

# CONSIDERAÇÕES ESPECIAIS SOBRE O FENÔMENO RELIGIOSO NO DEBATE NORTE-AMERICANO

THE CONSTITUTIONAL SPECIAL ACCOUNT OF  
RELIGION IN THE NORTH AMERICAN DEBATE

LO SPECIAL ACCOUNT DEL FENOMENO RELIGIOSO  
NEL DIBATTITO NORDAMERICANO

## SUMÁRIO

1. Prologo: quello strano pugnale; 2. I dilemmi della neutralità operativa; 3. Un particolare riguardo costituzionale per la religione?; 4. Questioni di specialità; 5. Quid est veritas? La difficile delimitazione del concetto di religione; 6. Il “dilemma della sanzione”; 7. Il fine ultimo della vita: nussbaum vs. koppelman; 8. Giustificazionismo liberale e *accommodation*; 9. Conclusioni: un equilibrio (quasi?) impossibile.

## RESUMO:

"Quid est veritas?": uma consideração especial da religião no sistema constitucional. A religião deve ser especial na estrutura constitucional? O artigo enfatiza o debate sobre o valor especial constitucional da religião e a possibilidade de fundamentar acomodações jurídicas em compromissos gerais. Muitos estudiosos geralmente respondem à questão negando qualquer status especial aos compromissos religiosos e argumentam que tais compromissos não garantem nenhum tratamento especial. Do outro lado do debate, muitos estudiosos se referem ao papel que os compromissos religiosos geralmente desempenham na vida das pessoas, a fim de justificar uma proteção constitucional especial. Os acomodacionistas tentam a fornecer uma abordagem do que é especial sobre

Como citar este artigo:  
ROMEO, Andrea.  
Lo special account  
del fenomeno  
religioso nel dibattito  
nordamericano.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 29, 2018,  
p. 15-48.

Data da submissão:  
13/08/2018

Data da aprovação:  
08/11/2018

religião, os não-acomodacionistas rejeitam os argumentos da parte contrária e exigem para a religião o mesmo nível de proteção previsto para a liberdade de expressão. No entanto, o núcleo central da discussão diz respeito à natureza dos compromissos religiosos.

### **ABSTRACT**

“Quid est Veritas?”. Religion ‘s special account in the constitutional legal system. Should religion be special in the constitutional framework? The article stresses the debate on the constitutional special value of religion and the possibility for grounding legal accommodations to general commitments. Many scholars usually reply to the question by denying any special status to the religious commitments and argue that such commitments do not warrant any special treatment. Conversely, on the other side of the debate, many scholars refer to the role that religion commitments usually play in the people’s life in order to justify a special constitutional protection. Accommodationists try to provide an account of what is special about religion, non-accommodationists reject the counterpart’s arguments and require for religion the same protection level provided for the Free speech. Nevertheless, the central core of the discussion is concerned with the nature of the religion commitments.

### **RIASSUNTO:**

“Quid est Veritas”. Il regime speciale di favore per la religione nel sistema politico. La religione dovrebbe godere di particolare favore nel quadro costituzionale? L’articolo pone l’accento sul dibattito sul valore costituzionale della religione e sulla possibilità di concedere speciali accomodamenti normativi. Molti studiosi di solito rispondono alla domanda negando la specialità degli impegni religiosi, sostenendo che agli stessi non dovrebbe essere accordato alcun trattamento speciale; altri, al fine di giustificare l’adozione di un regime costituzionale speciale, si riferiscono al peso che gli impegni religiosi avrebbero nella vita dei credenti. Gli “accomodazionisti” cercano dunque di argomentare la specialità costituzionale della religione, i “non accomodazionisti” rifiutano gli argomenti della controparte ed equiparano la libertà di religione a quella di pensiero.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Consideração especial. Acomodação jurídica. Religião. Cidadania. Democracia. Constituição.

**KEYWORDS:**

special account, legal accommodations, religion, citizenship, democracy, constitution.

**PAROLE CHIAVE:**

Special account, accommodation, religione, cittadinanza, democrazia, costituzione.

**1. PROLOGO: QUELLO STRANO PUGNALE**

All'apertura dell'anno scolastico, in classe si presenta un nuovo alunno. Gli insegnanti, però, si allarmano non appena notano che il ragazzino porta con sé un pugnale riposto in un fodero, con la lama che curva verso l'alto. I docenti chiedono spiegazioni al fanciullo il quale adduce motivazioni religiose per giustificare il fatto di avere il coltello con sé. Afferma, in sostanza, che il pugnale rappresenta uno dei cinque articoli di fede che tutti i Sikh, come lui, devono portare per rispettare quanto la fede prescrive loro. Nondimeno, considerando che quel pugnale, che il ragazzo chiama *kirpan*, rappresenta pur sempre un'arma la cui detenzione, a scuola, è vietata da una norma generale e astratta, gli insegnanti decidono di investire della questione il dirigente scolastico che, dopo aver ponderato diverse possibilità, sceglie di sanzionare l'alunno con la sospensione.

L'epilogo di questa storia è ben noto: molte autorità giurisdizionali (si pensi al caso paradigmatico del Canada) hanno consentito ai Sikh di portare nei luoghi pubblici il loro *kirpan* sulla base della clausola libertà di coscienza e religione. Si tratta di un caso, questo appena narrato, ormai esemplare di *accommodation*, ossia di deroga a un obbligo giuridico astratto e generale accordata per il diverso bilanciamento, in un caso specifico, tra l'obbedienza al diritto e gli impegni religiosi e di coscienza di un individuo <sup>1</sup>. Ed è facile imbattersi nell'affermazione secondo cui tali *accomodation* trarrebbero linfa giuridica dallo statuto di *special account* costituzionale di cui godrebbe la libertà confessionale rispetto agli im-

pegni di coscienza in generale<sup>2</sup>. Nondimeno, osserva Brian Leiter, ci si potrebbe interrogare in merito a cosa sarebbe potuto accadere nel caso in cui il ragazzo non avesse giocato l'asso argomentativo della religione ma avesse giustificato la detenzione del pugnale come segno distintivo della propria famiglia, che viene consegnato, da generazioni, al primo figlio maschio<sup>3</sup>. Il contro esempio fornito da Leiter ha il merito di mettere in evidenza le possibili aporie celate nel sistema dello *special account* nei confronti della religione. La domanda fondamentale da cui prendere le mosse, parafrasando un noto articolo di Frederick Schauer, è “*must religion be special?*”<sup>4</sup>, la cui risposta potrebbe non essere la stessa se la domanda fosse, invece, “*is religion special?*”<sup>5</sup>.

La risposta al primo quesito, quantomeno nel contesto ordinamentale statunitense (come anche, per certi versi, in quello italiano), potrebbe essere affermativa<sup>6</sup>. In effetti, se, per un verso, la religione subisce il peso specifico del divieto di *non establishment* (equivalente, in parte, al principio di laicità), che non tocca altre concezioni filosofiche – per cui non sarebbe incostituzionale improntare l'azione di governo all'ideologia liberale mentre lo stesso non sarebbe possibile con la dimensione *comprehensive* del cristianesimo o il buddismo –; per un altro, la libertà confessionale è oggetto di una speciale protezione rispetto alla semplice libertà di espressione<sup>7</sup>. Ciò detto, non sempre è compito agevole distinguere una credenza, o una confessione religiosa, da altre dottrine compensive – mutuando il funzionale linguaggio di Rawls<sup>8</sup> – soprattutto in merito a particolari rivendicazioni legislative; per cui la risposta alla domanda se la religione sia – o debba essere considerata – speciale potrebbe risultare, questa volta, negativa, allorché, appunto, non fosse possibile individuare elementi discretivi sicuri<sup>9</sup>.

Di certo, il tipo di risposta che si decide di offrire a simili domande non è scevro da ricadute sul piano operativo e il dibattito contemporaneo osserva la netta contrapposizione tra concezioni che difendono lo *special account* della religione<sup>10</sup> e studiosi che, invece, sostengono che la religione non possa vantare alcuno statuto privilegiato rispetto alla libertà di pensiero<sup>11</sup>. Le posizioni che in qualche modo ritengono che la religione abbia titolo a rivendicare delle speciali esenzioni o accomodamenti sono definite «teorie dell'*accommodation*»; le concezioni che argomentano in senso diametralmente opposto, invece, appartengono al

novero delle «teorie della *non-accommodation*»<sup>12</sup>. Alla possibilità che la clausola costituzionale di neutralità possa essere interpretata in modo da non comportare odiose limitazioni alla libertà di religione, e consentire, di conseguenza, degli opportuni accomodamenti delle norme generali<sup>13</sup>, si obietta, generalmente, da parte non-accomodazionista, che una siffatta lettura tenderebbe a legittimare delle potenziali discriminazioni nei confronti di altre concezioni ideologiche che avrebbero comunque ragioni da opporre a determinate scelte legislative, dunque titolari di uno statuto meno garantista di quello accordato agli articoli di fede<sup>14</sup>.

Sul tappeto delle questioni si rovesciano le problematiche interpretative poste dagli innumerevoli nodi semantici e definatori che si è costretti ad affrontare allorché si sostiene che la religione vanti caratteristiche ontologiche che la specificano dall'universo concettuale filosofico e dalla cultura identitaria. Soltanto una volta determinata la natura propria del *logos* di fede, potrà porsi sotto analisi la questione del valore giuridico che dovrebbe essere riconosciuto al fenomeno religioso considerando, come paradigma, un sistema costituzionale moderno in cui è garantita non solo la piena libertà d'espressione e di religione ma soprattutto l'eguaglianza morale dei propri cittadini<sup>15</sup>. Si tratta, pertanto, di una problematica che chiama in causa il tipo di contesto ordinamentale in cui si manifestano le diverse tensioni.

## 2. I DILEMMI DELLA NEUTRALITÀ OPERATIVA

Il problema di come il fenomeno religioso – e del pari lo statuto dei cittadini che viaggiano con un pesante bagaglio di concezioni soteriologiche e ontoteologiche – sia considerato da parte del potere dell'apparato statale e, soprattutto, in relazione all'astrattezza delle leggi determinate nei processi di produzione normativa, implica una certa idea della neutralità dell'azione pubblica (o laicità, come dicono gli europei, non senza qualche dissonanza semantica). Sembra un rilievo banale ma è evidente che la problematica snocciolata tende ad assumere diversi contorni, e contenuti semantici, allorché si ipotizzasse una particolare concezione di laicità, di *neutrality*, ovvero, ancora, di *laïcité* secolarizzante.

L'idea di una neutralità declinata come assoluto distacco del fenomeno religioso, da collocare fuori dai confini della sfera pubblica, ossia nella dimensione privata della vita dei cittadini, sembra esporsi a diverse obiezioni, rese più affilate dalla dimensione post-secolare in cui naviga la

contemporaneità occidentale<sup>16</sup>. Lo Stato moderno – fa notare Nussbaum – si caratterizza, in realtà, per essere presente, *ubiquitus*, in qualsiasi attività dei propri consociati, così che appare, nei fatti, piuttosto complesso immaginare un potere asettico e totalmente indifferente alla dimensione religiosa (che investe e forma la vita di alcuni cittadini). Assumendo il prisma di un tale “pan-statalismo” affidarsi esclusivamente alla nuda idea cristallizzata nel ricorrente, e forse concettualmente abusato, sintagma “*Wall of Separation*” potrebbe condurre a un modello di apparato statale iper-razionalista, addirittura votato verso un riduzionismo laicista<sup>17</sup>, dando luogo, per alcuni, a situazioni di ingiustizia sostanziale<sup>18</sup>.

