



### Domenico Bilotti

(assegnista di ricerca presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali)

## Il fatto religioso e la nascita della biopolitica \*

**SOMMARIO:** 1. Attualità e rilevanza della riflessione foucaultiana – 2. La disciplina del fatto religioso qualificante di un ordinamento giuridico costituzionale – 3. La dimensione globale dell'appartenenza religiosa e la crisi della sovranità statale – 4. L'assenza e l'eccesso di legislazione: caratteristiche strutturali della *biopolitica* – 5. Prime conclusioni: laicità e confessionismo in quanto strumenti del governo.

### 1 – Attualità e rilevanza della riflessione foucaultiana

Michel Foucault è probabilmente uno dei più noti e originali pensatori francesi del XX secolo. Il suo contributo analitico è stato spesso utilizzato nelle scienze umane, per sottolineare la rilevanza di alcune nozioni, come quella di "devianza"<sup>1</sup>, nella formazione del diritto moderno: un percorso cognitivo attraverso cui Foucault ha potuto studiare la sessualità, le istituzioni segreganti, in ogni loro forma, e la pratica di governo corrispondente a un sistema quale quello attuale<sup>2</sup>.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Anche perché, seguendo tale argomentazione, è possibile ricavare una fondazione *in negativo* di un ordinamento giuridico, sulla base delle norme e delle prassi che la sua costituzionalizzazione espelle dai margini di legalità del vivere associato. L'intuizione è corroborata da una diffusa critica antiborghese. Tra gli altri, si consigliano: **M. WALINE**, *Les partis contre la République*, Rousseau, Paris, 1948, p. 55 e ss. (sulla natura oligarchica del processo di produzione delle fonti del diritto); **L. FERRAJOLI**, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 63 (in particolare modo, sul ruolo di Benedetto Croce e Giovanni Gentile prima e dopo la stagione liberale *post-unitaria*); **E. FRAENKEL**, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico* (1958), trad. it. Giappichelli, Torino, 1994, p. 65 (sulla sanzione *plebiscitaria* del comportamento socialmente *stigmatizzato*); sul rilievo di un approccio comparativo anche nella repressione penale, v., per tutti, **G. P. FLETCHER**, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, XLVI, 1998, pp. 683 e ss.

<sup>2</sup> La quale, è bene ricordare, è, qui, assunta nella sua accezione *descrittiva*, senza volere implicare un giudizio di valore sui suoi effetti (che pure sono, in dottrina, spesso direttamente avversati. Cfr., per tutti, **U. RESCIGNO**, *Costituzione italiana e stato borghese*,



Il contributo del filosofo è, però, altrettanto utile nella valutazione giuridica delle istituzioni religiose, e non solo perché esse rappresentano non raramente uno specifico capo d'analisi nella trattazione dell'Autore. Difatti, il riferimento alle istituzioni religiose ricorre nella storia della sessualità, nei rapporti tra il concetto di crimine e quello di peccato, nella legittimazione del potere fino alle porte dell'età moderna. Tale riferimento opera, ovviamente, in modo diverso in ciascun ambito. Nella disciplina della sessualità, ad esempio, se Foucault ritiene plausibile che delle opzioni fortemente monogamiche esistessero anche nell'epoca ellenistica<sup>3</sup>, non si può non riconoscere il rilievo della *procreatica* canonistica nello sviluppo e nella *codificazione* normativa di quanto sessualmente sia ritenuto lecito o illecito<sup>4</sup>.

Nella repressione penale, ricorrono alcuni elementi che rimandano alla disciplina organizzativa interna del fatto religioso<sup>5</sup>: l'espiazione e la penitenza del reo si oggettivizzano nella segregazione e nella detenzione; le condotte sanzionate corrispondono ad altrettante violazioni di norme; il potere secolare, esattamente come l'istituzione religiosa, si riserva di poter concedere il "perdono" a determinate categorie di rei o a ogni reo, ma in circostanze tipizzate dal legislatore<sup>6</sup>.

---

Savelli, Roma, 1975, pp. 95 e ss.; C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, il Mulino, Bologna, 1977, pp. 13 e ss.).

<sup>3</sup> In rapporto al sistema valoriale cristiano, v. M. FOUCAULT, *La cura di sé – Storia della sessualità* 3 (1984), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2010, pp. 145-146; nello stesso volume, rispetto al contributo culturale dello Stoicismo, cfr. pp. 152-156.

<sup>4</sup> Anche per tali ragioni, desta motivate perplessità in dottrina il progressivo accantonamento di questa griglia teorica. Cfr. A. ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 167-169; P. MONETA, *Communitas vitae et amoris. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 113-114.

<sup>5</sup> Sulla penitenza canonica in quanto atto amministrativo di foro esterno, v. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 92; quanto ad alcuni ambiti di incommensurabilità tra la pena secolare e quella canonica, cfr. M. VENTURA, *Pena e penitenza nel diritto canonico postconciliare*, ESI, Napoli, 1996, p. 186; sul permanere di taluni profili di convergenza tra le due opzioni punitive, nonostante la decisa componente *antisanzionistica*, emersa a partire dal Concilio Vaticano II, G. BETTIOL, *Sullo spirito del diritto penale canonico dopo il Concilio Vaticano II*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1972, pp. 1083 e ss.

<sup>6</sup> Pare valgano a cogliere questo rilievo, tra gli altri, M. PISANI, *Nozioni generali*, in ID, A. MOLARI, V. PERCHINUNNO, P. CORSO, *Manuale di procedura penale*, 6<sup>a</sup> ed., Monduzzi, Bologna, 2004, pp. 1-22; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 14-20; B. BILOTTA, *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 39-82 e 123-158; M. PASSIONE, *Dal diritto violato al diritto negato*, in *Antigone – Quadrimestrale di critica del*



Anche la legittimazione del potere ha risentito del paradigma religioso<sup>7</sup>. Questo meccanismo è più visibile, ad avviso di Foucault, nell'epoca pre-moderna, dal momento che la *ragion di Stato* si costituisce, in quanto nozione politologica, cercando di delineare un'entità politica superiore alle altre, presenti nel medesimo territorio, e concorrente rispetto a quelle sue pari. Secondo questa ricostruzione, il processo di secolarizzazione sarebbe una conseguenza e non una causa della pretesa egemonica dello Stato nelle relazioni politiche<sup>8</sup>.

L'ipotesi circa il permanere di questa influenza del paradigma religioso, anche nell'epoca che si indica come *postmoderna* e/o *post-secolare*<sup>9</sup>, è stata affrontata sottolineandone, soprattutto, gli elementi di novità o di contraddittorietà, rispetto alle fasi precedenti.

---

*sistema penale e penitenziario*, n. 3/2012, pp. 162-171.

<sup>7</sup> Nell'ampia letteratura sorta sul punto, cfr., nella prospettiva ecclesiasticistica, **G. B. VARNIER**, *Identità spirituale e diritti nell'Europa cristiana*, in M. Parisi, a cura di, *Le organizzazioni religiose nel processo costituente europeo*, ESI, Napoli, 2005, pp. 123-132; sull'evenienza di fondazioni del potere non religiosamente orientate o, piuttosto, per una critica di quelle confessionalmente connotate, cfr. **G. FILORAMO**, *Che cos'è la religione. Temi, metodi, problemi*, Einaudi, Torino, 2004, pp. 324 e ss.; sui rapporti tra ricerca teologica e dogmatica civilistica, **P. PRODI**, *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 401; sull'inevitabilità del permanere di un certo grado di *sacralizzazione* del potere, par potersi richiamare **A. SPADARO**, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 8.

<sup>8</sup> Tale prospettiva non sembra realmente in contrasto rispetto a quella veicolata in **P. REMOND**, *La secolarizzazione. Religione e società nell'Europa contemporanea* (1998), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 13-19.

<sup>9</sup> La prima qualificazione mirerebbe a sottolineare i tratti di discontinuità rispetto agli ordinamenti giuridici moderni; la seconda, invece, riguarderebbe le tipologie e le istanze della rappresentazione pubblica dei convincimenti religiosi. Sul tema della post-modernità, di particolare interesse, ancorché volumi rappresentativi di due approcci non sovrapponibili, **Z. BAUMAN**, *Il disagio della postmodernità* (2000), trad. it. Mondadori, Milano, 2002 (dove il sociologo polacco richiama, nel titolo, quella stessa indicazione di disagio che Sigmund Freud riferiva alla *civiltà* - **ID**, *Il disagio della civiltà* (1929-1930), trad. it. Scienza Moderna, Roma, 1949- e Charles Taylor alla *modernità* - **ID**, *Il disagio della modernità* (1992), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 1993), e **M. MAFFESOLI**, *Apocalisse. Rivelazioni sulla socialità postmoderna* (2009), trad. it. Ipermedium, Napoli, 2010. Quanto al tema del *post-secolarismo*, un'articolata visione teorica trovasi in G. E. Rusconi, a cura di, *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008 (anche per i temi riguardanti la crisi della sovranità nazionale); quanto ad alcuni, tra gli altri profili richiamati nella presente ricerca, v. **G. ZAGREBELSKY**, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in A. Ferrara, a cura di, *Religione e politica nella società post-secolare*, Meltemi, 2009, Roma, pp. 42 e ss. Una singolare intersezione tra le due qualificazioni appare costituita dall'approccio ai temi bioetici, per come si chiarirà, *infra*, nel testo. Su tale aspetto, si



Il tentativo che si cercherà di percorrere, in questa sede, è quello, piuttosto, di provare a evidenziare, partendo dall'analisi di Foucault in merito alla nascita della *biopolitica*, le ipotesi di continuità. L'esito della ricerca non potrà essere quello di stabilire se a prevalere siano stati gli aspetti radicalmente innovativi, di cui il giurista continentale non può riuscire ad afferrare a oggi il senso *ultimo*, o, al contrario, quelli tradizionali, per cui il contributo di ogni nuovo sapere multidisciplinare diviene inutile o, comunque sia, prescindibile. Semmai, la posta in gioco sembra essere quella, ancor più importante, di valorizzare le suggestioni foucaultiane sull'esercizio del potere e sulla pratica di governo, in un'epoca che l'Autore definisce *biopolitica*<sup>10</sup>.

Soltanto così si potrà compiutamente valutare dove l'indebolimento dei diritti nazionali sia stata una scelta consapevole e non un eccezionale stato di crisi. E ancora: soltanto così si potrà meglio distinguere dove i processi costituenti di organizzazioni *sovra-regionali* risultino strumentali alla duplicazione delle competenze dello *Stato-nazione* o dove esse siano state definitivamente superate da una prassi globale della *governance*<sup>11</sup>.

La tesi di fondo è che la disciplina del fatto religioso, lungi dal rappresentare un mero *accidente* nella pratica di governo, ne è, invece, parte integrante. In prima approssimazione, ciò avviene perché la regolamentazione ecclesiasticistica postula dichiaratamente un'opzione legislativa rispetto ai rapporti tra le culture presenti in un determinato territorio. Inoltre, questa disciplina mette costantemente al centro della propria analisi i rapporti tra l'ordinamento giuridico pubblico, postosi al

---

rinvia a **F. P. CASAVOLA**, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Salerno, Roma, 2014.

<sup>10</sup> Sia pure - sembra di poter dire - non per forza nei termini dell'interpretazione ideologicamente orientata, veicolata, ad esempio, in **M. HARDT, A. NEGRI**, *Il lavoro di Dioniso. Per la critica dello Stato postmoderno* (1994), trad. it. Manifesto Libri, Roma, 1996, o in **A. NEGRI**, *Lavoro autonomo, biopolitica e salario di cittadinanza. Una discussione con Sergio Bologna e André Gorz*, in *Democrazia e Diritto*, n. 1/2000, pp. 56 e ss.

<sup>11</sup> Sui temi della *governance* globale applicati alla sfera giuridica, v. **A. di MAJO**, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2013, pp. 800-807; **F. DENOZZA**, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2012, pp. 14-15; su alcune ipotesi di sopravvivenza dei diritti nazionali, in termini di logica giuridica, v. **N. IRTI**, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985, p. VII. Un difforme orientamento dottrinale, rispetto alla critica individuata, trovasi a partire da **W. D. SLAWSON**, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, in *Harvard Law Review*, 84, 1971, pp. 529 e ss., almeno quanto alla possibilità di utilizzare la *multinazionalizzazione degli scambi* come strumento di garanzia contrattuale.



di sopra delle *auctoritates* tradizionali dei secoli passati<sup>12</sup>, e vecchi e nuovi centri di aggregazione della partecipazione e della discussione collettiva.

A un'astratta bipartizione tra *l'eccllesia* e la *civitas*, la prosa a volte icastica di Foucault pare preferire di gran lunga due direttrici concrete, che si proveranno da qui in avanti a seguire.

Innanzitutto, si porrà il problema della *localizzazione* del potere nel contesto sociale, cioè l'individuazione di chi, ancor prima di stabilire le norme, intenda orientare le prassi dei cittadini<sup>13</sup>; in secondo luogo, si tenterà di ripercorrere le osservazioni di Foucault per capire dove e come si collochi la resistenza a un potere ingiusto -secondo l'Autore, anche il persistente rifiuto di adottare una disciplina legislativa e, perciò, l'intenzione di limitare irrazionalmente il campo della pratica di governo costituiscono un'ipotesi *abusiva*<sup>14</sup>. In questi casi, infatti, l'omissione dell'intervento legislativo è attuata da una parte politica che non intende rischiare il proprio residuo consenso e, perciò, tale omissione corrisponde al tentativo, invero maldestro, di lasciare inalterate le circostanze fattuali su cui si misura l'esercizio del potere. Ciò è più grave nei casi in cui l'espressione sociale, demografica e religiosa di dette circostanze sia inequivocabilmente cambiata.

