



Andrea Romeo

(assegnista di ricerca in Filosofia del diritto nell'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali)

**Libertà di coscienza e religione alla prova della post-modernità:
la prospettiva giusfilosofica di Martha C. Nussbaum ***

SOMMARIO: 1. "A tradition under threat". Antropologia della paura e tendenze escludiviste delle comunità dominanti - 2. La tradizione filosofica del pensiero costituzionale: Williams, Madison e i principi cardine della tradizione di "religious fairnes" - 3. Forme di *Benign Establishment*: critica alla tesi della "presunta innocuità" e interpretazione autentica del principio di separazione - 4. Neutralità statale e speciale considerazione del fenomeno religioso: un rapporto problematico.

1 - "A tradition under threat". Antropologia della paura e tendenze escludiviste delle comunità dominanti

Il problema della libertà di coscienza e religione rappresenta uno degli argomenti più indagati dalla filosofa morale Martha C. Nussbaum, soprattutto negli scritti *Liberty of Conscience*¹ e ne *La nuova Intolleranza*,

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Ci si riferisce a **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008. Alcune tesi presentate nel libro sono state successivamente riproposte e sintetizzate dalla stessa autrice in **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience: the attack on Equal respect*, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 8/2007, p. 307 e ss., traduzione italiana a cura di F. Lelli, *Libertà di coscienza e religione*, il Mulino, Bologna, 2009, e **M.C. NUSSBAUM**, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Harvard University Press 2012, in Italia edito sotto il titolo (non del tutto corrispondente all'originale in lingua inglese): *La nuova intolleranza. Superare la paura dell'Islam e vivere in una società più libera*, traduzione italiana a cura di S. De Petris, il Saggiatore, Milano, 2012, dove, in buona sostanza, vengono approfondite alcune tematiche precedentemente affrontate in *Liberty of Conscience*.

Per una panoramica sul pensiero di Martha Craven Nussbaum in tema di libertà di coscienza, laicità dello Stato e dimensione religiosa si vedano pure, tra le altre, **M.C. NUSSBAUM**, *Giustizia sociale e dignità umana. Da giustizia a persone*, il Mulino, Bologna, 2002 e 2013; **EAD.**, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, 2004, traduzione italiana a cura di C. Corradi: *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005; **M.C. NUSSBAUM**, *Upheavals of thought. The intelligence of Emotion*, Cambridge University Press, 2001, traduzione italiana a cura di R. Scognamiglio: *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino, Bologna, 2004; **M.C. NUSSBAUM** *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, Oxford



dove il tema viene affrontato tenendo presenti le differenze strutturali, storiche e soprattutto ideologiche che caratterizzano, nei modelli ricostruttivi, l'esperienza statunitense e quella europea.

Il paradigma antropologico fondamentale da cui muove il discorso di Martha Nussbaum è che "people love homogeneity and are startled by difference"². Nel contesto di questa asserzione, esplicativa del

University Press, traduzione italiana *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, a cura di R. Falcioni, il Mulino, Bologna, 2017.

Tra le altre opere editate in Italia di M.C. Nussbaum si vedano almeno: *The Fragility of goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, New York 1986, traduzione italiana a cura di M. Scattola, *Introduzione* di G. Zanetti, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia Greca*, 1996-2004 (l'edizione precedente con una *Introduzione* di R. Scognamiglio); *The Therapy of Desire. Theory and Practice in Hellenistic Ethics*, Princeton 1994, traduzione italiana a cura di N. Scotti Muth, *La terapia del desiderio. Teoria e pratica nell'Etica Ellenistica*, Vita e Pensiero, Milano, 1998; *Compassion: The Basic Social Emotion*, in *Social Philosophy and Policy*, 13/1996, pp 27-58; *Poetic justice: the Literature Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston, 1995, traduzione italiana a cura di G. Bettini, *Il giudizio del Poeta, immaginazione letteraria e vita civile*, Feltrinelli, Milano, 1996; *Cultivating Humanity, A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1997, traduzione italiana a cura di S. Paderni, *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, Carocci, Roma, 1999; *Women and Human development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2000, traduzione italiana a cura di W. Maffezzoni, *Diventare persone. Donne e Universalità dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001; *Frontier of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2006, edizione italiana a cura di C. Faralli, traduzione italiana di G. Costa, R. Albicca, F. Lelli, S. Zullo, *Le nuove frontiere della giustizia*, il Mulino, Bologna, 2007; *Duties of Justice, Duties of Material Aid: Cicero's Problematic Legacy*, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 8/2007, p. 337 e ss., traduzione italiana, a cura di F. Lelli, *Giustizia e aiuto materiale*, il Mulino, Bologna, 2008; *The Clash Within: Democracy Religious Violence and India's Future*, Harvard University Press, London-Cambridge 2007, traduzione italiana a cura di R. Falcioni, *Lo scontro dentro le civiltà. Democrazia, radicalismo religioso e futuro dell'India*, il Mulino, Bologna, 2009.

Si vedano altresì le raccolte di saggi, tra cui si segnalano: *Giustizia Sociale e dignità umana*, traduzione italiana a cura di E. Greblo, il Mulino, Bologna, 2002; *Capacità personale e democrazia sociale*, traduzione italiana di S. Berdea, a cura di G. Zanetti, Diabasis, Reggio Emilia, 2003; *Educare cittadini del mondo*, in **M.C. NUSSBAUM, G. E. RUSCONI, M. VIROLI**, *Piccole patrie grande mondo*, Donzelli, Milano-Roma, 1994, p. 21 ss.; *Eleatic Conventionalism and Philolaus on the Conditions of Thought*, in *Harvard Studies in Classical Philology*, 83/1979, pp. 63-108; *Sex in the Head. Review of Roger Scruton's Sexual Desire: A Moral Philosophy of the Erotic*, in *New York Review of Books*, 33/1986, pp. 49-52; *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, Oxford - New York 1990; *Not for profit. Why democracy needs Humanities*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) 2010, traduzione italiana con introduzione di T. De Mauro, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno di una cultura umanistica*, il Mulino, Bologna, 2011; *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, New York, 2011, traduzione italiana di R. Falcioni, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, il Mulino, Bologna, 2012.

² **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of conscience*, cit., p. 26.



contegno umano, si deve tentare una comprensione fenomenologica della sempre più rinnovata tensione verso l'esaltazione di elementi religiosi e tradizionali che, in modo del tutto trasversale ai modelli costituzionali e ai sistemi ideologici, sembrerebbe presentarsi - con variabili dovute al contesto - in molte democrazie occidentali. Le questioni sui simboli religiosi, per esempio, potrebbero per certi versi rappresentare un formidabile diapason della cifra di questa sostanziale (ri)torsione verso il timore dell'atomismo e dell'indifferenza sociale intravisto da alcuni negli effetti del pluralismo globalizzato.

Si tratta, come si è potuto notare, di una risposta ideologica alle rinnovate tensioni della post-modernità; risposta che, richiamandosi pubblicamente e istituzionalmente al valore, soprattutto, secolare del *mainstream* nazionale/religioso, cerca un sicuro riparo nelle liturgie rassicuranti dell'ortoprassi, soprattutto di matrice fideistica³. L'analisi di Nussbaum muove dal tentativo di individuare ciò che rappresenta, o che può verosimilmente rappresentare, la ragione fondamentale che si cela dietro le frequenti pratiche di sponsorizzazione pubblica di elementi religiosi tradizionali, rinvenendolo in un fattore antropologico umano, tanto banale quanto socialmente inesorabile e ancestrale: la paura⁴. Cionondimeno, essa rappresenta un'emozione narcisistica, che culla l'ossessione della ragione monologica dell'*Io* e del *Noi*, nell'intima natura dello *zoon politichon*⁵. Questa ricostruzione antropologica, secondo l'Autrice, potrebbe spiegare, o contribuire a spiegare, il retroterra

³ Si consideri questa risalente, seppur attuale, considerazione di Lerner: "come i bambini e i nevrotici, gli uomini come animali politici vivono in un mondo pieno di spauracchi, sogni tabù e simboli, in cui le ombre si profilano molto più grandi delle realtà che rappresentano gli uomini vivono in una giungla di paura, pieno di fantasmi di cui hanno sentito parlare e immaginato. Il loro mondo è il mondo dei bambini ma reso oscuro dai simboli e meditabondo, affollato di timori e ansie, con le distorsioni di oggetti reali, con le più crudeli delusioni, nonsequitur. È per questo che gli uomini si trovano sempre costretti a cercare qualche simbolo di diritto divino". **M. LERNER**, *Constitution and Court as Symbols*, in *Yale Law Journal*, 46/1937, pp. 1290-1291.

