



Stato, Chiese e pluralismo confessionale

Rivista telematica (www.statoechiese.it)

Aprile 2008

ISSN 1971 - 8543

Edoardo Dieni

**DIRITTO & RELIGIONE
VS.
«NUOVI» PARADIGMI**

Sondaggi per una teoria postclassica del diritto
ecclesiastico civile

Milano, 2008



«La famiglia Dieni desidera mettere a disposizione della comunità scientifica i risultati della ricerca che era stata avviata dal proprio congiunto sul tema *Diritto e religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del Diritto ecclesiastico civile.*

Il lavoro è inviato al Premio Edoardo Dieni nello stato parzialmente incompiuto in cui la famiglia lo ha rinvenuto, affinché ne sia disposta provvisoriamente la pubblicazione elettronica sulla Rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*».

Reggio Calabria, 21 aprile 2008

La Direzione della Rivista, sicura di interpretare i sentimenti dell'intera comunità scientifica, esprime gratitudine alla Famiglia di Edoardo Dieni che ha voluto mettere a disposizione di tutti questo ulteriore arricchimento del comune sapere, frutto di una ricerca e di una fatica rimaste, purtroppo, dolorosamente incompiute la notte del 10 giugno del 2006.

Nessuna modifica e nessuna integrazione è stata apportata al testo e alle note del file a cui Edoardo Dieni stava lavorando.

La sola formattazione è stata resa conforme a quella usuale dei contributi editi nella Rivista.

Milano, 28 aprile 2008



INDICE-SOMMARIO

Introduzione

PARADIGMA DELLA CRISI E CRISI DI PARADIGMA

1. Una teologia della crisi del Diritto
2. La crisi nella crisi: il Diritto Ecclesiastico italiano
3. Quali paradigmi?

Capitolo Primo

IL PARADIGMA ECONOMICISTICO: DIRITTO & RELIGIONE VS. ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

1. Il paradigma alternativo
2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico
 - 2.1. Una «dottrina generale» del Diritto Ecclesiastico dalla prospettiva economica: l'impostazione della Chicago School
 - 2.1.1. Libero mercato delle idee religiose in libero mercato delle idee
 - 2.1.2. I poteri pubblici come garanti del libero mercato dei beni religiosi
 - 2.1.3. La giustificazione dei limiti imposti alla libertà religiosa in base all'analisi costi-benefici
 - 2.1.4. Gli effetti delle politiche pubbliche sul mercato dei beni religiosi
 - 2.2. Dalla responsabilità extracontrattuale al diritto di libertà religiosa: la prospettiva di Guido Calabresi
 - 2.2.1. Il problema della neutralità tra convinzioni religiose e tra convinzioni religiose e non religiose
 - 2.2.2. Neutralità e ragionevolezza
 - 2.3. L'Analisi Economica della Religione in Sociologia: un ponte verso l'Europa
 - 2.4. Un'interpretazione italiana dell'Analisi Economica applicata al Diritto Ecclesiastico: gli studi di Giuseppe Vegas
 - 2.4.1. I motivi dei sussidi statali a favore delle confessioni religiose
 - 2.4.2. I modelli di finanziamento
 - 2.4.3. Qualche osservazione sul rapporto tra l'Analisi Economica del Diritto Ecclesiastico «*american style*» e quella



- «all'italiana»
2.4.4. Le evidenze di un'analisi empirica comparativa ad ampio raggio
3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma
- 3.1. Disciplina di diritto comune e libertà religiosa
 - 3.1.1. Il giorno di riposo settimanale obbligatorio
 - 3.1.2. Simboli religiosi nello spazio pubblico
 - 3.1.3. Regole di abbigliamento
 - 3.1.4. Strutture obbliganti
 - 3.1.5. Organizzazione interna delle istituzioni religiose
 - 3.1.6. Disciplina della sessualità
 - 3.1.6.1. Poligamia
 - 3.1.6.2. Divorzio
 - 3.1.6.3. Procreazione
 - 3.1.6.4. Unioni omosessuali
 - 3.2. Il finanziamento degli enti confessionali e in particolare delle scuole
 - 3.2.1. Il finanziamento pubblico delle scuole confessionali: le ragioni a favore e quelle contro
 - 3.2.2. Modalità e limiti di un efficiente finanziamento pubblico delle scuole confessionali
 - 3.3. Tutela penale delle convinzioni religiose
 - 3.3.1. *Hate speech*
 - 3.3.2. *Blasphemy*
 - 3.4 Tutela civile delle convinzioni religiose
 - 3.5 Tecniche giuridiche e tutela delle convinzioni personali
4. Gli apporti del paradigma da tesaurizzare

Capitolo Secondo
IL PARADIGMA PLURALISTA:
DIRITTO & RELIGIONE VS.
PLURALISMO GIURIDICO

- 1. Il paradigma alternativo
- 2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico
 - 2.1. Una versione del pluralismo giuridico di particolare interesse per l'ecclesiasticista: la dottrina di Roderick A. Macdonald
 - 2.2. La rilettura «pluralistica» delle fonti del diritto ecclesiastico



3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma
 - 3.1. La comunità familiare
 - 3.2. La questione del velo
 - 3.3. La questione dei simboli nella comunità scolastica
 - 3.4. I reati «culturali»
4. Gli apporti del paradigma da tesaurizzare

Capitolo Terzo
IL PARADIGMA RETICOLARE:
DIRITTO & RELIGIONE VS.
TEORIA DIALETTICA DEL DIRITTO

1. Il paradigma alternativo
2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico
 - 2.1. Crisi dell'ordine westfaliano e ricerca di una fondazione perduta
 - 2.2. Le chiese come soggetti produttori di diritto e i rapporti ordini normativi ecclesiastici / ordini normativi profani
3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma
 - 3.1. Contenzioso intrareligioso e giurisdizione statale
 - 3.2. Rapporti di lavoro presso organizzazioni ecclesiastiche
 - 3.2.1. Status religioso del lavoratore e diritto alla pensione
 - 3.2.2. Status religioso del lavoratore e revoca dell'incarico
 - 3.2.3. Licenziamento per motivi religiosi
 - 3.3. Responsabilità del superiore gerarchico e ordinamento interno dell'organizzazione ecclesiastica
 - 3.4. Tutela penale del sentimento religioso
 - 3.5. La gestione giuridica dei fondamentalismi. *La valenza dei principi del diritto «costituzionale» europeo in materia di religione*
4. Gli apporti del paradigma da tesaurizzare

Capitolo Quarto
PER UN TENTATIVO DI SINTESI:
UN PARADIGMA DI PARADIGMI?

1. Dall'analisi multiparadigma alla Teoria Eclettica (*meta-teoria > meta-meta-teoria*)
2. Verso una ricostruzione alternativa del (sotto-)sistema delle fonti del Diritto Ecclesiastico (una teoria post-sistemica)
 - 2.1. *Le Texte, finalement!* Extratestualità del diritto post-



moderno e sue conseguenze in materia religiosa

2.2. Ideologia e dogmatica del Diritto. Il problema della traduzione dei nuovi paradigmi dalla «giurisprudenza superiore» alla «giurisprudenza inferiore»

3. L'apporto dei «nuovi paradigmi» alla soluzione dei problemi pratici della libertà religiosa (*contestualizzazione, detestualizzazione, ritestualizzazione*)

3.1. Alcune indicazioni di politica del diritto ecclesiastico nel contesto ordinamentale euro-italiano

3.1.1. Per il «Legislatore»

3.1.2. Per l'«Interprete»

3.2. ***

4. Tra meriggi e ombre



Introduzione

Paradigma della crisi e crisi di paradigma

[...]

Ma dalle vie del monte si tornava.
Riuscivano queste a un'instabile
vicenda d'ignoti aspetti
ma il ritmo che li governa ci sfuggiva.
Ogni attimo bruciava
negl'istanti futuri senza tracce.
Vivere era ventura troppo nuova
ora per ora, e ne batteva il cuore.
Norma non v'era,
solco fisso, confronto,
a sceverare gioia da tristezza.
Ma riadotti dai viottoli
alla casa sul mare, al chiuso asilo
della nostra stupita fanciullezza,
rapido rispondeva
a ogni moto dell'anima un consenso
esterno, si vestivano di nomi
le cose, il nostro mondo aveva un centro.

[...]

E. MONTALE, *Meriggi e ombre*, da *Ossi di seppia* (1925).

SOMMARIO: 1. Una teologia della crisi del diritto - 2. La crisi nella crisi:
il Diritto Ecclesiastico - 3. Quali paradigmi?

1. *Una teologia della crisi del diritto*

Tutti i tempi sono tempi di crisi, se per crisi si intende il passaggio da un già a un non ancora; ma se tale transito si prolunga al punto da far disperare di scorgere approdi sicuri o almeno punti di riferimento affidabili come quelli che ci si è lasciati alle spalle, allora si può parlare di una crisi cronicizzata, venata dalla nostalgia di un altrove



perduto per sempre. A quest'ultimo tipo di crisi sembrano ascrivibili molte dinamiche della società postmoderna, che si riflettono, naturalmente e notoriamente, sul diritto.

La crisi del diritto contemporaneo – apparente o effettiva che sia – è (almeno in larga parte) anche la crisi dello Stato moderno. Una crisi non propriamente nuova (basti pensare alle analisi di Jemolo e Santi Romano)¹, il

¹ A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, Laterza, 1954; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969; più di recente (solo per citare qualche titolo esplicitamente «critico») D. FARIAS, *Crisi dello stato, nuove disuguaglianze e marginalità*, Milano, Giuffrè, 1993; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997; P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo, 1998; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; G. SADUN BORDONI, *L'ordine infranto: il declino dello Stato nazionale tra diritto e politica*, Torino, Giappichelli, 2004; G. D'ANGELO, *Crisi dello Stato, riforme costituzionali, principio di sussidiarietà*, Roma, Aracne, 2005. Si intitola a «La crisi del positivismo giuridico» il capitolo introduttivo di C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-14.

Il «pensiero della crisi» (nella doppia valenza del sintagma) ricorre ciclicamente nella riflessione di G. CASUSCELLI (*Post-confessionismo e transizione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. ***; *Le attuali prospettive del diritto ecclesiastico italiano*, relazione presentata al Convegno *Le attuali prospettive del diritto ecclesiastico italiano*, 9 marzo 2005, destinata alla pubblicazione ne *Il diritto ecclesiastico*, ma già in www.olir.it, p. ***), e ancora, da ultimo, nel contributo agli atti del convegno internazionale *Islam in Europa Islam in Italia. Le comunità musulmane tra diritto e società*, Como 26-27 maggio 2006, in corso di pubblicazione per la cura di A. Ferrari), il quale si studia di esorcizzarlo, ma ne ha fatto peraltro – se si intende latamente la crisi come transizione – oggetto dei suoi maggiori studi. Rifiuta il paradigma della «crisi» in quanto lettura pessimistica di una fase evolutiva V. TOZZI, *La trasformazione dello Stato nazionale, l'integrazione europea, l'immigrazione e il fenomeno religioso*, in *La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sopranazionali*, a



cui aspetto attuale forse più evidente è quello di una sovranità che si decompone e ricompone seguendo le forme del diritto globale².

Nella «fenomenologia della post-sovranià» proposta da Geminello Preterossi tale crisi sarebbe quella di un Diritto che, nell'ordine storico-concettuale moderno, si presenta con le caratteristiche dell'artificialità, dell'autoritatività e della proceduralità, difficilmente dissociabili da altri fattori costitutivi del razionalismo europeo e dell'identità post-illuminista quali il pluralismo, la laicità dell'ordine, la tolleranza, le garanzie della libertà e dei diritti, il principio di uguaglianza. I processi erosivi di questo ordine giuridico «moderno» si sviluppano – illustra Preterossi – su due dimensioni. La prima è quella della lotta contro i diritti in nome della deregolazione, cui si risponde con una (non innocente) riduzione dei diritti al

cura di G. Macrì, Dipartimento di teoria e storia delle istituzioni giuridiche e politiche della società moderna e contemporanea, Università di Salerno, 2003, p. 15. Sono invece pervase da un sentimento tragico della crisi le pagine di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

«In un “Manifesto politico” dell'anno 1932, che recava per titolo *Krisis*, il docente di diritto pubblico Rudolf Smend poteva parlare come di cosa ovvia della connessione della “crisi” politica con quella religiosa»: lo ricorda C. Schmitt, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1970, trad. it. *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 14.

² Cfr. *ex plurimis* J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, su cui ID., *L'État post-moderne: retour sur une hypothèse*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 39/2004, pp. 107-120; J. CAILLOSSE, *Une approche «tranquillisante» de la post-modernité? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier*, *ibidem*, pp. 121-138; P. VENNESSON, *L'État «post-moderne», la mondialisation et la guerre*, *ibidem*, pp. 139-145.



fine di conservare i più fondamentali, ovvero col fiducioso abbandono allo spontaneismo dei mercati globali, il cui equilibrio finale renderà superflui i diritti. La seconda è quella della lotta al Diritto, a sua volta condotta su due fronti: l'affermarsi del diritto commerciale globale, paradigma monopolistico, iperprivatistico, spesso informale di un nuovo ordine che si presenta così in-civile; e la crescita esponenziale di pretese al riconoscimento di nuovi diritti e alla giuridificazione di ambiti tradizionalmente non soggetti al diritto, il che induce taluni poteri ad elaborare strategie e ideologie di aggiramento non più clandestino dei nuovi vincoli giuridici formalmente posti.

Nel diritto internazionale, le conseguenze di questi processi sarebbero non soltanto l'accantonamento del progetto cosmopolitico faticosamente abbozzato dopo la seconda guerra mondiale, ma addirittura il sovvertimento delle geometrie consuete dello *jus publicum europaeum*: a questo paradigma tradizionale se ne affianca infatti un altro di tipo giuridico-morale, che in nome delle Cose Ultime legittima la «guerra giusnaturalistica». Tale moralizzazione del diritto e dell'etica pubblica giustificerebbe così uno stato di necessità permanente che consacra il diritto del più forte, la volontà di potenza – in ultima analisi il nichilismo –, avverando la profezia schmittiana di un imperialismo economico banditore di crociate per escludere dall'ordine legale e dall'umanità chiunque gli si opponga³.

³ Cfr. G. PRETEROSSÌ, *Tramonto del diritto moderno?*, in *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, a cura di R. Esposito e L. Bazzicalupo (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 39-49; ID., *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004, specialmente 40 e ss.; ID., *Contro le nuove tecnologie della politica*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G.



L'analisi appena richiamata – più o meno attendibile, ma sicuramente suggestiva – sembra assumere (forse non per caso) le cadenze di una «teologia della crisi» del Diritto moderno, se non di una «teologia della morte» dello stesso. (E in effetti l'esperienza attuale del diritto occidentale, governato dalla «tecno-economia»⁴, sembra risolvere nel senso più immanente l'alternativa, ancora schmittiana, secondo cui «il diritto o è teologia, o è tecnica»⁵). Ad ogni modo, essa sintetizza mirabilmente una serie di temi attuali: il problema del fondamento del Diritto e dei diritti (l'uno ricondotto sempre più alla volontà dei poteri dominanti, gli altri aggrediti dagli stessi), il pluralismo e la laicità (compressi dai loro contrari), la tolleranza e l'uguaglianza (parimenti in fase regressiva), il rapporto tra diritto e non diritto (che si volge nel problema della comunicazione tra ordini normativi differenti), la pretesa dell'ordine giuridico-politico profano di farsi portatore ed esportatore (anche *manu militari*) di Verità Ultime (da cui il conflitto diretto con ordini giuridici non profani ugualmente affermativi di Verità)⁶.

Si può discutere se il paradigma della crisi, oggi in apparenza onnipervasivo se non altro in seguito al dilagare della globalizzazione che governa il diritto, sfoci necessariamente in una crisi di paradigma della scienza giuridica.

Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 3-16. Il richiamo schmittiano è a C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 164-165.

⁴ Il termine composito è mutuato da N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit.

⁵ Cfr. C. SCHMITT, ***

⁶ Sulla funzione positiva del vincolo politico-teologico nella tarda modernità, contro la globalizzazione e la tecnica, e a favore dei diritti, cfr. G. PRETEROSSO, *Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 167.



Prima di poterlo affermare, bisognerebbe intanto stabilire di quale, tra i molti paradigmi convidenti, si sta parlando. E si potrebbe rispondere che si tratta del paradigma dominante, nel quale si riconosce la maggior parte degli operatori culti che costituiscono la comunità ermeneutica dei giuristi (i paradigmi minoritari e critici – forse minoritari perché critici – essendo sempre felicemente ignorati dall’Istituzione)⁷.

Inoltre, bisognerebbe saggiare la compatibilità del paradigma dominante con il nuovo assetto di regole prodotte dalla società in crisi.

Ora, sembra abbastanza incontrovertibile che il paradigma dominante nel diritto occidentale (quanto meno eurocontinentale) sia quello di una concezione legal-positivistica, procedurale, gerarchica, rispecchiata idealtipicamente nella *reine Rechtslehre* kelseniana⁸ (non

⁷ Quanto agli operatori non culti (anche nel senso di inculti: la «giurisprudenza inferiore» di cui parlava Jhering), partecipando essi di una prassi senza riflettere su di essa, potrebbe dirsi del loro rapporto col Diritto (inteso come scienza) ciò che Bourbon-Busset diceva degli artisti in rapporto all’estetica: che questa ha per quelli lo stesso significato che l’ornitologia ha per gli uccelli.

⁸ In tal senso cfr. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 55 (2001), pp. 4-5.

«During last century legal positivism, or analytical jurisprudence, as it is often called in Anglo-American countries, was without doubt, the most dominant school of jurisprudence»: M.I. NIEMI, «Facts, Fictions or Reasoning. Law as the Subject Matter of Jurisprudence», in *Ratio Juris*, 16 (2003), p. 2.

Le caratteristiche fondamentali della teoria dominante o moderna prevalente nel mondo accademico statunitense tra gli anni settanta del secolo XIX e gli anni ottanta del secolo XX sono esaminate nei primi quattro capitoli di G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, New York University Press, 1995, tr. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2001.



per caso Kelsen è il più popolare teorico del diritto presso i giuristi pratici, in particolare presso coloro che ne ignorano l'esistenza). E però, secondo un'autorevole lettura, proprio le familiari categorie del normativismo kelseniano sarebbero le più idonee a comprendere la realtà degli ordinamenti contemporanei investiti dalla globalizzazione, grazie al necessario appoggiarsi e concretizzarsi del mercato globale nei diritti degli Stati, che riconduce gli accordi entro i confini territoriali ove ancora opera l'artificialità tecnica del volere normativo, in grado di trasfondersi negli accordi interstatali e nel diritto internazionale privato⁹.

Quali che siano le capacità del normativismo kelseniano di interpretare il «diritto globale», non è affatto possibile dispensarsi dalla ricerca di nuovi paradigmi per lo studio del nuovo diritto (si potrebbe anzi ritenere che questa ricerca è tanto più urgente quanto più è felice il connubio tra tale tipo di formalismo giuridico e la tecnica

⁹ Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 48 (2002), p. 631; ID., *Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

Critica serratamente questa tesi irtiana U. PAGALLO, *Il paradosso della globalizzazione normativistica. A proposito di un recente contributo di Natalino Irti*, in *L'ircocervo*, 2 (2003). Ricondurre i fenomeni di autoregolamentazione di cui alla *lex mercatoria* all'autonomia privata – ciò che lascia apparentemente intatto l'assetto piramidale del diritto – è denunciato come una manipolazione finzionale da F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseaux? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 16-17. Nel senso che la globalizzazione degli scambi generatrice della *lex mercatoria* stia decostruendo la gerarchia normativa, dando luogo a un diritto «eterarchico», cfr. inoltre G. TEUBNER, *Les multiples corps du roi: l'auto-destruction de la hiérarchie du droit*, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 313.



produttiva). Infatti, il paradigma *mainstream* sottinteso nella maggior parte delle indagini di diritto positivo dei giuristi, oltre ai suoi condizionamenti ideologici, presenta limiti che impediscono una percezione completa dell'oggetto studiato¹⁰. È perciò opportuno rivolgersi anche ad altri paradigmi per integrare (se non per superare) quello più comune e consolidato.

2. La crisi nella crisi: il Diritto Ecclesiastico

Si sarà notato come molti temi, e probabilmente i più cruciali, tra quelli sopra evocati come alla ribalta della crisi del diritto nell'età della globalizzazione, siano di tradizionale appannaggio degli studi relativi ai rapporti tra ordini normativi profani e religiosi, ossia di quella disciplina ancora denominata in Italia Diritto Ecclesiastico¹¹. Questa disciplina – come del resto l'«ordinamento sezionale» di cui si occupa – è a sua volta in crisi. Lo è in buona misura, probabilmente, per cause non del tutto diverse da quelle alla base della crisi delle scienze giuridiche in generale, e in parte per cause interne e sue proprie. Ciò è un male, perché il settore della ricerca

¹⁰ Illustra incisivamente i limiti del «traditional paradigm of lawyer's law» e del «traditional paradigm of legal sociology» R.A. MACDONALD, *Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law*, in A. Lajoie, R.A. Macdonald, R. Janda, G. Rocher (eds.), *Théories et émergence du droit. Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal-Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, pp. 12-14.

¹¹ L'incidenza dei fenomeni di globalizzazione sul diritto ecclesiastico emerge nella manualistica e nella saggistica più recente sin dal titolo: R. BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Torino, Giappichelli, 2002; P. LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso: saggi di riflessione*, Torino, Giappichelli, 2002.



scientifico che per ragione sociale più dovrebbe e meglio potrebbe proporre soluzioni a un insieme di problemi attualissimi, non riesce ad esprimere per intero il proprio potenziale. A differenza di altre materie giuridiche, peraltro, il Diritto Ecclesiastico coltiva una viva consapevolezza del suo disagio, così che non mancano diagnosi dettagliate e impietose della crisi (anche) epistemologica in cui si trova, pure in forma di sedute di autocoscienza collettiva¹². Ciò permette di stilare con una certa precisione il referto sullo stato della disciplina, che non da oggi sconta un certo ritardo nel partecipare alla crisi metodologica delle scienze giuridiche¹³. In particolare, presso i cultori italiani del Diritto Ecclesiastico sono stati rilevati, tra l'altro, un diffuso disinteresse per i problemi di fondazione teorica che si accompagna a incertezza circa i principi e le nozioni fondamentali, un progressivo distacco dalle concezioni generali del diritto, la preferenza per le analisi di dettaglio senza ambizioni ricostruttive di un impianto sistematico e concettuale, la deriva ideologica. Ne sta conseguendo l'oblio delle tematiche caratteristiche e centrali della materia: la libertà di religione, l'uguaglianza e la non discriminazione, l'appartenenza confessionale, le garanzie dei diritti dei fedeli all'interno delle comunità di fede, (l'analisi critica del)la potestà discrezionale della Pubblica Amministrazione, il diritto di tutte le confessioni ad una

¹² Cfr. i volumi collettivi *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nelle Università italiane*, a cura di M. Parisi, Napoli, ESI, 2002, e *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di G.B. Varnier, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.

¹³ Come già notava S. DOMIANELLO, *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del diritto ecclesiastico*, saggio introduttivo a EAD., *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 5.



organizzazione indipendente e alle libertà strumentali al perseguimento di essa, e così via¹⁴. In tal modo si finisce per perdere la funzione propria e la ragion d'essere della disciplina, «la più ampia e più sicura tutela della libertà religiosa individuale e collettiva in una società democratica»¹⁵.

Se quest'ultimo è uno scopo che merita di essere perseguito, bisogna reagire alla crisi e tornare ai temi centrali con una attrezzatura idonea. Le crisi del paradigma generale e di quello particolare offrono condizioni di libertà probabilmente senza precedenti, ed è opportuno cogliere l'occasione per compiere un salto di qualità, per ricostruire un impianto teorico più avanzato ed efficiente (nell'indicare e perseguire i valori di una comunità democratica e pluralista, non nell'allocare i beni secondo le dinamiche violente del mercato: è una scelta di campo). Come si è visto, tipiche problematiche della crisi del diritto contemporaneo sono problematiche tipiche del Diritto Ecclesiastico oggi in crisi: il momento è allora propizio anche per verificare ancora una volta l'affermazione jemoliana secondo la quale le discipline ecclesiasticistiche sarebbero «l'osservatorio migliore per seguire, saggiare, controllare le affermazioni della teoria generale del diritto»¹⁶.

3. Quali paradigmi?

¹⁴ G. CASUSCELLI, *Le attuali prospettive del diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 4-5.

¹⁵ G. CASUSCELLI, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶ A.C. JEMOLO, *La Chiesa e il suo diritto*, in *Archivio giuridico*, vol. 93 (9 della IV serie), 1925, p. 3 (o: p. 245?). Su questa affermazione, da ultimo, S. BERLINGÒ, «Passata è la tempesta»? Il «diritto ecclesiastico» dopo la riforma universitaria: riflessioni ex post factum, in *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 92.



Se i paradigmi in crisi devono essere affiancati o sostituiti da altri paradigmi, si pone il problema di scegliere o inventare questi ultimi. Le teorie «postmoderne» del diritto offrono una abbondanza di modelli alternativi che costituisce motivo di imbarazzo. Nella consapevolezza che la scelta è in buona misura arbitraria, come del fatto che quello presente è solo un primo, parziale tentativo (da qualche parte bisognerà pur cominciare!), qui, nell'intento di saggiare approcci non convenzionali al «Diritto Ecclesiastico», si proverà a utilizzare tre di questi paradigmi «altri», individuati soprattutto in base ai profili della crisi generale del diritto, sopra emersi, coincidenti con le più tipiche problematiche ecclesiasticistiche.

Questi tratti salienti sono il dilagare in un'economia globale della «teco-economia» e del criterio efficientista ad essa proprio; il conseguente frantumarsi e ricomporsi della sovranità statale e l'aprirsi di spazi normativi interstiziali anche a causa di una globalizzazione che ha fluidificato la circolazione della merce-lavoro, fornita da uomini e donne depositari di culture, religioni, tradizioni normative «altre»; il ripiegamento su se stessi, la chiusura (dagli esiti virtualmente mortali) dei sistemi normativi che perseguono obiettivi escludenti.

Orbene, per cogliere il primo di questi profili «dall'interno» sembra che non vi sia migliore paradigma dell'*Economic Analysis of Law*. Per analizzare il secondo, ci si dovrà rifare alle concezioni del *Legal Pluralism*, che ne fanno ormai l'oggetto privilegiato. Per considerare criticamente il positivismo formalista, tendenzialmente «chiuso», sovrapponendo alla sua visione tradizionale i nuovi approcci ci si rivolgerà – quale prima, sperimentale sintesi organica di molte tra le tendenze più recenti – alla



*Théorie Dialectique du Droit*¹⁷.

Naturalmente, vi sono aree di intersezione più o meno ampie tra i paradigmi indicati e tra questi ed altri, vecchi o nuovi che siano.

I nuovi paradigmi sono «nuovi», con le virgolette, perché spesso non sono del tutto nuovi. È possibile, infatti, per ciascuna delle prospettive che verranno evocate e utilizzate, vantare ascendenze più o meno antiche. La sistematizzazione degli approcci prescelti è tuttavia di fresca data, e in ogni caso relativamente nuova è la loro applicazione, in questa versione, alle problematiche affrontate nel lavoro. Infatti, sebbene non manchino, nella dottrina che si confronta con temi «ecclesiasticistici», i richiami a contributi ascrivibili ai nuovi approcci, tali richiami rimangono occasionali e circoscritti, venendo così rapidamente assorbiti nell'impostazione tradizionale¹⁸; per converso, quando autori seguaci di approcci «altri» si occupano direttamente del fattore religioso, non sempre ne fanno risaltare la specificità. Qui, invece, si cercherà di sovrapporre in modo organico le prospettive teoriche prescelte ai temi inerenti il rapporto Diritto/Religione, in modo da poter ricavare un insieme di problemi e di soluzioni propri di quella determinata prospettiva. Ciò fatto, potrà stabilirsi se e quanto ritenere dei materiali ottenuti, e se sia possibile integrarlo in una costruzione di qualche coerenza, della quale andranno definiti i rapporti

¹⁷ Sul rapporto tecnocrazia/sistemica luhmaniana cfr. G. PRETEROSSO, *Autorità*, cit., pp. 165 ss.

¹⁸ Costituisce eccezione a tale generale tendenza della dottrina S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, che si propone di guardare al diritto ecclesiastico dal punto di vista dei temi e problemi sollevati dal multiculturalismo e dei nuovi orientamenti seguiti dalla teoria e filosofia del diritto.



con l'edificio classico che campeggia imperturbabile sulla scena.

Si tratta dunque di vedere se nuovi schemi di lettura permettono di rilevare o distinguere meglio fenomeni rispetto ai quali i vecchi paradigmi erano ciechi o miopi, e di suggerire soluzioni efficaci. Potrebbe anche darsi che i «nuovi» paradigmi non presentino rispetto a quelli vecchi vantaggi apprezzabili nell'affrontare i problemi – o siano addirittura meno utili –. Anche un accertamento in tale ultimo senso sarebbe scientificamente apprezzabile, e in ogni caso non giustificherebbe la rinuncia a forgiare strumenti più adeguati di quelli tradizionali. E ad ogni modo, come insegna la storia della scienza, anche qui sarà possibile una lunga convivenza tra vecchi e nuovi paradigmi, che si attingerà in maniera diversa a seconda dei particolari oggetti studiati, i quali possono continuare ad essere utilmente manipolati, per molti aspetti, con gli strumenti consueti (allo stesso modo che la teoria della gravitazione newtoniana è ancora efficace nel calcolare le orbite dei corpi celesti, pure essendo stata superata da quella della relatività, che a sua volta attende di essere assorbita in una più avanzata Teoria Unificata).

Il mondo di ieri aveva un centro. Il mondo di oggi non lo ha o, forse, ne ha troppi, tra i quali è difficile orientarsi¹⁹. Anche il pensiero giuridico si trova a vivere – non può non vivere – questa condizione inquieta.

¹⁹ *Legal Policentricity. Consequences of Pluralism in Law*, edited by H. Petersen and H. Zahle, Dartmouth, Adershot, 1995; *Polycentricity. The multiple scenes of law*, edited by A. Hirvonen, London, Pluto Press, 1998.



«Assume su di sé il rischio e il dolore del nostro tempo, di un andare senza centro e senza direzione»²⁰. Il diritto contribuisce dunque all'angoscia contemporanea²¹, e ne riceve in cambio una coscienza infelice, o almeno spaesata, del mondo.

«E noi giuristi non siamo innanzi a questo mondo, ma *dentro* questo mondo; e non possiamo trattarlo e manipolarlo con il metodo di ieri, cioè aprendoci la via mediante gli attrezzi di un mondo che non c'è più»²².

²⁰ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 17.

²¹ J. CARBONNIER, *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, ora in ID., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 2001, 10^a, pp. 201 e ss.

²² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., pp. 11-12.



Capitolo Primo

IL PARADIGMA ECONOMICISTICO: DIRITTO & RELIGIONE VS. ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il paradigma alternativo - 2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico - 2.1. Una «dottrina generale» del Diritto Ecclesiastico dalla prospettiva economica: l'impostazione della Chicago School - 2.1.1. Libero mercato delle idee religiose in libero mercato delle idee - 2.1.2. I poteri pubblici come garanti del libero mercato dei beni religiosi - 2.1.3. La giustificazione dei limiti imposti alla libertà religiosa in base all'analisi costi-benefici - 2.1.4. Gli effetti delle politiche pubbliche sul mercato dei beni religiosi - 2.1.5. La giustificazione (non economica) dei costi (non religiosi) della libertà religiosa - 2.2. Dalla responsabilità extracontrattuale al diritto di libertà religiosa: la prospettiva di Guido Calabresi - 2.2.1. Il problema della neutralità tra convinzioni religiose e tra convinzioni religiose e non religiose - 2.2.2. Neutralità e ragionevolezza - 2.3. L'Analisi Economica della Religione in Sociologia: un ponte verso l'Europa - 2.4. Un'interpretazione italiana dell'Analisi Economica applicata al Diritto Ecclesiastico: gli studi di Giuseppe Vegas - 2.4.1. I motivi dei sussidi statali a favore delle confessioni religiose - 2.4.2. I modelli di finanziamento - 3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma - 3.1. Disciplina di diritto comune e libertà religiosa - 3.1.1. Il giorno di riposo settimanale obbligatorio - 3.1.2. Simboli religiosi nello spazio pubblico - 3.1.3. Regole di abbigliamento - 3.1.4. Strutture obbligate - 3.1.5. Organizzazione interna delle istituzioni religiose - 3.1.6. Disciplina della sessualità - 3.1.6.1. Poligamia - 3.1.6.2. Divorzio - 3.1.6.3. Procreazione - 3.1.6.4. Unioni omosessuali - 3.2. Il finanziamento degli enti confessionali e in particolare delle scuole - 3.2.1. Il finanziamento pubblico delle scuole confessionali: le ragioni a favore e quelle contro - 3.2.2. Modalità e limiti di un efficiente finanziamento pubblico delle



scuole confessionali - 3.3. Tutela penale delle convinzioni religiose - 3.3.1. *Hate speech* - 3.3.2. *Blasphem.* - 3.4. Tutela civile delle convinzioni religios. - 3.5. Tecniche giuridiche e tutela delle convinzioni personali - 4. Gli apporti del paradigma da tesaurizzare.

1. *Il paradigma alternativo*

Un paradigma che si è delineato negli anni sessanta del secolo scorso, ha prodotto da allora una letteratura di dimensioni incontrollabili, e si presenta attualmente se non come la principale, tuttavia come la più promettente teoria positiva del diritto negli Stati Uniti¹, non può essere

¹ «The economic theory of law is the most promising positive theory of law extant. While anthropologists, sociologists, psychologists, political scientists, and other social scientists besides economists also make positive analyses of the legal system, their work is insufficiently rich in theoretical or empirical content to create serious competition for the economists»: così, orgogliosamente, R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, Little, Brown & Co., Boston-Toronto-London, 1992 (First Edition 1973; 1998⁵; 2003⁶), p. 26, dopo aver richiamato l'osservazione di T.S. Kuhn secondo cui una teoria è in grado di soppiantarne un'altra quando si dimostra «more inclusive, more powerful, above all more useful ...».

Di «velleità ormai "imperialistiche"» del movimento a partire dall'uscita della prima edizione del manuale di Posner (1973) parla R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, I, Torino, Utet, 1987, p. 310.

Altri rapidi *overview* sull'approccio sono offerti da F. MANGARONI, *Analisi economica del diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, Treccani, 1988, e da A. ARCURI - R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, VI, Milano, Giuffrè, 2002, pp. ***-***; F. PARISI, *Normative and Functional Schools in Law and Economics*, in *European Journal of Law and Economics*, 18 (2004), pp. 259-272. Una presentazione dell'EAL che la colloca nel quadro complessivo del rinnovamento conosciuto oltre Atlantico, negli ultimi decenni, dagli studi di *Jurisprudence*, si trova in G. MINDA, *Postmodern Legal*



definito propriamente nuovo. In Italia, peraltro – come del resto in molti paesi europei –, l'*Economic Analysis of Law* (EAL), per una serie di ragioni, non ha mai assunto una posizione di rilievo nella cultura giuridica sino a tutti gli anni novanta, e solo negli ultimi tempi ha cominciato a farsi strada². Nondimeno, gli osservatori-cultori italiani dell'EAL si interrogano ancora sulle ragioni della perdurante diffidenza che circonda questo tipo di approccio nell'accademia, per non dire nella giurisprudenza, in cui sembra pressoché sconosciuto³.

Vi sono dunque le condizioni per considerare, dal punto di vista di questo lavoro, relativamente «nuovo» il

Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, New York and London, New York University Press, 1995, trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 141-176 (capitolo quinto del volume).

² Le ragioni del ritardo di questa ricezione – nonostante l'approccio economico al diritto avesse avuto un importante precursore italiano come Pietro Trimarchi – sono analizzate da R. PARDOLESI - G. BELLANTUONO, *Law and Economics in Italy*, in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 246-250.

³ Cfr. ancora R. PARDOLESI - G. BELLANTUONO, *Law and Economics in Italy*, cit., pp. 246-248.

In Francia, invece, dopo un lungo periodo di diffidenza (cfr. L. MONTAGNÉ, *Law and Economics in France*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, cit., pp. 150-159), l'EAL sembra da poco diventata di moda nelle università ed è stata adottata dalla Cour de Cassation, che nel 2004 ha organizzato, in collaborazione con la cattedra di «Regulation» dell'Institut d'études politiques de Paris, un ciclo di conferenze intitolato «Pertinences et intérêt de l'analyse économique pour le droit, pour l'économie, pour la justice», e pare orientata verso la sua integrazione nel ragionamento giuridico. Su questa conversione cfr., criticamente, A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005, pp. 26-27.



paradigma dell'EAL. È appena il caso di precisare che un movimento così ampio non è monolitico, ma è a sua volta attraversato da varie correnti, talvolta antagoniste e talvolta complementari (le principali: Chicago School of Law and Economics; New Haven School *alias* Reformist School; Public Choice Theory; Institutional and Noninstitutional Law and Economics; Modern Civic Republicanism; nonché, secondo alcuni, persino i Critical Legal Studies)⁴. Data la varietà degli indirizzi rinvenibili dietro la medesima etichetta, non stupisce che i tentativi definitivi si attengano a una prudente genericità, limitandosi a constatare come il *law and economics movement* «... annovera, all'ingrosso, quanti ritengono che il fenomeno giuridico possa essere proficuamente analizzato con l'impiego di approcci e tecniche economicistiche»⁵, ovvero include «... the application of economic theory (primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics) to examine the formation, structure, process, and economic impact of law and legal institutions»⁶.

Di fronte alle difficoltà insormontabili di dare compiutamente conto dei metodi e degli strumenti di analisi economica propri non tanto delle diverse scuole,

⁴ Per una presentazione di queste correnti cfr. N. MERCURO and S.G. MEDEMA, *Economics in the Law. From Posner to Post-Modernisms*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1997.