---

<sup>12</sup> Né pare che il procedimento di formazione dello Stato modernamente inteso valga ad *azzerare* i gruppi *intermedi*, la cui esistenza è tendenzialmente antecedente all'entrata in vigore di una certa Costituzione o al protrarsi di una certa politica legislativa. Non casualmente, questa riflessione sembra meglio essere proposta negli Stati che si emanciparono dal *protettorato* dell'Unione Sovietica, anche per ragioni di politica ecclesiastica. Può, forse, considerarsi un primo avvio della riflessione **SZ. CHODAK**, *Pojecie Partii Politycznej a Ewolucja Struktury Polityczney Kapitalizmu*, in *Studia Filosoficzne*, n. 3/1957, pp. 152-181.

<sup>13</sup> Secondo questa prospettiva, perciò, la decisione adottata non sarebbe risolvibile nel testo legislativo, inteso in modo meramente formale, ma dovrebbe considerare l'orientamento che si intende concretamente perseguire attraverso l'individuazione e/o la promulgazione della norma formale, nonché chi sia stato effettivamente eletto quale soggetto *legislatore*. Per alcuni echi nel dibattito dottrinale italiano, cfr. **G. PERTICONE**, *Lo Stato e il partito*, in *Il Politico*, 1952, pp. 38 e ss.; **P. BISCARETTI DI RUFFIA**, *I partiti politici nell'ordinamento costituzionale*, 1950, pp. 11 e ss.; **C. LAVAGNA**, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953, pp. 54-58.

<sup>14</sup> In quest'ottica, Foucault pare recuperare, con maggiore radicalità, delle suggestioni già, da tempo, presenti nel dibattito giuridico. Cfr., tra gli altri, **G. PERTICONE**, *Parlamento e partito nello stato contemporaneo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXIV, 1957, pp. 313-335; **J. WHEELER**, *Constitutional Obsolescence in a Democratic Party System*, in *Ethics*, LXVII, 1957, pp. 79 e ss.; **L. TIVEY**, *The System of Democracy in Britain*, in *The Sociological Review*, VI, 1958, pp. 109-124.



Si procederà conseguentemente, tenendo fermi alcuni settori d'analisi, in riferimento ai quali il termine di paragone sarà costituito dalla disciplina ecclesiasticistica italiana, valutata pure alla luce della sua afferenza all'ordinamento giuridico di uno Stato membro dell'Unione Europea<sup>15</sup>. Essi saranno: a) i rapporti tra la disciplina giuridica del fatto religioso e il complessivo sistema istituzionale dello Stato (o, meglio: l'attitudine di un modello di relazioni tra gli Stati e le Chiese a qualificare un ordinamento giuridico statale); b) la natura programmaticamente universalistica della più parte degli ordinamenti confessionali, a dispetto della crisi della sovranità statale<sup>16</sup>, concepita secondo il modello politologico occidentale<sup>17</sup>; c) l'esercizio del potere legislativo in ambito religioso, o l'adozione di argomentazioni religiosamente orientate nella legislazione civile, come conseguenze di quella che Foucault definisce la *nascita della biopolitica*; d) l'assunzione di ciò che la dottrina ecclesiasticistica ha provato a definire come "confessionismo"<sup>18</sup>, da un

---

<sup>15</sup> Per una prospettiva che possa conservare l'utilità di istituire dei profili di comparazione, tra sfera civile e sfera religiosa, v. **S. BERLINGÒ**, *La condizione delle Chiese in Europa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, n. 1/2002, pp. 1320 e ss; sulle tipicità della regolamentazione italiana, pur nel complesso raccordo con le normative di derivazione europea (e i principi richiamativi), cfr. **A. FABBRI**, *Unione Europea e fenomeno religioso. Alcune valutazioni di principio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 9-19; sui possibili profili riguardanti la *metamorfosi* delle fonti di produzione, anche nell'ottica dell'appartenenza dello Stato italiano all'Unione, v., per tutti, **M. VENTURA**, *Sussidiarietà, governance e gruppi religiosi nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in G. Cimbalò, J. L. Alonso Pérez, a cura di, *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 193 e ss.

<sup>16</sup> Sul fondamento di tale missione universalistica, che è di sostegno e consolazione per l'animo umano, ma che non è per forza ostile alle esigenze istituzionali della *civitas*, v. **S. BERLINGÒ**, *La trilogia di Lo Castro: dalla tragedia al mistero*, in *Ius Ecclesiae – Rivista Internazionale di Diritto Canonico*, n. 3/2012, pp. 535-537.

<sup>17</sup> Sui riflessi di tale processo nell'erogazione dei servizi e, ancor prima, nell'attuazione dei diritti sociali, cfr. **A. VISCOMI**, *Dalla Costituzione ad oggi*, in **ID**, **L. GAETA**, *L'Italia e lo Stato Sociale*, postfazione a **G. A. RITTER**, *Storia dello Stato Sociale* (1991), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 254 e ss.; su tale crisi come presupposto sostanziale di un processo costituente, v., tra gli altri, **P. VIRNO**, *Virtuosismo e rivoluzione*, in *Luogo Comune*, n. 4/1993, pp. 14-15; sugli specifici rapporti tra i diritti statuali e quelli confessionali, nel periodo in cui i primi sembrano arretrare rispetto alla prospettiva valoriale individuata dai secondi, v., per tutti, **R. MAZZOLA**, *Introduzione. La dottrina e i giudici di Strasburgo. Dialogo, comparazione e comprensione*, in **Id**, a cura di, *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 9-23.

<sup>18</sup> Nel tentativo di ripercorrere tale sforzo ermeneutico, possono segnalarsi, almeno per quanto riguarda l'evoluzione della disciplina giuridica italiana: **P. A. d'AVACK**, *Confessionismo*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 929 e ss.; **G.**



lato, e “laicità dello Stato”<sup>19</sup>, dall’altro, nell’ambito degli strumenti della pratica di governo<sup>20</sup>.

## 2 – La disciplina del fatto religioso qualificante di un ordinamento giuridico costituzionale

Per quanto risulti difficile, nella moderna teoria del diritto pubblico, isolare quelle attribuzioni tipicamente proprie di uno Stato nazionale, al venir meno delle quali divenga così improbabile riuscire a parlare di una comunità propriamente statale, alcuni fattori rendono meno incerta la classificazione sui regimi istituzionali concretamente osservabili<sup>21</sup>.

Non pare revocabile in dubbio che vi siano, innanzitutto, degli elementi sostanziali, spesso oggetto della espressa sanzione formale del legislatore costituente, che valgono a fissare le linee di fondo dell’entità politica statale: dalla presenza di un territorio specifico entro cui si esercita la sovranità alla sussistenza di un elemento demografico, che qualifica la popolazione di *quella* cittadinanza nazionale, sottoponendola a *quella* (e non altra) sovranità<sup>22</sup>.

---

**CASUSCELLI**, *Post-confessionismo e transizione*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 31 e ss.; **V. PACILLO**, *Neo-confessionismo e regressione*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (<http://www.olir.it>), gennaio 2005; **G. DALLA TORRE**, *Dio e Cesare: paradigmi cristiani nella modernità*, Città Nuova, Roma, 2008, pp. 53 e ss.

<sup>19</sup> Tale sforzo definizionale si è, in realtà, riproposto, a prescindere dall’ambito dell’ordinamento a partire dal quale si cercava di inquadrare il principio di laicità, anche nell’ottica del diritto comparato. Cfr. **J. BAUBÉROT**, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Seuil, Paris, 2004; **C. LABORD**, *Toleration and laïcité*, in C. McKinnon, D. Castiglione, a cura di, *The Culture of Toleration in Diverse Societies*, Manchester University Press, Manchester-New York, 2003, pp. 161-178. Anche per tali ragioni paiono potersi validare alcune delle critiche presentate in **E. BALIBAR**, *Dissonances dans la laïcité, in Mouvements*, 33-34, 2004, pp. 148-161.

<sup>20</sup> Sul punto è, del resto, particolarmente utile il contributo della critica femminista. Cfr. **C. SMART**, *Feminism and the Power of Law*, Routledge, London, 1989, pp. 11 e ss. Che il principio di laicità, come, storicamente, quello della religione di Stato, finiscano per rappresentare espressioni formali di una cultura, materiale, del potere può meglio risultare alla stregua di **A. ESCOBAR**, *Culture Sits in Places. Reflections on Globalism and Subaltern Strategies of Localization*, in *Political Geography*, n. 2/2001, pp. 139 e ss.

<sup>21</sup> Critiche suggestive alla concezione tradizionale delle forme di governo, invero tra loro non assimilabili, possono rinvenirsi in **R. NOZICK**, *Anarchia, stato e utopia* (1974), trad. it. il Saggiatore, Milano, 2008, pp. 106-135; **E. BALIBAR**, *Cittadinanza* (2011), trad. it. Bollati Boringhieri, Torino, 2012, pp. 56-63; 71-84.

<sup>22</sup> Una simile concezione, estranea, ad esempio, al diritto comune medievale (cfr. **F. CALASSO**, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim* e, in special modo,



Ciononostante, la tripartizione tradizionale di sovranità, popolo e territorio sembra inadeguata o, comunque sia, insufficiente ai fini della presente ricerca. L'inadeguatezza consisterebbe nella evidenziazione giuridica di questi elementi costitutivi, anche perché per ciascuno di essi è possibile richiamare una copiosa letteratura scientifica che, nell'ultimo ventennio, ne ha mostrato la crisi e la limitata compatibilità rispetto alle modificazioni, effettivamente intervenute, nei diversi diritti nazionali<sup>23</sup>.

Non secondariamente, detta tripartizione sembra insufficiente, anche per quanto riguarda la sua utilità nel rapportarsi alle competenze realmente riferibili agli organi che compongono ciò che la dottrina tradizionalmente chiama *Stato apparato*. Riconoscere l'esistenza di quest'ultimo non vuol dire ancora affermare alcunché sul suo funzionamento<sup>24</sup>, sui suoi limiti e sulle modalità attraverso cui i corrispettivi poteri vengono esercitati.

Su questi aspetti, la posizione di Foucault appare, ancora oggi, particolarmente critica e radicale, perché l'intera opera di Foucault può essere riletta come il tentativo di codificare quelle manifestazioni dell'esistenza individuale e associata che, mano a mano, sono state integralmente riportate sotto l'egida di un'autorità deputata a controllarle<sup>25</sup>.

---

pp. 73 e ss.), pare, invece, esser stata idonea alla regolamentazione giuridica dei rapporti, per gran parte della modernità. La crisi dello Stato è, perciò, crisi del progetto regolativo del suo ordinamento, come può sostenere **Y. GHAI**, *Universalism and Relativism. Human Rights as a Framework for Negotiating Interethnic Claims*, in *Cardozo Law Review*, n. 4/1999-2000, p. 1099.

<sup>23</sup> Tirano le fila di queste criticità **A. J. CONNOLLY**, *Cultural Differences on Trial. The Nature and Limits of Judicial Understanding*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2010, e, pur sottolineandone meglio i profili di continuità rispetto al previgente modello giuridico-costituzionale (ma la riflessione è più datata), **J. TULLY**, *Reimagining Belonging in Circumstances of Cultural Diversity. A Citizen Approach*, in U. Hedetoft, M. Hjort, a cura di, *The Postnational Self. Belonging and Identity*, University of Minnesota Press, Minneapolis-London, 2002, p. 174.

<sup>24</sup> Una valutazione critica del *centralismo* dello Stato-apparato trovasi in **C. JOERGES**, **I.-J. SAND**, **G. TEUBNER**, *Transnacional Governance and Constitutionalism*, Hart, Portland, 2004. Le categorie del controllo, in qualche modo postulate da questo *centralismo*, non sono, però, immuni da strategie di *delocalizzazione*, come poteva concludersi, in modo giustamente *monitorio*, in **V. STOLCKE**, *Talking Culture. New Boundaries, New Rethorics of Exclusion in Europe*, in *Current Anthropology*, n. 1/1995, pp. 1 e ss.

<sup>25</sup> Classicamente, su tali temi, **M. FOUCAULT**, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione* (1975), trad. it. Einaudi, Torino, 1976. Nell'amplissimo dibattito originato dal volume, per quanto riguarda i suoi possibili sviluppi recenti, cfr., tra gli altri, **P. AMATO**, *Tecnica e potere. Saggi su Michel Foucault*, Mimesis, Milano, 2009; quanto alle connessioni tra processi veritativi (anche, come nell'analisi sin qui veicolata, di tipo giudiziario) e



Il metodo di Foucault è spesso definito nei termini dell'*archeologia dei saperi*: ricostruzioni di ampio respiro, sebbene tendenzialmente limitate alla storia della cultura e del diritto europeo<sup>26</sup>, che mirano a restituire l'origine di un intero ambito delle relazioni umane. Per quanto riguarda i lavori sulla follia, sulla sessualità e sul crimine, l'indagine di Foucault rispecchia adeguatamente i termini con cui è normalmente ripresentata, sotto il profilo giuridico e metodologico.

Al contrario, nell'ambito dello studio degli ordinamenti confessionali, l'analisi foucaultiana sembrerebbe avere carattere intenzionalmente meno sistematico. Non vi sono, nell'opera dell'Autore considerato, storie della devozione, del culto, della spiritualità... Non c'è spazio, ad esempio, per una valutazione, in termini di teoria politica, dell'edilizia di culto, da cui pure originano evidenti implicazioni sociali, culturali ed economiche<sup>27</sup>. E nemmeno nell'ambito matrimoniale, tante volte da Foucault indicato come paradigma di una certa disciplina della sessualità *lecita*<sup>28</sup>, sembra essere particolarmente valorizzato il momento

---

dinamiche del controllo socio-economico, **M. TAZZIOLI**, *Politiche della verità. Michel Foucault e il neoliberalismo*, Ombre Corte, Verona, 2011; sui riflessi istituzionali di questa prospettiva, **G. CAMPESI**, *Soggetto, disciplina, governo. Michel Foucault e le tecnologie politiche moderne*, Mimesis, Milano, 2011.