⁴ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 5, e *La nuova intolleranza*, cit., p. 35 ss. Lo statuto emotivo della paura è antropologicamente basilare, fondato su di un meccanismo di reazione causale biologicamente proprio a tutte le forme di vita evolute; a differenza della dimensione emozionale della compassione, la paura infatti è una emozione "assolutamente primordiale" che non richiede alcuna capacità empatica di proiezione al di fuori del proprio Io, assumendo, riduttivamente, la struttura di un pensiero di tipo causale, necessario per l'identificazione della minaccia (p. 40).

⁵ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *La nuova intolleranza*, cit., p. 37. A livello sociale la paura, seguendo la riflessione di Martha C. Nussbaum, si "nutre avidamente di alcuni stereotipi emblematici", tra cui l'idea del pericolo celato dietro l'invisibilità, della maschera che copre il volto, della minaccia ammantata dal velo sottile della normalità (39).



emotivo che sembrerebbe celarsi dietro le crociate europee contro il burqa, giacché

“l’ossessione per la rimozione del velo segue una lunga tradizione (nelle favole, nei film, nella vita reale) che postula l’esistenza di un complotto segreto che uscirà allo scoperto per ucciderci al momento opportuno”⁶.

L’emozione della paura, dunque, esalta il richiamo alla valenza giustificatrice della presupposizione indimostrata e de-argomentata.

“Quando gli uomini avvertono una qualche forma di minaccia, quando si sentono insicuri e vulnerabili, la risposta più usuale” - inferisce l’A. - “è quella di stringersi vicendevolmente tra gli uguali, escludendo e demonizzando chi è diverso”⁷.

In questa visione antropologica si inserisce il tema delle liturgie dell’ortoprassi religiosa: reazione sociale per certi versi “naturale” al sentimento della paura. In conseguenza, si determina un atteggiamento di sostanziale favore per tutte quelle prassi che ammantano il velo dell’ortodossia, a scapito di un atteggiamento realmente pluralista, sinceramente aperto al dialogo⁸. Del resto, scrive la filosofa di New York, è evidente quanto “le persone amino gli *in-group*, che distribuiscono ai loro membri diritti speciali. L’eguaglianza e il rispetto per l’eguaglianza sono, per gli esseri umani, difficili da mantenere”⁹. Ciò diviene particolarmente tangibile nell’area della libertà di coscienza e religione, considerata “talmente vitale per la salvezza degli individui e la salute della nazione” che appare decisamente allettante cadere nella tentazione di pensare che “l’ortodossia sia una cosa bella e coloro i quali non l’accettano siano dei pericolosi sovversivi”¹⁰. Del resto, ci ammonisce l’Autrice, “principles loose their grip in times of fear”¹¹. Il pericolo

⁶ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *La nuova intolleranza*, cit., p. 36.

⁷ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *La nuova intolleranza*, cit., p. 38. La filosofa americana sostiene che: “[w]hen people feel fear and insecurity, it is easy for them to demonize those who are different, seeking safety in solidarity. This search often takes the form of seeking to define the nation as one under God’s protection”. Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 1.

⁸ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 2. Del resto, come nota la filosofa di New York in relazione alle reazioni umane promosse dalla paura, “[...] the tendency to exalt one’s own group as the good, orthodox group and to demote others is lamentably common in human life”. Assertione che si chiarisce, da un punto di vista epistemico, proprio nel contesto antropologico delineato da Martha C. Nussbaum.

⁹ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 28, traduzione mia. “[h]istory tell us” - scrive Nussbaum - “that our Constitution is always threatened by peoples’s fear of the different, and their desire to keep the different at bay. Firm protection for equal liberty is particularly important in the face of these common human failings”.

¹⁰ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 28.

¹¹ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 176.



principale che può derivare dall'azione irriflessiva della paura risiede, infatti, in una compressione ingiustificata dei diritti fondamentali; tra questi, il principio di eguaglianza giuridica e morale sembra, poi, il più vulnerabile e suscettibile di aggressione.

Individuato il retroterra antropologico in grado di offrire una griglia interpretativa dei fenomeni sociali (e pure istituzionali) che (ri)propongono, nella complessità moderna, atteggiamenti di aperta difesa dell'ortodossa e dell'ortoprassi, è possibile sviscerarne anche i contenuti a carattere ideologico. Dall'impianto delle argomentazioni utilizzate di frequente per supportare la torsione confessionalistica, emerge che il piano ideologico di base è spesso legato al particolare concetto olistico di identità nazionale. Il "noi" sotto minaccia e da difendere sarebbe il "noi" nazionale, minacciato da tutto ciò che è alieno, che non mostra giusta la "tessera identificativa". E la religione della tradizione, della maggioranza insomma, è spesso intesa come uno dei principali fattori attorno a cui si agglutina la comunità.

Su questa considerazione l'A. traccia una differenza fondamentale tra il patrimonio culturale americano, che ritiene più incline storicamente e filosoficamente ad accettare le differenze culturali, e il modello post-romantico europeo, nel cui retaggio concettuale l'idea che le radici dell'identità nazionale risiedano in caratteristiche "ontologiche" o "di destino" giocherebbe un ruolo di maggior peso¹². Con una conseguenza inesorabile: una società chiusa è inesorabilmente ipostatizzata. A differenza del modello ideologico olistico, la tradizione filosofica costituzionale Nord-americana avrebbe posto l'accento su aspetti diversi¹³, giacché l'autorappresentazione narrativa degli Stati Uniti (come del resto quella dell'Australia e di tutte le realtà politiche generate da fenomeni migratori), dovrebbe celebrarsi sull'idea di una comune discendenza da immigrati, senza alcun ricorso ad argomenti mutuati da una dimensione pre-politica di tipo *ethno-nationalist*¹⁴.

¹² Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *La nuova intolleranza*, cit., p. 29. Si veda, sul punto, **A. KOPPELMAN**, *The New American Civil Religion: Lesson for Italy*, in *The George Washington International Law Review*, 41/2009-2010, pp. 861-875 (testo del paper disponibile liberamente all'indirizzo internet: <http://ssrn.com/abstract=154446>).

Per un approfondimento dei diversi modelli ideologici di cittadinanza si veda **M. LA TORRE**, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino 2004.

¹³ Scrive Karl Olivecrona in merito al sentimento identitario americano: "l'America possiede - nonostante i tanti popoli e le razze che lì si sono mescolate - la sua unità spirituale grazie al rispetto, profondamente radicato, verso la costituzione". **K. OLIVECRONA**, *Europa und Amerika*, Junker & Dünnhaupt, Berlin, 1943, citato da **M. LA TORRE**, *Cittadinanza e ordine politico*, cit., p. 295, nota 56.

¹⁴ Espressione di **W. CONNOR**, *Ethnonationalism: The Quest for Understanding*, Princeton University Press, Princeton-New York, 1994, p. 202, il quale osserva che nel



Nondimeno, nonostante la diversa tradizione narrativa, i fenomeni di filo-omogeneismo e ipervalutazione di fattori religioso-culturali sono presenti anche nella cultura e nella dimensione politica nordamericana, a dispetto delle ricostruzioni teoriche classiche, ed è proprio rispetto a tali fenomeni che Nussbaum elabora la sua *Difesa*. Del resto, l'antropologia della paura, tratteggiata da Nussbaum, affonda in radici più profonde del *logos* politico sullo Stato moderno, e offre un paradigma esplicativo ancora più efficace. Basti pensare che, nonostante il "celebrato" contesto liberale statunitense, le teorie "nativiste", propugnando l'idea che gli immigrati non possano vantare il pedigree autentico del cittadino, hanno comunque ridefinito ciclicamente la narrazione identitaria, attecchendo per una significativa parte della cittadinanza americana¹⁵. Tutto ciò può essere spiegato, al di là delle differenze di contesto continentale, soltanto proponendo una certa lettura antropologica del legame sociale.

