

## L'UTILITÀ DELL'ANALISI CULTURALE DEI DIRITTI SOGGETTIVI RELIGIOSI

### A UTILIDADE DA ANÁLISE CULTURAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS RELIGIOSOS

### THE UTILITY OF THE CULTURAL ANALYSIS OF RELIGIOUS SUBJECTIVE RIGHTS

LIDYANE MARIA FERREIRA DE SOUZA

<http://orcid.org/0000-0003-0990-2249> / <http://lattes.cnpq.br/8388807218992728> / [lidyanemfs@gmail.com](mailto:lidyanemfs@gmail.com)

Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB)

Itabuna, BA, Brasil.

LUCA BACCELLI

<http://orcid.org/0000-0002-4763-0734> / <http://docenti.unicam.it/tmp/cr621.pdf> / [luca.baccelli@gmail.com](mailto:luca.baccelli@gmail.com)

Università degli Studi di Camerino

Camerino, Itália.

#### RIASSUNTO

Nei paesi democratici, l'ordine giuridico in genere riconosce diritti soggettivi religiosi, prima di tutti la libertà religiosa. Dalla Guerra dei Trent'anni, un'esperienza storicamente e geograficamente abbastanza specifica, la libertà religiosa è presentata come soluzione universale alla sfida della coesistenza di differenti credenze religiose nello stesso spazio politico. Di conseguenza, si osserva come questi diritti promuovano determinati tipi di soggettività e di organizzazione religiosa. Dato che tale critica è già stata rivolta alla categoria dei diritti soggettivi, così come a quella dei diritti umani, questo articolo investiga se le risposte fornite a queste critiche - nell'ambito dei studi sociogiuridici, dell'analisi culturale del diritto e della filosofia e sociologia dei diritti umani - possono contribuire a riflettere sull'utilità dei diritti soggettivi religiosi per le persone di fede non egemonica. Si conclude che l'analisi culturale permette identificare possibili reinvenzioni della strategia politica dei diritti soggettivi religiosi.

**Parole chiave:** analisi culturale del diritto; critica dei diritti; diritti religiosi; diritti soggettivi.

#### RESUMO

Em países democráticos, a ordem jurídica geralmente reconhece direitos subjetivos religiosos, a começar pela liberdade religiosa. Desde a Guerra dos Trinta anos, uma experiência histórica e geograficamente bem específica, este direito é apresentado como solução universal para o desafio da coexistência pacífica de diferentes crenças religiosas no mesmo espaço político. Assim, tem-se observado como estes direitos promovem determinado tipo de subjetividade e de organização religiosa. Como crítica semelhante já foi realizada à categoria dos direitos subjetivos, assim como aos direitos humanos, este artigo investiga se as respostas fornecidas a estas outras críticas - no âmbito dos estudos sociojurídicos, da análise cultural do direito e da filosofia e sociologia dos direitos humanos - podem contribuir para refletir sobre a utilidade dos direitos subjetivos religiosos para pessoas de fé não hegemônica. Conclui-se que a análise cultural permite identificar possíveis reinvenções da estratégia política dos direitos subjetivos religiosos.

**Palavras-chave:** análise cultural do direito; crítica dos direitos; direitos religiosos; direitos subjetivos.

#### ABSTRACT

In democratic states, the legal order usually recognizes religious subjective rights, first of all religious freedom. Since The Thirty years' War, a very specific historic and geographic experience, religious freedom is presented as a

universal solution to the challenge of the pacific coexistence between diverse religious creeds on the same political space. Therefore, it is observed that such rights promote a certain kind of religious subjectivity and organization. As a very similar critique has been made to the category of subjective rights, as well as to human rights, this article investigates if the answers to such critiques - by sociolegal studies, cultural analysis of law and philosophical and sociological studies of human rights - can contribute to think about the utility of religious subjective rights to people who profess non hegemonic religions. The article concludes that cultural legal analysis allows for the identification of possible recreations of the political strategy of religious subjective rights.

**Keywords:** critique of rights; cultural analysis of law; religious rights; subjective rights.

## SOMMARIO

INTRODUZIONE; 1 LIMITI E INCONGRUENZE DEI DIRITTI SOGGETTIVI RELIGIOSI; 2 OLTRE I LIMITI DEI DIRITTI SOGGETTIVI; CONCLUSIONE: RICOSTRUZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI RELIGIOSI; BIBLIOGRAFIA.

## INTRODUZIONE

Il discorso sul diritto alla libertà religiosa di solito riconduce la sua origine alla fine della Guerra dei Trent'Anni, e in seguito viene presentato come la soluzione universale del problema della convivenza tra persone di diverse appartenenze religiose. La sua importanza nella narrativa dei diritti umani è tale che la libertà religiosa è stata considerata l'origine dell'idea di fissare per legge un diritto umano universale, come già ha osservato Georg Jellinek riguardo alle colonie che poi hanno costituito gli Stati Uniti<sup>1</sup>. Oggi siamo di fronte tuttavia a cambiamenti nello scenario politico e religioso che hanno provocato il ritorno (o la permanenza, anche se modificata) delle religioni nella sfera pubblica<sup>2</sup>.

