato o la razza, queste religioni si esprimono in istanze che pretendono di essere le uniche fonti di senso per l'agire dei singoli e, a maggior ragione, delle personalità collettive¹⁸⁸. Lo dimostra l'elaborazione teorica del medesimo Schmitt il quale, mediante l'analisi delle analogie esistenti fra forme della religione e quelle statali, inaugura il dibattito novecentesco sulla teologia politica¹⁸⁹: la cui

¹⁸⁷ **M. SCATTOLA**, *Teologia politica*, cit., p. 23. Per ulteriori riferimenti bibliografici si permetta il rinvio a **F. ALICINO**, *Costituzionalismo e processo di costituzionalizzazione europea*, Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Tesi, 2008, Parte II, cap. 3, p. 343 ss.

¹⁸⁸ **E. VOEGELIN**, *Die politischen Religionen*, Bermann-Fischer, Wien, 1938, trad. italiana di S. Chignola, *La politica: dai simboli alle esperienze*, Giuffrè, Milano, 1993. Sul punto **M. LEY**, *Politische Religion?*, Fink, München, 2003. Negli stessi anni R. Aron affermava che proprio l'adesione al sacro avrebbe infine portato a dissolvere la distinzione tra pubblico e privato, alimentando una visione totalitaria – e totalizzante – della politica e del diritto. Tanto che, secondo il pensatore francese, la “cura” alle degenerazioni totalitarie del Novecento consisteva in una forma di religione politica *séculière*, da opporre al totalitarismo; **R. ARON**, *La sociologie allemande contemporaine* (1935), PUF, Paris, 1950, trad. italiana di R. Cocciolo, M. Signore, *Introduzione alla sociologia tedesca contemporanea*, Messapica, Lecce, 1980, p. 147 ss. Sul punto anche **J.L. TALMON**, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Secker and Warburg, London, 1952, trad. italiana di M.L. Izzo Agnetti, *Le origini della democrazia totalitaria*, il Mulino, Bologna, 1967; **K. VONDUNG**, *Magie und Manipulation*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1971. In anni più recenti, dopo la caduta del Muro di Berlino, la ricerca storica si è impegnata a ricostruire le teologie implicite (rituali, liturgie, simboli) del nazismo, fascismo e comunismo: per tutti si vedano **H. MAIER**, *Politische Religionen*, Herder, Freiburg, 1995; **E. GENTILE**, *Il culto del littorio*, Laterza, Roma-Bari, 1993; **H.O. SEITSCHKEK**, *Eschatologische Deutungen*, in AA.VV., *Totalitarismus und politische Religionem*, a cura di H. Maier, Schöningh, Paderborn, 1996-2003, vol. 3, p. 179 ss.

¹⁸⁹ Concetto da lui coniato con un saggio del 1922, pubblicato per la prima volta in una miscellanea in onore di Max Weber; **C. SCHMITT**, *Soziologie des Souveränitätsbegriffs und politische Theologie*, in AA.VV., *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, a cura di M. Palyi, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1922, vol. II, p. 352-557. Scritto poi riproposto nel più noto **C. SCHMITT**, *Politische Theologie. Vier kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1922, trad. italiana di G. Miglio, P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in **C. SCHMITT**, *Le categorie del “politico”*, il Mulino, Bologna, 1972, p. 33 ss.



“formulazione non è importante solo rispetto a ciò che la precede, perché riassume l’intera storia del concetto, ma è essenziale anche rispetto a ciò che la seguirà, perché predispose le coordinate per la discussione successiva ... sulla dottrina della secolarizzazione”¹⁹⁰.

Secondo Schmitt la secolarizzazione ha infatti portato a trasferire il potere sovrano di Dio al popolo. Tuttavia, il concetto di “popolo presuppone la consapevole volontà di avere un’esistenza politica, ossia una nazione”¹⁹¹. Dell’antica capacità medioevale di formare figure rappresentative – il papa, l’imperatore, il monaco, il cavaliere, il mercante –, la Chiesa continua però a rappresentare l’ultimo solitario esempio: essa è l’unica a fornire una formula politica ben definita, nel senso di assicurare a sé “quel *pathos* dell’autorità nella sua piena purezza”, che è proprio del politico sulla base “di un *ethos* della convinzione”. E non ha alcuna importanza se l’autorità ecclesiastica “rappresenta, in generale, soltanto la rappresentazione”¹⁹²: la rappresentanza è qui prefigurata come un atto di “fede” nei confronti di un rappresentante che ha la capacità di (auto)proclamarsi tale. Ciò determina quel definitivo processo d’astrazione che investe i concetti di nazione e di popolo, sfociando in una espressione di misticismo di tipo collettivista. Insomma, per dirla con il vocabolario schmittiano, la nazione e il popolo incarnano l’identità politica. Ciò che il nazismo perfeziona con il culto della personalità del *Führer*, il quale in tedesco sta appunto a significare capo o guida. Si spiega così uno degli slogan più frequentemente ripetuti da Hitler: “*Ein Volk, ein Reich, ein Führer*”; un popolo, un impero, un capo¹⁹³.

¹⁹⁰ **M. SCATTOLA**, *Teologia politica*, cit., p. 170.

¹⁹¹ **C. SCHMITT**, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, trad. italiana di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 114.

¹⁹² **C. SCHMITT**, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Jakob Hegner, Hellerau, 1923, trad. italiana di C. Galli, C. Sandrelli (revisione di C. Galli), *Cattolicesimo romano e forma politica*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 54.