Trascendendo dal piano esplicativo fornito dal paradigma epistemico della naturale tendenza delle persone ad assumere atteggiamenti di esaltazione della dimensione culturale omogenea, è necessario ribadire che, sul piano normativo, tale fenomeno non dovrebbe mai essere indotto né tantomeno avallato in qualche modo dal potere pubblico, quantomeno in un contesto costituzionale basato sul rispetto del pluralismo. In tal senso, la tradizione ideologica americana di "equal respect" dovrebbe porsi, seguendo il pensiero di Nussbaum, in netta distonia con qualsiasi prassi politica tesa - mutuando una celebre espressione di Jurgen Habermas - a una tendenziale, quanto artata, "ipergeneralizzazione culturale"¹⁶ di aspetti puramente confessionali. Nella tradizione filosofica americana, l'appartenenza dovrebbe essere normativamente descritta da ambiti assiologici e non da fattori esterni e pre-politici di coesione sociale¹⁷. Sebbene Nussbaum muova da un

contesto della narrativa nazionalista le persone si sentono coese da un sentimento di ancestrale parentela, frutto di un primigenio *oikos* d'origine.

¹⁵ M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit. p. 34.

¹⁶ J. HABERMAS, *La tolleranza come battistrada dei diritti culturali*, in ID., *Tra scienza e fede*, traduzione italiana di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 166.

¹⁷ M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit. p. 35 e p.70, e *Liberty of Conscience*, cit., *passim*. La tesi di Nussbaum è che i particolari principi che intende difendere nella sua "*Defence*", sono storicamente più americani che europei. Nonostante gli europei condividano alcune delle premesse fondamentali (gli ideali di dignità umana ed eguaglianza) sul piano materiale sono stati meno sollecitati degli americani a sviluppare effettivi regimi giuridici che insistessero sull'equità nei confronti delle minoranze in materie in cui sono le maggioranze a dettare legge e persino su un certo livello di recettività delle pratiche minoritarie. Le soluzioni utilizzate nel contesto europeo: distinzione geografica, istituzione di chiese formalmente tollerate, assimilazione, non



atteggiamento di chiara esaltazione dei principi fondamentali della concezione teorico-costituzionale fondata sull'eguale rispetto della dignità di persona, rimane comunque consapevole che nell'esperienza storica nordamericana questa tradizione è stata, nei fatti, ciclicamente messa a dura prova, così come accade nel momento attuale¹⁸. Per confortare questa affermazione l'Autrice riporta alcuni esempi molto significativi di come la diversità possa spaventare e spingere verso il rifugio dell'ortodossia¹⁹. Tra i vari casi emblematici che caratterizzano l'andamento carsico dell'eguaglianza religiosa in America, si possono ricordare gli episodi di costrizione fisica e punizioni corporali a cui venivano sottoposti i bambini che si rifiutavano di recitare il giuramento di fedeltà alla bandiera per motivi religiosi²⁰, ovvero il generale pregiudizio di "persone poco fidate" che colpiva i «quaccheri, quando costoro si mostravano riottosi a togliersi il cappello in tribunale, dando del "tu" senza deferenza al giudice». Cionondimeno, la tendenza delle persone a formare "in-groups" e, contestualmente, a sospingere le istituzioni verso l'adozione di pratiche di sponsorizzazione di tradizioni religiose comuni alla maggioranza nazionale, non può essere studiata soltanto da una prospettiva diacronica.

In effetti, nonostante l'elevato proteiformismo religioso che caratterizza l'attuale cornice sociale americana (come del resto anche il contesto europeo), si colgono tendenze politiche che sembrano muoversi nella direzione diametralmente opposta, nel tentativo, davvero malcelato, di "institutionalize Christian evangelical fundamentalism and its near relatives as our state religion"²¹.

Gli effetti della sponsorizzazione pubblica di fattori, o simboli e strutture, di una cultura religiosa possono essere quelli di condurre a pensare che determinati valori (quelli, in pratica, a carattere *mainstream* appartenenti a una realtà maggioritaria) siano oggettivamente condivisibili o, comunque, pubblicamente vagliati e approvati, mentre valori differenti sono relegati nei luoghi privati e nella dimensione soggettiva. Detto in termini più netti, coloro che non condividono la religione tradizionale appaiono per questo "meno americani" (o meno europei) e, per tale motivo, "meno eguali"²².

sono moralmente adeguate, secondo Nussbaum, per garantire e implementare le premesse assiologiche date dal riconoscimento della dignità umana e dell'eguaglianza.

¹⁸ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 176.

¹⁹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 176.

²⁰ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 176.

²¹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit., p. 20.

²² Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 6. "Ironia della sorte" - puntualizza Nussbaum - "le radici oramai giudaico cristiane della Nazione Americana giustificano la sponsorizzazione della tradizione cattolica, mentre un secolo addietro,



La ragione fondamentale che determina questo “angosciante atteggiamento” della recente politica americana risiede “come spesso accade per tutti gli atteggiamenti negativi, semplicemente nella paura”²³. E la paura stessa - sostiene ancora la filosofa di New York - diviene il formidabile comburente di una pertinace demonizzazione del diverso nonché la ricerca della solidarietà sociale soltanto tra coloro che condividono radici comuni. Se da un lato, in effetti, il pluralismo religioso diviene tanto più ricco quanto più esigente di eguaglianza, questo stesso fenomeno, nel contesto della “guerra del terrore” che si è instaurata, a un dipresso, a seguito della tragedia dell’11 settembre, spinge le istituzioni politiche a compiere atti di pubblico *endorsement* del monoteismo cristiano; ancora più netti e problematici che nel passato, almeno nel giudizio di Nussbaum²⁴. Questa frusta retorica, tanto antica quanto attuale, sta alla base dell’atteggiamento di sospetto con cui gli aderenti alla confessione di Maometto vengono valutati; vittime di frusti pregiudizi e indubbiati di poter rappresentare una classe di cittadini di cui potersi fidare²⁵.

Dinnanzi alle torsioni identitarie spinte a livello inconscio e pre-*reflessivo* da forme socio-fobiche, l’unica soluzione è difendere la corretta ermeneusi di principi che garantiscono l’eguaglianza umana e il rispetto sociale, che la filosofa americana ritiene espressione diretta della tradizione liberale nordamericana. Da questo presupposto si sviluppa, dunque, la difesa di Nussbaum.

2 - La tradizione filosofica del pensiero costituzionale: Williams, Madison e i principi cardine della tradizione di “religious fairnes”

Nussbaum muove le sue argomentazioni da un’accurata ricostruzione delle radici del pensiero filosofico costituzionale nordamericano, soprattutto in merito alla concezione normativa sulla libertà di coscienza. Radici che sorreggono ciò che viene proclamata, con una punta di malcelato orgoglio, la “tradizione americana dell’eguaglianza religiosa”²⁶.

Questa tradizione di pensiero, dalla prospettiva di Nussbaum, costituisce la traccia principale, la “fixed star”, per la corretta definizione

le *allora* radici protestanti caldeggiavano di avversare e vessare i pargoli dei pellegrini cattolici”.

²³ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 8.

²⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Prefazione a M.C. NUSSBAUM, La nuova intolleranza*, cit., p. 11.

²⁵ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 9.

²⁶ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., Cap II, *Living Together. The Roots of Respect*, p. 34 ss.



e interpretazione del tessuto delle libertà costituzionali, soprattutto del loro significato normativo. Cionondimeno, la palingenesi dei prodromi della tradizione costituzionale liberale non persegue, nelle finalità di analisi prospettate da Martha C. Nussbaum, una teleologia ermeneutica di tipo "textualist" o "originalist" delle norme costituzionali²⁷. L'approccio proposto è volto, piuttosto, a esaltare il modello costituzionale liberale fondato sull'assunto, di matrice stoica, dell'*Equal Worth and Dignity*. Del resto, secondo l'A., la prevalenza delle teorie di matrice stoica è palpabile in gran parte della produzione filosofico-politica americana²⁸. Nondimeno, sebbene il pensiero stoico costituisca il "background teorico" della tradizione liberale americana, l'idea che il foro interno possa essere in qualche modo compromesso da azioni esterne segna un netto superamento del "quietistico modello stoico"²⁹. Per gli stoici, com'è noto, il foro interno, sede delle capacità morali, è sempre imperturbabile e invulnerabile; l'assunto che funge da paradigma è che uno schiavo può sempre considerarsi libero nel proprio animo dato che nessun tiranno è in grado di distruggere l'intima libertà morale di un essere umano³⁰.