<sup>26</sup> Gli itinerari concettuali foucaultiani non perdono di interesse quando, però, ci si misuri con culture differenti, soprattutto ove siano al centro della discussione, in ambito giuridico, i rapporti tra norme civili e valori religiosi. Alcuni esempi di questo tipo possono rinvenirsi, tra gli altri, in **M. NOVAK**, *Natural Law in Judaism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (quanto a una visione tendenzialmente costrittiva del giusnaturalismo giudaico); **C. J. ROBINSON**, *Black Marxism: The making of the black radical tradition*, Chapel Hill, University of North Carolina, 2000 (per un primo studio su alcuni lasciti del tribalismo nelle pratiche rivendicative afro-americane); **P. CONSORTI**, *Religioni e democrazia fra multiculturalismo e globalizzazione. Più a Oriente dell'Islam: incontro all'induismo, al buddhismo ed agli Asian Values*, in *Diritto & Religioni*, 2006, pp. 191 e ss. (in merito ai riflessi delle tendenze misticistiche asiatiche, anche rispetto ai diversi sistemi giuridici regionali).

<sup>27</sup> Ciò non significa, però, come si rileva opportunamente in **G. BRAUSCH**, *Logiche del potere e logiche spaziali in Michel Foucault. Sulle intenzioni socio-politiche dello spazio architettonico e urbano e sui loro effetti*, in *Materiali Foucaultiani*, n. 1/2012, pp. 75-90, sottovalutare le implicazioni simboliche dei luoghi e le ricadute pratiche delle similitudini che suggeriscono. L'analisi foucaultiana sembrerebbe, tuttavia, incentrarsi prevalentemente sui sistemi dell'esclusione e della segregazione. Cfr. **M. FOUCAULT**, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 47-51.

<sup>28</sup> La crisi di tale approccio, lungamente maggioritario, dà origine a una interessante e discussa letteratura di rivisitazione tradizionalistica degli istituti del diritto matrimoniale. Verosimilmente giustificando tale procedimento ermeneutico, cfr. **A. CORBO**, *Dialoghi sul matrimonio. I fattori culturali e sociali della crisi*, Città del Sole, Reggio Calabria, 2013, pp.



religioso della celebrazione. Anche in questi casi il rito appare *medium* di valori che lo precedono e che precedono anche la formazione dell'ordinamento entro cui il rito si svolge<sup>29</sup>.

Sembrerebbe una contraddizione: come può lo studioso che ha dedicato la propria opera all'*archeologia* dei saperi (etimologicamente: all'individuazione del loro principio) avere tralasciato l'ambito dell'esistenza umana, che lungamente è stato individuato come quello fondativo di ogni relazione sociale, nonché parametro di conformità e liceità di ciascuna di esse?

La contraddizione si rivela, però, apparente o, se è realmente tale, non può affatto risolversi in una superficiale sottovalutazione della sfera religiosa o, peggio, in una consapevole omissione del modo in cui il potere civile si sia emancipato dal fondamento religioso, finendo, poi, per regolamentarlo, più che per esserne regolamentato e/o limitato.

La religione è ambito dell'esistenza umana entro cui si producono norme, *ontologicamente* distinguibili da quelle emanate dagli altri ordinamenti giuridici<sup>30</sup>. Ciò si realizza perché il fondamento ultimo di queste norme è certamente al di fuori di esse: appartiene a una sfera di diritto divino cui all'uomo non è dato di accedere direttamente<sup>31</sup>. Quand'anche la religione si trovi a essere disciplinata come sentimento meramente individuale o di caratteristica limitabilità alla sfera privata<sup>32</sup>,

---

85-110.

<sup>29</sup> Pur proponendo una valutazione critica sulla *meccanica* (cioè, *a-valutativa*) *applicazione del diritto*, **A. DE OLIVEIRA**, *Il Formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo valutativo)*, trad. it. Giuffrè, Milano, 2013, pp. 304-308, sembra utilizzare tale considerazione come modalità per distinguere il rito processuale civile dal rito in quanto espressione della sfera giuridico-religiosa.

<sup>30</sup> Ciò non sembra poter prescindere da una previa valutazione dei rapporti tra individuo e comunità, come ben dimostrato, in ottica storico-ricostruttiva, in **W. ULLMANN**, *The Individual and Society in Middle Ages*, the John Hopkins Press, Baltimore, 1966, *passim*; per una prospettiva più specificamente interna alla Chiesa cattolica e all'ordinamento canonico, v., tra gli altri, **S. BERLINGÒ**, *La Chiesa e il diritto (agli albori del ventesimo secolo)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Dicembre 2009; per uno stringente parallelismo con le vicende della sovranità negli Stati nazionali, anche **R. BIRELEY**, *The Counter-Reformation Prince: Anti-machiavellianism or Catholic Statecraft in Early Modern Europe*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990.

<sup>31</sup> In questi termini, su un'ineliminabile insondabilità del diritto divino (ma, più ampiamente, sui limiti umani nel rinvenimento della *rivelazione*), cfr. **P. LEGENDRE**, *Revisiter les fondations du droit civil*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 4/1990, pp. 641 e ss.; **J. LE GOFF**, *Il Re nell'Occidente Medievale* (2004), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 5-28; 77-96.

<sup>32</sup> Una marcata critica di tale concezione trovasi in **L. DIOTALLEVI**, *Una alternativa*



non rilevante ai fini della decisione pubblica, chi spontaneamente aderisca a un ordinamento confessionale non può non percepirne la cogenza, ben più delle norme, il cui adempimento gli è primariamente richiesto dall'unico ordinamento destinato alla generalità delle fedi e dei fedeli<sup>33</sup>.

In forza di questi rilievi, generalmente accolti dalla teologia politica maggioritaria<sup>34</sup>, la secolarizzazione sembra proporsi essenzialmente come criterio attributivo di competenze tra i due tipi di giurisdizione che essa stessa ha prodotto.

La prospettiva attraverso cui il legislatore civile disciplina la materia religiosa (o, meglio, l'ambito generale nel quale sono ricompresi i rapporti tra l'ordinamento civile e quelli confessionali) è di speciale rilevanza, anche perché da essa discendono effetti che non si limitano alla pratica religiosa propriamente detta, ma che coinvolgono campi da essa apparentemente distanti -le libertà associative<sup>35</sup>, l'istruzione<sup>36</sup>, persino le

---

*alla laicità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010; più analiticamente, sul sistema che pare avere meglio integrato la accezione pubblicistica della neutralità, bilanciandola con un incentivo alla promozione delle libertà associative, cfr. **V. BARSOTTI, N. FIORITA**, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 19-24; una visione assai critica del complessivo sistema regolativo statunitense trovasi, invece, in **N. CHOMSKY**, *Anarchismo. Contro i modelli culturali imposti* (2005), trad. it. Tropea, Milano, 2008, pp. 19-135.

<sup>33</sup> Tale spunto risulterebbe convalidato in **G. DALLA TORRE**, *Fattore religioso e crisi della cittadinanza*, in Id, C. Mirabelli, a cura di, *Le sfide del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. 332-333; **A. LICASTRO**, *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 110-111.

<sup>34</sup> Ciò non varrebbe a mitigare le possibilità conflittuali dell'argomentazione religiosa (cfr. **U. ECO**, *A passo di gambero. Guerre calde e populismo mediatico*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 13-23); si rivela, comunque sia, non infondato lo sforzo di interpretare tali meccanismi in modo da consentire una contemporanea evoluzione, interna agli ordinamenti confessionali, come ampiamente suggerito in **D. ÒMORCHU**, *Evolutionary Faith*, Orbis Books, New York, 2002. Criticherebbe entrambi gli approcci (quello della critica alla secolarizzazione e quello di una sua accettazione, ai soli fini dell'inculturazione) **V. FERRONE**, *La "sana laicità" della Chiesa bellarminiana di Benedetto XVI tra "potestas indirecta" e "parresia"*, in *Passato e Presente*, 73, 2008, p. 21.

<sup>35</sup> Per una prima ricostruzione circa il fondamento del dibattito nel diritto statunitense, particolarmente studiato, proprio nell'ambito del diritto comparato sul fenomeno associativo, cfr. **E. DIENI**, *Diritto & Religione vs. "nuovi" paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, A. Albisetti, G. Casuscelli, N. Marchei, a cura di, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 15-34.

<sup>36</sup> Sulla natura, del resto, apparente di tale distanza, possono richiamarsi, nell'ambito in esame, **G. FELICIANI**, *L'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche tra normativa canonica e legislazioni civili*, in *Ius Ecclesiae*, 1994, pp. 160 e ss.; **C. CARDIA**, *Il problema della scuola*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Novembre 2010.



attività economiche, ricomprese nell'autonomia negoziale delle associazioni religiosamente connotate<sup>37</sup>.

In considerazione di ciò, anche qualora non si arrivasse ad ammettere che un disegno costituzionale di regolamentazione del fatto religioso sia direttamente qualificante una forma di Stato, è evidente come quello stesso disegno costituzionale dica, sulla forma di Stato in esame, informazioni ulteriori, rispetto a quelle formalmente rinvenibili nelle disposizioni costituzionali o ricavabili dalla mera analisi giuridica dei diversi organi costituzionalmente istituiti e/o riconosciuti.

Alcuni esempi valgono a chiarire quest'asserzione.

Innanzitutto, nello studio giuridico sull'ateismo, cioè: sull'assenza di convinzioni religiose riferibili a un'appartenenza confessionale<sup>38</sup>, mentre è recente la ricerca sulle motivazioni individuali di una scelta esistenziale ateistica e sulle attribuzioni ammissibili in capo all'ateismo associato<sup>39</sup>, ben più diffusa è la letteratura su quelle esperienze giuridiche statuali che abbiano espressamente sancito l'ateismo in quanto prospettiva legislativa, nel raggiungimento di benefici e fini destinati alla comunità nel suo complesso<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Su tali aspetti, nel quadro di una vasta letteratura scientifica, possono segnalarsi **A. FUCCILLO**, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Jovene, Napoli, 1999; **G. RIVETTI**, *Non profit. Profili ecclesiastici e statuali. Nuove prospettive*, Giuffrè, Milano, 2003; **ID**, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento della Chiesa tra libertà e autorità*, Giuffrè, Milano, 2008; **A. MANTINEO**, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2002; ripercorrendo una specifica forma organizzativa "istituzionale", v. **ID**, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>38</sup> Nell'ampia letteratura sul punto, si segnala, per alcuni profili giuridici di inquadramento costituzionale, in Italia, **C. CARDIA**, *Ateismo e libertà religiosa*, De Donato, Bari, 1973; ulteriori elementi problematici, significativamente arricchiti dall'attualità degli ultimi decenni, in **G. GIORELLO**, *Senza Dio. Del buon uso dell'ateismo*, TEA, Milano, 2012; con evidenti accenti polemici, v. **P. FLORES D'ARCAIS**, *A chi appartiene la tua vita? Una riflessione filosofica su etica, testamento biologico, eutanasia e diritti civili nell'epoca oscurantista di Ratzinger e Berlusconi*, Ponte alle Grazie, Milano, 2009.

<sup>39</sup> Sul punto, alcuni elementi di interesse possono rinvenirsi in **P. FLORIS**, *Ateismo e Costituzione*, nei *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2011, pp. 98-102, nonché in **D. BILOTTI**, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Luglio 2011;

<sup>40</sup> Sembrano ricostruire più che adeguatamente l'ampio dibattito sul punto **A. GRAZIOSI**, *L'Urss di Lenin e di Stalin. Storia dell'Unione Sovietica. 1914-1945*, il Mulino, Bologna, 2007 (sui cui presupposti teorici, v., *ivi*, in special modo pp. 381 e ss.), nonché **G. CODEVILLA**, *Chiesa e Impero in Russia. Dalla Rus' di Kiev alla Federazione Russa*, JacaBook,



A questo titolo, si parla tradizionalmente del modello costituzionale, un tempo costituito dall'Unione Sovietica<sup>41</sup>. Esso avrebbe integrato la formalizzazione di un *ateismo di Stato*, che espelle la motivazione religiosa dalla determinazione pubblica e che faceva dell'imposizione di una formazione non religiosamente connotata un dovere per la stessa coscienza del cittadino. Partendo dalla considerazione del *nomen* prescelto da quella organizzazione statale (unione di repubbliche socialiste) e dal particolare regime, connotato a sfavore dell'appartenenza religiosa, è possibile ricavare, come correntemente fa la dottrina, una serie di conseguenze nella disciplina delle altre libertà in quello Stato. Tra esse potrebbero ricordarsi, anche perché tutte implicitamente correlate al trattamento giuridico riservato all'esperienza religiosa: forti limitazioni alle libertà associative, un controllo preventivo sul loro esercizio, al fine di impedire la stabile organizzazione di un'opposizione etico-culturale alle politiche del governo<sup>42</sup>, uno Stato sociale molto forte e organizzato, ma incapace di far seguire a una burocrazia tendenzialmente omologante un reale apprezzamento dei bisogni diffusi<sup>43</sup>.

In modo simile, ma per ragioni diverse, è valutato come emblematico il caso della repubblica francese<sup>44</sup>: in essa, la disciplina del

---

Milano, 2011, pp. 288-294 (tenendo fermo il paradigma sovietico, come possibile snodo esemplificativo della vicenda dell'*ateismo di Stato*).

