

Parte Prima
Diritto ecclesiastico,
Comparazione giuridica,
Costituzionalismo multilivello

Capitolo Unico

Diritto ecclesiastico e comparazione giuridica al tempo delle “crisi” tra vocazione naturale e nuove emergenze

Sommario: 1. Un nuovo scenario. – 2. Il superamento della dimensione statale. Dinamiche istituzionali. – 3. Questioni di sostanza. Le emergenze della società multireligiosa e multiculturale. – 4. La trasformazione sociale e la “crisi” delle categorie giuridiche tradizionali. – 5. Una irriducibile complessità. – 6. La polarizzazione dialettica unità/differenziazione. – 7. Riscontri scientifico-analitici (e didattici). La comparazione giuridica. – 8. (*Segue*) ... il diritto ecclesiastico. – 8.1. In particolare, diritto ecclesiastico e contemporaneità giuridica. L’ambivalenza della religione e l’incerta tenuta della distinzione tra pubblico e privato. – 8.2. (*Segue*) ... la duplice dimensione del diritto ecclesiastico e la problematica centralità della libertà religiosa. – 8.3. Diritto ecclesiastico e comparazione giuridica. Una vocazione naturale. – 8.4. (*Segue*) ... la specificità del diritto ecclesiastico e l’«uso *intraordinamentale* o *endosistemico* del metodo comparativo». – 9. Prime conclusioni: ordinamenti giuridici e interessi religiosi tra distinzione e integrazione. Note di sintesi e di progetto.

1. Un nuovo scenario

Non c’è praticamente settore dell’esperienza giuridica e degli studi relativi che non si senta investito, più o meno direttamente, dalle trasformazioni del sostrato socio-culturale, politico ed economico sul quale quella esperienza è andata edificandosi ed in rapporto al quale essa è stata, per lungo tempo, colta e studiata. Che non si senta cioè chiamato a confrontarsi con le trasformazioni – e con le tante crisi che ad esse si ricollegano – che caratterizzano la contemporaneità giuridica.

Non si tratta, in tutta evidenza, di un confronto esente da rischi.

Anzitutto perché il fatto che si valutino processi tuttora in corso, per di più indotti dalla vita reale, rende disagevole, come spesso accade, coltivare quel distacco metodologico che si richiede allo studioso e che peraltro abbisognerebbe di ben altro grado di consolidamento nei fenomeni da analizzare. E rende, all’opposto, più concreto il rischio di una (per molti aspetti comprensibile) partecipazione emotiva o ancora di una contaminazione ideologica, che però, in certa misura, di-

pende dalla (più o meno elevata ma comunque doverosa) percezione delle ricadute civiche del proprio impegno¹.

Soprattutto, questo confronto non è agevole perché (e si tratta in realtà di due facce della stessa medaglia) questi processi seguono un andamento discontinuo ed altalenante, si alimentano di nessi ed interazioni di estrema complessità e danno vita ad esiti inevitabilmente caratterizzati da sostanziale volatilità ed incertezza.

Gli uni (i processi) e gli altri (gli esiti) non sono quindi rappresentabili in termini univoci e invariabili, se non a costo di una semplificazione forse eccessiva.

Ciò però non autorizza a sottrarsi ad ogni tentativo, di rappresentazione prima e spiegazione poi.

Anzi, l'indeterminatezza dell'oggetto di studio, la sua ineffabilità, non toglie che si debba provare ad individuare e coltivare, per quei processi e quegli esiti, una chiave di lettura, argomentata e quindi plausibile.

Utile.

Si rischierebbe diversamente di arrestarsi alla rilevazione dell'evidente e quindi di tradire il senso stesso dell'attività scientifica, che non è funzionale alla conoscenza mera ma (questa almeno la nostra opinione) deve fornire materia o, meglio, alimentare sensibilità per una conoscenza critica dei fatti (e, nel nostro caso) delle norme.

In questo senso, prendere contezza del carattere complesso dei fenomeni indagati, ovvero delle ragioni di sostanza che sottostanno a tale complessità – e, v'è da aggiungere, partecipare il proprio modo di intenderne ragione e senso – costituisce solo un primo passo.

Un passo necessario ma che forse non esaurisce il compito dello studioso.

Ebbene, è esattamente con questo spirito e con questa consapevolezza che intendiamo procedere in queste pagine introduttive, così come in quelle che seguiranno.

Intanto, in queste prime pagine, cominceremo con il dare conto dei fattori che concretano l'attuale scenario della contemporaneità giuridica e con il proporre una chiave di lettura, che possa risultare utile a leggere quei fattori e le dinamiche che essi alimentano, in tutta la loro problematicità.

Andando così al di là della veste formale che essi assumono.

¹ Invero «Fatti e norme (la loro sempre mutevole relazione in realtà) sono all'origine del fare e disfare del giurista. È questo il "motore" che alimenta l'incessante attività di revisione e la tendenza all'uniformazione prima e alla diversificazione poi della interpretazione delle norme da parte dei tecnici del diritto. Ma, accanto a ciò, vi è il fattore "umano", soggettivo e individuale, frutto di studi specifici, o espressione di determinate inclinazioni culturali e ideologiche. Gioca un ruolo non secondario nella utilizzazione delle tecniche giuridiche da parte dell'interprete. Sicché quest'ultimo, se persona seria, non si trincererà mai dietro la natura esclusivamente tecnica delle sue scelte»: M.C. FOLLIERO-A. VITALE, *Come introduzione*, in ID., *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole*, Quaderno 2, *I principi scritti*, Torino, 2012, p. 7.

Con queste premesse, la scelta della strada da auspicare e, del caso, intraprendere quanto al merito dei problemi e delle possibili soluzioni che emergeranno rimarrà nella responsabilità, consapevole, di ognuno degli ipotetici lettori a cui queste pagine sono rivolte.

2. Il superamento della dimensione statale. Dinamiche istituzionali

Ora, tra le evidenze più significative di questo nuovo scenario, un posto di rilievo è assunto dal riscontro della sostanziale inadeguatezza di cui, ad oggi, la dimensione statale², quale ambito tradizionale di rilevazione e soddisfacimento degli interessi collettivi, soffrirebbe e che a sua volta, sul piano analitico-ricostruttivo, viene declinata quale crisi del classico paradigma della sovranità dello Stato.

Vi contribuiscono, appunto, fattori di varia natura – in particolare, ma non solo, finanziaria ed economica – i quali, unitamente ai progressi della tecnologia ed alla conseguente implementazione dei flussi informativi, hanno prodotto quella sensibile riduzione delle distanze e dei confini tra le diverse aree del mondo e quella conseguente condizione di connessione ed interdipendenza tra i singoli sistemi, non solo normativi, che viene solitamente espressa, quasi in automatico, attraverso il termine “globalizzazione”.