Questa concezione sull'imperturbabilità del foro interno è radicalmente rovesciata nel pensiero di Roger Williams, soprattutto nelle argomentazioni sviluppate nel celebre scritto *Bloudy Tenents of*

²⁷ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 30-32. L'approccio di tipo storico, seguito da Nussbaum, non è utilizzato nel senso di cronostatizzare il significato normativo delle disposizioni costituzionali, ma per esaltare le profonde radici della *religious fairness* e offrire un modello interpretativo valido per affrontare le nuove sfide della post-modernità. In realtà, l'A. si mostra decisamente critica nei confronti dell'originalismo: "so insofar as originalism is commended as a way of being respectful of the framer's intentions, it seems a dubious method at best".

²⁸ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 76-82. "The idea of Human dignity and of its boundless and equal worth, is the primary legacy of Roman thought to the world of American revolution". Le ragioni di questa profonda influenza risiedono, secondo l'A., nella difficoltà che i pensatori americani della metà del XVIII secolo riscontrarono nel maneggiare testi in lingua greca; fattore che li indusse a prediligere lo studio dei testi latini, concernenti soprattutto la filosofia stoica e il pensiero politico romano. "For the American founders" - scrive Nussbaum - "[...] Roman political philosophy was of enormous importance and, above all, the philosophical ideas of Roman Stoicism". Dalla cultura stoica i pensatori americani, come del resto filosofi continentali come Grozio, Rousseau, e Kant, trassero ispirazione per avallare l'idea che la capacità etica si trovi in ogni essere umano (come nelle donne e negli schiavi): "the very capacity for ethical choice is so significant that its presence eclipses any differences of ability, even ethical ability, that we might encounter. Ethical capacity (often called "conscience" in later followers of Stoicism) is therefore worthy of boundless reverence; it is in effect the person, the core of our humanity".

²⁹ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 81.

³⁰ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 81.



*persecution*³¹. Inserendo le idee stoiche in un contesto protestante³², Roger Williams ha delineato la struttura della coscienza intendendola come facoltà interna di compiere scelte etiche, di dirigere la condotta di ciascuna esistenza e come fonte dell'identità pratica dell'essere umano³³. Nondimeno, in aperta distonia con l'assunto stoico dell'imperturbabilità dell'animo, la tesi avanzata da Williams è che tale facoltà è suscettibile di essere resa *inattiva* o comunque violata da azioni esterne³⁴. Da qui il conio dell'icastica endiadi "*soule rape*"³⁵, da intendersi come "lacerazioni" o "stupro" dell'anima; espressione che viene utilizzata per definire tutte le possibili interazioni negative che possono fraporsi allo sviluppo e, soprattutto, alla piena esplicazione della coscienza, essenza dell'identità pratica di un soggetto. "Lacerazioni" che possono verificarsi come contro effetto di tutte quelle prassi in cui non vengono osservate eguali forme di rispetto per la coscienza degli uomini³⁶. Nonostante il nome di Roger Williams sia principalmente ricordato per ricondurvi il conio della fortunata espressione "Wall of Separation"³⁷ - che, se espunta dal quadro teorico di Williams e riferita a certi usi moderni del sintagma, diviene ben poco rappresentativa del pensiero del teorico del Rhode Island³⁸ - le sue tesi sulla libertà di coscienza e religione anticiparono, di quasi mezzo secolo, le idee prospettate nella ben più fortunata *Epistola sulla tolleranza* (1689) di John Locke³⁹.

³¹ R. WILLIAMS, *The bloody tenent of persecution*, s.e., London, 1644, traduzione italiana *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, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 1- 243. Cfr. pure S. BROCKUNIER, *The Irrepressible Democrat, Roger Williams*, The Ronald Press Company, New York, 1940; P.T. CONLEY, R.G. FLANDERS, Jr., *The Rhode Island State Constitution: A Reference Guide*, Praeger, Westport, 2007.

³² M.C. NUSSBAUM, *Liberty of conscience*, cit., p. 81.

³³ Nella lettura di Martha C. Nussbaum, «la coscienza, per Williams, gioca lo stesso ruolo che la facoltà di scelta morale gioca nello Stoicismo, e ne condivide lo stesso contenuto di base, sebbene includa anche elementi immaginativi ed emozionali. Nonostante Williams ne enfatizzi i propri impieghi religiosi, resta evidente come concepisca la coscienza nei sensi di un generale potere di scelta, la capacità di dirigere le nostre vite (esattamente come l'hegemonicon stoico). Essa è la fonte della nostra identità pratica: rappresenta ciò che è "davvero uomo". In analogia al pensiero stoico, questa facoltà è la fonte dell'uguaglianza universale tra gli esseri umani». M.C. NUSSBAUM, *Liberty of conscience*, cit., p. 52. Traduzione mia.

³⁴ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of conscience*, cit., p. 52.

³⁵ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of conscience*, cit., p. 53.

³⁶ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 38.

³⁷ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 41.

³⁸ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 41.

³⁹ Per un approfondimento del pensiero di Roger Williams sia consentito rinviare, su tutti, al saggio introduttivo in S. FERLITO, *Separazione fra Stato e Chiesa*, cit., *passim*.



Il valore e la portata rivoluzionaria del pensiero del teorico del Rhode Island trovano un effettivo tributo nell'opera di Nussbaum; anzi, per ammissione della stessa filosofa, le sue tesi possono essere considerate, a ragion veduta, come le radici primarie della tradizione di pensiero liberale che costituisce l'oggetto dell'accorata difesa di *Liberty of Conscience*⁴⁰.

All'interno delle argomentazioni che sorreggono l'impianto etico e normativo del modello di costituzione "aperta" dello Stato del Rhode Island, è possibile notare come l'apporto teorico di maggiore spessore offerto dal pensiero di Williams alle tesi avanzate da Nussbaum risieda nell'assunto per cui la coscienza, considerata come capacità etica, abbia bisogno per potersi dispiegare di un concreto "spazio d'azione", libero da condizionamenti esterni e soprattutto posto su un medesimo piano di rispetto pratico⁴¹. In questa particolare costruzione teorica della natura intrinseca e, soprattutto, del funzionamento del foro interiore, Nussbaum - evidenziando la necessità operativa di una traduzione funzionale nell'ambito del ragionamento pratico - coglie i prodromi concettuali della nota *distinctio*, tracciata nell'ambito della nota categoria dogmatica delle *capabilities*⁴², quale diverso approccio, insieme teorico e

⁴⁰ M.C. NUSSBAUM, *Libertà di coscienza e religione*, cit., p. 28.

⁴¹ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 52-54.

⁴² Non è possibile in questa sede approfondire la complessa tematica del *capabilities approach* del modello nussbaumiano. Nondimeno è utile darne qualche breve cenno, seppure in termini brutalmente sintetici, al fine di comprendere la struttura della libertà di coscienza in *Liberty of Conscience*. Il peculiare approccio Nussbaumiano, fondato sul concetto, eudemonistico, di "*capability*", intende richiamare l'attenzione sull'esistenza di un diverso paradigma teorico per l'azione politica, considerato come un sostanziale ampliamento e superamento della *weakness* del modello fondato sulla categoria dogmatica dei diritti. Questa debolezza deriverebbe dal fatto che, in linea teorica, avere un diritto non equivale sempre e comunque alla capacità concreta di fare o possedere qualcosa. La concezione di capacità si configura, nel complesso, come un'estensione, in chiave squisitamente operativa, del concetto di diritto soggettivo e di libertà, in cui il *telos* fondamentale è rappresentato dall'obiettivo di consentire agli esseri umani la possibilità, sul piano concreto e reale, di esplicitare la propria natura umana. Più specificamente, In *Diventare Persone* (EAD., *Diventare Persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., p. 19 e ss.) l'autrice chiarisce che il termine *capability* connota "ciò che le persone sono realmente in grado di fare e di essere, avendo come modello un'idea intuitiva di vita degna della dignità di un essere umano". L'approccio delle capacità, afferma Nussbaum, muove da una intuizione base, e cioè il fatto che alcune facoltà umane impongono l'esigenza morale di essere sviluppate. Bisogna pensare alle facoltà umane fondamentali in termini di "richieste della possibilità di funzionare, richieste che a loro volta danno origine a corrispondenti doveri sociali e politici". Il *capabilities approach*, quale teoria normativa di tipo sostanzialmente consequenzialista, sottende, in buona sostanza, a un possibile e differente metodo deontico: sostituire o accompagnare il linguaggio ormai consolidato dei "diritti umani", che costituisce il quadro morale in cui si ricostruisce il modello istituzionale del neocostituzionalismo, con l'approccio