Sul rapporto CLS/EAL, nel senso che la critica dei primi al secondo possa essere intesa come il tentativo di promuovere una versione alternativa e radicale dell'approccio economicistico al diritto, cfr. W. EASTMAN, *Critical Legal Studies*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, cit., pp. 754-788.

⁵ R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 309.

⁶ N. MERCURO and S.G. MEDEMA, *Economics in the Law*, cit., p. IX.



quanto dei singoli studiosi⁷, ci si rivolgerà direttamente alle analisi degli *economic-lawyers* relative alla disciplina giuridica del fatto religioso, in cui i metodi sono praticati più che teorizzati, e gli strumenti di analisi senz'altro impiegati.

2. *Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico*

L'applicazione del paradigma economico a problematiche tipiche del Diritto Ecclesiastico ha precursori illustri quali Adam Smith e David Hume⁸. In Italia, possono considerarsi antesignani dello studio di un diritto finanziario ecclesiastico che non ha avuto troppe fortune il giurista Francesco Ruffini e l'economista Gaetano Zingali⁹, alle cui analisi potrebbero aggiungersi quelle di Ernesto Rossi sulla legislazione fascista in materia finanziaria e tributaria (unilaterale e concordata), in rapporto agli effetti sul patrimonio della Chiesa cattolica (e sui conti pubblici)¹⁰.

Ancora da Smith prende le mosse un importante filone

⁷ Queste difficoltà sono sottolineate desolatamente da R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, cit., pp. 315-316.

⁸ Cfr. A. SMITH, *The Wealth of Nations*, 1776, trad. it. a cura di A. e T. Bagiotti, nota biografica a cura di A. Pellanda, Torino, Utet, 1975 e 1996, libro V, capitolo I, articoli II e III (pp. 928-984 trad. it. cit.); D. HUME, *History of England*, 1773, capitolo XXIX, volume IV, pp. 30-31.

Cfr. C.G. LEATHERS and J. PATRICK RAINES, *Adam Smith on Competitive Religious Market*, in *History of Political Economy*, 24 (2), 1992, pp. 499-513.

⁹ F. RUFFINI, *La quota di concorso. Studio di diritto finanziario ecclesiastico*, Milano, Società editrice libraria, 1904; G. ZINGALI, *I rapporti finanziari tra Stato e Chiesa e il trattamento fiscale degli enti di culto*, Milano, F. Vallardi, 1943.

¹⁰ E. ROSSI, *Padroni del vapore e fascismo*, edizione riveduta e ampliata, Bari, Laterza, 1966, pp. 91-114.



della sociologia religiosa americana che, indipendentemente dai giuristi, si è dedicato all'*Economic Analysis of Religion* (EAR): *infra*, 3.4.).

Quanto alla EAL propriamente detta, invece, i primi a utilizzarla con qualche ampiezza per indagare il rapporto Diritto-Economia-Religione sono stati gli stessi riconosciuti capiscuola dei suoi due indirizzi maggiori e più noti, quello «... che sciacqua i propri panni nelle acque del lago Michigan e il diverso filone che matura nella quiete operosa del New Haven»¹¹. Fin dalla prima edizione del suo *Economic Analysis of Law* (1973), infatti, Richard A. Posner, corifeo del movimento *Law & Economics* nella versione chicagoiana, ha toccato alcune problematiche «ecclesiasticistiche» di tipo generale, oltre ad argomenti specifici a titolo incidentale. E Guido Calabresi, *leading thinker* della corrente di *Law & Economics* che, dalla Yale University, contende il campo ai *Chicago boys*, ha affrontato in modo organico importanti problematiche relative al rapporto Diritto/Religione in alcune delle sue *Abrams Lectures* tenute nel 1982, poi raccolte in volume (*infra*, 2.2.).

Deve inoltre aggiungersi che tra i più precoci (sedicenti) seguaci europei dell'EAL figura uno studioso, Giuseppe Vegas, cui si devono in Italia le prime analisi di determinate questioni di Diritto Ecclesiastico col dichiarato proposito di avvalersi delle metodiche forgiate dai giuristi americani (*infra*, 2.4.)¹².

¹¹ R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 311.

¹² Applica la terminologia del *marketing* al Diritto Ecclesiastico, inteso però non come l'insieme delle norme che prendono in considerazione il fatto religioso, bensì come disciplina accademica, A.G. CHIZZONITI, *Strategie per il superamento della crisi di "redditività" del diritto ecclesiastico italiano. L'esperienza dell'Osservatorio delle Libertà*



È tuttavia agli autori della Chicago School che si deve un'impostazione sistematica del Diritto Ecclesiastico secondo l'EAL¹³, e per questo sarà opportuno tentare di illustrarla con qualche dettaglio.

2.1. Una «dottrina generale» del Diritto Ecclesiastico dalla prospettiva economica: l'impostazione della Chicago School

Richard A. Posner dedica il Chapter 27 di *Economic Analysis of Law* a «The Protection of Free Markets in Ideas and Religion», il cui ultimo paragrafo è specificamente intitolato a «The Economics of Religious Freedom»¹⁴. Insieme con Michael W. McConnell¹⁵, Posner ha inoltre pubblicato nel 1989 un denso saggio dal titolo «An Economic Approach to Issues of Religious Freedom»¹⁶, cui hanno fatto seguito studi più specifici di altri autori che si muovono lungo il medesimo indirizzo¹⁷.

ed Istituzioni Religiose - OLIR, agli atti del convegno di studi *Le attuali prospettive del diritto ecclesiastico italiano*, Milano, 9 marzo 2005, ma già leggibile in www.olir.it.

¹³ Peraltro, *l'Encyclopedia of Law and Economics*, che conta un considerevole numero di voci sui rapporti tra l'EAL e i più disparati settori del diritto, non contempla una trattazione di Law & Economics *vs.* Law & Religion.

¹⁴ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 665-680.

¹⁵ Come Posner, e come Calabresi, anche McConnell è stato chiamato a un ufficio giurisdizionale, ed è attualmente giudice presso la Corte d'Appello del 10° circuito.

¹⁶ M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, in *The University of Chicago Law Review*, 56 (1989) 1, pp. 1-60.

¹⁷ L'EAL si è sviluppata prevalentemente in ambito privatistico, e le analisi di Posner e McConnell relative alla libertà religiosa, come pure quelle di Calabresi all'inizio degli anni 80, possono essere



Mentre il capitolo del manuale offre le coordinate teoriche e ideologiche entro le quali viene affrontata l'analisi della disciplina giuridica del fatto religioso, l'importante articolo del 1989 sviluppa un impianto sistematico che viene riscontrato puntualmente in una serie di settori normativi. Tale ultima ricerca costituisce, in effetti, un serrato trattato di *Law, Economics & Religion*, o, se si preferisce, un manuale di diritto ecclesiastico secondo l'analisi economica del diritto. Sarà dunque da questi due contributi che si attingerà in via principale nell'intento di presentare la versione chicogiana dell'*Economic Analysis of Law* applicata al fatto religioso.

2.1.1. *Libero mercato della religione in libero mercato delle idee*

L'*economic approach* di Posner combina utilitarismo morale, pragmatismo gnoseologico, e liberalismo politico.

Quanto all'utilitarismo – non sorprendente in un'impostazione economica¹⁸ – lo stesso Posner ha avuto modo di indicare nell'opera di Bentham l'antesignano diretto del movimento (o quanto meno della sua

considerate tra le prime escursioni di tale approccio nel diritto pubblico. In seguito, non sono mancati studi di diritto costituzionale secondo l'approccio economico: D.C. MUELLER, *Constitutional Democracy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996; R.D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000 (che non sembra interessarsi particolarmente della libertà religiosa). In merito, M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 635-643.

¹⁸ «Viewed normatively, economics is a form of applied utilitarianism, or at least closely related to it»: M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 3.



declinazione chicagoiana)¹⁹.

Quanto al pragmatismo e al liberalismo, essi emergono in rapporto a un'opzione democratica giustificata su basi efficientiste²⁰.

Movendo dalla formula «mercato delle idee» del giudice Holmes²¹, Posner considera le idee come un bene prodotto in enormi quantità in un mercato altamente competitivo. Da un punto di vista pratico, è questo mercato che determina la «verità» delle idee: un'idea è vera non perché essa lo è realmente, ma perché tutti o almeno la maggior parte dei consumatori consapevoli la ha accettata («comprata»). Questa concezione pragmatica della verità (di dichiarate ascendenze kuhniiane) si contrappone, aggiunge Posner, ai propositi di sopprimere le idee o di proibire la loro espressione e divulgazione. Poiché nessuno può attingere direttamente al pozzo della Verità, le verità che possediamo sono tutte forgiate in un processo competitivo che sarebbe distorto se concorrenti potenziali – idee impopolari o repellenti – venissero escluse forzatamente²².

¹⁹ Cfr. R.A. POSNER, *The Economic Approach of Law*, in *Texas Law Review*, 53 (1975), p. 757. Sull'autenticità di questa ascendenza cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 309.

²⁰ Posner aderisce al pragmatismo di Richard Rorty. Di recente, il maestro chicagoiano ha dedicato un volume a *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 2003.

²¹ *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (dissenting opinion).

Sul «marketplace of ideas» cfr. A. MEIKLEJHON, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, Harper and Brothers, 1948.

²² Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p[p]. 665[-666].

«Vi è una forte affinità tra le giustificazioni pragmatiste della libertà di espressione avanzate rispettivamente dal giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes, da Posner, e da Rorty, e la giustificazione utilitaristica elaborata da John Stuart Mill.



Ciò tuttavia non spiega ancora perché sia stata ritenuta necessaria una protezione costituzionale per questo particolare mercato e non per altri. Le spiegazioni congeniali a un approccio economico sono due. La prima è che l'intervento pubblico nel mercato delle idee determina il rischio di turbare il processo democratico, portando così al più pericoloso dei monopoli, quello del potere politico. La seconda e più ampia spiegazione fa leva sulla fragilità dei mercati delle informazioni. Poiché, per ragioni tecniche, non è possibile costituire diritti di proprietà sulle «pure idee», esse, come tutti i beni dal cui scambio il produttore ottiene una contropartita inadeguata ai costi di produzione affrontati, sono probabilmente destinate ad essere sottoprodotte. Il problema è particolarmente grave se nel mercato le idee popolari sono un buon sostituto per idee di valore ma impopolari. Allora, ogni costo che il potere pubblico impone sulle idee impopolari può causare una loro massiccia sostituzione con quelle popolari. In verità, la combinazione, in un'idea, del pregio e dell'impopolarità, suggerisce l'esistenza di una classe di idee i cui benefici sono quasi interamente esterni. Vi è pertanto una ragione economica per guardare con preoccupazione ai limiti all'esercizio della libertà di

Significativamente, i filosofi Mill e Rorty esibiscono un atteggiamento molto più ottimistico riguardo alle virtù della libertà di espressione, rispetto ai giudici Holmes e Posner. Nondimeno, i punti di vista di tutti e quattro convergono in merito al problema della verità, poiché essi rifiutano la concezione kantiana della verità come relazione di tipo verticale. Di conseguenza, tutti e quattro propongono una giustificazione della libertà di espressione fondata sull'impossibilità di attingere ad una verità completa o immutabile»: M. ROSENFELD, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, Berkeley, University of California Press, trad. it. *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 295.



espressione²³.

Questo non significa peraltro, soggiunge Posner, che la teoria pragmatica della verità combinata con la considerazione dei benefici esterni prescriva un bando assoluto della regolazione pubblica della parola, poiché la parola ha altre funzioni oltre la trasmissione delle idee, e le idee stesse, giuste o sbagliate che siano, possono produrre danni tali da giustificare l'intervento pubblico²⁴.

Come si vede, dunque, secondo l'impostazione generale di Posner sulla libertà di espressione, minimizzare il costo legale di produzione delle idee e delle opinioni ha un valore democratico-partecipativo.

2.1.2. I poteri pubblici come garanti del libero mercato dei beni religiosi

La funzione del potere politico democratico di garantire il libero mercato delle idee in modo da permettere l'affermazione delle migliori ha una specifica attuazione in campo religioso. Il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti formalizza il principio di neutralità in base al quale l'azione governativa incidente sulle scelte religiose degli individui può essere giudicata ammissibile o non. Il principio, come è noto, è basato su una duplice proibizione al Governo: di istituire o riconoscere una religione («Established Clause»), e di interferire con il suo

²³ Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p[p]. [665-]666.

²⁴ Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 666; nonché ID., *Overcoming Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995, p. 396: il pragmatismo non insegna affatto che i danni causati dall'espressione delle idee debbano essere ignorati, né porta a giustificare la preferenza per la libertà di espressione rispetto ad altri interessi.



libero esercizio («Free Exercise Clause»)²⁵. Il primo divieto può essere interpretato in termini economici come diretto contro i sussidi pubblici a qualsiasi religione o, *a fortiori*, a particolari sette religiose. Il secondo vieta al Governo di riservare un trattamento particolare a una religione o a una setta quanto alla tassazione²⁶.

The amendment has been interpreted to forbid the government either to “establish” religion or to interfere with its free exercise. The first prohibition can be understood in economic terms as directed against public subsidies of either religion in general or, *a fortiori*, particular religious sects. The second forbids government to single out religion (or, again, particular sects) for taxation. The combined effect is that government must take a neutral stance toward religion»²⁷.

²⁵ È forse il caso di ricordare che il contesto ermeneutico delle *religion clauses* è intitolato alla *Freedom of Religion, Press, Expression*, il che legittima l’inserzione, sviluppata da Posner, della libertà di «vendere e comprare» idee religiose in un più ampio libero mercato delle idee cui sovrintende la «Free Speech Clause» (così *in extenso* l’Amendment I, ratified december 15th 1791: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievance»).

Prima di Posner un altro padre fondatore dell’EAL aveva accostato al First Amendment l’impostazione «mercatoria»: R. COASE, *The Economics of the First Amendment: the Market for Goods and the Market for Ideas*, in *American Economic Review Papers and Proceedings*, 64 (1974), pp. 384-***.

Per le radici storiche delle concezioni costituzionalizzate nel 1st Amendment, cfr. per tutti L. CORSO, *Spirito di religione e spirito di libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, Bologna, Il Mulino, 2001.

²⁶ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 677.

²⁷ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition, New York, Aspen Publishers, 2003, p. 707.



Assai vessate in dottrina, e controverse in giurisprudenza, le clausole sulla libertà religiosa del Primo Emendamento, secondo McConnell & Posner, possono essere affrontate, grazie all'inedito impiego del paradigma economico, con un «fresh approach»²⁸. Questo potrà essere sia di tipo descrittivo – inteso a verificare se determinate politiche governative siano state neutrali oppure no – sia di tipo normativo – funzionale a determinare quale politica dovrebbe essere adottata per conseguire la neutralità²⁹ –.

Le istituzioni religiose – nel contesto ordinamentale statunitense associazioni nonprofit di persone che condividono una fede con propri riti e doveri morali – forniscono diversi beni: istruzione, culto, assistenza, senso della comunità. Per funzionare, necessitano di risorse patrimoniali e umane, e sono dunque in concorrenza tra di loro e con i fornitori non religiosi di servizi sostitutivi. Poiché le organizzazioni religiose hanno bisogno di denaro (e di tempo e di servizi prestati gratuitamente), il campo d'azione delle loro attività sarà influenzato dalle azioni dei poteri pubblici che hanno l'effetto di tassare o sovvenzionare, in generale o in particolare, le organizzazioni religiose. Così, lo Stato, attraverso esazioni pecuniarie o non pecuniarie, può rendere più o meno costoso aderire a un credo o ad un altro (compresa la non-credenza). La storia del cristianesimo primitivo, peraltro – suggeriscono gli autori – suggerisce che lo spostamento di preferenze può andare in direzioni diverse da quelle

²⁸ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 1.

²⁹ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 3.



perseguite dall'autorità con i suoi interventi³⁰.

McConnell & Posner constatano come la giurisprudenza non sia riuscita ad elaborare criteri convincenti per stabilire quando l'intervento governativo in campo religioso viola il principio di neutralità (non vi riesce il «Lemon test» elaborato nella causa *Lemon vs. Kurtzman*³¹, in quanto dei suoi tre parametri uno solo è decisivo e tende a coincidere con la neutralità, cioè proprio quanto vorrebbe determinare)³². In effetti, se si parte dal principio che *l'effetto principale o primario della legge non deve essere tale da promuovere o ostacolare la religione* (l'unico parametro utile del «Lemon test»), si pone immediatamente il problema di stabilire quali effetti possano essere considerati «primari», giacché virtualmente tutte le leggi e le altre statuizioni generali del potere amministrativo danneggiano o beneficiano in

³⁰ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 4-5.

³¹ La decisione *Lemon vs. Kurtzman*, 403 US 602 (1971), statuisce che, per non violare la *Establishment Clause*, «[f]irst, the statute must have a secular purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion; finally, the statute must not foster 'an excessive government entanglement with religion'».

³² Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 6.

Sul persistente rifarsi della giurisprudenza statunitense al «Lemon test», e sul parziale adeguamento di esso negli ultimi anni, cfr. A. MADERA, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*, t. I, *Gli ospedali cattolici negli U.S.A.*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 52-59. Quanto alle interpretazioni meno recenti dei giudici, cfr. (per citare solo una sintesi in lingua italiana) F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 24 e ss., 112.



qualche misura le religioni³³.

Per determinare se la religione è stata aiutata o penalizzata è necessaria allora una *baseline* che faccia da riferimento. Se ne possono ipotizzare quattro³⁴.

La prima «linea di partenza» immaginabile è quella dello stato di natura: la condizione delle religioni e delle credenze religiose in assenza di qualsiasi governo. Rispetto a questa linea qualsiasi sussidio alle organizzazioni religiose sarebbe illecito, perché le porrebbe in una condizione migliore rispetto a quella originaria. Le Chiese dovrebbero altresì rimanere esenti dalla tassazione, che le penalizzerebbe rispetto allo stato di natura, come da ogni regolamentazione, e dovrebbero essere loro negati i servizi pubblici come la sicurezza pubblica, la posta, le strade, la giustizia. Lo stato di natura è così, evidentemente, la *reductio ad absurdum* della «stretta separazione» tra Chiesa e Stato, ed è un parametro incompatibile con ogni plausibile concezione della libertà religiosa. In esso, infatti, le minoranze religiose sono alla mercé delle maggioranze, il che renderebbe impossibile il «libero esercizio» della religione. Il contratto sociale

³³ Infatti, «governmental actions that have the effect of either taxing or subsidizing religion generally or particular religious organizations»; e lo Stato si serve di «pecuniary or nonpecuniary exactions» attraverso le quali «makes it more costly to adhere to one creed than another (including the creed of nonbelief)»: M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 5.

Posner aveva elaborato l'idea di una equivalenza sostanziale di certe discipline normative a sussidi e tasse in uno studio seminariale: R.A. POSNER, *Taxation by Regulation*, in *Bell Journal of Economics Science*, 26 (1971), pp. 22-50.

³⁴ Si riassumono di seguito gli svolgimenti di cui alle pp. 5-12 del saggio dei due autori.



corregge questo assetto e beneficia le religioni deboli a spese di quelle forti; non per questo, però, evidentemente, si può dire che di per sé l'avvento della comunità politica sia contrario allo spirito delle *religion clauses* costituzionali.

Una seconda, alternativa, linea di partenza potrebbe essere fissata convenzionalmente in coincidenza con un particolare tornante della storia di una nazione, come per esempio il nuovo assetto costituzionale dei rapporti tra Stato e confessioni religiose determinato dall'introduzione del Primo Emendamento (1789).

Il potere pubblico dovrà allora tenersi lontano dalla religione e dalle istituzioni religiose ogni volta che intraprenda attività a lui sconosciute prima di questa data. Rispetto allo stato di natura è permesso alle istituzioni religiose di partecipare ai benefici e agli oneri della comunità politica tenendole allo stesso tempo esenti dalle ingerenze dello stato interventista. Ciò porterebbe però a differenze di trattamento tra istituzioni religiose e non religiose. Inoltre, l'esenzione da tutte le regolamentazioni di diritto comune successive (dalla disciplina urbanistica ai salari minimi, alla normativa anti-incendio) non è praticabile. Esentare le organizzazioni religiose dalla normativa comune successiva alla data convenzionale, quando ciò non è strettamente necessario per la protezione della loro libertà dottrinale od organizzativa, sarebbe l'equivalente di un sussidio, e potrebbe pertanto essere considerato un *establishment of religion*. Altra conseguenza sarebbe dovere escludere le organizzazioni con affiliazione religiosa dai programmi di assistenza sociale istituiti dal pubblico e amministrati dal privato: poiché il pubblico si fa sempre più carico di servizi che una volta erano privati e spesso religiosi, le attività religiose sarebbero penalizzate da una rigorosa politica



astensionista. Ciò ridurrebbe il ventaglio delle possibilità a disposizione dell'utente di determinati servizi: equivarrebbe a una tassa sulla scelta religiosa e a un sussidio alle alternative secolari.

Una terza linea di partenza che potrebbe essere considerata è offerta dal criterio dell'*efficienza*. Questa prospettiva circoscriverebbe l'intervento pubblico a quelle forme di regolazione del fatto religioso giustificabili da criteri economici neutrali, che escludono concessioni di deroghe, redistribuzioni politicamente motivate, e altre distorsioni dei liberi mercati. In un quadro simile, l'intervento agevolativo non sarebbe contraddittorio col divieto di interferire nel libero mercato dei servizi religiosi, come sarebbe in effetti se il settore religioso fosse chiuso ermeticamente al resto dell'economia. Per esempio, nel campo dell'educazione, dove tipicamente le istituzioni religiose competono con quelle non religiose, il finanziamento delle scuole pubbliche, combinato con il rifiuto di finanziare quelle private, incluse quelle religiose, può dar luogo a una cattiva allocazione di risorse, e in particolare a un sottoinvestimento nell'istruzione religiosa.

Il criterio dell'efficienza può peraltro portare a risultati contrari al fine che con esso si vorrebbe perseguire. Esso infatti si presterebbe a giustificare l'establishment di una religione o di fedi particolari come mezzo, giustificato dal costo, per conseguire fini secolari. Per esempio, inculcare negli alunni i principi della fede mormone produce benefici sociali quali una cittadinanza più ordinata e produttiva. Ancora, il rapporto costi/benefici potrebbe giustificare la soppressione di fedi minoritarie e impopolari, allo stesso modo in cui giustifica la soppressione di una fonte di danno che infligge a terzi



costi maggiori dei benefici goduti dai contraenti che ne sono causa. Un religione potrebbe infliggere costi sociali ai non aderenti, i quali sarebbero disposti a pagare un prezzo per non subirli; un prezzo che potrebbe in ipotesi essere fissato a una quota considerevole da una clausola di garanzia, la cui ammissibilità tuttavia assume, senza dimostrarlo, che i componenti di una comunità religiosa abbiano un diritto di proprietà sulle loro credenze religiose. Portata agli estremi, l'analogia del danno condurrebbe a vedere nella minoranza religiosa la responsabile di un costo addossato alla maggioranza, che andrebbe in qualche modo compensato. Il dispiegarsi del criterio efficientista porterebbe infine a dissolvere le due clausole costituzionali da cui si era partiti, perché esigerebbe «*efficient establishments*» ed «*efficient interferences*» con il libero esercizio della religione (si può notare come, rifiutando tale conseguenza logica ma paradossale, gli autori rifiutino di assolutizzare il criterio economicista, che non si configura, così, come un fine in sé, ma come un mezzo per conseguire fini provenienti da un altro sistema di valori).

L'ultima linea di partenza esaminata è quella della neutralità, per la quale si intende quella politica che non ammette scostamenti della disciplina di attività e istituzioni religiose rispetto al trattamento riservato a istituzioni e attività non religiose, sia o no questo trattamento efficiente. Tale politica protegge i valori di cui alle religion clauses costituzionali in due modi. I) Costituisce una difesa contro gli abusi governativi, perché obbligando il governo ad agire neutralmente si rende meno probabile che i legislatori e gli amministratori usino il loro potere, foss'anche inavvertitamente, per promuovere o ostacolare la religione. II) La neutralità



riduce (in teoria elimina) l'impatto dell'azione governativa sulla scelta individuale rispetto alla religione. Se attività secolari e attività religiose in competizione sono trattate allo stesso modo, non verranno creati né incentivi né disincentivi per impegnarsi in attività religiose³⁵.

È quest'ultima, la *neutralità*, la *baseline* che McConnell & Posner fanno propria ai fini di valutare il rispetto delle (o la contravvenzione alle) clausole sulla religione contenute nel Primo Emendamento. Essi ritengono così che le chiese possono ricevere benefici e subire oneri da parte del potere pubblico fin tanto che gli uni e gli altri abbiano conseguenze approssimativamente neutrali per istituzioni comparabili. (Gli effetti economici dell'esenzione dagli oneri e dell'ammissione ai benefici sono indistinguibili)³⁶. L'approssimazione è dovuta al fatto che alcune confessioni sono titolari, per esempio, di patrimoni immobiliari incomparabilmente maggiori rispetto ad altre, e pure alla circostanza che le chiese collegate con altre organizzazioni nonprofit competono con istituzioni a fine di lucro così come con altre organizzazioni nonprofit. E poiché le organizzazioni lucrative e quelle non lucrative sono sottoposte a regimi tributari diversi, ma le chiese devono competere in determinati campi con entrambe, nessuna politica può essere perfettamente neutrale. Esentare le chiese darebbe loro un vantaggio competitivo

³⁵ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 10-11.

³⁶ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 5.

Una delle peculiarità del mercato religioso – come ha messo in luce l'analisi delle economie religiose di stampo sociologico, su cui *infra* 2.3. – è peraltro data dal fatto che il consumatore è anche produttore di ciò che consuma attraverso la partecipazione al rituale in cui la comunità stabilisce come valutare il bene religioso.



sulle organizzazioni a scopo di lucro, ma tassarle significherebbe porle in una situazione di svantaggio competitivo rispetto agli altri operatori nonprofit. Dato allora che questi ultimi sono i principali concorrenti delle chiese, l'esclusione dall'esenzione fiscale avrebbe un più significativo effetto-sostituzione (gli ospedali confessionali perderebbero terreno rispetto a quelli non confessionali, eccetera) di quanto ne abbia l'esenzione.

Questa analisi spiega perché le attività commerciali delle chiese, (ossia le attività non direttamente collegate alle finalità religiose) sono soggette a tassazione: qui il principale concorrente delle chiese è l'attività a scopo di lucro, e la neutralità richiede che le chiese siano trattate allo stesso modo.

A conclusione di questa «dottrina generale» del Law, Economics & Religion, i due studiosi rilevano come l'approccio economico alle problematiche dei rapporti Chiesa-Stato considerati dalla prospettiva delle religion clauses sia proficuo a ragione della similarità tra le assunzioni normative dell'analisi economica e quelle dell'analisi secondo le due clausole costituzionali. L'economista assume infatti che, in assenza di alterazioni alla concorrenza quali un monopolio o esternalità, un libero mercato produrrà la più efficiente allocazione delle risorse. Ove vi fossero distorsioni, egli potrà proporre forme di regolazione intese a riprodurre gli effetti della concorrenza, ossia dei liberi mercati. Il ricorso al punto di partenza del libero mercato è dunque importante perché serve a identificare le modalità con cui le politiche pubbliche distorcono (talvolta involontariamente) il modello dell'attività economica, facendo defluire risorse da [livelli di] utilità superiori a [livelli di] utilità inferiori. Similmente, il Primo Emendamento può essere visto come



l'affermazione che il «mercato» – il regno della scelta privata – consegnerà i migliori risultati, o, più correttamente, che il potere pubblico non ha alcuna legittimazione per alterare questi risultati.

Così concepita, la neutralità – sintetizzano McConnell & Posner – non significa trattare la religione esattamente come le altre attività. Infatti, se i poteri pubblici ben possono, in generale, compiere scelte politiche intese a conseguire il bene comune promovendo determinate attività e scoraggiandone altre, ciò non è loro possibile in rapporto alla religione, che costituisce un'eccezione. Essi devono attenersi a tre regole:

1) gli effetti sull'attività religiosa devono essere minimizzati, e possono essere giustificati solo sulla base di una plausibile e inevitabile connessione a finalità pubbliche senza rapporti con gli effetti sulla religione.

2) Le istituzioni o attività religiose possono essere sottoposte a trattamenti differenziali solo quando ciò è necessario per minimizzare l'effetto della politica pubblica sull'attività religiosa o per conseguire una finalità pubblica non collegata alla religione.

3) La finalità pubblica non può includere effetti (fossero anche effetti secolari) conseguenti dall'adozione o dal ripudio di una fede religiosa. Perciò, sarebbe neutrale attribuire una sovvenzione a un'organizzazione di mormoni per varie forme di opere comunitarie [*community works*] se, su basi secolari e oggettive, l'organizzazione produrrà i migliori risultati. Non sarebbe neutrale attribuire il sussidio in base alla considerazione che il mormonismo produrrebbe migliori risultati³⁷.

³⁷ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 14.



2.1.3. *La giustificazione dei limiti imposti alla libertà religiosa in base all'analisi costi-benefici*

Una volta identificato un onere a carico della libertà religiosa, si pone la questione di vedere se l'interesse sottostante la regolamentazione è più rilevante dell'onere. Un'operazione di questo genere non è altro che quello che gli economisti chiamano «analisi costi-benefici». Questo tipo di analisi può risultare problematica in rapporto alla libertà religiosa a ragione del fatto che non si può attribuire un prezzo preciso alle varie dimensioni della libertà religiosa. Nonostante ciò – rilevano i Nostri – l'approccio economico può proporre una prospettiva utile sotto un duplice rispetto: l'analisi dei diversi tipi di interesse pubblico e della loro relativa importanza in comparazione con la libertà religiosa, e i principi per condurre il bilanciamento³⁸. (Tali notazioni, che riconoscono i limiti dell'EAL applicata alla disciplina del fatto religioso, meritano di essere sottolineate e verranno richiamate più oltre).

L'operazione di bilanciamento – osservano ancora McConnell & Posner – dovrà essere condotta sul presupposto che nella maggior parte dei casi l'interesse pubblico ricade in una o più delle seguenti categorie: (1)

³⁸ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 45-46.

F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, cit., p. 111, ha individuato un tornante nella giurisprudenza di legittimità statunitense, per cui «... un interesse meramente economico dello stato, anche rilevante, non sarebbe stato facilmente accoglibile come capace di limitare la libertà religiosa prima degli anni settanta, vigendo il criterio del *clear and present danger*; mentre esso può ora prevalere anche su un riconosciuto profondo interesse religioso, alla luce del nuovo criterio del "bilanciamento degli interessi"».



prevenzione di esternalità negative; (2) fornitura di beni pubblici; (3) paternalismo; (4) imposizione di visioni morali («enforcement of morality»)³⁹.

(1) La prevenzione di esternalità negative – il costo che una persona, un'impresa, un gruppo impone ad altri senza il loro consenso – è il più forte degli interessi pubblici ai fini della libertà religiosa. Il potere pubblico è autorizzato a prevenire imposizioni di esternalità negative a danno di estranei alla comunità religiosa, anche se ciò importasse un onere molto più grande a carico della religione: la clausola del libero esercizio non permette ai credenti di spostare il costo delle loro pratiche religiose sugli altri.

(2) Un bene pubblico è un bene il cui godimento non è limitato a coloro che lo acquistano dal produttore; ne costituisce un buon esempio l'istruzione (infra, 3.2.1.-3.2.2.). Esso è il contrario dell'esternalità negativa – e infatti lo si può definire una «esternalità positiva» – giacché conferisce benefici a persone che non lo hanno pagato. Una delle funzioni dei pubblici poteri è quella di fornire beni pubblici o di sovvenzionarne la produzione, in quanto nelle condizioni naturali del mercato il produttore non sarebbe ricompensato per il loro intero valore, e tali beni verrebbero sottoprodotti. Un caso in cui la necessità di fornire il bene pubblico entra in contrasto con la libertà religiosa è quello della difesa nazionale, che richiede un tipo di servizio, quello militare, spesso incompatibile con determinate regole religiose. Nei casi in cui è in gioco l'interesse pubblico il bilanciamento non può essere fatto a priori. Ai cittadini-fedeli può essere richiesto, come a chiunque altro, di accettare una

³⁹ Si riassumono di seguito gli svolgimenti di cui alle pp. 46-51 del saggio dei due autori.



compressione dei loro diritti a favore del bene pubblico, sebbene l'onere sopportato non dovrebbe essere maggiore di quanto necessario per il conseguimento di quel bene e non possa essere imposto in modo sproporzionato all'interesse religioso. Ogni criterio diverso da un equo bilanciamento nei casi concernenti beni pubblici dovrebbe trovare una giustificazione diversa da quella economica, forse nella considerazione istituzionale che senza una presunzione a favore delle pratiche delle minoranze religiose ad esse non verrebbe riconosciuto un peso uguale⁴⁰.

(3) Il paternalismo è l'azione pubblica intesa a determinare il bene privato del singolo. Ai fini del bilanciamento con l'istanza al libero esercizio, questo è l'interesse pubblico più debole e non dovrebbe essere utilizzato per prevalere sulla libertà religiosa, salvo forse in circostanze estreme. Se un credente desidera subordinare il proprio interesse personale, inteso in termini secolari, alla maggior gloria di Dio, quali sono le autorità secolari – si domandano retoricamente gli autori – in grado di dire che egli sia danneggiato o sfruttato? Così, nel caso di una comunità religiosa i cui membri rifiutano la retribuzione per il loro lavoro prevista dalle leggi sul salario minimo, non vi sarebbe un legittimo interesse pubblico a interporre tra il credente e la sua chiesa. L'unica plausibile ragione, per quanto dubbia, di applicare la normativa a garanzia del lavoratore sarebbe garantire i concorrenti della comunità religiosa, che sarebbero danneggiati dal costo del lavoro inesistente per la comunità religiosa.

(4) Per quanto estesa possa essere l'azione dell'autorità

⁴⁰ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 46.



pubblica nell'imporre i principi morali maggioritari in molte circostanze, quest'autorità non dovrebbe attingere le attività interne delle comunità religiose se esse non comportano esternalità negative. La struttura morale di una comunità religiosa dovrebbe essere trattata come un'isola di autonomia. Così, non bisognerebbe obbligare gli ebrei ortodossi a fare sedere insieme uomini e donne nelle sinagoghe, benché ciò possa essere considerata una forma di segregazione. Le scuole fondamentaliste non dovrebbero essere obbligate ad assumere insegnanti che violano i loro precetti. Agli orfanotrofi cattolici non dovrebbero essere impedito di insegnare la condanna dell'aborto e della contraccezione. E, nella questione della poligamia, il punto cruciale non dovrebbe essere semplicemente se essa offenda la maggioranza delle persone, ma se essa danneggi i figli nati da un matrimonio poligamo o altre persone (ma sulla poligamia, *infra*, 3.1.6.1.).

Il giudizio di valore – osservano peraltro i Nostri – può risultare difficoltoso a motivo dei contorni sfumati delle fattispecie concrete. I casi di truffe religiose e di cause contro culti o deprogrammati, per esempio, spesso si convertono nel problema di sapere se l'individuo davvero ha «consentito» all'entrata nel gruppo religioso o alla deprogrammazione. Se ha consentito liberamente, allora ogni danno subito è il risultato di una scelta che non tocca l'interesse pubblico; se non era libero, allora ha subito un danno – un'esternalità negativa – da parte di una comunità religiosa senza il proprio consenso, e la questione è di interesse pubblico.

Casi *borderline* particolarmente difficili sono quelli che riguardano i bambini, i quali appartengono al gruppo religioso tramite i loro genitori, ma non si può dire



abbiano consentito allo *status* di appartenenti. E se i genitori possono liberamente decidere di scegliere il martirio per rispettare le proprie credenze, non si può ammettere che scelgano il martirio per i propri figli minori. La giurisprudenza, peraltro, ritiene che i genitori abbiano il diritto di indirizzare l'educazione dei propri figli anche quando ciò possa «danneggiare» le prospettive di vita del figlio considerate in termini secolari. Generalmente, si ritiene che i genitori possano esprimere il consenso per conto dei loro figli in base al presupposto che nella maggior parte dei casi essi avranno a cuore l'interesse dei figli e alla considerazione che, anche in caso contrario, non vi è ragione di supporre che l'intervento pubblico potrebbe migliorare la situazione. Nei casi in cui rileva la religione, la presunzione in favore del consenso genitoriale è rafforzata dal rilievo di fondo che un processo decisionale decentralizzato in materia religiosa è vitale per la sopravvivenza del pluralismo religioso: l'interferenza pubblica potrebbe portare all'omogeneizzazione religiosa. Il caso in cui genitori Amish rifiutano di mandare a scuola il figlio dopo i quattordici anni, quando la legge statale prescrive l'istruzione obbligatoria sino a sedici, è paradigmatico. Sebbene l'interesse pubblico all'istruzione sino al sedicesimo anno sembri stringente, deve considerarsi che la normativa sull'istruzione obbligatoria è funzionale a due fini: la produzione di un bene pubblico quale una cittadinanza istruita e produttiva, e il paternalismo, cioè l'idea che la scolarizzazione sia un bene per i minori. Ma almeno parte del bene pubblico è conseguita tramite il sistema di educazione informale degli Amish, che instilla attitudine alla cooperazione e formazione in abilità pratiche: se l'interesse dello stato diminuisce, la bilancia



può allora pendere a favore della libertà religiosa (come ha ritenuto la giurisprudenza).

[...]