¹⁹³ Non è qui possibile, ovviamente, dar conto del corposo dibattito che, come spiega da ultimo **M. SCATTOLA** (*Teologia politica*, cit., p. 170 ss.), si è sviluppato a partire proprio dai concetti della secolarizzazione e della teologia politica, così come introdotti in Europa da Carl Schmitt. Del resto, per il grande teologo ed esperto di culture religiose Jacob Taubes (**J. TAUBES**, *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebiges Fügung*, Merve Verlag, Berlin, 1987, trad. italiana di E. Stimilli, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Quolibet, Macerata, 1996, p. 45) “la teologia politica è forse ‘la’ croce di ogni teologia; riuscirà questa a venirne a capo?” Non sembra: basti pensare alla polemica nei confronti di Schmitt dello stesso Taubes – che pure lo considerava “il più grande giuscostituzionalista del Novecento” (**J. TAUBES**, *Die Politische Theologie des*



Così, vestendo i panni del *mortal God*, e combinata con fattori contingenti di natura economica e politica, nella prima metà del Novecento la nuova concezione dello Stato sovrano contribuisce a rinfocolare quella che è stata significativamente definita come la "seconda guerra dei trent'anni": un conflitto avviato nel 1914 e destinato a concludersi nel 1945¹⁹⁴, dimostrando dove può condurre lo scatenamento omicida di poteri nazionali, dogmaticamente concepiti¹⁹⁵.

Paulus, Wilhelm Fink Verlag, München, 1993, trad. italiana di P. Dal Santo, *La teologia politica di San Paolo*, Adelphi, Milano, 1997, p. 20 e p. 125) – e di Erik Peterson, il cui argomento si muove tutto nell'ambito della teologia: la teologia politica schmittiana è inaccettabile perché – da un punto di vista strettamente teologico – la teologia non è politica. A conclusione di *Der Monotheismus als politisches Problem* del 1935 (trad. italiana di H. Ulianich, trad. italiana dei testi greci e latini di F. Della Salda Melloni, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia, Queriniana, 1983, p. 103), Peterson, riferendosi specificatamente all'opera di Schmitt, scrive: "Qui abbiamo fatto il tentativo, sulla base di un esempio concreto, di dimostrare l'impossibilità teologica di una 'teologia politica'. Anche il concetto di 'secolarizzazione', così come descritto da Schmitt, va incontro a critiche. Basti dire dell'opera di **H. BLUMENBERG**, *Die Legitimität der Neuzeit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1966 (trad. italiana di G. Marelli, *La legittimità dell'età moderna*, Marietti, Genova, 1992, spec. p. 54 ss.), che porta Schmitt a inserire un apposito *excursus* su Blumenberg nella sua *Politische Theologie II* (**C. SCHMITT**, *Politische Theologie II. Die Legend von der Erledigung jeder politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, trad. italiana di A. Caracciolo, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Giuffrè, Milano, 1992). Una disamica che, a sua volta, spinge Blumenberg a rispondere a Schmitt nella seconda edizione del libro (**H. BLUMENBERG**, *Säkularisierung und Selbstbehauptung. Erweiterte und überarbeitete Neuauflage von "Die Legitimität der Neuzeit"*, Suhrkamp, Frankfurt, 1974). Va peraltro ricordato che, come evidenzia Taubes, su queste problematiche in origine "l'avversario segreto di Schmitt è Kelsen". Anche perché nello stesso periodo in cui Schmitt si immergeva nel tema della teologia politica e della secolarizzazione, Hans Kelsen "si occupava dello stesso problema"; come si può evincere da un saggio, *Gott und Staat (Dio e Stato)*, che lo studioso praghese pubblica su *Logos* nel 1922 (**H. KELSEN**, *Gott und Staat*, in *Logos*, 1922-1923, XI, p. 261-284): "anch'egli s'accorse delle analogie esistenti fra teologia e diritto sia dal punto di vista formale sia psicoanalitico". Ma, se per Kelsen "è l'analisi ad assumere la funzione della teologia, una funzione di smascheramento", per Schmitt, invece, "la teologia ha sempre ragione di fronte a questi giuscostituzionalisti da quattro soldi, poiché i suoi concetti hanno senso e coerenza, mentre nel diritto statuale sono confusi" (**J. TAUBES**, *La teologia politica di San Paolo*, cit., p. 127).

¹⁹⁴ **G. STEINER**, *In Bluebeard's Castle. Some Notes towards the Redefinition of Culture*, Yale University Press, New Haven, 1971, trad. italiana di I. Farinelli, *Nel castello di Barbablù. Note per la ridefinizione della cultura*, Studio Editoriale, Milano, 1990.

¹⁹⁵ In ultima analisi, "la secolarizzazione, ridimensionando la religione in Occidente, non ha solo dato più campo alla ragione e alla scienza; paradossalmente ha anche liberato il sacro dal religioso. Non più controllato dalle norme e dagli esorcismi religiosi, l'orrore sacro per ciò che ci soverchia ha avuto più libera circolazione. I totalitarismi e i fondamentalismi del XX secolo sono stati il ritorno di forme para o



La fine di questa guerra ha però anche evidenziato che lo Stato non è poi così onnipotente. Donde l'inizio di un profondo processo di revisione dell'idea del potere sovrano, con una riduzione dei suoi margini di discrezionalità a vantaggio, invece, della sua funzionalità. La funzione, però, evoca un rapporto di interdipendenza: qualcosa che si relaziona e rapporta a qualcos'altro, oppure a qualcuno che svolge delle attività o delle funzioni, per l'appunto. La domanda da porsi è quindi la seguente: a seguito dei tragici eventi del secondo conflitto mondiale, a chi o a che cosa il potere, la potestà normativa, deve rapportarsi?