operativo, al concetto di diritto soggettivo - tra le capacità interne e capacità combinate⁴³. In base a questa diairesi concettuale diviene

delle capacità e del funzionamento, inaugurato da Amartya Sen e ripreso e sviluppato dalla stessa Nussbaum, in un'ottica universalistica. Nella definizione concettuale di questo nuovo paradigma, la filosofa di New York propone una vera e propria "lista", aperta e non organizzata gerarchicamente, che comprende dieci specifiche capacità umane fondamentali: 1) Vita. Si tratta di quella capacità che definisce la prospettiva di vivere una vita di normale durata, di non morire prematuramente, o di non subire limitazioni tali da rendere l'esistenza del tutto priva di dignità; 2) Salute fisica, che sottende alla possibilità di poter godere di buona salute, possibilità di riproduzione adeguata; 3). Integrità fisica; 4) Sensi, immaginazione e pensiero. Si tratta di una capacità che comprende anche la possibilità di usare l'immaginazione e il pensiero in collegamento con l'esperienza e la produzione di opere auto espressive, di eventi, scelti autonomamente, di natura religiosa, letteraria, musicale; 5) Sentimenti; 6) Ragion pratica. Questa capacitazione protegge la possibilità di formarsi una concezione di ciò che è bene e impegnarsi in una riflessione critica su come programmare la propria vita; 7) Appartenenza. Questa capacità viene declinata in: i) Poter vivere con gli altri e per gli altri; ii) Avere le basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati e poter essere trattato come persona dignitosa il cui valore eguaglia quello altrui. Ciò implica, a livello minimo, una protezione contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta, etnia, origine nazionale; 8) Altre specie; 9) Gioco; 10) Controllo del proprio ambiente. Capacità che viene a sua volta declinata in diversi ambiti: i) Politico. Poter partecipare in modo efficace alle scelte politiche che governano la propria vita; godere del diritto di partecipazione politica delle garanzie di libertà di parola e di associazione. ii) Materiale. diritto al possesso non solo formalmente ma in termini di concrete opportunità; godere di diritti di proprietà in modo uguale agli altri; avere il diritto di cercare lavoro sulla stessa base degli altri; essere garantiti da perquisizioni o arresti non autorizzati. Nondimeno, si tratta di una lista di "componenti separate"; nel senso che ciascuna di esse si riferisce a capacità di qualità diversa, per cui non sarebbe accettabile compensare la carenza di una di queste voci concedendo, operativamente, una maggiore quantità di un'altra. Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Diventare Persone*, cit., pp. 95-97, ed **EAD.**, *Le nuove Frontiere della Giustizia*, cit., pp. 93-95. Si veda pure **EAD.**, *Nature, Function and Capabilities Aristotle on Political Distribution*, in *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, 1/1988, p. 145 e ss.

⁴³ Nell'ambito della categoria dogmatica delle *capabilities*, riprendendo e sviluppando ulteriormente un'idea di Sen, Nussbaum traccia una importante distinzione tra "capacità interne" - che indicano "abilità e poteri interni ai soggetti, facoltà, stati fisici e mentali, tratti dell'intelletto, del carattere e del corpo" che attraverso adeguati processi educativi, giungono a una maturazione sufficiente per permettere alla persona di poter esercitare la funzione corrispondente (cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., p. 59) - e "capacità combinate"; intese queste ultime nel senso di una variabile combinazione con condizioni esterne idonee per l'esercizio potenziale della funzione, frutto dalla interazione tra le capacità interne e le circostanze ambientali favorevoli, determinate dal contesto socio-politico-economico in cui tali capacità possono esplicarsi in modo effettivo. Nel modello di Nussbaum viene costruito un sistema tricotomico delle *capabilities*, laddove al primo stadio i collocano le capacità "di base o fondamentali" rappresentate da "quella attrezzatura innata degli individui che è la base necessaria allo sviluppo di capacità più avanzate, e un terreno di interesse morale" [**M.C. NUSSBAUM**, *Diventare persona*, cit., p. 89]; mentre ai due livelli successivi si posizionano le capacità interne e quelle, variabili, combinate. Il risultato



possibile spiegare come gli agenti morali possano disporre della capacità interna della coscienza pur senza godere, nondimeno, della piena capacità combinata, a causa di vincoli esterni di natura materiale, giuridica o politica, che ne precludono il funzionamento potenziale⁴⁴. Nella cornice eudemonistica delle tesi di Nussbaum, questa discrasia tra atto e potenza si verifica allorquando, pur essendosi sviluppata o comunque maturata una determinata facoltà (d'essere o pragmatica), sul piano operativo ne è precluso il concreto funzionamento in accordo con la capacità interna. In quest'ottica, la coscienza - come capacità interna - avanzerebbe delle pretese morali di funzionamento; richieste che, a loro volta, dovrebbero originare sul piano deontico corrispondenti azioni sociali e politiche⁴⁵.

La ricostruzione della tradizione di pensiero sulla libertà di coscienza è condotta, pertanto, tracciando una retta ideale in modo da far congiungere il pensiero di Williams, considerato l'*overture* della tradizione, con le argomentazioni rawlsiane sull'*overlapping consensus* e la teorica possibilità di tenere insieme una società divisa dal fatto del pluralismo ragionevole⁴⁶. Pur non avendo modellizzato il consenso per intersezione della costruzione rawlsiana, Roger Williams avrebbe comunque preconizzato, nella tessitura dei vari principi etici e normativi, un paradigma di società bene ordinata, assiologicamente indipendente da fonti esterne di legittimazione morale. In tale modo - ne inferisce Nussbaum - avrebbe anticipato, di svariati secoli, quella proposta politica post-moderna in base alla quale le differenze individuali devono essere considerate come politicamente neutrali (o quantomeno neutralizzabili)⁴⁷. La vera traduzione in chiave operativa del pensiero di

pratico di ciò che un individuo concretamente fa, ovvero sia la realizzazione degli stati potenziali per mezzo delle capacità combinate, costituisce ciò che Nussbaum definisce "funzionamento". Lo stesso elenco delle capacità proposto dalla filosofa di New York costituisce, in buona sostanza, una panoplia di capacità combinate, una lista di opportunità di funzionamento. "Insistendo sul fatto che le capacità contenute nell'elenco sono capacità combinate" - chiarisce Nussbaum - "voglio ribadire la duplice importanza delle circostanze materiale e sociali, sia nella formazione delle capacità interne sia nella loro espressione una volta formate" (M.C. NUSSBAUM, *Diventare persona*, cit., p. 104).

⁴⁴ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Libertà di coscienza e religione*, cit., p. 29.

⁴⁵ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persona*, cit., p. 100.

⁴⁶ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, traduzione italiana a cura di S. Veca, Comunità, Milano, 1994.

⁴⁷ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 57-58 e 64-68. Pur ammettendo che, con molta probabilità, John Rawls non lesse direttamente Roger Williams o comunque non ne fece mai menzione nella sua produzione, Nussbaum è pienamente convinta che, essendo un profondo conoscitore della storia Americana, John Rawls dovette certamente venire a conoscenza del modello istituzionale realizzato nel Rhode Island e apprezzarne la bontà teorica: "[t]here is no sign that he (Rawls) is thinking



Roger Williams, si concretizza, però, nella trama assiologica del costituzionalismo nordamericano.

In effetti, come nota Nussbaum, il modello politico di convivenza pacifica ed eguaglianza sociale della colonia del Rhode Island ha giocato, direttamente o indirettamente, un ruolo di paradigma chiave nella matrice ideologica dell'impianto valoriale del Bill of Rights⁴⁸. Influenza notevole che si intravede anche nel pensiero di James Madison, tra i principali architetti del Bill. Nella decisa opposizione che Madison fece nei confronti di qualsiasi ipotesi, teorica e politica, di Establishment religioso (soprattutto nel celebre *Memorial and remonstrance Against Religious Assessments* del 1785) riecheggiano le medesime tesi di Roger Williams. Tra queste, soprattutto l'idea che qualsiasi forma di *establishment religioso*, anche la più "benigna", può determinare la definizione di simbolici "ranks and order" tra i cittadini, assegnando lo status di soggetti cui è tributata una valenza sociale maggiore; in sostanza la classe dei "più uguali"⁴⁹. Contrastando il principio archimedeo del pensiero madisoniano, per il quale, com'è noto, "l'eguaglianza deve costituire il fondamento etico di qualsiasi legge"⁵⁰. Se questo è l'assunto normativo di base, Madison trae, in un procedimento ermeneutico derivativo di tipo statico, l'assunto per cui "all man are to be considered as entering into Society on equal condition"⁵¹.