2.1.4. Gli effetti delle politiche pubbliche sul mercato dei beni religiosi

L'impostazione della Chicago School conduce a considerare in modo molto realistico il problema del pluralismo religioso e quello del sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa più adatto a garantirlo (o a sopprimerlo), nonché, più in generale, la politica pubblica nei confronti del fenomeno religioso, sia che si voglia favorirlo, sia che si voglia osteggiarlo. Basta osservare, a questo proposito, come una chiesa dominante, sovvenzionata dallo Stato, riduce artificialmente i propri costi rispetto alle altre chiese, che avranno difficoltà a competere. Il risultato sarà che il consumatore avrà meno scelte, e dunque troverà più difficile reperire una fede religiosa adatta a sé. Si rivolgerà pertanto a sostituti non religiosi⁴¹.

Posner non manca di domandarsi se vi siano ragioni che rendano preferibile, per una società, avere molte o poche religioni. Egli ricorda in proposito come David Hume fosse giunto a considerare maggiormente vantaggioso un sistema a confessione unica⁴²; e come, secondo Adam Smith, poiché più confessioni ci sono minore sarà la loro dimensione media, risulterà ridotto il problema del free rider, e dunque sarà maggiore la

⁴¹ Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 678; M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 54-55.

⁴² ...



capacità della religione di regolare l'ambito morale⁴³. Il chicagoiano osserva che però si può ipotizzare esattamente il contrario in base alle regole del mercato: maggiore è il numero delle confessioni in competizione, più facile sarà per una persona di morale lasca trovare una confessione indulgente. Una religione monopolista può essere severa, perché ha un mercato protetto. Ma una religione in regime di libera concorrenza è in qualche modo proclive ad andare incontro alla domanda del cliente⁴⁴. (Si vedrà più oltre, peraltro, come la realtà europea sia caratterizzata da chiese dominanti a «bassa intensità», all'interno delle quali la condivisione di credenze e pratiche ha gradi molto diversi tra i membri: *infra*, 2.3.).

Un intervento dei poteri pubblici – legge, provvedimento amministrativo, sentenza –, che allarghi il divario tra quanto richiede il codice religioso e le scelte disponibili al cittadino, in genere può rendere più costosa l'obbedienza ai precetti religiosi. Per esempio, in un ordinamento in cui i contraccettivi siano illegali, il cattolico strettamente osservante sopporterà solo un piccolo costo incrementale obbedendo all'insegnamento

⁴³ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, Edwin Cannan ed., 1937, 740-750.

⁴⁴ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 679. Questa considerazione di Posner sembra confermata da un'indagine di *Economic Analysis of Religion* relativa alle nullità del matrimonio dichiarate dai tribunali della Chiesa cattolica, condotta comparando contesti di «free religious economy» o «competitive countries» (come gli USA) con contesti di «non competitive countries»: cfr. M.J. WILDE, *From Excommunication to Nullification: Testing and Extending Supply-Side Theories of Religious Marketing with the Case of Catholic Marital Annulments*, in *Journal of Scientific Study of Religion*, 20 (2001), pp. 235-249.



della Chiesa relativo al controllo delle nascite, ma una volta che i contraccettivi venissero legalizzati questo fedele si troverà davanti alla tentazione di allontanarsi da questo insegnamento e, in ultima analisi, di sottrarsi all'autorità della Chiesa. D'altra parte, questo stesso intervento dei poteri pubblici fa anche aumentare il valore della religione agli occhi dei suoi aderenti. Se vi è un appagamento dall'adempire volontariamente ai principi morali, il credente si troverà in una condizione migliore in un ordinamento in cui il comportamento immorale non è sanzionato dalle leggi civili. Allargando le differenze tra regole sociali e stile di vita conforme alla religione, gli interventi del potere pubblico conferiscono alle autorità religiose un ruolo più importante e distintivo nella sfera morale. Essi, contribuendo alla «differenziazione del prodotto», costituiscono un pungolo a intensificare gli sforzi da parte delle persone religiose.

Gli interventi pubblici in campo morale – osservano ancora MacConnell & Posner – incidono presumibilmente in modo diverso sulle diverse religioni in rapporto alla loro intensità, nella quale è compreso il grado di separazione dal mondo che esse si riconoscono. Per un gruppo che guarda il mondo esterno con sospetto e la propria separazione come una testimonianza di santità, tali interventi possono intensificare la passione religiosa acuendo il contrasto tra la propria santità e la peccaminosità del mondo. L'effetto sui credenti più tiepidi – quelli più inclini a vivere in armonia spirituale con il mondo circostante – sarà più probabilmente quello di smorzare gli entusiasmi. Per questo motivo, probabilmente, le chiese moderate stanno perdendo la propria influenza rispetto a sette più entusiastiche. Nei casi estremi, in cui il costo della pratica religiosa è



grandemente aumentato dalla persecuzione, ci si può aspettare di trovare meno fedeli ma più intensamente motivati. Forse – commentano i due giuristi – c'è una logica economica nell'opinione tradizionale che la chiesa si nutre del sangue dei martiri⁴⁵.

Una questione correlata è che, riducendo il ruolo dei poteri pubblici nel conformare la condotta morale e così aumentando la domanda per tali servizi forniti dalle chiese, gli interventi pubblici in materia morale aiutano quelle chiese il cui rapporto con lo Stato è competitivo piuttosto che complementare. Le chiese che si identificano con l'establishment, come negli Stati Uniti le *mainline Protestant churches*, hanno problemi a distanziarsi dalle scuole pubbliche e dalle altre istituzioni pubbliche con cui si sono per lungo tempo intrecciate. Quando queste scuole e istituzioni diventano secolari, come è avvenuto nelle ultime decadi, la posizione delle *mainline churches* risulta erosa. Poiché le denominazioni non-mainline tendono contemporaneamente ad attrarre i credenti più ferventi, l'effetto degli interventi pubblici in campo morale sulla competizione nel settore religioso sembra chiaro, ed è coerente con la crescita di queste denominazioni negli anni recenti⁴⁶.

2.1.5. *La giustificazione (non economica) dei costi (non religiosi) della libertà religiosa*

Forse è il caso, a questo punto, di isolare la posizione di McConnell da quella di Posner, non facilmente distinguibili l'una dall'altra nell'articolo a doppia firma

⁴⁵ Tale opinione è stata confermata da recenti studi..

⁴⁶ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 58-59.



del 1989 in cui vengono poste le basi di una teoria economica del diritto ecclesiastico.

McConnell, costituzionalista che ha fatto delle *religion clauses* del Primo Emendamento uno dei suoi temi preferiti⁴⁷, è considerato il *leading proponent* dell'*accommodationist approach* seguito da parte della dottrina e, da Shebert *vs.* Verner in poi (analizzata *infra* in 3.1.1.), anche dalla Corte Suprema⁴⁸. Questa posizione ritiene che la Free Exercise Clause «require government to accommodate religious practitioners through exemptions unless government has a truly compelling reason not to do so»⁴⁹. In particolare, McConnell ritiene che i poteri pubblici possano addivenire a un accomodamento con la religione in qualsiasi modo purché si astengano dal riconoscere una chiesa o una alleanza di chiese, e purché l'*accommodation* non costringa i non aderenti ad abbracciare una fede particolare o a partecipare contro la loro volontà a pratiche religiose. Egli non esita a precisare che dal principio di libertà religiosa deriva la pluriconfessionalità dello Stato: «... individual choice in religion is a public

⁴⁷ Tra i suoi scritti in argomento cfr. *Accommodation of Religion*, in *Sup. Ct. Rev [Supreme Court Review?]*, 1985, 1; *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 *Harvard Law Review* 1409 (1990); *Taking Religious Freedom Seriously*, in *First Thing*, no. 3, May, 1990, pp. 30-35; *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 *The University of Chicago Law Review*, 1109 (1990); *Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics*, 60 *George Washington Law Review* 685, 734-35 (1992); *Religious Freedom at a Crossroad*, 59 *University of Chicago Law Review*, 115, 186 (Winter 1992); *Religious Souls and the Body Politic*, in *Public Interest*, 155 (2004), pp. 126-142.

⁴⁸ La principale analisi dell'autore sul tema si trova in M.W. McCONNELL, *Accommodation of Religion*, cit.; ID., *Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics*, cit.

⁴⁹ F.S. RAVITCH, *Law and Religion, A Reader: Cases, Concepts, and Theory*, St. Paul (MN), West, 2004, p. 604.



value; the state itself is religiously pluralistic – not secular»⁵⁰.

Questa tesi, giusta la quale lo Stato deve configurarsi come una «sectarian entity», discende dall'argomento per cui la religione avrebbe uno statuto speciale nella Costituzione degli Stati Uniti, e si inserisce nell'ambito di una lettura del Primo Emendamento secondo cui la vera tensione che percorre la Carta fondamentale in proposito non sarebbe quella tra le due *religion clauses* del Primo Emendamento, ma tra l'ideale della separazione – che ha guidato la Corte Suprema sin da *Everson* – e le facilitazioni della libertà religiosa, che McConnell ritiene essere il «central value and animating purpose» delle *religion clauses* (probabilmente non a torto, ove se ne considerino le origini teologiche: ***). Allora, il punto non è se il potere pubblico può aiutare la religione, ma «when may the government treat religion differently and when must it do so?»⁵¹

McConnell sottintende in effetti che le credenze e le pratiche religiose siano di un genere diverso da ogni altra credenza e pratica. A suo avviso la religione è filosoficamente superiore alle credenze non religiose e le associazioni religiose a quelle non religiose perché lo stato liberale non può negare in principio la possibilità che una religione sia vera; e se è vera, le pretese della religione sono di ordine più elevato che ogni altra nello spazio pubblico⁵². Si tratta di una posizione nella quale sembra di scorgere sia l'idea della secolarità dello Stato in quanto

⁵⁰ M.W. MCCONNELL, *Accommodation of Religion*, cit., p. ***.

⁵¹ S.G. GEY, *Why Is Religion Special? Reconsidering the Accommodation of Religion under the Religion Clauses of the First Amendment*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 52 (1990), p. *** [465 di Ravitch].

⁵² ...



agnostico e dunque limitato nel suo raggio d'azione alle cose penultime, sia una certa reverenza nei confronti delle cose ultime (forse non lontana dal vedere solo in una *societas religiosa* la *societas perfecta*).

Ad ogni modo, oltre all'incompetenza dello Stato nelle questioni celesti, McConnell aggiunge ragioni più concrete per giustificare la politica "accomodazionista" relativa al bene pubblico: accettate le premesse dello Stato liberale, lungi dal ritenere la religione incompatibile con queste premesse, egli reputa piuttosto necessaria una fonte esterna che instilli nella popolazione valori morali e soddisfi il bisogno di interiorizzare i doveri e i sentimenti naturali di giustizia, poiché «the liberal state cannot itself ultimately be the source [...] of the people values». Le organizzazioni religiose risultano dunque essenziali nell'alimentare la cittadinanza liberale.

Pare di poter scorgere, in simile impostazione, una componente di strumentalizzazione della religione da parte dello Stato. Si è in effetti parlato, commentandola, di una «deemphasis of religious spiritual aspect, and the politicization of the church as an institution»⁵³.

Essa sembra poi caratterizzata da un evidente *favor religionis*: l'impianto accomodazionista supporta ogni sussidio alla religione purché non ci siano favoritismi per una religione particolare. Del resto lo stesso McConnell – e qui riaffiora in tutta la sua concretezza il profilo economico – riconosce senza ambiguità che spesso, e forse sempre, il *religious accommodation* impone costi agli altri, talvolta non trascurabili, e che tuttavia questi costi, se non sono di tipo religioso, non sono vietati dalla Costituzione degli Stati Uniti.

⁵³ S.G. GEY, *Why Is Religion Special?*, cit., p. ***.



2.2. Dalla responsabilità extracontrattuale al diritto di libertà religiosa: la prospettiva di Guido Calabresi

Come si è già accennato (*supra*, 2.), le *lectures* che Guido Calabresi ha dedicato all'inizio degli anni ottanta al rapporto tra il diritto e le convinzioni, i modi di pensare e gli ideali riguardano per buona parte la problematica della libertà religiosa⁵⁴. Seppur settoriale – la responsabilità civilistica da atto illecito – la prospettiva assunta in questi contributi non impedisce all'autore di intessere un discorso di ampio respiro (che anticipa le successive espansioni dell'EAL nel campo del diritto pubblico)⁵⁵,

⁵⁴ G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse (N.Y.), Syracuse University Press, 1985, trad. it. *Il dono dello spirito maligno*, Milano, Giuffrè, 1996.

Quest'opera di Calabresi non è rimasta inosservata presso gli ecclesiasticisti italiani: cfr. S. DOMIANELLO, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica: vantaggi e rischi del passaggio dalla 'copertura' delle fonti a quella dei valori*, saggio introduttivo a EAD., *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 47 e 104; G. CASUSCELLI, *Uguaglianza e fattore religioso*, in S. BERLINGÒ - G. CASUSCELLI - S. DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Torino, Utet, 2000, pp. 82 e 87. Nonostante la perfetta coincidenza del tema, il celebre libro del giudice americano non viene invece considerato da A. FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2005, che pure (pp. 93-94) richiama le «teoriche civilistiche basate sull'analisi economica del diritto» (corsivo nell'originale), ma solo per segnalare come i suoi cultori avvertano ormai la necessità di umanizzare l'*homo oeconomicus* (fine conseguibile, secondo l'autore, opponendo all'economicizzazione del diritto la libertà religiosa).

⁵⁵ Titolo e sottotitolo originali del volume, pur meno suggestivi del titolo scelto per la traduzione italiana, rendono perfettamente il



benché questo discorso non si sviluppi in un impianto sistematico del rapporto Diritto/Religione come quello che si è visto presso la Chicago School. In effetti, se Posner – e con lui poi anche McConnell – elabora un modello teorico generale per applicarlo successivamente a una casistica, Calabresi al contrario muove dallo studio dei casi e formula in seguito le ipotesi ricostruttive. Di seguito si presenteranno, enucleandole dall'analisi della casistica esaminata da Calabresi, alcune posizioni generali dell'ex decano di Yale, non prima di aver segnalato, sotto riserva di riscontrarla in rapporto ai temi di Diritto & Religione, alcune caratteristiche comunemente attribuite alla Scuola di New Haven per contrasto con quella che ha il suo centro di irradiazione in Michigan: orientamento politico *liberal* piuttosto che conservativo; attenzione alle questioni di giustizia oltre che a quelle di efficienza; assegnazione ai poteri pubblici del compito di promuovere le scelte individuali mediante incentivi e disincentivi in luogo di un fiducioso abbandono alla giurisprudenza come regolatore spontaneo produttore di efficienza.

2.2.1. Il problema della neutralità tra convinzioni religiose e tra convinzioni religiose e non religiose

Le riflessioni di Calabresi prendono le mosse dal problema di allocare il costo dei danni supplementari patiti da un danneggiato a causa delle proprie convinzioni religiose. In punto di diritto, la discriminante che guida in proposito la giurisprudenza statunitense – ricorda lo studioso – è la possibilità di qualificare come ragionevole o irragionevole la convinzione personale, religiosa o no,

movimento dal «micro» al «macro» che ne caratterizza le riflessioni.



che ha dettato il comportamento con cui il danneggiato ha aggravato i danni già subiti per il fatto ingiusto altrui. Dover giudicare della ragionevolezza di una convinzione *religiosa*, a differenza che di convinzioni di altro tipo, pone però il problema costituito dalla clausola sul riconoscimento contenuta nel Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti. «No establishment» significa infatti che non si dovrebbero distinguere né favorire talune convinzioni religiose a danno di altre, altrimenti si avrebbe il riconoscimento di un gruppo di convinzioni e religioni «accettabili», e sufficientemente accettate, di modo che i loro precetti possano entrare a far parte della ragionevole prudenza; per contro, verrebbero trattate come «non conformi» quelle religioni i cui precetti sono irragionevoli e fuori della sfera del «senso comune».

Non sarebbe difficile – osserva Calabresi – dire quali precetti religiosi verrebbero considerati ragionevoli nella società statunitense: essi sarebbero relativi alle convinzioni religiose «da cerimonia», che sono quelle delle confessioni religiose i cui ministri sono normalmente invitati alle cerimonie pubbliche; non ne fanno parte invece le convinzioni di quelle confessioni i cui ministri non possono esporre le loro idee in queste occasioni. Escludendo queste ultime, in effetti, si ottiene un patrimonio di credenze «accettabile», una fede ragionevole e moderata⁵⁶.

Tuttavia, considerando lo scopo originario della *no establishment clause*, non sarebbe corretto, in sede di *tort law*, includere i «precetti da cerimonia» nel campo della «ragionevole prudenza». Si può peraltro sostenere, a

⁵⁶ Cfr. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., p. ***. Sul «Ceremonial Deism» cfr. F.S. RAVITCH, *Law and Religion, A Reader*, cit., pp. 155 e ss.



proposito delle convinzioni legate a questi precetti, che esse abbiano natura secolare: è sufficiente assumere che la ragionevole prudenza includa convinzioni *non religiose* le quali, per essere ragionevoli, devono essere comunemente o largamente condivise. In quanto non religiose, esse non incontrerebbero i limiti della *no establishment clause*, e nel loro ambito si potrebbero distinguere moralismi o modi di pensare «pazzi» o «di senso comune» senza tema di favorire una religione rispetto ad un'altra. Il problema di tale ultima impostazione è però che essa favorisce le convinzioni non religiose rispetto a quelle religiose, il che significherebbe dare un'interpretazione restrittiva e controversa del principio di separazione e di libero esercizio della religione di cui alle clausole costituzionali. Soprattutto, però, se si dovessero individuare le convinzioni secolari e le loro radici, nella maggior parte dei casi si scoprirebbe che esse sono le versioni secolarizzate di principi religiosi, o meglio dei principi religiosi della tradizione bianca, anglo-sassone e protestante, o ancora delle principali sette di questa tradizione, ad esclusione delle altre, le cui convinzioni sono escluse dall'ambito della ragionevolezza. Le religioni *parvenues*, invece, devono accollarsi i rischi derivanti dal proprio patrimonio di credenze⁵⁷.

E in effetti – nota Calabresi – quest'ultima e ingiusta posizione è stata teorizzata dalla Corte Suprema quando ha affermato la costituzionalità delle leggi che stabiliscono la chiusura domenicale dei negozi, qualificando la scelta della domenica – che pure viene dalle abitudini religiose dei fondatori, diverse da quelle di altri gruppi sopravvenuti – come «secolare»⁵⁸.

⁵⁷ G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., pp. 73-75.

⁵⁸ *McGowan vs. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Two Guys vs.*



C'è dunque, nel diritto vivente statunitense, un *riconoscimento indiretto* di fedi precedentemente dominanti, il cui rovescio è dato dal fatto che i nuovi venuti possono ottenere l'eguaglianza solo se rinunciano a quei precetti della loro fede che non si inseriscono bene nella società: quelli che non sono del tipo «da cerimonia». La qual cosa significa contravvenire alla clausola costituzionale sul riconoscimento, in quanto sembra difficile attribuirle un significato che non comprenda la protezione da pressioni discriminatorie delle credenze religiose di gruppi immigrati⁵⁹.

2.2.2. Neutralità e ragionevolezza

Forse – ipotizza Calabresi – nei casi in cui, contro ogni verosimiglianza, hanno considerato «ragionevoli» le più eteroclite convinzioni di origine religiosa, le corti hanno cercato di attuare i valori delle clausole costituzionali in modo forzato⁶⁰. Tale strategia fa però immediatamente sorgere il problema delle convinzioni *particolari ma non religiose*, ove non siano ugualmente considerate ragionevoli, in un sistema in cui opera il principio di neutralità, che impone tanto di non contrastare la religione quanto di non favorirla. L'eguale protezione delle convinzioni non religiose rispetto a quelle religiose è stato il criterio adottato dalla Corte Suprema nel momento in

McGinley, 366 U.S. 582 (1961); *Braunfeld vs. Brown*, 366 U.S. 599 (1961).
Sull'ultima delle pronunzie citate, cfr. anche M.W. MCCONNELL & R.A. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 41-43. Su questi e altri casi relativi alla costituzionalità delle *Sunday closing laws* cfr. F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, cit., pp. 87-89.

⁵⁹ G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., p. 77.

⁶⁰ G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., p. 78.



cui ha ammesso l'obiezione di coscienza al servizio militare (purché totale) non solo in base a motivazioni religiose ma anche di tipo filosofico⁶¹. Il ricorso al medesimo criterio è tuttavia di più ardua applicazione nella *tort law*, in quanto esso metterebbe in secondo piano il fondamentale principio di settore secondo cui la ragionevolezza è questione oggettiva e non dipende dal fatto che qualcuno si comporti «in buona fede» e secondo le proprie convinzioni. La *tort law* richiede che i soggetti vivano secondo alcuni standard di ragionevolezza medi, definiti dalla comunità: chi si discosta da questi, come colui che non si fa curare perché non ha fiducia nella medicina, non può addossare ad altri il costo del danno ulteriore patito. Si consideri inoltre il caso del paziente razzista che rifiuti di farsi curare da un dottore nero aggravando così il proprio stato: è verosimile che una corte non giudicherebbe ragionevole la convinzione alla base di tale comportamento, addossandone il costo all'autore. In tale ipotesi, la «forza gravitazionale» della Costituzione avrebbe agito in direzione opposta a quella spiegata nei casi riguardanti la religione, in cui le corti sono state portate a dire che le convinzioni particolari devono essere protette allo scopo di evitare distinzioni tra religioni «accettabili» e «non accettabili». Infatti, nell'ipotesi del paziente razzista, verrebbero considerate particolari e irragionevoli convinzioni che in effetti sono condivise da molti.

La *tort law* quindi, per quanto riguarda le vittime, favorisce in pratica la religione e le convinzioni religiose, poiché, in forza della norma costituzionale sul divieto di riconoscimento, vengono protette alcune convinzioni che

⁶¹ *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 342-44 (1970).



sarebbero considerate particolari se non fossero di origine religiosa. Il sistema emargina però alcune religioni «non accettabili» e le invita di fatto a ribellarsi, ciò che può non essere pericoloso se il gruppo discriminato è molto piccolo, ma è sicuramente pericoloso in caso contrario⁶².

2.3. *L'Analisi Economica della Religione in Sociologia: un ponte verso l'Europa*

La generale difficoltà della cultura giuridica europea a recepire l'EAL (*supra*, 1.) può (contribuire a) spiegare l'assenza, nel Vecchio Continente, di uno specifico filone di studi che affronti il diritto profano sulle credenze di fede da una prospettiva economica. Peraltro, l'approccio economico alla religione, negli ultimi anni, è diventato un «new paradigm» anche della sociologia religiosa nordamericana⁶³, suscitando in questa versione maggiore

⁶² G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., pp. 78-83.

⁶³ Nel saggio a due mani del 1989 più volte citato, MacConnell & Posner lamentavano la relativa scarsità di *economic studies of religion*, ambito di ricerche all'epoca ancora in fase pionieristica: cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 2-3, e la bibliografia riportata in nota 3. In effetti, per avere delle impostazioni sistematiche del rapporto tra economia e religione come quelle presenti nel pensiero di Smith e Marx, si è dovuto attendere la metà degli anni settanta del secolo scorso.

I testi di riferimento sono R. STARK - W. BAINBRIDGE, *The Future of Religion: Secularisation, Revival and Cult Formation*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1985; IDD., *A Theory of Religion*, New York, Lang, 1987; R. FINK - R. STARK, *The Churching of America 1776-1990. Winners and Losers in our Religious Economy*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1992, 1997²; per la letteratura successiva si veda in particolare il numero monografico della rivista *Inchiesta*, n. 136, 2002, dedicato a *Il mercato delle religioni*, e P. LUCA TROMBETTA, *Il bricolage religioso. Sincretismo e nuova religiosità*, Bari,



interesse presso i ricercatori europei, anche giuristi⁶⁴.

La prospettiva della «teoria delle economie religiose» o «analisi economica della religione» assume, come del resto l'EAL, che il comportamento religioso dell'individuo sia di tipo razionale – si tratta di un presupposto tanto cruciale quanto discusso – e si svolga in un ambito in cui, del tutto similmente all'attività commerciale, interagiscono domanda e offerta di beni e servizi cui è attribuito un valore⁶⁵. Su questo «mercato» una pluralità di agenzie offrono beni e servizi – credenze, dottrine, pratiche – intesi a soddisfare bisogni religiosi specifici e differenziati degli individui, la cui domanda di prodotti religiosi è dettata dalla percezione del vantaggio ricavabile dall'investimento in essi. Il modello postula dunque, da un lato, che la domanda di prodotti religiosi provenga da individui con preferenze diverse, e, dall'altro, che nessuna impresa religiosa sia in grado di soddisfare pienamente l'intera gamma delle preferenze.

L'individuo che, insoddisfatto dell'offerta «globale»

Dedalo, 2004, con la bibliografia finale. Una panoramica degli studi riconducibili a questa tendenza è offerta dall'antologia di saggi in due volumi *Economics and religion*, edited by P. Oslington, Chetelman (UK) - Northampton (MA, USA), Edward Morgan, 2003. Adde il bilancio provvisorio stilato da uno dei pionieri della ricerca in questo campo: L.R. IANNACCONE, *Progress in the Economic of Religion*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 150 (1994), pp. 737-744.

⁶⁴ Cfr. S. FERRARI, *Religione, società e diritto in Europa occidentale*, in *Sociologia del diritto*, 31 (2004), 2, pp. 217-218; M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 161, in nota.

La rivista *Il diritto ecclesiastico* ha pubblicato nel fascicolo 3 del 1998 il saggio di S. CREACO, *Towards An Economic Analysis of Religion* (pp. 635-647), con una bibliografia di orientamento al nuovo approccio.

⁶⁵ R. STARK, *Spiegare le variazioni della religiosità: il modello del mercato*, in *Polis*, 12 (1998), p. 12.



proposta da una singola agenzia religiosa, si dedicherà alla composizione eclettica di un proprio *menu* personalizzato di prodotti religiosi, attingendo a fonti diverse, dà luogo alla figura – caratteristica della nostra epoca – del *bricoleur*⁶⁶, del quale può già segnalarsi la capacità di scegliere e combinare insieme singoli segmenti di diversi orizzonti di senso religioso (*infra ...*).

Sin dal suo apparire, i teorici dell'economia religiosa sono stati consapevoli del contesto particolare in cui andavano elaborando il loro modello: un contesto in cui la pluralità di agenzie religiose presenti sul mercato era dovuto alla politica di *desestablishment* perseguita negli Stati Uniti e consacrata nel Primo Emendamento alla loro Costituzione. Il confronto con il continente europeo, in cui permane tuttora una tradizione di chiese nazionali dominanti, ha offerto allora «una sintetica chiave di lettura delle diversità del campo religioso in USA e in Europa»⁶⁷. Questa linea interpretativa attribuisce alla condizione di concorrenza in cui operano le agenzie religiose negli USA gli elevati tassi di religiosità di questo paese, e al monopolio o quasi-monopolio di una istituzione religiosa dominante, favorita dai poteri pubblici, lo scarso fervore religioso degli europei riscontrato regolarmente dalle indagini sociologiche. Ne dovrebbe conseguire, in linea di principio, che, ove venissero rimosse le condizioni di protezione di cui godono le chiese «riconosciute» in Europa, la libertà di scelta degli individui potrebbe esprimersi pienamente, determinando un aumento del fervore religioso complessivo all'interno della società in quanto i soggetti sarebbero in grado di far coincidere le loro «scelte» sul mercato religioso con le loro effettive

⁶⁶ P. LUCÀ TROMBETTA, *Il bricolage religioso*, cit.

⁶⁷ P. LUCÀ TROMBETTA, *Il bricolage religioso*, cit., p. 26.



«preferenze», e dunque di massimizzare il differenziale tra il costo sopportato per «acquistare» il prodotto religioso e l'utilità ricavatane.

Simili osservazioni, peraltro, erano già state formulate da Posner, il quale notava come nei «separatisti» Stati Uniti il tasso di religiosità fosse superiore rispetto ad ogni altro paese europeo a regime di chiesa riconosciuta eccetto l'Irlanda⁶⁸, e, ben prima, da Tocqueville, il quale, in termini rimasti classici, spiegava la particolare vitalità della religione americana con la separazione tra Stato e Chiesa che ha costretto le confessioni a competere tra loro⁶⁹.

Un modello esplicativo del genere costituisce oggetto di una non sopita polemica tra fautori e avversari dell'EAR, sostenendo, i primi, l'esistenza di un rapporto diretto tra maggiori possibilità di scelta e maggiore vitalità religiosa, e, i secondi, l'inesistenza di tale rapporto⁷⁰ (come dimostrerebbe il fatto che le più alte percentuali di pratica religiosa si riscontrano in quelle parti degli Stati Uniti dove minore è la diversificazione del mercato religioso). Ad avviso dei critici dell'EAR, la possibilità di scegliere tra diverse opzioni religiose produrrebbe piuttosto effetti

⁶⁸ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 708.

⁶⁹ Come è stato notato da P. BERGER, *Integrazione religiosa ed europea: osservazioni dall'America*, in *Europa laica e puzzle religioso. Dieci risposte su quel che tiene insieme l'Unione*, a cura di K. Michalski e N. zu Fürstemberg, Venezia, Marsilio, 2005, p. 90.

⁷⁰ Per le riserve sulla possibilità di generalizzare e applicare all'Europa la stretta correlazione tra concorrenza, pluralismo e vitalità religiosa che sembra realizzarsi negli USA, cfr. S. WARNER, *Convergence toward a New Paradigm: a Case of Induction*, in L. YOUNG, (ed.), *Rational Choice Theory and religion: Summary and Assessment*, New York, Routledge, 1997, pp. ***-***; ID., *A Paradigm is not a Theory*, in *American Journal of Sociology*, 103 (1997) 1, pp. ***-***.



laicizzanti («choice undermines faith»)⁷¹.

Non è impossibile, d'altra parte, che le due posizioni siano componibili in una teoria unitaria in grado di dar conto di ulteriori variabili quali le culture delle diverse società di volta in volta analizzate. In effetti, recenti analisi del mercato religioso europeo hanno messo in luce la necessità di apportare significativi correttivi all'EAR. In particolare, è stato osservato che il «profilo» del consumatore di beni e servizi religiosi europeo è molto diverso da quello del consumatore nordamericano, dal momento che il primo, a fronte dei vantaggi di una maggiore differenziazione e soddisfazione dei bisogni religiosi, apprezza in maggior misura i vantaggi che derivano dal mantenimento della situazione monopolistica: forte senso di identità nazionale, legame con la storia e la tradizione. Il mercato religioso europeo sarebbe cioè caratterizzato da una vischiosità determinata da fattori storico-culturali ad esso propri.

Se esiste, in Europa, una correlazione fra monopolio e scarsa partecipazione, essa non va spiegata con la pigrizia degli operatori, ma come effetto dei modelli culturali prevalenti che fanno considerare ai cittadini di quei paesi la religione come un dato ambientale e poco vincolante per il singolo, che rimane libero di calibrare la sua partecipazione in base agli orientamenti personali. Anche gli scenari futuri risultano diversi da quanto pronosticato dai teorici delle economie religiose. Non esisterebbe nessuna legge strutturale del mercato in grado di far scivolare progressivamente i paesi europei verso il pluralismo maturo. Ciascuna realtà ha i propri principi e vincoli e il libero gioco di domanda e offerta è una caratteristica

⁷¹ S. BRUCE, *Choice and Religion. A critique of Rational Choice*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1999, p. ***; ID., *Religion and Rational Choice: A Critique of Economic Explanations of Religious Behaviour*, in *Sociology of Religion*, 1993, 54:2, pp. 193-205, anche in *Economics and Religion*, II, cit., pp. 424-436.



americana non esportabile⁷².

Inoltre, è stato proposto di sintetizzare i modelli esplicativi sostenuti da critici e fautori dell'EAR ipotizzando che le chiese nordamericane sarebbero arrivate a mantenere un elevato livello di influenza e di pratica combinando una laicizzazione interna, che le costringe a rinunciare alle proprie pretese inglobanti, con un adattamento riuscito alle logiche contemporanee della scelta. Giusta quest'approccio dialettico, «l'attuale vitalità religiosa degli Stati Uniti non si spiegherebbe "malgrado" o "in opposizione" alla secolarizzazione, ma perché essa vi si è adattata integrando, meglio che in Europa, le logiche d'individualizzazione e di scelta nella sua offerta simbolica»⁷³.

Emerge così un'interpretazione della forza della religione negli Stati Uniti d'America che la fa risiedere nella sua capacità, dimostrata dalla storia, di innestarsi nei processi di differenziazione sociale mediante il consolidamento delle identità etnico-culturali la cui dialettica ha potentemente contribuito alla formazione di quelle società. «Nei paesi europei – per contro – il minore entusiasmo potrebbe derivare dalla maggiore difficoltà delle chiese nazionali a dialogare con i processi di differenziazione tipici della cultura postmoderna a causa della tradizione di centralità su cui esse si sono storicamente fondate»⁷⁴.

«Queste considerazioni confermano l'esistenza di una

⁷² P. LUCÀ TROMBETTA, *Il bricolage religioso*, cit., p. 60.

⁷³ Cfr. S. FATH, *Dieu bénisse l'Amérique. La religion de la Maison-Blanche*, Paris, Seuil, 2004, tr. it. *Dio benedica l'america. Le religioni della Casa Bianca*, Roma, Carocci, 2005, pp. 29 e ss., 133 e ss.

⁷⁴ P. LUCÀ TROMBETTA, *Il bricolage religioso*, cit., pp. 63-64.



correlazione positiva fra monopolio religioso e maggiore partecipazione: essa deriva però non dall'esistenza di leggi universali analoghe a quelle dell'economia commerciale, ma dalla singolare evoluzione che ha portato le chiese in Europa a strutturarsi in una forma centralistica che ostacola la sperimentazione e impedisce la flessibilità necessaria a rappresentare le diversità»⁷⁵.

L'assetto quasi-monopolistico dei mercati religiosi europei, così diverso da quello concorrenziale nordamericano, trova un preciso riscontro nelle trattazioni che, in Italia, hanno dichiarato di volersi ispirare all'opera dei giureeconomisti statunitensi.

2.4. Un'interpretazione italiana dell'EAL applicata al Diritto Ecclesiastico: gli studi di Giuseppe Vegas

In una serie di articoli degli anni ottanta, e in una monografia pubblicata nel 1990, Giuseppe Vegas si è proposto di applicare l'analisi economica a tipiche problematiche di Diritto Ecclesiastico, con particolare riferimento a quelle inerenti il finanziamento delle confessioni religiose⁷⁶.

Sorprendentemente, le ricerche di Vegas, che pure si

⁷⁵ P. LUCÀ TROMBETTA, *Il bricolage religioso*, cit., p. 64.

⁷⁶ G. VEGAS, *Profili giuridici ed economici della vigente disciplina in materia di congrue*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1983, I, pp. 253 e ss.; ID., *Il finanziamento statale alla Chiesa cattolica dopo il «Concordato» del 1984*, in *Economia delle Scelte Pubbliche*, 1984, 3, p. 186; *Premessa alla considerazione economica di alcune questioni di diritto ecclesiastico. Finanziamenti pubblici e privati e comportamento individuale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1986, I, pp. 534-562; ID., *Spesa pubblica e confessioni religiose*, Padova, 1990; più di recente, l'autore è tornato in argomento con il contributo *Il finanziamento della Chiesa cattolica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004/1, pp. 183-198.



presentano e sono presentate come una applicazione al Diritto Ecclesiastico italiano della EAL di marca statunitense⁷⁷, non citano mai i lavori in cui gli stessi *economic lawyers* americani, a partire dai più noti, si sono occupati di *Law & Religion*⁷⁸. L'omissione giustifica ulteriormente il richiamo compiuto in questa sede alle analisi «ecclesiasticistiche» dei giuristi di oltre Atlantico, ma rende al contempo originale il contributo di Vegas, che proprio in quanto autonomo dai paralleli studi americani offre un esempio di analisi economica del Diritto Ecclesiastico «all'italiana».

2.4.1. I motivi dei sussidi statali a favore delle confessioni religiose

Vegas muove dalla considerazione che il legislatore italiano non si è mai posto il problema di contribuire o non contribuire al finanziamento delle confessioni religiose e soprattutto di quella cattolica – essendosi tradizionalmente sempre assunto oneri di questo genere – ma soltanto il problema di determinare l'entità delle

⁷⁷ Cfr. G. VEGAS, *Premessa alla considerazione economica di alcune questioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 534; nonché la *Prefazione* a ID., *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., di F. FINOCCHIARO, pp. IX-X.

⁷⁸ Nella monografia del 1990 (p. 58), gli unici scritti di *economic lawyers* sono gli ormai storici articoli seminali di R. COASE, *The Problem of Social Cost* (in *The Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44, trad. it. in AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. Alpa, F. Pulitini, S. Rodotà, [* Romani], Milano, ***, 1982, pp. ***), e di G. CALABRESI (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale Law Review*, 70 :1961, pp. 499-553), insieme con il primo «manuale», *l'Economic Analysis of Law* di Posner, citato nella 2^a edizione del 1977; rimarchevolmente, tutti e tre questi padri fondatori dell'EAL si erano occupati *ex professo* della regolazione giuridica della religione (v. *supra*). Appena pochi altri richiami nei saggi minori.



risorse erogate⁷⁹. Ciò avrebbe indotto la dottrina a trascurare la riflessione sui *motivi* del contributo statale alle chiese, precisamente il punto sul quale invece l'autore concentra il proprio interesse, pervenendo alla conclusione che il motivo per cui lo Stato italiano interviene economicamente a favore delle confessioni religiose è il *sostegno della domanda di beni religiosi*. Se non vi fossero sussidi statali – egli rileva – la sopravvivenza delle confessioni religiose dipenderebbe esclusivamente dalle loro entrate di diritto privato, la qual cosa significa che i cittadini i quali richiedono servizi religiosi ne dovrebbero sopportare interamente il costo, e che per alcuni di loro, essendo questo costo troppo alto, non vi sarebbero alternative alla rinuncia al servizio. In definitiva, dovendo il produttore del servizio religioso coprirne i costi con i ricavi, in assenza di sussidi pubblici vi sarebbe una quota di domanda di beni religiosi insoddisfatta. L'intervento statale si giustificerebbe allora a titolo di correttivo del mercato, e dovrebbe assumere necessariamente la forma del sussidio perché lo Stato, giusta il proprio agnosticismo in materia religiosa per come affermato dalla Costituzione repubblicana, non potrebbe erogare direttamente i servizi religiosi richiesti, ma soltanto finanziare i soggetti erogatori di questi servizi, cioè le confessioni religiose⁸⁰.