<sup>41</sup> Sui profili costitutivi di tale modello, vedansi **N. V. RIASANOVSKY**, *Storia della Russia. Dalle origini ai giorni nostri* (1984), trad. it. Bompiani, Milano, 13<sup>a</sup> ed. a cura di S. Romano, 2010, pp. 570-592, e **S. ROMANO**, *La Russia contemporanea*, in **N.V. RIASANOVSKY**, *Storia della Russia*, cit., pp. 595 ss.

<sup>42</sup> Appare da prediligere, nella ricostruzione di tale aspetto, la testimonianza di **A. E. LEVITIN-KRASNOV**, *Lichie Gody (1925-1941)*, Ymca Press, Paris, 1977, non fosse che per le vicende biografiche dell'Autore, direttamente coinvolto nel movimento degli *innovatori*, nel periodo di riarticolazione della religiosità russa, al profilarsi della normativa sovietica in materia ecclesiastica.

<sup>43</sup> Una classica esposizione delle tesi bolsceviche in **M. GOREV**, *Cerkovnyye bogatstva i golod v Rossii*, Gosizdat, Moskva, 1922 e, sostanzialmente di segno affine, **P. A. KRASIKOV**, *Na cerkovnom fronte (1918-1922)*, Jurizdat, Moskva, 1923. Sulla convergenza di profili problematici, tra gli interventi sociali dello Stato e la sempre forte repressione delle forme della religiosità popolare, v. **W. FLETCHER**, *L'église clandestine en Union Soviétique*, Alain Moreau, Paris, 1972, non meno che **A. RICCARDI**, *Il secolo del martirio. L'olocausto cristiano*, Mondadori, Milano, 2000, pp. 25 e ss.

<sup>44</sup> Per un quadro socio-giuridico complessivo, cfr. **J. BAUBEROT**, *Libertà religiosa e laicità in Francia*, in *Lessico di Etica Pubblica*, n. 2/2011, pp. 59-70; un'analisi sugli sviluppi più recenti, nella rimodulazione in corso nel dibattito della pubblicistica francese, trovasi in **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *La laicità non è più sacra*, in *Limes – Rivista Italiana di Geopolitica*, n. 3/2012, pp. 77-84; profili di comparazione tra il sistema giuridico italiano e



fatto religioso e, ancor prima, la posizione del legislatore costituente sulla sua estrinsecazione nel tessuto sociale, possono essere efficacemente ritenuti indicatori di altre caratteristiche, giuridicamente apprezzabili, dello Stato francese. A questo titolo, possono rileggersi le norme relative a un ordinamento scolastico molto omogeneo e spesso destinatario di disposizioni promozionali, anche perché fautore di un insieme di valori di diretta rilevanza nella sfera pubblica e nella formazione del cittadino. E, nella stessa misura, paiono valutabili le linee ispiratrici di un ordinamento civile generalmente favorevole alle libertà associative, ma specificamente connotato da un forte apparato amministrativo e dal primato dell'intervento pubblico nel riconoscimento e nell'attuazione delle libertà civili.

Non è questa la sede per avanzare un giudizio sulle differenze tra i regimi socialisti e la social-democrazia europea (al fondo, la domanda sarebbe: in che misura metterne a valore alcune somiglianze, ma in che modo farne apprezzare le visibili differenze, soprattutto in materia di diritti di libertà?<sup>45</sup>). Se si manifesta almeno un dato comune, tra una stretta neutralità, che tratta i diversi culti alla stessa maniera e che postula il permanere della superiorità della giurisdizione statale, e una scelta costituzionale coattivamente ateistica, tale dato comune dovrebbe essere quello di una ricercata omogeneità normativa, persino a discapito dell'ipotesi di adottare trattamenti giuridici differenziati e concepiti per garantire un paritetico esercizio dei diritti di libertà<sup>46</sup>.

### 3 – La dimensione globale dell'appartenenza religiosa e la crisi della sovranità statale

---

quello francese potevano ampiamente rinvenirsi in **P. CAVANA**, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, AVE, Roma, 1998.

<sup>45</sup> Non sembra potersi accogliere la sostanziale equiparazione proposta in **A. POLITO**, *Oltre il socialismo. Per un partito (liberal) democratico*, Marsilio, Venezia, 2007, pp. 71-87. Ben più fondate paiono le affinità e le divergenze individuate in **D. HELD**, *Modelli di democrazia* (1996; 2<sup>a</sup> ed.), trad. it. il Mulino, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 1997, pp. 396-404.

<sup>46</sup> È, invece, acquisizione risalente, anche per la dottrina italiana pre-costituzionale, nelle sue componenti più avanzate, la tesi per cui l'eguale libertà possa meglio essere raggiunta attraverso regimi giuridici articolati, e non necessariamente omologanti. Cfr., tra i molti, **F. S. MERLINO**, *Libertà e giustizia*, in A. Venturini, a cura di, *Il socialismo senza Marx. Studi e polemiche per una revisione della dottrina socialista (1897-1930)*, Boni, Bologna, 1974, pp. 111-115; **G. AMENDOLA**, *Per una nuova democrazia* (1925), in A. Carioti, a cura di, *In difesa dell'Italia liberale. Scritti e discorsi politici 1910-1925*, Liberal Libri, Firenze, 2001, pp. 203-214.



Gli ordinamenti giuridici confessionali, quello canonico occidentale in modo del tutto tipico<sup>47</sup>, tendono a rappresentarsi come universali, perché di portata universale è la missione attraverso cui si propongono all'umanità. Per tali ragioni, una dimensione non esclusivamente locale dell'appartenenza religiosa è strettamente correlata all'esistenza stessa di una religiosità organizzata, soprattutto ove essa sia riferita a una *verità rivelata*, che nell'atto del *disvelamento* si propone all'universalità del genere umano<sup>48</sup>.

Non è questa la sede per entrare nel merito di un'obiezione teorica a tale visione, ovvero l'osservazione per cui pure nelle religioni rivelate vi sarebbe, in sostanza, il *monopolio* interpretativo di una casta sacerdotale che accede preferenzialmente alla *verità*, per diffonderla ai fedeli e per convertire chi ancora non crede<sup>49</sup>.

Questa critica, infatti, per quanto ponga fortemente l'attenzione sulle modalità di accesso alla *verità* (tema fonte di una cospicua elaborazione nella cultura protestante e in quella ebraica<sup>50</sup>), non sembra riguardare anche l'aspetto relativo alla asserita universalità di quella

---

<sup>47</sup> Circa la rilevanza del tema, nel dibattito dottrinale laicale, v., per tutti, **P. FEDELE**, voce *Diritto Canonico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 896-898. Sulle conseguenze di tali tipicità, anche in ambiti, oramai, riconosciuti come strettamente propri di una visione *intersoggettiva* (privata) del vivere associato, cfr. **S. BERLINGÒ, E. VITALI**, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 21 e ss.; sui suoi riflessi nella genesi della scienza giuridica civile, v. **S. FERRARI**, *La nascita del diritto ecclesiastico*, in G. B. Varnier, a cura di, *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, EUM, Macerata, 2011, pp. 78-79; per una visione che cerchi di mantenere, come positive, le connessioni tra gli ordinamenti civili e la storia delle istituzioni ecclesiastiche, v. anche **D. BILOTTI**, *Le ragioni dell'ordinamento canonico come contributo critico alla scienza giuridica laica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Gennaio 2013.

<sup>48</sup> Attraverso ciò, influenzando direttamente l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Cfr. **J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, N. KARAVIZAN**, *Pubblico e privato nella regolamentazione della religione* (2011), trad. it. *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2012, pp. 243 e ss.

<sup>49</sup> Sul rischio che meccanismi simili si verificano anche negli ordinamenti civili, v. **G. ZAGREBELSKY**, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Einaudi, Torino, 2012, pp. 41-42.

<sup>50</sup> Profili di interesse, circa la rilettura del rapporto tra Parola e *rivelazione* nella cultura ebraica, in **A. OZ, F. OZ-SALZBERGER**, *Gli ebrei e le parole. Alle radici dell'identità ebraica* (2012), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2013, pp. 44-52; in una ben definita prospettiva storiografica **A. TOAFF**, *Ebraismo virtuale*, Rizzoli, Milano, 2008, pp. 51-68; convincono alcuni rilievi sistematici, emergenti dall'analisi di una delle figure più *irregolari* del Cristianesimo riformato, espressi in **P. HERITIER**, *L'istituzione assente. Il nesso diritto-teologia, a partire da Jacques Ellul, tra libertà e ipermoderno*, Giappichelli, Torino, 2001, *passim*.



*verità*. Detta universalità continuerà a essere posta e praticata da parte dei fedeli del culto religioso e dei soggetti dell'ordinamento confessionale, deputati a diffonderla e ad affermarla anche nel *secolo*.

Negli ultimi vent'anni, perciò, quando si è parlato della dimensione globale dell'appartenenza religiosa<sup>51</sup> non si è istituito un diretto riferimento a questa sottesa disputa interpretativa, la quale, del resto, insiste sul piano storico-teologico, più che su quello propriamente ecclesiasticistico.

Si fa riferimento, invece, alla sempre maggiore connotazione identitaria del fenomeno religioso, in tempi in cui i flussi migratori portano a contatto di ordinamenti giuridici civili, caratterizzati da precise appartenenze confessionali<sup>52</sup>, dei soggetti che non solo non seguono quella determinata tendenza religiosa, ma che hanno anche (e, forse, più gravemente) problemi di adattamento alle norme civili del territorio ove si trovino, in ragione del loro *status* di migranti<sup>53</sup>.

In una simile prospettiva, la dimensione globale dell'appartenenza religiosa è strettamente correlata alla crisi della sovranità statale.

L'etimologia del lemma "sovrano", ripercorsa, per quanto senza troppa convinzione, dallo stesso Foucault<sup>54</sup>, indica evidentemente la presenza di un soggetto ordinamentale, posto al di sopra degli altri consociati. L'Autore ripercorre con maggiore profondità altre opzioni interpretative, secondo che abbiano visto prevalere la concezione per cui il "sovrano" sia al di sopra di tutti i consociati, e dell'ordinamento nel suo

---

<sup>51</sup> Appare coerente, rispetto al necessario ripensamento critico di questa *globalità*, V. CHITI, *Religioni e politica nel mondo globale*, Giunti, Firenze, 2010. Il tema è espressamente preso in considerazione nel corposo volume di P. KHANNA, *I tre imperi. Nuovi equilibri globali nel XXI secolo* (2008), trad. it. Fazi, Roma, 2009, pp. 15-34 (e, più allusivamente, *ivi*, pp. 4-7).

<sup>52</sup> Tale critica è, del resto, significativamente enfatizzata in S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 87 e ss.

<sup>53</sup> Risultano di interesse, su tali aspetti, i tre volumi curati da T. A. Aleinikoff e D. Klusmeyer, all'inizio degli anni Duemila, in una fase in cui, per altro verso, un certo allarmismo nei confronti delle comunità islamiche e gitane non sembrava ancora essersi palesato (il riferimento è, qui, a: *From Migrants to Citizens. Membership in a Changing World*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D. C., 2000; *Citizenship Today. Global Perspectives and Practices*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D. C., 2001; *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D. C., 2002).

<sup>54</sup> Rispetto all'accezione tradizionale, del resto, Foucault sembra assegnare alla sovranità pre-moderna un carattere aggiuntivo: potere conferire la morte o la condanna a morte al suddito o al sottoposto. Quasi letteralmente in tali termini, v. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere* (1976), trad. it. Feltrinelli, Milano, 13<sup>a</sup> ed., 2008, p. 122.



complesso, o la diversa, e più radicale, tesi in forza della quale il sovrano non possa godere di un potere dispositivo assoluto, restando egli stesso legato ai vincoli che sono propri della sua figura nell'ordinamento medesimo<sup>55</sup>.

Negli anni in cui scrive Foucault, è ancora debole una critica sistematica alla nozione schmittiana del sovrano, secondo cui tale ruolo spetta a -è quello di- chi decide sullo stato d'eccezione<sup>56</sup>.

Anche questa distinzione, comunque sia, non sembra idonea a smentire alcuni tratti comuni tra le due grandi classi di teorie sulla sovranità. Essi risulterebbero costituiti dall'attitudine del comando a ricevere obbedienza (che sia in forza di una libera determinazione delle "parti contraenti" o, magari, per la possibilità di irrogare un appropriato regime sanzionatorio in caso di inosservanza<sup>57</sup>) e dal riuscire a delineare un *corpus* normativo di applicazione stabile e tendenzialmente omogenea.

La crisi della sovranità investe direttamente la legittimità del sovrano a governare e introduce una serie di fattori che attribuiscono poteri crescenti -anche opposti a quelli del sovrano- a dei gruppi o a delle istituzioni che formalmente non detengono la sovranità<sup>58</sup>. E investe pure l'insieme delle disposizioni che costituivano il *corpus* normativo attraverso cui si faceva valere la sovranità. La crisi della sovranità è, perciò, crisi del

---

<sup>55</sup> Per questa via, v'è chi giustifica la divisione dei poteri della concezione illuministica. Cfr. **A. DE OLIVEIRA**, *Il Formalismo nel processo civile*, cit., pp. 225-228.

<sup>56</sup> Tale critica è, in realtà, riassorbita da più recenti tentativi di rilettura del pensiero schmittiano. Tra essi, vedasi, anche per un possibile raffronto col pensiero di Foucault, **G. AGAMBEN**, *Cos'è un dispositivo?*, Nottetempo, Roma, 2006; più criticamente, ma ulteriormente facendo scudo alle obiezioni sollevate contro il decisionismo schmittiano, **M. CACCIARI**, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013, pp. 11-21.