Ed è qui che sorgono nuovi titoli di legittimazione, basati anche e soprattutto sul rinnovato credo dei diritti dell'uomo¹⁹⁶. Diritti che elevano la persona umana, essa stessa, a soggetto sovrano. Siamo innanzi a una seconda rivoluzione copernicana, che porta ad affermare un nuovo *homo juridicus*: un uomo che è titolare di una propria dignità, che nasce libero ed è dotato di ragione. Un *soggetto*, nel senso etimologico e primario del termine, a doppia faccia: assoggettato al rispetto della legge, ma tutelato dalla stessa; che agisce secondo le proprie regole, ma è obbligato a rispondere delle sue azioni in base a delle prescrizioni normative. Talché, con tutto il suo carico di proiezioni universalistiche, questo credo dei diritti dell'uomo ha avuto la capacità di ridefinire il costituzionalismo, segnandone il passaggio dalla fase moderna a quella contemporanea: sganciandolo cioè dalla tradizionale logica del sistema westfaliano degli Stati sovrani e ancorandolo, invece, a una sorta di sovranità individuale. Una sovranità dei diritti individuali, che diventano così i più importanti elementi di legittimazione delle leggi stabilite dall'ordine civile e secolare.

Dal "costituzionalismo degli Stati" ci si avvia verso un "costituzionalismo dei diritti"¹⁹⁷. Ciò che, per gli stessi motivi, ha favorito l'affermazione della grande novità introdotta dalla storia

neoreligiose volte ad imbrigliare l'angoscia del sacro, e impiegarne l'energia nella macchina del dominio sugli esseri umani e sugli eventi"; **S. LEVI DELLA TORRE**, *Zone di turbolenza. Intrecci, somiglianze, conflitti*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 17.

¹⁹⁶ In effetti, "la natura dogmatica dei diritti dell'uomo è difficilmente contestabile"; **A. SUPIOT**, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, cit., p. 219.

¹⁹⁷ **G. REBUFFA**, *Dal costituzionalismo degli Stati al costituzionalismo dei diritti*, in **AA.VV.**, *Ripensare lo Stato. Atti del Convegno di Studi. Napoli, 22-23 marzo 2002*, a cura di S. Labriola, Giuffrè, Milano, 2003, p. 70-71; si veda anche **G. REBUFFA**, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 113: se la "funzione dello Stato si è appannata, non si è appannata la vitalità dei diritti ... La vitalità dei diritti, il costituzionalismo che da esso deve partire, è anche un punto di partenza per capire le trasformazioni in atto".



occidentale nel secondo dopoguerra: i fenomeni normativi sovrastatali, di cui il diritto europeo rappresenta l'archetipo strutturalmente più avanzato. Esso si compone di ordini giuridici integrati, ognuno dei quali fa capo alle Costituzioni nazionali, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e ai Trattati dell'Unione europea, compreso il Trattato di Lisbona del 2007¹⁹⁸.

Affermatosi, e non è un caso, a partire dalla fine dei tragici eventi delle due guerre mondiali, il diritto europeo ha invero alimentato un sorta di destatalizzazione del costituzionalismo¹⁹⁹, o quantomeno una europeizzazione dello Stato costituzionale di diritto²⁰⁰. Un processo politico-giuridico che s'informa sulla base della tutela e della valorizzazione dei diritti fondamentali. L'obiettivo principale sembra ora essere quello di difenderne i titolari, anche dalle violazioni che possono essere perpetuate dai poteri statali e/o nazionali. Ne deriva la necessità di una più solida garanzia e giustiziabilità dei principi stabiliti dalle organizzazioni sovrastatali europee (CEDU e UE), tale da prevenire, e se del caso eliminare, la patologica *ineffettività strutturale* di cui sono affette, e da molto tempo oramai, le Carte dei diritti proclamati dalle altre classiche organizzazioni internazionali. A cominciare dalle Nazioni Unite che, non a caso, risultano ancora oggi dominate dalla logica ottocentesca degli Stati sovrani²⁰¹.

¹⁹⁸ Per un approfondimento dei fenomeni che hanno portato "il costituzionalismo contemporaneo ad uscire dai confini statali e nazionali" si veda **M. FIORAVANTI**, *Costituzionalismo. Percorsi nella storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 158 ss. Si permetta anche il rinvio a **F. ALICINO**, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, cit., p. 260 ss.

¹⁹⁹ Parlano espressamente di costituzionalismo denazionalizzato **G. DE BURCA**, **O. GERSTENBERG**, *The Denationalization of Constitutional Law*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n. 1, 2006, p. 244 ss. Si veda anche **S. SASSEN**, *The State and Globalization: Denationalization Participation*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1158; **R. TEITEL**, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 8, 2004, p. 2570 ss.

²⁰⁰ **P. CARETTI**, *L'eguaglianza: da segno distintivo dello Stato costituzionale a principio generale dell'ordinamento comunitario*, in **AA.VV.**, *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, a cura di P. Caretti, M.C. Grisolia, il Mulino, Bologna, 2010, p. 525.