Vegas sembra sottintendere che le libere scelte espresse in un mercato libero non siano fisiologicamente sufficienti a garantire la libertà religiosa, la qual cosa imporrebbe pertanto un altrettanto fisiologico intervento di sostegno dello Stato; che le idee religiose debbano essere favorite rispetto alle idee non religiose (tesi effettivamente

⁷⁹ Cfr. G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. ***

⁸⁰ Cfr. G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., pp. 56-57.



sostenuta da parte dei teorici di un *favor religionis* presente nella Costituzione repubblicana); che alcune idee religiose (l'autore non lo dice espressamente, ma sembra conseguenza inevitabile delle premesse da cui muove) debbano essere favorite rispetto ad altre (essendo problematico, anche per considerazioni politiche, un finanziamento «a pioggia» a favore di qualsiasi soggetto sedicente religioso).

Si noterà il contrasto con l'impostazione della Chicago School, per la quale la sovvenzione a favore di una chiesa dominante, permettendole di ridurre artificialmente i costi, pone in posizione di svantaggio le confessioni concorrenti, il consumatore di beni religiosi vedrà ridotto il ventaglio delle scelte a sua disposizione, e potrà essere costretto a cercare sostituti secolari per soddisfare il suo bisogno, subendo in ultima analisi una compressione del diritto di libertà religiosa (*supra*, 2.1.4.).

In verità, il giurista italiano ammette che il tasso di confessionismo di uno Stato è direttamente proporzionale al contributo pubblico alla o alle confessioni dominanti⁸¹, e si pone francamente il problema del *perché* lo Stato dovrebbe finanziare la religione (o le religioni, o alcune religioni) in luogo – dati certi vincoli di bilancio – di qualsiasi altra attività o settore⁸²; del *perché* – in altri termini – *lo Stato dovrebbe sostenere la domanda di (determinati) beni religiosi da parte dei cittadini*. La risposta al quesito, osserva Vegas, può essere data solo da una analisi delle scelte politiche che si pone su un piano diverso dall'analisi economica del diritto⁸³.

⁸¹ Cfr. G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. 59 e 64-66.

⁸² Cfr. G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. 57.

⁸³ «Posto che, per lo Stato, tutti i bisogni dei cittadini hanno la



2.4.2. *I modelli di finanziamento*

Questa analisi passa attraverso la considerazione dei tre principali modelli di finanziamento statale alla confessioni: finanziamento diretto alle chiese; finanziamento indiretto, tramite le chiese, di quella parte di cittadini/elettori che ne sono seguaci o che desiderano trasferire ad esse una maggiore quantità di risorse pubbliche; finanziamento di servizi di carattere pubblico svolti dalle chiese⁸⁴.

Il primo modello non presenta particolari problematiche tecniche.

Il secondo modello può essere riguardato come una pratica di creazione del consenso politico e più specificamente, in regime democratico, di consenso elettorale. In base ad esso, con l'erogazione di

medesima considerazione giuridica e atteso che l'ordine del loro soddisfacimento per mezzo di una spesa pubblica non dipende dalla loro natura di bisogno primario o meno, la decisione di finanziare con il pubblico denaro un bisogno piuttosto che un altro dipende da una scelta operata dai pubblici poteri che è adottata con un meccanismo di carattere politico, ancorché atto a dispiegare effetti giuridici ed economici. La decisione di spesa pubblica è, infatti, per sua natura, adottata da un organo politico – il sovrano, il governo, il parlamento – che sceglie secondo logica e motivazioni politiche fra le diverse destinazioni possibili. Se, dunque, un criterio economico può essere adottato per conferire una razionalità alle decisioni dei pubblici poteri – e se certamente l'analisi economica può portare a risultati teorici assai apprezzabili, che tuttavia presuppongono un diverso approccio alla materia – l'analisi delle scelte politiche offre il solo strumento che consente di discernere i motivi in base ai quali un interesse diffuso nella cittadinanza si trasforma in pubblico e giustifica una spesa»: G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., pp. 57-58.

⁸⁴ Cfr. G. VEGAS, *Premesse alla considerazione economica di alcune questioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 539; ID., *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. ***



finanziamenti pubblici a una determinata confessione, i soggetti in grado di determinare le scelte collettive «pagano» i suffragi dei cittadini i cui bisogni religiosi sono sufficientemente prioritari da determinarne il comportamento elettorale. A seconda della distribuzione delle preferenze religiose presso l'elettorato verrà individuato il punto massimo di spesa «religiosa» oltre il quale non si ottengono nuovi consensi elettorali; correlativamente, vi è un punto minimo al di sotto del quale qualsiasi governo non dovrebbe far scendere la spesa «religiosa», pena la perdita di voti. Esempificato con riguardo alla Chiesa cattolica in Italia, il meccanismo presenta un «gioco» tra i livelli massimi e minimi di spesa, dipendente dalle preferenze confessionali del partito o dei partiti che assumono le decisioni⁸⁵, che – afferma Vegas – ha trovato il suo punto di equilibrio nella l. n. 222 del 1985⁸⁶.

In base al terzo modello, infine, lo Stato avrà convenienza a far svolgere alla confessione un servizio pubblico sussidiato, piuttosto che svolgerlo direttamente, quando l'entità del trasferimento finanziario sia inferiore o

⁸⁵ Bisognerebbe verificare in che misura questa ricostruzione dipende dal presupposto di un sistema elettorale proporzionale quasi «perfetto», come quello vigente in Italia nel momento in cui Vegas elaborava la sua teoria (e ripristinato da poco con l. 21 dicembre n. 270 del 2005). In un sistema elettorale (anche solo parzialmente) maggioritario, in cui i consensi «clericali» sono dislocati presso quel «centro» dell'arena politica che è decisivo per conseguire la maggioranza dei seggi, è infatti verosimile che il valore marginale di questi consensi sia ancora superiore. Le valutazioni di Vegas sui sistemi elettorali, e in particolare su quello che ha eletto l'ultimo Parlamento, sono consegnate al volume G. VEGAS, *Il nuovo sistema elettorale. Un proporzionale a maggioranza garantita*, Mondadori, Milano, 2006.

⁸⁶ G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. ***.



uguale al presumibile costo di gestione del servizio pubblico. «Se invece il costo del servizio sussidiato fosse superiore, allora il mantenimento di tale servizio denoterebbe il desiderio di finanziare indirettamente la Chiesa, mediante un trasferimento di risorse, nominalmente imputato come costo di un servizio pubblico»⁸⁷.

I servizi prestati dalla confessione – precisa Vegas – possono essere distinti nella categoria dei servizi offerti in regime di concorrenza con lo Stato e con i privati, come per esempio l'assistenza (sanitaria e no), la beneficenza, l'istruzione, e in quella dei servizi offerti in esclusiva (date le caratteristiche spiccatamente spirituali dei servizi stessi), quale tipicamente l'assistenza spirituale all'interno di determinate strutture o la cura d'anime in generale. In rapporto a questi ultimi servizi, secondo l'autore, la confessione si comporterebbe «come un monopolista o un quasi-monopolista»⁸⁸, affermazione che sembra discutibile in linea di principio, perché si direbbe assumere che sul mercato religioso la domanda sia del tutto rigida, non considerando che essa può invece spostarsi da una confessione all'altra, e farlo tanto più facilmente quanto più i poteri pubblici garantiscono la libertà del mercato. La singola confessione non opererebbe allora «come un monopolista o un quasi-monopolista», per il semplice fatto che dovrebbe competere, in regime di concorrenza più o meno perfetta, con altre confessioni produttrici di prodotti spirituali, ed anche, in parte, con altri soggetti produttori di beni simili con cui il bene religioso possa essere surrogato (peraltro, come si è notato *supra* in 2.3., è probabile che, proprio a causa del suo riduzionismo, il

⁸⁷ G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. 63.

⁸⁸ G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., p. ***



modello di Vegas sia più appropriato a cogliere le peculiarità del mercato religioso europeo e italiano in particolare).

Nel caso in cui, fornendo beni non tipicamente religiosi, la confessione opera in regime di concorrenza – prosegue Vegas – esiste un riscontro di carattere economico alla convenienza dello Stato a sussidiare un ente ecclesiastico (per esempio il costo di una giornata di degenza in ospedale o il costo annuo della formazione di uno studente). Ne consegue che, a parità di servizio, se questo è svolto da privati, lo Stato dovrebbe finanziare l'operatore che chiede il sussidio più basso; se invece il servizio è svolto anche dall'ente pubblico, il sussidio dovrebbe essere accordato solo ove l'onere del finanziamento fosse inferiore a quello della gestione diretta da parte del settore pubblico. Resta inoltre da valutare a parte la qualità del servizio svolta dal privato, che potrebbe essere diversa se ispirata a motivi ideali o dal semplice profitto.

Nel caso in cui la confessione è produttore esclusivo dei servizi, Vegas distingue tre ulteriori ipotesi corrispondenti a diversi gradi di confessionalità dello Stato. Nella prima (grado elevato di confessionalità) lo Stato si comporta come il consumatore in regime di monopolio, per cui, una volta accettato di acquistare il servizio (per esempio la cura d'anime per la popolazione del territorio) sarà costretto a pagare il prezzo stabilito dal venditore e ad accontentarsi della quantità e qualità stabilita da questi. Nella seconda (minor grado di confessionalità: mercato in regime di concorrenza imperfetta) lo Stato si comporta come il consumatore in regime di monopsonio, per cui avrà il potere contrattuale di fissare il prezzo. La terza ipotesi è che ci si trovi in una situazione di libero mercato



in cui prezzo e quantità del bene sono determinati dall'incontro della domanda con l'offerta, ma Vegas soggiunge immediatamente che tale ipotesi è poco realistica sul mercato italiano dei beni religiosi, in quanto, nonostante la presenza di confessioni religiose minoritarie e di fedeli che acquistano servizi religiosi *uti singuli*, le une e gli altri non hanno una massa critica sufficiente per influire sul mercato nel senso di spostarlo verso un regime di concorrenza. Secondo Vegas, il sistema di finanziamento delle confessioni operante in Italia dopo la l. 222 del 1985 avrebbe, innovativamente, reso possibile un sistema di monopolio del consumatore, in quanto, a fronte di una domanda di servizi religiosi stabile nel breve periodo, il meccanismo di devoluzione dell'8% dell'imposta personale sul reddito consente allo Stato di determinare unilateralmente il prezzo del servizio sulla base del numero dei cittadini che lo richiedono⁸⁹.

L'impostazione di Vegas è stata criticata in quanto sembra supporre «... che la legge mercantile della domanda e dell'offerta possa utilizzarsi come unico modello esplicativo delle scelte pubbliche afferenti ai beni spirituali, quasi che davvero la domanda religiosa sia da considerare una variabile dipendente dagli investimenti in denaro volti ad incentivarla, o quasi che il tasso di religiosità reale sia desumibile solo dalla massa di ricchezze destinate a fini di religione»⁹⁰. Questa critica, per un verso, sembra opponibile a tutta l'EAL applicata alla Religione se utilizzata come prospettiva esclusiva, per altro verso può essere mossa anche all'EAR (*supra*, 2.3.), la quale, tuttavia, consapevole di tale riduzionismo, cerca di

⁸⁹ G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, cit., pp. 65-66.

⁹⁰ S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 28-29,



compensarlo con adeguati correttivi, specialmente nelle versioni più recenti⁹¹.

2.4.3. *Qualche osservazione sul rapporto tra l'Analisi Economica del Diritto Ecclesiastico «american style» e quella «all'italiana»*

Le differenze tra le applicazioni al Diritto Ecclesiastico dell'EAL «originale» *made in USA* e il principale dichiarato tentativo di emularne i metodi in un contesto socio-culturale e ordinamentale italiano ed europeo sembrano evidenti e di non poco conto.

Gli *economic lawyers* americani, che pure si pongono in via di principio il problema se un sistema a chiesa dominante non sia maggiormente efficiente rispetto a una rigorosa separazione tra Stato e confessioni nel conseguire determinati obiettivi considerati desiderabili (economie di bilancio, sicurezza, omogeneità culturale), concentrano i loro sforzi nella ricerca delle tecniche maggiormente idonee ad aumentare il tasso di neutralità del sistema, ovvero nell'individuazione delle condizioni in cui un eccezionale intervento pubblico nel mercato religioso è giustificabile. Certamente, questo atteggiamento è propiziato dalle *religion clauses* della Costituzione americana, ma si direbbe radicare più in profondità nella condivisione da parte degli studiosi – *conservative* o *liberals* che siano – dei valori di uguaglianza formale tra le

⁹¹ Per una valutazione equilibratamente critica dell'EAR, che mette in guardia contro l'assolutizzazione del paradigma economico-mercantile, apprezzandone l'utilità ove inserito in un più ampio strumentario approntato dalla sociologia religiosa, cfr. P. LUCA TROMBETTA, *Il bricolage religioso*, cit., specialmente pp. 53-67, con l'indicazione di ulteriore letteratura.



diverse opzioni ideali, religiose e non religiose, propri di una cultura rispecchiata, prima ancora che determinata, dal First Amendment.

Non si può dire esattamente lo stesso di Vegas, il cui interesse principale non sembra davvero essere la ricerca della maggiore neutralità del sistema, ma che, nel solco di un certo realismo della scuola italiana di scienza delle finanze, offre una lettura molto concreta delle tecniche con cui il potere politico persegue l'autoconservazione tramite il finanziamento delle confessioni religiose, prescindendo largamente da eventuali vincoli costituzionali in proposito. Questi ultimi, in effetti, potrebbero essere compendati nel principio di laicità, che annovera tra le basi testuali, in particolare, l'eguale libertà delle confessioni religiose di cui all'art. 8, primo comma della Carta fondamentale, e ha tra i propri corollari la neutralità dei poteri pubblici verso le diverse comunità di fede; essi ben potrebbero fondare e promuovere una riduzione del tasso di confessionalità dell'ordinamento mediante molte delle tecniche proposte dai giuristi americani sui presupposti (filosofici, ideologici, economici, e finalmente costituzionali) del libero mercato delle idee, religiose e non⁹².

La critica più grave che può muoversi a Vegas, dunque, è che l'autore non sembra condividere i presupposti liberali e antimonopolisti dei teorici nordamericani cui dichiara di ispirarsi, in quanto finisce per legittimare lo status quo di quasi-monopolio della Chiesa cattolica in Italia. Si potrebbe dire di lui ciò che disse Pio XI del governo fascista all'indomani della stipula dei Patti

⁹² Tra l'altro, il ricorso alla metafora mercantile della libera concorrenza delle idee è proprio della più autorevole dottrina costituzionalistica per illustrare l'idea di Pluralismo: *infra*, ***.



Lateranensi: «che non aveva le preoccupazioni della scuola liberale»⁹³.

Giuseppe Vegas ha avuto in sorte un privilegio raramente concesso ai filosofi, quello di diventare Legislatore e di potere così mettere in pratica le proprie teorie⁹⁴. La politica di diritto tributario posta in essere con il suo contributo durante la XIV legislatura della Repubblica (2001-2006) sembra piuttosto coerente con le idee del privato dottore circa la finalizzazione alla creazione del consenso elettorale del finanziamento pubblico alle confessioni religiose⁹⁵.

2.4.4. Le evidenze di un'analisi empirica comparativa ad ampio raggio

È forse possibile inquadrare all'interno di un'unica,

⁹³ Discorso del 13 febbraio 1929 ai professori e agli allievi dell'Università cattolica del Sacro Cuore.

⁹⁴ Viceministro dell'Economia nei Governi Berlusconi della XIV legislatura.

Seppure in misura forse inferiore e in modo sicuramente diverso deve peraltro notarsi che anche gli *economic lawyers* americani Posner, McConnell e Calabresi hanno avuto accesso a questo privilegio in qualità di giudici in un sistema di *common law*, ove le innovazioni giurisprudenziali assumono portata normativa. A riprova dell'incidenza della funzione giurisdizionale sulla politica del diritto (in generale e in particolare di quello) ecclesiastico, può ricordarsi che, in occasione della conferma all'ufficio di giudice del 10° circuito d'Appello, Michael W. McConnell ha subito una campagna da parte dell'associazione *People For the American Way*, che ha prodotto un report (September 17, 2002) in cui le sue posizioni a proposito del Primo Emendamento e ... sono specificamente indicate e contestate.

⁹⁵ Per una prima valutazione cfr. N. FIORITA, *Enti ecclesiastici ed agevolazioni fiscali: brevi note su alcuni recenti provvedimenti governativi*, in www.olir.it.



seppure ampia, cornice, molti degli elementi offerti dai diversi «stili» di analisi economica della religione, in Diritto e in Sociologia, negli Stati Uniti e in Europa, sopra presentati. Recenti ricerche hanno infatti messo alla prova dei dati statistici le dottrine di ispirazione economica relative alla regolazione pubblica del fatto religioso, rielaborando rilevazioni quantitative che abbracciano tipi di ordinamento molto diversi in tutto il mondo – non solo dunque le due sponde dell’Atlantico, ma anche paesi non occidentali –. L’ampio raggio della rilevazione dovrebbe essere tale da immunizzare, verosimilmente, contro i pericoli di considerare universali regolarità in realtà circoscritte a certi ambiti locali-culturali (sebbene delle dimensioni di un continente). Tra questi studi sembra di particolare interesse quello, intitolato *Church and State: An Economics Analysis* (2004), condotto dal giurista di scuola harvardiana Keith Hylton in collaborazione con gli economisti Yulia Rodionova e Fei Deng nell’ambito del *Law and Economics Workshop* della Law School presso l’Università del Michigan⁹⁶. Tale ricerca si propone di seguire un approccio complementare rispetto a quello, incentrato sul problema di circoscrivere la definizione di interferenza, adottato da MacConnell & Posner nel loro articolo seminariale del 1989, pur condividendone l’idea di partenza che qualsiasi regola giuridica può potenzialmente interferire con la libertà religiosa (*supra*, 2.1.2.). Lo scopo dell’indagine è di verificare piuttosto gli effetti conseguenti in concreto a diversi tipi di regolazione pubblica della religione (al di là dell’intento dichiarato,

⁹⁶ K. HYLTON, Y. RODIONOVA, F. DENG, *Church and State: An Economic Analysis*, December 9, 2004, <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers/Fall%202004/hylton.pdf>.



nelle democrazie liberali, di proteggere la libertà di credenza e di espressione).

Essa muove da due ipotesi di Adam Smith.

La prima – punto di partenza comune di tutte le recenti analisi economiche della religione – è che la religione sia una risposta razionale ai bisogni reali del consumatore e non una serie di comportamenti dettati da preferenze arbitrarie.

La seconda – più trascurata negli studi contemporanei di *Economics & Religion* – è l'esistenza di un rapporto tra regolazione statale della religione e corruzione. Questo rapporto sarebbe di proporzionalità diretta perché una istituzione religiosa può trarre grandi benefici dall'influenzare il potere statale di tassare e disciplinare le istituzioni concorrenti e di convogliare sussidi nella propria direzione: può interdire l'accesso a nuove religioni e bandire quelle antagoniste già esistenti, e farsi sovvenzionare con le tasse di tutti i cittadini. Tassare e regolamentare le istituzioni religiose rivali per nessuna altra ragione che limitare la loro diffusione è però costoso per la società. La politica di regolazione riduce infatti le dimensioni e la varietà del mercato religioso, diminuendo la ricchezza sociale allo stesso modo della tassazione di un mercato in qualsiasi altro campo. Inoltre, questa politica crea interessi di gruppo, in particolare i beneficiari del prelievo fiscale e le istituzioni religiose favorite, che hanno incentivo a mettere in opera attività di lobbying per la propria conservazione. Il detentore del potere legislativo, dal canto suo, avendo interesse a perpetuare la propria permanenza al potere, sarà proclive ad ottenere l'appoggio dell'istituzione religiosa influente sui propri aderenti, e a tal fine le attribuirà quei benefici che siano i più vantaggiosi per l'istituzione religiosa e i meno costosi



per se stesso. Pertanto, se la chiesa dominante domanderà sussidi dallo Stato e restrizioni e tasse per le confessioni concorrenti, il legislatore preferirà concedere quei benefici che aumentano o riducono al minimo la sua capacità di restare al potere. Le tasse e la disciplina più onerosa, dunque, verranno imposte ai gruppi religiosi rivali che si oppongono o minacciano di opporsi al legislatore. «Once this general plan of church-state relation put into effect, there are few limits if any on the degree to which government process can be corrupted»⁹⁷.

Sulla base di tali presupposti la ricerca esamina l'effetto che la regolazione pubblica della religione determina sulla corruzione, sulla crescita economica e sulla disuguaglianza. Le attività regolatorie sono sintetizzate da un insieme di variabili che misurano sussidi, tasse e regolamentazioni statali relativamente alle pratiche e alle istituzioni religiose. Le variabili considerate riguardano non solo il rapporto Stato-Chiesa (esistenza di una religione riconosciuta a livello costituzionale; esistenza di leggi e pratiche che favoriscono la religione o pongono oneri a suo carico, censite secondo tecniche disaggreganti) ma anche altri parametri (tipo di sistema economico; dimensioni del settore pubblico; tipo di ordinamento giuridico; tasso di democrazia; percentuale di cattolici e di musulmani).

In esito all'analisi sistematica dei dati statistici disponibili, gli autori hanno trovato che questi sono interpolabili dalle seguenti regolarità:

- le normative pubbliche («laws») e le prassi amministrative («practices») che *pongono oneri a carico* della religione determinano un aumento della *corruzione*

⁹⁷ K. HYLTON, Y. RODIONOVA, F. DENG, *Church and State*, cit., p. 8.



nell'ambito di un sistema-paese;

- le normative pubbliche e le prassi amministrative che *sussidiano* la religione non sembrano invece sortire tale effetto;

- le normative pubbliche e le prassi amministrative che *pongono oneri a carico* della religione riducono lo *sviluppo economico*;

- le normative pubbliche e le prassi amministrative che *sussidiano* la religione favoriscono lo *sviluppo economico*;

- le normative pubbliche che *pongono oneri a carico* della religione determinano un aumento della *disuguaglianza*;

- le prassi amministrative che *pongono oneri a carico* della religione, come pure sia le normative pubbliche sia le prassi amministrative in *sussidio* della religione non sembrano avere un significativo influsso sulla *(dis)uguaglianza*.

Questi risultati – osservano gli studiosi – suggeriscono che la regolazione statale del fenomeno religioso e la soppressione delle attività religiose promuovono la corruzione con conseguenze negative per lo sviluppo e per la disuguaglianza⁹⁸.

3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma

Poiché alla Chicago School si deve non solo una «teoria generale» – ancorché *in progress* – del diritto profano relativo al fenomeno religioso, ma anche la più ampia analisi di singole questioni, ci si rifarà in via principale agli autori di questa corrente per illustrare l'applicazione del paradigma economico a specifici temi ecclesiasticistici.

⁹⁸ K. HYLTON, Y. RODIONOVA, F. DENG, *Church and State*, cit., p. 23.



3.1. *Discipline di diritto comune e libertà religiosa*

Nella loro «teoria generale» del Diritto Ecclesiastico secondo l'approccio economico, McConnell & Posner avevano enucleato tre criteri perché l'intervento pubblico in materia religiosa possa dirsi neutrale: 1) minimizzazione degli effetti e strumentalità necessaria per conseguire una finalità pubblica; 2) ammissione di trattamenti differenziati solo nella misura in cui si debbano soddisfare i requisiti *sub* 1); 3) esclusione dalla finalità pubblica di effetti, fossero pure secolari, conseguenti all'adozione o al ripudio di una fede (*supra*, 2.1.2.). I criteri – notano gli autori – collimano perfettamente con la regola seguita dalla Corte Suprema per cui i poteri pubblici non possono imporre oneri su una pratica religiosa a meno che ciò non sia giustificato da un «compelling governmental purpose», ricorrente quando nessun mezzo meno restrittivo della libertà religiosa conseguirebbe quello scopo. Questa regola costituisce una lettura della Free Exercise Clause che ne fa l'immagine speculare della Establishment Clause; considerate nella prospettiva della neutralità, insieme conciliano la funzione regolatrice del mercato riservata al potere pubblico e la garanzia della scelta privata nel mercato religioso. Date queste premesse, appare chiaro come le istituzioni religiose e le condotte religiosamente motivate possono essere regolate dallo Stato – purché non siano selezionate sulla base della religione in generale, o di una specifica religione – per essere sottoposte a speciali regolamentazioni o oneri. Quel che più importa, risulta illegittimo disciplinare le comunità religiose e le condotte religiosamente motivate, anche in base a criteri formalmente neutrali, in modi che abbiano un impatto



sostanzialmente maggiore sulla pratica religiosa che su altre attività. Una regolamentazione, infatti, non sarebbe neutrale in senso economico se, quale che sia il suo scopo ordinario o la sua intenzione, imponesse arbitrariamente costi maggiori ad attività religiose rispetto ad altre attività, non religiose, comparabili⁹⁹.

3.1.1. *Il giorno di riposo settimanale obbligatorio*

Il caso paradigmatico per considerare l'ammissibilità di eccezioni a discipline generali dettate dalla *free exercise clause* è offerto, nell'analisi di McConnell & Posner, dalla situazione in cui può trovarsi un soggetto la cui fede religiosa gli impone di osservare l'astensione dall'attività lavorativa in un giorno diverso da quello ordinariamente fissato dalle leggi statali per il riposo settimanale. Gli autori analizzano in particolare *Sherbert vs. Verner*, in cui una lavoratrice disoccupata appartenente alla Chiesa Avventista del Settimo Giorno si vide negare il sussidio di disoccupazione perché, in base a una legge statale che esclude dai sussidi di disoccupazione coloro che rifiutano senza giusta causa un'adeguata offerta di lavoro, aveva rifiutato l'offerta di un'impresa che non le avrebbe permesso di astenersi dal lavoro il sabato invece della domenica¹⁰⁰. Giunta la questione innanzi alla Corte Suprema, quest'ultima ritenne che la legge statale non poteva escludere dai sussidi di disoccupazione una persona a motivo della sua indisponibilità al lavoro per

⁹⁹ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 33-34.

¹⁰⁰ 374 US 398 (1963). L'opinione della Corte, insieme con le opinioni dissenzienti, è riportata e annotata in F.S. RAVITCH, *Law and Religion, A Reader*, cit., pp. 527 e ss.



motivi religiosi, in quanto ciò avrebbe significato imporre una «tassa» sull'obbedienza ai principi religiosi.

Ammessa con riserva l'idea che il diniego del sussidio di disoccupazione possa considerarsi una tassa sulla religione, McConnell & Posner osservano come gli scrupoli religiosi non siano l'unica ragione per cui una persona potrebbe essere considerata legittimamente impedita a lavorare di sabato. Sembrano infatti altrettanto meritevoli di considerazione ragioni morali (come per esempio la necessità di occuparsi, durante la fine settimana, di genitori anziani), ragioni personali (come per esempio recarsi alla partita di baseball), ragioni politiche (come per esempio il non voler lavorare per una fabbrica di armi). A seguire il ragionamento della Corte, rifiutare il sussidio di disoccupazione a chi invocasse simili ragioni per non accettare un'offerta di lavoro che impedisse di soddisfare questi interessi costituirebbe una tassa su ciascuna delle attività incompatibili (la cura degli anziani, l'assistere alla partita, l'avere convinzioni politiche). Ci si deve dunque porre il problema di stabilire per quali motivi la religione dovrebbe essere l'unica area immune dalla «pressione fiscale». In questo caso, come si vedrà *infra* anche in riferimento all'erogazione di sussidi pubblici agli enti confessionali, la questione di fondo è quella di individuare quale sia il punto di riferimento da assumere per poter considerare l'esclusione da un sussidio o l'attribuzione di esso *neutrale* rispetto alla religione.

McConnell & Posner notano come in *Sherbert v. Verner* l'opinione di maggioranza della Corte ritenga implicitamente che questa linea di base sia la gamma di decisioni di fronte a cui si trova *l'individuo toccato dall'azione*; questo approccio potrebbe essere chiamato «incentive neutrality». In tale prospettiva, la funzione



della *free exercise clause* è rimuovere i disincentivi pubblici alla scelta religiosa. Al contrario, il diniego di sussidi «costringe a scegliere» tra seguire i precetti della propria religione e mettersi nelle condizioni di avere i requisiti per ottenere il sussidio. L'eccezione alla disciplina di diritto comune nel caso di specie appare allora giustificata perché il soggetto si trovava di fronte a un incentivo economico a violare la propria religione che non ci sarebbe stato se non vi fosse stato alcun sistema di sussidi alla disoccupazione. L'opinione di minoranza allegata alla decisione, invece, prende come riferimento l'intero spettro di motivazioni per agire *prescindendo dal singolo individuo*; questo approccio potrebbe essere chiamato «category neutrality». Secondo questa prospettiva, la *free exercise clause* vuole assicurare che il governo tratti le scelte religiose allo stesso modo in cui tratta altre categorie di credenza, preferenza e motivazione.

È impossibile conseguire allo stesso tempo la «incentive neutrality» e la «category neutrality», notano McConnell & Posner. La prima presuppone che l'imposizione di oneri sulla religione da parte dei poteri pubblici debba essere trattata in modo diverso dall'imposizione di oneri su altre categorie di credenze, motivazioni o preferenze. La seconda affida ai poteri pubblici la stessa discrezionalità di creare incentivi e disincentivi all'attività religiosa di quella che ha rispetto ad altre scelte, purché, ovviamente, ciò non discrimini la religione. Pertanto, perseguire entrambi i tipi di neutralità costringerebbe in una camicia di forza la discrezionalità del potere pubblico nel differenziare i trattamenti sulla base di criteri chiaramente rilevanti. Nel caso dei sussidi di disoccupazione, per continuare a rifarsi a questo esempio, il potere pubblico sarebbe richiesto di trattare la scelta religiosa né più né meno favorevolmente



di altre forme di scelta individuale (dall'ozio all'assistere agli incontri sportivi, alle responsabilità familiari). Esso non potrebbe riservare i sussidi a coloro che desiderano lavorare: la «incentive neutrality» richiederebbe un'eccezione per ragioni religiose, mentre la «category neutrality» proibirebbe una maggiore sollecitudine per la religione rispetto ad altre cause di giustificazione, compresa la preferenza per il tempo libero piuttosto che per il lavoro¹⁰¹.

McConnell & Posner elaborano un test economico per scoprire le violazioni della *free exercise clause* che sembra bene illustrare, pure nella versione sintetizzata di seguito proposta, il grado di sofisticazione della loro analisi¹⁰².

L'onere sul libero esercizio della religione è determinato dall'effetto-sostituzione e dall'effetto-onere-sproporzionato.

L'azione governativa crea incentivi per il credente a sostituire totalmente l'attività religiosa con un'attività secolare concorrente. Se il credente compie la sostituzione totale, può evitare gran parte o tutto l'onere sproporzionato. Un onere sul libero esercizio della religione può allora assumere le forme o di una rinuncia alla propria pratica religiosa o dell'assunzione di un onere più pesante di quello a carico degli altri consociati. Nel caso estremo di coercizione assoluta, al credente è impedito di esercitare la propria religione del tutto: egli non ha scelta e l'onere sproporzionato che gli viene imposto è quello del divieto di esercitare liberamente la religione.

¹⁰¹ Cfr. M.W. McCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 35-38.

¹⁰² Cfr. M.W. McCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 38-39.



Sia l'effetto-sostituzione che quello onere-sproporzionato sono individuabili nella disciplina censurata dalla Corte Suprema in *Sherbert*, con conseguente bocciatura al test economico della *free exercise clause*. La lavoratrice era infatti posta davanti all'alternativa tra dichiarare la sua disponibilità a lavorare di sabato e conseguire così il sussidio, e dichiarare la sua indisponibilità perdendo il diritto al sussidio: questo è un evidente effetto sostituzione. Il profilo dell'onere sproporzionato può essere ricostruito in altro modo. Durante il periodo di occupazione, la lavoratrice versava contributi al fondo assicurativo erogatore dei sussidi di disoccupazione. I termini della «polizza di assicurazione» non avevano tuttavia valore per lei, giacché per essere in condizione di ricevere i sussidi di disoccupazione avrebbe dovuto accettare di lavorare il sabato. I fedeli della Chiesa Avventista del Settimo Giorno sarebbero stati tassati per un beneficio del quale non avrebbero potuto godere (un caso simile e più chiaro è quello in cui i cittadini appartenenti alla comunità Amish sono chiamati a pagare le tasse della sicurezza sociale benché a causa della loro fede non possano profittare dei benefici di essa). Può inoltre immaginarsi che concedendo alla lavoratrice avventista i sussidi di disoccupazione altri lavoratori sarebbero costretti ad accollarsi una quota sproporzionata del carico del sistema di sicurezza sociale. Infatti costoro pagherebbero per un rischio supplementare, quello che l'attività lavorativa di un soggetto sia inutilizzabile per motivi religiosi, che essi non corrono. La legge statale censurata dalla Corte Suprema escludeva dalla copertura assicurativa il «rischio religioso», ciò che evitava di addossare i costi supplementari legati a una particolare credenza a chi quella credenza non condivide; una



soluzione alternativa, seppure sgradevole, in grado di garantire un'equa distribuzione dei costi, sarebbe quella di accollare un premio assicurativo superiore agli appartenenti alla religione i cui precetti determinano il rischio¹⁰³.

La problematica della regolamentazione generale del riposo settimanale è, come si vede, complessa, e un suo ulteriore aspetto si presenta a sua volta complesso e di non immediata soluzione. Si consideri il caso – propongono McConnell e Posner – di un commerciante che per motivi religiosi rifiuta di rispettare la legge statale facente obbligo agli esercizi commerciali di essere aperti il sabato e di chiudere la domenica. Si comparino poi le alternative di fronte al commerciante nell'ipotesi in cui non vi fosse alcuna legge sull'apertura obbligatoria dei negozi: il commerciante rispettoso del riposo sabbatico terrebbe il negozio aperto sei giorni alla settimana, mentre i suoi concorrenti resterebbero aperti sette giorni su sette, assumendo l'onere di minori introiti. In presenza di una legge sulla chiusura obbligatoria domenicale, invece, il negoziante religioso terrebbe aperto l'esercizio solo cinque giorni alla settimana, contro i sei giorni dei suoi concorrenti: i suoi introiti saranno dunque i 5/6 di quelli dei suoi concorrenti (non considerando che nella giornata di sabato il giro d'affari può essere mediamente minore o maggiore a seconda dei settori commerciali). La legge generale aumenterebbe allora la pressione sul commerciante a violare il riposo sabbatico, ma solo di un piccolo ammontare, la differenza cioè tra 6/7 e 5/6. La maggior parte della pressione economica esisterebbe sia che esista sia che non esista una legislazione generale sulla

¹⁰³ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 39-41.



chiusura domenicale.

Si compari quest'onere con il vantaggio che il commerciante avrebbe se coloro che osservano il sabato fossero esentati dalla legge che impone di chiudere i negozi la domenica. Il negozio rimarrebbe aperto sei giorni su sette come quelli dei concorrenti, ma potrebbe lucrare il vantaggio di essere aperto la domenica, quando la maggior parte dei concorrenti sono chiusi. Così, riconoscendo un'eccezione, giustificata dal libero esercizio della religione, all'obbligo di chiusura domenicale, coloro che si dichiarano vincolati al rispetto del sabato otterrebbero un beneficio maggiore di quello che conseguirebbero in assenza di una legge sulla chiusura domenicale obbligatoria. Se la regola costituzionale è che si possono concedere esenzioni per motivi religiosi solo nella misura in cui alleggeriscano gli oneri esterni gravanti sulla religione, e non per dare ai credenti vantaggi sui non credenti, allora l'ipotesi considerata cade esattamente a metà strada tra queste due esigenze, senza potere soddisfare né l'una né l'altra¹⁰⁴.

3.1.2. *Simboli religiosi nello spazio pubblico*

Un'analisi economica (breve ma completa, e inserita in un coerente quadro teorico) dei simboli religiosi nello spazio pubblico è offerta da un altro Posner appartenente alla Chicago School, Eric A., nell'ambito di un saggio dedicato a *The Legal Regulation of Religious Groups*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 41-42. Il caso reale da cui prende spunto la disamina è *Braunfeld vs. Brawn*, 366 US 599 (1961).

¹⁰⁵ E.A. POSNER, *The Legal Regulation of Religious Groups*, in *Legal Theory*, 2 (1996), pp. 33-62. All'autore si deve anche uno studio di più



L'autore osserva in primo luogo come l'esibizione in pubblico di simboli religiosi (come per esempio presepi, alberi di Natale, candelabri ebraici) costituisca un sostegno simbolico («symbolic support») ai gruppi religiosi da parte dello Stato. Effetto della pubblica esibizione di simboli religiosi da parte di un gruppo religioso è per un verso quello di far diminuire la solidarietà interna al gruppo, in quanto i suoi componenti possono ottenere il soddisfacimento dei loro bisogni spirituali nello spazio pubblico; ma per un altro verso quello di promuoverne la solidarietà, in quanto la pubblica esibizione fa aumentare la credibilità delle rivendicazioni dei capi del gruppo. Infatti – rileva Eric Posner – osservare una croce campeggiante nello spazio pubblico non comporta una particolare soddisfazione spirituale, ma è utile piuttosto per ricordare a tutti che molti sono cristiani. Nel caso di un gruppo religioso che rifiuta l'esibizione pubblica di simboli, l'esibizione promuove la solidarietà interna, in quanto conferma la corruzione della società secolare o dominante rifiutata dai membri, ma al tempo stesso fa diminuire, in quanto indebolisce, la credibilità delle pretese di cui si fanno portavoce i capi del gruppo. Poiché i membri delle sette più radicali rifiutano la società, mentre quelli delle confessioni più moderate cercano di addivenire con essa a una sorta di *modus vivendi*, l'esposizione pubblica di simboli può indebolire le confessioni più moderate e contemporaneamente rafforzare quelle più estremiste. Se le credenze religiose dei cittadini di uno stato sono già eterogenee, l'esposizione pubblica di simboli può polarizzare la società lungo linee religiose, rafforzando al contempo la

ampio raggio, *Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law*, in *Journal of Legal Studies*, 27 (1998), pp. 765 e ss.



solidarietà interna ai gruppi che sopravvivono alla polarizzazione.