In realtà, com’è stato fatto notare a più riprese nel dibattito moderno, il concetto di neutralità appare, in sé, notevolmente problematico, forse anche al di là di quanto potrebbe sembrare *prima facie*. La banalizzazione del concetto di separazione è spesso stata (e continua ad essere) fonte di notevole confusione, tanto teorica quanto operativa. In effetti l’endiadi “Stato neutrale” è sovente piegata, da un punto di vista semantico/normativo, sino a suggerire, o anche giustificare, forme di marginalizzazione dell’aspetto religioso, come se lo stesso rappresentasse un disvalore sociale o un aspetto umano non meritevole di una particolare tutela, sospingendolo piuttosto verso «l’area periferica della vita umana»<sup>19</sup>. Nondimeno, a un siffatto atteggiamento (definibile laicismo esasperante) difficilmente potrebbe predicarsi la neutralità. Il problema principale sembrerebbe, qui, rappresentato proprio dalla questione semantica: il significato (normativo) da attribuire al predicato “neutrale”.

Per mostrare quanto sia davvero controverso il concetto della neutralità sul piano operativo, soprattutto in materia religiosa, potrebbe essere utile riportare un noto esempio utilizzato da Steven Smith nel tentativo di mettere in evidenza l’intraducibilità operativa della *neutrality* statale e mettere sotto scacco certe letture secolarizzanti<sup>20</sup>. Nell’esempio, tre amici si ritrovano in montagna per campeggiare assieme. Uno dei tre, affamato e reso esausto dal lungo cammino, nota dei funghi spuntare in prossimità delle radici di un albero e, spontaneamente, li coglie per mangiarli. Improvvisamente, viene fermato da uno dei suoi compagni che lo esorta a disfarsene, perché velenosi. L’altro campeggiatore, nondimeno, interviene prontamente, sostenendo che si tratta di funghi certamente commestibili. Reputando i due amici di pari credibilità, il protagonista dell’esem-

pio vorrebbe evitare di dare ragione ad uno dei due, schierandosi in modo aperto. Decide, pertanto, di mantenersi *neutrale* a livello intellettuale, in merito, cioè, alla verifica dei diversi enunciati. Nondimeno, se una tale posizione può sembrare possibile a livello intellettuale – ossia di verifica dell’enunciato –, il tipo di dilemma posto dinnanzi al campeggiatore gli impedisce di rimanere altrettanto neutrale da una prospettiva d’analisi operativa. In effetti, pur evitando di dare ragione ad uno dei suoi compagni, egli potrebbe (i) mangiare i funghi, comportandosi come se desse ragione al secondo dei compagni, ovvero preferire di non rischiare e (ii) non mangiarli; dunque agire come se validasse, con la sua condotta, l’argomento del primo. La pretesa di neutralità epistemica non può concretizzarsi, allo stesso modo, a livello operativo giacché il dilemma posto dai campeggiatori impedisce qualsiasi neutralità d’azione, pure ammettendo, in via teorica, la possibilità di una neutralità di tipo cognitivo o «intellettuale». In buona sintesi, qualsiasi comportamento il campeggiatore decidesse di tenere finirebbe, pur sempre, per agire *come se* uno dei due enunciati fosse vero, negando, giocoforza, l’altro<sup>21</sup>.

Questo esempio è utilizzato da Smith per mostrare come sia impossibile concettualizzare, in molte situazioni concrete, una neutralità fattuale: uno Stato, infatti, potrebbe certamente dichiarare di non volere prendere parte alla disputa tra agnostici e religiosi, nondimeno, sul piano operativo, le proprie azioni finirebbero, comunque, per dare ragione inevitabilmente ad uno dei schieramenti. Seguendo il circolo argomentativo proposto da Smith, la scelta forzata cui un simile dilemma potrebbe condurre non concerne soltanto l’opzione “credere o non credere”, ma potrebbe interessare la stessa azione statale nella dimensione operativa. I cittadini religiosi, in effetti, potrebbero avanzare delle pretese nei confronti delle istituzioni politiche in merito a cosa dovrebbe essere sostenuto, o fatto, nella dimensione normativa. Di conseguenza, là dove le assunzioni onto-teologiche e soteriologiche dei contributi religiosi fossero giudicate vere, le istituzioni dovrebbero, coerentemente, tradurle sul piano normativo. In caso contrario, se le istituzioni adottassero una posizione radicalmente agnostica, quest’ultime dovrebbero, coerentemente, considerare false le concezioni religiose ed operare sul piano delle scelte politiche conformemente a tale giudizio.

Proprio per evitare di cadere sotto lo scacco di un tale “giogo di

Procuste” il costituzionalismo occidentale avrebbe teorizzato il concetto di laicità dello Stato, per effetto del quale le istituzioni politiche dovrebbero astenersi dal predicare la verità, o la falsità, degli enunciati religiosi e mantenere una certa neutralità rispetto alle diverse immagini-di-vita<sup>22</sup>. Tuttavia, è proprio in merito a tale, presunta, possibilità teorica di un’azione neutrale che Smith gioca il sofisma dell’esempio dei funghi nel tentativo di metterne in luce le aporie concettuali. Come nel caso prospettato, infatti, per impedire una neutralità operativa non sembra affatto necessario che le istituzioni politiche ritengano false le ragioni di fede ma è sufficiente che agiscano, a livello pratico, come se non fossero vere<sup>23</sup>. Esempificando, nel caso cui un ordinamento rendesse lecite, per mero titolo d’esempio, le pratiche abortive, finirebbe per agire come se ritenesse le concezioni fideistiche che aborriscono l’aborto del tutto prive di valore o insignificanti, violando, giocoforza, la pretesa di neutralità. Tra la pretesa esplicita di neutralità e la condotta tenuta si genererebbe, dunque, un corto circuito che finirebbe quasi per dar luogo a una sostanziale contraddizione performativa.

Il circolo argomentativo di Smith non sembra poter convincere pienamente e molte delle sue frecce, in realtà, mancano il bersaglio. Si nota soprattutto la confusione tra concetto di ragione di una condotta – assumibile dal punto di vista interno dell’agente – e osservazione empirica della condotta, dalla prospettiva, dunque, di un osservatore esterno e ignaro delle ragioni che muovono l’agente. Nondimeno, il paradosso di Smith ha il merito, magari parresiasistico, di portare alla luce le difficoltà ermeneutiche collegate al concetto di neutralità statale, e di problematizzarne i confini, semantici e operativi. La “morale” che si può trarre dal dilemma dei funghi è che giudicare un atto o una condotta neutrale, quantomeno da una prospettiva normativa, potrebbe non avere senso; piuttosto sono le ragioni di una condotta a rilevare concretamente; da una prospettiva ordinamentale, dunque, le norme giuridiche<sup>24</sup>.

### 3. UN PARTICOLARE RIGUARDO COSTITUZIONALE PER LA RELIGIONE?

Da una diversa prospettiva teorica, la *neutrality* potrebbe essere ricostruita a partire dal senso democratico della stessa.

L’idea della separazione tra Stato e confessioni religiose potrebbe



non fungere da paradigma valido se tale neutralità non si declinasse nel suo significato democratico e si interpretasse, dunque, alla luce del principio della *social fairness*. Il modello radicalmente separatista, secondo le riflessioni di Nussbaum, non dovrebbe suggerire la validazione normativa di una prassi istituzionalizzata finalizzata a un'opera di radicale o progressiva marginalizzazione del fenomeno religioso, frutto di una lettura banalizzante del cripto-sintagma Stato-neutrale (che certo, seguendo il paradigma di Smith non potrebbe mai predicarsi neutrale a livello operativo)<sup>25</sup>.

Oltracciò, un ambiente istituzionale che mostrasse indifferenza per le scelte e le preferenze dei cittadini si porrebbe, probabilmente, in netta distonia con lo sviluppo e la promozione delle capacità umane; fine statale imprescindibile nell'approccio teorico dello sviluppo dell'essere umano sposato, tra gli altri, da Nussbaum<sup>26</sup>. La neutralità statale, nella cornice del neo-costituzionalismo, potrebbe essere interpretata nel senso di implicare che il soggetto statale non soltanto sia tenuto ad abdicare al potere di prendere decisioni di merito in questioni inerenti dogmi e assiomi di fede, ma sia tenuto del pari ad astenersi dal sostenere posizioni, solo apparentemente neutrali (e probabilmente neanche tanto), che possano, fattualmente, favorire o discriminare una particolare confessione (tesi che coglie le critiche di Smith)<sup>27</sup>.

Nel contesto del costituzionalismo nordamericano una corretta esegesi del principio di *accommodation* nei confronti degli obblighi di coscienza potrebbe rendere la cifra di quanto la religione sia considerata sostanzialmente «speciale» dell'angolo visuale dell'universalismo egualitario della costituzione nordamericana. Tale specialità, che giustificherebbe le ipotesi normative di *accommodation* nei confronti degli impegni religiosi potrebbe, nondimeno, presentare profili assolutamente problematici, potendo implicare forme di discriminazione nei confronti di quei soggetti che non appartengono ad alcuna confessione e che nutrono delle diverse ragioni per obiettare al paradigma astratto della legge<sup>28</sup>. Ed è proprio questa, come si è avuto modo di osservare, la base teorica da cui muove la critica dello *special account* di Brian Leiter, primo tra le fila di coloro che approcciano la visione decisamente non-accomodazionista.

Per affrontare il dibattito sullo *special account* la prima mossa da eseguire è di tipo esplicativo e si snoda intorno al concetto di religione stessa e

sulle ragioni per cui questa, in qualche modo, può essere considerata speciale nel contesto normativo costituzionale<sup>29</sup>. Si tratta di un nodo teorico di particolare rilevanza riguardo al quale molti studiosi hanno cercato di offrire risposte convincenti percorrendo strade diverse con approcci differenti.

Le domande fondamentali da cui muove il dibattito moderno sono formulabili, ad un dipresso, in questi termini: è possibile riconoscere delle esenzioni dal paradigma astratto di un obbligo legale per ragioni che non concernono impegni religiosi? È legittimo rifiutare di lavorare il sabato ed ottenerne di conseguenza l'esenzione dal precetto generale ed astratto nel caso in cui «si abbia una madre anziana e malata e non sia possibile trovare una badante durante il fine settimana?». Ci si può chiedere ancora: «è possibile escludere dall'obbligo di leva i cittadini che hanno motivazioni serie, di origine etica ma non religiosa per opporsi al servizio militare?»<sup>30</sup>.

Queste domande pratiche richiedono la risoluzione teorica del nodo semantico e concettuale concernente lo statuto ontologico della religione e la considerazione di specialità che essa potrebbe vantare, o no, nei confronti del rigore astratto della legge.

#### 4. QUESTIONI DI SPECIALITÀ

Il dibattito sul valore della religione richiede all'interprete (forse con troppe velleità) un notevole sforzo teorico. Occorre cimentarsi con i confini concettuali del termine stesso "religione", la cui delimitazione semantica è necessariamente connessa con la considerazione di specialità che essa – quantomeno secondo parte della dottrina e della giurisprudenza (americana ed europea) – sembrerebbe vantare rispetto alla libertà di coscienza e al senso identitario di tipo culturale. E ciò al fine di comprendere sino a che punto la considerazione di valore della religione sia davvero in grado di assumere una rilevanza speciale all'interno di un sistema legale. In realtà, secondo alcuni autori, il riconoscimento di speciali esenzioni dagli obblighi legali sarebbe un terreno affatto ideale per misurare la reale vocazione egualitaria di una democrazia<sup>31</sup>.