<sup>57</sup> Per una prima conferma della necessità che, almeno sul piano della coazione, il linguaggio del legislatore debba tendere a elementi di maggiore determinatezza, cfr. **C. LUZZATI**, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 299 e ss. In tali passaggi, l'A. considerato ripropone il tema della specificità del discorso giuridico, sottolineando le differenze tra una "vaghezza socialmente tipica o da rinvio" e una "vaghezza comune", meno orientata sul piano *teleologico*. Lo stesso A., del resto, in *La politica della legalità: il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 9, coglie nello *Stato di diritto* l'opzione assiologica preferenziale per attutire questo tipo di discrasie, affermando: "non si è ancora pienamente compreso che la figura del giurista contemporaneo, quale noi lo conosciamo in Occidente, può sopravvivere solo se lega il proprio destino ai valori dello stato di diritto"; *ibidem*, però, l'A. non omette la valutazione di talune criticità ("i vecchi modelli non bastano a dare una risposta adeguata a questa crisi, ma gli addetti ai lavori stentano ad ammettere la necessità di elaborare nuove strategie di ruolo").

<sup>58</sup> Suscita motivato interesse il modo in cui questa problematica interazione viene affrontata in **N. KLEIN**, *Reclaiming the Commons*, in *New Left Review*, n. 9/2009, 81-89.



suo stesso diritto e crisi della possibilità che questo diritto sia uniformemente applicato secondo dei criteri di razionalità, interni all'ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>59</sup>. Alla delegittimazione del soggetto formalmente investito della sovranità corrispondono norme di difficile applicazione uniforme, idonee a disciplinare le situazioni giuridiche fintantoché è sussistito un principio di corrispondenza (secondo altri, di "rispecchiamento"<sup>60</sup>) tra la sovranità e la legalità, ma incapaci di reggere a una moltiplicazione indebita dei centri di potere o a una proliferazione delle situazioni materiali, non ricomprendibili nel *perimetro* formale della originaria statuizione positiva<sup>61</sup>.

Ciò varrebbe a confermare, una volta di più, la assoluta specificità della disciplina giuridica civile del fatto religioso, anche perché essa rappresenta uno degli ambiti dell'ordinamento giuridico dove è più facile riscontrare almeno tre fattori che certificano l'evidenza di questa crisi: il contrasto tra le condotte richieste ai consociati da sistemi di diversa natura (*rectius*: di diverso fondamento); l'impossibilità di normare attraverso una legislazione generale e astratta la pluralità delle concrete opzioni sociali esistenti<sup>62</sup>; la modificazione dei costumi, rispetto alla mancata o inadeguata modificazione delle norme di riferimento per una data comunità.

Su questi aspetti, vi sarà modo di tornare diffusamente. È ora, piuttosto, da chiedersi se nell'analisi foucaultiana non manchino alcuni

---

<sup>59</sup> Questa prospettiva è affermata, peraltro non senza alcuni precisi riferimenti alla critica foucaultiana, nel suggestivo volume collettaneo C. Vercellone, F. Chesnais, a cura di, *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel?*, La Dispute-Snedid, Paris, 2003, nonché in A. APPADURAI, *Deep Democracy: Urban Governmentality and the Horizon of Politics*, in *Public Culture*, n. 1/2002, pp. 21-47.

<sup>60</sup> Per una approfondita fondazione storico-canonica di tale rispecchiamento, cfr. E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 28-30; 161-180; 393-403.

<sup>61</sup> Compromettendo un fondamentale anelito a una certa stabilità e stabilizzazione della norma giuridica, almeno nei termini in cui a essa sia chiamato a concorrere l'interprete del diritto. In tale ottica, di particolare interesse C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 86 e ss.

<sup>62</sup> Un'acquisizione di questo tipo sembra essere stata recepita anche dal legislatore concordatario. Nel diritto concordatario, infatti, sempre più spesso vengono adottati moduli normativi *aperti*, ove si apportano eventuali modifiche rilevanti sui temi più importanti delle precedenti pattuizioni, intervenute tra gli stessi *contraenti*, ma si tende a rinviare a nuovi accordi esecutivi l'attuazione dei principi concordati. Aspetti non dissimili sono opportunamente rilevati in O. FUMAGALLI CARULLI, *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà*, in R. Coppola, a cura di, *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 117 e ss.



elementi che, differentemente da quanto lascerebbe intendere la “pagina bianca” di Foucault, si propongono incisivamente nei rapporti tra la natura globale dell’appartenenza religiosa e la crisi della sovranità<sup>63</sup>.

L’impressione è che gli studi di Foucault, ivi compresi i corsi tenuti annualmente al Collège de France -molto spesso una base dei successivi lavori monografici- siano particolarmente utili nell’analisi dei sistemi di *law & religion*, ma ancora poco dicano sui temi di *law of religions*, cioè sulla dimensione normativa interna al fatto religioso<sup>64</sup>.

Questa osservazione è, per altro verso, convalidata dalle ricerche che Foucault andava iniziando, prima dell’immatura scomparsa. Dopo una storia della follia, una storia della sessualità e una storia del crimine, l’idea della *cura del sé* manifestava forti punti di contatto con la bozza di una storia, altrettanto irregolare e antiretorica, della spiritualità<sup>65</sup> (come, forse, dimostrerebbero le stesse osservazioni svolte sulla rivoluzione iraniana, in merito alle quali si tornerà a breve).

Quello che manca, allora, nella *nascita della biopolitica*, è la riflessione sul diritto *inter-confessionale* come argine alla pratica di governo del *biopotere*. Potremmo esemplificare la rilevanza di questo tema, ponendo una serie di domande: gli ordinamenti confessionali possono accordarsi per determinare effetti giuridici omologhi in ciascuno di essi? Quando realizzano meccanismi simili, a che scopo lo fanno? Davvero la posta in gioco si conclude con il riavvicinamento tra le Chiese separate nei secoli<sup>66</sup> o, probabilmente, la riflessione comune, anche a partire dai temi individuati dalla sensibilità dei fedeli, ha come obiettivo la critica a certe

---

<sup>63</sup> Foucault risolve tale passaggio nell’irrimediabile contraddittorietà della *governamentalità liberale*. Di questo avviso, **M. FOUCAULT**, *La nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)* (2004), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 65-66.

<sup>64</sup> I quali finiscono per influenzare, però, anche il cd. *diritto ecclesiastico civile*, come può rilevarsi in **P. LILLO**, *Concordato, “accordi” e “intese” tra lo Stato e la Chiesa cattolica*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 29 e ss. A rivendicare la tangibile utilità scientifica del cd. *diritto confessionale comparato*, v., per tutti, **S. FERRARI**, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e Islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, *passim*.

<sup>65</sup> Come espressamente indicato dall’Autore, in **M. FOUCAULT**, *La cura di sé*, cit., p. 185: “la morale matrimoniale e i consigli sulla vita coniugale sono al tempo stesso principi che valgono universalmente e regole per coloro che intendono dare alla propria esistenza una forma nobile e armoniosa”.

<sup>66</sup> Anche se è proprio su questo aspetto che, comprensibilmente, si concentra il maggior sforzo sistematico delle scienze teologiche. Cfr., in argomento **COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE**, *Memoria e riconciliazione: la Chiesa e le colpe del passato*, in <http://www.vatican.va>.



discipline giuridiche o alle scelte di politica legislativa, compiute dalle autorità civili<sup>67</sup>?

La presente analisi cerca di rispondere affermativamente al primo quesito. Anzi, non si limita a sostenere l'autonomia concettuale di un ambito di *soft law inter-confessionale*, dove rientrino le dichiarazioni congiunte, le intese (bilaterali e multilaterali) tra le diverse realtà religiose o le ipotesi di riflessione comune, in quei contesti che il diritto canonico definisce *dialogo ecumenico* e *dialogo inter-religioso*<sup>68</sup>.

Per sua stessa natura, del resto, le modalità di produzione del diritto secondo paradigmi di *soft law* tendono a individuare principi, attraverso cui dar luogo a delle normative più specifiche e dettagliate, o a suggerire dei canoni interpretativi, nello svolgimento dell'esperienza giuridica<sup>69</sup>. La fase attuativa di questo diritto che nasce *soft*, appunto, non coercitivo, talvolta apertamente *informale*, non impositivo, e, forse, nemmeno adeguatamente tipizzato, non può prescindere dalla considerazione dei classici strumenti di *hard law* (cioè, gli strumenti di attuazione normativa nei singoli sistemi<sup>70</sup>).

---

<sup>67</sup> Questa opzione sembra potersi ritenere compatibile con quella di quanti sostengano, quale linea ispiratrice dell'ordinamento giuridico civile, la ricerca di un fondamento veritativo (v., tra gli altri, **E. OPOCHER**, *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1965, p. 164) o, più recentemente, la trasformazione della conflittualità *inter-individuale* in *res litigiosa* -lite sottoposta a procedure (sulle origini romano-canoniche di tale modo di argomentare, v. **F. GENTILE**, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 50 e ss.).

<sup>68</sup> V., in argomento, **N. DOE**, *Juridical Ecumenism*, in *Ecclesiastical Law Journal*, n. 2/2012, pp. 195-234; **G. SILVESTRI**, *Il problema etico nel dialogo ecumenico e interreligioso*, la Rondine, Catanzaro, 2013, pp. 27-42; **W. ALTMANN**, *Implicazioni ecumeniche nella riforma della curia*, in *Concilium*, n. 5/2013, pp. 147-157.

<sup>69</sup> Sull'adozione di paradigmi giuridici di *soft law* nell'esperienza ecclesiasticistica, v. **F. FRENI**, *Soft law e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Ottobre 2009; per un più ampio inquadramento sul tema nell'ordinamento nel suo complesso, cfr. A. Somma, a cura di, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; per i profili relativi all'influenza economica delle multinazionali su sistemi normativi di questo tipo, v. anche **C. ROSSELLO**, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, Milano, 2006; un approccio comparatistico, che, però, mantenga una prospettiva più vicina a quella dell'ordinamento italiano, può rinvenirsi in **E. MOSTACCI**, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008; sui più recenti sviluppi teorici, cfr. **P. G. MONATERI**, *Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal costume alla soft law*, ESI, Napoli, 2013.

<sup>70</sup> Soprattutto quando essi valgano a evitare, o a correggere, il "soggettivismo volontaristico dell'interpretazione". Cfr. **C. LUZZATI**, *L'interprete e il legislatore*, cit., pp. 635 e ss.



Il dialogo ecumenico e il dialogo inter-religioso possono avere effetti, nel diritto canonico, anche a prescindere da una valutazione di merito sulle fonti normative volte alla loro attuazione<sup>71</sup>.

In questo senso, un modello di dialogo tra le diverse fedi, al quale sia, però, pur sempre sottratta la possibilità di disporre autoritativamente del nucleo veritativo di ciascun credo (almeno questo sembra l'orientamento del moderno ecumenismo e della moderna inter-religiosità<sup>72</sup>), contribuisce ad arricchire la richiamata nozione di *dimensione globale dell'appartenenza religiosa*.

Tale dimensione pare correlata non solo alle istanze universalistiche del messaggio di fede, ma alla stessa possibilità che sistemi normativi di fondamento divino cerchino un punto di incontro, in modo da riunire, metaforicamente, le *lingue disperse* a Babele<sup>73</sup>.

Un linguaggio comune delle appartenenze religiose, se non è frutto di mera astrazione scientifico-culturale ed è portato avanti nel rispetto del *core law* di ciascuna appartenenza<sup>74</sup>, sembra idoneo ad avere effettivamente reale dimensione globale.

#### 4 – L'assenza e l'eccesso di legislazione: caratteristiche strutturali della *biopolitica*

---

<sup>71</sup> Si badi come, anche nell'ambito del cd. *diritto pubblico ecclesiastico* (v. G. DALLA TORRE, *Chiesa particolare e comunità politica. Nuove prospettive del diritto pubblico ecclesiastico*, STEM-Mucchi, Modena, 1983, pp. 16 e ss.), non manchino riflessioni volte a far prevalere i profili sostanziali dell'attività di relazione tra l'ordinamento ecclesiale e quelli statuali (L. MUSSELLI, *Chiesa particolare e comunità politica*, CEDAM, Padova, 1975, p. 94) sulle procedure formali, destinate al recepimento normativo delle situazioni determinatesi. Accogliere un'accezione lata della nozione conciliare di *popolo di Dio* non vuol dire, però, rinunciare a una valutazione teologico-normativa delle sue implicazioni. Cfr., tra gli altri, G. A. MALATINO, *Il Popolo di Dio nel pensiero di Benedetto XVI*, in *Diritto & Religioni*, n. 1/2010, pp. 352-360.

<sup>72</sup> Con qualche distinguo critico, v. W. KASPER, *Identità e verità, in il Regno – Documenti*, n. 21/2006, p. 722; P. SGROI, *Le scelte etiche e la prospettiva ecumenica*, in *Credere Oggi*, 27, pp. 131-150; CONSULTA ANGLICANA, CHIESA CATTOLICA ROMANA NEGLI STATI UNITI, *L'etica cristiana nel dialogo ecumenico*, in *Enchiridion Oecumenicum*, VIII, EDB, Bologna, pp. 2749-2756.

<sup>73</sup> Tale suggestione è colta, sin dalla titolazione prescelta, in M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008. Un interessante contributo esegetico su *Genesi* 11, 1-9, trovasi, tra gli altri, in M. BUBER, *La modernità della Parola: lettere scelte 1918-38*, trad. it. a cura di F. Albertini, Giuntina, Firenze, 2000, *passim*.