In buona sostanza, lo Stato appare sempre meno idoneo a farsi carico, con efficacia, dei problemi e delle istanze di protezione che contraddistinguono la società contemporanea e che solo apparentemente sono circoscrivibili entro gli ormai ristretti confini territoriali e comunitari rispetto ai quali lo Stato stesso è legittimato all’esercizio pieno del potere. Si tratta infatti per lo più di problemi e istanze che superano la dimensione nazionale ed investono in realtà territori e comunità anche

² «Negli ultimi tempi la dimensione ultranazionale dell’esperienza giuridica si è imposta ai cultori del diritto, venendo finalmente riconosciuta come il suo aspetto forse più peculiare. Sono oramai rari i casi in cui un settore dell’ordinamento può essere padroneggiato senza tenere conto delle fonti di provenienza internazionale, prodotte nell’ambito delle numerose organizzazioni interstatali che operano a livello planetario. Per non dire del ruolo di primissimo piano assunto dal diritto sovranazionale, riconducibile all’attività di organizzazioni, come l’Unione Europea, che esercitano una sovranità autonoma da quella degli Stati aderenti. Si pensi infine all’incidenza del diritto transnazionale: l’insieme delle disposizioni confezionate anch’esse fuori dai confini nazionali per iniziativa dei legislatori privati. Sempre più spesso, poi, si richiede la conoscenza del diritto dei molti Paesi vicini e lontani che animano la fitta rete dei rapporti tra le nazioni, il cui protagonismo sulla scena mondiale viene conteso, ma non certo annullato, dall’azione dei più disparati poteri pubblici e privati»: così, più di recente, A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Bologna, 2014, p. V, che peraltro lamenta che «ciò si verifica senza un significativo coinvolgimento dei giuscomparatisti, almeno non all’altezza dell’importanza dei saperi collocati al centro del loro impegno di studiosi». È interessante osservare sin da ora l’assonanza di queste riflessioni con quelle sviluppate in seno alla dottrina ecclesiasticistica, la quale in effetti può a sua volta addurre – e non a caso, come meglio si vedrà a tempo debito (in particolare, oltre *sub par.* V di questa *Introduzione generale*) – a sostegno delle proprie legittime rivendicazioni argomenti in certo modo analoghi.

spazialmente assai distanti tra loro per assumere un pervasivo carattere di transnazionalità.

In altri termini, gli stati sono sempre più esposti agli effetti di eventi e circostanze che si producono esternamente ad essi e ciò pregiudica la loro tradizionale pretesa alla regolamentazione ed all'esercizio del potere politico in piena indipendenza e quindi senza condizionamenti di sorta che provengano dall'esterno ovvero da altri stati o istituzioni analoghe.

Ne deriva la tensione verso forme vieppiù significative ed incidenti di integrazione sovranazionale, quali tipicamente quella che fa capo all'Unione Europea.

L'inadeguatezza della dimensione nazionale rileva però anche in un diverso senso ovvero, all'interno, quale incapacità dello Stato di rilevare e perseguire efficacemente interessi di comunità territoriali più ristrette, che insistono sul suo stesso ambito territoriale ma attraverso propri enti esponenziali (ovvero rappresentativi), per rivendicare un sempre più pervasivo e stringente riconoscimento di autonomia. A venire in rilievo sono così le istituzioni dell'autonomia territoriale (nel nostro caso, regionale e locale), che a loro volta si mostrano sempre più insofferenti nei confronti di quelle forme di manifestazione del potere centrale che vengono percepite come ingiustificabili e quindi non più tollerabili.

Beninteso, in entrambi i casi, non si tratta unicamente di subire le conseguenze di uno stato di fatto che il diritto in senso formale non riesce ad assecondare facendo uso dei modelli tradizionali di organizzazione del potere.

Una parte importante, in questa prospettiva di ridimensionamento del ruolo degli stati, è giocato da fattori ideali astrattamente meritori e non privi di fascino, quali, all'esterno, la tensione verso la protezione universale di diritti riconosciuti come comuni ed irrinunciabili della persona umana o ancora la dichiarata volontà di impedire il riprodursi di eventi bellici devastanti e di *«assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni»* (art. 11 Cost.) o ancora, all'interno, la scelta, che caratterizza la forma di stato democratica, volta a salvaguardare attivamente il principio del pluralismo, nella sua peculiare declinazione, di pluralismo istituzionale.

3. Questioni di sostanza. Le emergenze della società multireligiosa e multiculturale

C'è però dell'altro, atteso in particolare che lo stesso pluralismo democratico non si esaurisce sul piano istituzionale ma rileva altresì – anzi, forse soprattutto – quale pluralismo ideologico e culturale e quindi sociale.

Il che costituisce complicazione non secondaria giacché le pur brevi considerazioni da cui siamo partiti lasciano trasparire con immediatezza chela sopravvenuta inidoneità degli apparati statali rispetto ai propri compiti elettivi non è frutto isolato di dinamiche istituzionali ma trova precisi riscontri sul piano sostanziale ovvero, appunto, socio-culturale e politico, dal momento che si traduce in una con-

creta (in)capacità dello Stato stesso ad ergersi, al proprio interno, ad efficace garante di una fondamentale istanza coesiva e di integrazione sociale.

Invero, merita ricordare che, secondo forme diversificate ed in maniera più o meno felice a seconda dei casi³, la forma Stato ha per lungo tempo potuto fare affidamento su un certo grado di coesione sociale, quantomeno in termini di «reciproco riconoscimento, da parte dei membri, dei rispettivi valori in modo da dare vita ad un sentimento di unità del corpo sociale»⁴.

Ebbene, spesso riguardati, nella loro drammaticità, quale frutto tra i più discussi della stessa globalizzazione⁵, i recenti fenomeni migratori hanno inciso pesante-

³ Pur con una certa approssimazione, si può in effetti osservare che questa istanza coesiva si pone in maniera differente, ed acquista un differente significato sostanziale, a seconda che si abbia riguardo a Stati c.d. unitari o, diversamente, a Stati c.d. federali. In un caso e nell'altro poi, tale istanza ha naturalmente vissuto, nel corso dell'evoluzione dei singoli ordinamenti, alterne vicende.