²⁰¹ A livello europeo, tale patologia (la citata ineffettività strutturale) è invece curata con l'operato di una giurisdizione autonoma e indipendente, con sede a Strasburgo e Lussemburgo. D'altronde, è "proprio al fine di assicurare la garanzia, assicurandone la 'giustiziabilità'", che "si formano organizzazioni [sovranazionali] tali da esprimere istanze giurisdizionali idonee a garantire l'effettività di tutela di quei diritti o, almeno, reazioni giuridicamente rilevanti in caso di loro violazione". Il che spiega il ruolo svolto in questo ambito dalla quotidiana fatica della giurisprudenza, e dal relativo 'dialogo' che viene a determinarsi tra i differenti livelli giurisdizionali (Corti europee e



Quello che si delinea ha insomma tutte le caratteristiche di una vera e propria trasformazione, connotata dal definitivo superamento del sistema ereditato dalla pace di Westfalia. In effetti,

“The Treaty of Westphalia, ending the bloody Thirty Years War with the principle of *cuius regio, eius religio*, has given way to the Treaty of Rome, ending a century of bloody intra-European wars with a concept of pooled sovereignty that has steadily expanded and deepened in the contemporary EU. As the EU’s legal system has evolved, the prime purpose of the European Court of Justice and even of the Commission has been less to create and impose EU law as international law than to spur national courts and regulatory agencies to embrace and enforce EU law as national law”²⁰².

giurisdizioni nazionali ordinarie e costituzionali). Una trama dialogica favorita anche dalla vocazione transnazionale e universale dei diritti umani. In effetti, l’ineffettività strutturale è ciò che spiega quel solco profondo che divide l’Unione europea dalle altre organizzazioni internazionali di tipo classico, in *primis* l’ONU: qui le norme, soprattutto quelle che fanno riferimento ai diritti umani, non sono assistite da quelle garanzie primarie, garanzie che inducono i pubblici poteri a riconoscere tali diritti nel proprio ordinamento, rendendoli effettivi; lì, invece, “patologie” di questo genere vengono “curate” con l’operato di una giurisdizione autonoma e indipendente che, tra le altre cose, si pone a presidio del *rule of law* e degli altri principi stabiliti nella “Carta costituzionale di base” dell’Unione europea (Corte di giust., parere 13-7-1990, 1/91, *Avis rendu en vertu de l’article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du traité*, in *Racc.*, 1991, I-6079 ss., spec. p.to 21), nella quale figura anche il diritto fondamentale di libertà religiosa (Corte di giust., sent. 26-10-1976, causa 130/75, *Vivien Prais c. Conseil*, in *Racc.*, 1976, p. 1589 ss). Sul concetto di ineffettività strutturale si veda l’analisi, puntuale ed esauriente, di **L. FERRAJOLI**, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., p. 78 ss. Sul punto anche **G. LOMBARDI**, *Fondamento dei diritti e forme sovranazionali di tutela*, in **AA.VV.**, *Ripensare lo Stato. Atti del Convegno di Studi. Napoli, 22-23 marzo 2002*, cit., p. 355 ss.; **G. BENEDETTI**, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2006, I, p. 8, per il quale la quotidiana fatica della giurisprudenza si connota anche e soprattutto nella sua capacità a superare i confini nazionali per costituirsi globalmente. Cfr. **N. MACCORMICK**, *On the Very Idea of European Constitution: Jurisprudential Reflections from the European Parliament*, in *Särtryck ur Juridisk Tidskrift*, 2001-2002, n. 3, p. 529 ss. Sul punto anche Cfr. **G.F. FERRARI**, *Rapporti tra i giudici costituzionali d’Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in **AA.VV.**, *Corti Nazionali e Corti europee*, ESI, Napoli 2006, VIII ss.; si veda anche **G.F. FERRARI**, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in **AA.VV.**, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di G.F. Ferrari, Giuffrè, Milano 2001, p. 1 ss.

²⁰² **G. DE BURCA, O. GERSTENBERG**, *The Denationalization of Constitutional Law*, cit., p. 331-332.



In questo modo il costituzionalismo europeo si attesta come un luogo "in cui i diritti fondamentali rappresentano la questione principale, capace di rompere gli argini e le barriere delle singole sovranità statali"²⁰³.

Orbene, riverberandosi in tutto l'Occidente, il costituzionalismo destatalizzato e il processo di globalizzazione si connettono ora con un problema nuovo, rappresentato dal possente flusso migratorio. Un fenomeno che sta di fatto dissolvendo il tradizionale monoculturalismo degli Stati, lasciando il posto a una sorta di "umanità multiculturale"²⁰⁴. Al punto che i tentativi di risolvere le esigenze che sorgono in questo nuovo ambiente sociale con le classiche categorie giuridiche occidentali (quelle che si sono affermate durante il processo di secolarizzazione) generano spesso delle vere e proprie aporie. La cosiddetta questione islamica è lì a dimostrarlo.

11 - ... (segue) alla questione islamica di questo secolo

La libertà religiosa e il credo dei diritti umani, capisaldi del costituzionalismo pluralistico del XXI secolo, sono il risultato di un lunghissimo percorso storico, venutosi a delineare attraverso i rapporti fra gli ordini secolari e le religioni cristiane²⁰⁵. Ragione per cui questo stesso processo ha prodotto condizioni e principi non facilmente applicabili all'odierna realtà multiculturale, "nella quale sono presenti religioni che hanno conosciuto una storia diversa e che nella congiuntura attuale hanno un ruolo diverso"²⁰⁶.

²⁰³ Una sovranità da molti considerata tuttora come dogmaticamente inespugnabile. Sul punto **M.R. FERRARESE**, *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2009, vol. 9, p. 1 ss.; la citazione tra virgolette nel corpo del testo si trova a p. 7 del saggio della Ferrarese (traduzione mia).

²⁰⁴ **C. GALLI**, *L'umanità multiculturale*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. p. 62 ss.

²⁰⁵ Infatti, "il faut se rappeler du fait que, dans l'histoire, certain concepts et formes d'expression de cet enseignement [catholique] ont été marqués par les circonstances politiques et culturelles dans lesquelles l'Eglise occidentale a vécu"; **P. ERDÖ**, *Le rapport entre l'Eglise et l'Etat dans la théologie de l'Eglise catholique*, in **A.A.VV.**, *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinando Bertolino*, cit., vol. I, p. 175.