Posto l'obiettivo teorico resta da organizzare la strategia espositiva e la collocazione degli argomenti.

Una prima domanda fondamentale, come si è avuto modo vedere, ruota intorno alle ragioni per cui le *accommodation* dovrebbero essere concesse in modo specifico riguardo agli impegni religiosi. Sul punto è possibile cogliere il frequente utilizzo, nel dibattito contemporaneo, di

un argomento di carattere pragmatico, utilizzato, sovente, per legittimare le esenzioni garantite solo su base religiosa. La ragione legittimante, in sostanza, muove dall'assunto secondo cui le concezioni religiose possiedono uno statuto particolare, determinando motivazioni pratiche riferibili a determinati gruppi sociali<sup>32</sup>. Per tale motivo, in sostanza, si presterebbero a una più agevole valutazione e, soprattutto, a un accertamento più serio e obiettivo. Questa verifica potrebbe spiegarsi anche nel caso in cui un soggetto giungesse a prospettare un'interpretazione affatto personale degli impegni richiesti dal proprio *kerygma*: in tal caso, il potere pubblico potrebbe operare un "vaglio di sincerità" sull'obiezione di coscienza sollevata attraverso un ipotetico raffronto con la tradizione interpretativa ufficiale, o quantomeno testuale, della confessione di riferimento. Autenticità che mancherebbe, inevitabilmente, alle istanze motivate per impegni di coscienza non riferiti a confessioni riconosciute. Per converso, quelle motivazioni che apparissero di natura extra-confessionale, filosofiche ovvero soltanto emozionali, apparirebbero piuttosto alla sfera meramente solipsistica, rendendo piuttosto difficile, se non del tutto arbitrario, il tentativo di ponderarne, su un piano normativo, la bontà assiologica e la sincerità emotiva<sup>33</sup>.

La bontà dell'argomento "pragmatico" o "funzionalistico" non convince pienamente Nussbaum. La sua evidente strumentalità, infatti, non consente di sciogliere il nodo riguardante la questione d'eguaglianza delle diverse istanze di esenzione dagli obblighi legali. La prospettiva di metodo, qui, è di tipo meramente strumentale e potrebbe aprire il varco a innumerevoli ipotesi di disparità di trattamento nei confronti d'impegni di coscienza non legati a confessioni riconosciute, come nel caso del ragazzo Sick prospettato da Leiter. Dal punto di vista assiologico, pertanto, la questione rimarrebbe ancora sul tappeto.

Un diverso procedimento euristico, che sembra mostrare, *prima facie*, una presa argomentativa più salda, si basa sull'assunto per cui «la religione, concernendo problematiche di affiliazione di gruppo e identificazione, potrebbe divenire, molto probabilmente, terreno fertile per la persecuzione rispetto agli impegni di natura individualistica; pertanto diventerebbe più imperativo prendere misure per proteggere la libertà di religione, piuttosto che garantire gli impegni di natura extraconfessionale»<sup>34</sup>. Questa impostazione, che fa leva su un'interpretazione tipicamente

“originalista” del testo costituzionale nordamericano patisce lo “scacco” argomentativo della sua stessa natura empirica<sup>35</sup>. Detto in altri termini, il carattere religioso delle persecuzioni rappresenterebbe un criterio storicamente improprio, o meglio, non esaustivo, per comprendere il fenomeno e non pare offrire sul piano giustificativo una buona ragione per attribuire alla religione un particolare statuto di specialità. Si verserebbe in un funzionalismo non in grado di garantire alcuna speciale considerazione al fenomeno religioso, offrendo il destro alle osservazioni critiche di Leiter e dei teorici che vorrebbero livellare la religione sul piano della libertà di coscienza.

Affine all’argomento testualista è la tesi secondo cui la religione trarrebbe la sua specialità etica e (conseguentemente) giuridica dalla tradizione e dalla storia di un determinato contesto ordinamentale. Tale lettura – che sul piano metaetico cade in una evidente fallacia naturalista – non convince neppure sul piano ermeneutico, considerando la difficoltà di prospettare la storia o la tradizione come elementi rilevanti sul piano normativo<sup>36</sup>.

Un differente topos argomentativo brandisce il valore dell’egualianza finale. Assumendo il contesto della neutralità, se ne inferisce che le confessioni religiose incontrano quotidianamente evidenti svantaggi; nondimeno, questa situazione di discriminazione *prima facie*, o di *in-put*, sarebbe controbilanciata da una più intensa protezione costituzionale della libertà di religione<sup>37</sup>. Tenendo presente il principio di neutralità dell’azione governativa statale, Greene fa notare come nessuna concezione ideologica è davvero preclusa al potere pubblico, che non incontrerebbe alcun ostacolo sostanziale a sposare una politica keynesiana, liberale, o socialista; per converso non avrebbe le stesse possibilità con dottrine comprensive di stampo religioso. Il ristoro per l’impossibilità di definire la grammatica pubblica risiederebbe, allora, nella speciale considerazione costituzionale<sup>38</sup>. Greene chiarisce ulteriormente il teorema del bilanciamento di out-put, sottolineando come i cittadini non credenti siano esclusi dai processi legislativi di *decision making*, per tale motivo dovrebbero potere agire nella attuativapersonale della legge, obiettando alla coercizione di provvedimenti generali alla cui adozione non hanno potuto partecipare o influire<sup>39</sup>. L’idea alla base di questo modello è quella di offrire una soluzione pratica alla nota disimmetria del *proviso* rawlsiano, che

determinerebbe, secondo alcuni critici, una distinzione tra cittadini credenti e non, escludendo quelli “monoglotti” dai meccanismi democratici<sup>40</sup>. Perequando, invece, la situazione, ossia compensando i cittadini religiosi con una tutela speciale e con maggiori possibilità di obiettare a leggi definite su valori laici, il computo finale registrerebbe l’effetto di un gioco a somma zero<sup>41</sup>. L’argomento del bilanciamento finale fa leva su di un equilibrio finale delle situazioni coinvolte, garantito da un sistema di contrappesi costituzionali<sup>42</sup>. Ciò nondimeno, molti critici questa evidenziano la possibilità di una lacuna argomentativa celata nell’idea del bilanciamento. Quest’ultimo, infatti, spiega come sia possibile riequilibrare le inevitabili forme di discriminazioni ulteriori nella complessiva euritmia costituzionale, ma non dice nulla sulle ragioni per cui la religione in sé dovrebbe essere considerata meritevole di «*special account*», se non riferendosi al modello liberal standard della giustificazione pubblica<sup>43</sup>.

Per offrire una risposta plausibile a tale quesito, alcuni studiosi hanno persorso il terreno, notoriamente accidentato, della esplicazione concettuale, al fine di individuare delle possibili caratteristiche strutturali o dei fattori in grado di connotare e giustificare l’incomparabilità assiologica del fenomeno fideistico. Sul problema – forse argomentativamente strategico – della natura della religione e il suo «*special account*», la dottrina, suole snodarsi su due «strade principali».

Alcuni autori tagliano di netto il nodo gordiano, convinti che non sussistano buoni argomenti perché la religione sia considerata speciale e sia in qualche modo preferita, sul piano delle obiezioni di coscienza, ad altri seri impegni che possono derivare da concezioni secolari – sono autori *non-specialisti* e, in sostanza *non-accomodazionisti*. La religione non può essere considerata come «l’unica fonte d’identità individuale e personale» e tale asserto è validabile osservando come «milioni di persone nel mondo che pur non avendo credenze religiose verosimilmente hanno comunque identità personale e individuale, definita per mezzo di altri sistemi di credenze – morali, culturali, etniche, professionali, e così via»<sup>44</sup>. La religione, secondo un tale approccio, giocherebbe lo stesso ruolo definitorio dell’identità personale della cultura, delle radici etniche, delle convinzioni politiche o, addirittura e per certi contesti ordinamentali e sociali, un ruolo persino più marginale<sup>45</sup>.

Altri studiosi, come si è avuto modo di accennare, tentano di argomentare in favore di quello «*special account*» che dovrebbe caratterizzare il fenomeno fideistico (specialisti e tendenzialmente accomodazionisti)<sup>46</sup>. In questo secondo ordine d'idee, riveste particolare importanza la possibilità di offrire una precisazione di carattere concettuale. In buona sintesi, per comprendere se la religione sia o no meritevole di uno *special account*, l'unico procedimento plausibile potrebbe rivelarsi quello di operare in via diairetica, cercando, così, di identificare quei caratteri in grado di distinguere gli impegni religiosi dalle mere scelte morali, filosofiche, in altre parole, meramente affettive. Se non vi fossero criteri distintivi, allora, si dovrebbe sostenere che lo Stato è obbligato a concedere *accomodamenti* alla religione nella stessa misura in cui potrebbe concederli ad altre concezioni etiche o *comprehensive doctrine*<sup>47</sup>.

A questo punto, però, è impossibile non imbattersi nella domanda che larvamente anima il dibattito e ne costituisce il vero nodo gordiano: cos'è la religione? Per quanto si vorrebbe sempre evitare di fare i conti un problema definitorio di tale formidabile portata, si giunge ad un momento in cui non si può più rimandare.

## 5. QUID EST VERITAS? LA DIFFICILE DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI RELIGIONE

In merito all'ultimo nodo concettuale prospettato, Nussbaum individua nel dibattito tradizionale due diversi approcci teorici al problema costitutivo e semantico della religione: (i) il metodo «teoretico/definitorio», che muove dal tentativo di identificare i caratteri idealtipici della religione, e (ii) il procedimento «empirico/classificatorio», che passa attraverso la semplice enumerazione delle religioni già riconosciute nel mondo<sup>48</sup>. Ciononostante, questa diairesi metodologica – certamente approntata su universi concettuali affatto diversi – ha dato luogo a una distonia di risultati, addirittura contraddittori. Soltanto una modalità sincretica dei differenti approcci potrebbe garantire, secondo la filosofa americana, maggiori *chances* di «determinare criteri che non siano al contempo troppo angusti ovvero eccessivamente aperti»<sup>49</sup>. Sembra utile, a questo punto, mostrare il funzionamento operativo dei criteri utilizzati.

Tra i vari criteri assunti dal procedimento «teoretico/definitorio»,

l'idea che la religione preveda sempre una qualche relazione personale con *Dio* non pare costituire un argomento troppo persuasivo, dal momento che molte religioni riconosciute, quali il buddismo, il confucianesimo e il taoismo non sono religioni teiste. Sovrapponendo l'approccio teoretico a quello empirico, il risultato è che il criterio teista perderebbe allora di qualsiasi significanza operativa.

Un ulteriore *topos* argomentativo, frutto di un aggiustamento del tiro del primo, punta tutto su elementi esteriori ed intersoggettivi di carattere istituzionale: qualsiasi fenomeno religioso dovrebbe coinvolgere un gruppo di individui e per tale motivo dovrebbe conseguentemente produrre forme di organizzazione e di autorità, dunque istituzioni <sup>(50)</sup>. Anche questo criterio, però, si espone ad alcune obiezioni. Da un'ottica empirica, infatti, la storia ha conosciuto la presenza di «*solitary seeker*» non affiliati a organizzazioni ufficiali, e nondimeno animati da un profondo animo religioso <sup>51</sup>. L'aspetto consociativo ed istituzionale delle religioni sembrerebbe, piuttosto, una connotazione esteriore, di carattere empirico-sociale, ma non in grado di esaurire il concetto del religioso o di rappresentarne un criterio costitutivo, se non al prezzo di privare della dignità confessionale le esperienze solitarie (si pensi all'eremita o dell'anacoreta).