⁴ Così A. VITALE, *Diritto pubblico e forme del potere. Il valore della Costituzione*, in A. VITALE-G. D'ANGELO, *Diritto pubblico multilivello*, Salerno, 2015, p. 63, ove si ricorda che «nel secolo scorso questo riconoscimento in grado di dare vita ad una identità collettiva era stato affidato all'idea di nazione, con risultati a dire il vero poco esaltanti in Italia, dove non c'è mai stata una vera nazione, ma ce ne sono sempre state almeno due. Non è che questa idea» – l'Autore prosegue – «scompaia: il riferimento alla nazione è ancora oggi utilizzato nel nostro ordinamento, quando si vuole sottolineare che i soggetti interessati (nell'art. 67, i parlamentari, in altre norme il Presidente della Repubblica – art. 87 – e i pubblici impiegati: art. 98) devono badare a interessi generali e non già a interessi particolari o territorialmente delimitati. Ma, al di là di queste enunciazioni, resta la constatazione che, alla fine della seconda guerra mondiale, ben più che nella ricerca di una identità comune, le passioni collettive – anche grazie al clima della guerra fredda – furono orientate verso appartenenze separate, forti ideologie contrapposte (...). Ebbene, le forze politiche che diedero vita alla Costituzione si proposero un obiettivo ambizioso, quello cioè di creare la base dell'unità morale del popolo, ossia il reciproco riconoscimento come membri di un gruppo proteso ad obiettivi comuni. La preoccupazione maggiore, al momento in cui si voleva dare vita ad uno Stato democratico, era quella di fondare su nuove basi l'unità del corpo sociale. Vale a dire che tutti dovrebbero venerare la Costituzione perché si riconoscono nel modello di sistema politico che la Costituzione propone per una vita buona: cioè, parlamentarismo, rappresentanza, pluralismo dei partiti. Si assegnò dunque alla Costituzione una precisa dimensione etica, confidando nella sua capacità a creare consenso e a conferire così nuovo spessore alla permanente esigenza di identità collettiva del gruppo sociale (...).»

⁵ Cfr. C. AMIRANTE-M. PASCALI, *ALIEN. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Napoli, 2015, p. 10 ss., per i quali il richiamo alla globalizzazione concreta una delle contraddizioni dell'attuale approccio alla questioni poste dagli immigrati clandestini sconta una almeno tripla contraddizione: «La prima e fondamentale contraddizione è quella fra l'innegabile contributo che essi danno all'economia del nostro Paese, sul piano previdenziale e sul piano lavorativo – dal settore primario a quello industriale, dal comparto dell'edilizia al settore terziario e a quello dell'assistenza privata – e il disagio, vero o presunto che sia, che provocherebbero nella "popolazione nazionale", in particolare nei quartieri dove la loro presenza è più 'sensibile' (...)» Ancora, sarebbe «più che ingenuo pensare che l'esistenza nel territorio nazionale di un numero rilevante di immigrati non in regola con il permesso di soggiorno sia solo il frutto della tradizionale inefficienza degli apparati burocratici e delle forze dell'ordine: si tratta, al contrario, di una seconda contraddizione dialettica: 'legalità/interesse economico'. Se è indubbiamente un'ampia gamma di attività economiche sommerse o addirittura criminali (e quindi *tax free*) a trarre il maggior vantaggio da un esercito lavorativo sottopagato, ricattabile e immune da sovraccarichi previdenziali e da tutele sindacali, anche una vasta gamma di settori produttivi e di servizi non sommersi, accanto a lavoratori contrattualizzati, si avvantaggia di lavoratori privi di permesso di soggiorno, il cui impiego consente di abbassare i

mente – quale concausa determinante – su uno dei presupposti più sicuri di questa coesione, ovverosia sull’omogeneità di quel retro terra sociale e culturale dello Stato che, sino a quel momento, era apparso, sotto tale profilo, sostanzialmente granitico.

Ne è derivata una condizione di conflittualità, più o meno manifesta, che non può che problematizzare ulteriormente la già minata capacità degli stessi stati a ricomporre ad unità la molteplicità degli interessi che si agitano nella società e l’efficacia delle risposte, politiche e giuridiche, che essi approntano nei confronti delle emergenze regolamentative, vecchie e nuove, che ne conseguono⁶.

4. La trasformazione sociale e la “crisi” delle categorie giuridiche tradizionali

Questo nuovo scenario si compone però di ulteriori tasselli. O, se si preferisce, comporta più d’una conseguenza.

Alcune di queste, in particolare, meritano di venire evidenziate, analizzate e monitorate in questa sede.

Anzitutto, va preso atto della circostanza per cui la crisi della sovranità statale è anche crisi di quella distinzione tra pubblico e privato, che qui rileva precipuamente quale rimeditazione dei rapporti di forza tra i rispettivi campi d’azione ed i relativi soggetti.

Questa notazione abbisogna di qualche, pur breve, chiarimento.

In estrema sintesi e non senza qualche semplificazione, può bastare nel nostro caso osservare che l’emersione della distinzione tra le aree, rispettivamente, del

costi e quindi i prezzi, conservando ampi margini di profitto. La terza decisiva contraddizione è quella tra le buone intenzioni, espresse negli accordi di Barcellona a favore di una seria e impegnativa politica euro mediterranea, fondata su istituzioni che garantissero piena parità ai rappresentanti dei Paesi delle due sponde del Mediterraneo, e la pressoché totale inversione di rotta a favore di strategie e azioni politiche basate sul principio e sull’obiettivo della sicurezza e, in caso di conflitti di interessi, finanche sull’intervento armato e sulle “esportazione della democrazia” (...) L’evocazione habermasiana dell’“Occidente diviso” è il riflesso di altra fondamentale contraddizione di fondo che esercita la sua influenza sulla ondivaga e flebile politica internazionale comunitaria: quella fra una globalizzazione a trazione nordamericana e gli interessi divisi dei Paesi membri dell’Unione europea».

⁶ «... questi cambiamenti operano in una duplice direzione: da un lato, facendo emergere conflitti inediti e, dall’altro, modificando le sembianze dei problemi più risalenti nel tempo, al punto che per gli operatori giuridici occidentali è necessario elaborare risposte nuove a domande nuove ma anche ridiscutere quelle consolidate e cristallizzate nei testi normativi precocemente invecchiati»: così, più di recente, N. FIORITA, *Il riconoscimento della giurisdizione religiosa nelle società multiculturali*, in F. ALICINO, *Il costituzionalismo di fronte all’islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Roma, 2016, p. 107, che peraltro, correttamente, segnala l’opportunità di «stemperare immediatamente i timori indotti da queste trasformazioni e dalle ricadute che esse determinano all’interno dei singoli ordinamenti giuridici. L’evoluzione e il cambiamento della società, a ben vedere, sono processi naturali, nello stesso modo in cui risulta del tutto fisiologico che il diritto si trasformi e si adatti alle nuove esigenze della società e dei singoli. Bonificare il dibattito pubblico dal dominio della paura è precondizione necessaria ...».

pubblico e del privato appare per lo più funzionale alla affermazione del primato della politica ovverosia proprio della superiorità dello Stato e delle istituzioni ad esso riconducibili nei confronti delle altre forze della società⁷.