<sup>74</sup> Si sofferma sulle condizioni di ammissibilità di tale processo F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 317.



Se riteniamo l'esercizio del potere legislativo come l'attività volta alla produzione di norme giuridiche, se ne evidenzia l'inevitabile connessione con gli altri poteri tipici e costitutivi della tripartizione liberale<sup>75</sup>. La legislazione vigente influenza l'attività propriamente esecutiva ed è posta a base di quella giurisdizionale, dal momento che in essa vengono a essere applicate delle disposizioni legislative<sup>76</sup>. La relazione tra legge e governo significa che quest'ultimo orienta le condizioni di applicazione della prima e che la stessa legge può definire le modalità di azione del potere esecutivo. Foucault risolve in modo ancora più radicale questa duplice connessione, composita e articolata: per Foucault la legislazione è (parte del)la pratica di governo<sup>77</sup>.

Senza volere necessariamente aderire a una tesi siffatta, le si potrebbe riconoscere un più limitato fondamento sostanziale: la separazione dei poteri non è concepita come un dato astratto, attraverso cui siano sempre correttamente e univocamente isolate le prerogative di ciascun ambito dell'ordinamento. Al contrario, i poteri, oltre a esigere che ciascuno degli altri converga verso alcuni fini (tra i quali, potrebbe, forse, menzionarsi l'attualizzazione dei *principi supremi* dell'ordinamento giuridico<sup>78</sup>), non sono avulsi da valutazioni comuni e da un'attività di (leale) collaborazione, posta a base di compensazioni ragionevoli nei conflitti di attribuzione<sup>79</sup>. Nel modo in cui il potere detta una disciplina

---

<sup>75</sup> Sembra potersi rinvenire un avviso sostanzialmente conforme in **A. DE OLIVEIRA**, *Il Formalismo nel processo civile*, cit., pp. 268-274.

<sup>76</sup> Pur ragionando a partire da uno specifico contesto nazionale, coglie autorevolmente le implicazioni, circa i rapporti tra le modalità dell'esercizio del potere giudiziario e le statuizioni modificative intervenute nell'esercizio di quello legislativo, **C. MORTATI**, *La crisi della Francia*, in *Astrolabio*, n. 1/1963, pp. 33-37. Lo stesso **A.**, del resto, riteneva tale prospettiva compatibile coi principi costituzionali, anzi, da essi direttamente legittimata (con alcune critiche rispetto al ricordato modello francese, v. ancora **ID**, *Società e stato nella nuova costituzione francese*, in *Comunità*, Febbraio 1959, pp. 46 e ss.).

<sup>77</sup> Non appare in contraddizione, rispetto a tale prospettiva, **D. MELEGARI**, *La politica nel regno illimitato del limite. Foucault e Laclau, tra ontologia del politico e problematizzazione del presente*, in *Materiali Foucaultiani*, n. 1/2012, pp. 205-234; quello che, però, non bisognerebbe dimenticare (al riguardo, v. **M. FOUCAULT**, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France (1975-1976)*, trad. it. Feltrinelli, Milano, 1998, p. 15) è che è lo stesso Foucault a rivendicare la natura *dinamica* (cioè, modificabile) della propria costruzione teorica.

<sup>78</sup> Rispetto a tale categoria di principi, in rapporto alla loro armonica interpretazione nel sistema costituzionale, si rinvia, per tutti, a **G. CASUSCELLI**, *Il diritto ecclesiastico "per principi"*, in *Id*, a cura di, *Nozioni di Diritto Ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 4<sup>a</sup> ed., 2012, pp. 55-63.

<sup>79</sup> Secondo questa intuizione, nella risoluzione di tale tipo di contrasti, non potrà farsi



legislativa, perciò, sono sottese delle valutazioni che appartengono (ma non si esauriscono) alla pratica di governo.

Si proverà, perciò, a valutare in che termini tale contraddizione sia di particolare interesse per il diritto ecclesiastico, allorché in esso l'azione e l'omissione legislative appaiano la conseguenza di una scelta di più larga scala<sup>80</sup>, rispetto alla mera modifica delle singole norme, volta per volta oggetto di un progetto di riforma legislativa. Un modo, insomma, di concepire la disciplina formale adottata come il risultato più idoneo al soddisfacimento di interessi sostanziali. Essi, per altro verso, andranno sottoposti a una pluralità di processi di bilanciamento, soprattutto nel caso in cui l'oggetto della norma giuridico-civile sia -come nella fattispecie in esame- la disciplina di un ordinamento giuridico-confessionale, nei suoi rapporti col potere deputato all'adozione di quella norma<sup>81</sup>.

Tali riflessioni non riguardano soltanto le tesi circa la fondazione teorica e la legittimazione del cd. *diritto concordatario*<sup>82</sup>, anche perché a essa può giungersi pure attraverso argomentazioni meno controverse (ad esempio, l'utilità, generalmente riconosciuta, di una interlocuzione proficua ed effettiva tra uno Stato e le componenti socio-religiose al proprio interno).

La tesi che si cercherà di dimostrare, tuttavia, è quella dell'utilità dello studio sulle tecniche legislative, in merito alla regolamentazione del fatto religioso, anche per quelle classi di disposizioni che riguardino

---

riferimento solo al *diritto legislativo*, ma, più prudentemente e analiticamente, anche ai precedenti in cui si sono posti e decisi conflitti dello stesso tipo. Di questo avviso, **G. GEMMA**, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, XXIX, 1986, p. 1222.

<sup>80</sup> Particolarmente condivisibili, sul punto, **S. DOMIANELLO**, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del "diritto giurisprudenziale"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Marzo 2011, e, sulla medesima rivista, **EAD**, *Il ripensamento e la redistribuzione suggeriti ai sistemi giuridici liberaldemocratici dalla naturale metamorfosi della domanda di libertà in materia religiosa*, Aprile 2011.

<sup>81</sup> La proposta tecnica legislativa è diffusamente analizzata e approfondita in **G. DI COSIMO**, *Coscienza e costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti della persona*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 47-65.

<sup>82</sup> Sul punto, oltre all'indagine sistematica veicolata in **S. FERLITO**, *Il concordato nel diritto interno*, Jovene, Napoli, 1997, si segnalano la possibile opzione *pluri-confessionale* individuata in **C. CARDIA**, *Ruolo e prospettive della "legislazione contrattata" nei rapporti tra Stato e Chiesa*, in V. Tozzi, a cura di, *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, Edilsud, Salerno, 1990, pp. 183-212, nonché l'ipotesi di una valorizzazione degli studi sul diritto concordatario comparato in **A. LICASTRO**, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-4.



principalmente il diritto civile, e non solo i suoi rapporti istituzionali (intese, concordati, intese attuative) con le confessioni religiose<sup>83</sup>.

Tale utilità è, a maggior ragione, percepibile nel dibattito degli ultimi decenni, essendo venute alla luce delle questioni che, pur rimanendo formalmente nella potestà legislativa di un'autorità secolare, coinvolgevano e coinvolgono, nel procedimento attraverso cui si arriva all'adozione della norma, la sensibilità religiosa dei consociati e l'attività di *lobbying* delle organizzazioni religiose<sup>84</sup>. Queste ultime non sembrano affatto indifferenti rispetto all'adozione di una disciplina in luogo di un'altra.

In altre parole, se, sui temi del cd. *biodiritto*<sup>85</sup>, le fonti formali atte a disciplinarli paiono ancora essenzialmente civilistiche, sotto il profilo sostanziale la valutazione delle argomentazioni addotte dai convincimenti religiosi influisce direttamente sul tipo di normative adottate.

Questi ambiti, per altro verso, si propongono all'attenzione dell'interprete anche perché in essi sembra potersi riscontrare la dialettica, poc'anzi individuata, tra la scelta di emanare disposizioni espresse, nel tentativo di ridurre la *lacunosità* dell'ordinamento giuridico *profano*<sup>86</sup>, e l'opposta opzione di non pretendere di normare con completezza ogni aspetto del vivere individuale e associato<sup>87</sup>.

La prospettiva foucaultiana appare in grado di far emergere i rischi insiti in entrambe le alternative. Nel primo caso, infatti, vi sarebbe la

---

<sup>83</sup> V. anche **R. BOTTA**, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazione delle fonti del diritto ecclesiastico in Italia*, nei *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2004, p. 127.

<sup>84</sup> Su tali temi, si rivela ancora di interesse **G. MACRÌ**, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>85</sup> Costituisce una possibile esemplificazione della crescente rilevanza del tema, in ambito giuridico, la corrispettiva moltiplicazione dei volumi a esso dedicati. Tra i molti, almeno quanto a possibili connessioni con la suggerita interpretazione del pensiero foucaultiano, v. **C. SARTEA**, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012; **G. DI ROSA**, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2013; quanto a una prospettiva più tipicamente normativa, non può prescindere da S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>86</sup> Preme ricordare come la sovranità statale si sia tradizionalmente posta quale argine all'evidente incompletezza del diritto, provando a dar luogo e a fornire giustificazioni teoriche alla presunta esaustività dei diritti nazionali. Assecondando detta impostazione, v. **F. PIERANDREI**, *L'eguaglianza dei cittadini e la parità fra gli Stati*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, XLIX, 1966, pp. 281 e ss.

<sup>87</sup> Una originale rilettura delle due posizioni trovasi in **J. B. WHITE**, *Insegnare il linguaggio della moralità. Gli articoli di Johnson sul Rambler*, in **ID**, *Quando le parole perdono il loro significato* (1984), trad. it. Giuffrè, Milano, 2013, pp. 219-253.



possibile controindicazione, non raramente stigmatizzata dall'Autore in commento, di dotarsi di un diritto ridondante e *paternalistico*<sup>88</sup>, dove la disciplina puntuale delle varie fasi dell'esistenza corrisponde a una precisa istanza di controllo da parte dei detentori del potere legislativo, giudiziario ed esecutivo. A questa obiezione, può, però, risponderci sottolineando come, nel processo di adeguamento del diritto alle modificazioni sociali, possa concretamente emergere la necessità di codificare aspetti e istituti un tempo non contemplati. Basti ricordare, restando al diritto italiano, la disciplina del divorzio: essa non pare essere stata introdotta, affinché un potere civile disponesse anche sul momento in cui i coniugi dichiarassero non più proseguibile la loro convivenza. Semmai, interveniva a dar loro gli strumenti per *tradurre* sul piano giuridico le conseguenze di una separazione esistenziale<sup>89</sup>, non più ricomponibile nella piena autonomia delle relazioni umane, all'interno dello svolgimento del rapporto coniugale. Si noti, inoltre, che proprio nell'adozione della legge n. 898/1970, nonché nella consultazione popolare, attraverso il referendum, sulla abrogazione, o meno, di quelle disposizioni, un ruolo non di poco conto e risolutamente contrario all'impianto della legge venne ricoperto dalla Chiesa Cattolica<sup>90</sup>.

Ciò mette in evidenza un tratto in parte presente negli studi di Foucault sul linguaggio<sup>91</sup>: un medesimo lemma, corrispondente al significato di un istituto giuridico, può dar luogo a discipline diverse, in ordinamenti giuridici che, a un grado differente, convivano in un

---

<sup>88</sup> Nella critica di impostazioni siffatte, anche ove tentino di rappresentarsi in modo meno omologante, cfr., per tutti, **G. MANIACI**, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>89</sup> Sul riconoscimento della libertà matrimoniale, **M. COSSUTTA**, *Questioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 95 (rifacendosi all'insegnamento di **U. RESCIGNO**, *L'autonomia dei privati*, in *Jus*, 1967, p. 14). Circa due interpretazioni, tra loro evidentemente distinguibili, della disciplina matrimoniale, dopo l'introduzione del divorzio, cfr. **F. GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 15<sup>a</sup> ed. agg., 2011, pp. 399-408, e **P. PERLINGIERI**, **F. PROSPERI**, *Scioglimento del matrimonio*, in **P. PERLINGIERI**, *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 5<sup>a</sup> ed. agg., 2005, pp. 841-846.

<sup>90</sup> Danno conto della cosa, pur con accenti, a volte, diversi **P. REMOND**, *La secolarizzazione*, cit., pp. 275-302 (e più specificamente, *ivi*, p. 289); **R. LA VALLE**, *Quel nostro Novecento. Costituzione, Concilio e Sessantotto: le tre rivoluzioni interrotte*, Ponte alle Grazie, Milano, 2011, pp. 28-37 (e più specificamente, *ivi*, p. 30); **G. ZAGREBELSKY**, *Contro l'etica della verità* (2008), Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 55-69.

<sup>91</sup> Secondo l'osservazione ricavabile in **V. COTESTA**, *Linguaggio, potere, individuo. Saggio su Michel Foucault*, Dedalo, Bari, 1993, *passim*, anche alla luce della considerazione per cui l'attribuzione di significato non è slegata (anzi, appartiene) a un vero e proprio processo decisionale.



medesimo territorio (e questo è il caso dello scioglimento del vincolo matrimoniale a opera dell'uomo<sup>92</sup>).

Quanto, invece, alla tesi per cui sarebbe consigliabile non intervenire con disposizioni espresse, in ambiti per loro natura sottratti a una *giuridificazione* troppo dettagliata ed *eteronoma*<sup>93</sup>, potrebbe ricordarsi come la funzione delle norme sia quella di individuare una condotta e non già di esaurirne i comportamenti esteriori che possono concorrere a renderla manifesta e attuale nel suo svolgimento materiale. Perciò, sul piano della tecnica legislativa, una legislazione generale su un ambito ristretto dell'ordinamento continua ad avere il pregio di garantire maggiore organicità<sup>94</sup>, senza per ciò solo implicare l'eccessiva invadenza del legislatore nelle sfere più intime dell'esistenza umana.