Più complesso il modello definitorio utilizzato da Brian Leiter, che individua alcune caratteristiche essenziali come componenti ontologiche del religioso. L'imperatività categorica degli obblighi di fede, ossia che «*issue in categorical demand – that is, demand that must be satisfied non matter what an individual's antecedent desires and no matter what incentives or disincentives the world offers up*» rappresenta soltanto uno degli elementi costitutivi della religione <sup>52</sup>. Certo non può essere negato il fatto che si tratta, pur sempre, dell'elemento più pregnante nella vita del credente; nondimeno, il carattere categorico, dalla prospettiva di Leiter, non potrebbe funzionare come unico criterio discretivo poiché la categoricità potrebbe essere predicata pure alla normatività “forte” di altri impegni di coscienza<sup>53</sup>. Per connotare l'ambito del religioso occorrono, dunque, altri criteri, che Leiter coglie: nella (i) «*insulation from reasons and evidence*» <sup>54</sup>, ossia nel fatto che la credenza religiosa sia insuscettibile di verifica empirica, (ii) nel fatto di implicare, sostanzialmente, «*metaphysics of ultimate reality*»<sup>55</sup>, e, infine, (iii) nella capacità consolatoria rispetto al fatto del dolore e della morte <sup>56</sup>. Nessuna delle caratteristiche ontologiche

della religione, però, sembrerebbe in grado di giustificare un trattamento specializzato e di favore, considerando che ciascuna di tali componenti potrebbe essere riferita ad altre grammatiche etiche, sistemi ontologici o deontologici.

Altre declinazioni del metodo teorico definitorio, invece, individuano il carattere discretivo della religione proprio nella particolare vincolatività caratterizzante gli obblighi che ingenera nella vita delle persone. Se Leiter, come s'è visto, sostiene che la categoricità degli impegni religiosi rappresenta soltanto uno degli elementi caratterizzanti la religione (ma predicabile pure ad altri impegni di coscienza), altre interpretazioni si soffermano sulla qualità della forza obbligante degli impegni religiosi al fine di porre i confini al mondo della fede.

Da un punto di vista deontico – rilevano alcuni critici – gli imperativi religiosi sembrerebbero caratterizzati da un assoluto senso di inderogabilità, spiegato in considerazione del ruolo centrale giocato dalla religione nella vita del credente. Muovendo dalla struttura soteriologica del discorso religioso, si teorizza, addirittura, che il cittadino credente abbia «il diritto inalienabile di perseguire la salvezza in accordo ai principi della propria coscienza»<sup>57</sup>.

## 6. IL “DILEMMA DELLA SANZIONE”

La prospettiva soteriologica, dunque, sembrerebbe chiamare in gioco la presunzione o pretesa ontoteologica, ossia l'esistenza di un Dio, o di qualche altra autorità trascendente, che imponga doveri normativamente preminenti rispetto a qualsivoglia diritto positivo<sup>58</sup>.

Considerando le promesse soteriologiche della religione (perlomeno di gran parte delle tradizioni occidentali), ai cittadini religiosi non potrebbe mai essere chiesto di barattare la propria salvezza con l'obbedienza mondana al diritto<sup>59</sup>. Da questa semplice osservazione alcuni critici vorrebbero far derivare il carattere propriamente inalienabile di tale diritto alla salvezza<sup>60</sup>. Onde evitare un simile lacerante conflitto lo Stato sarebbe chiamato, perciò, a concedere degli accomodamenti ogni qual volta si determinasse una seria antinomia tra sistemi normativi profani e non<sup>61</sup>. L'argomento del dilemma soteriologico potrebbe essere declinato anche nei termini di sostanziale rispetto dell'eguaglianza morale dei cittadini e giustificare, in questo modo, lo statuto di *special account* della religione.



In effetti i cittadini religiosi, in caso di contrasto tra impegni religiosi e doveri giuridici, si troverebbero ad affrontare un dilemma “cruelle” affatto sconosciuto ai concittadini pienamente secolarizzati: sarebbero costretti, in sostanza, a scegliere tra una possibile sanzione giuridica e la dannazione eterna<sup>62</sup>.

La crudeltà del “dilemma della sanzione” non risiederebbe, tanto, nella circostanza di subire comunque una pena, quanto, piuttosto, per il fatto di porre il soggetto dinanzi ad una scelta angosciante<sup>63</sup>. Questa scelta non sarebbe terribile soltanto per il carico psicologico che potrebbe produrre ma costituirebbe una potenziale violazione della dignità umana poiché costringerebbe un individuo a essere comunque autore di un male verso se stesso, terreno o profano<sup>64</sup>. Una sorta di “dilemma”, dunque, là dove qualunque scelta condurrebbe, necessariamente, ad un atto contro se stessi, con la conseguente umiliazione della dignità umana, considerando che la causa del danno appare sempre riconducibile ad una scelta dell’individuo<sup>65</sup>. Nel caso di contrasto tra opzioni valorali non basate su premesse ontoteologiche e visioni soteriologiche, ossia impegni di coscienza non religiosi, la sanzione interiore non costituirebbe quel male esterno – quale la dannazione dell’anima – in grado di ingenerare, assieme alla sanzione giuridica, la situazione del dilemma. Inoltre, com’è stato notato, anche i non credenti, ricorrendo a una certa dose di empatia, potrebbero avvertire il senso di smarrimento dei propri concittadini, costretti ad obbedire ad un potere trascendente, ben più autoritario, ai loro occhi, del potere secolare intramondano<sup>66</sup>. Nondimeno, questa concezione – che certo consente di giustificare praticamente lo «*special account*» – del fenomeno religioso, sembra prestare il destro ad alcune obiezioni. Questa tesi, infatti, è costruita intorno a quelle religioni tradizionali che vantano, appunto, *promesse* soteriologiche e *premesse* ontoteologiche, ben note nel contesto occidentale; il fa presagire che andrebbe certo in cortocircuito là dove si trattasse di religioni *non soteriologiche*. Se ne dovrebbe inferire, da una prospettiva specialista “forte”, che in assenza di un potere trascendente cui imputare determinati impegni di coscienza quest’ultimi non potrebbero vantare pretese di accomodamento normativo nei confronti del sistema giuridico positivo<sup>67</sup>. In questo senso, le obiezioni di coscienza riconosciute, per esempio, ai pacifisti sulla base di opzioni valorali non avrebbero medesimo titolo costituzionale a ottenere aggiustamenti legislativi<sup>68</sup>.

Nussbaum, nella sua attenta analisi, coglie un ulteriore aporia, notando come la tesi della pervasività deontica sembrerebbe suscettibile di una duplice deriva interpretativa, mostrandosi, allo stesso tempo, sia «*overinclusive*» sia «*underinclusive*»<sup>69</sup>. La censura di sottoinclusività si potrebbe dimostrare considerando come la tesi deontica esclude dalla religiosità gli individui che aderiscono a determinate confessioni semplicemente per ragioni tradizionali e abitudinarie, piuttosto che per solide motivazioni fideistiche. Questi soggetti – inutile negarlo – potrebbero non nutrire sentimenti di particolare soggezione verso doveri religiosi e non subire lo scacco del dilemma della sanzione<sup>70</sup>.

La stessa posizione si mostrerebbe, poi, eccessivamente “aperta” finendo per sovrapporre all’ambito del religioso altri vincoli deontici, avvertiti dai destinatari come assolutamente vincolanti, generati da affezioni verso oggetti o altri fenomeni culturali<sup>71</sup> – sebbene una tale tesi potrebbe essere superata ricordando come gli impegni culturali o affettivi non potrebbero generare il “dilemma della sanzione” (salvo non configurare come male esterno insopportabile il biasimo del gruppo di appartenenza). Ne consegue, secondo l’Autrice, che il carattere serio e vincolante dei *religious commitments* non è di per sé esaustivo come criterio per definire, da un punto di vista semantico, la quiddità del fenomeno religioso e la sua pretesa di preminenza deontologica.

Una diversa formulazione della tesi deontica ha cercato di correggere il tiro, precisando come la religione possa essere sostanzialmente connotata per il fatto che gli obblighi che ne derivano presentano non soltanto una particolare vincolatività – in comune con altre fonti – ma sarebbero avvertiti anche come non-opzionali, dunque categorici<sup>72</sup>. Il nucleo della dimensione deontica del precetto religioso risiederebbe, allora, nell’assoluta inevitabilità del comando; un’imperatività non condizionale. Questo tentativo di “aggiustamento” della tesi deontica non convince la filosofa di New York che trova argomenti per muovere, ancora una volta, la critica di simultaneo “*iper*” e “*ipo*” inclusivismo. Anche con la correzione del tiro, in effetti, sarebbero ricomprese quelle forme religiose che non sono vissute come esperienze ineluttabili, con l’effetto di escludere tutte quelle confessioni religiose – tra cui, a titolo d’esempio, il buddismo, l’unitarismo, ovvero il giudaismo riformato – che non prevedono strutture tipicamente autoritarie e fonti testuali da cui si producono obblighi precisi e

imperativi assoluti a carattere «*non-optional*». In molte di queste religioni (che sono normalmente riconosciute come tali) «ogni caso è lasciato al giudizio della coscienza del singolo individuo»<sup>73</sup>.

La critica più incisiva riguarda, però, l'iperinclusività di tale criterio. Se si punta tutto sul fatto che gli impegni che derivano dalla religione vantano una natura non opzionale, si potrebbe ascrivere al novero degli impegni religiosi tutto ciò che viene, in qualunque modo, avvertito come vincolante *a priori*. In tal senso non può non notarsi come molti individui sono persuasi dell'imperatività di impegni che derivano da cose intramondane<sup>74</sup>. Dalla prospettiva di Nussbaum il fatto che ci si debba astenere dallo stigmatizzare condotte del genere per il solo fatto che paiono inusuali o prive di logica non comporta, in automatico, il fatto che gli si possa tributare la dignità di pratica religiosa<sup>75</sup>.

Tra i possibili criteri per discernere l'ambito religioso, quello che pare più convincente secondo l'analisi di Nussbaum è il criterio che si rifà all'oggetto, che si focalizza sulle questioni su cui normalmente verte una religione, ovverosia «questioni ultime della vita»<sup>76</sup>; che differisce, in parte, dal criterio ontologico indicato da Leiter. In un certo senso si potrebbe sostenere che il fenomeno religioso si connota per il fatto di offrire una qualche acritica, ontoteologica e, sovente soteriologica, “Verità”, a differenza del necessario criticismo filosofico. Il criterio “materialistico o contenutistico”, in sostanza, rappresenterebbe il procedimento euristico forse meno censurabile in termini di *iper o ipo inclusività*, e consentirebbe – quantomeno nell'impianto argomentativo edificato da Nussbaum – di fornire solide basi per affrontare il nodo concernente la specialità giuridica del fenomeno religioso.

## 7. IL FINE ULTIMO DELLA VITA: NUSSBAUM VS. KOPPELMAN

Una volta chiarito che il fattore distintivo del fenomeno religioso potrebbe appellare alla tipologia e al contenuto delle risposte che quest'ultimo cerca di offrire, Nussbaum ritiene che sia possibile affrontare, con qualche freccia in più nella faretra, anzi con il dardo principale, il problema valoriale dello «*special account*» accordato nel modello costituzionale americano ai «*religious commitments*».