La tradizione costituzionale ricostruita da Nussbaum si articola, dunque, su due principi cardine: il "principio di eguaglianza" e lo speculare "principio di pieno rispetto della coscienza". Per effetto del primo principio tutti i cittadini devono poter godere di un identico set di diritti ed eguale rispetto da parte degli organi di governo⁵². Cionondimeno, il principio cui si riferisce Nussbaum non è attuativo, esclusivamente e in via riduzionistica, di una garanzia meramente

about Williams, or has read Him. Nonetheless, William's ideas of conscience and impartiality are well articulated and further developed in Rawls's modern work".

⁴⁸ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 75.

⁴⁹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 90-91.

⁵⁰ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 91.

⁵¹ Scrive James Madison: "[s]e tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi e indipendenti, tutti gli uomini devono poter entrare nella Società sulla base di condizioni uguali, e che quindi cedano non più di altri, e conservino non meno di altri, i propri diritti naturali. Soprattutto essi devono essere considerati in possesso di un "eguale titolo al libero esercizio della religione in accordo ai dettami della propria coscienza" [...]. Così J. MADISON, *Memorial and remonstrance Against Religious Assessments* (1785), testo integrale riportato in M.W. McCONNEL, J.H. GARVEY, T.C. BERG, *Religion and Constitution*, Wolters Kluwer, New York-Gaithersburg, 2002, pp. 63-68. Traduzione mia.

⁵² Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 22.



formale di stampo egualitarista⁵³. Il principio di eguaglianza, infatti, deve essere necessariamente declinato nel “principio di protezione delle minoranze religiose dalla prevaricazione della maggioranza”, attraverso il quale è possibile riconoscere alcune dispense, appunto *accommodation*, al fine di perequare l’iniziale situazione di squilibrio fattuale, determinato dal fatto che i sistemi democratici presentano il problema di confezionare impegni giuridici parametrati ai bisogni della maggioranza⁵⁴. La declinazione sostanzialistica consente di correggere gli effetti fattualmente discriminatori determinati dal disavanzo maggioritario⁵⁵.

Il secondo principio cardine del framework costituzionale americano garantisce il pieno “rispetto della coscienza”. Si tratta, in buona sostanza, della norma in base alla quale dev’essere attribuito nella sfera pubblica “un identico rispetto a tutti i cittadini”, trascendendo i diversi impegni religiosi (ovvero etici) a cui sono chiamati a ottemperare. Oltre a prescrivere un atteggiamento formalistico negativo, il principio in questione va coerentemente interpretato nel senso d’imporre al potere pubblico un obbligo positivo di fornire uno “spazio protetto all’interno del quale i cittadini possano agire nel rispetto dei loro dettami di coscienza” che, nell’ottica dell’approccio nussbaumiano, rappresenta il funzionamento della capacità interna della coscienza⁵⁶. Ne consegue che all’azione governativa spetta il compito di creare, e garantire, quello “spazio intorno alla coscienza” dei propri cittadini, astenendosi da qualsiasi intromissione, a prescindere dal titolo. In questa prospettiva - come nota Carusi - l’ambiente istituzionale e normativo desiderabile è quello che risulta in grado di comunicare ai propri cittadini un senso “di non indifferenza” in relazione alle proprie scelte, preferenze e azioni, sostenendo un “complesso di capacità umane fondamentali” in grado di potersi tradurre in altrettanti “funzionamenti” sul piano operativo⁵⁷.

Questa definizione teleologica è necessaria per evitare di incorrere nel giudizio di “empty posture” che connota, nel pensiero di Nussbaum,

⁵³ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 22.

⁵⁴ Come è stato opportunamente notato da Carusi, sotto la spinta dell’istanza egualitaristica, il protocollo ermeneutico è incardinato sul paradigma analogico, nel senso che tra più possibili interpretazioni del medesimo enunciato deve essere preferita l’interpretazione che mostra maggiore euritmia con il significato di altri enunciati normativi, “così come l’applicazione o la disapplicazione di una disposizione al caso pratico non dipendo solo dalla congruenza lessicale della prima rispetto al secondo, ma pure dall’esigenza che i comandi legislativi diano luogo, al confronto dei fatti sociali, non a una congerie di impulsi scoordinati quanto piuttosto da un fenomeno ordinato”. Cfr. D. CARUSI, “*Psyche*” e “*Polis*”, cit., p. 376.

⁵⁵ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 119 e 225.

⁵⁶ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 119.

⁵⁷ D. CARUSI, “*Psyche*” e “*Polis*”, cit., p. 358.



il riconoscimento meramente formalistico di uno statuto di eguale dignità giuridica a tutti i consociati cui, però, fa seguito nella prassi un atteggiamento affatto divergente in relazione alle molteplici opzioni fideistiche ed etiche del pluralismo acuto della post-modernità⁵⁸.

Un nodo fondamentale del principio di pieno rispetto della coscienza concerne l'ipotesi di quelle convinzioni che contraddicono o spiegano un'autentica minaccia per l'ordine costituzionale. Si tratta, senza mezzi termini, del noto paradosso cui incorre quell'ordinamento che, tollerando tutto, finisce per perdere le condizioni prassiologiche della propria esistenza. A un primo livello di analisi, è utile chiarire come Nussbaum assuma, sulle spalle della riflessione di Madison⁵⁹, un atteggiamento critico in relazione al concetto di tolleranza, in apparenza troppo "debole e avara". Tale idea alluderebbe a una graziosa concessione del legislatore e a un modello statale fondato su una omogeneità che si astiene solo formalmente dal prevaricare l'eterogeneità e l'eteroprassi. Le radici della critica mossa dalla filosofa di New York al modello in senso formale egualitarista e tollerante affondano nella concezione madisoniana in ordine ai risvolti in chiave operativa che possono derivare dall'idea della tolleranza: locuzione riconducibile, da tale prospettiva, a un modello statale fondato su un'omogeneità presupposta, a cui è imposto di astenersi dal prevaricare l'eterogeneità. Nell'ottica di Madison, in sintesi, la parola tolleranza non dovrebbe appartenere al lessico dell'eguaglianza⁶⁰.

Questo giudizio si spiega notando come la posizione di Nussbaum debba essere correttamente ascritta al novero di quelle concezioni che ritengono l'insussistenza teoretica della tolleranza laddove vi siano pieni diritti⁶¹. Per quanto concerne la questione sui limiti della garanzia alla libertà di coscienza e di pensiero, questi si definiscono soltanto in negativo, attraverso la ponderazione con altri principi di rango costituzionale. La prospettiva assunta su questo piano è tratta sulla scia della tradizione liberale: tollerando sino a proteggere la diffusione delle idee anche irragionevoli, si può perseguire l'obiettivo di una "maggiore verità" e rimanere coerenti con i principi istituzionali democratici⁶². In

⁵⁸ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 22.

⁵⁹ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 90 ss.

⁶⁰ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 88.

⁶¹ Per una critica a questa impostazione si veda **M. LA TORRE**, *Tolleranza*, in **M. LA TORRE, G. ZANETTI**, *Seminari di filosofia del diritto. Categorie del dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, pp. 151-176.

⁶² L'esempio proposto da Martha C. Nussbaum per rendere immediatamente comprensibile questo assunto è piuttosto icastico: "[s]e delle persone" - scrive la filosofa di New York - "tentano di torturare un fanciullo, o schiavizzare minoranze, citando la propria religione come buona ragione per farlo, questa affermazione deve essere combattuta, anche laddove fosse ritenuta sincera. Se invece queste stesse persone



buona sintesi, la libertà di coscienza concretizza il contenuto di un diritto di rango costituzionale che, come tale, dev'essere garantito (non tollerato) sino al limite in cui, dal bilanciamento con altri principi, non si determini una ingiustificata compressione di altri valori.