Si suppone cioè che il potere collegato allo Stato sia deputato al perseguimento di interessi propri dell'intera collettività o ad essa in qualche modo riconducibili ed in quanto tali siano appunto da definire pubblici e per ciò stesso meritevoli di venire soddisfatti in via prioritaria, del caso anche sacrificando gli interessi settoriali contrastanti, che vengono diversamente fatti rientrare nella diversa sfera del privato. E si ritiene di conseguenza che tale potere pubblico debba imporsi sulla molteplicità di poteri, privati appunto, diversamente deputati al soddisfacimento di questi interessi, egoistici e di portata più limitata⁸.

⁷ È, se si vuole, conseguenza di una lotta di potere. Il che non toglie, ma anzi in certo modo agevola, il fatto che i suoi esiti possano risultare, socialmente e culturalmente parziali. Possono valere al riguardo, di là dalla precisa collocazione storica dei processi indagati, le considerazioni di M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, 2012, partt. p. 15 ss., laddove, muovendo dalla lotta dell'Illuminismo laico «contro i poteri ecclesiastici e i loro bastioni culturali», si evidenzia che «Non fu la religione in sé e per sé, quanto piuttosto le istituzioni clericali e la legittimazione da esse offerta a supporto dei quadri d'*ancien régime* a costituire la fonte delle polarità e degli antagonismi tra pensiero politico moderno e universi di fede. La dialettica tra fede e ragione ebbe insomma una matrice strategica, non genuinamente cognitiva, tanto meno antropologico-culturale. Fu una lotta per il potere, non per il sapere in sé (...) Secolarizzazione e laicità costituiscono processi parziali, certamente di innovazione, ma anche di riconfigurazione di saperi ancorati al fondo del patrimonio cognitivo delle società occidentali (...) Il paradigma complessivo mutò, indubbiamente, ma non tutti i suoi mattoni da costruzione. In modo ancor più spiccato, discorso analogo può esser svolto sul piano politico (...). Come il processo di secolarizzazione, anche la svolta laica investì il ruolo pubblico delle chiese/confessioni piuttosto che i contenuti culturali di matrice religiosa. La dimensione antropologica delle diverse fedi rimase comunque intima all'articolazione culturale del sapere. Ma non c'è da stupirsi. Tra fede e cultura vi è sovrapposizione, coestensività, soprattutto se i loro legami vengono riguardati su ampi archi temporali».

⁸ Per una efficace analisi di questa dinamica, A. VITALE, *La forma di Stato democratica*, Roma, 2005, p. 62 ss., ove tra l'altro si chiarisce (partt. p. 67 ss.) il senso del passaggio dal concetto di interesse generale «ancora troppo indeterminato ed astratto» e «che richiede precisazioni in ordine a tutti i campi e settori in cui i soggetti titolari dell'azione di governo decidono di intervenire» ed il concetto, appunto, di interesse pubblico, «che identifica e specifica i singoli interessi verso il soddisfacimento dei quali sono indirizzati gli sforzi congiunti di una comunità, e per il cui raggiungimento sono impiegate risorse comuni e viene esercitata quella funzione di governo che la comunità affida a determinati soggetti». Peraltro, come l'Autore immediatamente avverte, «Sarebbe tuttavia ingenuo pensare che l'interesse *pubblico* abbia una sua sostanza specifica che lo renda oggettivamente accettabile come tale; in altri termini, non è mai predeterminabile quali e quanti siano gli interessi pubblici: certe volte si intende *pubblico* come equivalente a *generale*, a significare che è in gioco il bene di tutti i consociati e quindi di fronte a tale interesse devono o possono essere sacrificati interessi di carattere meno generale; e poi questa *generalità* dell'interesse viene variamente determinata in relazione alle diverse forme di organizzazione del potere, parlandosi perciò di interesse comunitario, nazionale, regionale; altre volte si intende come pubblico l'interesse al soddisfacimento di bisogni ed aspettative di settori determinati e magari minoritari. La qualificazione di un interesse come *pubblico* dipende in buona misura dalle ideologie prevalenti in un certo momento storico. Se riguardo ad alcuni settori nessuno mette in discussione che la regolazione dei relativi rapporti debba essere affidata ai poteri pubblici – si pensi ai settori della difesa dai nemici esterni, della protezione contro la criminalità, dei rapporti con gli altri ordinamenti, della riscossione delle imposte –, riguardo ad altri settori di rapporti so-

Secondo questo schema di massima, quindi, pubblico è l'interesse da perseguire, pubbliche le istituzioni – uniche – deputate a garantire quel perseguimento. Ad esse, di conseguenza, si accede per lo più attraverso criteri di legittimazione di portata, per così dire, generale quale, tipicamente (attraverso le elezioni), la rappresentanza c.d. politica.

Ed ancora.

Non si esclude certo che il perseguimento degli interessi privati sia scevro da elementi di potere, tutt'altro. Rimane però il fatto che questi poteri privati siano in ultima istanza comunque subordinati ai poteri pubblici e da questi (in linea di principio, salvo quanto si preciserà di qui a poco) liberamente attingibili.

Qui peraltro – merita avvertirlo – si annida un elemento problematico di non poco momento, che rende particolarmente complessa e mutevole la relazione dicotomica tra queste due polarità.

In particolare, occorre considerare che, da un lato, questi poteri privati costituiscono strumento di realizzazione della persona (ovvero, con l'art. 2 della nostra Costituzione, «*formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*») ma, dall'altro, proprio perché si reggono su un significativo, ineludibile, elemento di potere, possono parimenti tradursi in un condizionamento, quando non in una vera e propria limitazione, delle libertà e dei diritti individuali.

Ne consegue che se, da un lato, la teorizzazione di un potere pubblico va anzitutto letta in termini affermativi e confermativi della supremazia delle istituzioni che di questo potere sono titolari nei confronti di quei poteri sociali che diversamente non partecipano di questa qualità, dall'altro occorre tenere conto del fatto che l'esistenza di istituzioni e poteri pubblici – così come di un diritto pubblico – che si contrappongono ai poteri privati può a conti fatti equivalere a sottrarre l'individuo alla signoria di questi ultimi. Vi rientrano infatti le comunità (per esemplificare, familiari, culturali, religiose) cui l'individuo, per sua (più o meno libera) scelta appartiene.

In questo senso, l'emergere ed il progressivo affermarsi di un'esigenza di limitazione – in senso tanto formale/procedurale che sostanziale – di questo potere pubblico (secondo i tempi e le forme del costituzionalismo), non incide sulla tenuta dello schema iniziale ma in certo modo lo rafforza, dal momento che ne sviluppa questo, per certi aspetti solo implicito, significato quale congegno di garanzia a

ciali questa pretesa di intervento da parte dei poteri pubblici viene messa seriamente in discussione. Insomma, la identificazione di questi interessi costituisce il risultato della lotta fra gruppi portatori di loro particolari interessi, nel senso che vengono imposti come *pubblici* gli interessi dei gruppi vincitori di questa prova di forza (...). Quello che, in un certo momento è qualificato come interesse *pubblico* può in un momento successivo finire di esser tale e venir declassato a interesse meramente *privato*, così come interessi che in un certo momento sono considerati privati possono in un momento successivo assurgere a interessi pubblici (...). Pertanto, bisogna limitarsi a dire che costituisce *interesse pubblico* ogni valore, bene, interesse, posizione, la cui tutela, nell'ambito di un ordinamento giuridico, è ritenuta opportuna per il progresso materiale o morale della società cui l'ordinamento giuridico corrisponde (...).

favore dell'individuo, dei suoi diritti e libertà fondamentali⁹.