In un recente articolo <sup>77</sup>, al fine di superare le aporie strutturali del tessuto normativo, Koppelman ha sostenuto che «la ricerca di un fine

ultimo della vita» sarebbe un valore intrinseco in sé. Nondimeno, giacché lo Stato non può avanzare alcuna posizione in merito alla natura di questo “significato ultimo della vita”, l’unico possibile atteggiamento istituzionale, da un punto di vista neocostituzionale, sarebbe quello di garantire uno *spazio libero* per la ricerca, attraverso qualsiasi possibilità, di questo significato. Ciò equivale a sostenere che ogni forma di ricerca del “senso ultimo” deve poter godere della stessa sfera di libertà, non potendo in alcun modo produrre delle discriminazioni tra le allotropiche e mutevoli modalità di indagine. Per Koppelman la religione, coerentemente con le premesse del suo modello, non potrebbe vantare alcuna pretesa di *special account* in termini di *accommodation*, ponendosi come una tra le tante possibili modalità di ricerca. L’Autore, per certi versi, si colloca sullo stesso piano di Leiter rispetto al giudizio di valore politico della religione, sebbene rispetto al Professore di Chicago, rimanga comunque un accomodazionista inclusivo, favorevole, cioè, alla concessione di *accommodation* per ragioni di coscienza<sup>78</sup>.

In parziale polemica con le tesi di Koppelman, Nussbaum non condivide che il pregio assiologico degli impegni di coscienza sia accordato soltanto a quelle modalità di ricerca che si propongono di sondare il *senso ultimo* della vita umana. Opinando in questa maniera si rischierebbe di escludere tutte quelle forme di coscienza che non ritengono essenziale un fine ultimo dell’esistenza umana. La proposta di Koppelman presenterebbe una sorta di vizio di fondo: concentrandosi sulla meta epistemologica della ricerca sacrificherebbe, in sostanza, la posizione sia di coloro che si dichiarano fondamentalmente scettici, sia di quanti assumono una visione dogmatica di radicale assenza di qualsiasi “significato ultimo”, i quali verrebbero, giocoforza, estromessi da questa speciale garanzia. Non è dal fine della ricerca, pertanto, che si può dedurre un giudizio di valore sulla stessa<sup>79</sup>.

Il punto archimedeo per valutare la questione potrebbe invece risiedere nella modalità di definizione della coscienza. Si è già avuto modo di notare come Nussbaum, sulle spalle di quanto teorizzato ben prima da Roger Williams<sup>80</sup>, assuma un concetto di coscienza intesa come «facoltà per mezzo della quale ciascuno è in grado di ricercare il senso ultimo dell’esistenza». Tradotto in altri termini, la capacità interna della ragione pratica<sup>81</sup>, la quale rappresenterebbe «un intrinseco valore, indipendentemente

dal fatto che le persone ne facciano un buono o cattivo utilizzo»<sup>82</sup>. Questa facoltà, in parte, si identifica con le stesse modalità con cui si estrinseca (ragionamento, ricerca e esperienza emozionale), in parte con l'oggetto verso cui tende, verosimilmente questioni concernenti il senso ultimo della vita. Ciò nondimeno, è posto l'accento sul fatto che è la stessa possibilità della facoltà, e non il suo oggetto epistemico, a dover rappresentare oggetto di tutela. Ne deriva che il rispetto dovrebbe essere accordato trascendendo da qualsiasi precomprensione o pregiudizio in merito al tipo di significato da dover ricercare<sup>83</sup>. Rispetto alla posizione di Koppelman, Nussbaum rileva come sia la stessa *capacità di ricercare* (poco importa cosa) ad avere pregnanza assiologica e normativa, indipendentemente, dunque, dall'oggetto della stessa<sup>84</sup>.

Solo per questa via è possibile raggiungere un autentico consenso politico sulla base della necessità di proteggere le facoltà umane, senza che vi sia alcuna tipologia di accordo preventivo sull'obiettivo epistemologico da dover perseguire. Potendo, adesso, affermare che l'oggetto della tutela costituzionale deve essere semplicemente la "capacità stessa a ricercare", sfrondando, così, il campo da problemi cognitivisti riguardo all'oggetto, rimane però sul tappeto la questione dello *special account* in cui verserebbe la religione.

Per sciogliere il nodo, Nussbaum si appella al punto di vista dell'«osservatore ragionevole». Quest'ultimo, infatti, difficilmente potrebbe ritenere così impellenti e vincolanti gli oneri che derivano dall'«amore eccessivo per la propria auto», ovvero dalla «sogettiva convinzione di doversi vestire come un pollo», poiché è ineludibile una sostanziale differenza tra gli impegni di coscienza, ragionevolmente o verosimilmente oggettivizzabili (o meglio giustificabili intersoggettivamente), che derivano da una ricerca volta al significato ultimo della vita (in grado di ricomprendere forme religiose e quasi-religiose), e quelli che derivano da forme di affezione soggettive.

La struttura argomentativa di Nussbaum mostra qui, però, qualche crepa. La stessa obiezione di dogmatismo mossa a Koppelman sembra potersi ritorcere contro la stessa ricostruzione proposta da Nussbaum e segnatamente là dove dalla teleologia della ricerca ritiene possa predicarsi la bontà e la serietà degli impegni di coscienza. Nondimeno, anche da tale prospettiva, si mette in luce come non paia fondamentale sciogliere

il nodo su cosa sia la religione poiché la protezione, dunque lo “*special account*” dovrebbe essere garantita dalla capacità interna di ricercare (o non ricercare) il senso ultimo della vita. In tutte le sue multiformi visioni. Questa tesi vanta il pregio di porre in evidenza quale possa costituire il reale bene oggetto di tutela, ovverosia, *la capacità umana di ricercare il senso ultimo della vita* <sup>(85)</sup>. Possibilità che è inserita, in effetti, nella decade delle capacità fondamentali, sia come esplicazione della capacità di senso e immaginazione, sia e soprattutto come declinazione della ragion pratica<sup>86</sup>. Questa dimensione prospettica, indipendentemente dalla bontà teorica del *capabilities approach*, consente di evidenziare l’ambito praxeologico dell’azione statale al fine di garantire il rispetto della piena eguaglianza di ciascun essere umano <sup>87</sup>.

La questione si chiarisce ancora meglio dalla prospettiva della coscienza come capacità. Infatti, porre determinate confessioni religiose su un piano di esaltazione istituzionale, per la proclività del messaggio fideistico alle fondamenta costituzionali, significa evidenziarne la bontà civile, consentendo alla capacità interna degli aderenti di quella confessione di trovare condizioni favorevoli, anche oltre il necessario, per il concreto funzionamento. In sostanza, ciò equivale a consentire la definizione di una piena capacità combinata. Allo stesso tempo ne conseguirebbe, però, la negazione delle stesse condizioni favorevoli agli aderenti di altre confessioni, che non godrebbero, allo stesso modo, dell’endorsement pubblico, avvertendo ragionevolmente di essere soltanto tollerati dal contesto. In questo senso si comprende la comparazione tra la tesi della vulnerabilità dell’anima, con cui Roger Williams superava l’assunto stoico del quietismo interno, e la dicotomia tra capacità interna e *capacità combinata* di Nussbaum. Le condizioni esterne favorevoli, perché una capacità interna possa funzionare operativamente<sup>88</sup>, non possono prescindere dal riconoscimento di eguali posizioni di partenza. Si tratta, in buona sostanza, della riproposizione dell’idea madisoniana sul diritto di tutti i cittadini di poter entrare nella sfera pubblica “*on equal conditions*” <sup>89</sup>.

Questa posizione non è eticamente neutrale, e consente di invalidare l’idea che possano esistere principi giuridici senza un definito contenuto etico<sup>90</sup>. Detto in altri termini, in ogni comunità morale gli individui si aspettano l’uno dall’altro quel “pari trattamento” implicito al fatto che ogni essere umano si rivolga nei confronti di qualsiasi altro, nota Jürgen

Habermas, «come uno dei *nostri*»<sup>91</sup>. Nondimeno, come accennato, ciò che sembra assumere valore in sé è la capacità della coscienza; dunque non la religione come tale ma come possibile esplicazione della stessa<sup>92</sup>. In effetti, spostando la lente sul sistema repubblicano, il sistema delle obiezioni di coscienza non sembrerebbe incardinato soltanto sulle ragioni religiose, sebbene la religione rimanga, comunque, il principale argomento per ottenere un'esonazione o un accomodamento e tale disimmetria è alla base della critica di Leiter<sup>93</sup>.

La religione, nella ricostruzione di Nussbaum, non possiede un autonomo valore in sé ma rappresenta, piuttosto, un'estrinsecazione – probabilmente la principale – della peculiare capacità della coscienza. Se ne inferisce che la fede potrebbe costituire una sorta di “ragione *prima facie*” per ottenere una dispensa; ragione che, ricollegandosi al concetto di immagini-di-mondo, potrebbe risultare più facile da argomentare rispetto ad altre opzioni valoriali e orizzonti assiologici.

Per garantire, però, un sistema di protezione speciale (anche se non esclusivamente accordato alla religione) Nussbaum sostiene che il principio di eguaglianza dovrebbe essere declinato nel “principio di protezione delle minoranze religiose dalla prevaricazione della maggioranza”, attraverso il quale potrebbero trovare ingresso normativo alcune dispense, appunto *accommodation*, al fine di perequare l'iniziale situazione di squilibrio fattuale, determinato dal fatto che i sistemi democratici sembrerebbero presentare il problema di confezionare impegni giuridici parametrati ai bisogni della maggioranza<sup>94</sup>. La declinazione sostanzialistica consentirebbe, dunque, di correggere gli effetti fattualmente discriminatori determinati dal disavanzo maggioritario. Nella prospettiva di Nussbaum l'interpretazione sincretica dei due principi cardine – *Free Exercise Clause* e *Non-establishment Clause* – da luogo, nella dimensione nomogenetica dei principi, a due declinazioni normative fondamentali del principio di libertà religiosa: il principio di “*accommodation*” e il principio di neutralità, o meglio *non preferenzialismo* tra le varie manifestazioni del religioso (o meglio della coscienza).

Questa tesi, che giunge all'accomodazionismo negando le ragioni di uno *special account* alla religione, lascia scoperti alcuni nodi. L'accomodamento dovrebbe essere concesso alle istanze di fede in quanto estrinsecazioni della capacità di ricercare il senso ultimo della vita. La serietà

– sebbene Nussbaum cerchi di negarlo – deriverebbe dall’oggetto della ricerca. Nondimeno, non viene fornita una ragione di tale valorizzazione assiologica e tale impostazione avrebbe il sapore di una *petitio principii*. La domanda cui non si dà risposta è: perché gli impegni di coscienza che sono connessi alla ricerca di un senso ultimo della vita dovrebbero avere tale precedenza? Quale maggior forza deontologica rispetto, per esempio, ad un’opzione morale semplice?