3.1.3. *Regole di abbigliamento*

Anche determinati capi di abbigliamento, o accessori, o altri profili dell'aspetto esteriore della persona (capelli acconciati in un determinato modo o rasati, barba, tatuaggi eccetera) hanno una indubbia valenza simbolica che si dispiega nello spazio pubblico in cui sono presenti. La problematica che essi suscitano sembra però afferire più direttamente alla libertà individuale del portatore (salvo i casi in cui questi sia anche investito di una funzione pubblica).

La questione più comune in proposito si presenta nei termini di un onere imposto alla generalità dei soggetti che risulta particolarmente costoso ad alcuni a causa delle loro credenze religiose. Per esempio la regola che proibisce di calzare copricapo durante gli incontri di basket, la cui ratio principale è di impedire che un atleta possa scivolare su un berretto caduto sul parquet. Tale regola sarebbe eccessivamente onerosa per un giocatore ebreo ortodosso di sesso maschile, per il quale non coprirsi la testa è un'offesa a Dio: egli preferirebbe non giocare affatto piuttosto che giocare a capo scoperto. La regola è penalizzante per la religione in entrambi i sensi già illustrati *supra*: crea un disincentivo a seguire le pratiche religiose, e addossa un onere sproporzionato alle persone religiose, facendo loro pagare un costo più alto per la sicurezza rispetto agli altri giocatori. La possibile soluzione di simili casi dipende dalla consistenza dell'interesse pubblico: nella fattispecie è ben possibile un compromesso che accordi una deroga a condizione che lo



zuccotto sia saldamente assicurato alla testa del giocatore¹⁰⁶.

3.1.4. Strutture obbliganti

Talvolta l'onere sul libero esercizio della religione è determinato attraverso il controllo pubblico sulle necessità della pratica religiosa piuttosto che attraverso la regolamentazione legale. Per esempio, per permettere a un recluso di partecipare alla messa il governo deve provvedere un sacerdote e una cappella¹⁰⁷. Lo stesso dicasi per i militari dislocati in terre lontane. In tali ipotesi, l'inadempienza del governo nell'assumere misure positive per rendere possibile la pratica religiosa sarebbe l'equivalente funzionale di una coercizione assoluta: il credente sarebbe obbligato ad abbandonare del tutto la pratica religiosa senza poterla sostituire con alcuna scelta alternativa, né avrebbe alternative al sopportare un onere sproporzionato¹⁰⁸.

3.1.5. Organizzazione interna delle istituzioni religiose

Nell'analisi di McConnell e Posner la questione del rapporto tra i poteri pubblici e l'organizzazione interna delle istituzioni religiose è considerata una variante dei modelli da loro elaborati in rapporto alle condotte individuali motivate religiosamente, interpretabile in base

¹⁰⁶ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 42-43.

¹⁰⁷ Cfr. in argomento F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, cit., pp. 97-102.

¹⁰⁸ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 43.



ai medesimi principi valevoli per quelle. In questa prospettiva teorica, determinate regolamentazioni, che sono particolarmente destabilizzanti per le organizzazioni religiose, possono indurre queste ultime ad alterare la loro condotta o struttura e imporranno in ogni caso alla religione dei costi sproporzionati rispetto a quelli di altre attività regolamentate. Si pensi ad esempio alla struttura gerarchica di una istituzione religiosa, molto diversa dal rapporto tra datore di lavoro e lavoratore: applicare il diritto comune può voler dire disarticolare l'autorità ecclesiastica dai fedeli che ne dipendono, e attribuire a costoro diritti e doveri incompatibili con la struttura religiosa, come nel caso della sindacalizzazione dei dipendenti di una scuola cattolica che vengono sottratti all'autorità del vescovo. In casi del genere, in cui l'onere sul libero esercizio della religione sembra abbastanza chiaro, si deve valutare se esista un irresistibile interesse pubblico («compelling government's interest») a pretermettere l'interesse al libero esercizio della religione¹⁰⁹.

Un'analisi più specifica e articolata delle ragioni economiche che possono indurre i poteri pubblici a interferire con le controversie interne ai gruppi religiosi è presentata da Eric Posner.

L'autore considera l'alternativa che si presenta ai giudici negli «ostracism cases» e negli «schism cases») – le due tipologie emergenti in proposito –: rimettere la risoluzione della controversia tra membri di un gruppo religioso o tra un membro e il gruppo agli organi di giustizia interna di quest'ultimo, ovvero decidere nel merito. Per dar conto dell'orientamento generale delle

¹⁰⁹ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 44-45.



corti statunitensi – proclivi a non apprestare tutela giuridica negli «ostracism cases» e a prestarla invece negli «schism cases» - Eric A. Posner assume che il rapporto che avvince i membri di un gruppo religioso sia assimilabile a quello che sorge dai «complex long-term contracts» e che i tribunali dovrebbero massimizzare il loro «ex ante value» proprio come massimizzano l'«ex ante value» dei contratti ordinari. Ciò comporta fornire i rimedi per le dispute tra i membri quando il poter fare affidamento sulla giustizia pubblica costituisce un incentivo *ex ante* a cooperare migliore della prospettiva di ricorrere a meccanismi privati di risoluzione delle dispute – cioè quando un giudice statale può accertare i fatti, interpretare le norme del gruppo, e applicare le sanzioni appropriate più efficacemente di quanto non possa fare il gruppo.

In linea di massima, il giudice statale difficilmente potrà disporre di informazioni su una controversia o su una regola del gruppo allo stesso modo del gruppo, perché quest'ultimo ha maggiori capacità di raccolta di informazioni e maggiore conoscenza delle proprie norme. Nel caso poi di controversia dal valore bagatellare, le sanzioni del gruppo saranno sufficienti a punire il trasgressore e a scoraggiare future violazioni. È quanto accade negli «ostracism cases», che oppongono un membro al gruppo. Poiché la capacità del gruppo di risolvere controversie è superiore a quella dei tribunali, questi dovrebbero rifiutare di decidere il merito del caso.

Tale schema, tuttavia, non viene seguito nella giurisprudenza quando il rispetto per le pratiche del gruppo incide profondamente la libertà personale garantita dalle norme statali. In tali casi emerge la tensione tra il rispetto per l'autonomia delle confessioni, che



richiederebbe la non interferenza, e l'esigenza di garantire la libertà di uscire da un gruppo coercitivo. La giurisprudenza che condanna il gruppo a rifondere i danni subiti dal fuoriuscito limitatamente al periodo successivo all'abbandono del gruppo, seppur suggestiva nel subordinare il controllo da parte del gruppo sull'individuo all'appartenenza volontaria di questo a quello, non è tuttavia congruente – osserva Eric Posner – con l'impostazione che vuole massimizzare il valore *ex ante* del gruppo religioso, in quanto qualsiasi limitazione delle sanzioni, precedenti o successive all'uscita dal gruppo, determina un «indistinguishable harm».

Quanto agli «schism cases», si possono ipotizzare due approcci estremi. In base al primo, il giudice statale dovrebbe considerare la controversia come un caso ordinario di inadempienza contrattuale e valutare il merito della pretesa. Tale approccio è problematico in quanto il giudice deve valutare le regole religiose, un compito rispetto al quale le sue competenze sono inferiori a quelle del gruppo. In base al secondo approccio le corti dovrebbero seguire il medesimo indirizzo adottato negli «ostracism cases» e rifiutarsi di intervenire. Ciò comporterebbe, in una fattispecie in cui le due parti in cui si è scisso un gruppo religioso controvertono per la proprietà di beni, una ripartizione degli stessi basata sul fatto compiuto, in quanto l'autolimitazione dell'autorità giurisdizionale statale porta ad attribuzioni arbitrarie senza alcuna contropartita.

Se la soluzione che propende per la non ingerenza negli «ostracism cases» e per l'ingerenza negli «schism cases» sembra plausibile – commenta Eric Posner – ciò è perché nei primi la solidarietà del gruppo rimane alta in rapporto al valore della defezione. L'istituzione persiste e può



risolvere la controversia con maggior competenza di un tribunale statale. Al contrario, negli «schism cases» la solidarietà del gruppo scende a zero. L'istituzione si dissolve e nel vuoto che si forma l'imperfetta autorità del giudice profano è preferibile a nessuna autorità, perché sembra improbabile che un gruppo desideri uno scisma per ottenere una decisione gratuita. Il livello ottimale di intervento giudiziario negli «schism cases», allora, cade in un punto tra questi due estremi: trattare la controversia come una causa contrattuale e rifiutarsi di intervenire¹¹⁰.

3.1.6. *Disciplina della sessualità*

Vi è una serie di problematiche relative all'aborto, alla contraccezione, all'oscenità, all'illegittimità della prole, all'omosessualità e ad altre pratiche o convinzioni che tendono – notano McConnell & Posner – ad offendere le persone religiose più di quelle non religiose, ma che, dalla prospettiva specifica del diritto costituzionale statunitense, non ricadono peraltro sotto le *religion clauses*. In parte, le decisioni su tali casi operano come una tassa su queste religioni, e alternativamente possono essere considerate come l'eliminazione di un sussidio, specialmente se i divieti legislativi erano stati pensati per rafforzare i valori religiosi¹¹¹. Si è già vista (*supra*, 2.1.4.), a proposito degli interventi pubblici sul mercato religioso, una esemplificazione di Posner relativa ai maggiori costi soggettivi di tipo incrementale gravanti sul cattolico «integrale» nell'ipotesi in cui venga rimosso dalla

¹¹⁰ Cfr. E.A. POSNER, *The Legal Regulation of Religious Groups*, cit., p. ***.

¹¹¹ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. ***.



legislazione statale un previgente divieto di vendita di contraccettivi.

3.1.6.1. *Poligamia*

Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema non rientra nel campo d'azione delle *religion clauses* neanche la problematica della poligamia¹¹², cui Posner ha dedicato apposita trattazione in uno dei suoi volumi più noti, *Sex and Reason*¹¹³, pubblicato nel 1992. Tale disamina offre più di un elemento meritevole di considerazione.

Posner aggredisce l'argomento osservando come a priori, dal punto di vista delle donne, la proibizione della poligamia sia priva di senso. Si tratta infatti di un istituto che aumenta la domanda di donne (evidentemente considerate in quanto merci), abbassa l'età media del matrimonio, e incrementa la percentuale delle donne coniugate. Certo, non tutte le donne – riconosce l'autore – aspirano a sposarsi giovani e a condividere un marito, ma si tratta pur sempre di una opzione in più tra le scelte di vita, e non vi è motivo di privarsene a priori. La proibizione della poligamia, inoltre, riduce la competizione tra gli uomini per le donne e di conseguenza il prezzo implicito o esplicito che una donna può chiedere per diventare moglie – eventualmente unica –. Questa analisi va integrata tenendo conto del fatto che in molte culture poligame una donna non può stipulare un matrimonio con la clausola della monogamia, limitazione

¹¹² *Reynolds vs. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

¹¹³ R.A. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge (Mass.) - London (England), Harvard University Press, 1992, First Harvard University Press Paperback Edition (cui si riferiranno le citazioni dall'originale), 1994; trad. it. *Sesso e ragione*, Milano, Comunità, 1995, pp. 255-260.



che riduce i vantaggi della poligamia per le donne¹¹⁴.

Come si conviene per ogni calcolo costi-benefici, il giurista di Chicago stila anche in questo caso un elenco di pro e contro.

Questi sono i fattori da computare in positivo: la poligamia assicura a ogni donna un marito e riduce l'incidenza di adulterio (da parte dell'uomo), fornicazione e prostituzione; è considerata normale dalla tradizione veterotestamentaria; è tuttoggi ammessa nella cultura giuridica occidentale nella forma della poligamia successiva (nuovo matrimonio dopo la cessazione del primo); fronteggia la scarsità di uomini relativamente alle donne nella società; aumenta il numero di figli; in determinati contesti religiosi (tipicamente quello mormone), poiché riduce l'intensità del legame emotivo tra marito e moglie rende libero il primo di dedicare una parte maggiore delle proprie energie emotive alla comunità religiosa¹¹⁵ (potrebbe osservarsi che lo stesso può dirsi, a maggior ragione, per il celibato: *Ecclesia Catholica latina docet*).

Sono invece da computarsi in negativo i seguenti fattori: la poligamia riduce la varietà del patrimonio genetico; aumenta la probabilità dell'incesto; così come aumenta la possibilità per l'uomo eccezionale di propagare i propri geni, la riduce per la donna eccezionale, perché il numero medio dei figli (per donna) è minore nel matrimonio poligamico rispetto a quello monogamico; tende a fare della famiglia un piccolo stato; favorisce comportamenti fraudolenti degli uomini verso le donne per ottenerne i favori¹¹⁶; aggrava il differenziale di

¹¹⁴ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., pp. 255-256.

¹¹⁵ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. 257.

¹¹⁶ «In una società che dia valore alla castità coniugale favorisce la



ricchezza tra gli uomini riducendo così la possibilità per i maschi poveri di procurarsi una moglie legittima; riduce la percentuale di tempo e altre risorse che il padre dedica ai figli, perché, a ragione della molto maggiore capacità riproduttiva del poligamo, ci sono più figli in competizione, e anche perché in regime di poligamia, che stimola la rivalità tra maschi per le donne, tempo e risorse del padre vengono assorbiti da questa competizione¹¹⁷. Ed inoltre: indebolisce il rapporto affettivo tra marito e moglie ed è dunque tendenzialmente incompatibile con il modello di matrimonio-amicizia (Posner riconduce questa opinione a Tommaso d'Aquino); la moglie del poligamo riceve solo una frazione delle attenzioni del marito: è sessualmente insoddisfatta, sola, gelosa, dedita all'intrigo, e (soprattutto se è la prima) degradata (tali conseguenze possono essere mitigate apponendo la clausola, ove ammessa, che subordina le ulteriori nozze al gradimento della prima moglie)¹¹⁸.

L'approfondimento di questi ultimi aspetti del *ménage* poligamico conduce Posner ad alcune annotazioni ulteriori. La poligamia, in effetti, indebolisce il modello di matrimonio-amicizia in diversi modi. Per esempio, poiché il costo di più mogli può essere sopportato solo da un uomo abbiente, e in media la ricchezza cresce con l'età, ne consegue che uomini anziani potranno permettersi mogli giovani, con le quali le relazioni interpersonali saranno verosimilmente poco coinvolgenti. Inoltre, maggiore è il numero di mogli, maggiore sarà la propensione a gestire

frode, perché un uomo, pur di superare le resistenze di una donna ad avere rapporti sessuali con lui, può offrirle di sposarla senza rivelarle di avere già moglie»: R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., pp. 260-261.

¹¹⁷ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., pp. 257-258 e 261.

¹¹⁸ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. 258.



la famiglia in modo autoritario piuttosto che egualitario, in quanto troppo alti sarebbero i costi della negoziazione interpersonale. Ne deriva che in un matrimonio poligamico il rapporto marito/moglie tende a modellarsi su quello padrone/servo, e per un verso le mogli, lontane spiritualmente e fisicamente dal marito, saranno incentivate a intrattenere relazioni extraconiugali¹¹⁹, per altro verso il marito sarà portato a esercitare una sorveglianza tirannica su di esse¹²⁰. Ciò è riscontrato – e questa osservazione di Posner sembra di massimo momento – nel fatto che soltanto nelle società poligamiche si siano sviluppate le pratiche di circoncisione femminile, la cui funzione sociale è quella di controllare la sessualità femminile¹²¹.

Proprio i costi di gestione di un matrimonio poligamico più alti per il marito inducono quest'ultimo a cercare di ridurli, e ciò può tradursi in un costo per le mogli (per esempio quando la sorveglianza diventa segregazione, o prevede la circoncisione), rivelando così come possa essere illusoria la maggiore libertà delle mogli in un matrimonio poligamico. La valutazione tuttavia non può essere fatta a

¹¹⁹ Per di più, il sistema poligamico «... crea una legione di giovani scapoli, facendo così salire la domanda di sesso extraconiugale da parte non solo delle donne ma anche degli uomini, e in più fomenta l'omosessualità occasionale»: R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. 261.

¹²⁰ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. 258.

In *Reynolds vs. United States* la Corte Suprema ritenne la poligamia sovversiva del buon ordine in quanto sfociante nel principio patriarcale: un principio che, su larga scala, riduce i popoli in uno stato di schiavitù antitetico al regime democratico. Posner osserva che più precisamente dovrebbe dirsi che la poligamia porta alla creazione di gruppi familiari potenti al punto da controbilanciare un potere centrale.

¹²¹ Cfr. R.A. POSNER, *Sex and Reason*, cit., p. 259.



priori – soggiunge Posner –, perché dipende dalle preferenze individuali: le donne che preferiscono essere la moglie non esclusiva di un uomo ricco piuttosto che essere la moglie esclusiva di un uomo meno ricco o non essere sposata trovano la poligamia un regime vantaggioso; le donne che vorrebbero essere le mogli esclusive di un uomo ricco in una società monogama ne vengono invece danneggiate¹²².

Se i costi derivanti dalla necessità del marito di sorvegliare le proprie mogli gravassero eccessivamente su queste ultime, vi sarebbe motivo, dal punto di vista delle donne, per escludere la poligamia. In linea di principio, allora, il migliore regime sarebbe quello in cui il matrimonio poligamico è permesso ma è subordinato all'assenso di tutte le mogli, perché un tale regime amplia il ventaglio delle scelte senza precluderne alcuna. Peraltro, un sistema legale premoderno potrebbe essere incapace di determinare se il consenso a tale matrimonio sia stato dato liberamente dalla donna, e ciò può spiegare perché il divorzio ammesso solo per cause determinate sia stato storicamente preceduto da un regime di divieto di divorzio. In queste circostanze, la *second best choice*, dalla prospettiva femminile, può essere il rifiuto della poligamia.

D'altra parte, la rivalità maschile che la poligamia incentiva può dissipare importanti risorse. Si può prevedere che quanto più un sentimento egualitario cresce in una società, tanto più essa tenderà ad essere pacifica, e quanto più l'accento si sposta dalla quantità alla qualità dei figli (quest'ultima è in parte funzione dell'investimento del padre nella loro educazione), tanto

¹²² R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. 259-260.



più la poligamia sembrerà anomala e retrograda, che sia un bene o un male per la donna tipica della società¹²³.

L'argomentare di Posner sfocia in una interpretazione delle dinamiche familiari che si direbbe piuttosto realistica, basata sul distinguo tra una nozione nominalistica e una sostanzialistica di matrimonio¹²⁴. Poiché in senso sostanziale il matrimonio non è altro che una restrizione dell'esercizio della sessualità, in senso ugualmente sostanziale la poligamia apparirà come un modo di conferire la denominazione di mogli alle concubine di un medesimo uomo, e dunque di legittimare il concubinato plurimo¹²⁵. Ciò «s drammatizza» evidentemente il problema della poligamia anche simultanea, che risulta in qualche modo già avallata dagli ordinamenti giuridici occidentali in cui l'adulterio è stato depenalizzato¹²⁶.

In definitiva, il modello matrimoniale è condizionato per un verso dalla capacità dell'uomo di offrire supporto materiale e affettivo alla donna e ai bambini – supporto senza il quale non può emergere il matrimonio-amicizia, che a sua volta non può esistere se non nell'ambito di un

¹²³ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. ***.

¹²⁴ Posner trae questa distinzione da *Hyde vs. Hyde*, 1 L.R. 130 (Matrimonial Ct. 1866).

¹²⁵ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. ***.

¹²⁶ Cfr. N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002/1, pp. 231-232; G. ENDREO, *Bigamie et double mariage*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, pp. 263-282. Su una tendenza legislativa a contrastare l'affermarsi della bigamia di fatto cfr. L.-L. CHRISTIANS, *La legge civile come simbolo religioso: dalla genealogia della norma alla legistica della destigmatizzazione*, in *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 58.



rapporto monogamico –; per altro verso dall'indipendenza economica della donna, che la rende effettivamente libera, se ritiene, di scegliere un rapporto coniugale esclusivo e «cameratesco» (*companionate*).

È allora possibile tracciare – conclude Posner – il seguente modello: poligamia, *de iure* o *de facto*, in una società di matrimonio noncompanionate; monogamia in una società di matrimonio companionate; e monogamia con una aggiunta di poligamia *de facto* nelle moderne società occidentali, in cui il matrimonio è companionate ma molte donne hanno bambini fuori del matrimonio perché non sono più dipendenti dall'uomo, e in cui il declino della morale tradizionale, e in particolare delle limitazioni al divorzio, riduce la percezione dell'immoralità della poligamia – il suo conflitto con le norme sulla sessualità della società¹²⁷.

3.1.6.2. *Divorzio*

...

3.1.6.3. *Procreazione (Aborto, Contraccezione)*

...

3.1.6.4. *Unioni omosessuali*

...

3.2. *Il finanziamento degli enti confessionali e in particolare delle scuole*

Nel loro articolo del 1989, McConnell & Posner avevano applicato la teoria elaborata nella prima parte del saggio

¹²⁷ R.A. POSNER, *Sesso e ragione*, cit., p. 262.



anche alle organizzazioni con affiliazione religiosa operanti nel mercato, muovendo dal criterio della neutralità individuato come il più confacente. Questo criterio, secondo l'impostazione in termini economici conferitagli dagli autori, sembra interpolare piuttosto bene la giurisprudenza della Corte Suprema in una serie di settori: agli ospedali affiliati a una chiesa è per esempio riconosciuto il diritto di ricevere finanziamenti allo stesso titolo di ospedali non religiosi, le chiese possono essere esentate dalle imposte fondiari allo stesso titolo di altre organizzazioni nonprofit, le deduzioni fiscali delle spese per l'istruzione sono ammissibili sia che il servizio sia stato offerto da una scuola religiosa che da una non religiosa. Ciò che la giurisprudenza statunitense richiede per considerare conformi ai principi costituzionali i sussidi a operatori religiosi non è infatti la destinazione del sussidio a uno scopo secolare, ma l'attribuzione dello stesso in base a criteri secolari¹²⁸.

3.2.1. Il finanziamento pubblico delle scuole confessionali: le ragioni a favore e quelle contro

Vi è un settore, tuttavia – osservano McConnell & Posner – in cui la giurisprudenza non segue, salvo eccezioni, il criterio di neutralità, ed è quello del finanziamento alle scuole confessionali («parochial schools»)¹²⁹. Mentre infatti sono correntemente ammessi

¹²⁸ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 14-16.

¹²⁹ M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 14: «a term we use to mean a school run by any religious organization». Una prima applicazione dell'AEL in materia era stata posta in essere da E.G. WEST, *An Economic Analysis of*



finanziamenti indiretti come quello per il trasporto degli alunni (così la Corte Suprema in *Everson vs. Board of Education*)¹³⁰, che al principio di neutralità risulta del tutto conforme, il finanziamento diretto delle scuole confessionali sembra escluso. Deve dunque porsi il problema di vedere se il carattere religioso di alcune scuole private possa giustificare questo trattamento differente. L'«universalità» del paradigma economico, i cui schemi sono applicabili ai più diversi contesti ordinamentali, rende interessante riportare gli svolgimenti in proposito dei due autori.

Per affrontare il problema – dichiarano preliminarmente i giuronomisti di Chicago – occorre considerare le due principali giustificazioni al finanziamento pubblico dell'istruzione elementare e secondaria. Un primo ordine di ragioni è quello per cui l'istruzione obbligatoria è ordinariamente ritenuta generatrice di esternalità positive: una cittadinanza rispettosa delle regole, produttiva, informata, che condivide valori comuni (gli stessi vantaggi, se si vuole, di un linguaggio comune). Inoltre l'istruzione contribuisce alla formazione di un «capitale umano» per accumulare il quale gli investimenti spontanei sono sottodimensionati (come sempre quando un investitore non riesce a realizzare tutti i frutti di quanto profuso), rendendo necessario sovvenzionarli da parte dei poteri pubblici. Un secondo ordine di ragioni riguarda la difficoltà di autofinanziare l'istruzione mediante i benefici privati che

the Law and Politics of Non-Public School "Aid", 19 *Journal of Law & Economy*, 79 (1976), pp. 79-101. Sul regime giuridico delle «parochial school» cfr., in lingua italiana, F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, cit., pp. 21-39.

¹³⁰ 330 US 1 (1947).



ne derivano, giacché i minori non possono ottenere facilmente prestiti da restituire a lungo termine con i loro guadagni futuri, né possono dipendere sempre da genitori che agiscano come loro perfetti agenti. In effetti, l'istruzione pubblica è l'equivalente di un prestito a ciascuno studente che questi ripagherà più avanti nella sua vita come contribuente. Tali rilievi giustificano alcuni sussidi pubblici all'istruzione¹³¹.

Date queste premesse, McConnell & Posner ritengono che non vi sia una giustificazione economica per negare sussidi pubblici *diretti* alle scuole confessionali. Infatti – rilevano – le esternalità positive dell'istruzione

¹³¹ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 16-18. Gli autori dichiarano peraltro come i due argomenti richiamati a favore della sovvenzione pubblica dell'istruzione siano lungi dall'essere inattaccabili, in quanto potrebbe ben darsi, al contrario, che i mercati finanziari siano sufficientemente robusti da finanziare investimenti privati in capitale umano, e i genitori siano altrettanto qualificati dello Stato per agire a favore dell'educazione dei figli. Se in ipotesi il sistema dell'educazione pubblica determinasse allora una redistribuzione capricciosa del reddito, l'analisi dei sussidi alle scuole religiose diventerebbe particolarmente complessa. Da un lato, infatti, tali sussidi renderebbero peggiore una situazione già inefficiente aumentando i sussidi pubblici all'istruzione; dall'altro essi potrebbero rendere la situazione migliore, in quanto aumenterebbe la concorrenza per le scuole pubbliche, aumenterebbe l'efficienza complessiva del sistema dell'istruzione, e le spese totali per l'istruzione potrebbero in effetti diminuire. Nel caso in cui l'elargizione di sussidi alle scuole religiose aumentassero l'inefficienza del sistema, tale maggiore costo sociale andrebbe tuttavia comparato col costo della non neutralità del sistema. Se infatti si accetta come *baseline* la neutralità e non l'efficienza, allora, nonostante il finanziamento all'istruzione sia superiore a quanto necessario, cioè inefficiente, non sarebbe giustificato discriminare le scuole in base alla religione. (*Op. cit.*, pp. 19-20).



elementare e secondaria sono prodotte da un curriculum di base («core curriculum») costituito da determinate competenze fondamentali e dall'educazione alle responsabilità della cittadinanza. Essendo questi elementi richiesti dalla legge statale come condizione per il riconoscimento della scuola sia pubblica che privata, sia laica che religiosa, non c'è motivo di ritenere che l'aggiunta di una componente religiosa all'educazione riduca i benefici esterni determinati dall'educazione. Per contro, fintanto che il finanziamento dell'istruzione può essere giustificato dalla produzione di esternalità positive, il saldo netto positivo dell'investimento pubblico nel settore proviene sia dalle scuole non confessionali che da quelle confessionali. Vi è inoltre la prova – asseriscono gli autori, citando indagini sperimentali – che le scuole private sono più efficienti di quelle pubbliche, specialmente a vantaggio degli studenti appartenenti alle categorie più critiche¹³².

I presupposti sui quali riposa il favore dei due giuristi verso il finanziamento diretto alla scuola confessionale sembrano peraltro relativizzabili. Da un lato, infatti, si può pensare che la tendenza religiosa in certi casi aumenti, e in certi casi diminuisca il senso civico degli studenti. Dall'altro, non va esclusa l'ipotesi di scuole private anche religiose inefficienti nel fornire l'*output* di istruzione e civismo, in quanto la domanda del mercato non riguarda questi beni, ma il titolo di studio rilasciato al termine dei corsi¹³³. Vero è che la considerazione sulla

¹³² Cfr. M.W. McCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 17-18.

¹³³ In Italia, le due riforme degli esami conclusivi del ciclo di istruzione superiore che hanno stemperato l'impegnatività della prova finale disegnata da Giovanni Gentile sono state (caldegiate e)



maggior efficienza dell'istruzione privata è formulata in rapporto a un contesto in cui non esiste valore legale dei titoli di studio, ciò che incentiva la concorrenza e quindi l'efficienza. Ma il tasso complessivo di (in)efficienza del sistema scolastico americano non sembra consentire una sua idealizzazione a tal punto.

In buona misura, la prima obiezione è considerata da McConnell & Posner, i quali contemplan l'ipotesi in cui una comunità potrebbe ritenere che una delle esternalità positive prodotte dall'educazione è la creazione di un *melting pot* nel quale bambini di differenti classi sociali, razze e religioni imparano a vivere l'uno accanto all'altro. La comunità potrebbe concludere che le scuole religiose non giocano questo ruolo e quindi dovrebbero ricevere minori sovvenzioni pubbliche o nessuna. Tuttavia, controreplicano i due studiosi, in quanto la politica del *melting pot* persegue i benefici dell'omogeneità religiosa (siano questi effettivi o non), essa differisce solo di grado da una politica di penalizzazione o addirittura di esclusione delle fedi minoritarie motivata dalla considerazione che esse indeboliscono la coesione sociale e suscitano conflittualità religiosa¹³⁴.

Sono ancora gli stessi McConnell & Posner a formulare una importante obiezione al finanziamento pubblico diretto delle scuole confessionali: esistono gravi difficoltà pratiche a controllare il rispetto della neutralità di un sistema di finanziamento in un contesto in cui gruppi religiosi bene organizzati e politicamente influenti facciano pressione su legislatori e amministratori per

salutate con compiacimento dalla gran parte degli istituti di istruzione privata ...

¹³⁴ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 18.



massimizzare i finanziamenti alle scuole confessionali. Il finanziamento dissimulato alle scuole confessionali potrebbe però essere contrastato abbastanza facilmente da un sussidio pubblico che avesse la forma di un importo fisso per alunno, e meglio di tutto sarebbe un sistema di buoni, grazie al quale tutti gli aiuti pubblici all'istruzione andrebbero direttamente agli studenti e alle loro famiglie. Ciò minimizzerebbe in modo più efficace il pericolo di indebite pressioni religiose sull'apparato pubblico preposto all'istruzione (e giustifica la preferenza della giurisprudenza per i sussidi all'istruzione piuttosto che direttamente alle scuole)¹³⁵.

Per converso, se si teorizzasse (come la Corte Suprema ha fatto in *Everson vs. Board of Education*) il principio che lo Stato può finanziare solo gli aspetti secolari dell'istruzione confessionale (per esempio il trasporto degli alunni a scuola), si incorrerebbe in una grave difficoltà: essendo il denaro un bene fungibile, e permettendo la sovvenzione all'attività secolare di liberare risorse per altri impieghi, si potrebbe determinare un finanziamento indiretto delle attività religiose dell'istituto di istruzione confessionale¹³⁶. Ciò evidenzia come manchi una risposta al problema di sapere quale ammontare o forma di sussidio promuove le componenti religiose dell'istruzione confessionale, risposta che è offerta dalla scienza economica.

3.2.2. Modalità e limiti di un efficiente finanziamento pubblico delle scuole confessionali

¹³⁵ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 19.

¹³⁶ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 20.



Distinguere tra la componente religiosa e quella non religiosa dell'istruzione impartita da una scuola confessionale chiama in causa quello che gli economisti conoscono come il problema del «joint cost», cioè il costo sopportato per la produzione di due o più prodotti nell'ambito di un medesimo processo. Quando da un medesimo processo produttivo si ricavano due o più prodotti, è possibile determinare esattamente soltanto il costo totale sostenuto per ottenerli, ma non si può imputare – se non arbitrariamente – un esatto costo di produzione a ciascuno dei prodotti ottenuti, potendosi soltanto affermare che il costo di ciascuno è compreso tra il costo che sarebbe stato comunque sostenuto per portare a termine il processo produttivo e quello proprio dell'ulteriore specifico processo che ha dato luogo al singolo prodotto. Orbene, due essendo i prodotti della scuola confessionale – l'istruzione non religiosa e l'istruzione religiosa – molte voci del bilancio scolastico, come gli edifici, buona parte degli stipendi, e le spese amministrative, sono «joint costs», essenziali sia per la componente religiosa sia per quella non religiosa del servizio offerto agli studenti. Se un principio costituzionale richiedesse una distribuzione dei «joint costs» delle scuole confessionali tale da assicurare che il gettito fiscale non sia utilizzato per finanziare la componente religiosa, questa regola apparirebbe allora, alla luce delle considerazioni tecniche esposte, arbitraria¹³⁷.

La questione della distribuzione dei costi deve essere posta perché lo scopo è quello di portare il mercato il più vicino possibile al modello della concorrenza perfetta, cioè

¹³⁷ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 21.



agli stessi livelli di *output* che sarebbero prodotti da un mercato non affetto da esternalità, monopoli naturali, o altri fattori distorsivi che giustifichino un intervento della mano pubblica. Ci si deve inoltre chiedere come ripartisce i «joint costs» un mercato concorrenziale, e la risposta è che ciò avviene in rapporto alla rispettiva domanda per ciascuno dei beni. Si immagini che la domanda per uno dei due prodotti sia molto alta, e molto bassa quella per l'altro; in tal caso, il contributo del prodotto meno richiesto sarà dato dal suo prezzo di mercato meno il suo costo «separabile», cioè il costo che verrebbe evitato del tutto se la produzione dell'uno o dell'altro prodotto venisse interrotta. Questa è una allocazione competitiva dei costi, che sarebbe scorretto, da un punto di vista economico, considerare come un sussidio da parte del prodotto più apprezzato dal mercato a favore dell'altro. Infatti, una più «corretta» allocazione sarebbe dannosa per tutti: se i «joint costs» fossero per esempio divisi a metà, il prodotto meno richiesto aumenterebbe di prezzo, e la sua domanda diminuirebbe ulteriormente; al tempo stesso, il ricavo totale del produttore diminuirebbe sino ad essere inferiore ai suoi costi totali, con la conseguenza che il procedimento produttivo verrebbe interrotto.

Quando un «joint cost» è fisso (per esempio un determinato complesso edilizio utilizzabile come scuola) la corretta allocazione del costo (cioè l'allocazione più vicina a quella cui perverrebbe la concorrenza perfetta) è data dal *Ramsey pricing*¹³⁸, che richiede di stabilire il prezzo di ogni output inversamente all'elasticità della domanda per esso. L'elasticità della domanda misura la reattività della domanda ai cambiamenti di prezzo di un

¹³⁸ Sul *Ramsey pricing* nell'EAL, in generale, cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. ***.



dato prodotto, ed è determinata dall'intensità della preferenza del consumatore per il prodotto e dalla disponibilità di sostituti. Maggiore è l'intensità della preferenza del consumatore (tenuto conto dei sostituti), minore sarà l'influsso di un cambiamento di prezzo sulla domanda e minore sarà dunque l'elasticità della domanda. Poiché l'obiettivo del sistema di attribuzione di prezzi (*pricing scheme*) è minimizzare l'effetto dell'allocazione dei costi sulle quantità richieste dei «joint products», e in tal modo approssimarsi maggiormente a un mercato perfettamente concorrenziale, una maggiore frazione del «joint cost» dovrebbe essere allocata presso il prodotto con la minore elasticità della domanda, vale a dire che dovrebbe essere attribuito un prezzo più alto al prodotto il cui prezzo è meno importante per i consumatori. Il prodotto la cui domanda è più elastica dovrebbe ricevere un prezzo tale da coprire tutti i suoi costi separabili e dare il maggiore contributo possibile alla copertura dei «joint costs», la cui entità non potrà tuttavia andare oltre i limiti imposti dalla natura elastica della domanda di esso, per cui sarà il prodotto dalla domanda meno elastica a sopportare la maggior parte dei «joint costs». A fronte di un prezzo più alto reso necessario per coprire la più ampia allocazione dei costi per quel bene, i consumatori del bene a domanda elastica potrebbero disertarlo, rendendo impossibile al produttore del «joint output» coprire il suo costo totale senza aumentare il suo prezzo per il prodotto a domanda non elastica.

Il *Ramsey pricing* – precisano a questo punto McConnell & Posner – potrebbe, in teoria ed entro certi limiti anche in pratica, essere utilizzato come guida per l'allocazione dei costi relativamente a casi sottoposti alla *Establishment Clause*. Infatti, così come l'intervento regolatore sul



mercato cerca di determinare i medesimi effetti della concorrenza, il Primo Emendamento fa carico al potere pubblico di agire in modo da non influenzare, né in senso favorevole né in senso sfavorevole, le scelte religiose. Allo stesso modo che il *Ramsey pricing* dei – per esempio – servizi telefonici urbani ed extraurbani massimizzerà la produzione di entrambi i tipi di servizio e minimizzerà le distorsioni nella domanda dell'uno in rapporto all'altro, così il *Ramsey pricing* dei finanziamenti pubblici alla scuola confessionale massimizzerà la produzione dell'istruzione con il minimo effetto sulla scelta dell'istruzione confessionale in alternativa a quella non confessionale, o viceversa.