L'interpretazione sincretica dei due principi cardine si completa, nell'interpretazione di Nussbaum, con le declinazioni fondamentali del principio di libertà religiosa: quello di "accommodation" che costituisce la matrice normativa delle obiezioni di coscienza, nonché il principio separatista e la speculare clausola di "Non-establishment"⁶³. Quest'ultimo precetto, poi, è suscettibile della più immediata applicazione nei casi di sponsorizzazione statale di pratiche o tradizioni religiose. Quando si concretizza, in modo aperto o più frequentemente surrettizio, un "establishment of religion" ciò implica, secondo

semplicemente parlano in favore della schiavitù o della tortura, tale affermazioni devono essere protette, siano al punto in cui non divengono una minaccia.[...] Così che: tutte le persone sono interamente rispettate come eguali, ma le azioni che minacciano i diritti di altri devono essere ragionevolmente contrastate, mentre le opinioni che ammanniscono l'insegnamento della ineguaglianza politica delle altre persone non dovranno essere soppresse, ma si troveranno in netto svantaggio nella comunità, giacché per realizzare il loro programma saranno costretti a emendare la costituzione". Traduzione mia. La posizione di Nussbaum è molto chiara e indirettamente si rivolge alle critiche di coloro i quali sostengono che non tutte le opinioni possono godere di una medesima garanzia giuridica e che le moderne democrazie dovrebbero potersi difendere dagli attacchi ideologici vietando, a titolo di esempio, quelle manifestazioni di pensiero che tengono a vile le stesse fondamenta assiologiche della Costituzione. Nussbaum, con evidenza, sposa appieno la concezione diametralmente opposta secondo cui la libertà di pensiero e di coscienza costituiscono i pilastri portanti e indefettibili della democrazia. Pertanto ogni espressione di pensiero costituisce il diretto esercizio di un diritto costituzionale, non potendo espungere nemmeno espressioni grossolane o di critica feroce alle istituzioni, finanche una difesa strenua della schiavitù. Queste espressioni, di radicale contrasto coi fondamenti dello Stato liberale, pienamente libere nella formulazione teorica, troveranno il limite della inattuabilità pratica, stante l'incostituzionalità, e subiranno, secondo Nussbaum, uno svantaggio pratico. Questo svantaggio pratico, così come la maturità di una piazza lasciata libera di vagliare ogni proposta teorica, sortiranno gli effetti nel momento in cui queste stesse posizioni non sortiranno alcun successo. Nondimeno, sono suscettibili di autentica repressione tutte quelle enunciazioni di diseguaglianza che vengono reificate in chiave operativa, traducendosi nel livello della fattuale subordinazione di un individuo a un altro; è il caso paradigmatico della pornografia. Nel pensiero Nussbaumiano non si tratta semplicemente di tollerare o meno il fenomeno della pornografia. Quest'ultima, in effetti, traducendosi in un comportamento materiale esula dall'ambito della piena legittimità tracciato dal diritto di libertà di pensiero, costituisce una diretta aggressione al principio fondamentale della pari dignità di ogni essere umano (e tale rimane anche se la pornografia, o la prostituzione, viene compiuta in piena autonomia. Al contempo, la mera esaltazione quanto la difesa strenua della pornografia rimangono pienamente tutelate come espressioni della libertà di pensiero. Sul punto cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *Nascondere l'umanità*, cit., p. 146 ss.

⁶³ **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., pp. 24-25.



Nussbaum, che lo Stato imprime il suo “marchio d’approvazione su di una particolare dottrina”, per ragioni dichiaratamente fideistiche o nazional-culturali, avallando un’ortodossia religiosa ufficiale. Nell’euritmia costituzionale tratteggiata da Nussbaum il principio di “Non-establishment”, si mostra come una declinazione logica e necessaria dei principi di eguaglianza formale e libertà di coscienza. La combinazione nomologica che si ottiene da questi principi produce il seguente contenuto normativo: *lo stato non può compiere alcun atto di approvazione nelle questioni religiose che può avallare un’ortodossia, creando in-groups e out-groups.*

3 - Forme *Benign Establishment*: critica alla tesi della “presunta innocuità” e interpretazione autentica del principio di separazione

La prospettiva di Nussbaum è piuttosto netta: durante i ciclici periodi in cui i livelli di insicurezza e ansia sociale, per ragioni affatto diverse, raggiungono in qualche modo cifre parossistiche, la reazione comune che si determina è quella di spingere, anche inconsciamente, verso prassi e politiche di esaltazione e difesa di caratteri tradizionali e culturali, nel tentativo di ricompattare i cittadini nell’ortodossia della tradizione, ed emarginare i pericoli. Questa teoria in sé non vanta certo uno statuto di originalità e affonda le sue basi concettuali su una teoria antropologica, quella della paura come emozione primordiale e causale, abbastanza nota e sufficientemente indagata. Nondimeno, se ne deve riconoscere un chiaro pregio: la tesi avanzata consente di mettere a nudo le concrete ragioni che stanno dietro a qualsiasi attività di sponsorizzazione di fenomeni o tradizioni religiose. Questa mossa presenta delle evidenti ricadute pratiche in chiave cognitiva (per comprendere il fenomeno) nonché in chiave operativa (in una prospettiva ermeneutica).

Sebbene il discorso nussbaumiano possa apparire, sin qui, come un’argomentazione quasi pleonastica, tesa alla riaffermazione dei valori di eguaglianza giuridica e libertà di religione, su cui si sono versati fiumi d’inchiostro (e di sangue), la tesi proposta mostra la sua finezza intellettuale quando, dal piano della questione teorica sulla eguale libertà di religione - forse con troppo filoamericanismo ricondotta alla tradizione filosofica statunitense - muove verso la qualificazione e la valutazione dei fenomeni di “*benign establishment*”⁶⁴, ovvero delle prassi di sponsorizzazione sostanziale che possono passare per innocue e del tutto legittime. Su questo livello la tesi di Nussbaum non soltanto

⁶⁴ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 22.



acquista notevole spessore argomentativo, ma si mostra di formidabile utilità per comprendere l'aspetto performativo di queste pratiche.

“In molti Paesi Europei” - osserva l'A. - «la recente immigrazione, specialmente dai paesi di tradizione musulmana, ha messo in crisi l'idea della tolleranza che dovrebbe essere nutrita dinnanzi a forme di “benign establishment”, e ha mostrato quanto queste fossero delle sottili patine che celano un atteggiamento di insufficiente rispetto verso le persone che seguono pratiche e tradizioni che non appartengono alla maggioranza»⁶⁵.

Potrebbe apparire lecito sollevare, su questo punto della tesi, l'ovvia obiezione che la posizione di Nussbaum sia costruita in termini affatto categorici, perfetta per spiegare l'intolleranza religiosa dei secoli addietro, ma ben poco performativa per la comprensione, sinottica e sincretica, di prassi e politiche che non sono caratterizzate da una diretta compressione della sfera giuridica. Per porre in luce la bontà degli argomenti branditi e neutralizzare questa critica, è necessario porre sotto giusta evidenza alcuni passaggi argomentativi puntuali della *Difesa*. In quest'ottica, le argomentazioni proposte si sveleranno molto più argute e convincenti di quanto una lettura superficiale possa suggerire. In merito alla sopra citata (plausibile) obiezione che può essere sollevata nei confronti della lettura nussbaumiana, la filosofa newyorkese sembra ben consapevole del fatto che, sebbene nella moderna sfera pubblica democratica sia difficilmente concepibile che vengano argomentate apertamente tesi sull'opportunità di reprimere completamente i diritti religiosi delle minoranze, nondimeno, sembra del pari possibile che sia avallata una diversa lettura, in grado di causare contro-effetti negativi indiretti (ossia *benign establishment*).

“Molti cittadini di buona volontà” - scrive la filosofa americana - “i quali provano orrore per le pratiche di repressione delle minoranze religiose o dall'idea che i cittadini non godano tutti di medesimi diritti potrebbero considerare il *trend* della sponsorizzazione pubblica dell'identità nazionale come qualcosa di innocuo, o addirittura benevolo, poiché potrebbero non comprendere in quale modo ciò possa essere connesso con la ineguale libertà o con l'ineguale posizione nell'ambito pubblico”⁶⁶.

Per superare questa possibilità, oramai tanto frequente da essersi radicata negli schemi interpretativi di molte Corti (non solo europee) in tema di simboli religiosi⁶⁷, Nussbaum contrappone una diversa

⁶⁵ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 22.

⁶⁶ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 9. Traduzione mia.