## 8. GIUSTIFICAZIONISMO LIBERALE E *ACCOMMODATION*

Esiste una diversa strategia argomentativa in merito allo statuto privilegiato della religione rispetto a possibili *accommodation* legislative che prende le mosse dal giustificazionismo liberale. Per il giustificazionismo, com’è noto, il potere coercitivo può essere definito legittimo soltanto se basato su ragioni che ciascun interessato potenziale (assunto come essere ragionevole) potrebbe condividere e accettare<sup>95</sup>. «Respect for others» – scrive Eberle – «requires public justification of coercion: that is the clarion call of justificatory liberalism»<sup>96</sup>. Democrazia, in buona sintesi, si deve declinare in isonomia e isegoria. Da una tale prospettiva, che prende le mosse dal noto *proviso* rawlsiano<sup>97</sup>, i cittadini religiosi subiscono l’onere di tradurre in un lessico secolare gli argomenti religiosi prima di introdurli nel circuito deliberativo democratico, al fine di poter giustificare la reciprocità del potere coercitivo su basi argomentative universalizzabili<sup>98</sup>.

In un tale contesto di idee Gaus e Vallier ritrovano le ragioni per garantire uno *special account* alla religione in termini di *accommodation normative*<sup>99</sup>. L’argomento proposto consiste in una sorta di rovesciamento della medaglia del principio di accettabilità universale delle ragioni normative: se, nei fatti, risulta non certo agevole provare a sostenere che una ragione religiosa possa essere scelta come base giustificativa per una decisione normativa di cui se ne predica la coercibilità – soprattutto nella dimensione necessariamente aperta di una democrazia pluralista –, la medesima argomentazione fideistica potrebbe, nondimeno, rappresentare una buona ragione per respingere la coazione della legge<sup>100</sup>.

Come si è osservato, il sistema delle *accommodation*, soprattutto nell’alveo del sistema giurisprudenziale statunitense, costituisce un meccanismo di perequazione democratica dei doveri, considerando che gli



obblighi legislativi sono spesso costruiti sulla volontà della maggioranza<sup>101</sup>. Nella dimensione del giustificazionismo – si fa notare – se si possedesse una valida (nel senso di seria) ragione religiosa per non approvare una certa legge, si potrebbe ragionevolmente rigettarne l'imposizione coattiva. Un simile diniego, argomentato in questi termini, non significherebbe voler imporre una ragione settaria sugli altri concittadini, ma tenderebbe, piuttosto, a impedire che una decisione normativa (politica-legislativa) sia imposta coercitivamente anche nei confronti di chi sia in possesso di una seria ragione per ritenere inaccettabile l'argomento normativo.

In sostanza, il principio archimedeo del giustificazionismo è che nessuna coercizione legislativa potrebbe predicarsi democratica se non fosse basata su ragioni suscettibili di una ragionevole (e universalizzabile) condivisibilità. Nondimeno, se la legge non mostrasse il “telson” della coercizione, l'universalizzabilità della giustificazione non sarebbe necessaria. In definitiva, conclude Gaus, basterebbe privare le leggi del fattore della coercizione nei confronti di quei soggetti che vi opponessero delle serie ragioni religiose per impedire un'applicazione antidemocratica (dalla prospettiva liberale)<sup>102</sup>. Pertanto, se nel novero delle possibili interpretazioni di un principio giuridico un soggetto opponesse una ragione religiosa ad una data opzione ermeneutica, la decisione normativa potrebbe comunque tradursi in legge purché la coercizione non sia successivamente estesa anche a colui che rifiuta di accettarla per ragioni religiose.

Tale sistema, di certo, sembrerebbe offrire il destro all'obiezione, funzionale, di rendere le *accommodation* troppo semplici da ottenere e suscettibili di strumentalizzazioni di ogni sorta. Questa debolezza strumentale, in realtà, appare evidente anche allo stesso, Gaus, il quale rileva come tanto il legislatore quanto il giudice sono chiamati a vagliare la fondatezza e la serietà della ragione dell'obiezione, cercando di mettere in luce la possibile sincerità dell'argomento mediante procedure di *opting-out* tese a mettere in luce l'impianto della tesi nonché le eventuali aporie concettuali o fallacie argomentative<sup>103</sup>. In realtà, com'è stato notato, l'idea che un cittadino religioso possieda delle ragioni per non condividere una data scelta normativa non sembrerebbe costituire la base teorica del favore legislativo per la religione, neanche nella prospettiva del giustificazionismo liberale<sup>104</sup>.

Ciò che potrebbe mostrare miglior presa argomentativa è, invece,

l'idea che il fenomeno religioso, e il suo innegabile ruolo performante nella vita di un credente, possa essere considerato come una seria ragione per concedere una dispensa dall'obbligo generale. In questo senso concedere delle *accommodation* su base religiosa dovrebbe apparire accettabile da tutti i consociati, anche dai concittadini pienamente secolarizzati, poiché consapevoli della possibile serietà della ragione opposta.

Da questa prospettiva potrebbe venire in soccorso la peculiare interpretazione della “tolleranza” sposata da Habermas. Nella prospettiva del professore di Francoforte, com'è noto, la tolleranza è declinata come mutuo riconoscimento del rispetto intersoggettivo, sul modello della pragmatica discorsiva universale; ciò implica che i consociati siano in grado di concordare i «limiti delle reciproche pretese di tolleranza solo quando facciano dipendere le loro decisioni da una modalità di consultazione alla quale le parti interessate e insieme partecipanti si attengono per l'assunzione delle reciproche prospettive e la pari considerazione degli interessi»<sup>105</sup>. Naturalmente, ciò implica l'esistenza della struttura dello Stato costituzionale per la concretizzazione operativa delle procedure deliberative<sup>106</sup>.

Il circolo argomentativo di Habermas si chiude: nella fase di *in-put* degli argomenti politici, rispettando il modello discorsivo, nessuna posizione deve essere stata estromessa senza un concreto “vaglio di bontà” di modo che il prodotto normativo “finito” dovrebbe essere in grado di determinare e delimitare i limiti delle reciproche pretese di tolleranza<sup>107</sup>. Tolleranza, nella dimensione discorsiva, equivarrebbe, in buona sostanza, a un atteggiamento di ascolto della posizione altrui senza pregiudizi. In un tale modello discorsivo sarebbe più facile esplicitare le ragioni religiose per ottenere un accomodamento ragionevole degli obblighi legislativi.

## 9. CONCLUSIONI: UN EQUILIBRIO (QUASI?) IMPOSSIBILE

Giunti al termine di questa breve incursione nel tema, è ora possibile trarre qualche conclusione, nella consapevolezza di non aver potuto compiere non più che una rapida, e lacunosa, scorreria in un dibattito tanto complesso. La giustificazione delle *accommodation* come, pure, l'esplicazione del rapporto tra la certezza del diritto e le possibili tensioni con diversi sistemi deontologici cui i cittadini sentono di dovere obbedienza rappresentano tematiche che, se prese sul serio, rovesciano una serie qua-

si infinita di nodi da sciogliere.

Il fenomeno religioso, con la sua innegabile cifra di extraterritorialità discorsiva, è un mondo-di-vita con cui il potere, soprattutto democratico, ha qualche difficoltà a fare i conti. Il problema se la religione sia meritevole o meno di uno *special account*, richiede una preliminare soluzione semantica; occorre chiarire cosa si intenda per religione. Certo si potrebbe sostenere, con il “Secondo” Wittgenstein, che è l’uso della parola in un dato gioco linguistico a darne il significato<sup>108</sup>. L’uso che abbiamo della parola “religione”, però, è davvero bastevole per denotare il fenomeno da una prospettiva giuridica e in una dimensione globalizzata dove gli usi appaiono molteplici e distonici?

Si è cercato di proporre alcune ricostruzioni del significato di religione da un punto di vista concettuale che hanno consentito, più che altro, di rendere la cifra del disaccordo semantico. Scegliere un’interpretazione, in questo campo, è un compito pieno di rischi; soprattutto – e parafrasando Robert Cover – quello di “uccidere” intersoggettivamente alcuni significati<sup>109</sup>. Rimane da affrontare, ancora, il problema relativo a chi debba spettare il potere di decidere quale ricostruzione adottare.

Se si seguisse la teoria dello *special account* e si optasse per l’accomodazionismo si dovrebbe individuare il soggetto chiamato istituzionalmente a stabilire cosa sia la religione (per il diritto) e concedere l’esonero o l’accomodamento. Se questi fosse il legislatore – preferendo l’impostazione per cui le *accommodation* dovrebbero essere decise da un’assemblea rappresentativa – potrebbero sorgere alcuni problemi operativi. In primo luogo, se si limitasse a concedere le *accommodation* per mere ragioni religiose, utilizzando una formula generica, si finirebbe per spostare l’onere di definire “il religioso”, caso per caso, sulle spalle del giudice. Se si proponesse una definizione analitica questa, per le ragioni evidenziate, potrebbe risultare *under-inclusive* oppure *over-inclusive*. Si potrebbe optare, ancora, per restituire nuovamente il compito al giudice, in grado di vagliare, caso per caso, la serietà dell’ richiestista, come sostiene parte dalla dottrina<sup>110</sup>. Ma quali strumenti possiede il giudice per capire se un’istanza di *accommodation* è frutto di un impegno religioso o di un’opzione di coscienza? Il rischio di tenere fuori i *solitary seker*, così facendo, è davvero elevato.

Si potrebbe, allora, seguire Brian Leiter e negare lo *special accou-*

nt della religione, declinarla come “voce” della libertà di coscienza, di eguale statuto costituzionale, e impedire qualsiasi *accommodation*. Questa sarebbe la via più semplice – inutile negarlo e – ma chiederebbe ai cittadini di accettare quella situazione terribile che si è definito “dilemma della sanzione”, con ripercussioni asimmetriche sui diversi attori sociali. Il dilemma della sanzione sembrerebbe l’unico criterio per giustificare la specialità della religione rispetto alla coscienza. Tuttavia tenderebbe a premiare solo le religioni soteriologiche, come, pure, a sottostimare il peso psicologico della violazione di una norma morale.

Infine, si potrebbe essere accomodazionisti non-preferenzialisti, come Nussbaum e Koppelman, e concedere *accommodation* per gli impegni di coscienza, non solo religiosi, purché dotati del requisito della serietà dell’argomento. Quest’ultima potrebbe sembrare la teoria più convincente. Nondimeno, ci si dovrebbe domandare chi possa decidere cosa sia serio nei termini di coscienza e con quali strumenti del diritto o del ragionamento giuridico. Alla fine dei conti i funghi bisognerà decidere se mangiarli oppure no, e questo sarà tutto, fuorché un atto in pratica neutrale.

#### Notes

1Cfr. M.W. MCCONNELL, *Accommodation of Religion*, in *S. Ct. L. Rev.*, 1/1985, p. 1 ss., spec 8–24; D. LAYCOCK, *Peyote, Wine and the First Amendment*, in *Christian Century*, 1/1989, p. 876 ss. N.L. ROSENBLUM (a cura di), *Obbligation of Citizenship and Demands of Faith. Accommodation in pluralist Democracies*, Princeton (New Jersey), 2000; M.V. TUSHNET, *Questioning the Value of Accommodating Religion*, in S.M. FELDMAN, *Law and religion: A Critical Anthology*, New York, 2000, pp. 245-260.

Il principio di *accommodation* non soltanto preclude l’adozione di leggi che comportino discriminazioni nei confronti del fenomeno religioso ma richiede, altresì, un pervasivo scrutinio giurisdizionale per valutare i possibili oneri che una data normativa può addossare ai cittadini religiosi. Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, in *University of Chicago Law Review*, 11/2013, pp. 1351-1401, spec. p. 1364. Per una prospettiva storica si vedano, tra gli altri, M. DEWOLFE HOWE, *The Garden and the Wilderness: Religion and Government in American Constitutional History*, Chicago 1965; A.M. ADAMS, C.J. EMMERICH, *A Nation Dedicated to Religious Liberty: The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, Filadelfia 1990.

2Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In defense of America’s Tradition of Religious Equality, In defense of America’s Tradition of Religious Equality*, New York, 2008, soprattutto il capitolo *The Struggle Over Accommodation*, p. 115 e ss.

3Cfr. B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*, Princeton (New Jersey), 2012.

4Ci si riferisce, qui, alle riflessioni critiche di F. SCHAUER, *Must Speech Be Special?*, in *Nw. U. L. Rev.*, 78/1983, p. 1284 ss.

5 Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., pp. 1351-1401. Si veda pure M. SCHWARTZMAN, *Conscience, Speech, and Money*, in *Va. L. Rev.*, 97/2011, p. 317 ss.

6Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1352. Per una ricostruzione del tema nell’ordinamento italiano si veda, tra gli altri, A. LOLLO, *Dis-*

-eguaglianza e pratiche religiose, in rivista online [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2/2015, disponibile all'indirizzo: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/06/Lollo-pratiche-religiose.pdf>.

7Cfr., tra gli altri, D. LAYCOCK, *Religious Liberty as Liberty*, in *J. Contemp Legal Issues*, 7/1996, p. 313 e ss., spec. 316; M.W. MCCONNELL, *Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 60/1992, p. 685 e ss.

8Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it. a cura di S. Maffettone, Torino 1999.

9Cfr., sul punto, S.C. IDLEMAN, *Religious Premises, Legislative Judgments, and the Establishment Clause*, in *Cornell. J. L. & Pub. Pol.*, 12/2002, p. 1 e ss., spec. p. 6-7.

10Tra gli autori che difendono la teoria dello *special account* costituzionale della religione si vedano almeno: A.E. BROWNSTEIN, *The Religion Clauses as Mutually Reinforcing Mandates: Why the Arguments for Rigorously Enforcing the Free Exercise Clause and Establishment Clause Are Stronger When Both Clauses Are Taken Seriously*, in *Cardozo L. Rev.*, 32/2001, p. 1701 e ss.; C. FLANDERS, *The Possibility of a Secular First Amendment*, in *Quinnipiac L. Rev.*, 26/2008, p. 257 e ss.; M.W. MCCONNELL, *The Problem of Singling Out Religion*, in *DePaul. L. Rev.*, 50/2003, p. 1 ss.; J.H. GARVEY, *What Are Freedoms For?*, Cambridge (Mass) 1996; A.S. GREENE, *The Political Balance of the Religion Clauses*, in *Yale L. J.*, 102/1993, p. 1611 e ss.; K. GREENAWALT, *Religious Convictions and Political Choice*, Oxford, 1988; I.C. LUPU, *Reconstructing the Establishment Clause: The Case against Discretionary Accommodation*, in *U. Pa. L. Rev.*, 140/1991, p. 555 e ss., spec. p. 558-59; K.A. BRADY, *The distinctiveness of religion in American Law. Rethinking Religion Clause jurisprudence*, New York, 2015; A. KOPPELMAN, *Defending American Religious Neutrality*, Cambridge (Mass.), 2013.

11Si vedano, tra gli altri, B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*, cit., pp. 54-67; C.L. EISGRUBER, L.G. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge (Mass.) 2007, spec. p. 51-77; W.P. MARSHALL, *What Is the Matter with Equality?*, *An Assessment of the Equal Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence*, in *Ind. L. Jour.*, 75/2000, p. 193 e ss.; F.M. GEDICKS, *An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions*, in *U. Ark. Little Rock L. J.*, 20/1998, 555 ss., spec. 572-574; C.J. EBERLE, *Religious Conviction in Liberal Politic*, Cambridge (Mass.), 2002; A. ELLIS, *What Is Special about Religion?*, in *L. & Phil.*, 25/2006, p. 219 e ss.

12Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1358. Seguendo Schwartzman la distinzione dottrinale tra posizioni accomodazioniste e posizioni non accomodazioniste potrebbe combinarsi con un'altra diairesi dogmatica, ossia quella tra teorie «esclusiviste» – ovvero sia quelle concezioni che escludono la religione tra le basi assiologiche e teleologiche per l'azione istituzionale – e teorie «inclusiviste» – che sostengono, invece, la possibilità che la religione possa rientrare nel novero delle giustificazioni per l'azione di governo o legislativa. Combinando le diverse concezioni si potrebbero ottenere quattro diverse categorie: teorie accomodazioniste esclusive, teorie accomodazioniste inclusive, teorie non-accomodazioniste esclusive, teorie non-accomodazioniste inclusive.

13 Cfr., sul punto, M.W. MCCONNELL, *Accommodation of Religion*, in *S. Ct. L. Rev.*, 1/1985, pp. 8-24.

14Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1357. In merito alle possibili *reverse discrimination* si veda, tra gli altri, S.G. GEY, *Why Is Religion Special? Reconsidering the Accommodation of Religion under the Religion Clauses of the First Amendment*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 52/1990, p. 75 e ss., spec. p. 79.; B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*, cit., spec. p. 114 e ss.

15Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In defense of Americas's Tradition of Religious Equality*, cit., p. 115 e ss. Si vedano, pure, M.C. NUSSBAUM, *Liberty of*

*Conscience: The Attack on Equal Respect*, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 8/2007, p. 337-357, trad. it. a cura di F. Lelli, *Libertà di Coscienza e Religione*, Bologna, 2009; M.C. NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Cambridge (Mass.), 2012, trad. it. a cura di S. De Petris, *La nuova intolleranza. Superare la paura dell'Islam e vivere in una società più libera*, Milano, 2012.

16Cfr. J. HABERMAS, *I fondamenti pre-politici dello stato di diritto democratico?*, in J. RATZINGER, J. HABERMAS, *Etica, Religione e Stato liberale*, (2004) a cura di M. Nicoletti, Brescia, 2005, ora anche in J. HABERMAS, *Tra scienza e fede* (2004), Roma-Bari, 2008, pp. 5-18, spec. p. 16.

Si vedano, pure e senza alcuna pretesa di esaustività, J. HABERMAS, *Religione e pensiero post-metafisico. Una replica*, in J. HABERMAS, *Verbalizzare il Sacro. Sul lascito religioso della filosofia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2015; K. EDER, *Lo stato secolare in una società non secolare. Riflessioni sulla modernità post-secolare*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Lo stato secolarizzato nell'età post-secolare*, Bologna, 2008, pp. 157-182; J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica* (1994), trad. it., Bologna, 2000; A. BECKFORD, *Public Religions and the Postsecular*, in «*Critical Reflections Journal for the Scientific Study of Religion*», 51/2012, pp. 1-19; M. DUFFY TOFT, D. PHILPOTT, T. S. SHAH, *God's Century: Resurgent Religion and Global Politics*, New York, 2011; S. THOMAS, *The Global Resurgence of Religion, International Law and International Society*, in C.D. TODD, *The Fine Awareness of Martha Nussbaum*, in «*Dialogue*», 33/1994, pp. 305-312; G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2011, p. 17 ss.

17Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 10.

18Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 11.

19Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 11.

20 Cfr. S. SMITH, *Religious Symbols and Secular Government*, in *Legal Studies Research Paper Series*, 96/12, testo del paper liberamente disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2148040>.

21Cfr. S. SMITH, *Religious Symbols and Secular Government*, cit., p. 13.

22Cfr., sul punto, J. HABERMAS, *Un nuovo interesse dei filosofi per la religione? Intervista con Eduardo Mendieta*, in ID., *Verbalizzare il sacro*, cit., p. 87.

23Cfr. S. SMITH, *Religious Symbols and Secular Government*, cit., p. 13.

24Cfr., sul punto, A. ROMEO, "Rappresentare Dio". *Il rapporto controverso tra religione e democrazia rappresentativa*, in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015, pp. 265-291.

25Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 11.

26Cfr. M.C. NUSSBAUM, *La nuova Intolleranza*, cit., p. 96.

27Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 24.

28Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 24.

29Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 24.

30Cfr. S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli al potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008, pp. 42-46. Per un approfondimento del dato giurisprudenziale in materia religiosa nel contesto ordinamentale americano si vedano tra gli altri, e nel solco di una letteratura pressoché oceanica, K. GREENAWALT, *Religion and The constitution, II, Establishment and Fairness*, Princeton-New Jersey, 2008; M. MCCONNELL, J.H. GARVEY, T.C. BERG, *Religion and the Constitution*, 3<sup>a</sup> ed., New York, 2011; F. ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extraeuropei*, in M. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, Bologna, 1997; P. HAMBURGER, *Separation of Church and State*, Cambridge, 2002; V. BARSOTTI, N. FIORITA, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per*

*un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti tra Stato/Chiese*, Torino, 2008; D. LAYCOCK, *Nonpreferentialism AID to Religion: A False Claim About Original Intent*, in «William and Mary Law Review», 27/1986, 875-923; P.J. EBERLE, *Church and State in Western Society*, Aldershot, 2011; T. LINDHOLM, W. COLE DURHAM, J. BAHIA, G. TAHZIB-LIE, E.A. SEWELL, L. LARSON, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, Leiden, 2004; V. VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Padova, 2010.

31Cfr. M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit., p. 98.

32Cfr. M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit., p. 98.

33Cfr. M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit., p.166.

34Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 166. Trad. mia.

35Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 166.

36Cfr., su tutti, D. LUBAN, *Legal Traditionalism*, in *Stan. L. Rev.*, 43/1991, p. 1035 e ss.

37Cfr., sul punto, A.S. GREENE, *The Political Balance of the Religion Clauses*, cit., p. 1635. Cfr., pure, A.S. GREENE, *Is Religion Special? A Rejoinder to Scott Idleman*, in *U. Ill. L. Rev.*, 1/1994, p. 535 e ss.; A.S. GREENE, *Constitutional Reductionism, Rawls, and the Religion Clauses*, in *Fordham. L. Rev.*, 72 (2004), p. 2089 e ss., spec. p. 2091.

38Cfr., sul punto, K.M. SULLIVAN, *Religion and Liberal Democracy*, in *U. Chi. L. Rev.*, 59/1992, p. 195 ss., spec. p. 222. Cfr. pure S. GREENE, *The Political Balance of the Religion Clauses*, cit., p. 1613.

39Cfr. S. GREENE, *The Political Balance of the Religion Clauses*, cit., p. 1613.

40Cfr. S. GREENE, *The Political Balance of the Religion Clauses*, cit., p. 1613.

41Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167.

42Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167.

43Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167

44Cfr. B. LEITER, *Why Tolerate religion?*, cit., p. 33.

45Cfr. B. LEITER, *Why Tolerate religion?*, cit., p. 33

46Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1359 e ss.

47Cfr., tra gli altri, C.J. EBERLE, *Religious Convictions in Liberal Politics*, cit., pp. 199-201; L. ALEXANDER, *Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology*, in *San Diego L Rev.*, 30/1993, p. 763 e ss., spec. pp. 764-80; B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*, cit., p. 14 ss.

48Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167.

49Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167. Trad. mia.

50Cfr. W. COLE DURHAM, *Recognizing Religious Communities in Law*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 5/2007, p. 27-40.

51Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167.

52Cfr. B. LEITER, *Why tolerate religion?*, cit., p. 33 ss.

53 Cfr. B. LEITER, *Why tolerate religion?*, cit., p. 34.

54Cfr. B. LEITER, *Why tolerate religion?*, cit., p. 42.