In questo modo, sia nei paesi in cui la regolazione giuridica della materia religiosa è definita e organizzata nell'ambito del Diritto Ecclesiastico, sia nei paesi in cui non si è mai delimitata questa pratica giuridica né definita quest'area di studi, i dispositivi normativi che regolano il fenomeno religioso sono chiamati a accogliere anche delle espressioni religiose non appartenenti alla maggioranza egemonica. I limiti dei diritti soggettivi religiosi sono evidenziati, soprattutto nell'ambito *Religious Studies* che rilevano come tali diritti non solo presuppongono un tipo di religione (di matrice ebraico-cristiana) ma anche promuovono una determinata forma di soggettività e di organizzazione religiosa. Se le cose stanno così, ci si può domandare se i diritti soggettivi religiosi possono ancora essere utili per soggetti religiosi diversi.

<sup>1</sup> JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre e del ciudadano*. Mexico: Universidad Autonoma de Mexico, 2000. p. 126-128.

<sup>2</sup> CASANOVA, José. *Public religions in the modern world*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994; SOUZA, Lidyane Maria Ferreira. The 2008 Concordat in Brazil: 'Modern public Religion' or Neo-corporatism? In: CARLING, Alan. (ed.). *The social equality of religion or belief*. A new view of religion's place in society. London: Palgrave Macmillan, 2016. p. 216-225.

Questo articolo presenta un tentativo di risposta a tale domanda, considerando gli argomenti già proposti riguardo a questioni analoghe riguardo la categoria dei diritti soggettivi (e dei diritti umani). Per farlo, affronta alcune proposte teorico-politiche formulate in risposta alla *critique of rights* negli Stati Uniti, dai *sociolegal studies*, dall'analisi culturale del diritto e dalla filosofia e sociologia dei diritti umani. La sua struttura comprende tre parti. Nella prima vengono identificati i limiti e le incongruenze dei diritti soggettivi religiosi. Nella parte successiva, sono analizzate alcune proposte teoriche che, rispetto a questioni analoghe riguardo alla categoria dei diritti soggettivi, hanno fornito delle opzioni costruttive. Infine, le conclusioni riguardano la possibilità di ricostruzione dei diritti soggettivi religiosi.

## 1 LIMITI E INCONGRUENZE DEI DIRITTI SOGGETTIVI RELIGIOSI

Il Diritto regola il fenomeno sociale “religione” attraverso il riconoscimento del diritto soggettivo alla libertà religiosa, il regime dei rapporti tra Stato e istituzioni religiose e la garanzia dell'autonomia di tali istituzioni, ma anche tramite altre norme che genericamente appartengono a quello che in Europa si chiama Diritto ecclesiastico. Sono norme relative all'insegnamento della religione nelle scuole; al diritto all'assistenza religiosa e al diritto di accesso di ministri di culto a istituzioni come le carceri, le caserme e gli ospedali; al crimine di blasfemia o contro il sentimento religioso; ai simboli religiosi nelle istituzioni pubbliche; alla cosiddetta *cultural defense*; al finanziamento pubblico delle religioni; alla validità civile del matrimonio religioso. Tali norme, a loro volta, coinvolgono i diritti soggettivi relativi alla religione.

Nel Diritto ecclesiastico tali diritti di solito vengono studiati entro il quadro dei rapporti tra diritto e religione che tratta tradizionalmente delle relazioni tra Stato europeo e religione e dell'amministrazione della diversità religiosa, intorno ai tre modelli della separazione, della cooperazione e della confessionalità. Sullivan, Yelle e Taussig-Russo collegano questo inquadramento sia alle recenti narrazioni evoluzionistiche del diritto - da un diritto sacralizzato verso un diritto secolare, con il connesso ripudio delle dimensioni rituali del diritto antico - sia alla narrazione della sociologia weberiana della secolarizzazione e della razionalizzazione del diritto e dell'economia.<sup>3</sup> D'altronde, questo quadro riduce la complessità dei diritti soggettivi

<sup>3</sup> SULLIVAN, Winnifred Fallers; YELLE, Robert; TAUSSIG-RUBBO, Mateo. Introduction. In: SULLIVAN, Winnifred Fallers; YELLE, Robert; TAUSSIG-RUBBO, Mateo (ed.). *After Secular Law*. California: Stanford University Press, 2011.

religiosi e della dinamica del rapporto fra individuo e gruppo religioso, come indica l'interesse prevalente di una delimitazione disciplinare e professionale in cui il Diritto Ecclesiastico viene scollegato dal Diritto Costituzionale e della prevalenza dei diritti fondamentali sulla forma di rapporti Stato-gruppi religiosi.<sup>4</sup>