In altri termini, la distinzione dei rispettivi ambiti pare poter aggiungere alla sua iniziale valenza affermativa e confermativa della supremazia del potere politico, una (più o meno diretta) portata garantista appannaggio dell'individuo e specificamente a protezione di quest'ultimo dalla dimensione comunitaria entro la quale questi articola i suoi rapporti sociali¹⁰. È infatti il pubblico a farsi garante (costituzionalmente necessario) della tutela dei diritti individuali, se del caso anche al di là, e contro, i vincoli di appartenenza, culturale, religiosa, familiare che attagliano il singolo individuo.

Il fatto è che il significato, sociale prima che giuridico, di queste comunità particolari non è rappresentabile in termini univoci e tranquillizzanti.

Talora infatti esse possono assumere un importante ruolo di sostegno al potere politico nel senso che forniscono ad esso una plausibile base ideologica per potersi più agevolmente imporre alla società, complessivamente intesa.

È altrettanto vero, per converso, che un certo riequilibrio nei rapporti di forza tra pubblico e privato è esigenza verso cui ha spinto decisamente proprio l'evoluzione in senso democratico-sociale dello Stato¹¹.

⁹ Più precisamente, ad operare in questa direzione evolutiva è la progressiva concretizzazione di quella dottrina della limitazione del potere nota sotto il termine onnicomprensivo di *costituzionalismo*. Al riguardo può dirsi, sinteticamente, che questa concretizzazione tende a rendere meno ondivaga e strumentale la determinazione dell'interesse pubblico, dal momento che l'ancora ad obiettivi di tutela di posizioni soggettive giuridicamente vincolanti. Si tratta però, a ben vedere, di prospettiva altrettanto problematica, come comprova il fatto che, a venire investita dalle odierne dinamiche erosive della sovranità statale, è la stessa Costituzione ed il suo riconosciuto valore giuridico.

¹⁰ Questa funzionalizzazione sarebbe anzi originaria. Si è così ricordato «(...) un dato non ancora confutato dell'analisi weberiana: il nesso costitutivo, nel diritto occidentale moderno, tra la centralità dell'individuo, la limitazione come fonte di legittimazione del potere e la distinzione rigorosa tra sfera politica pubblica e sfera privata. In particolare, per quel che riguarda quest'ultimo punto, la tesi di Weber è che, indipendentemente dalla collocazione della linea che separa la sfera pubblica da quella privata, questa stessa linea sia sempre individuabile con molta nettezza». Ed ancora, «La simmetria tra individuo e Stato è il paradigma che guida, in Occidente, la razionalizzazione della sfera politica. C'è, dunque, una simmetria, qui, tra l'individuo e lo Stato. Lo Stato è la forma del potere politico. La società, infatti, è sempre retta da un ordine. Questa "situazione" (*status*) diventa, nell'età moderna, un'entità giuridicamente distinta, allo stesso modo dell'individuo, che diventa un'entità giuridica distinta rispetto alla comunità alla quale appartiene. La politicità dello Stato va qui intesa in un senso eminentemente "giuridico". Nella tribù, ad esempio, c'è potere politico ma non c'è istituzionalizzazione. Cosa significa, qui, "istituzionalizzazione"? Significa: impuibilità univoca di ogni decisione pubblica. Ovvero, significata: congruenza tra agenti decisori e ambito in cui le decisioni hanno effetto. In altre parole, l'istituzionalizzazione consente di vincolare in maniera chiara e calcolabile ogni esercizio di potere a un'assunzione di responsabilità»: C. SBAILÒ, *La sfida dell'Islam al diritto pubblico occidentale*, in ID., *Il governo della mezzaluna. Saggi sul diritto islamico*, Leonforte, 2011, pp. 24 ss. e 34 ss.

¹¹ Cfr., con specifico riferimento ai rapporti tra diritto e religione, C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, 2015, p. 121 ss., che individua nella rimodulazione dei rapporti tra pubblico e privato, in un'ottica di riequilibrio della rispettiva presenza sociale e quindi di limitazione dell'interventismo statale, una delle «tre direttrici fondamentali, e gerarchicamente ordinate, che caratterizzano la laicità nel nostro ordinamento».

In questo modo, larga parte del ruolo garantista del pubblico dipende dalla tenuta di specifiche pre-condizioni democratiche, ovverosia – per quanto ora ci interessa – dalla concreta direzione assunta dalle relazioni che lo stesso potere pubblico intrattiene con i poteri privati o, se si preferisce, dal modo di intendere ragioni e direzione di marcia del pluralismo democratico.

Ciò è tanto più vero oggi, laddove – come si accennava poc' anzi – la distinzione tra pubblico e privato risulta sempre più mobile, quasi evanescente. Questa progressiva evaporazione dei confini tra pubblico e privato rappresenta anzi tratto tra i più significativi della contemporaneità giuridica e della crisi delle categorie tradizionali e conferisce nuova sostanza al formalmente immutato ricorso all'ideale democratico.

Invero, esemplificando, la rappresentanza politica lascia il posto a forme sempre più pervasive e stringenti di rappresentanza funzionale¹², il potere politico abbandona le sue pretese totalizzanti per cedere il passo a forme di potere alternative¹³, le comunità sociali particolari avanzano, con successo, la pretesa al riconoscimento di piena rilevanza giuridica, nell'ordinamento generale, per i propri sistemi normativi ed i correlati sistemi di giustizia interna¹⁴.

Quanto a quest'ultima circostanza, in particolare, la privatizzazione e quindi la pluralizzazione delle fonti del diritto è ormai un dato pacificamente acquisito, an-

¹² Tale da intendersi quella che ha riguardo a gruppi sociali che sono espressione di interessi settoriali che progressivamente finiscono con l'essere ritenuti meritevoli di tutela al punto da abbandonare il terreno del particolare per assurgere a quello del generale: cfr. A. VITALE, *La forma*, cit., p. 127., laddove in particolare si chiariscono i termini del rapporto conflittuale tra le due forme di rappresentanza. Invero, «la rappresentanza politica, intesa come situazione, si affida ad un carattere di universalità per raggiungere l'unità di direzione e di governo al di là degli interessi settoriali e perciò in nome di un interesse generale che i membri dell'istituzione rappresentativa (il parlamento) dovrebbero coltivare. In quanto questi interessi settoriali intendono condizionare i processi decisionali pubblici, la rappresentanza politica come situazione intende sottolineare il primato della politica rispetto alle altre forme di potere (...) e lo fa (...) ricorrendo ad una astrazione, quella cioè di immaginare la collettività formata da singoli individui prescindendo completamente dai rapporti in cui essi sono inseriti. Ma se solo a questa condizione si può difendere il primato della politica, e quindi l'idea della rappresentanza come funzione di questo primato, allora bisogna dire che questa condizione è messa in discussione proprio dalla necessaria caratterizzazione pluralista della democrazia (...) essa comporta il riconoscimento istituzionale di un dato sociologico, quello per cui la società civile è costituita da associazioni e gruppi che rappresentano interessi sociali, economici, religiosi, ambientali, politici, etnici. L'uomo non vive isolato, bensì è socialmente situato, calato cioè in questi gruppi, che diventano per ciò stesso espressione di interessi ritenuti meritevoli di tutela».