²⁰⁶ **C. MANCINA**, *La laicità al tempo della bioetica*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 23. Tanto che Philip Jenkins (studioso americano di *Storia e studi religiosi* alla Pennsylvania State University), si è spinto fino a rilevare superficialità e limiti nelle ricostruzioni storiche che descrivono la secolarizzazione come un processo che, mediante la scienza moderna, ha facilitato "la morte del cristianesimo"; limiti evidenziati proprio con riferimento agli Stati Uniti d'America, ove "l'impatto della scienza moderna, oltre che



Ma sono proprio i paragrafi precedenti a dimostrare anche che il problema di natura politico-giuridico posto in essere dalle società policulturali²⁰⁷, che attualmente caratterizzano la gran parte dei Paesi occidentali, non è “strutturalmente diverso da quello storico e sociale” che la secolarizzazione

“ha cercato di dirimere: come conciliare l’unità con la differenza, come offrire una cittadinanza uguale agli individui pur lasciando convivere credenti di diversa dominazione, nonché non credenti, atei, agnostici”?

Ed è proprio qui che il nuovo credo dei diritti umani può offrire

“una bussola tuttora valida per orientarsi tra i problemi pratici posti dalle diversità culturali e religiose: a condizione di non separarle le une dalle altre. Se si erigessero innaturali steccati tra di esse, ne verrebbe a soffrire la più grande costruzione del costituzionalismo moderno”²⁰⁸.

Insomma, questo credo si candida oggi a diventare uno dei più importanti mezzi di composizione dei contrasti esistenti fra la *civitas* (l’ordine pubblico tendenzialmente atemporale) e le comunità dei *fideles* (i gruppi religiosi), evitando al contempo trattamenti discriminatori nei confronti di una o più differenze, diversità e minoranze confessionali. In tal modo si favoriscono le pratiche di integrazione delle culture e delle religioni *altre*, senza alterarne specificità e caratteristiche identitarie.

La tematica dei diritti umani diventa infatti tanto più importante quanto più correlata ai problemi sollevati dalla suddetta “umanità multiculturale” o, come è stato pure osservato, dell’“umanità all’età del multiculturalismo”²⁰⁹: un nuovo scenario policulturale ove le

un insieme molto simile di pressioni sociali ed economiche, ha prodotto risultati del tutto diversi”, i quali possono essere riassunti nell’affermazione di una specifica “religione americana”; una religione che pervade tuttora le strutture del sistema politico e istituzionale americano; **P. JENKINS**, *God's Continent: Christianity, Islam, and Europe's Religious Crisis*, Oxford University Press, New York, 2007, trad. italiana di M. Mansuelli (e con la Presentazione di S. Allevi), *Il Dio dell'Europa. Il cristianesimo e l'islam in un continente che cambia*, Editrice Missionaria Italiana, Bologna, 2009, p. 82-83 e p. 88.

²⁰⁷ **Z. BAUMAN**, *In Search of Politics*, Polity Press, Cambridge 1999, trad. italiana di G. Bettini, *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano 2000, p. 200.

²⁰⁸ **N. COLAIANNI**, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 14-15 (corsivo mio).

²⁰⁹ **C. GALLI**, *L'umanità multiculturale*, cit, 2008, p. 7.



confessioni divengono sovente l'unico collante sociale²¹⁰. Motivo per cui "occorre prevedere forme di tutela delle singole formazioni religiose", che restano pur sempre dei luoghi "dove la persona umana può svilupparsi in tutte le sue potenzialità". Ma, per le medesime ragioni, queste formazioni non possono assurgere a "strumenti di costrizione della libertà individuale" o diventare l'ostacolo "alla libera espansione dell'individuo"²¹¹. Ciò significa che i diritti fondamentali devono essere tutelati all'interno e all'esterno della comunità confessionale d'appartenenza, quale che sia l'origine e il grado di osservanza²¹². Il che assume una particolare valenza con riferimento alla religione islamica, e per uno scenario mondiale sempre più globalizzato e/o integrato.

Sotto questo aspetto bisogna invero rilevare che, a differenza di quanto comunemente pensato, il credo dei diritti umani non è incompatibile con i precetti islamici; o comunque non lo è più quello che si registra con riferimento agli altri grandi gruppi confessionali²¹³. Ali Khan, ad esempio, afferma che le fonti sacre dell'Islam possono essere modellate sul discorso e sul contenuto dei valori universali che sottendono i diritti umani, e senza recare nocumento al *Basic Code* (Corano e *sunna*) musulmano²¹⁴. Ciò è reso evidente dal fondamentale concetto coranico di *minhaj* – che significa percorso, ma anche metodo – vero e proprio motore nell'evoluzione del sistema giuridico islamico. Si tratta di un principio in cui riecheggia l'antica promessa divina, secondo la quale per ogni comunità Dio ha prescritto "una legge e un percorso/metodo" (Cor. V, 48), entrambi necessari per la vita del diritto islamico. Se così non fosse, "la legge senza la *minhaj* perderebbe la sua vitalità". Viceversa, "la *minhaj* senza la legge" potrebbe condurre

²¹⁰ Per dirla con Pietro Rescigno, il costituzionalismo contemporaneo finisce infatti "per restituire accresciuta importanza agli ordinamenti delle Chiese nella vita individuale e nelle relazioni interpersonali, e non solamente in termini di fedeltà a un credo e conflitti e di etica della lealtà che derivano dai vincoli di appartenenza"; **P. RESCIGNO**, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in **AA.VV.**, *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, il Mulino, 2009, p. 84-85.