Benché costituisca un problema il fatto di non conoscere con esattezza l'elasticità della domanda dei due tipi di istruzione, è evidente che i poteri pubblici potrebbero accollarsi una considerevole frazione del costo totale dell'istruzione confessionale senza sussidiare la religione in termini economicamente significativi; essi potrebbero pagare tutti i costi separabili dell'educazione non religiosa e una parte dei «joint costs». Il fenomeno della chiusura di molte scuole confessionali a causa di difficoltà finanziarie – soggiungono gli autori – suggerisce che la domanda di educazione confessionale sia altamente elastica. Per di più, buona parte dell'attrattiva di una scuola di questo tipo, specialmente nelle grandi città, è la superiore qualità del loro insegnamento non religioso. Queste osservazioni non possono determinare esattamente quanto debba ammontare il sussidio pubblico all'educazione confessionale, ma suggeriscono che esso dovrebbe essere considerevole¹³⁹.

¹³⁹ «To illustrate, suppose the total annual cost per pupil in a particular parochial school is \$1,000 per year. The separable cost of the



McConnell & Posner sono i primi a riconoscere che «Some readers may be disturbed that the use of Ramsey pricing to decide establishment questions would maximize the output not only of secular education (whether provided by public or parochial schools) but also of religious education»¹⁴⁰. Al che i giuristi e economisti oppongono l'ennesima considerazione tecnica: accollandosi parte dei «joint costs» dell'educazione confessionale lo Stato permette alle scuole confessionali di prosperare, i loro proventi aumenteranno, e almeno parte di queste entrate serviranno a pagare anche i costi delle componenti non religiose del loro prodotto educativo, così riducendo le spese pubbliche per l'istruzione. Incoraggiando le scuole confessionali, dunque, il governo risparmierebbe il denaro del contribuente: una motivazione rilevante anche se non si attribuisse importanza all'interesse dei genitori a un'istruzione religiosamente caratterizzata per i loro figli. Solo se la somministrazione dell'istruzione religiosa, concludono McConnell & Posner, fosse di pubblico danno – ma le clausole costituzionali sulla religione precludono al governo di compiere una simile valutazione – sarebbe razionale che l'amministrazione pubblica rifiutasse di pagare una parte dei costi dell'educazione confessionale

religious component of the school's program is \$100, the separable cost of the secular component is \$200, and the joint cost is \$700. The state would pay at least \$200, the parents at least \$100, and the \$700 would be divided inversely to the relative elasticities of demand for religious education, the state would be required to pay more (perhaps much more) than half the \$700 joint cost»: M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 23.

¹⁴⁰ M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 24.



nonostante i principi dell'*efficient pricing*¹⁴¹.

Quello appena esposto è solo uno dei metodi economici – ed il più sofisticato – applicati da McConnell e Posner al problema dei sussidi pubblici alle scuole confessionali. Essi ne prospettano altri, meno affascinanti teoricamente ma di più facile applicazione in determinati contesti.

Il primo di questi è lo *stand-alone pricing*. «It would require a parochial school to bear the full cost of its religious schooling standing alone, just as if the school did no secular teaching at all»¹⁴². Secondo tale modello sarebbero a carico pubblico soltanto i «separable costs» dell'insegnamento non religioso nelle scuole confessionali, ma nessuno dei «joint costs». Pertanto la scuola confessionale dovrebbe assumere l'intero onere dei salari dei docenti che svolgano *qualsiasi* insegnamento religioso, dell'amministrazione, dell'edificio scolastico, e dei materiali didattici di ogni corso dotato di carattere religioso. La *stand-alone pricing* è la «teoria implicita» alla base della prevalente giurisprudenza in materia della Corte Suprema – notano gli studiosi –, ma contraddice altre posizioni del Collegio, come quella che considera legittimo il finanziamento pubblico del trasporto a scuola degli alunni. Non si comprende infatti come quest'ultimo possa essere considerato un «separate cost» dell'educazione non religiosa, essendo il costo del trasporto un «joint cost» dell'istruzione religiosa e non religiosa. Soprattutto, però, si tratta di una prospettiva insoddisfacente perché suppone in modo errato che le scuole confessionali sarebbero costruite e fornite di

¹⁴¹ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 25.

¹⁴² M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 26.



personale nella misura attuale anche se il loro unico *output* fosse l'istruzione religiosa, cosa tecnicamente impossibile. Infatti, assumere che l'*output* di queste scuole sarebbe lo stesso se esse producessero un unico invece che un duplice *output* significa contraddire l'assunto che le scuole sopportano «joint costs» per produrre «joint output». Il divieto di finanziare parte del «joint cost» dell'istruzione religiosa e non religiosa fornita dalle scuole confessionale rende l'istruzione religiosa comparativamente più costosa rispetto a quanto non sarebbe in condizioni di concorrenza¹⁴³.

Un altro metodo – e tra i più popolari – per allocare i «joint costs» è quello di dividerli tra i vari *outputs* secondo determinate e opportune misure fisiche (*fully distributed cost*). La popolarità del metodo è dovuta al fatto che è molto più semplice da applicare del *Ramsey pricing*. Il modo più semplice di applicare tale metodo al problema delle scuole confessionali sarebbe analizzare una giornata scolastica media per determinare quale parte dell'orario sia dedicata all'istruzione strettamente non religiosa (e quale a quella religiosa, e a quella contemporaneamente religiosa e non religiosa). Lo Stato sarebbe legittimato a fornire sussidi sino alla proporzione dei «joint costs», in aggiunta a tutti i costi separabili dell'istruzione non religiosa¹⁴⁴.

La Corte Suprema ha rifiutato un metodo del genere in una sua pronunzia, con motivazioni apodittiche¹⁴⁵.

Deve infine considerarsi la teoria dell'*avoided-cost*

¹⁴³ Cfr. M.W. McCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 26-27.

¹⁴⁴ Cfr. M.W. McCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 27-29.

¹⁴⁵ *Committee for Public Education v Nyquist*, 413 US 756, 778 (1973).



pricing. Secondo tale teoria i prezzi dovrebbero essere determinati sulla base non del costo per il fornitore, ma del costo risparmiato dall'acquirente per non aver prodotto il servizio da solo. La teoria autorizza lo Stato a contribuire al finanziamento delle scuole confessionali sino alla somma che costerebbe alle scuole pubbliche assorbire gli studenti attualmente serviti dalle scuole confessionali. Non sarebbe richiesto alcun accertamento circa il costo delle strutture delle scuole confessionali¹⁴⁶.

Lo studio del problema relativo al finanziamento pubblico delle scuole confessionali non porta McConnell & Posner a risultati univoci. Essi stessi rilevano conclusivamente come l'analisi economica conduca a risultati diversi a seconda delle prospettive assunte, cui corrispondono questioni specifiche e dunque soluzioni specifiche: alla teoria generale della neutralità corrisponde la questione di sapere come il sussidio pubblico all'istruzione possa essere erogato senza distorcere le domande relative di istruzione religiosa e non religiosa; alla teoria dell'allocazione dei costi corrisponde la questione di sapere come il potere pubblico possa finanziare le componenti secolari dell'istruzione confessionale senza finanziare in senso economico le componenti religiose; alla teoria dell'incidenza corrisponde la questione di sapere se l'effetto di finanziare i sussidi all'istruzione confessionale sia di ridurre il costo per le famiglie, migliorare la condizione finanziaria delle scuole confessionali (e pertanto liberare risorse per scopi religiosi), o aumentare le risorse destinate agli aspetti secolari della scuola confessionale. Nessuna delle tre risposte della teoria economica alle tre differenti questioni

¹⁴⁶ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., pp. 29-30.



– notano infine gli autori – corrisponde ai criteri seguiti dalla giurisprudenza della Corte Suprema, il cui andamento caotico in materia era peraltro già stato rilevato dalla dottrina.

La giurisprudenza della Corte Suprema degli anni successivi alla fine degli anni ottanta (cui risale l'analisi di McConnell & Posner) ha ... ¹⁴⁷ ...***.

3.3. *Tutela penale delle convinzioni religiose*

3.3.1. *Hate speech.*

Come si è già visto (*supra*, 2.1.1.), il pragmatismo liberale di Posner considera un valore fondamentale la garanzia di un libero mercato delle idee. Nell'ambito di questo mercato dovrebbe essere protetta ogni forma di espressione, non solo razionale ma anche emotiva, tanto riferita a fatti reali che a eventi immaginari, tale da poter determinare conseguenze nel mondo dei fatti¹⁴⁸. La qual cosa tuttavia non toglie – e Posner sembra aver accentuato questa posizione negli ultimi anni – che certe restrizioni alla libertà di manifestare le idee siano giustificate quando il non imporle determinerebbe un costo troppo alto per la società. Ciò vale in particolare per

¹⁴⁷ Note "They Drew a Circle That Shut Me": The Free Exercise Implications of *Zelman v Simmons-Harris*, *Harvard Law Review*, vol. 117, January 2004, no. 3, pp. 919-940.

Zelman (Supreme Court of the United States, 2002) riguarda il principio di neutralità, ed è riportata in F.S. RAVITCH, 352 e ss., con le opinioni dissenzienti. È altresì commentata da C. BOLOGNA, *Caso Zelman: la Corte suprema dice sì ai buoni scuola*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2003, pp. 839-841.

¹⁴⁸ Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, p. 467.



i danni – da determinarsi empiricamente – causati dallo *hate speech*: solo in considerazione di questi costi, e di altri costi e benefici rilevanti, si può legittimamente decidere se tollerarlo o proibirlo¹⁴⁹.

Lo *hate speech* è stato variamente definito: «speech designed to promote hatred on the basis of race, religion, ethnicity or national origins»¹⁵⁰; «expression that abuses or degrades others on account of their racial, ethnic, or religious identity»¹⁵¹. Tra i danni individuali e sociali che esso può determinare, figurano quelli causati da comportamenti che l'ordinamento cerca di prevenire mediante norme criminalizzatrici: *hate crimes* («crimes

¹⁴⁹ Cfr. R. POSNER, *Overcoming Law*, cit., p. 396.

¹⁵⁰ M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, Public Law Research Paper No. 41, Cardozo Law School, Yeshiva University, New York, 2001, p. 2.

¹⁵¹ S.J. HEYMAN, *Hate Speech and the Theory of Free Expression*, in *Hate Speech and the Constitution*, edited by S.J. Heyman, New York and London, Garland Publishing, 1996, p. IX.

Sull'argomento, per una impostazione diversa da quella dell'EAL, cfr. pure M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. ***, p. ***, che peraltro richiama la metafora del «marketplace of ideas» (pp. [27] ss.) ed offre un panorama anche sulla situazione europea, nonché R. MAZZOLA, ***. Ed inoltre: M. ROSCINI, *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, pp. 95 e ss.; Cass. Pen., Sez. I, 24 febbraio 1964, in *Giurisprudenza italiana*, 1964, II, 241 ss., con nota di S. LARICCIA, *Sulla tutela penale delle confessioni religiose acattoliche*; Cass., Sez. V, 16 gennaio 1986, n. 65, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, II, 78 ss., con nota di S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, 87 ss.

Per un'impostazione secondo l'EAL, K.N. HYLTON, *Implications of Mill's Theory of Liberty for the Regulation of Hate Speech and Hate Crimes*, in 3 *University of Chicago Law School Roundtable* 35, 1996.



motivated by racial or other hatred»)¹⁵².

Un recente studio di EAL ha focalizzato il presumibile rapporto di causa/effetto tra *hate speech* e *hate crimes*, toccando così direttamente quello che è stato considerato il punto debole dell'impostazione data da Posner al problema dei limiti alla libertà di espressione (e non solo): la difficoltà di prevedere l'entità del danno derivante dal discorso propagatore di odio¹⁵³. Analizzando, in base a ricerche di psicologia sperimentale, le condizioni in cui i discorsi «incendiari» favoriscono la commissione di azioni criminose, lo studio in questione conclude «... hat low hate speech costs produce higher amounts of hate crime than high speech costs», e che pertanto «increasing the costs of hate speech will tend to decrease hate crime»¹⁵⁴. Gli autori della ricerca precisano peraltro che tali risultanze, di per sé, non giustificano una regolazione dello *hate speech*, in quanto, se si è individuato un possibile beneficio come effetto dell'aumento dei costi dello *hate speech*, non sono stati considerati i costi o la fattibilità di una politica intesa a conseguire questi effetti¹⁵⁵.

Viene allora a riproporsi una critica di fondo che è stata mossa – proprio in rapporto al problema dello *hate speech* – al dichiarato pragmatismo filosofico retrostante all'impostazione di Posner: l'incapacità di tale dottrina a offrire soluzioni univoche, dipendendo queste da

¹⁵² D. DHARMAPALA and R.H. MCADAMS, *Words That Kill? An Economic Model of the Influence of Speech on Behaviour (with Particular Reference to Hate Speech)*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 34, January 2005, p. 94.

¹⁵³ M. ROSENFELD, *Interpretazioni*, cit., p. ***.

¹⁵⁴ D. DHARMAPALA and R.H. MCADAMS, *Words That Kill?*, cit., pp. 128 e 129.

¹⁵⁵ D. DHARMAPALA and R.H. MCADAMS, *Words That Kill?*, cit., pp. 132-133.



concezioni del bene e di preferenze valutative piuttosto che da considerazioni pratiche¹⁵⁶. In effetti, «sembra abbastanza plausibile che non ci sia alcun modo affidabile per prevedere le conseguenze pratiche della tolleranza dell'espressione estremista e dello *hate speech*, poiché la quantità e la complessità dei fattori rilevanti, e la gamma completa delle possibili varianti del contesto di riferimento, eccedono di gran lunga le nostre capacità di previsione»¹⁵⁷. Ciò si deve all'intrinseca complessità della dialettica tra tolleranza e intolleranza. Ne costituisce un profilo il rapporto asimmetrico per cui, mentre l'intolleranza implica disapprovazione, la tolleranza può comunicare non solo disapprovazione ma anche approvazione (si può disapprovare l'aborto e non tollerare che sia ammesso dalle leggi dello Stato, o, pur disapprovandolo, tollerare che sia ammesso dalle leggi dello Stato; per converso, si può disapprovare un'idea pur apprezzando complessivamente la persona che la ha espressa). Oppure i casi in cui l'appello alla tolleranza implica non solo approvazione, ma anche uno specifico consenso su una posizione che si intende legittimare (in questo senso si muovono coloro che combattono i reati di opinione per meglio propagare idee estremiste)¹⁵⁸.

Peraltro, se, esaurendosi sul piano della razionalità strumentale, l'EAL non è in grado di imporre una determinata soluzione, ciò non significa che essa non sia

¹⁵⁶ Cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni*, cit., p. 307.

¹⁵⁷ ***.

¹⁵⁸ Cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni*, cit., pp. 302-303; ID., *Extremist Speech and the Paradox of Tolerance*, in *Harvard Law Review*, 100 (1987), pp. 1461-1467; BOLLINGER, *The Tolerant Society*, New York, Oxford University Press, 1986, trad. it. *La società tollerante*, Milano, Giuffrè, 1992 [p. 233].



utile all'analisi *sino a un certo punto*, e precisamente nella sua capacità di presentare all'analisi i «cespiti» da sottoporre a valutazione comparativa. Attribuire un valore relativo a questi cespiti apparterrà ad un ambito – quello delle concezioni del bene – ulteriore rispetto ad essa.

3.3.2. *Desecration.*

È simile, ma non uguale, alla problematica dello *hate speech*, quella della *desecration*, consistente in un comportamento non verbale offensivo verso un oggetto dalle valenze simboliche. Un contributo di Eric Rasmusen offre in proposito alcuni elementi ricavati dall'analisi economica¹⁵⁹.

3.3.2. *Blasphemy.*

.....

3.4. *Tutela civile delle convinzioni religiose*

.....

3.5. *Tecniche giuridiche e tutela delle convinzioni personali*

.....

4. *Gli apporti del paradigma da utilizzare*

Prima di procedere a una selezione di quanto, dal paradigma illustrato, sembra ricavabile per comporre una più comprensiva dottrina del Diritto Ecclesiastico civile nel contesto culturale e ordinamentale europeo e italiano, è necessario contestualizzare il paradigma stesso.

¹⁵⁹ E. RASMUSEN, *The Economics of Desecration: Flag Burning and Related Activities*, in *The Journal of Legal Studies*, 27 (1998), pp. 245-270.



L'Analisi Economica della Religione è un prodotto tipicamente statunitense, sia nella versione giuridica sia in quella sociologica. Nell'uno e nell'altro ambito disciplinare, essa è ormai consapevole del fatto di essersi sviluppata sullo sfondo, molto diverso da quello europeo tuttora dominato dalle chiese riconosciute, di una politica di *desestablishment*. Spetta però soprattutto agli europei, evidentemente, rendersi conto dei limiti «congeniti» di questo tipo di analisi nel momento in cui la si applichi al loro continente.

Si è visto, quando si sono richiamate le difficoltà di spiegare la realtà europea in base alla prima versione dell'EAR di tipo sociologico, come la cultura degli europei (intesa nel senso più lato) non favorisca quella grande fluidità del mercato di prodotti religiosi che l'analisi economica presuppone come condizione «naturale» (il che, ovviamente, di per sé non significa affatto che i poteri pubblici debbano consolidare artificialmente l'assetto di mercato in un momento dato). Questo tratto culturale dell'*homo religiosus* europeo – che peraltro all'interno delle confessioni dominanti soddisfa ampiamente le sue preferenze religiose grazie al debole grado di appartenenza esigito dalle stesse, tale da consentirgli un'ampia libertà di *bricolage* – costituisce una forma di influenza (della cultura) religiosa sull'economia (religiosa) – secondo un modello di rapporto tra Religione ed Economia di tipo più weberiano (la religione influisce sull'economia) che marxiano (l'economia influisce sulla religione) –. Si tratta di un fenomeno del tutto parallelo a quello che si verifica sull'altra sponda dell'Atlantico, dove è stato proprio l'influsso della religione sull'economia, dovuto alle radici teologiche del separatismo americano, a imporre la neutralità dei poteri pubblici sul mercato



religioso, essendo stato il «religious voluntarism» di matrice puritana a richiedere che «government minimize the extent to which it either encourages religious belief or disbelief, practice or non practice, observance or nonobservance», lasciando la religione «as wholly to private choice as anything can be»¹⁶⁰. In effetti, l'«ideale della chiesa di puri, dei santi visibili, è antitetico a quello di una chiesa di stato»¹⁶¹, e semmai si incarna in una congregazione privata rassomigliata senza difficoltà a una compagnia commerciale¹⁶². Si tratta di un'istanza di integrità e coerenza, colorata in senso volontaristico, che alla religione di stato si oppone costitutivamente in quanto imporre l'*uniformity* delle credenze non potrebbe non finire per produrre ipocriti e per configurare l'autorità civile come un giogo insopportabile. Ciò spiegherebbe tra l'altro come mai, mentre gli europei hanno elaborato il concetto di libertà di coscienza lungo il crinale che separa la sfera privata da quella pubblica, negli USA essa sia sempre stata riconosciuta sotto il profilo della libertà di

¹⁶⁰ D. LAYCOCK, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, *De Paul Law Review*, 39 (1990), pp. 1001-1002.

¹⁶¹ L. CORSO, *Spirito di religione e spirito di libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 205.

¹⁶² Così R. WILLIAMS, *The Bloody Tenet of Persecution for cause of conscience (1644)*, in *The Complete Writings of Roger Williams*, vol. 3, New York, Russell & Russell, 1963 (ristampa), su cui L. CORSO, *Spirito di religione e spirito di libertà*, cit., pp. 220-221 (una traduzione in lingua italiana dell'opera è stata curata da S. FERLITO, *Separazione fra Stato e Chiesa e libertà religiosa nel pensiero di Roger Williams. «La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza». Londra 1644*, Torino, Giappichelli, 1994). Circa tale «pioneering document proposing church-state separation» ed il suo autore cfr. anche il Chapter Three di I. KRAMNICK and R. LAURENCE MOORE, *The Godless Constitution. The Case Against Religious Correctness*, New York - London, W.W. Norton, 1997, pp. 46-66.



espressione¹⁶³ (basti pensare al Primo Emendamento della Costituzione). La libertà religiosa nordamericana non avrebbe dunque il proprio fondamento in una filosofia secolare, ma nella combinazione di due principi teologici: 1) che i doveri religiosi sono più importanti dei doveri civili, e 2) che gli individui devono adempiere ai propri doveri religiosi volontariamente e non sotto costrizione legale¹⁶⁴.

Questa osservazione porta immediatamente a relativizzare il paradigma economico, nel senso che, al di là delle sue pretese «imperialistiche» di costituire una chiave universale o quasi per spiegare i comportamenti umani, è invece esso stesso l'effetto di un'altra dimensione della socialità umana. Del resto, lo stesso Posner, più volte, e sin dal suo manuale, ha rifiutato di assolutizzare il paradigma economico, e proprio nella sua ricerca più direttamente rivolta al fenomeno religioso – quella firmata insieme a Michael W. McConnell – ha ribadito che «Positive economics is a science of means and not ends. It does not tell us what to value, but it can tell us the most efficient way to obtain what we value»¹⁶⁵.

È poi opportuno, ancora al fine di individuare gli elementi da utilizzare in seguito, appuntare alcune convergenze e divergenze tra le due principali correnti dell'EAL che sono state esaminate a proposito del rapporto tra Diritto & Religione.

Con le sue dissezioni anatomiche che individuano le

¹⁶³ Cfr. L. CORSO, *Spirito di religione e spirito di libertà*, cit., p. 226.

¹⁶⁴ Cfr. S.D. SMITH, *The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse*, *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1991), pp. 154-166.

¹⁶⁵ Cfr. M.W. MCCONNELL & R. POSNER, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, cit., p. 59.



inevitabili esternalità, da un lato degli interventi pubblici sul settore religioso, dall'altro del settore religioso in altri ambiti, l'analisi della Scuola di Chicago evidenzia il carattere relativo del separatismo americano, imperfetto perché è imperfetta – e non può non esserlo per ragioni tecniche – la neutralità dello Stato nei confronti del religioso. Sulla scorta del criterio di efficienza – che peraltro Posner non assolutizza – l'analisi pone inoltre le premesse per mettere in discussione il modello separatista, ove, dati certi fini, al raggiungimento di questi venisse ritenuto maggiormente funzionale un sistema con più confessioni riconosciute o addirittura con un'unica confessione in regime di monopolio. Il potere pubblico potrebbe infatti voler sovvenzionare direttamente denominazioni religiose che, per i valori che propagano, favoriscono la stabilità sociale, e/o contrastarne altre a motivo dei costi che importano per il resto della comunità. Emergono così in tutta la loro crudezza ragioni che sovente si preferisce mascherare, e può essere isolato un punto cruciale, quello del rapporto tra la massimizzazione dell'utilità del maggior numero e l'utilità del singolo individuo (o, se si preferisce, tra la sicurezza collettiva e i diritti della persona).

Anche l'analisi di Calabresi ha il merito di mostrare come il separatismo americano sia relativo, rinvenendo nel diritto vivente delle corti, e in determinate normative, un «riconoscimento indiretto» delle confessioni principali attraverso il riconoscimento di certi loro precetti. Essa richiama inoltre in modo incisivo l'attenzione sul fatto che siano gli eccentrici, rispetto a un patrimonio di credenze *mainstream*, a sopportare i costi supplementari che la società collega alle loro credenze caratteristiche, e come dunque costoro vengano discriminati. Pure Calabresi



rileva che tale emarginazione potrebbe essere oggetto di una politica deliberata e dichiarata intesa a liberare la maggioranza di una società da una minoranza vista come un costo.

Peraltro, nella proposta *de iure condendo* finalizzata a socializzare i costi dovuti alle credenze minoritarie, Calabresi sembra confermare l'etichetta *liberal* attribuita alla sua scuola¹⁶⁶: la creazione di un fondo a carico della fiscalità generale è un tipico strumento solidaristico, che riconosce «più diritti per tutti» finanziandoli con «più tasse per tutti». Il meccanismo è ovviamente paradigmatico, e va ben al di là del problema di addossare il costo dei danni subiti da coloro che vengono colpiti accidentalmente da una ragazza ebrea che si butta dalla seggiovia per motivi religiosi.

È comune a Posner e a Calabresi pure la consapevolezza di come risulti problematico mantenere sullo stesso piano credenze religiose e non religiose, credenze «accettabili» e «non accettabili», insieme con la consapevolezza di come determinati comportamenti possano avere ad un tempo significato religioso e secolare¹⁶⁷.

È altresì comune la constatazione dell'insufficienza della giurisprudenza nel mantenere, in applicazione delle direttive costituzionali, l'uguaglianza tra credenze (si veda la critica di Posner al *Lemon test*, e quella di Calabresi a

¹⁶⁶ «What is absent from the New Haven approach is the normative presumption favouring the status quo distribution of wealth and property and the conservative ideological element often attributed to the Public Choice and Chicago approaches to Law and Economics»: N. MERCURO and S.G. MEDEMA, *Economics in the Law*, cit., p. 82.

¹⁶⁷ Sul problema, *Why Is Religion Different?*, in cui si esamina criticamente la posizione di McConnell.



certe decisioni, in particolare della Corte Suprema). Il valore della neutralità del potere pubblico nel rapportarsi a valori religiosi e valori non religiosi (*vs. favor e odium religionis de facto*) è dunque fatto proprio da entrambi gli autori, anche se Calabresi riconosce come i valori secolari siano spesso valori religiosi secolarizzati, e Posner ammette che la neutralità non significa trattare le religioni esattamente come le altre attività.

Le impostazioni di Posner e Calabresi, che pure presentano una significativa serie di convergenze, sono anche abbastanza differenti, vuoi per essere state elaborate muovendo l'una da una prospettiva pubblicistica e l'altra da una prospettiva privatistica, vuoi per le diverse personalità degli autori. A un livello più profondo, tuttavia, esse condividono una caratteristica tipica dell'EAL (per quanto generica e variegata possa essere questa tendenza), che risalta immediatamente al confronto con il *mos* tradizionale dei giuristi europei. L'approccio economico, infatti, in generale tende a rivolgere lo sguardo «in avanti», verso gli effetti della regola giuridica sulla realtà da regolare, piuttosto che «all'indietro», verso un testo da interpretare¹⁶⁸. Lo spostamento del *focus* dall'esegesi dei testi – che permette di effettuare operazioni manipolatorie per giustificare l'ingiustificabile – verso la brutalità dei conti – che mostrano chiaramente chi paga e quanto – sembra un apprezzabile contributo alla critica del Diritto Ecclesiastico europeo ed italiano – inteso sia come corpo di regole che come insieme di dottrine – in cui la distribuzione degli oneri avviene

¹⁶⁸ Per questa caratteristica dell'EAL cfr. R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 14-15.

Sul punto cfr. anche M. ROSENFELD, *Interpretazioni*, cit., pp. 314-315.



spesso secondo criteri regressivi, che attribuiscono i costi
più alti ai più deboli.

... (*Omissis*)



Capitolo Secondo

IL PARADIGMA PLURALISTA: DIRITTO & RELIGIONE VS. PLURALISMO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Il paradigma alternativo - 2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico - 2.1. Una versione del pluralismo giuridico di particolare interesse per l'ecclesiasticista: la dottrina di Roderick A. Macdonald - 2.2. La rilettura «pluralistica» delle fonti del diritto ecclesiastico. - 3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma - 3.1. La comunità familiare - 3.2. La questione del velo - 3.3. La questione dei simboli nella comunità scolastica - 3.4. I reati «culturali» - 4. Gli apporti del paradigma da tesaurizzare.

1. *Il paradigma alternativo*

«Se fosse il protagonista di un romanzo, il pluralismo giuridico risulterebbe in possesso di ogni requisito utile al catturare le attenzioni e le simpatie dei lettori: relativamente giovane, anche se il punto non è univoco, ribelle per via dell'evidente distanza dal formalismo ed infine controverso»¹⁶⁹.

Questo personaggio così interessante presenta un carattere a sua volta plurimo: molteplici identità che ne complicano ulteriormente la definizione.

¹⁶⁹ R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 24 (2004), p. 345.



Nato storicamente, all'inizio del novecento, dall'analisi di situazioni coloniali in cui i sistemi giuridici autoctoni convivevano pacificamente o conflittualmente con i sistemi giuridici imposti dai colonizzatori¹⁷⁰, il pluralismo giuridico ha in seguito, a partire dagli anni settanta, universalizzato il proprio campo di indagine, e si è proposto come strumento di studio della formazione e applicazione di norme interne a gruppi sociali nelle società occidentali. In prima approssimazione, allora, «on le peut définir comme un courant doctrinal insistent sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation»¹⁷¹.

¹⁷⁰ Fondatore del pluralismo giuridico è considerato il giurista olandese Van Vollenhoven (1901).

¹⁷¹ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, Puf, 1998, p. 120. Questo stesso autore, nel suo *Anthropologie juridique*, Paris, Puf, 1988, pp. 74-98, tr. it. *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. ***, offre un quadro sinottico delle concezioni del pluralismo.

Le bibliografia sul pluralismo giuridico è intuibilmente molto vasta, e qui si richiameranno solo alcuni titoli: M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 1003-1026; J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique. Essai de synthèse*, in *Le pluralisme juridique*, a cura di J. Gilissen, Bruxelles, Editions de l'Université, 1972, pp. 19-56; ID., *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1989, pp. ***; J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, ivi, pp. 1-50; S.E. MERRY, *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, XXII, 1988, pp. 869-901; *Contributi in tema di pluralismo giuridico*, a cura di A. Cottino, Torino, Università di Torino, 1992; *Le droit face au pluralisme*, Actes du Colloque, Aix-en-Provence, 21-22 novembre 1991, in *Revue de la Recherche Juridique*, 1993-2, pp. 567-642; M. CHIBA, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, in *Ratio Juris*, 1998, 3, pp. 228-245; W. TIE, *Legal pluralism : toward a multicultural conception of law*, Aldershot Ashgate Publications, Dartmouth, 1999; C. FARALLI, *Vicende del pluralismo*



Negli ultimi tempi, peraltro,

... gli studi sul pluralismo giuridico hanno ricevuto un nuovo impulso da molti di quei fenomeni che sono stati ricondotti alla crisi dello Stato-nazione: da un lato l'emergere di vecchie e nuove identità collettive e richieste di riconoscimento, dall'altro dall'imporsi di modelli e rapporti economici, che a loro volta generano modelli giuridici, che travalicano i confini nazionali. Molti di questi fenomeni originano norme, infra, supra e transnazionali, che non sono riconducibili agli ordinamenti statuali, almeno non nelle forme tradizionalmente acquisite dalla scienza giuridica. Gli studi sul pluralismo giuridico si sono estesi a comprendere le situazioni di convivenza, intreccio e talvolta conflitto di queste norme con i diritti positivi. Di fronte a queste situazioni la nozione di pluralismo giuridico è stata sottoposta a varie analisi e revisioni, attirando anche prospettive di conoscenza differenti dalla ricerca antropologica¹⁷².

Nell'ambito di queste analisi e revisioni è emersa la preferenza di alcuni autori – avversati sul punto da altri – per la dizione «pluralismo normativo» in luogo di «pluralismo giuridico», al fine di estendere la copertura del paradigma a fenomeni variamente classificati come *unofficial law*, *soft law* e non-diritto.

Tra gli studi ispirati al pluralismo giuridico quelli

giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia, in *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, a cura di A. Facchi e M.P. Mittica, Milano, Angeli, 2000, pp. 89-102; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 37-77; M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Torino, Giappichelli, 1996.

Tra i precursori del pluralismo giuridico è richiamato sovente S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1947, 2a ed., il quale peraltro, come si è notato da più parti, non parlava di *pluralismo*, ma di *pluralità* di ordinamenti (cui è intitolata la seconda parte del saggio, e sulla quale cfr. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 1-58).

¹⁷² A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 39.



relativi alle problematiche del multiculturalismo hanno una significativa visibilità presso la cultura giuridica tradizionale, che in effetti non lesina loro citazioni a piè di pagina, sebbene per lo più esornative. Tuttavia non sembra che, in base a tali contributi, e soprattutto in base ai loro presupposti teorici, siano stati assunti consistenti indirizzi innovativi in giurisprudenza¹⁷³ e in dottrina (ferma restando la possibilità che il legislatore assuma determinazioni prescrittive sulla base della conoscenza sociologica della quale il pluralismo è paradigma ormai tradizionale). Ciò potrebbe essere spiegato, almeno in parte, con vari ordini di considerazioni.

È stato notato come non sia casuale che i maggiori teorici del pluralismo giuridico siano olandesi o anglosassoni¹⁷⁴ (in un senso giuridico-culturale che possa ricomprendere i *québécois*): si tratta infatti di studiosi appartenenti ad una cultura giuridica in cui non esiste quel primato assoluto della legge che caratterizza invece una tradizione statalistica come quella francese e, anche per influsso di questa, quella di altri paesi eurocontinentali. Il persistente mito della Legge come fonte per eccellenza del Diritto – un mito teoricamente ormai infranto, ma ancora ossequiato dagli operatori – non favorisce certamente il riconoscimento del Diritto in sedi diverse da quelle ufficiali.

Da un altro e complementare punto di vista, si può richiamare l'osservazione secondo cui la *pratica* del diritto, intesa come scelta di una regola per il caso concreto – cioè come *prescrizione*, si tratti di quella pre-disposta dal legislatore, di quella individuata dal giudice o

¹⁷³ Va tuttavia segnalata la particolare sensibilità del Tribunale dei minori di Torino ...***.

¹⁷⁴ Cfr. N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, cit., p.***.



dall'amministratore, di quella suggerita dal dottore – è tendenzialmente incompatibile con il pluralismo. Il giurista «pratico», cioè, nel momento in cui si pronunzia su una controversia, ha la necessità di riferirsi a un solo ordinamento (non può non sottoscrivere, di solito inconsciamente, la concezione «monista» del diritto), da considerare esclusivo o almeno prevalente, e in base al quale si darà esecuzione al *decisum*. Il fatto che l'opzione monista-statalista sia adottata dall'ordinamento internazionale incentrato sulle Nazioni Unite, inoltre, contribuisce non poco a perpetuare questo modo di pensare¹⁷⁵.

Per tentare infine di cogliere un ultimo aspetto del medesimo fenomeno di chiusura, non andrebbe dimenticato che l'approccio del pluralismo giuridico, in quanto *sociologico*, è indigesto al positivismo legalista prevalente nell'accademia e nella giurisdizione (quanto meno in Italia), anche perché, a causa della convergenza, nella stessa teoria del diritto italiana, tra l'impostazione analitica dominante e il formalismo tradizionale di ispirazione kelseniana, le impostazioni sociologiche sono del tutto trascurate nelle trattazioni *mainstream*¹⁷⁶, il che si riflette sulla sensibilità media del giurista.

2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico

Per tutte queste ragioni, e probabilmente per altre ancora, un approccio pluralistico *diretto* a questioni

¹⁷⁵ Cfr. V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 57.

¹⁷⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Presentazione* a W. TWINING e D. MIERS, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. VI e X.



«ecclesiasticistiche» può suonare relativamente inedito. È vero che proprio la tradizione scientifica del Diritto Ecclesiastico italiano si è misurata sistematicamente con il problema della pluralità degli ordinamenti, ma, nelle sue posizioni più largamente condivise, essa sembra ancora legata ai postulati classici del positivismo legale¹⁷⁷.

Sarebbe allora forse il caso di considerare, pur con le dovute cautele, le critiche mosse dal pluralismo giuridico a questi postulati, come pure le nuove categorie proposte per superarli, e in particolare quella – massimamente interessante per analizzare le interferenze tra ordine profano e ordine religioso – di *internormatività*: «l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes»¹⁷⁸.

2.1. Una versione del pluralismo giuridico di particolare

¹⁷⁷ È ben paradossale che l'opera di Santi Romano abbia avuto l'effetto di incrementare il formalismo negli studi di Diritto Ecclesiastico, come è stato rilevato da F. FINOCCHIARO, *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1960, I, pp. 236 e ss.; ID., *Il diritto ecclesiastico*, in AA.VV., *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, pp. 163 e ss.; cfr. anche S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica del diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 119 e ss.

¹⁷⁸ J. CARBONNIER, *Internormativité*, in A.-J. Arnaud *et al.* (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ - EJA, 1993, pp.313-314. Carbonnier riprende in questa voce un precedente articolo: *Les phénomènes d'inter-normativité*, in *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 72-52.

I moderni teorici del pluralismo riconoscono volentieri a Santi Romano di aver sviluppato l'idea di internormatività (ne *L'ordinamento giuridico*, cit.) prima che Jean Carbonnier le attribuisse un nome: cfr. G. ROCHER, *Les "phénomènes d'internormativité": faits et obstacles*, in J.G. BELLEY (éd.), *Le droit soluble*, p. 26, nt. 4.



interesse per l'ecclesiasticista: la dottrina di Roderick A. Macdonald

Una recente lettura, qualificando «classico» l'approccio al pluralismo giuridico «per lo più imperniato sull'idea della coesistenza tra più ordini normativi (intersecata più tardi da considerazioni sulle strategie dei gruppi subalterni nei riguardi della legalità egemone)», ha individuato nell'ambito dell'indirizzo generale una variante non insensibile a problematiche postmoderne e focalizzata sulle opzioni dell'individuo tra i diversi ordini normativi cui è contemporaneamente esposto¹⁷⁹; ed ha inoltre isolato una ulteriore ondata di studi che, oltre a riprendere il tema della «lotta per il diritto», ha guardato al pluralismo come al mezzo per esplorare la *terra incognita* del diritto ovvero per analizzare i fenomeni di interlegalità e delle fluttuazioni di norme¹⁸⁰.

In qualche modo a cavallo tra le ultime due tendenze si colloca la riflessione del sociologo del diritto e

¹⁷⁹ Cioè «la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation»: J. VANDERLINDEN, *Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique*, in *Revue de la Recherche Juridique*, 1993-2, p.583.

¹⁸⁰ Cfr. R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, cit., pp. 350-351.