In altri campi del sapere, alcuni studiosi hanno cercato di superare questa delimitazione tradizionale dello studio del rapporto tra diritto e religione, per indagare come il diritto, con la sua matrice ebraico-cristiana, produce un certo tipo di soggettività religiosa e di istituzione religiosa, così come produce la dimensione secolare. Talal Asad, per esempio, osserva che la religione e il secolare sono costituiti storicamente e che “(b) *this happens through accidental processes bringing together a variety of concepts, practices, and sensibilities, and (c) in modern society the law is crucially involved in defining and defending the distinctiveness of social spaces—especially the legitimate space for religion.*”<sup>5</sup> E Oliver Roy descrive quella che chiama “formattazione della religione”:

Dal momento che si cercano le stesse cose (affermazione di sé, realizzazione, felicità, salvezza), le religioni si formattano su un'analogia domanda. La formattazione operata dal mercato è accentuata dal ruolo delle istituzioni, tramite sia la legge sia la giurisprudenza dei tribunali. Sembra così delinearsi progressivamente una matrice comune della religione, dal momento che le istituzioni necessitano di una definizione valida per tutte le confessioni. Una simile formattazione, tuttavia, non obbedisce solo alla volontà di meglio controllare, dominare e acculturare, come avveniva nel caso dei tradizionali interventi statali in ambito spirituale. Oggi, infatti, la formattazione del religioso avviene in nome del contrario, in nome dell'eguaglianza e della libertà. Le religioni, per beneficiare di un eguale trattamento, devono rientrare in un paradigma comune. Per esempio, una confessione religiosa, per avere un

<sup>4</sup> Per un'analisi della disputa in ambito italiano, cfr. Marco Croce, che cerca di recuperare per il diritto costituzionale il tema del diritto alla libertà religiosa. (CROCE, Marco. **La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano**. Pisa: ETS, 2012) SULLIVAN, Winnifred Fallers; YELLE, Robert; TAUSSIG-RUBBO, Mateo. Introduction. In: SULLIVAN, Winnifred Fallers; YELLE, Robert; TAUSSIG-RUBBO, Mateo (ed.). **After Secular Law**. California: Stanford University Press, 2011.

<sup>5</sup> ASAD, Talal. Responses. In: SCOTT, David; HIRSCHKIND, Charles (ed.). **Powers of the secular modern: Talal Asad and his interlocutors**. Stanford, California: Stanford University Press, 2006. p. 209. Per la produzione giuridica della soggettività religiosa, v. il lavoro di Talal Asad, in speciale **Formations of the secular: Christianity, Islam, Modernity**. Stanford, California: Stanford University Press, 2003; Thinking about religious belief and politics. In: ORSI, Robert A. (ed.). **The Cambridge Companion to Religious Studies**. New York: Cambridge University Press, 2011.

cappellano militare, deve disporre di ministri del culti professionali. Nel caso non li abbia, si provvederà a crearli.<sup>6</sup>

Questi effetti della regolazione giuridica vengono di solito analizzati nei termini di perdita o diminuzione della varietà delle soggettività e delle istituzioni religiose, tramite la loro cogente conformazione a un certo modello normativo, una perdita indesiderabile perché restrittiva della diversità umana.<sup>7</sup>

Ma i diritti soggettivi religiosi soffrirebbero anche di incongruenze logiche insuperabili. Che lo Stato non possa riconoscere delle religioni ma che allo stesso tempo fornisca dei benefici a quelle riconosciute è già stato qualificato da Winnifred Fallers Sullivan come “*theoretically incoherent and possibly unconstitutional*”<sup>8</sup>, mentre Jeremy Gunn la considera una vera “*legal schizophrenia*”:

*Whether or not state institutions are competent to determine what is and is not religion, in the actual world of law, judicial and political institutions are sometimes forced to make such determinations. Other situations where state officials (including judges, administrators, and legislators) are called upon to determine whether something is religious include most notably: whether an entity is a “religion” or “religious association” for purposes of granting legal personality, obtaining tax benefits, or limiting the personal liability of the organizers; whether someone has “religious” beliefs for the purpose of obtaining conscientious objector status; whether someone should be exempted from a law of general applicability on the grounds of religious belief (e.g., a*

<sup>6</sup> ROY, Oliver. **La santa ignoranza**. Religioni senza cultura. Milano: Feltrinelli, 2009. p. 26-27.

<sup>7</sup> Sul valore della diversità umana, v. Dichiarazione Universale sulla Diversità Culturale, UNESCO, 2001, art. 1: “Fonte di scambi, d’innovazione e di creatività, la diversità culturale è, per il genere umano, necessaria quanto la biodiversità per qualsiasi forma di vita. In tal senso, essa costituisce il patrimonio comune dell’Umanità e deve essere riconosciuta e affermata a beneficio delle generazioni presenti e future.”