²¹¹ **G. SILVESTRI**, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari-Roma, Laterza, 2009, p. 47.

²¹² **N. COLAIANNI**, *Soggettività religiosa e diritto*, in *Diritto romano attuale*, 2002, n. 7, p. 129 ss.

²¹³ Come emerge, fra gli altri, dagli studi condotti sotto la direzione di K.E. Børresen, che analizzano la questione da un particolare punto di vista, quello del rapporto fra condizione femminile e diritti fondamentali; **K.E. BØRRESEN** (a cura di), *Christian and Islamic Gender Models in Formative Traditions*, Herder, Roma, 2004.

²¹⁴ **A. KHAN**, *The Reopening of the Islamic Code. The Second Era of Ijtihad*, in *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 1, 2003, p. 343, nota 13.



all'anarchia: a uno stato di confusione normativa, a una mortale arbitrarietà.

Ora, oltre a essere "l'esatto opposto del concetto di *dogma*", la *minhaj* si presta a essere utilizzata per l'affermazione di "una versione moderna della *Shari'a*": una variante teologicamente legittima della legge islamica, idonea ad alimentare una comune prospettiva di rispetto della democrazia che – ed è questo il punto su cui bisogna focalizzare l'attenzione – premette e implica la tutela dei diritti umani²¹⁵.

Lo afferma a chiare lettere Abdullahi Ahmed An-Na'im²¹⁶, per il quale tali diritti non fanno parte della democrazia, perlomeno non necessariamente, ma servono alla democrazia. Non traggono legittimazione dal consenso popolare, ma sono consustanziali per la vita di una qualsivoglia democrazia costituzionale. I limiti alla democrazia, assicurati con il rispetto dei diritti umani, diventano condizione essenziale o addirittura pre-condizione della stessa democrazia. Ciò spiega perché il loro contenuto normativo è (*deve-essere*) costituzionalmente vincolato, sottratto cioè al volere di maggioranze contingenti. In tal modo, questi diritti si affermano come un antidoto al rischio, già individuato dai pensatori della Grecia classica, che qualcuno diventi per via democratica *kùrios tón nómon*: padrone della macchina normativa, abusandone²¹⁷. Allo stesso modo, secondo An-Na'im, in ambito musulmano il riconoscimento e la tutela di diritti umani diventano cruciali, perché essi rendono sostenibile il rapporto fra l'Islam e la democrazia, legittimando contestualmente la distinzione fra l'ordine statale e quello religioso. E senza per questo violare la sensibilità religiosa dei musulmani. Tutt'altro.

²¹⁵ Talché, "Striking a dynamic balance between law and *minhaj*, the Quran assures that Muslim communities are neither stagnant nor rudderless, that they progress within the boundaries of God's Law, and that they respond to constantly shuffling layers of reality from an evolutionary viewpoint, *minhaj* is dynamic intelligence that assures the harmony of law with time and space. It is a spirit of inquiry that brings the Islamic faith closer to science and knowledge"; **A. KHAN**, *The Reopening of the Islamic Code. The Second Era of Ijtihad*, cit., p. 344.

²¹⁶ **A.A. AN-NA'IM**, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, Syracuse University Press, Syracuse, 1996, p. 99-142, ora anche in italiano con la trad. di F. Vertova, *Presentazione* di D. Zolo e *Prefazione* di J.O. Voll, *La riforma islamica. Diritti umani e libertà nell'Islam contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 5-6. Si veda anche **A.A. AN-NA'IM**, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia*, Harvard University Press, Harvard-Mass., 2008.

²¹⁷ **F. CORDERO**, *Leviathan contro Dike*, in *Micromega*, 2006, n. 5, p. 53 ss.



Unitamente alla tutela dei diritti fondamentali, tale distinzione serve alla religione islamica, financo nell'ipotesi in cui essa non fosse condivisa e sostenuta dalla maggioranza dei fedeli islamici²¹⁸. Per comprendere questo passaggio, An-Na'im rinvia ad alcuni capisaldi del diritto islamico, a cominciare proprio dalla *Shari'a*.

Con questo termine si indica comunemente il complesso di regole di derivazioni divina. Ragione per la quale la *Shari'a* si presenta come immutabile: è stata iscritta una volta e per tutte nel Corano e nella *Sunna* (tradizioni del Profeta); non spetta all'uomo modificarla. Al contempo, però, si afferma che la giurisprudenza islamica (*fiqh*) rappresenta l'interpretazione umana di queste fonti, che, a differenza della parola di Dio, dovrebbe invece restare aperta ai cambiamenti e alle riforme²¹⁹. Ciò vuol dire che in qualche misura la *Shari'a* si manifesta mondanamente attraverso l'attività interpretativa dell'uomo. Un'attività che, per stessa ammissione della religione islamica, di sacro ha poco o nulla. Anzi, l'intervento umano annulla sempre e comunque il valore sacramentale della pre-scrittura divina, o quantomeno ne ridimensiona la portata, abbassandola a ciò che è profano e relativo²²⁰. Nondimeno, quest'opera ha consentito all'Islam di sopravvivere lungo i secoli, sviluppandosi in una molteplicità di culture, stili di vita, sistemi di senso, norme sociali di comportamento²²¹. A dimostrazione del fatto che, quando messi in mano agli uomini, i precetti islamici della *Shari'a* hanno dovuto essere plastici, adattabili e malleabili, disposti a infinite interpretazioni e revisioni²²². Altrimenti, l'Islam non avrebbe potuto espandersi e radicarsi in scenari e contesti territoriali completamente differenti, resistendo all'inevitabile erosione del tempo.