Sulla «lotta per il diritto» cfr. V. OLGATI, *Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto*, in *I diritti nascosti. Approccio antropologico e ricerca sociologica*, a cura di A. Giasanti e G. Maggioni, Milano, Cortina, 1994, pp. 71-104 = ID., *Il pluralismo giuridico e la lotta per il diritto (e la follia teorico-metodologica di una recente proposta)*, in *Sociologia del diritto*, XXI-1, 1994, pp. 97-127. Il riferimento alla *terra incognita* è a J.-G. BELLEY, *Le droit comme terra incognita: Conquérir et construire le pluralisme juridique*, in *Canadian Journal of Law and Society*, XII-2, 1997, pp. ***-***.



costituzionalista canadese Roderick A. Macdonald¹⁸¹,

¹⁸¹ Tra la vasta opera del canadese cfr.: R.A. MACDONALD, *The Role of the Community*, in F. Sussman and B. Morse (eds.), *Law and The Citizen. Looking To The '80s*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1981, pp. 3-15; ID., *Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et «inferentielle»*, in *Sociologie et sociétés*, XVIII-1, 1986, pp. 47-57; ID., *Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la direction de J.G. Belley, Paris, LGDJ, 1996, pp. 233-271; ID., *Should Judges Be Legal Pluralists*, in *Aspects of Equality: Rendering Justice*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1996, pp. 229-234; ID., *Pluralism in Law and Regime Theory* in R. Wolfe, ed., *Transatlantic Identity. Proceedings Of The 1996 Canada-U.K. Colloquium*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1997, pp. 37-51; ID. (with Martha-Marie Kleinhans), *What is a Critical Legal Pluralism?*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 12 (1997), pp. 25-46; ID., *Justice, Immigration and Legal Pluralism*, in P. Kelly (ed.), *Colloque dans le domaine de la justice et de l'immigration*, Ottawa, Metropolis Project, 1997, pp. 94-101; ID., *Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law*, in A. Lajoie, R.A. Macdonald, R. Janda, G. Rocher (eds.), *Théories et émergence du droit. Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal-Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, pp. 12-23; ID., *Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15 (1998), pp. 69-91; ID., *Legislation and Governance*, in W. Witteveen and V. van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller : Essays On Implicit Law And Institutional Design*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999, pp. 279-311; ID., *Introduction: Law as a Normative Enterprise*, in R.A. Macdonald (ed.), *Perspectives On Legislation: Essays From The 1999 Legal Dimensions Initiative*, Ottawa, Law Commission of Canada, 2000, pp. 1-9; ID., *Lessons of Everyday Law*, Montreal, McGill-Queen's Press for the School of Policy Studies, Queen's University and the Law Commission of Canada, 2002; ID., *L'hypothèse du pluralisme dans les sociétés démocratiques avancées*, in *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, 33 (2002), pp. 133-152; ID., *Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées: l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit*, in C. Younès - E. LeRoy (eds.), *Mediation et diversité culturelle: pour quelle société?*, Paris,



considerata la più compiuta tra quelle che vedono nel pluralismo il risultato delle scelte consapevoli effettuate dagli attori e degli osservatori individuali verso le molteplici realtà giuridiche che li circondano¹⁸². La *actor's perspective* privilegiata da Macdonald (come del resto dagli *economic lawyers* che presuppongono un soggetto libero nelle preferenze verso i beni) rende particolarmente interessante il suo pensiero per una concezione del Diritto Ecclesiastico come *legislatio libertatis*.

Può essere allora opportuno presentare sinteticamente alcuni tratti salienti della dottrina di questo autore, in vista di una successiva utilizzazione nel corso del lavoro.

Un primo aspetto della riflessione di Macdonald riguarda la critica alle dottrine dominanti sulle fonti del diritto positivo. Contro i criteri basati sul «*pedigree*» delle fonti per distinguere i fenomeni giuridici da quelli non giuridici, lo studioso propone classificazioni normative alternative – attente all'anatomia delle norme – basate su criteri interni e sociologici, e applicate anche all'interno dei corpi sociali intermedi e dei sottogruppi sociali (famiglie, comunità culturali e religiose, libere

Éditions Karthala, 2002, pp. 21-38; ID., *The Legal Mediation of Social Diversity*, in A. Gagnon et al. (eds.), *The Conditions Of Diversity In Multinational Democracies*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 2003, pp. 85-111; ID., *European Private Law and the Challenge of Plural Legal Subjectivities*, in *The European Legacy*, 9:1 (2004), pp. 55-66.

Sul pensiero di questo autore cfr. J.G. BELLEY, *Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald: une analyse séquentielle*, in A. Lajoie, R.A. Macdonald, R. Janda, G. Rocher (eds.), *Théories et émergence du droit*, cit., pp. 57-68; R. MOTTA, *Roderick Macdonald e la sociologia delle norme implicite*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIX-1, 1999, pp. 145-167; ID., *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, cit.

¹⁸² B. MONTANARI, *Soggetto e pluralità delle culture giuridiche*, in *Sociologia del diritto*, 1994, n. 1, pp. 85-96.



associazioni), le cui regole vengono considerate, dalla prospettiva tradizionale, pregiuridiche, imperfettamente giuridiche, non giuridiche. In particolare, Macdonald contesta la riduzione al solo paradigma legale della differenziata tipologia di regole riscontrabile nella realtà, e propone una più articolata fenomenologia della normatività di maggiore capacità descrittiva. Essa intende rispecchiare le diverse combinazioni possibili di due polarità: quella tra esplicito e implicito nelle formulazioni normative, e quella tra immediatezza e non immediatezza del senso normativo.

La combinazione tra *esplicito* e *formulato* caratterizza i fenomeni normativi correntemente associati alle legislazioni ufficiali, e dà luogo a una tipologia normativa qualificabile come *manifesta*.

La combinazione tra *implicito* e *inferenziale*, propria dei fenomeni normativi correntemente associati al diritto non ufficiale, dà luogo a una tipologia normativa qualificata come *latente*.

Vi sono poi fenomeni normativi né manifesti né latenti – e perciò trascurati dalle teorie che distinguono soltanto diritto ufficiale e diritto non ufficiale – che risultano dalla combinazione del carattere *esplicito* con quello *inferenziale*, dando luogo a una tipologia normativa *allusiva*, o dalla combinazione del carattere *implicito* con quello *formulato*, dando luogo a una tipologia normativa *abitudinaria* («routinier»).

I quattro sotto-insiemi risultanti dalla combinazione dei due assi esplicito-implicito e formulato-inferenziale presentano al giurista convenzionale concetti a lui familiari, che possono essere inquadrati nella categoria «fonte del diritto».



Les différents phénomènes normatifs obtenus par la conjonction de ces deux axes peuvent être classés, selon diverses combinaisons, de façon à obtenir ce que j'appellerais les quatre normes sociojuridiques fondamentales: normes **explicites et formulées** ou normes réglementaires, dont le paradigme est, en droit, la règle législative ou statutaire; les normes **explicites et inférentielles** ou décisionnelles, dont l'exemple classique est la décision judiciaire reconnue pour son statut de *stare decisis* dérivé des *res judicata* particulières; les normes **implicites et formulées** ou de pratique, dont, en droit, la coutume et les usages commerciaux sont de bons exemples; et finalement, les normes **implicites et inférentielles** ou de valeur, dont les règles d'ordre public, les principes généraux du droit et le concept de conduite raisonnable servent, en droit, de modèle»¹⁸³.

Il «sistema delle fonti» risulterebbe allora così articolato:

- norme formulate ed esplicite: *leggi*;
- norme formulate e implicite: *usi e consuetudini*;
- norme inferenziali ed esplicite: *decisioni giudiziarie*;
- norme inferenziali e implicite: *buon costume, ordine pubblico, interesse generale, principi generali del diritto, presupposti taciti*.

Gli stessi criteri per analizzare le norme sono impiegati da Macdonald in rapporto alle istituzioni normative, tra le quali – ciò che è di specifico interesse in questa sede – quelle di natura religiosa. Combinando ancora i fattori esplicito-implicito e formulato-inferenziale, risultano quattro forme di istituzioni normative fondamentali.

Les institutions **explicites et formulées** sont habituellement associées à l'État, par exemple, les législatures, les tribunaux et les différents types d'agences gouvernementales ayant des pouvoirs

¹⁸³ R.A. MACDONALD, *Les Vieilles Gardes*, cit., p. 250 (grassetto nell'originale).



administratifs, de même que les religions constituées en corporations telle l'Église catholique romaine et enfin, les entreprises bureaucratisées comme les sociétés par actions modernes. Les institutions **explicites et inférentielles** sont des institutions formellement constituées, comme les communautés religieuses non constituées en corporation, les universités et les hôpitaux. Ces institutions sont créées à des fins autres que la formulation de normes. Elles génèrent néanmoins certaines normes sociales, par la force des choses. Quant aux institutions **implicites et formulées**, elles se trouvent dans les différents clubs sociaux et autres associations volontaires du même genre qui n'ont pas de constitution officielle et établie. Ce type d'institution fonctionne sur la base d'un certain nombre de pratiques et d'habitudes et ne soumettent pas leurs activités à un ensemble de critères minutieusement élaborés bien que leur raison d'être et leur existence soient subordonnées à l'exercice d'une certaine autorité dans une juridiction donnée. Finalement, les institutions **implicites et inférentielles** constituent des regroupements informels d'individus dont les interactions se situent dans un contexte social donné et identifiable. Leur autorité normative transcendante ne s'exprime pas en termes de règles impératives. Ainsi, le réflexe de demander conseil à un proche parent, une personne d'expérience ou autre «sage» constitue le fondement de l'autorité que ce type d'institution normative engendre¹⁸⁴.

La medesima combinazione di parametri (esplicito + formulato = manifesto; esplicito + inferenziale = allusivo; implicito + formulato = abitudinario; implicito + inferenziale = latente) è di nuovo utilizzata da Macdonald per analizzare i *procedimenti* tramite i quali la normatività si instaura nei rapporti sociali, e i modelli di rivendicazione della *legittimità* del potere¹⁸⁵.

La mappa del diritto tracciata con tali criteri cartografici appare dunque tridimensionale, grazie ai sondaggi che, inoltrandosi in profondità sotto il livello di quanto

¹⁸⁴ R.A. MACDONALD, *Les Vieilles Gardes*, cit., p. 251-252 (grassetto nell'originale).

¹⁸⁵ R.A. MACDONALD, *Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 252-255.



comunemente si considera «diritto positivo», permettono di ricostruire i vasti fondali del diritto latente. Questi sono abitati da varie figure di norme inferenziali e implicite – una nuova voce nel catalogo di fonti in senso ampio ammesse dalla dottrina giuridica convenzionale – che precipitano nei «presupposti taciti» dei vari tipi di convivenza umana all'interno dei sottogruppi e delle comunità. Lo studioso del diritto è allora chiamato ad esplorare i rapporti tra la normatività inferenziale implicita del diritto e gli altri tipi di norma, più complessi del fare aggio di questi su quella. In particolare, secondo un'ipotesi di Macdonald che sembra assai suggestiva, la forza vincolante della normatività inferenziale implicita sembra destinata a declinare o a decadere, trascinando con sé le altre manifestazioni, più visibili, del diritto, con l'intervento delle formulazioni esplicite. Nel momento in cui, cioè, si cerca, da parte dell'operatore, di verbalizzare il «non detto» alla base del Diritto, questo entra in crisi. «Tra l'altro, la necessità di sviscerare formalmente i contenuti dei grandi valori normativi impliciti (ad esempio quelli insiti nel concetto di patria, o nei miti di fondazione nazionali, richiamati dai testi di alcune leggi ordinarie e dalle costituzioni) comporta il rischio di una contestazione *vis-à-vis* di eventuali loro incrinature, modifiche e decadimenti»¹⁸⁶: di prendere atto, cioè, della nudità del Re.

Di fronte ai differenti fenomeni normativi (o «norme sociogiuridiche fondamentali») eventualmente in conflitto all'interno della medesima istituzione normativa, e alla

¹⁸⁶ R. MOTTA, *Roderick Macdonald e la sociologia delle norme implicite*, cit., p. 156, riferendosi a *Pour la reconnaissance*, pp. 54 e ss., *Les Vieilles gardes*, pp. 254 ss.



pluralità di istituzioni normative¹⁸⁷, si trova l'individuo, sottoposto alle forze gravitazionali di ciascuno di questi fattori.

L'acteur social doit à la fois choisir son statut: le statut interne de celui qui participe à la création du phénomène normatif, ou le statut externe de celui qui constate l'existence du phénomène normatif. L'internormativité se traduit donc par la qualification «externe» que se donne l'acteur social pour reconnaître et pour résoudre les conflits entre les différents ordres normatifs. Plus cet acteur croit en la possibilité que puissent exister des systèmes de normativité fermés, plus cet acteur va chercher à se donner une qualification normative exclusive aux moments de réflexion normative. Plus les phénomènes d'internormativité entre les différents ordres normatifs deviennent alors importants pour lui. A l'opposé, si une grande variété d'arguments sont acceptés à l'intérieur d'un cadre justificatif donné, presque toutes les revendications normatives, incluant celles qui semblent provenir d'autres ordres normatifs, peuvent être considérées comme étant internes à l'ordre normatif qui les reçoit. L'internormativité à l'intérieur d'un ordre normatif perméable est subsumé dans la théorie de la justification de la décision juste¹⁸⁸.

Questa internormatività, naturalmente, può presentarsi nei termini drammatici del conflitto di lealtà:

There is no permanent hierarchy of normative regimes in any individual's life; each one of us is constantly deciding and redeciding (and refusing to decide) which normative regimes provides the symbol structure for evaluating normative discourse in any given situation. Each of us is constantly deciding the relative weight and internormative trajectory of rules, processes and values within our

¹⁸⁷ R.A. MACDONALD, *Les Vieilles Gardes*, cit., p. 258: «le pluralisme juridique ne doit pas se limiter à la constatation de plusieurs ordres normatifs dans un même espace social, mais doit révéler également la complexité normative à l'intérieur de chacun des divers ordres normatifs».

¹⁸⁸ R.A. MACDONALD, *Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 264-265.



multiply divided loyalties¹⁸⁹.

Una parte della produzione scientifica di Macdonald è specificamente dedicata all'accesso alla giustizia ufficiale da parte di soggetti che appartengono a comunità culturali particolari. In effetti, i rapporti interni alle comunità sono regolati da norme autonome, che raramente assumono rilevanza presso le strutture statali – anche quando queste potrebbero attribuire loro rilevanza – perché i membri delle comunità particolari non sono inclini a rivolgersi all'esterno¹⁹⁰.

Gli aspetti della riflessione di Macdonald che meritano di essere ritenuti in questa sede sono molteplici.

In primo luogo, la critica al riduzionismo legalista-statalista, che – Macdonald agisce a questo proposito come un epistemologo del diritto – smaschera le strategie negazioniste della dottrina giuridica *mainstream* di fronte a fenomeni non riconducibili ai propri schemi: la produzione del diritto è dislocata presso una pluralità di soggetti oltre lo Stato: famiglie, comunità religiose e no, imprese, eccetera.

In secondo luogo, e soprattutto, l'analisi di Macdonald evidenzia come la complessità normativa sussiste all'interno dei diversi ordini normativi. Ne può essere esempio la famiglia, ma anche una organizzazione maggiormente complessa come una organizzazione religiosa. Si tratta di «ordini» caratterizzati da complessità e dissonanze che i giuristi tradizionali si studiano di ignorare.

Va ancora rimarcato come, tra le quattro «norme sociogiuridiche fondamentali» non sembri sussistere un

¹⁸⁹ R.A. MACDONALD, *Critical Legal Pluralism*, cit., p. 16.

¹⁹⁰ Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 43.



rapporto gerarchico come quello tradizionale (seppure le norme latenti costituiscano la piattaforma sommersa su cui tutto il resto riposa), né esista gerarchia permanente di regimi normativi dalla prospettiva dell'individuo, ciò che sembra esaltare la responsabilità della sua scelta.

Le osservazioni, infine, relative alla messa in crisi dei principi taciti che reggono un'istituzione nel momento stesso in cui vengono verbalizzati, sembrano, come si dirà subito, di massimo momento.

2.2. La rilettura «pluralistica» delle fonti del diritto ecclesiastico

L'ipotesi che i presupposti taciti della convivenza entrino in crisi non appena siano resi espliciti sembra in effetti avere un impressionante riscontro nelle vicende del costituzionalismo contemporaneo, che si trova a gestire la transizione da società omogenee a società frantumate quanto a riferimenti valoriali. La vicenda relativa alla menzione delle «radici cristiane» nella Costituzione europea – che ha sortito effetti centrifughi piuttosto che centripeti – si direbbe, da questo punto di vista, del tutto esemplare¹⁹¹.

¹⁹¹ La mitologia giuridica, scriveva Santi Romano, assume consistenza durante i periodi di forti cambiamenti, «nei quali si tenta di abbattere gli ordinamenti vigenti sostituendoli con dei nuovi». In questi periodi, «ha naturalmente scarsa importanza la realtà giuridica (...) cioè il complesso di principi, delle ideologie e delle concezioni che stanno alla base del 'ius conditum', e invece vengono in prima linea le ideologie che combattono per informare di sé il 'ius condendum'. È allora perfettamente naturale che si trovino l'una di fronte all'altra diverse ed opposte concezioni, alle quali la lotta conferisce il carattere della fede e della forma immaginosa del mito»: S. ROMANO, (voce) *Mitologia giuridica* (1946), in *Frammenti di un dizionario giuridico*,



L'approccio pluralista, in generale, assume che gli Stati non siano più monopolisti, neanche formalmente, del potere normativo, che condividono con molte altre agenzie. In un sistema delle fonti non più dominato dal tabù statalista, hanno un ruolo significativo le confessioni religiose, della cui complessità normativa interna, per come rilevata da Macdonald, va però tenuto conto. L'impossibilità di riconoscere un primato alla forma legale della normatività osta al riconoscimento di una superiorità a quelle confessioni che dispongono di un apparato normativo simile a quello statale.

La piena normatività che si spiega all'interno di famiglie e organizzazioni (= negazione della dicotomia tipicamente moderna Pubblico/Privato) rende evidente il conflitto con la normatività legale dello Stato: in occasione di questo conflitto emergono gli impliciti (ordine pubblico, miti di fondazione).

... (*Omissis*)

3. *L'analisi di temi specifici in base al paradigma*

...

3.1. *La comunità familiare*

...

3.2. *La questione del velo*

...

3.3. *La questione dei simboli nella comunità scolastica*

Milano, Giuffrè, 1983, p. 129. [L. PATRUNO, *Il nuovo corso protezionistico degli stati nazionali europei, tra incertezza economico-sociale e lento sgretolarsi del mito del libero mercato*, in *Costituzionalismo.it*, 2 marzo 2006]



...

3.4. *I reati «culturali»*

....

4. *Gli apporti del paradigma da tesaurizzare*

...



Capitolo Terzo

IL PARADIGMA RETICOLARE: *DIRITTO & RELIGIONE VS.* TEORIA DIALETTICA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il paradigma alternativo - 2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico - 2.1. Crisi dell'ordine westfaliano e ricerca di una fondazione perduta - 2.2. Le chiese come soggetti produttori di diritto e i rapporti ordini normativi ecclesiastici / ordini normativi profani - 3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma - 3.1. Contenzioso intrareligioso e giurisdizione statale - 3.2. Rapporti di lavoro presso organizzazioni ecclesiastiche - 3.2.1. Status religioso del lavoratore e diritto alla pensione - 3.2.2. Status religioso del lavoratore e revoca dell'incarico - 3.2.3. Licenziamento per motivi religiosi - 3.3. Responsabilità del superiore gerarchico e ordinamento interno dell'organizzazione ecclesiastica - 3.4. Tutela penale del sentimento religioso - 3.5. La gestione giuridica dei fondamentalismi. *La valenza dei principi del diritto «costituzionale» europeo in materia di religione* - 4. Gli apporti del paradigma da tesaurizzare.

1. *Il paradigma alternativo*

Dei tre paradigmi utilizzati in questo lavoro, quello reticolare nell'interpretazione della Teoria Dialettica del Diritto è il più nuovo (seppure nel senso relativo che si è specificato *supra*, in Introduzione) e, al momento, il meno conosciuto. La «*théorie dialectique du droit*» è un progetto di rifondazione – o quanto meno di ripensamento organico – della teoria generale del diritto promosso da François Ost e Michel van de Kerchove, filosofi del diritto



presso le Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles). Lo stadio attualmente più compiuto della teoria è consolidato nel volume *De la pyramide au réseau?*, pubblicato dai due autori nel 2002, ed è a quest'opera che ci si rifarà principalmente per presentare tale recente approccio¹⁹².

¹⁹² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002. Nel recensire tale volume per la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 200*, V. GRECO osserva (p. 670) che «esiste, anche nella filosofia del diritto, una tendenza, sia pure minoritaria, a ritenere che il diritto non sia ancora stato investito dalla "rivoluzione reticolare" che sembra caratterizzare questi ultimi decenni. Lo testimonia la scarsa attenzione dedicata al tema». Nella letteratura di lingua italiana una trattazione *ex professo* della rivoluzione in diritto si deve a F.G. PIZZETTI, *Nell'era della Rete*, Torino, Giappichelli, 2000.

Gli altri scritti dei due autori belgi che appartengono al progetto di ricerca *Une théorie générale du droit dialectique* sono: F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 1987, 1993; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Puf, 1988; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique?*, in *Law at the turn of the 20th century*, Thessalonique, L.E. Kotsiris, 1994, pp. 115-142; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (éd.), *Le jeu, un paradigme pour le droit?*, Paris, LGDG, 1992; M. VAN DE KERCHOVE - F. OST, *Le Droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, trad. it. *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano, Giuffrè, 1995; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique?*, in G. HAARSCHER (éd.), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 127-150; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Pluralisme temporel et changement. Les jeux du droit*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 387-411; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Sociologia del diritto*, 1997, n° 1, pp. 5-26; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseaux? Vers un nouveau mode de*



Il percorso dei giuristi belgi comincia dalla presa d'atto della crisi dell'ordine westfaliano (che, potrà notarsi incidentalmente, era nato come stabilizzazione di un certo rapporto tra Diritto e Religione). Quest'ordine – presupposto dalle analisi dei maggiori teorici del diritto novecenteschi (Kelsen, Hart, Ross) e sottinteso tuttora dal senso comune dei giuristi – viene caratterizzato dai due autori come riposante su una rappresentazione euclidea dello *spazio*, che ha per unico punto di fuga il Sovrano e sviluppa una serie di distinzioni e separazioni (come «sopra/sotto») generatrici di molteplici gerarchie. La *dinamica* di questo universo è sottoposta alle regole di una fisica di tipo newtoniano, con i corpi più pesanti che attraggono quelli più leggeri, organizzati, quindi, ancora secondo gerarchie che consentono di distinguere un centro dalla periferia. La *logica* del sistema è infine aristotelica – dunque più che mai gerarchica – in cui il minore è sottomesso al maggiore, e l'ordine è di tipo binario (amico/nemico, nazionale/straniero, fatto/diritto, diritto naturale/diritto positivo, eccetera) con l'esclusione di una terza alternativa.

Si tratta di un universo – constatano facilmente i Nostri – che si sta modificando. La globalizzazione dei mercati finanziari, la mondializzazione delle economie e delle culture, l'avvento della società dell'informazione, il processo di costruzione europea, l'indebolimento della capacità di azione dello Stato (inteso sia come Stato-nazione sia come Stato-sociale), l'affermarsi di forti poteri privati quali le imprese transnazionali e le organizzazioni non governative, l'accresciuto potere della giurisdizione e la religione dei diritti dell'uomo, il multiculturalismo

production du droit?, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, n.° 44, pp. 1-82.



interno agli Stati-nazione, la moltiplicazione delle spinte individualiste: sono altrettanti fattori ignoti alle teorie che ancora continuano a determinare le rappresentazioni dei giuristi, dei quali tuttavia la scienza del diritto non può continuare a non dare conto, pena la sua incapacità di descrivere il proprio oggetto per come esso effettivamente è.

Al fine di interpretare le trasformazioni in corso, invero epocali, Ost e van de Kerchove ricorrono all'idea del passaggio da forme di potere autoritarie, gerarchiche, verticali, verso forme negoziate, reticolari, orizzontali, consensuali, più civilizzate ma più complesse¹⁹³. E si propongono di studiarle con l'aiuto della teoria dei cambiamenti di paradigma formulata da Kuhn nel quadro della sua analisi delle rivoluzioni scientifiche. Benché, come precisano gli autori, nelle scienze umane e quindi anche nel diritto non si sia mai realizzato quel «solido consenso» e quell'alto livello di convergenza che nelle scienze esatte riuniscono la comunità dei ricercatori attorno a un paradigma incontestato, è a quest'ultimo che si avvicina il modello gerarchico – e statalista, positivista, monologico – riassunto dall'immagine della piramide, condiviso dalla maggior parte dei giuristi e però oggi in crisi. Ci si trova infatti in uno di quei momenti in cui la realtà propone fenomeni inesplicabili in base al paradigma dominante, che provocano dapprima il tentativo di riassorbirli in esso con strategie particolari, e impongono poi una revisione radicale destinata, dopo lo stadio intermedio della «guerra delle scuole», a consolidarsi in un nuovo paradigma dominante¹⁹⁴.

¹⁹³ Gli autori dichiarano di fare propria l'analisi di I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 2001, pp. 7-8.

¹⁹⁴ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit.,



Al seguito dell'impostazione kuhniana, che caratterizza un paradigma in rapporto a certi principi di base, a determinati valori, a una concezione del mondo, e a una costellazione di immagini e di metafore evocatrici della sua logica profonda, Ost e van de Kerchove illustrano il loro modello alternativo dando un contenuto a ciascuno di questi elementi.

Principi di base. Nel nuovo paradigma emerge una forte relativizzazione dei postulati di razionalità e sovranità del legislatore, che cedono terreno, nella validazione e interpretazione dei testi giuridici, ai principi di proporzionalità e sussidiarietà: questi ultimi subordinano la competenza di un potere, la validità di una regola e il senso di una disposizione a giudizi convenzionali, comparativi e contestuali a posteriori.

Valori. Mentre il paradigma piramidale o della gerarchia classica persegue i valori della coerenza, della sicurezza, della stabilità e dell'obbedienza, il paradigma reticolare coltiva i valori della creatività, della flessibilità, del pluralismo, dell'apprendimento permanente e della mitezza, nel senso di attitudine alla convivenza di valori diversi e persino contrapposti¹⁹⁵ (attitudine tipica dei

pp. 11-14.

¹⁹⁵ Gli autori parlano in verità della «... qualité de "douceur", comprise au sens de "convivialité", ou aptitude à faire coexister, plus ou moins harmonieusement, des valeurs divers, parfois opposées» (*op. cit.*, p. 18). Si è reso tuttavia *douceur* con *mitezza* in quanto il riferimento richiamato esplicitamente in proposito è al celebre saggio di Gustavo Zagrebelsky *Il diritto mite* (Torino, Einaudi, 1992), che nella traduzione francese è diventato *Le droit en douceur* (Paris, Economica, 2000). Sulla portata semantica dell'aggettivo *mite* e del sostantivo *mitezza* cfr. N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, Linea d'ombra, 1994, pp. 18 e ss., e 20-21 per l'equivalenza *mite-mitezza / doux-douceur*.



principi generali, ed estranea invece alle regole in senso stretto, che partecipano di una logica gerarchica conducente all'alternativa integrazione/esclusione).

Visione del mondo. Il modello piramidale riposa su una ontologia razionale sostanzialista e meccanicista e su una metafisica del soggetto, mentre il modello della rete presuppone una ontologia relazionale e cibernetica, legata a una pragmatica della comunicazione e dell'intersoggettività: il mondo complesso e ricorsivo dell'interattività generalizzata.

Metafore e immagini. La contrapposizione tra il vecchio e il nuovo paradigma è veicolata non solo dalle metafore eminenti della piramide e della rete, ma pure da altri traslati, emersi nella letteratura giuridica più recente, come impero del diritto *vs.* arcipelago della norma, albero *vs.* rizoma, persona giuridica *vs.* idra a più teste, codice *vs.* rapsodia, leone o aquila *vs.* camaleonte, diritto solido, duro (*dura lex ...*) e tagliente come la spada *vs.* diritto solubile, flessibile, liquido, gassoso¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Ost e van de Kerchove forniscono (*op. cit.*, p. 19) le fonti solo di alcune di queste metafore alternative emerse nella teoria del diritto più recente: G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Paris, Puf, 1997; M. DELMAS-MARTY, *Introduction*, in *Les transformations de la regulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998 (per l'immagine del «rizoma»); G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, Paris-Diegem, LGDJ-Kluwer, 1994, pp. 267 e ss. (per l'immagine dell'idra a più teste); M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine*, in *R.I.E.J.*, n°46, 2001, pp. 156 e ss.; B. DE SOUSA SANTOS, *Law: a map of misreading*, in *Journal of law and society*, vol. 14, n.°3, p. 298 (per l'immagine del camaleonte); J.-G. BELLEY, *Une métaphore chimique pour le droit*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la direction de J.-G. Belley, Paris, LGDJ, 1996, p. 9. Ad integrazione di queste referenze, e delle metafore richiamate dai giusfilosofi belgi, potrebbero aggiungersi: Rapport du Conseil d'État 1991, *De la sécurité*



Nella progressiva tessitura – è il caso di dire – di una teoria «reticolare» del diritto Ost e van de Kerchove integrano una reinterpretazione della dottrina delle fonti da loro elaborata in precedenti lavori, ed ispirata ai concetti di «strani anelli» e «gerarchie aggrovigliate» di Douglas R. Hofstadter¹⁹⁷. Lo «strano anello» è il ritrovarsi

juridique, in *La documentation française, Études et documents*, n° 43, 1992, pp. 15 e ss., in particolare p. 32 (per l'immagine dello «stato gassoso»); G. ABI-SAAB, *Éloge du "droit assourdi" - Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain*, in *Mélanges F. Rigaux*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, T. XXII, Bruylant, 1993, p. 59 e ss.; M. DELMAS-MARTY, *Le flou dans le droit*, Paris, Puf, 1986 (trad. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1992). L'espressione *soft law*, attribuita a Lord McNair, designava originariamente le prescrizioni a contenuto non del tutto definito (cioè il diritto *flou*), per assumere negli anni settanta il significato di diritto non vincolante (cfr. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, p. 258, da cui possono ricavarsi ulteriori indicazioni).

Quanto al leone e all'aquila, la loro sintesi nel mitologico grifone per farne emblema del Diritto si trova in un poco noto quaderno di Paul Valéry (*Les principes d'an-archie pure et appliquée*, 1936) che ha attirato l'attenzione di N. IRTI, *Diritto insonne come il grifone*, ne *Il corriere della sera* dell'8 settembre 2005, p. 41.

¹⁹⁷ D.R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, ***, Basic Books, 1979; trad. it. *Gödel, Escher, Bach. Un'eterna ghirlanda brillante. Una fuga metaforica su menti e macchine nello spirito di Lewis Carroll*, Milano, Adelphi, 1984.

Gli autori richiamano (*op. cit.*, p. 50) due libri della propria produzione anteriore a firma congiunta: F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, cit., pp. 210 e ss.; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, cit., pp. 105 e ss. Il ricorso alle immagini di Hofstadter risale però a scritti precedenti e concomitanti quali F. OST, *Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 31 (1986), p. 160 (per le gerarchie aggrovigliate); [?]ID., *Essai de définition et de caractérisation de la validité*



al punto di partenza salendo o scendendo i gradini di qualche gerarchia; un tale fenomeno si presenta in forma di regole che cambiano se stesse, o di regole ricorsive che generano disegni infiniti e incapsulati dalla trama imprevedibile anche se obbligata¹⁹⁸. La «gerarchia aggrovigliata» («un sistema nel quale è presente uno Strano Anello»)¹⁹⁹ è quel rapporto in cui il superiore comanda l'inferiore venendo al tempo stesso, in qualche modo, comandato da quest'ultimo²⁰⁰. I due strumenti concettuali, applicati al diritto, permettono di dar conto di fenomeni inammissibili nella prospettiva dogmatica tradizionale, come le gerarchie aggrovigliate che si producono quando organi ritenuti inferiori in rapporto agli autori della regola formale si dimostrano capaci di determinarne la ricezione o il rigetto (validazione, applicazione, sviamento, modifica implicita o esplicita, rifiuto)²⁰¹. Ne risulta un ribaltamento dei capisaldi del processo di validazione delle regole giuridiche per come presupposto dal positivismo legale corrente, al tempo stesso formale e unilaterale (si considera solo la produzione della regola in conformità ai criteri interni del sistema), senza sfumature e assoluto (la regola è totalmente valida o assolutamente nulla), nonché, naturalmente, gerarchizzato (la legalità della regola è

juridique, in *Droit et pouvoir*, t. I: *La validité*, Centre interuniversitaire de Philosophie du Droit, Bruxelles, 1987, p. 97 e ss.; una presentazione di questa dottrina si trova anche in M. VAN DE KERCHOVE - F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., capitolo 3, sez. I.

¹⁹⁸ È lo stesso Hofstadter, studioso di scienza cognitiva e informatica a offrire una applicazione dello schema «Strani Anelli» al diritto: D.R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach*, cit., pp. 750-751.

¹⁹⁹ D.R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach*, cit., p. 11.

²⁰⁰ Cfr. ***.

²⁰¹ Cfr. F. OST, *Entre ordre et désordre*, cit., p. 160.



valutata in rapporto alla regola superiore validante)²⁰². Per converso – è la tesi di Ost e van de Kerchove –, il processo di validazione delle norme è *anche* plurale e circolare (determinato non solo da criteri formali, ma anche empirici e assiologici), e produce la legittimità della norma grazie all'assorbimento di fattori diversi provenienti dall'alto e dal basso, così come dall'interazione continua dell'insieme degli attori²⁰³. Questa rappresentazione alternativa è la base utilizzata dagli autori in *De la pyramide au reseau?* per correggere la dottrina convenzionale, cosa che si propongono di fare saggiando tre ipotesi. (I) Pur non scomparendo, la gerarchia rivela limiti – discontinuità, incompletezza, alternanza – in cui la subordinazione fa parzialmente luogo alla coordinazione e alla collaborazione. (II) Senza perdere tutta la propria forza, la linearità si relativizza e si accompagna frequentemente a fenomeni di chiusura degli anelli o di inversione nell'ordine gerarchico delle relazioni. (III) L'arborescenza si diluisce, nella misura in cui la molteplicità dei focolai di creazione del diritto non può sempre essere derivata da un punto unico e sovrano.

La metafora tessile²⁰⁴ della rete si presta idealmente a esprimere le caratteristiche del nuovo diritto. A differenza della *piramide*, che ha un «alto» e un «basso», e in cui il senso direzionale va inesorabilmente dal primo al secondo, nella rete nessun punto o nodo è privilegiato. A

²⁰² Cfr. M. VAN DE KERCHOVE - F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., p. 129.

²⁰³ Cfr. F. OST, *Entre ordre et désordre*, cit., pp. 158-159; ID., *Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique*, cit., pp. 97 e ss.; M. VAN DE KERCHOVE - F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., p. 130.

²⁰⁴ Su questo tipo di metafore cfr. F. RIGOTTI, *Il filo del pensiero. Tessere, scrivere, pensare*, Bologna, Il Mulino, 2002.



differenza poi del *sistema*, la rete non implica alcuna forma di chiusura tendenziale. Poiché però in natura i modelli allo stato puro sono una rarità, seppure esistono, la fenomenologia delle reti presenta tipi più o meno gerarchizzati, allo stesso modo che può parlarsi di sistemi aperti²⁰⁵. (Sin dalle prime pagine del loro saggio Ost e van de Kerchove precisano che a loro avviso le trasformazioni in corso non giustificano un cambiamento totale di paradigma nella scienza giuridica ma piuttosto una ibridazione di modelli, che veda convivere la piramide con la rete)²⁰⁶.

Il passaggio dalla piramide alla rete si accompagna al passaggio dalla regolamentazione alla regolazione e all'affermarsi della *governance* in luogo del governo (l'emergere della *governance* coincide, nella macrodimensione, col passaggio dal mondo Stato-centrato a quello multi-centrato in cui operano diversi tipi di attori: *infra*, 2.1.). Rete-regolazione-*governance* formano un nuovo dispositivo²⁰⁷.

La regolazione è il nuovo modo di produzione del diritto, almeno di quello «reticolare». Il comando unilaterale, autoritario, centralizzato – sovrano – fa luogo

²⁰⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. ***.

²⁰⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 15, 22.

²⁰⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. ***.

Per un'impressione perplessa sul nuovo paradigma della *governance*, cfr. M. DANI e F. PALERMO, *Della governance e di altri demoni (un dialogo)*, in *Quaderni Costituzionali*, 23 (2003), n. 4, pp. 785-794.

Sulla *governance* europea e il fenomeno religioso cfr. G. MACRÌ, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 43 e ss., 140 e ss.



a un ordinamento flessibile, decentralizzato, adattivo e spesso negoziato. Si tratta di un concetto nato dal paradigma sistemico-funzionale: procedure destinate a mantenere o ripristinare, per aggiustamenti successivi, l'equilibrio di un potere minacciato da perturbazioni. Non è un caso che l'idea di *governance* appaia nel campo giuridico proprio quando questo prende forma di rete: essa permette di pensare le delicate operazioni di *equilibration* che prendono posto tra fonti del potere al tempo stesso complementari e concorrenti ... si parla allora di autoregolazione.

In diritto, dove il termine «regolazione» sta acclimatandosi dopo essersi saldamente impiantato in economia e in sociologia, funzioni tipicamente regolatrici sono proprie delle autorità indipendenti, sempre più numerose, e delle giurisdizioni superiori²⁰⁸.