<sup>8</sup> “*Courts, legislatures, and other government agencies judge the activities of persons as religious or not, as protected or not, based on models of religion that often make a poor fit with religion as it is lived. In the phone calls I have with lawyers, I tell them what I think I can say that might be helpful, and I conclude with a warning that I have written academic articles—and now this book—suggesting that legal protection for religion is certainly theoretically incoherent and possibly unconstitutional. But—I think to myself—cases continue to be brought, and surely education is better than ignorance.*” (SULLIVAN, Winnifred Fallers. **The impossibility of religious freedom**. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 10) Qualche anno più tardi, l’autrice ha affermato in modo ancora più palese: “*I believe that ‘religion’ is not a useful term for U.S. Law today, because there is no longer any generally accepted referent that is relevant for defensible political reasons.*” (SULLIVAN, Winnifred Fallers. **Prison Religion**. Faith-based reform and the Constitution. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 18)

---

*Sikh motorcyclist being exempted from a requirement to wear a helmet or a Muslim or Jewish slaughterhouse being permitted to kill animals in accordance with ritual laws).*<sup>9</sup>

La protezione del diritto di libertà religiosa di solito dipende della dimostrazione, da parte dell'individuo, e del convincimento dei funzionari statali (legislatori, giudici, amministratori) che l'atto che si pretende religioso non è opzionale, cioè che risponde a un imperativo morale, e che è considerato religioso anche da altre persone (gruppo, istituzione). Cosicché il bene protetto non può essere la scelta religiosa - proprio perché si deve dimostrare l'impossibilità di scelta per l'individuo -, ma neanche è interpretabile esattamente come diritto individuale, perché il suo riconoscimento dipende del riconoscimento di un gruppo, anche se indiretto.

Le diverse incongruenze rilevate sono riconducibili sia alla storia della nozione di religione che alla genealogia del diritto soggettivo però se i diritti sono concepiti come oggetti culturali viventi, possono non essere pienamente determinati dalla loro origine.

## 2 OLTRE I LIMITI DEI DIRITTI SOGGETTIVI

Alcune proposte teoriche hanno cercato di indagare se i diritti soggettivi sono completamente determinati dalla loro storia o se sono ancora strumenti utili per l'emancipazione degli individui. Queste proposte sono apparse specialmente in reazione alla *critique of rights*, elaborata da studiosi appartenenti ai *Critical Legal Studies* contro il concentrarsi delle lotte politiche nel potere giudiziario. Secondo la *critique*, l'instabilità e l'astrattezza dei diritti soggettivi sono funzionali a una determinata distribuzione di ricchezze e potere nella società<sup>10</sup>. Ampliando la comprensione del diritto come fenomeno sociale, queste proposte ridimensionano le incongruenze dei diritti soggettivi e così possono rivelarsi utili per l'elaborazione della teoria sui diritti soggettivi religiosi.

Studiosi appartenenti alla *Feminist Legal Theory* e alla *Critical Race Theory* rilevano che la critica dei CLS è elaborata da una posizione di privilegio: quella di chi non ha bisogno di diritti

---

<sup>9</sup> GUNN, T. Jeremy. The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 189-215, 2003. p. 191-192.

<sup>10</sup> Cfr., per esempio: KENNEDY, Duncan. The critique of rights in critical legal studies. In: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. *Left legalism/Left critique*. Durham: Duke University Press, 2002. p. 216-227. Anche TUSHNET, Mark. The Critique of Rights. *SMU Law Review*, v. 47, 1, p. 23-34, 2016.

e per questo non riesce a percepire che non ci sono tante scelte e opportunità veramente accessibili per le persone oppresse, come gli afroamericani negli Stati Uniti.<sup>11</sup> I diritti sono validi perché conferiscono agli individui una esistenza sociale, al di là di quella meramente corporale, che domanda rispetto agli altri<sup>12</sup>. Inoltre, le promesse non mantenute dei diritti - eguaglianza, neutralità - e le loro caratteristiche - astrattezza, universalità - costituirebbero un ideale che costituisce una fonte di potere per i meno potenti<sup>13</sup>; e fornirebbero un vocabolario disponibile alla riappropriazione da parte di persone in situazione di svantaggio per sfidare il potere<sup>14</sup>. Affermare un diritto è scommettere sulla validità universale di un limite, ma il luogo esatto di demarcazione di questo limite non è necessariamente previsto nel riferimento al diritto. Così, l'uso della espressione “diritto alla libertà religiosa”, ad esempio, può funzionare come apertura ad attribuzioni contestuali di senso.