²¹⁸ **A.A. AN-NA'IM**, *Islam, Stato, e politica: separati ma interattivi*, in *Daimon*, 2006, n. 6, p. 162. Sul punto cfr. anche **S. LEVITSKY, L.A. WAY**, *Elections without Democracy. The Rise of Competitive Authoritarianism*, in *Journal of Democracy*, 2002, n. XIII, p. 51 ss.

²¹⁹ Sul termine *fiqh* e i vari referenti concettuali per tutti si veda **R. ALUFFI BECK-PECCOZ**, *Il diritto islamico*, in **AA.VV.**, *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, Islam e induismo*, a cura di S. Ferrari, il Mulino, Bologna, 2008, p. 173 ss., spec. p. 174-175;

²²⁰ **M. CAMPANINI, K. MEZRAN**, *Arcipelago Islam. Tradizione, riforma e militanza in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. XII.

²²¹ Sul punto si veda **F. ZAKARIYA**, *Filosofia dei diritti dell'uomo nel mondo musulmano*, in **AA.VV.**, *L'Islam e i dibattiti sui diritti dell'uomo*, a cura di in A. Pacini, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, p. 159 ss., con un discorso incentrato sulle fonti del diritto islamico, ma nondimeno estendibile agli altri diritti religiosi, o quantomeno alle altre due principali religioni del Libro.

²²² **N. COLAINNI**, *Eguaglianze e diversità culturali. Un percorso costituzionale*, cit., p. 26.



A tutto ciò s'aggiunge una ulteriore, fondamentale circostanza, per la quale l'Islam non è dotata di un'organizzazione gerarchizzata. E questo per motivi di natura primariamente teologica: l'estrema semplificazione della professione di fede che, a sua volta, si riflette nell'assenza di una struttura e di un'autorità docente centrale. L'unico principio su cui tutti i musulmani devono convergere è riassunto nella *shahada* o professione di fede: non vi è altro che Iddio, e Muhammad è l'inviato di Dio²²³. In questo modo l'Islam si configura non tanto come una ortodossia (cioè una retta opinione), ma come una ortoprassi (quel che si fa importa più di quel che si crede). La funzione dei sacerdoti è svolta dagli *ulama*, gli esperti di diritto e di scienze religiose. Ogni esperto può esprimere opinioni legali che, però, non sono vincolanti per tutti: lo sono solamente per coloro che aderiscono alla scuola di diritto di quel giurista²²⁴. Ed ecco spiegato come, contrariamente alle affermazioni di taluni, uno Stato islamico basato sulla *Shari'a* rappresenta la negazione, e non la realizzazione, di uno stile di vita islamico. Gli sforzi protesi all'istituzione di uno Stato musulmano sono non solo destinati al fallimento, con terribili costi umani e materiali. Di fatto, sono anche controproducenti per l'Islam stesso: se la diversità di opinioni è un dato quasi naturale della *Shari'a*, resta logicamente insostenibile l'assunzione da parte dello Stato di una sola prospettiva interpretativa.

Lo Stato che afferma di basarsi sulle regole sciaraitiche sta in effetti adottando un solo punto di vista religioso, con l'esclusione e il detrimento di tutti gli altri. In tal modo, una parte della popolazione vivrà le regole statali come insopportabili strumenti di coercizione giuridica, proprio perché in contrasto con la propria visione religiosa.

²²³ Da notare che secondo alcuni il termine 'profeta' deriva dall'ebreo *nabi*, custode della legge, che in arabo è utilizzato anche come *Anubis*, ovvero il cane incaricato della guardia della tomba. Sul punto **M. SABBAH, R. SABBAH**, *Les secrets de l'exode: origine égyptienne des hébreux*, Godefroy, Paris, 2000, p. 13.

²²⁴ In alcuni ambiti è tutt'al più possibile ritenere lo sciismo una ierocrazia (da *hyeros*, sacro), cioè il governo dei sacerdoti: un sistema in cui agli esperti di cose religiose è riconosciuta una particolare autorità. Ma "certamente il sunnismo si sottrae a queste definizioni" (**H. KÜNG**, *Islam. Passato, presente e futuro*, cit., spec. p. 380 ss.). Lo sciismo, infatti, prevede tanto la prevalente autorità di un *imam* incaricato di interpretare la religione, la cui interpretazione è assoluta, quanto una struttura gerarchica degli *ulama'*, che mediano tra il *Madhi*, l'*Imam* nascosto, e la comunità dei fedeli. E questo sia sul piano della capacità legislativa che su quello del reggimento politico dello Stato. Sul punto **A. WHEATCROFT**, *Infidels. A History of the Conflict between Christendom and Islam*, London, Viking, 2004, trad. italiana di M. Sampaolo, *Infedeli. 638-2003: il lungo conflitto fra cristianesimo e islam*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 357 ss.



Così, non potendo vivere a pieno l'esperienza spirituale, molte organizzazioni islamiche non riconosceranno le autorità statali come legittime; e lo stesso si dica per le regole che ne legittimano il potere. Il risultato è una condizione di perenne antagonismo che, inevitabilmente, si traduce in una situazione di malsana instabilità. A quel punto, per continuare a sopravvivere, lo Stato cosiddetto islamico mostrerà il suo lato repressivo e autoritario, ponendo fine alla parabola democratica; se mai ce ne fosse stata una. Le rivolte della "Primavera Araba" del 2011, rivolte represses da sanguinari tiranni in nome anche del Sacro Corano, ne sono l'esempio più emblematico²²⁵.