¹³ Sono questi, all'ingrosso, i dati di fatto che scandiscono «La stagione in cui versano le post-democrazie occidentali, accomunate nei loro tratti distintivi dalla privatizzazione della politica e dalla neanche tanto sottaciuta accettazione delle disegualianze»: M.C. FOLLIERO, *Post-democrazia europea e principio di cooperazione Unione Europea-Religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2010, http://www.statoechiese.it/images/stories/2010.9/folliero_postm.pdf, p. 1 (che si riporta a C. CROUCH, *Post-democrazia*, Roma-Bari, 2003), p. 6 ss.

¹⁴ Cfr., su tale specifico profilo, i contributi confluiti in F. ALICINO (a cura di), *Il costituzionalismo*, cit.

che nel suo essere conseguenza di dinamiche non unicamente sovranazionali¹⁵. Vi si ricollega in ogni caso il riscontro del progressivo venire meno della concezione moderna del diritto¹⁶, incentrata sul dogma della certezza quale riflesso della sua positività¹⁷.

Ma soprattutto questa sorta di osmosi tra pubblico e privato alimenta un ritorno a visioni neocomunitaristiche della società ed in questo modo rende più complessi e problematici i termini di quel rapporto tra autorità e libertà che, pur con rinnovate vesti, ancora caratterizza la dinamica giuridica.

¹⁵ «Stanno attraversando una crisi i criteri della gerarchia e della competenza delle fonti, non riconducibili più interamente, e forse neppure prevalentemente, a quelle statuali. Non solo fonti europee sopravanzano l'ordine dello Stato: esso è invaso da fonti transnazionali o globali, comunque soprastatali, che ne indeboliscono la sovranità. Non sono fonti del diritto in senso stretto o per rinvio formale, sono piuttosto linee-guida non vincolanti ma alquanto suggeritrici e perciò non più distinte e distanti come nel sistema a sovranità statale esclusiva. Disciplinano le condotte dei soggetti appartenenti ad ambiti sociali o economici o tecnici, che si ricreano continuamente in base a nuovi bisogni, ma non di rado (come in Italia il codice etico dei giornalisti) vengono anche richiamate in testi legislativi, diventando così vincolanti, e comunque considerate dagli Stati al momento della decisione. Per effetto di questo passaggio da un sistema rigido e gerarchico ad un altro "eterarchico" o "policontestuale" delle fonti di produzione del diritto, che formano piuttosto una rete, quella del *multilevel constitutionalism*, anche le visioni cultural-religiose si vedono dischiudere l'ingresso nell'ordinamento statale attraverso il corridoio della *soft law* (...): N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 10-11.

¹⁶ «Insieme alla sovranità dello Stato, entra in crisi anche tutta la concezione moderna del diritto, costruita, in maniera quanto più rigorosa possibile, sui criteri di unità e coerenza dell'ordinamento giuridico, animato dall'idea di artificialismo costruttivistico che ne stava a fondamento: il diritto non è valido in virtù dei suoi contenuti, rispecchiando un ipotetico diritto naturale logicamente antecedente o valori morali soggiacenti nella comunità, ma è valido in quanto *validamente* posto in essere, secondo le regole circa la sua produzione, dunque interamente creazione umana e strumento che si prescinda a molteplici fini»: L. ZAMPINO, *Gunther Teubener e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Torino, 2012, p. 13, ivi una efficace e documentata ricostruzione del dibattito in argomento.

¹⁷ Sui processi di revisione critica avviati in ragione di tale stato di fatto, si veda S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino, 1995, in particolare, pp. 51-52, laddove ci si sofferma in particolare «sull'esigenza, avvertita in modo accentuato dagli ordinamenti costituzionali più evoluti, di fare spazio ad un "diritto per principi", implicante valori di giustizia materiale (e non solo formale o procedurale, come nelle norme fondamentali di competenza) – quali, ad esempio, i valori che corrispondono alle più elementari esigenze di rispetto per la dignità della persona umana o "diritti umani"». La conseguente «riflessione dei giuristi coevi per una revisione critica dei tradizionali parametri positivistici», ha portato a ritenere che «Il diritto non è più preposto al solo compito di salvaguardare l'assetto sociale esistente (*servare societatem*), ma è altresì finalizzato al *progresso* materiale e spirituale di una comunità, per favorire lo sviluppo il più possibile completo delle persone; in tal senso, non è più pensabile e rappresentabile come una struttura statica, ma deve essere concepito come un *processo in continuo svolgimento*. Secondo questa prospettiva, il diritto che è stato solo "deliberato" o "posto" (*Ge-setz*), una volta per tutte, e che rimane fisso e immobile nella astratta maestà della legge, o "pietrificato" nel dato meramente letterale di una disposizione, non è veramente o integralmente "positivo"; come lo è, invece, il diritto che è capace di incidere sulla realtà sociale "formandola", o meglio ancora "conformandola" (o "performandola": dall'inglese *performance*), sollecitandone cioè ed orientandone ogni possibile e coerente sviluppo».

5. Una irriducibile complessità

Proviamo ora – per sommi capi – a tirare le fila del discorso.

Abbiamo quindi anzitutto osservato che lo Stato ha perso la sua esclusività.

Esso è infatti tenuto a confrontarsi – dopo averne alimentato la nascita – con istituzioni di più ampia portata territoriale e comunitaria – sovranazionali, appunto – che tendono a vivere di vita propria e ad agire di conseguenza, ovvero secondo logiche autonome ed indipendenti da quelle statuali. Correlativamente, lo Stato stesso sembra perdere buona parte della originaria capacità di imporsi alle forze sociali (o, se si preferisce, ai poteri) che operano all'interno della sua stessa dimensione territoriale.

La c.d. crisi dello Stato sembra quindi alimentare (o piuttosto comporsi da) due distinti processi, che a loro volta operano in una direzione opposta, per certi aspetti persino contraddittoria.