Una tale difesa dell'imprevedibilità degli usi che individui e gruppi possono fare dei diritti soggettivi si trova in studi che adottano l'analisi culturale del diritto, interpretato come sistema di simboli e significati presenti nelle pratiche sociali e nella vita quotidiana degli individui. Questo tipo di analisi è generalmente condivisa dai *sociolegal studies*, i *critical cultural legal studies* e alcuni filosofi dei diritti umani<sup>15</sup>. È un tipo di analisi che permette alla teoria dei diritti soggettivi religiosi di acquisire un punto di osservazione che non restringe a priori il suo oggetto di studio - l'interazione tra regolazione giuridica e fenomeno religioso - alla conformazione delle soggettività e delle istituzioni religiose a un certo modello normativo.

Nell'ambito dei *sociolegal studies*, le nozioni di *legality* e *legal consciousness*, come vengono usate da Ewick e Silbey, servono a comprendere “come le diverse esperienze giuridiche sono sintetizzate in un insieme di schemi diffusi e abitudini condivise”<sup>16</sup>. Il riferimento alla *legality* permette di osservare il diritto sia come quadro interpretativo sia come insieme di

<sup>11</sup> CRENSHAW, Kimberlé Williams. Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 7, p. 1331-1387, 1988. p. 1331.

<sup>12</sup> “rights imply a respect which places one within the referential range of self and others, which elevates one's status from human body to social being.” (WILLIAMS, Patricia J. Alchemical notes: reconstructing ideals from deconstructed rights. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 22, n. 2, p. 401-433, 1987. p. 416)

<sup>13</sup> NIELSEN, Laura Beth. The Work of Rights and the Work Rights Do: A Critical Empirical Approach. In: SARAT, Austin (ed.). *The Blackwell Companion to Law and Society*. Padstow: Blackwell Publishing, 2004.

<sup>14</sup> MINOW, Marha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American Law*. Ithaca, London: Cornell University Press, 1990. p. 307.

<sup>15</sup> In questo articolo si farà riferimento alle considerazioni di Seyla Benhabib e di Boaventura de Sousa Santos.

<sup>16</sup> “how the different experiences of law become synthesized into a set of circulating schemas and habits” (SILBEY, Susan. After Legal Consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 1, n. 1, p. 323-368, 2005. p. 323.)

risorse con le quali il mondo sociale è costruito e che può essere invocato e utilizzato dalle persone in modi impreveduti e sconosciuti dal diritto stesso<sup>17</sup>. Si tratta di una struttura sociale dinamica che si sostiene, si diffonde e si rinforza tramite la partecipazione degli individui. *Legal consciousness*, l'altra nozione utilizzata dalle autrici, si riferisce a questa pratica culturale in cui gli individui contribuiscono al processo di costruzione della *legality*, tramite l'uso di immagini e di un vocabolario giuridici<sup>18</sup>, oppure tramite associazioni inusuali tra *legality* e altre strutture sociali<sup>19</sup>.

Per le autrici, la forza e la durata del diritto si appoggiano sull'invisibilità, l'incoerenza e le contraddizioni interne che permettono diversi tipi di partecipazione individuale e la riutilizzazione dello schema della *legality* in altri ambiti della vita sociale. Questi usi possono risultare in una alterazione della struttura della *legality*, anche se i dati raccolti dalle autrici non permettono di confermare o confutare questa ipotesi. La caratteristica della circolarità, presente nella *legality*, si trova anche nei concetti giuridici, come in quello di diritto soggettivo, perché la generalità dei concetti giuridici gli conferisce "disponibilità metaforica" e variabilità interpretativa. Specificamente per quanto riguarda il linguaggio dei diritti, se da una parte esso è riduttivo dei rapporti reali, dall'altra legittima l'immaginazione di un trattamento e di una comunità che vengono negati nella pratica.<sup>20</sup>

La concezione del diritto come fenomeno sociale non isolabile e che succede anche al di fuori delle relazioni e degli spazi sociali tradizionalmente considerati giuridici è presente anche nei *Critical Cultural Legal Studies*. Rosemary Coombe è stata forse l'autrice che è andata più avanti nell'elaborazione teorica di questa corrente di pensiero. Da una parte, considera in modo positivo la circolazione dei flussi culturali e dei testi e significati giuridici<sup>21</sup> per affermare che i discorsi non sono statici e che il loro utilizzo da parte delle persone può riorganizzare le strutture dello spazio discorsivo generando conseguenze politiche imprevedibili<sup>22</sup>. Dall'altra

<sup>17</sup> EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1998. p. 23

<sup>18</sup> EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1998. p. 31-32.

<sup>19</sup> EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1998. p. 43.

<sup>20</sup> EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1998. p. 232.

<sup>21</sup> COOMBE, Rosemary J. *Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law*. In: KEARNS, Thomas R.; SARAT, Austin. (ed.). *Law in the domains of culture*. Michigan: University of Michigan Press, 2000. p. 52.