Secondo An-Na'im, l'esperienza dei paesi a maggioranza musulmana, compresi gli avvenimenti che dal 2011 stanno infiammando gli Stati arabi, ha in effetti ulteriormente posto l'accento sulle caratteristiche essenziali di un sistema propriamente democratico, il quale premette e implica una salutare, analiticamente parlando, distinzione fra lo Stato (il diritto statale) e la politica; distinzione simmetrica e speculare a quella fra religione e Stato: l'una non può esistere senza l'affermazione dell'altra.

Come è noto, lo Stato si sostanzia in una serie di organismi, istituzioni e processi, mediante i quali possono essere adottate varie politiche che, in quanto tali, sono anche e soprattutto il prodotto della contingenza: valgono per lo più nel momento in cui s'affermano, rispondendo alle esigenze particolari del presente. Ciò significa che lo Stato, il diritto statale, rappresenta il lato operativo più stabile di un sistema normativo, mentre la politica può essere definita come il processo dinamico con cui questo sistema si esprime volta in volta, operando una scelta tra le diverse alternative politiche, ragionevolmente (politicamente) valutate.

In altre parole, per soddisfare la sua primaria funzione, lo Stato deve possedere quello che Max Weber definiva come monopolio dell'uso legittimo della forza²²⁶, che nelle moderne democrazie viene disciplinato con i principi pre-stabiliti nella Costituzione, contenitore delle regole fondamentali del gioco democratico: lo Stato ha un potere coercitivo che non può essere esercitato in modo arbitrario o per meri

²²⁵ Sul punto per tutti si veda **AA.VV.**, *Le rivoluzioni arabe. La transizione mediterranea*, a cura di F. Corrao, Milano, Mondadori, 2011; **AA.VV.**, *L'africa mediterranea*, a cura di K. Mezran, S. Colombo, Saskia Van Genutgen, Roma, Donzelli, 2011.

²²⁶ Su cui **P. PRODI**, *Il versante politico: lo Stato moderno*, in P. Prodi, *La storia moderna*, cit., p. 51.



interessi di parte. I costi sarebbero molto alti, facendo venir meno le stesse funzioni statali in un quadro di politica democratica.

Ma questo implica anche un altro importante elemento: nell'assolvere a questi suoi compiti fondamentali, lo Stato dovrà mantenersi il più neutrale possibile rispetto alle istanze politiche e religiose che legittimamente si esprimono nella società. Nell'ipotesi contraria, se cioè a prevalere fosse solamente una di tali istanze, il diritto statale finirebbe per informarsi alle sole esigenze di questa, alimentando una situazione di conflittualità nei confronti delle altre formazioni politiche e religiose presenti e operanti sul territorio. A loro volta, queste formazioni cercheranno di conquistare il potere, generando spirali di instabilità e insicurezza, eliminabili mediante la forza repressiva e autoritaria perpetuata dai (momentanei) detentori della macchina normativa statale. Il risultato è scontato: l'annientamento della democrazia o una perenne guerra civile, oppure l'imposizione di una *pace terrificante*, con l'impossibilità di riconoscere e tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali; il che significa il dissolvimento dei presupposti su cui si regge una democrazia costituzionale²²⁷.

Insomma, in Occidente come nel mondo arabo, il necessario equilibrio di pretese conflittuali può venire mediato tramite principi e meccanismi operanti secondo la costituzione e la legge, basate entrambe sulla tutela dei diritti umani di tutti gli individui: credenti, non credenti o diversamente credenti. Diritti che, come si diceva, non servono alla democrazia, ma sono consustanziali alla vita della democrazia costituzionale, anche nel caso in cui non fossero condivisi dalla maggioranza dei cittadini.

Ed è proprio la storia del costituzionalismo occidentale, nel suo secolare rapporto con la religione cristiana, ad avercelo insegnato.

Abstract

During the long history of the Western Legal System, Christian religion has been playing a key role in defining some of the pillars of modern

²²⁷ Sul punto cfr. **D. ZOLO**, *Quale democrazia nell'Africa mediterranea?*, in *Iride*, 2011, n. 2, p. 233-248; **M. MARZOUKI**, *Dictateurs en sursis (entretien avec Vincent Geisser)*, Tunis, Cérés, 2011, spec. p. 69 ss. e p. 93 ss.; **A. TETI**, *La politica della democratizzazione in Medio Oriente e il feticcio della società civile*, in **AA.VV.**, *Le rivoluzioni arabe. La transizione mediterranea*, cit., p. 65 ss.; **A. NICOSIA**, *La Tunisia dalla rivoluzione alla nuova costituzione*, in *ivi*, p. 110 ss., spec. il par. 11, *Quale Islam per la Tunisia?*, p. 129 ss.



constitutionalism. This is evident in respect to important constitutional principles like, for example, the notion of “person”, as established in the article 6 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights (“Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law”). At the same time, some theological notions of medieval constitutional thought represented the political pedestal of the absolute sovereignty of the State, which is antithetical to the logic of constitutional legal system.

With this article, the Author analyses the way some theological notions of Christianity have been “secularized” – and then “codified” – in the Western constitutional States, influencing the pillars of contemporary democracies. This could explain, for example, why the legal instruments carrying out the relationship State-Churches in certain Western democracies do not work very well as they did in the past. In fact, from time to time, these instruments have been able to create the conditions for a proper interaction – an “overlapping consensus” – between religious groups and public authorities as well as an acceptable balance between universal principles of Western constitutionalism and ethnic-cultural-religious differences. Nowadays, however, these same instruments seem to fail. Precisely because immigration and today’s multicultural societies see masses of people that come to Western Countries with their religious identities and, sometimes, with a global perspective which complicates the century old tension between universal principles – launched by the history of the Western constitutionalism – and the current cultural-religious belongings.

Keywords: canon law, ecclesiastical law, religion, constitutionalism, theology, sovereignty, human rights.