Questo rischio è sempre ben presente nell'analisi di Foucault<sup>95</sup>, ma è proprio in essa che si rinvengono gli strumenti per contenerlo o, addirittura, superarlo.

Se, infatti, non vi fosse una norma, volta a regolamentare delle situazioni che l'ordinamento non aveva inizialmente recepito e previsto come sue proprie, il possibile vantaggio di limitare il controllo del potere sulle persone sarebbe sopravanzato dalla probabilità che tale controllo finisca per essere svolto da autorità non legislative<sup>96</sup>. Non è casuale che ciò stia avvenendo proprio negli anni in cui sembra star affermandosi una petizione di principio per il diritto giurisprudenziale, più duttile e dinamico, più ravvicinato alle esigenze del caso concreto<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. **P. MONETA**, *Communitas vitae et amoris*, cit., pp. 335-337.

<sup>93</sup> Al punto che, secondo alcune impostazioni, tali ambiti risulterebbero sottratti alla stessa disciplina costituzionale. V., al riguardo, **P. BARCELLONA**, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, p. 388.

<sup>94</sup> Vedasi **M. AINIS**, *La legge oscura. Come e perché non funziona* (1997), Laterza, Roma-Bari, ed. riv. ampl., 2002, pp. 159-178.

<sup>95</sup> Anche perché detta analisi sembra preferenzialmente inquadrare categorie di soggettività poste in una condizione di subordinazione (tale rilievo è, persino, direttamente suffragato dall'A. in commento. Cfr. **M. FOUCAULT**, *Poteri e strategie* (1977), trad. it. Mimesis, Milano, 1994, p. 21).

<sup>96</sup> Per una valutazione che tenga conto della prospettiva foucaultiana, v. **A. NEGRI, J. REVEL**, *Il Comune in rivolta*, in *il Manifesto*, 14 Agosto 2011; sembra più appagante, però, la considerazione di tale aspetto sotto il profilo della tecnica legislativa. Convince particolarmente, sul punto, **V. DONATO**, *Contributi di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 61-70.

<sup>97</sup> Molto criticamente, sull'applicazione di tale metodologia al diritto ecclesiastico, v. **S. DOMIANELLO**, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del "diritto giurisprudenziale"*, cit.



A tale opzione, Foucault, verosimilmente, opporrebbe la considerazione per cui la discrezionalità di un'autorità giurisdizionale e, a maggior ragione, amministrativa è pur sempre esercizio di discrezionalità da parte di un potere, che vuol porsi in posizione sovra-ordinata rispetto alle istanze individuali e, persino, a quelle collettive.

A questo proposito, la griglia teorica presentata sembra potersi adattare adeguatamente allo studio sull'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano<sup>98</sup>. Il fatto che essa sia stata, dopo reiterate incertezze a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, devoluta a un criterio *nominalistico* (dando autonomia concettuale all'obiezione *secundum legem*), non inibisce del tutto i margini di un suo prudente apprezzamento giurisdizionale, nella valutazione sul caso concreto<sup>99</sup>.

Oggi, appare realizzarsi, in merito all'istituto, una crescente e singolare sovrapposizione di tesi favorevoli a una sua migliore tipizzazione in senso estensivo e di tesi contrarie a una sua piena azionabilità, realizzata soltanto a partire dalle convinzioni religiose dell'obiettore (e non anche bilanciandole più restrittivamente con gli altri interessi presenti nell'ordinamento<sup>100</sup>).

Nei settori dove la precoce *obsolescenza* di una classe di disposizioni sia più evidente, si tende a reclamare l'adozione di una nuova legge e l'unico argomento, che resta in mano ai sostenitori della previgente normativa, è quello di palesare perplessità sul *tradimento di ragioni* che la nuova disciplina implicherebbe, rispetto agli scopi di tutela di quella, appunto, previgente<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Nel sempre ampio dibattito sul punto, v., tra gli altri, **A. GUARINO**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992, pp. 13-32; **V. TURCHI**, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, ESI, Napoli, 2009, pp. 71-88; **D. PARIS**, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011, pp. 70-96.

<sup>99</sup> Sui più recenti sviluppi, relativi alla compresenza dei due fattori (previsione legislativa e tentato ampliamento nella sede giurisdizionale), v. **S. ATTOLLINO**, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Ottobre 2013.

<sup>100</sup> Sulle problematiche connesse, pur aderendo a un'interpretazione potenzialmente estensiva dell'istituto, cfr. **V. TURCHI**, *I nuovi volti di Antigone*, cit., pp. 181-189.

<sup>101</sup> Questo argomento viene diffusamente addotto a motivo di resistenze rispetto a un'azione legislativa di riforma radicale. Per l'inquadramento formale di tale processo motivazionale, **M. AINIS**, *La legge oscura*, cit., pp. 135-142, concludendo, però, che la *naturale oscurità del diritto* non può che favorirne la durata e l'adattamento, soprattutto ove non siano chiaramente indicati i contenuti delle proposte modificative (perciò, talvolta, peggiorative). Più sottilmente, su argomenti in qualche modo affini, **A. C.**



Alla regola fondamentale della pratica del governo *neoliberale*, come individuata da Foucault (il celebre *quieta non muovere* attribuito a Walpole<sup>102</sup>), appare, comunque sia, difficile potersi opporre radicalizzando e universalizzando il precetto del *non muovere*, allorché non siano affatto *in quiete* gli ambiti sottoposti all'attenzione dell'opinione pubblica e del legislatore.

## 5 – Prime conclusioni: laicità e confessionismo in quanto strumenti del governo

Nella prima parte del presente lavoro, si è tentato di dimostrare la relazione sussistente tra una determinata *forma Stato* e la disciplina di cui essa si doti, nel riferirsi al fatto religioso. Si è potuto più incisivamente sostenere che, come determinate modalità di regolamentazione del fattore religioso necessariamente corrispondono a una certa organizzazione dello Stato, così alcuni regimi giuridici istituzionali certamente corrispondono o non corrispondono a dei paradigmi di disciplina ecclesiasticistica -sino all'evidenziazione di alcuni esempi di scuola, tra i quali si ricorderà con particolare attenzione il caso dello Stato *totalitario*, che non riconosce i diritti di libertà, nemmeno in ambito religioso<sup>103</sup>. Al contrario, un ordinamento democratico costituzionale amplia la nozione e la precettività dei diritti di libertà e consente di approntare soluzioni normative puntuali, dove l'esercizio del diritto di libertà religiosa, pur a gradi oscillanti di attuazione, riesca ad essere garantito<sup>104</sup>.

Si è avanzata, per tale via, una critica alla nozione di laicità, tradizionalmente intesa in quanto *stretta separazione* e/o in quanto insieme

---

JEMOLO, *L'elemento quantitativo nel diritto*, in AA. VV., *Conferenze dell'Istituto di applicazione forense*, Zanichelli, Bologna, 1964, pp. 128 e ss.; una rivisitazione di tale argomento, invero non sempre condivisibile, da parte del libertarismo conservatore, trovasi in M. N. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario* (1973, 1978), trad. it. LiberiLibri, Macerata, (1996) 2004, pp. 9-27.

<sup>102</sup> M. FOUCAULT, *La nascita della biopolitica*, cit., p. 13.

<sup>103</sup> E, forse, in tali termini può rileggersi il finanziamento statale alla propaganda ateistica, secondo la lettura offerta nel monumentale lavoro di D. V. POSPIELOVSKY, *A History of Soviet Atheism in Theory and Practice and the Believer*, I: *A History of Marxist-Leninist Atheism and Soviet Anti-religious Policies*; II: *Soviet Antireligious Campaigns and Persecutions*; III: *Soviet Studies on the Church and the Believer's Response to Atheism*, St. Martin's press, New York, 1987-1988.

<sup>104</sup> Non senza sottolineare le criticità e i possibili limiti attuativi di tale approccio, v. J. WALDRON, *Religious Contributions in Public Deliberations*, in *San Diego Law Review*, 30, 1993, pp. 729 e ss.



di previsioni normative improntate all'inadeguato riconoscimento della mera eguaglianza legislativo-formale tra tutte le confessioni religiose<sup>105</sup>.

Al contrario, la laicità dello Stato, nei termini più rigorosi che si prova a definire, finisce per connotare istituzioni giuridiche democratiche e tendenzialmente inclusivistiche<sup>106</sup>.

Storicamente, malgrado tutto, la nozione di laicità e quella di confessionismo hanno rivestito il ruolo di strumenti del governo e di legittimazione di una data politica legislativa in luogo di un'altra, rappresentando non già categorie teoriche *neutre*, bensì modalità attraverso cui incrementare, garantire o imporre il consenso sociale in merito all'osservanza di certe norme.

D'altra parte, la reazione socio-giuridica alla considerazione di laicità e confessionismo, in quanto coattivi strumenti di governo, ha spesso significato la rinnovata accentuazione della rilevanza del fatto religioso per il legislatore civile<sup>107</sup>. Numerosi esempi dell'attualità internazionale di questi anni convalidano detta tesi, concorrendo, da un lato, a sottolineare come per la generalità dei consociati la dimensione etica e spirituale non possa essere oggetto di una negoziazione politica o di un compromesso giuridico<sup>108</sup>, e, dall'altro, a ribadire la centralità della motivazione religiosa nell'adozione di una certa scelta politico-istituzionale. Si tratta di un fenomeno che è sopravvissuto alla modernità e che trova ancora posto negli scenari giuridici globali di quell'epoca che è stata definita *post-secolarismo* -probabilmente sopravvalutando le potenzialità descrittive di formule del genere.

Se si considerano i complessi scenari, delineatisi in quella parte dell'area mediterranea che ha dato luogo alle cd. *primavere arabe*, appare in

---

<sup>105</sup> Opportune critiche al paradigma della mera eguaglianza formale, nell'ambito ecclesiastico, possono rinvenirsi in **M. G. BELGIORNO DE STEFANO**, *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, nei *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/1989, pp. 286 e ss. (quanto alla tutela giurisdizionale del diritto); **N. COLAIANNI**, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 22 (quanto ai rapporti tra eguaglianza sostanziale e principio di non discriminazione); **M. d'ARIENZO**, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Diritto & Religioni*, n. 2/2008, p. 269 (quanto al principio di laicità come principio inclusivistico non meramente formalistico).

<sup>106</sup> Ineccepibilmente, di tale avviso **C. MANCINA**, *La laicità al tempo della bioetica*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 17-30.

<sup>107</sup> Nel fornire un possibile antecedente storico-teorico, v. anche **R. BERTOLINO**, *Presentazione*, in **S. VIOLI**, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. IX-XVII.

<sup>108</sup> Molto criticamente, su tali aspetti, cfr. **N. BOBBIO**, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, il Saggiatore, Milano, 2010, p. 200.



tutta evidenza come le rivendicazioni avanzate non sempre avessero a propria base le istanze di una secolarizzazione dei costumi<sup>109</sup>.

Al contrario, laddove il tema posto dall'agitazione popolare fosse stato quello di un ampliamento delle libertà politiche, poteva scorgersi quanto i manifestanti e le loro avanguardie, meglio organizzate o politicamente più influenti, non avessero in mente una trasformazione delle istituzioni religiose o un generale disprezzo verso ogni aspetto della pratica tradizionale<sup>110</sup>. Essa, all'opposto, era talvolta invocata come argine all'eccesso di potere dei vecchi governanti, che avevano esclusivamente mirato alla propria legittimazione, strumentalizzando la forte presa popolare dei convincimenti e delle prescrizioni religiose<sup>111</sup>. Una strumentalizzazione del genere veniva denunciata non per smentire la legittimità (o, più coerentemente secondo la prospettiva islamica, la necessarietà) della scelta religiosa, quanto, piuttosto, per affermare un bisogno di minore controllo sociale e di maggiore rettitudine morale da parte dei detentori del potere politico.

Su alcune valutazioni di ordine etico, come ricordato, il legislatore non può non professarsi incompetente e limitato: questa *lacuna* è stata, nella storia del pensiero, sovente rivendicata e avocata dalle religioni<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Nonostante alcune avverse prospettive dottrinali (cfr. **H. REDISSI**, *Le Pacte de Nadjd. Ou comme l'Islam sectaire est devenu l'Islam*, Seuil, Paris, 2007), elementi di maggiore problematicità si rinvencono in **L. DECLICH**, *Lo scontro di civiltà è tra fratelli e salafiti*, in *Limes – Rivista Italiana di Geopolitica*, n. 5/2012, pp. 151-159.

<sup>110</sup> A convalidare questa ricostruzione, in riferimento a uno dei *laboratori* più interessanti dei sommovimenti popolari degli ultimi anni (l'Egitto), cfr. **E. PIERANDREI**, *"Il secolarismo moderato che ci serve". Intervista con Gamal Abdel-Gawad Sultan*, in *Reset*, Maggio-Giugno 2011, pp. 31-32. *Ivi*, il politologo può affermare: *"la maggior parte della popolazione [...] è composta da laici o da religiosi, ma non da islamisti. Molti di loro fanno ancora una chiara distinzione tra il culto della religione in privato e sconfinamenti dell'Islam nell'ambito pubblico. I movimenti di opposizione hanno sinora fallito perché non sono riusciti a cogliere il significato di questa complessa relazione"*; per un retrostante inquadramento di teoria del diritto, v. **M. A. AL-JABRI**, *La ragione araba* (1995), trad. it. Feltrinelli, Milano, 1996. Sui margini applicativi del convincimento religioso come critica alla pratica di governo occidentale, senza inibire il riconoscimento della laicità tra i principi di uno Stato democratico, v., per tutti, **A. FILIALI-ANSARI**, *Islam e Laicità. Il punto di vista dei musulmani progressisti* (1996), trad. it. Castelvecchi, Roma, 2003.