Quanto alla distinzione del governo dalla *governance*, si può dire in prima approssimazione che l'uno è relativo a una istituzione, l'altra riguarda un processo. Il governo è la direzione degli affari connessa alla sovranità statale, l'imposizione di principi di azione da parte di un'autorità politica centrale. La *governance* è un processo di coordinamento di attori, di gruppi sociali, non tutti statali e non tutti pubblici, per conseguire fini propri discussi e definiti collettivamente in contesti frammentati e incerti²⁰⁹.

²⁰⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 26-27.

²⁰⁹ Gli autori fanno proprie le definizioni di governo e di *gouvernance* di J. COMMAILLE et B. JOBERT, *Introduction: la régulation politique, l'énigme d'un nouveau régime de connaissance*, in *Les métamorphoses de la régulation politique*, sous la dir. De J. Commaille et B. Jobert, Paris, LGDJ, 1998, pp. 28-29.

Sulla *governance* cfr. *ex plurimis* il numero monografico di *Sociologia e politiche sociali*, vol. 8-2, 2005, «Governance come interfaccia», a cura



Il distinguo mette dunque in discussione il modello weberiano di governo fondato sull'autorità, la gerarchia e una potente burocrazia, evidenziando la presenza di un processo policentrico e negoziato, di continui aggiustamenti parziali, di una rete di relazioni alla ricerca di principi di coordinazione²¹⁰. Simili analisi, naturalmente, sono particolarmente congeniali alle tendenze verso il ridimensionamento dei compiti e degli apparati dello Stato, cui si vogliono riservare, al più, funzioni di coordinamento, direzione, programmazione. In tale contesto si delineano, in alternativa ai classici modi di intervento dello Stato, unilaterali e imperativi, nuovi modelli di azione pubblica quale ad esempio – il più interessante da richiamare in questa sede – la comitologia, vale a dire la consultazione sistematica di attori appartenenti ad ambienti eterogenei in vista di una individuazione in comune dei problemi e della loro soluzione²¹¹.

Il *mixage* di universi sociali distinti, il dialogo tra interlocutori che abitano logiche diverse, l'ibridazione di saperi multipli – fenomenologia che dà luogo alla problematica della «governamentalità»²¹² –, richiede un'opera di traduzione continua per la quale Ost e van de Kerchove propongono di avvalersi della categoria di *transcodage*, elaborata da P. Lascoumes²¹³. Con essa si

di L. Pellizzoni.

²¹⁰ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 26-29.

²¹¹ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. 30.

²¹² *La gouvernamentalité*, sous la direction de J. Chevallier et al., CURAPP, Paris, Puf, 1996.

²¹³ P. LASCOUMES, *Rendre gouvernable: de la "traduction" au "transcodage". L'analyse des processus de changement dans les réseaux*



descrive la capacità preliminare – esigita dalle aggregazioni di interessi, dalla costruzione di compromessi, dalla coordinazione di azioni – di trascrivere informazioni e rappresentazioni di un linguaggio o un codice in un altro: è al centro delle questioni del dialogo delle comunità etiche che condividono una mira di universalità.

La concezione reticolare del diritto di Ost e van de Kerchove è infine *dialettica*. La dialettica – osservano gli autori – invita a pensare l'interazione tra termini abitualmente distinti. Il pensiero classico sottolinea le identità e rafforza le differenze, escludendo così il terzo. La dialettica mostra al contrario come ciascuno dei termini in gioco, che contiene una parte dell'altro, interagisce con questo, sperimentando così il passaggio dell'*entre-deux* (= la mediazione) che lo trasforma: allo stesso tempo lui e l'altro, sempre in divenire. Questo processo di generazione reciproca, che segna il ritorno del terzo, è l'unico in grado di fare giustizia della complessità dinamica del reale.

Per sua stessa natura, dunque, la dialettica immunizza contro la tendenza ad assolutizzare le posizioni²¹⁴.

La riflessione dei filosofi del diritto belgi, per come appena riassunta in alcuni dei tratti principali, sembra particolarmente promettente ai fini di questo lavoro per una serie di motivi.

Rispetto agli altri due paradigmi utilizzati – l'analisi economica e il pluralismo normativo – si presenta in qualche modo maggiormente inglobante, giacché tiene conto dell'una e dell'altro e si propone di assimilarne

d'action publique, in *La gouvernabilité? *****, pp. 325 e ss.

²¹⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. 37.



alcuni apporti. Trattandosi poi di un prodotto squisitamente europeo, è sensibile anche agli stravolgimenti del sistema delle fonti positive determinato dal diritto dell'Unione Europea. Soprattutto, grazie alla sua connotazione costitutivamente dialettica, l'impostazione di Ost e van de Kerchove è particolarmente idonea a cogliere i rapporti intersistemici correnti tra i diritti profani e i diritti delle comunità di fede. Mostra infine di non ignorare – anzi di tematizzare non incidentalmente – il problema di una apertura trascendente del sistema, il problema cioè della teologia del diritto.

2. Applicazione del paradigma al Diritto Ecclesiastico

2.1. Crisi dell'ordine westfaliano e ricerca di una fondazione perduta

Ost e van de Kerchove offrono una interpretazione dei processi di mondializzazione del diritto da cui si possono selezionare alcuni elementi di un certo interesse nella prospettiva dei rapporti tra Diritto & Religione.

Il primo di questi è la critica cui gli autori sottopongono il «modello westfaliano» di rappresentazione della società internazionale. Preparato da una linea di pensiero di giuristi-teologi (Vitoria-Suárez-Grozio), il modello poggia lo Stato sui dogmi della sovranità territoriale e del monopolio della forza all'interno dei confini, dogmi che, a partire dal XV secolo, costituiscono del pari il fondamento dell'ordine giuridico internazionale sotto forma dell'uguale autorità di entità *superiorem non recognoscentes*.

Le relazioni internazionali, tuttavia, una volta configurate come indipendenti da ogni principio



trascendente – osservano Ost e van de Kerchove –, appaiono riprodurre all'infinito lo stato di natura di hobbesiana memoria. Diviene allora manifesto come il dogma dell'uguale sovranità degli Stati sia stato sin dall'inizio una finzione giuridica che copre la realtà dei rapporti di forza. D'altra parte, soggiungono gli autori, il modello si rivelava già eccessivamente semplificatore nel momento in cui non dava conto dell'esistenza di poteri di tipo morale come quelli del papato e di tipo economico come quelli delle grandi compagnie marittime.

Considerato dunque dal versante del diritto internazionale, lo Stato territoriale rivela crudamente molti dei suoi limiti, come se potesse attuare le proprie pretese all'universalità del diritto e della giustizia soltanto entro le frontiere della sua sovranità, facendo rifluire all'esterno il disordine diminuito all'interno. In tale prospettiva, il modello di Stato-nazione a base territoriale diventa soltanto una tappa lungo un processo che porterà al superamento delle frontiere.

Un secondo elemento dell'analisi di Ost e van de Kerchove relativa alla mondializzazione del diritto è la messa in evidenza di come, sotto la spinta alla liberalizzazione degli scambi e delle comunicazioni, le legislazioni nazionali che pongono vincoli in determinati settori vengono percepiti quali ostacoli a una inesorabile omogeneizzazione, tollerati solo a titolo transitorio. Si tratta di una standardizzazione che dalla *lex mercatoria* si è estesa a molti altri campi – dando luogo per esempio anche a una *lex bioethica* – e avanza persino in ambiti tradizionalmente presidiati dall'ordine pubblico, come il diritto di famiglia.

Ost e van de Kerchove si pongono il problema di non accettare passivamente un processo che tende ad



assumere i contorni di una globalizzazione del pensiero unico, per opporgli invece una universalizzazione dei principi etici fondamentali. La loro proposta alternativa è di invertire il punto di osservazione dominante, e di guardare alla mondializzazione da Sud invece che da Nord, dalle pratiche locali invece che dalle costituzioni globali, dalle istituzioni comunitarie invece che dalle organizzazioni mondiali, dagli scambi quotidiani invece che dai flussi planetari. Apparirà allora un mondo variegato, costituito da reti talvolta a base religiosa, come le organizzazioni islamiche attive in Africa e Asia e quelle evangeliche in America Latina, talvolta a base etnica o nazionale (in cui tuttavia, come si potrebbe aggiungere, il fattore religioso-culturale non è secondario) e in forma di diaspora, come tipicamente quella ebraica o quella dei lavoratori stranieri emigrati in Europa (si pensi alla comunità turca in Germania). Queste reti esprimono enti esponenziali e attuano dinamiche informali di solidarietà, così come assumono iniziative di valenza politica, e possono produrre importanti flussi finanziari.

È dato così osservare il fiorire di una logica di solidarietà informale che non è confinata al Sud del mondo, ma è doppiata al Nord dall'autonomizzazione crescente di sottosettori sempre meno soggetti alla tutela statale, dalla proliferazione di mondi in larga misura autoregolati (si tratti della ricerca scientifica, della cultura, della medicina, dei media o dello sport).

La combinazione delle diaspore etniche o religiose, da un lato, e dei sottosistemi autonomi, dall'altro, costituisce una prima versione dell'alternativa alla globalizzazione 'ufficiale'. Ma si può certo dubitare – i giusfilosofi di Bruxelles sono i primi a riconoscerlo – che tali fattori siano da soli capaci di strutturare una società e di



alimentare il processo di universalizzazione: basti pensare alla minaccia costante di ripiego identitario e di regressione fondamentalista che pesa sulle diaspore, l'uno e l'altra spinte recessive rispetto al grado di universalizzazione già garantito dallo Stato. Quanto ai sottosistemi autonomi, esaltati dalle teorie neoliberali²¹⁵, può ben darsi che dietro l'immagine idilliaca di una regolazione spontanea inquadrata da un'etica corporativa operi una volta di più un gioco di forze e poteri poco visibili. Né sembra possibile una società fondata su questi ambiti specializzati senza un minimo di coordinazione normativa, e senza un minimo di solidarietà tra i vincenti e gli emarginati²¹⁶.

Ost e van de Kerchove richiamano altre versioni di una globalizzazione 'diversa', intese a costruire un «nuovo multilateralismo» o una «democrazia cosmopolita»²¹⁷. Si tratta di programmi non privi di una forte carica utopica, intesi a estendere la partecipazione democratica su tutti i livelli, dal governo mondiale a quello locale, nel cui ambito un ruolo particolarmente importante è riservato alle associazioni, le maggiori tra le quali beneficiano dello statuto di organizzazioni non governative (ONG). Talune di queste organizzazioni – il cui recente successo è dovuto a una elevata capacità di mobilitare mezzi umani e finanziari, dall'ottima conoscenza del terreno in cui operano, dalla flessibilità e rapidità di intervento – dispongono di un patrimonio di esperienze che ne fanno

²¹⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. ***.

²¹⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 174-175.

²¹⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. ***.



dei gruppi di pressione importanti in seno alle conferenze internazionali (si pensi al ruolo svolto dalla Croce Rossa Internazionale in rapporto alle convenzioni umanitarie di Ginevra). Ispirati alla democrazia deliberativa (che presuppone adeguata conoscenza dei termini in cui si presentano i problemi) piuttosto che a quella rappresentativa (in cui le decisioni vengono assunte dai pochi delegati dai molti), esse ritengono spesso di essere il principale luogo di elaborazione di un controprogetto democratico che fronteggia la mercantilizzazione (unilaterale) del mondo sotto l'egida dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Di fronte a Stati minacciati di essere posti sotto la tutela del Mercato, le associazioni svolgono così una funzione insostituibile di coscienza critica, la quale risalta vieppiù a fronte del fatto che il quadro territoriale dello Stato, in definitiva, non è più adeguato alla scala su cui si pongono la maggior parte dei problemi contemporanei²¹⁸.

Ost e van de Kerchove sottoscrivono la considerazione habermasiana per cui le problematiche in questione vanno viste nella dialettica apertura/chiusura dell'economia e dei mercati, e nessuna delle soluzioni estreme è accettabile. L'apertura totale significherebbe infatti accettare il trionfo dei mercati, e della violenza che del mercato è propria ove non vi sia un diritto che medi i rapporti di scambio. La chiusura totale, cioè l'innalzamento di barriere protezionistiche, significherebbe rifiutare la complessità del mondo moderno e ripiegare sull'identità nazionale, col naufragio dei valori universalistici.

È necessario dunque intraprendere una terza via: l'UE.

²¹⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p.



*L'effettività progressiva è già concepita benché non ancora consacrata. La dottrina del come se: una sorta di validità giuridica condizionale e relativa*²¹⁹.

2.2. Le chiese come soggetti produttori di diritto e i rapporti ordini normativi ecclesiastici/ordini normativi profani

Tra le evoluzioni recenti che si producono su tutti i livelli della piramide mettendola in crisi, Ost e van de Kerchove segnalano anche il crescente peso delle «persone private» accanto ai, e talvolta al di sopra dei, poteri pubblici²²⁰. Si tratta di soggetti molto diversi che vanno dagli individui alle associazioni, alle imprese, ai sindacati, alle organizzazioni professionali, alle multinazionali, alle federazioni sportive internazionali, alle ONG, alle chiese. Taluni di questi soggetti gestiscono bilanci considerevoli, talvolta superiori a quelli di certi Stati, e hanno una non trascurabile capacità di azione politica.

Secondo il paradigma tradizionale, questi soggetti, con la loro incisiva capacità di produrre regole, non sarebbero altro che attori abilitati dall'ordinamento a creare diritto nel quadro costituito dall'insieme delle norme superiori del sistema giuridico. Nella versione kelseniana – in cui la norma giuridica è solo quella statale, e Diritto e Stato si identificano – gli attori giuridici privati sono, più precisamente, «organi dello Stato»²²¹.

²¹⁹ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. 36.

²²⁰ Gli altri fenomeni dello stesso genere che vengono esaminati dagli autori sono il continuo evolvere del tessuto costituzionale, la costruzione giuridica transnazionale dell'Europa, l'erosione della legge, la crescente frammentazione del regolamento, il ruolo sempre maggiore della giurisprudenza.

²²¹ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einteilung in die*



La questione che si pone allora in proposito è di accertare se davvero il potere normativo delle «persone private» si limita all'individualizzazione delle norme generali siccome previsto dall'ordinamento ufficiale, sul modello dell'esercizio dell'autonomia della volontà nel quadro formato dall'ordine pubblico e dalla legge imperativa²²². L'ipotesi alternativa formulata dagli autori è

rechtswissenschaftliche Problematik, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, p. 144. *** [cfr. S. BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo*, ?] + SMEND.....***

Nella *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, Julius Springer, 1925) il praghese aveva affermato che, se «die Kirche Rechtsordnung ist, dann ist sie Staat» (p. 133); su tale affermazione cfr. A. CHECCHINI, *Introduzione dogmatica al diritto ecclesiastico italiano. Parte prima*, Padova, Cedam, 1937, p. 11, in nota.

²²² Cfr. gli artt. 1133 e 1134 del Code Napoleon, e i rispettivamente omologhi artt. 1372 e 1343 del Codice civile italiano del 1942.

«Appare evidente [...] che qui non si versa propriamente in ipotesi di collegamento tra ordinamenti reciprocamente esclusivi, trovandosi piuttosto dinanzi alla manifestazione di una (diversa) forma di rilevanza dell'ordinamento confessionale, dovuta alla parziale coincidenza delle qualificazioni operate da quest'ultimo con quelle di matrice statuale»: A. LICASTRO, *Contributo allo studio della giustizia interna alle confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, pp. 136-137. La rappresentazione dei rapporti tra ordinamento civile e ordinamento religioso presupposta da questo autore sembra del tutto esemplare della tradizionale prospettiva legal-positivistica, gerarchica e binaria (fatto/diritto, interno/esterno, eccetera) messa in discussione da Ost e van de Kerchove: «In vero, già da un punto di vista meramente formale e astratto, non può dubitarsi che l'affermazione da parte di un ordinamento della propria competenza giurisdizionale piena su una determinata materia, non può che accompagnarsi al totale disconoscimento, sulla stessa materia, della competenza di qualsiasi altro ordinamento. È questa una conseguenza immediata del carattere esclusivo delle valutazioni compiute da ogni ordinamento giuridico: "la valutazione normativa evoca una prospettiva monistica; ogni sistema pone se stesso come l'unico, relegando nell'indifferente tutto



invece che, per il tramite di diverse tecniche di «amministrazione consultativa» e di pressioni ufficiose (*lobbying*), le «persone private» producano in collaborazione con lo Stato *regole generali* o addirittura sviluppino, ai margini del diritto statale o persino contro di esso, una regolazione privata *sui generis*²²³.

Lungo quest'ultimo versante, sembra dunque che, proseguendo sulla falsariga tracciata da Ost e van de Kerchove, si possa distinguere una duplice fenomenologia della produzione normativa dei soggetti collettivi religiosi. Da un lato si ha una nomopoiesi di tipo dialogico, che presuppone un certo grado di integrazione nell'ordinamento profano «ospitante», e che può assumere forme più o meno solenni (dai concordati ai *modus vivendi*, dalle intese «all'italiana» alle convenzioni amministrative, secondo il modello della *multilevel regulation*), tra le quali vanno annoverate, al «grado zero» della formalità normativa, gli interventi lobbystici delle confessioni in pro dei propri interessi o contro quelli di confessioni concorrenti (in tutti questi casi, la fonte formale della regola è un atto dell'ordinamento profano; la fonte

quanto non vi sia qualificato"» (*ibidem*, p. 204; la citazione interna è da F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 216). Giusta tale prospettiva, è dato solo verificare «...se le norme [confessionali] sono diventate in qualche modo parte del nostro sistema giuridico [...] per l'esistenza di una qualche forma di rinvio dell'ordinamento statale a quello canonico, ovvero in forza di una specifica e peculiare applicazione o manifestazione del potere di autonomia privata, ad esempio nella forma tipica del contratto» (*ibidem*, p. 125; sul potere di autodeterminazione negoziale dei privati come via d'ingresso nell'ordinamento statale di regole religiose *amplius ibidem*, pp. 135 e ss.).

²²³ Su queste tematiche J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue de droit publique*, 3-1998, pp. 676-677.



materiale è la risultante del confronto tra gli interessi profani e quelli religiosi). Dall'altro lato si ha una nomopoiesi non dialogica con il diritto profano, che si sviluppa nell'ambito di una semplice inserzione all'interno dell'ordinamento ospitante e dà luogo a *enclaves* di diritto personale, eventualmente semiclandestino: è il caso di gruppi familiari, comunità religiose, scuole confessionali in cui i diritti di libertà personale garantiti nell'ordine profano vengono compressi o conculcati, senza che l'apparato statale, che pur è a conoscenza delle violazioni di diritti fondamentali, si attivi (su tale problematica, *infra* ***).

Se le regole prodotte dai soggetti collettivi religiosi raggiungono una massa critica e una organicità sufficienti, si avrà un ordinamento giuridico ben identificabile, e di solito, in quanto religioso, non territoriale. Ost e van de Kerchove, al seguito di François Rigaux, qualificano come «ordine giuridico non territoriale» il diritto canonico, considerato sotto tale rispetto al pari del diritto zingano, del diritto delle federazioni sportive, del diritto dei gruppi economici transnazionali²²⁴.

Il panorama che risulta dalle osservazioni dei due autori belgi condotte sugli ordini giuridici non territoriali è quello di una pluralità di ordini giuridici, relativamente aperti l'uno verso l'altro, e almeno parzialmente «messi in rete». Tale rappresentazione dissolve l'equazione monista tra spazio giuridico e spazio territoriale, secondo cui a un territorio determinato corrisponde un solo sistema giuridico (coincidente al limite con il territorio dell'ordine giuridico universale), e, reciprocamente, a ogni sistema

²²⁴ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. ***.



giuridico corrisponde un territorio determinato²²⁵. La sovrapposizione di più spazi giuridici in un medesimo luogo – il che significa che nessuno di essi ha un territorio suo proprio –, come pure l'esistenza di ordini giuridici non territoriali che mettono in opera poteri «delocalizzati», relativizza allora la nozione di spazio giuridico dissociandola dal suo substrato materiale e geografico; essa ne fa una «costruzione psicologica» (Carbonnier), una «pura nozione», uno «spazio immaginario», ovvero, al limite, una «finzione» (Rigaux). Come pure una finzione – sembrerebbe di poter aggiungere – è, per converso, negare l'esistenza di ordinamenti concorrenti sul territorio statale.

Gli autori formulano le affermazioni sopra riportate a consuntivo dell'esame di una fenomenologia dei rapporti tra ordine normativo statale e ordini normativi non statali, e in specie, per quanto qui interessa, religiosi. Si tratta di rapporti di rilevanza dei secondi nel primo, nel senso che la casistica considerata mostra come l'ordine civile percepisca in quanto esistente l'ordine «altro»²²⁶; a sua

²²⁵ Sull'impraticabilità, quanto meno nel diritto europeo, del «legal monism», sia nella versione statale che in quella internazionale, e sulla necessità piuttosto di ricorrere a modelli pluralisti facenti aggio su processi discorsivi «open-ended», si veda anche M. LA TORRE, *Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law*, in *Ratio Juris*, 12 (1999), n. 2, pp. 182-185. Così V. FERRARI, *Diritto e società*, p. 54: «fino a tempi recenti, fra i giuristi dominava indisturbata la concezione monista e statalizzata del diritto, fondata sul principio di sovranità e di totale monopolio di ogni Stato sul proprio diritto».

²²⁶ Il fenomeno è perfettamente riscontrato nell'ordinamento italiano: «... l'atto confessionale (sia esso manifestazione della potestà normativa, amministrativa o giudiziaria) – lungi dall'essere relegato dall'ordinamento statale in un settore isolato e negletto di giuridica irrilevanza – riceve *sempre* dal diritto italiano una qualificazione giuridica normalmente derivantegli dalla norma che assicura alle



volta, questa rilevanza può essere positiva – giunto alla percezione dell'ordinamento civile, un segmento dell'ordinamento religioso viene avallato, per così dire, da quello profano –, oppure negativa – giunto alla percezione dell'ordinamento civile, un segmento dell'ordinamento religioso viene respinto da quello profano – (gli autori parlano rispettivamente di «consonanza» e «dissonanza»)²²⁷.

Questa impostazione è illustrata nell'ambito di un parallelismo tra due ordini normativi «altri» e rilevanti rispetto a quello statale: l'ordine sportivo e l'ordine religioso. Se ne darà conto immediatamente nel richiamare la casistica sui rapporti tra diritto civile e diritto religioso cui gli stessi autori si rifanno.

3. L'analisi di temi specifici in base al paradigma

3.1. Contenzioso intrareligioso e giurisdizione statale

Gli autori considerano il caso di un ministro di culto privato dell'ufficio e, per conseguenza, della remunerazione connessa, che si rivolge alla giurisdizione statale per ottenere giustizia. Pronunciandosi su una questione del genere, il giudice belga ha ritenuto la propria competenza a motivo del fatto che oggetto della controversia è un diritto civile di esclusiva competenza dei tribunali statali in virtù dell'art. 92 della Costituzione del Regno²²⁸. Benché la Corte non si sia esplicitamente

Confessioni religiose la libertà di esercitare i propri poteri giurisdizionali al di fuori di interferenze e controlli da parte degli organi statali»: A. LICASTRO, *Contributo*, cit., p. 134.

²²⁷ La terminologia è ispirata a J. CARBONNIER, ***.

²²⁸ ***



pronunziata sul punto – notano Ost e van de Kerchove – emerge implicitamente dalla decisione che nel momento stesso in cui ha riconosciuto l'autonomia, se non addirittura l'indipendenza, della Chiesa in rapporto allo Stato, l'organo giudicante ha posto ad essa dei limiti sorgenti dal rispetto di determinati diritti fondamentali. Tale decisione è stata in seguito censurata dalla Cassazione che, richiamando l'art. 21 della Carta fondamentale secondo cui lo Stato non ha il diritto di intervenire nella nomina e nell'insediamento dei ministri di qualsiasi culto, ha ricavato dal principio di auto-organizzazione delle confessioni che, da un lato, solo a queste ultime compete la nomina e la revoca dei propri ministri secondo le proprie regole, e dall'altro la disciplina e la giurisdizione ecclesiastica possono essere esercitati su questi ministri solo dall'autorità ecclesiastica e in base alle regole ecclesiastiche²²⁹. La rigorosa interpretazione sottoscritta dalla Cassazione circa il dovere di non ingerenza dello Stato nell'ordinamento confessionale – fanno notare Ost e van de Kerchove – rimuove ogni «dissonanza» tra l'ordine giuridico civile statale e l'ordine giuridico religioso, ma soltanto, appunto, sul piano di questi due ordini: essa rischia di riproporsi tra il diritto statale e il diritto convenzionale dei diritti dell'uomo, nella misura in cui la non ingerenza nell'ordine confessionale determina il diniego di accesso alla giustizia²³⁰.

²²⁹ Cass. 20 ottobre 1994, in *RCJB*, 1996, p. 123, ribadita da Cass. 3 juin 1999, in *Larcier cass.*, 1999, n° 866, avverso la resipiscenza del giudice del rinvio, Cour d'appel de Liège, 4 novembre 1997, in *JLMB*, 1998, p. 680 e s.

La prima delle pronunce della Cassazione belga è richiamata da A. LICASTRO, *Contributo*, cit., p. 81, nota 122, in quanto analoga a similari problematiche nel diritto italiano.

²³⁰ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit.,



3.2. Rapporti di lavoro presso organizzazioni confessionali

3.2.1. Status religioso del prestatore e diritto alla pensione

Un altro caso esaminato riguarda il personale religioso che, avendo svolto funzioni di insegnamento presso una istituzione scolastica privata, domandi al giudice civile il riconoscimento del diritto alla pensione a carico del servizio previdenziale pubblico. In proposito, le posizioni della giurisprudenza belga non sono state uniformi. Una prima pronuncia ha ritenuto tali funzioni esercitate in esecuzione di un contratto di lavoro, previo distinguo tra l'iniziale impegno di adesione a una comunità religiosa e l'impegno ulteriormente assunto in qualità di insegnante presso l'istituto scolastico. A questi diversi impegni corrisponderebbero, invero, volontà diverse ed effetti giuridici diversi. Dal primo, in particolare, giusta il principio di separazione tra Stato e Chiesa nell'ordinamento belga, non deriverebbero effetti di diritto civile, trattandosi, per quest'ultimo, di una *res inter alios acta*. Al secondo, invece, possono essere attribuiti, se ne ricorrono i requisiti, gli effetti civili di un contratto di impiego intercorso tra la scuola e l'insegnante. In termini di rapporti tra sistemi giuridici diversi – notano Ost e van de Kerchove – l'organo giudicante sembra giungere alla conclusione che l'ordine ecclesiastico si situa, quanto alla sua stessa esistenza, in un rapporto di indipendenza verso l'ordine statale, ma che quest'ordine è irrilevante quanto alla qualificazione giuridica degli impegni assunti, poiché mentre la qualificazione ecclesiastica dell'impegno

p. 217.



religioso non è presa in considerazione, l'impegno professionale è valutato esclusivamente alla stregua dei criteri propri dell'ordine giuridico statale.

La Cassazione ha sottoscritto invece la premessa diametralmente opposta, ritenendo indissociabile l'obbligazione professionale dall'impegno religioso iniziale, in quanto la prima veniva adempiuta in esecuzione dei voti religiosi e il rapporto di subordinazione doveva essere considerato come la conseguenza di queste relazioni di ordine esclusivamente religioso. Il Supremo Collegio ha negato dunque l'esistenza di un contratto di lavoro e conseguentemente di un diritto alla pensione, e tale conseguenza – commentano Ost e van de Kerchove – è legata strettamente al riconoscimento del carattere rilevante dell'ordine ecclesiastico, cosa che è confermata dallo stesso Collegio nel momento in cui afferma che «la séparation de l'Église et de l'État ne peut avoir pour conséquence que le juge ne puisse et même ne doive vérifier si, en fait, les obligations résultant de l'engagement religieux excluent l'existence de pareil contrat». Questo «engagement religieux» costituisce, ancora ad avviso della Corte, «un fait qui peut être invoqué contre les tiers et que ceux-ci peuvent aussi invoquer»²³¹.

Tale posizione della Corte – fanno notare Ost e van de Kerchove – è molto diversa da quella cui la stessa giurisprudenza di legittimità si attiene nei paralleli casi di divergenza tra ordine statale e ordine sportivo, i cui regolamenti, al fine di escludere la rilevanza dell'ordine giuridico statale, statuiscono espressamente che il

²³¹ Cass. ***.



contratto vincolante l'atleta non è né un contratto di impiego né un contratto di lavoro²³². A fronte di tale pretesa all'immunità dal diritto statale, infatti, è dato ravvisare tre tipi di reazione dell'ordinamento civile: I) l'ordine sportivo è considerato semplicemente inesistente (è il modo più netto di riaffermare il monismo ordinamentale)²³³; II) l'ordine sportivo è considerato, almeno implicitamente, rilevante, ma si nega rilevanza alla qualificazione giuridica dei contratti conclusi tra un datore di lavoro e l'atleta²³⁴; III) l'ordine sportivo è

²³² Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. 204.

²³³ A sua volta, questa strategia può essere perseguita in vari modi: negare puramente e semplicemente la rilevanza giuridica degli obblighi assunti nel quadro delle attività sportive, tanto nell'ordine sportivo che nell'ordine statale; riconoscere la valenza giuridica dei regolamenti sportivi ma solo a titolo di disposizioni convenzionali accettate di comune accordo da tutti gli associati (grazie all'autonomia contrattuale, assumono rilevanza gli obblighi sorti nell'ordine sportivo senza che assuma rilevanza quest'ultimo in quanto tale); pubblicizzazione dell'autorità sportiva, cui è riconosciuta competenza esclusiva in materia sulla base della finzione giuridica per cui titolare dei poteri non è la federazione sportiva ma lo Stato che tali poteri avrebbe delegato alle istanze sportive federali (grazie alla finzione *de qua* viene conservata l'unità del sistema giuridico) (*Op. cit.*, pp. 204-205).

²³⁴ Questa logica è chiaramente illustrata, secondo gli autori, dalla legge belga del 24 febbraio 1978 relativa al contratto di lavoro dello sportivo retribuito, il cui art. 3 dispone: «Nonobstant toute stipulation expresse et quel que soit le titre qui lui est donné, le contrat conclu entre un employeur et un sportif rémunéré, est réputé un contrat de travail d'employé et régi par les dispositions de la législation correspondante et par les dispositions de la présente loi». Nell'ordinamento italiano, cfr., nel medesimo spirito, l'art. 3, 1° co. L. 23 marzo 1981, n. 91: «La prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato, regolato dalla norme contenute nella presente legge».



considerato esplicitamente rilevante, ma vengono posti limiti (come del resto nell'ipotesi precedente) alla sua autonomia interna²³⁵.

Orbene, se la Cassazione belga riconosce tanto l'ordine giuridico sportivo che quello religioso come esistenti e rilevanti dal punto di vista dell'ordine statale, il primo è tuttavia considerato subordinato all'ordine statale, laddove il secondo al contrario è reputato indipendente. Inoltre, nel caso dell'ordine sportivo non è riconosciuta alcuna autonomia alle associazioni per sottrarre le prestazioni retribuite degli sportivi alla qualificazione di contratto di lavoro e agli effetti che ne derivano, mentre nel caso dell'ordine religioso questa autonomia è stata riconosciuta e l'esclusione della qualificazione di contratto di lavoro è stata presa in considerazione, relativamente agli effetti che ne derivano, dal diritto statale. Da ciò emerge un ulteriore tratto differenziale: mentre la soluzione del problema è dominata, nel caso del diritto sportivo, da una «dissonanza» caratteristica, nel caso del diritto religioso è dominata da una forma essenziale di «consonanza» o di «collaborazione internormativa»²³⁶.

3.2.2. *Status religioso del prestatore e revoca dell'incarico*

La giurisprudenza di legittimità e quella di merito hanno curiosamente invertito le diverse posizioni assunte circa la rilevanza dell'ordine normativo religioso, per come delineatosi nella problematica appena evocata, occupandosi del conflitto tra un sacerdote incaricato di

²³⁵ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 204-206.

²³⁶ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. 208.



svolgere un insegnamento presso un istituto diocesano e l'istituto stesso. Il giudizio di merito ha infatti dichiarato non fondata l'azione in quanto non era stata data la prova che il ricorrente, il cui statuto di sacerdote diocesano lo vincola ad assumere incarichi come a dismetterli secondo le decisioni del proprio vescovo, abbia svolto le funzioni di insegnamento a titolo diverso dall'esecuzione degli ordini del superiore, e in specie a titolo di esecuzione di un contratto di lavoro; il principio di separazione tra Stato e Chiesa, inoltre, ad avviso del giudicante, precluderebbe qualsiasi sindacato del potere giudiziario civile sul conferimento di incarichi da parte dell'autorità ecclesiastica ai sacerdoti che ne dipendono²³⁷. Il giudice di legittimità cassava la pronuncia osservando che né il principio di separazione, né la libertà dell'autorità ecclesiastica di conferire e ritirare incarichi hanno di per sé la conseguenza che un sacerdote secolare, il quale accetti un determinato incarico, non possa svolgerlo nel quadro di un contratto di lavoro, competendo pertanto al giudice del merito valutare se nella specie non sia intercorso un rapporto di questo genere tra l'insegnante e l'istituto²³⁸.

3.2.3. Licenziamento per motivi religiosi

La questione della validità del licenziamento di un insegnante dipendente da una scuola libera cattolica o da una scuola pubblica presso cui insegna religione, a motivo di una situazione matrimoniale incompatibile con le regole dell'ordine giuridico ecclesiastico, è stata risolta in modi diversi dal diritto belga nel corso del tempo. In una prima fase, in assenza di disposizioni legislative

²³⁷ Cour du travail de Liège, ***.

²³⁸ Cass. 13 janvier 1992, ***.



specifiche, l'orientamento giurisprudenziale consolidato riteneva che nell'insegnamento privato cattolico non costituisse clausola contraria all'ordine pubblico quella secondo cui il matrimonio civile di un insegnante in seguito a divorzio, proprio o della comparte, dava luogo a causa di cessazione del rapporto, e che, correlativamente, pure in assenza di una simile clausola contrattuale, un tale matrimonio integrava motivo legittimo di licenziamento senza diritto a preavviso e indennità.

All'obiezione che tale orientamento sembra incompatibile con talune disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Consiglio di Stato opponeva che lo Stato può ben imporre o ammettere limitazioni ai diritti garantiti dalla Convenzione qualora queste limitazioni presentino un rapporto ragionevole col fine per il quale sono state imposte o ammesse, e che non è manifestamente irragionevole apportare al diritto di sposarsi una restrizione consistente nel fatto che chi si sposa civilmente corra il rischio di perdere il proprio posto di insegnante di religione²³⁹.

Tuttavia, a partire dall'innovazione intervenuta nel diritto belga del lavoro statuenta con disposizione generale la nullità delle clausole in cui si prevede che il matrimonio e la maternità pongono fine al contratto, interpretata dalla giurisprudenza della Cassazione nel modo più incondizionato, l'ordinamento belga considera nulle le clausole contrattuali che sanzionano con il licenziamento situazioni matrimoniali «irregolari» secondo la dottrina cattolica, né considera più queste ultime, in assenza di previsione contrattuale, motivi legittimi di licenziamento. «Comme on le voit, dès lors,

239 ***.



tout en reconnaissant l'autonomie de principe de l'ordre juridique ecclésiastique, cette solution consiste cette fois à réintroduire un élément partiel de "dissonance", en limitant, par une disposition étatique impérative, l'efficacité juridique de certaines clauses ou décisions qui se fonderaient sur elle»²⁴⁰.

3.3. Responsabilità del superiore gerarchico e ordinamento interno dell'organizzazione ecclesiastica

Altra problematica significativa ai fini dei rapporti tra ordini normativi profano e religioso giunta alla cognizione del giudice civile è quella relativa all'esistenza di un rapporto di subordinazione tra parroco e vescovo, al fine di determinare l'eventuale responsabilità civile di quest'ultimo nel caso di illecito imputabile al primo. Anche a tal proposito le giurisdizioni, nei vari gradi di giudizio, si sono pronunciate diversamente, ma tenendo sempre fermo il principio secondo cui il giudice secolare, pur non potendo esprimere apprezzamenti sulle regole interne di una confessione, a pena di violare il divieto costituzionale di ingerenza nell'organizzazione interna di queste, ha il potere di ricercare nel loro diritto interno le competenze delle parti in causa quando ciò è necessario ai fini della decisione²⁴¹.

3.4. Tutela penale del sentimento religioso

²⁴⁰ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., p. 219.

²⁴¹ Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 209-210.



Ost e van de Kerchove dedicano appena poche righe²⁴² a una *cause célèbre* relativa alla tutela penale del sentimento religioso, ma il fugace richiamo è l'occasione per sviluppare, nel quadro della loro teoria, alcune osservazioni sul bilanciamento di interessi la cui valenza esemplare permette di metterle a profitto anche in rapporto ad altre problematiche «ecclesiasticistiche».

Il caso evocato è *l'affaire Otto Preminger Institut c. Autriche* del 23 agosto-20 settembre 1994, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo considerava legittimo il provvedimento di confisca, in applicazione dell'art. 188 del codice penale austriaco, che attingeva il film *Das Liebenkonzil* in quanto comportamento contro oggetti di venerazione religiosa idoneo a causare una «indignazione giustificata»²⁴³.

...

3.5. *La gestione giuridica dei fondamentalismi*

...

3.6. *La valenza dei principi del diritto «costituzionale» europeo in materia di religione*

...

4. *Gli apporti del paradigma da tesaurizzare*

²⁴² Cfr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, cit., pp. 437-438.

²⁴³ La sentenza è leggibile, insieme con le opinioni dissenzienti, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994/3, pp. 742-750. Tra i commenti: G. HAARSCHER, *Le blasphémateur et le raciste*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 418 e ss.; F. RIGAUX, *La liberté d'expression et ses limites*, *ibidem*, p. 401 e ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Uno scontro di libertà: la sentenza Otto Preminger-Institut della Corte europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pp. 368-378.



...
(*Omissis*).