<sup>22</sup> "De Certeau's central thesis in *The Practice of Everyday Life* is that consumption is a form of production and that dominated groups make their own idiosyncratic use of the culture

parte, la sensibilità etnografica al contesto serve ad evitare la perdita della connessione tra questo uso e la congiuntura materiale con i conseguenti effetti distributivi. Così, anche se il linguaggio dei diritti viene utilizzato dai poteri statali o in funzione degli interessi del capitale globale, i diritti possono comunque avere differenti significati per persone appartenenti a gruppi sociali diversi e possono esprimere una pluralità di esperienze in un progetto globale di valorizzazione della dignità umana.<sup>23</sup>

Anche nella filosofia e sociologia dei diritti umani si trovano delle voci importanti secondo le quali il diritto e i diritti soggettivi, se contestualizzati, rappresentano ancora una via adeguata al superamento delle posizioni subalterne e per il conseguimento della giustizia sociale. La condizione è che l'azione politica bilanci l'elemento astrattamente individualistico della classica concezione dei diritti soggettivi: la formulazione giuridica di rivendicazioni deve essere espressa da mobilitazioni politiche collettive. Già Bobbio, nel negare importanza al problema del fondamento universale dei diritti umani e indicare che la loro formulazione e affermazione, questo sì un problema importante, è il risultato di lotte sociali e politiche, richiamava attenzione su questo nesso tra l'affermazione dei diritti e la rivendicazione collettiva.<sup>24</sup>

Riferendosi al futuro, Boaventura de Sousa Santos ha indicato che il diritto può essere emancipatore se integrato al contesto di un cosmopolitismo subalterno<sup>25</sup> e che una politica emancipatrice dei diritti umani è necessariamente multiculturale<sup>26</sup> nella misura in cui richiede

---

*disseminated and imposed by elites; 'the users of social codes turn them into metaphors and ellipses of their own quests. The ruling order serves as a support for innumerable productive activities...'* (COOMBE, Rosemary J. Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies. *Law & Society Inquiry*, 14, 69, p. 69-121, 1989. p. 94)

<sup>23</sup> *"Historically structured and locally interpreted, human rights law provides means and fora for legitimating and contesting privileged narratives and the social hierarchies they support in practices of articulation in which hegemonic and oppositional strategies both constitute and reconfigure each other. Social worlds need to be represented, performatively expressed, and institutionally inscribed; human rights provide authoritative rhetorical means, media, and arenas for articulating improved human worlds and incorporating new visions of society, but they can also be deployed to ratify new forms of oppressive power."* (COOMBE, Rosemary J. Honing a Critical Cultural Study of Human Rights. *Communication and Critical/Cultural Studies*, 7, 3. p. 230-246, 2010. p. 235)

*"Novel justice imaginaries are forged when Europe is provincialized and Enlightenment conceptual vocabularies encounter, challenge, and accommodate other regimes of meaning and value."* (COOMBE, Rosemary J. Honing a Critical Cultural Study of Human Rights. *Communication and Critical/Cultural Studies*, 7, 3. p. 230-246, 2010. p. 241)

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Giulio Einaudi, 1990.

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 03-76, 2003. p. 65.

<sup>26</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, 1997.

un dialogo interculturale e un'ermeneutica “diatopica”<sup>27</sup>. La condizione è che siano scelte le interpretazioni delle differenti culture più aperte al riconoscimento dell'altro e che la tensione tra principio di eguaglianza e di differenza sia risolta nel seguente modo: persone e gruppi sociali hanno diritto ad essere uguali quando la differenza li rende inferiori e hanno diritto ad essere differenti quando l'uguaglianza li priva della loro identità.

Anche Seyla Benhabib ha di recente trattato dei diritti umani come vocabolario di rivendicazioni pubbliche. Benhabib utilizza il concetto di *jusgenerativity*, intesa come “*capacity to create a normative universe of meaning which can often escape the ‘provenance of formal lawmaking’*”, “*by developing new vocabularies for public claim-making; by encouraging new forms of subjectivity to engage with the public sphere, and by interjecting existing relations of power with anticipations of justice to come*”<sup>28</sup>. Tramite l'uso di questo vocabolario i diritti universali verrebbero contestualizzati attraverso appropriazioni e interpretazioni creative delle norme che trattano dei diritti umani.<sup>29</sup> Questi argomenti presuppongono una decostruzione del problema del fondamento dei diritti umani in due questioni distinte: da una parte “l'universalità del contenuto normativo espresso nel linguaggio dei diritti soggettivi”, a cui si risponde teoricamente con l'esigenza di contestualizzazione dei contenuti dei diritti soggettivi, e dall'altra “l'universalità della forma del diritto soggettivo, in definitiva dello stesso linguaggio dei diritti” che viene usato per esprimere rivendicazioni proprio perché permette di concettualizzare bisogni e interessi in una forma a cui si collegano tecniche giuridiche destinate alla loro garanzia.<sup>30</sup>

## CONCLUSIONE

<sup>27</sup> Secondo Boaventura de Sousa Santos, i topoi delle diverse culture sono così incompleti come le culture stesse, anche se aspirano alla totalità. L'ermeneutica diatopica, tramite il dialogo “con un piede in una cultura e l'altro in altra” (mia traduzione), farebbe con che le culture acquisissero una coscienza crescente su queste incompletudini. Come esempio di ermeneutica diatopica tra la cultura islamica e la cultura occidentale nel campo dei diritti umani, Santos indica il lavoro di Abdullahi An-na'im. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, 1997. p. 23-26.)