Da un lato, infatti, l'esistenza stessa di organizzazioni sovranazionali – ed ancor prima, sul piano sostanziale, la (supposta) diffusione planetaria dei principi (di civiltà giuridica!) sui quali esse fondano – tende ad agire quale fattore di avvicinamento dei singoli sistemi giuridici, dall'altro l'inadeguatezza interna della dimensione statale ridonda in una condizione di differenziazione, politica e normativa, sempre meno agevolmente riconducibile ad unità.

Questa crisi produce quindi, ad un tempo, uniformazione e frammentazione.

D'altra parte, ognuno di questi processi – singolarmente considerato – è caratterizzato da un andamento ondivago, fatto di accelerazioni (poche), sospensioni (in gran parte), retrocessioni.

Queste ultime soprattutto non proprio – come dire? – innocenti.

Come nel caso – ce lo insegna acuta dottrina – dell'Unione Europea e del suo diritto¹⁸.

Allo stesso modo, non è proprio lineare e privo di difficoltà il percorso che porterebbe (o meglio avrebbe dovuto portare) ad un più corposo – e razionale –

¹⁸ Muovendo dall'atteggiamento degli studiosi rispetto «al peso che si dà al Diritto Europeo nel suo insieme (atti di governo, legislazione, giurisprudenza)» M.C. FOLLIERO, *Enti ecclesiastici tra continuità e ristrutturazioni: statuto giuridico, visioni e narrazioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2014, pp. 348-349, così si esprime: «La sua incidenza, pur monotonamente e coralmente ribadita, viene enfatizzata se si presta a supportare letture domestiche collaudate del sistema di Diritto Ecclesiastico, altrimenti la si minimizza richiamando la dignità del diritto interno e accampando una risentita difesa della autonomia delle Corti nazionali rispetto a quelle europee. Ha fatto scuola, anche in questo campo, il *Bundesverfassungsgericht*, la cui posizione arcinota è condensata nella fiera formula «*Gli Stati sono i signori dei Trattati*», che è quella ripetutamente fornita dalla Corte costituzionale tedesca. Una concezione degnissima. Quello che dà adito a dubbi è che viene rispolverata ogni volta che si tratta di bloccare i poteri delle istituzioni comunitarie scoperti (che sorpresa!) affetti da un deficit democratico e proprio quando manifestano l'intenzione di spalmare il rischio economico tra i diversi Paesi dell'Unione, o, di adottare misure che consentano ai Paesi più indebitati di fruire di prestiti, dilazione del debito o graduare la temuta misura del *Fiscal Compacto* pareggio di bilancio».

inveramento delle direttrici di sviluppo delineate dall'art. 5 Cost. Soprattutto allorché – com'è sempre più frequente di questi tempi – si scopre (!?) che le ragioni dell'autonomia non sempre vanno d'accordo con quelle dei bilanci. Sicché, in ultima analisi, meglio provare a ridisegnare (per l'ennesima volta) l'assetto costituzionale di queste autonomie¹⁹.

Ma, pur nella loro incompiutezza, rimane l'impressione che questi processi si ispirino a logiche e disegnino prospettive di sviluppo non proprio coincidenti.

Certo, si può rilevare – di primo acchito – che entrambi convergono nel medesimo risultato, di limitazione ed erosione della sovranità statale.

Tuttavia, superato questo primo stadio, è altrettanto palese che essi rispondono ad esigenze diversificate e tendono di conseguenza a raggiungere risultati ben diversi. E siano quindi destinati a collidere.

Ne risulta un quadro altamente complesso ed estremamente fluido, che di conseguenza è difficilmente inquadrabile entro schemi interpretativi ben definiti e stabili.

6. La polarizzazione dialettica unità/differenziazione

Peraltro, l'ambivalenza dei processi che accompagnano il superamento del paradigma della sovranità statale costituisce riflesso di una polarizzazione dialettica che è insita nello stesso fenomeno della globalizzazione, ampiamente inteso.

Al riguardo, è in effetti sempre più diffusa la consapevolezza del fatto che la spinta alla de-territorializzazione, implicata dalla globalizzazione quale suo effetto primario e caratterizzante, importa – quale sorta di crisi di rigetto – una concorrente tendenza alla ri-territorializzazione delle appartenenze, culturali e religiose, o comunque collettive²⁰.

In buona sostanza, «la rapidità e l'ampiezza di questa trasformazione», nel senso della globalità dei rapporti sociali, economici e giuridici, «ha creato un senso di disorientamento e ha fatto riemergere con forza il bisogno di una dimensione locale, radicata in un luogo specifico, con le sue tradizioni, il suo linguaggio la sua storia particolare»²¹.

Peraltro, ciò vale, *mutatis mutandis*, anche sul piano istituzionale e riguardo ai rapporti tra ordinamenti, sicché, sotto tale profilo, questa reazione localistica assume i contorni di una sorta di ripresa (certo non piena, ma comunque significativa) della sovranità statale.

¹⁹ Discorso analogo vale per quelli che abbiamo precedentemente definiti, in senso complessivo, quali poteri privati. Ma, sul punto – cui a conti fatti è rivolto l'interesse precipuo di questo studio – ci dedicheremo specificamente nell'immediato prosieguo.

²⁰ G. CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in www.statoechiese.it, novembre 2010.

²¹ S. FERRARI, *Diritti e religioni*, in S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna, 2008, p. 10.

La stessa storia recente dell'integrazione europea sembra invero testimoniare il ricorrere di una fase connotata da un ritrovato protagonismo dei singoli stati membri, in sé considerati. Un protagonismo che viene talora declinato nei termini di un rinnovato egoismo nazionale, dal momento che le risposte che i singoli stati membri dell'Unione (o taluni di essi) sembrano avere in serbo nei confronti di alcune emergenze, particolarmente avvertite, aspirano a risultare maggiormente in linea con i *desiderata* che provengono dai rispettivi tessuti sociali.

Sicché, in conclusione, l'interconnessione planetaria non annulla le differenze tra i singoli attori in campo e non può equivalere ad omologarne ragioni e senso di marcia.

Si assiste allora ad un articolazione conflittuale dei rapporti sociali e giuridici che riproduce, a più livelli, la dinamica di fondo tra globale e locale, universale e particolare, unità e differenziazione. Essa ispira il modo di porsi dell'individuo nei confronti del gruppo, dei gruppi sociali nei confronti dello Stato, dello Stato nei confronti delle istituzioni sovranazionali, transnazionali e globali.

A tale logica sembrano invero rispondere, al fondo, le stesse questioni, nodali per le istituzioni contemporanee, della società multiculturale e multireligiosa.

È questa, invero, ridotta all'osso, la domanda che si pone agli attuali ordinamenti democratico-pluralisti: «Come regolarsi verso le minoranze, ordinarsi coesi nelle società multiculturali e multireligiose dei giorni nostri?»²².