⁶⁷ Si confronti, per esempio, l'attenta analisi di S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Cedam, Padova, 2008, p. 3 ss.



concezione che prende le mosse, a livello argomentativo, dal principio dell'assoluta eguaglianza morale dei cittadini. In questo senso, godere di uno statuto che predica eguale libertà in ambito morale e di ricerca dei fondamenti della vita etica, equivale a concedere ai cittadini uno spazio protetto, sufficientemente esteso, al fine di consentire a quest'ultimi di perseguire i propri "impegni di coscienza". Nella riflessione di Nussbaum la coscienza è esplicazione, funzionamento fattivo della ragion pratica che è una capacità interna comune a ogni essere umano. La possibilità di funzionamento operativo, o meglio, l'esplicazione della capacità combinata della coscienza, viene negata se all'esterno non si determina l'azione combinante esterna di circostanze istituzionali e ambientali favorevoli. L'approvazione, la sponsorizzazione o la semplice difesa di un "particolare modo di ricerca", soprattutto se legata in qualche modo (e presuntivamente) ai valori costituzionali, significa pretermettere, frustrare, le altre "modalità di ricerca", negando il rispetto che dovrebbe essere garantito a ogni *citizen seeker*. Il necessario spazio d'azione per la ricerca morale, ovverosia, in termini nussbaumiani, la capacità combinata della coscienza, rappresenta un *telos* fondamentale nella dimensione democratica della *religious fairness*, che potrebbe trovare l'unico limite giustificabile soltanto in un interesse imperativo dello Stato (*compelling interest*), talmente rilevante da un punto di vista normativo e morale, da costituire una motivazione ragionevolmente accettabile per la ridefinizione in senso negativo della libertà di coscienza⁶⁸. Ne consegue, secondo l'A., che la libertà di coscienza è ontologicamente inconciliabile con qualsiasi forma sia di istituzionalizzazione sia di sponsorizzazione religiosa, "finanche con una che sia così delicata e benevola da sfuggire alla maggior parte delle persone"⁶⁹. In altri termini, la filosofa neo aristotelica intende dimostrare come non possono esistere sponsorizzazioni religiose veniali o innocue, prive cioè di "contro-effetti esiziali" nei confronti dei soggetti che non aderiscono al quel particolare credo religioso ovvero che non condividono alcun dogma religioso⁷⁰.

4 - Neutralità statale e speciale considerazione del fenomeno religioso: un rapporto problematico

Si veda anche S. MANCINI, *La contesa sui simboli: laicità liquida e protezione della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it (senza data).

⁶⁸ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 225.

⁶⁹ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 225.

⁷⁰ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 226.



Prima di affrontare direttamente i molti problemi rovesciati sul tappeto della questione della neutralità statale, Nussbaum pone sotto analisi la questione del valore che dev'essere riconosciuto al fenomeno fideistico, indipendentemente se valutato in termini aconfessionali o religiosi⁷¹. Lo Stato moderno si caratterizza, dato incontrovertibile, per essere presente, *ubiquitus*, in qualsiasi attività dei propri consociati. In questa dimensione di sostanziale "pan-statalismo" affidarsi esclusivamente alla nuda idea cristallizzata nel noto sintagma "Wall of Separation" potrebbe condurre a un modello di apparato statale razionalista, o di riduzionismo laicista, foriero di possibili situazioni di ingiustizia sostanziale⁷². L'idea della separazione tra Stato e chiese non può essere prospettata come paradigma valido se non viene ponderata e ricostruita alla luce del principio della *social fairness*.

Da questa prospettiva, allora, il modello separatista non pare declinabile nel senso di inverare una prassi istituzionalizzata finalizzata a un'opera di radicale o progressiva marginalizzazione del fenomeno religioso, frutto di una lettura banalizzante del sintagma "Stato neutrale"⁷³. Oltracciò, un ambiente istituzionale che mostri indifferenza per le scelte e le preferenze dei cittadini sarebbe in netta distonia con lo sviluppo delle capacità umane; telos statale imprescindibile nell'approccio nussbaumiano dello sviluppo dell'essere umano⁷⁴. La neutralità statale, nella cornice del costituzionalismo americano oggetto della difesa ideologica di Nussbaum, implica che il soggetto statale non soltanto sia tenuto ad abdicare al potere di prendere merito in questioni inerenti dogmi e assiomi di fede, ma debba altresì astenersi dal sostenere posizioni, apparentemente neutrali, che possano, fattualmente, favorire o discriminare una particolare confessione⁷⁵. Una corretta esegesi del principio di *accommodation* nei confronti degli obblighi di coscienza potrebbe dimostrare, secondo Nussbaum, quanto la religione sia considerata sostanzialmente "speciale" rispetto al contesto dell'universalismo egualitario della Costituzione⁷⁶. Questa specialità, che

⁷¹ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 10.

⁷² M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 11.

⁷³ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 11.

⁷⁴ M.C. NUSSBAUM, *La nuova Intolleranza*, cit., p. 96.

⁷⁵ M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, cit., p. 24.

⁷⁶ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 164. Sul punto, al centro di un vivo dibattito, si vedano M.W. MCCONNELL, *Accommodation of Religion*, in *S. Ct. L. Rev.*, 1/1985, p. 1 ss., specialmente pp. 8-24; D. LAYCOCK, *Peyote, Wine and the First Amendment*, in *Christian Century*, 1/1989, p. 876 ss.; N.L. Rosenblum (a cura di), *Obligation of Citizenship and Demands of faith. Accommodation in pluralist Democracies*, Paperback, Princeton (New Jersey), 2000; M.V. TUSHNET, *Questioning the Value of Accommodating Religion*, in S.M. FELDMAN, *Law and religion: A Critical Anthology*, NYU Press, New York, 2000, pp. 245-260. Il principio di *accommodation* non soltanto preclude



giustifica le ipotesi normative di *accommodations* nei confronti degli impegni religiosi può, 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 legge⁷⁷. La domanda fondamentale si snoda intorno al concetto di religione e sulle ragioni per cui questa debba - e se debba - in qualche modo, essere considerata speciale.

In un recente articolo sul tema⁷⁸, Koppelman ha sostenuto che la religione, intesa come “la ricerca di un fine ultimo della vita” rappresenterebbe 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 costituzionale, è 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 ricerca⁷⁹. L’Autore, per certi versi, si colloca sullo stesso piano di Brian 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 coscienza⁸⁰.

In parziale polemica con le tesi di Koppelman e Leiter, Nussbaum non condivide la tesi che il pregio assiologico degli impegni di coscienza

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, specialmente 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*, The University of Chicago Press, Chicago, 1965; **A.M. ADAMS**, **C.J. EMMERICH**, *A Nation Dedicated to Religious Liberty: The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia 1990.

⁷⁷ **M.C. NUSSBAUM**, *Liberty of Conscience*, cit., p. 165.

⁷⁸ Cfr. **A. KOPPELMAN**, *Corruption of Religion and the Establishment Clause*, in *William & Mary Law Review*, 6/2009, pp. 1849-77.

⁷⁹ Cfr. **A. KOPPELMAN**, *Defending American Religious Neutrality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2013.

⁸⁰ **B. LEITER**, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2012.



sia accordato soltanto a quelle modalità di ricerca che si propongono di sondare il *sensu 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 sacrificerebbe, 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 ⁸¹.

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, 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 pratica⁸², la quale rappresenterebbe "un intrinseco valore, indipendentemente dal fatto che le persone ne facciano un buono o cattivo utilizzo"⁸³. Questa facoltà, in parte, s'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 dovere ricercare⁸⁴.

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 stessa⁸⁵. 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

⁸¹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 168.

⁸² Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, traduzione italiana di W. Mafezzoni, il Mulino, Bologna, 2011, p. 96.

⁸³ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p.169. Traduzione mia.

⁸⁴ Si veda pure P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000.

⁸⁵ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, cit., p. 169.



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, per esempio, dall'„amore eccessivo per la propria auto“, ovvero dalla “soggettiva 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, pure estreme. 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*. 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 pratica⁸⁶. Questa dimensione prospettica, indipendentemente dalla bontà teorica del *capabilities approach*, consente di evidenziare l'ambito dell'azione statale al fine di garantire il rispetto della piena eguaglianza di ciascun essere umano⁸⁷.

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 vicinanza del messaggio fideistico ai valori 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

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

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



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 operativamente⁸⁸, 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*"⁸⁹.

Questa posizione non è eticamente neutrale, e consente di invalidare l'idea che possano esistere principi giuridici senza un definito contenuto etico⁹⁰. 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*"⁹¹. 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 stessa⁹². 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'esenzione o un accomodamento, e tale asimmetria è alla base della critica di Leiter⁹³.

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

⁸⁸ Sul 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.

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

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

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

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

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



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 maggioranza⁹⁴.

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* - dà 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).

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