<sup>28</sup> BENHABIB, Seyla. Dignity in Adversity. *Human Rights in Turbulent Times*. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 125.

<sup>29</sup> BENHABIB, Seyla. Dignity in Adversity. *Human Rights in Turbulent Times*. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 129.

<sup>30</sup> BACCELLI, Luca. *I diritti dei popoli*. Universalismo e differenze culturali. Roma, Bari: Laterza, 2009. p. 117-122.

L'analisi culturale dei diritti può contribuire ad una ricostruzione della teoria dei diritti soggettivi religiosi. Così, le critiche da cui siamo partite, relative alla schizofrenia della regolazione giuridica del fenomeno religioso e alle incoerenze interne ai diritti soggettivi religiosi, fondate su una storia molto specifica dei rapporti tra Stato e religione e sulla storia di una specifica soggettività religiosa, non implicano necessariamente l'inutilità di questi strumenti per quegli individui e quelle esperienze culturali e giuridiche che non corrispondono a questi modelli. Forse lo spostamento dello sguardo del teorico del diritto dagli spazi tradizionalmente osservati - anzitutto le assemblee legislative e le corti giudiziarie - può rivelare sorprendenti forme di interazione tra individui e istituzioni reali, da una parte e, dall'altra, modelli normativi.

Nello specifico della regolazione giuridica del fenomeno religioso, il principio della laicità, in genere sancito a livello della costituzione, ha per conseguenza che i rapporti di fatto esistenti non siano necessariamente espressi nelle tradizionali fonti del diritto. Soprattutto quando non è previsto il riconoscimento formale dei gruppi religiosi, o dei rapporti diretti tra le organizzazioni religiose e lo Stato, è arduo precisare quali siano i rapporti effettivi tra le autorità pubbliche e i gruppi religiosi, perché il tipo di negoziazione tra questi cambia a seconda delle necessità del momento<sup>31</sup>, motivo per cui occorre volgere lo sguardo verso le pratiche amministrative.<sup>32</sup> In queste pratiche partecipano, però, non solo i gruppi religiosi organizzati, ma anche individui che cercano di vivere in accordo con la loro visione (religiosa) del mondo e che provano a renderla compatibile con le prescrizioni giuridiche. Ciò avviene di solito tramite l'utilizzo del linguaggio dei diritti soggettivi, siano questi religiosi - come nel caso del foulard nelle scuole francesi - o meno, come nella temporanea ammissione della poligamia nelle domande di ricongiungimento familiare di persone immigrate in Francia. È piuttosto nei consigli di scuola, nelle commissioni di bioetica degli ospedali, negli organi fiscali, nelle amministrazioni penitenziarie che si va costruendo, anche se in forma disordinata e asimmetrica, il contenuto dei diritti soggettivi religiosi e i rapporti tra Stato e gruppi religiosi.

L'analisi culturale del diritto, attenta a come il diritto viene costruito, recepito e trasformato in contesti specifici, fornisce una via teorica di uscita dalla decostruzione operata dalle analisi critiche dei diritti soggettivi religiosi, ma anche della nozione più generale di diritto soggettivo, permettendo agli studiosi di percepire le possibili reinvenzioni della strategia politica

<sup>31</sup> BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. Les processus des négociations entre les pouvoirs publics en France. In: PUZA, Richard; DOE, Norman (ed.). **Religion and law in dialogue: covenantal and non-covenantal cooperation between state and religion in Europe**. Leuven, Paris, Dudley: Peeters Publishers, 2006. p. 47-57.

<sup>32</sup> BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. Présentation. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte (ed.). **L'administration des cultes dans les pays de l'Union Européenne**. Leuven: Peeters Publishers, 2008.

del diritto. Anche perché non sembrano ancora disponibili nuove concezioni capaci di catturare le aspirazioni politiche condensate in concetti moderni<sup>33</sup>, come quello di diritto soggettivo.