<sup>111</sup> Il dato iniziava a emergere anche in quei resoconti che miravano più a una ricostruzione cronologica degli eventi, che (come si prova, invece, a fare in questa sede) all'intuizione di una possibile, nuova, sistematica delle relazioni nell'area mediterranea, al di fuori dei consueti steccati del secolarismo e della teocrazia. In argomento, perciò, si apprezza **D. QUIRICO**, *Primavera araba. Le rivoluzioni dall'altra parte del mare*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

<sup>112</sup> Suggerimenti sostanzialmente conformi trovano in **G. G. MERLO**, *Eretici ed eresie*



Uniche in grado di attribuire alla norma un potere veritativo di fondamento non umano.

Foucault ebbe, per altro verso, posizioni diffusamente contestate su alcuni sommovimenti politici che investivano il rilievo da dare alla pratica e all'organizzazione religiosa nella vita quotidiana. Basti pensare alla pur contraddittoria idea che perseguiva, negli anni tra il 1978 e il 1979, sulla rivoluzione iraniana<sup>113</sup>. Benché dichiarasse di non volere entrare nel merito del futuro assetto costituzionale dell'Iran, Foucault percepiva abbastanza nitidamente che la cacciata dello Scià avrebbe potuto comportare l'instaurazione di una "repubblica islamica" -e i fatti daranno ragione, in meno di diciotto mesi, a questa intuizione, validandola anche dal punto di vista giuridico-costituzionale<sup>114</sup>. La componente rivoluzionaria propriamente teocratica era a tutti gli effetti parte del grande sommovimento popolare e, in qualche misura, sua diretta (per quanto, non unica) levatrice<sup>115</sup>. E certo la personalità dell'Ayatollah Khomeini faceva presagire una stretta sulle libertà politiche, mentre a Foucault il *leader* popolare apparve essenzialmente un fecondo ed epocale punto di incontro della volontà collettiva: l'unificazione delle istanze di ciascun gruppo sociale, impegnato nella rivolta, verso una guida carismatica, che si facesse carico delle rivendicazioni emerse nel periodo rivoluzionario<sup>116</sup>.

Alla luce di questi elementi, la prospettiva foucaultiana parrebbe inutilizzabile, nell'attuale dibattito, dove sono troppo frequentemente indicizzate come "demagogiche" e "identitarie" quelle istanze che mirano a una conservazione delle categorie tradizionali della legittimazione e

---

*medievali*, il Mulino, Bologna, 1989, pp. 7-8; **M. PACAUT**, *Monaci e religiosi nel Medioevo* (1970), trad. it. il Mulino, Bologna, 1989, pp. 306-318; **L. ZANNOTTI**, *La Chiesa e il principio di autorità. Una riflessione sugli elementi essenziali del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 129-138.

<sup>113</sup> Sulla quale, recentemente, torna **R. BUI**, *Foucault in Iran: rivoluzione, entropia, uguaglianza*, in <http://www.wumingfoundation.com> (anche in *Nuova Rivista Letteraria - Semestrale di letteratura sociale*, 2, 2010).

<sup>114</sup> Tale possibile sbocco pare effettivamente contemplato in **M. FOUCAULT**, *What are the Iranians Dreaming About?*, trad. in **J. AFARY, K. ANDERSON**, *Foucault and the Iranian Revolution: Gender and the Seductions of Islamism*, University of Chicago Press, Chicago, 2005, pp. 203-209, originariamente apparso in *Le Nouvel Observateur*, 16-22 Ottobre, 1978.

<sup>115</sup> Poggiando su tale argomento, per suggerire una prima critica all'impostazione foucaultiana, v. **J. AFARY, K. ANDERSON**, *Foucault and the Iranian Revolution*, cit., *passim*.

<sup>116</sup> Assecondando questa visione, cfr. **R. BUI**, *Foucault in Iran*, cit. Una prospettiva significativamente divergente trovasi in **D. G. BIANCHI**, *Rileggere Foucault e la rivoluzione iraniana, in l'Occidentale*, 13 Gennaio 2008.



della sovranità. In un contesto come quello attuale, perciò, le componenti maggiormente *progressive* vengono sbrigativamente identificate in quelle più favorevoli a uno sviluppo unilaterale nell'evoluzione dei costumi, basato sulla disciplina giuridica liberale e sull'accesso al consumo, sulla nozione occidentale delle libertà politiche e sull'inevitabile identificazione della pratica di governo con l'economia di mercato<sup>117</sup>.

E, tuttavia, queste opzioni paiono a Foucault identicamente costrittive, in quanto esse si limitano alla *generalizzazione della griglia dell'homo oeconomicus ad ambiti che non sono immediatamente e direttamente economici*<sup>118</sup>: promettono la liberazione dalle strutture più tradizionali e coattive, ma tale emancipazione si conclude nell'adozione di nuovi limiti e di nuove sanzioni -non già adoperandosi a eliminare definitivamente la precettività di quelle precedenti<sup>119</sup>.

Perciò Foucault nota, tanto nella rivoluzione iraniana, in particolare, quanto nella rilevanza giuridica di una motivazione religiosa percepita come cogente, in generale, l'affermazione di istanze contrarie alla secolarizzazione, almeno se intesa come sostituzione della pluralità dei centri di potere con un potere *unificato*, dominato dalla razionalità economica e solo all'apparenza permissivo in campo morale<sup>120</sup>.

Di fatto, la legge economica impone una concezione dello stato di diritto, in cui si esclude che vi sia *"un soggetto universale del sapere*

---

<sup>117</sup> Numerose risultano le fonti che sottolineano la rilevanza giuridica di questa *identificazione*. Tra quante hanno avuto il merito di anticiparne l'evenienza, pur fornendo analisi anche molto distanti tra loro, cfr. **A. GIDDENS**, *Central problems in social theory: action, structure and contradiction in social analysis*, MacMillan, London, 1979, pp. 147-148; **J. L. COHEN**, *Class and Civil society: the limit of marxian critical theory*, Robertson, Oxford, 1982; **J. KRIEGER**, *Undermining Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1983; **J. BURNHEIM**, *Is Democracy possible?*, Polity Press, Cambridge, 1985, pp. 12-13.

<sup>118</sup> Direttamente contro la prospettiva foucaultiana, che rimane visibilmente ostile alle teorie economiche fondate sul *libero scambio*, **W. BLOCK**, *L'économie politique selon les libertariens*, in *Journal des économistes et des études humaines*, n. 1/1995, pp. 121-151. In modo, forse, più approfondito, almeno rispetto agli obiettivi del presente lavoro, v. **A. A. CHAFUEN**, *Cristiani per la libertà. Radici cattoliche dell'economia di mercato* (1986), trad. it. LiberiLibri, Macerata, 1999, *passim*.

<sup>119</sup> Questa critica potrebbe risultare utile nel distinguere le opzioni teoriche del liberalismo sociale e di quello tradizionale e *conservative*. Di tale avviso, **P. BONETTI**, *I nemici del liberalismo*, I, in *Critica Liberale*, nn. 177-178/2010, pp. 127-130; nel medesimo fascicolo, su temi affini, v. **P. PELLIZZETTI**, *Anarco-Capitalisti di Sinistra*, pp. 137-139.

<sup>120</sup> Avverso tale, pur suggestiva, prospettazione, possono richiamarsi, restando a due avvertiti esponenti del dibattito italiano, **N. BOBBIO**, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1969, pp. 1313 e ss.; **L. FERRAJOLI**, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 26 e ss.



*economico, capace, in un certo senso, di dominare dall'alto l'insieme dei processi*". Rispetto a questa legge, il mantenimento dei diritti acquisiti non può essere garantito ed è sempre fortemente minacciata e controversa l'introduzione (*rectius*: il riconoscimento) di nuovi.

Nella dialettica tra il mantenimento di una visione religiosa dell'ordine sociale e la sottrazione di alcune classi della condotta umana alla censura religiosa, ciascuno dei due termini del problema ha promesso di interrompere gli abusi e le limitazioni dell'altro<sup>121</sup>.

Difficile capire cosa avrebbe potuto dire Foucault del movimento francese, *Manif pour tous*<sup>122</sup>, che sta radunando folle crescenti a difesa di una non meglio chiarita concezione naturale del matrimonio<sup>123</sup> e nel nome di una visione identitaria del principio di laicità, in quanto, innanzitutto, difesa dei tradizionali valori (credenziali e civili) nazionali<sup>124</sup>. Certamente, l'Autore in commento mirerebbe a *decrittarne* le istanze, almeno nei casi in cui tale movimento riesce a porre una critica alla neutralità della sfera pubblica<sup>125</sup>, lungamente intesa come indifferenza della pratica di governo alla dimensione etica e spirituale della persona<sup>126</sup>. Se in tale movimento si rinvenissero, al contrario, gli elementi di una inappropriata difesa "securitaria" contro l'inevitabile *contaminazione delle culture*, che porta al

---

<sup>121</sup> Interessanti elementi su questo dualismo, ai fini della fondazione del diritto pubblico moderno, trovansi in **G. ZAGREBELSKY**, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 66-68.

<sup>122</sup> Possono, forse, chiarire i termini delle rivendicazioni avanzate alcune delle indicazioni ricavabili dalla sitografia associativa. V., in proposito, *Manif pour tous: de l'opposition à la proposition*, in <http://www.lamanifpourtous.fr>, nonché, nella medesima pagina web, il documento *Comprendre l'essentiel*, maggiormente indicativo, in realtà, delle posizioni veicolate rispetto all'attuale legislazione civilistica francese.

<sup>123</sup> Paiono seguire il medesimo solco espositivo le componenti italiane del movimento. Al riguardo, si leggano il comunicato *Nasce la Manif pour tous in Italia: in piazza a Montecitorio per difendere la famiglia e la libertà d'espressione* e la petizione *in difesa della Famiglia*, entrambi reperibili in <http://www.lamanifpourtous.it>.

<sup>124</sup> Assecondando, in ciò, alcuni elementi non del tutto estranei al dibattito pubblico francese degli ultimi anni; su di essi, può rinviarsi a **M. d'ARIENZO**, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, cit.; un'approfondita ricostruzione teorica in **C. MANCINA**, *La laicità al tempo della bioetica*, cit., pp. 35-48; 125-140.

<sup>125</sup> Ciò postula, inevitabilmente, una sottesa rivisitazione della storiografia illuministica, come espressamente rilevato in **M. FOUCAULT**, *Antologia* (1984), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2005, p. 222.

<sup>126</sup> In tale prospettiva, si apprezza lo sforzo di adattamento del personalismo cristiano alle emergenze sociali in atto, per come proposto in **L. BRUNI**, *Oltre la crisi*, in *Avvenire*, 17 Febbraio 2014 (lo stesso **A.** aveva anticipato alcune delle argomentazioni, poi, approfondite, in *La Città Buona*, ancora in *Avvenire*, 27 Gennaio 2014).



riconoscimento dei diritti esistenti in ciascuna di esse<sup>127</sup>, Foucault tornerebbe, comunque sia, all'idea di una limitazione sistematica della sovranità. La intenderebbe come possibilità di riscatto collettivo e come partecipazione del genere umano alla deliberazione sul proprio stesso destino<sup>128</sup>, a prescindere dalle istanze etiche meno tolleranti e dialogiche.

Di tale ipotesi circa la limitazione della sovranità, per finalità antiautoritarie e partecipative<sup>129</sup>, la scienza giuridica dovrebbe ambire a non perdere il senso.

## ABSTRACT

Michel Foucault's inner perspective about the relationships between the strength of power and common life still represents an interesting point of view to analyse the concepts of legitimacy and individual behaviour in our societies. This essay tries to underline how Foucault described a system of rules not only focused on economics and politics, but a complex theoretical construction to take a look at religious beliefs and their effects into a modern juridical order.

---

<sup>127</sup> Ciononostante, questo approccio non può risolversi in una mera proclamazione, che non tenga conto di tutte le difficoltà formali, pur presenti sul piano prettamente normativo (per un contrario -ma radicato- avviso, può leggersi **M. JACKSON**, *Introduction. Phenomenology, Radical Empirism and Anthropological Critique*, in Id, a cura di, *Things as they are. New Directions in Phenomenological Anthropology*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 1996, pp. 1 e ss.). Sembra maggiormente incline alla prospettiva veicolata nella presente analisi **F. REMOTTI**, *L'antropologo e il diritto interculturale*, in *Daimon*, n. 8/2008, pp. 99 e ss.

<sup>128</sup> Cfr. **M. FOUCAULT**, *La nascita della biopolitica*, cit., p. 238: "lo ripeto ancora una volta, nella concezione classica del sovrano, quella che troviamo nel Medioevo, e ancora nel XVII secolo, c'era, al di sopra del sovrano, qualcosa che risultava impenetrabile, vale a dire i disegni di Dio. Per quanto assoluto fosse un sovrano, per quanto recasse i segni che lo indicavano come rappresentante di Dio in terra, c'era comunque qualcosa che gli sfuggiva, ovvero i disegni della Provvidenza, e il fatto di essere parte integrante di questo destino. Adesso, al di sopra del sovrano, c'è qualcosa che continua nondimeno a sfuggirgli, ma non si tratta più dei disegni della Provvidenza o delle leggi di Dio, bensì dei labirinti e dei meandri del campo economico".

<sup>129</sup> Riconosciuta come istanza meritevole di tutela, anche da parte di voci molto distanti dalla prospettiva foucaultiana. Cfr., per tutti, **J. RAWLS**, *Justice as fairness: political not metaphysical*, in *Philosophy and Public Affairs*, n. 3/1985, pp. 245 e ss.