55Cfr. B. LEITER, *Why tolerate religion?*, cit., p. 47.

56Cfr. B. LEITER, *Why tolerate religion?*, cit., p. 64.

57Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1365, trad. mia. Sul punto si veda, pure, M.S. PAULSEN, *God Is Great, Garvey Is Good: Making Sense of Religious Freedom*, in *Notre Dame L. Rev.*, 72/1997, p. 1597 e ss., spec. 1611.

58Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1365. Cfr., pure, M.W. MCCONNELL, *The Problem of Singling Out Religion*, cit., pp. 28-29. Basti pensare, in effetti, al *Memorial and Remonstrance* di Madison, dove gli impegni dettati dalla religione sono considerati «*precedent, both in order of time and in degree of obligation, to the claims of Civil Society*». Si veda il celebre J. MADISON, *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments*, in J.N. RAKOVE (a cura di), *Madison: Writings*, Library of America, 1999, p. 30.

59Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1365.

60Cfr., sul punto, H. GARVEY, *What Are Freedoms For?*, cit., p. 54; M.W. MCCONNELL, *Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics*, in *Geo. Wash. L. Rev.* 660/1992, p. 685 e ss., spec. pp. 687-88; M.S. PAULSEN, *God Is Great, Garvey Is Good: Making Sense of Religious Freedom*, cit., pp. 1624-1625.

61Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit. p. 1366.

62Cfr. H. GARVEY, *What Are Freedoms For?*, cit., p. 54.

63Cfr. M.S. PAULSEN, *God Is Great, Garvey Is Good: Making Sense of Religious Freedom*, cit., p. 1622.

64Si tratta di un argomento utilizzato nel dibattito di *Legal Ethics*. Cfr. D. LUBAN, *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren't Busy Assaulting It)*, in *U. Ill. L. Rev.*, 3/2005, pp. 815-845, spec. p. 833.

65Cfr. D. LUBAN, *Lawyers as Upholders of Human Dignity*, cit., p. 817 ss.

66Cfr. M.W. MCCONNELL, *The Problem of Singling Out Religion*, cit., p. 30.

67Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, cit., p. 1366.

68Cfr. H. GARVEY, *What Are Freedoms For?*, cit., p. 54.

69Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167.

70 Cfr., pure, B. LEITER, *Why Tolerate religion?*, cit., p. 34.

71 Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167. Del resto non è complicato constatare quanto casi di eccessiva affezione al danaro, alla propria casa o addirittura a un *team* sportivo possono costituire la fonte per obblighi di coscienza di carattere vincolante. «Nessuno» – scrive Nussbaum – «sarebbe seriamente intenzionato a riconoscere l'obiezione al servizio di leva a chi fosse intensamente attaccato alla propria macchina, per quanto sincero possa mostrarsi il suo amore. Né – giunto a conoscenza che il mio datore di lavoro non è intenzionato a concedere il permesso per andare a vedere la partita dei White Sox nel pomeriggio senza penalità – potrei avere le basi per promuovere un giudizio per la violazione del Primo emendamento qualora venissi conseguentemente licenziato e mi fosse negata l'indennità di disoccupazione». Trad. mia.

72 Sul punto si veda P. WEITHMAN, *Religion and the Obligations of Citizenship*, Oxford, 2002.

73Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 167. Trad. mia.

74Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., 168, trad. mia. Ne è icastico esempio il caso di «un uomo che affermò di sentire come un obbligo non opzionale il doversi vestire come un pollo, e chiese di conseguenza la protezione religiosa per questo comportamento». Si tratta del celebre caso giudiziario *State v. Hodges*, 695 S.W. 2d, 171-172 (Tenn. 1985).

75Una diversa obiezione al criterio della “non opzionalità” degli impegni di coscienza” è stata sollevata da Andrew Koppelman, il quale ha sottolineato che gli impegni “non opzionali” potrebbero essere tanto seri quanto rivolti, comunque, al male: Hitler, caso paradigmatico, potrebbe in fatti aver avvertito la sua politica antisemita come una missione *non opzionale*. L'obiezione di Koppelman viene agilmente superata da Nussbaum. Nella posizione della filosofa americana, come si è potuto più volte constatare, qualsiasi espressione di coscienza può legittimamente contare sulla protezione e la garanzia offerta della Free Exercise Clause fintanto che non si traduca in una diretta



aggressione, in chiave operativa, ad un altro bene costituzionalmente garantito. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 360, nota 97.

76Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 168.

77Cfr. A. KOPPELMAN, *Corruption of Religion and the Establishment Clause*, in *William & Mary Law Review*, 6/2009, pp. 1849-77.

78Cfr. A. KOPPELMAN, *Defending American Religious Neutrality*, Cambridge (Mass.), 2013.

79Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 168.

80Sul punto si veda R. WILLIAMS, *The Bloody Tenent of Persecution*, s.e., London 1644, trad. it., in *Separazione fra Stato e Chiesa e libertà religiosa nel pensiero di Roger Williams*. «La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza», a cura di S. FERLITO, Torino, 1994.

81Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2011, p. 96.

82Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p.169. Trad mia.

83Si veda pure P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

84Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 169.

85Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., 170. Per chiarire il funzionamento dello standard, Nussbaum riporta l'esempio di un celebre caso giudiziario del 1965: *Daniel Andrew Seeger v. U.S.* In quella vicenda l'istante si era visto negare l'obiezione di coscienza alla leva militare sotto il *Selective Service Act*, che definiva le istanze religiose come quelle credenze «in relazione ad un Essere Supremo». Seeger, piuttosto, argomentò le proprie opinioni esistenziali, che definì egualmente religiose, rifacendosi agli scritti di Platone, Aristotele e Spinoza, ritenendo l'adesione a queste posizioni come una forma di convincimento talmente vincolante da generare precisi obblighi di coscienza. Seeger, nondimeno, si dichiarò agnostico rispetto all'esistenza di un "essere supremo". La Corte Suprema, ravvisando l'esistenza di forme religiose non teistiche, accolse l'istanza ritenendo illegittimo il riferimento testuale ad un unico essere Supremo. In quel caso la Corte, sulla scorta della teologia di Paul Tillich, propose una diversa ermeneusi dello standard previsto dal *Selective Service Act* ricomprendendo «tutte quelle forme di credenze, sincere e pregne di significato, che possono occupare nella vita di chi le possiede lo stesso ruolo occupato da Dio nei credenti». Trad. mia.

86 Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit., p. 96.

87Si veda, sul punto, H. BRIGHOUSE, I. ROBEYNS (a cura di), *Measuring Justice. Primary Goods and Capabilities*, Cambridge (Mass.) 2010.

88Sul punto si veda I. CARTER, *Funzionamenti e capacità: una critica liberale alle teorie di Sen e Nussbaum*, in *Rivista di Filosofia*, 4/2001, p. 49 ss.

89Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 229.

90Cfr. C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 228-229.

91Cfr. J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro, Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Milano, 2008, p. 43, c.vo mio.

92Per un'analisi accurata si veda, tra gli altri, M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *Il diritto universale alla libertà di coscienza*, Roma, 2000.

93Cfr. B. LEITER, *Why Tolerate religion?*, cit., *passim*.

94Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 119.

95Sul punto si vedano, tra gli altri, T. CUNEO, *Religion in the Liberal Polity*, Notre Dame (Indiana), 2005; G. GAUS, *The Place of Religious Belief in Public Reason Liberalism*, in M. DIMOVA-COOKSON, P.M.R. STIRK, *Multiculturalism and moral conflict*, New York, 2010, p. 17 e ss.; E. LANGERAK, *Religion in the Public Square*, in *Philosophy Compass*, 2/2007, pp. 129-140; S. MACEDO, *The Politics of Justifica-*

tion, in «Political Theory», 18/1990, pp. 280-304; P.L. QUINN, *Political Liberalisms and Their Exclusions of the Religious*, in *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 69/1995, pp. 35-56; R. RORTY, *Religion in the Public Square: A Reconsideration*, in *Journal of Religious Ethics*, 31/2003, pp. 141-49, C. CALHOUN, *Secularism, Citizenship, and the Public Sphere*, in C. CALHOUN, M. JUERGENSMEYER, J. VANANTWERPEN (a cura di), *Rethinking Secularism*, New York, 2011, pp. 75-90; P. WEITHMAN, *Religion and the Obligations of Citizenship*, Oxford, 2002; R. AUDI, N. WOLTERSTORFF, *Religion in the Public Square: The Place of Religious Convictions in Political Debate*, Lanham (Md), 1997; J. HABERMAS, *La religione nella sfera pubblica. Presupposti cognitivi dell'uso pubblico della ragione da parte dei cittadini credenti e laicizzati*, in J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad.it a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2006; 2012; R. AUDI, *The place of religion argument in a free and democratic society*, in *San Diego Law Review*, 30/1993; A. ROMEO *Diritto, religioni, democrazia. La partecipazione democratica dei cittadini religiosi*, Giuffrè, Milano, 2016.

96Cfr. C.J. EBERLE, *Religious Conviction in Liberal Politics*, Cambridge, 2002, 54.

97 Cfr. J. RAWLS, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica* (1997) in Id., *Il diritto dei popoli*, trad.it a cura di S. Maffettone, Torino, 2001, 191, c/vo mio. Per un'analisi critica si veda P. WEITHMAN, *John Rawls's Idea of public reason: Two questions*, in *Journal of Law, Ethics, and Culture*, 1/2007, pp. 47-67.

98Cfr. A. ROMEO, *Sfera pubblica, cittadinanza e motivazioni religiose*, cit., pp. 73-74.

99 Cfr. G. GAUS, K. VALLIER, *The Roles of Religious Conviction in a Publicly Justified Polity: The Implications of Convergence, Asymmetry, and Political Institutions*, in *Philosophy Social Criticism*, 35/2009, pp. 51-76.

100Per un commento critico alla posizione di Gaus e Vallier, cfr. A. ROMEO, "To talk with a mockingbird". *I cittadini religiosi nel modello della convergenza di Gerald Gaus: alcuni aspetti critici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), Giugno 2015.

101Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 115 e ss.

102Cfr. G. GAUS, *The Place of Religious Belief in Public Reason Liberalism*, cit., p. 32.

103Si veda pure A. LOLLO, *Dis-eguaglianza e pratiche religiose*, cit., p. 35 e ss.

104Cfr. A. ROMEO, "To talk with a mockingbird", cit., 31.

105Si veda J. HABERMAS, *La tolleranza come battistrada dei diritti culturali*, in J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., p. 153, trad. mia.

106Cfr. G. BORRADORI, *Filosofia del terrore. Dialoghi con Habermas e Derrida*, Roma-Bari, 2003, p. 89.

107Cfr. J. HABERMAS, *La tolleranza come battistrada dei diritti culturali*, cit., p.155.

108Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Ricerche Filosofiche*, a cura di M. Trinchero, Torino, 1953.

109L'interpretazione – sostiene Robert Cover – non è un modo per creare un significato ma sempre per distruggerlo; «*legal interpretation takes place in a field of pain and death*», perché scegliendo un significato il giudice uccide tutti gli altri potenziali semantici. Cfr. R.M. COVER, *Violence and the Word*, in *Yale L. J.*, 95 (1986), p. 1601.

110Si vedano, su posizioni sostanzialmente analoghe, A. LOLLO, *Dis-eguaglianza e pratiche religiose*, cit., p. 35 ss.; K.A. BRADY, *The distinctiveness of religion in American Law*, cit., p. 279 e ss.