## BIBLIOGRAFIA

- ASAD, Talal. Responses. In: SCOTT, David; HIRSCHKIND, Charles (ed.). **Powers of the secular modern: Talal Asad and his interlocutors**. Stanford, California: Stanford University Press, 2006.
- ASAD, Talal. **Formations of the secular: Christianity, Islam, Modernity**. Stanford, California: Stanford University Press, 2003.
- ASAD, Talal. Thinking about religious belief and politics. In: ORSI, Robert A. (ed.). **The Cambridge Companion to Religious Studies**. New York: Cambridge University Press, 2011.
- BACCELLI, Luca. **I diritti dei popoli**. Universalismo e differenze culturali. Roma, Bari: Laterza, 2009.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. Les processus des négociations entre les pouvoirs publics en France. In: PUZA, Richard; DOE, Norman (ed.). **Religion and law in dialogue: covenantal and non-covenantal cooperation between state and religion in Europe**. Leuven, Paris, Dudley: Peeters Publishers, 2006. p. 47-57.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. Présentation. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte (ed.). **L'administration des cultes dans les pays de l'Union Européenne**. Leuven: Peeters Publishers, 2008. p. 9-23.
- BENHABIB, Sheyla. Dignity in Adversity. **Human Rights in Turbulent Times**. Cambridge: Polity Press, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Giulio Einaudi, 1990.
- CASANOVA, José. **Public religions in the modern world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- COOMBE, Rosemary J. Honing a Critical Cultural Study of Human Rights. **Communication and Critical/Cultural Studies**, 7, 3. p. 230-246, 2010.
- COOMBE, Rosemary J. Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law. In: KEARNS, Thomas R.; SARAT, Austin. (ed.). **Law in the domains of culture**. Michigan: University of Michigan Press, 2000. p. 21-64.
- COOMBE, Rosemary J. Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies. **Law & Society Inquiry**, 14, 69, p. 69-121, 1989.

<sup>33</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório?. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, p. 03-76, 2003. p. 8.

- CRENSHAW, Kimberlé Williams. Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 7, p. 1331-1387, 1988.
- CROCE, Marco. *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*. Pisa: ETS, 2012.
- EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1998.
- GUNN, T. Jeremy. The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 189-215, 2003.
- JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre e del ciudadano*. Mexico: Universidad Autónoma de México, 2000.
- KENNEDY, Duncan. The critique of rights in critical legal studies. In: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. *Left legalism/Left critique*. Durham: Duke University Press, 2002. p. 216-227.
- MINOW, Marha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American Law*. Ithaca, London: Cornell University Press, 1990.
- NIELSEN, Laura Beth. The Work of Rights and the Work Rights Do: A Critical Empirical Approach. In: SARAT, Austin (ed.). *The Blackwell Companion to Law and Society*. Padstow: Blackwell Publishing, 2004.
- ROY, Oliver. *La santa ignoranza. Religioni senza cultura*. Milano: Feltrinelli, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 03-76, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, 1997.
- SILBEY, Susan. After Legal Consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 1, n. 1, p. 323-368, 2005.
- SOUZA, Lidyane Maria Ferreira. The 2008 Concordat in Brazil: 'Modern public Religion' or Neo-corporatism? In CARLING, Alan. (ed.). *The social equality of religion or belief. A new view of religion's place in society*. London: Palgrave Macmillan, 2016. p. 216-225.
- SULLIVAN, Winnifred Fallers; YELLE, Robert; TAUSSIG-RUBBO, Mateo. Introduction. In: SULLIVAN, Winnifred Fallers; YELLE, Robert; TAUSSIG-RUBBO, Mateo (ed.). *After Secular Law*. California: Stanford University Press, 2011.
- SULLIVAN, Winnifred Fallers. *Prison Religion. Faith-based reform and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- SULLIVAN, Winnifred Fallers. *The impossibility of religious freedom*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- TUSHNET, Mark. The Critique of Rights. *SMU Law Review*, v. 47, 1, p. 23-34, 2016.

WILLIAMS, Patricia J. Alchemical notes: reconstructing ideals from deconstructed rights. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 22, n. 2, p. 401-433, 1987.

Recebido em: 11.07.2022 / Aprovado em: 02.09.2022

## COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

BACCELLI, Luca; SOUZA, Lidyane Maria Ferreira de. L'UTILITÀ DELL'ANALISI CULTURALE DEI DIRITTI SOGGETTIVI RELIGIOSI. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 17, n. 1, e70979, jan/abr. 2022. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369470979>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/70979>. Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2022 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola e Bruna Bastos.



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

## SOBRE OS AUTORES

### LIDYANE MARIA FERREIRA DE SOUZA

Doutora em Direito e Ciências Sociais e Políticas, Área de Concentração Direitos Fundamentais na Sociedade Global, pela Universidade de Camerino/Itália. Mestre em Ciências Jurídicas, Área de Concentração Direitos Humanos, pela Universidade Federal da Paraíba, com estágio na Universidade de Florença/Itália. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Professora adjunta na Universidade Federal do Sul da Bahia, atuando atualmente nos cursos de graduação em Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades e Direito, assim como no Programa de Pós-graduação em Ensino e Relações Étnico Raciais. Vice-líder do Grupo de Pesquisa Pluralismos Jurídicos e Usos Emancipatórios do Direito.).

### LUCA BACCELLI

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Camerino. Presidente di Jura Gentium, Centre for Philosophy of International Law and Global Politics.