7. Riscontri scientifico-analitici (e didattici). La comparazione giuridica

Peraltro, questo nuovo scenario e le questioni sostanziali che vi si accompagnano hanno – come accennavamo in premessa – significativi riscontri di natura scientifico-analitica e, di conseguenza, didattica.

In particolare, mentre richiedono, in termini generali, allo studioso del diritto un non indifferente sforzo di relativizzazione delle categorie di generale comprensione ed interpretazione della dinamica giuridica – ed ancor più dei puntuali contenuti precettivi che esso di volta in volta esprime – queste mutazioni incidono notevolmente su obiettivi e metodi dei tradizionali settori nei quali la scienza giuridica è venuta articolandosi nel corso del tempo.

Così è, in particolar modo, per la disciplina elettivamente deputata al confronto – scientificamente rigoroso – tra ordinamenti giuridici: il diritto comparato.

In effetti, se si parte dall'assunto che tra gli scopi qualificanti della comparazione giuridica figura l'apporto in termini di promozione di una convergenza degli ordinamenti giuridici nazionali²³, può sorgere spontaneo il dubbio che la com-

²² N. COLAIANNI, *Prefazione*, in F. ALICINO (a cura di), *Il costituzionalismo*, cit., p. 9.

²³ Osserva che «(...) nel momento in cui mira ad accreditarsi attraverso i suoi scopi, la comparazione

parazione abbia quasi esaurito il proprio ruolo, stante la messa a regime delle ben note forme di integrazione sovranazionale ed il (supposto) diffondersi dei principi del costituzionalismo.

Tuttavia, chiaramente, le cose non stanno in questi termini.

Lo si è appena visto, pur in sintesi e per sommi capi: i processi di integrazione sovranazionale sono tutt'altro che compiuti e definiti e comunque si alimentano di una tensione interna che, per venire ricomposta, abbisogna di una continua ricerca di ciò che può considerarsi comune.

Allo stesso modo, occorre guardarsi dall'idea che i principi del costituzionalismo, ivi compresa la tutela dei diritti umani, siano, quanto a specifici contenuti,

Anche la comparazione giuridica – più o meno rigorosamente intesa – si alimenta quindi di quella polarizzazione dialettica tra l'obiettivo dell'unità e la contestuale rivendicazione della differenziazione di cui abbiamo poc'anzi evidenziato la portata generale.

È infatti sempre più comparazione “per differenze”, vale a dire operazione ricostruttiva che, attraverso il confronto tra ordinamenti (o singoli settori o ancora soluzioni), ne valorizza, pur nella prospettiva di una unitarietà di fondo, le rispettive peculiarità. Per difendere e promuovere anzitutto, contro omologazioni indebite, le diversità, sociali, culturali e quindi giuridiche²⁴.

La comparazione giuridica rafforza così la naturale predisposizione a quello «studio culturale e critico del fenomeno diritto»²⁵ che risulta sintonico al superamento del dogma positivistico.

giuridica ama presentarsi come comparazione che unisce: sembra essere questo il filo conduttore che attraversa molte vicende di questo campo del sapere, incluse quelle relative alla sua fase costitutiva. Ciò non toglie evidentemente che si possa parlare anche di una comparazione che divide, ovvero concepita per esaltare identità e dunque disunire. E neppure toglie che anche quest'ultima possa essere coltivata in funzione anticillare rispetto alle progettualità di altri campi del sapere (...), A. SOMMA, *Introduzione*, cit., pp. 46-47.

²⁴ «Dalla critica alla comparazione moderna come pratica unificante, è sorta la proposta di sviluppare una comparazione post-moderna, militante nella misura in cui si propone le medesime esplicite finalità della linea di pensiero cui fa riferimento. Essa vuole infatti evidenziare le diversità contro i tentativi di soffocarle attraverso l'esaltazione delle comunanze, quindi promuovere «l'identità dei popoli come degli individui», elevando il pluralismo a “valore giuridico”. La comparazione giuridica post-moderna mira così a richiamare l'attenzione dello studioso sui molteplici nessi tra le costruzioni tecnico-giuridiche e il contesto in cui sono maturate. Si tratta certamente di un contesto che è storico, ma che altrettanto certamente deve evitare di considerare estensioni temporali eccessive: queste ultime, come le estensioni spaziali, finirebbero per cancellare o limitare fortemente l'incidenza degli elementi su cui si fonda la diversità delle vicende studiate. In questo senso, la comparazione postmoderna mostra interesse per la fugacità, disdegna il “dato storicamente consolidato”, vuole “concentrarsi sul contemporaneo, il cui destino appare incerto”» (si cita a tale riguardo, E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Rivista di diritto civile*, n. 43, I, 1997, p. 813 ss.); A. SOMMA, *Introduzione*, cit., pp. 66-67.

²⁵ A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 43, laddove si osserva che uno studio siffatto «si scontra evidentemente con le strategie di legittimazione del giurista, ancora saldamente incentrate sul suo ruolo, di risolutore tecnico e neutrale dei conflitti sociali (...). Di qui il persistere dei dogmi giuspositivisti e dunque le difficoltà di dialogo con i cultori delle materia in cui quei dogmi sono tramandati».

8. (Segue) ... il diritto ecclesiastico

Anche i cultori della disciplina di studio ed insegnamento tradizionalmente indicata con la denominazione, peraltro fortemente discussa, di «diritto ecclesiastico»²⁶ sono chiamati a ripensare a metodi e finalità delle proprie ricerche, per ricollocarle utilmente nel nuovo scenario.

Anch'essi però possono giovare di questa circostanza per valorizzare le ragioni più intime e profonde del loro impegno.

Invero, è con non poche ragioni che, a tutt'oggi, si può ribadire che «Studiare l'atteggiamento che gli stati assumono di fronte alle molteplici forme del fenomeno religioso significa guardare ben dentro, forse proprio nel cuore, dei modi di essere della società civile. Il diritto ecclesiastico consente di osservare le azioni e le reazioni della società civile di fronte a un fenomeno che è universale nella misura in cui è universale lo spirito dell'uomo»²⁷ e che quindi, in ultima analisi, il diritto ecclesiastico assume un ruolo affatto significativo nel contribuire a svelare la natura tutt'altro che neutra del diritto.

O, per dirla diversamente, nel chiarire ragioni e limiti del positivismo giuridico.

8.1. In particolare, diritto ecclesiastico e contemporaneità giuridica. L'ambivalenza della religione e l'incerta tenuta della distinzione tra pubblico e privato

D'altra parte, quale peculiare oggetto di questa branca di studi giuridici, la re-

²⁶ «Diritto ecclesiastico statale (o civile)», «Diritto pubblico (o statale) delle religioni», «Diritto e religione», ed ancora, «Libertà di coscienza, di pensiero e di religione». Sono queste alcune delle proposte formulate e delle opzioni praticate, con intenti più o meno dichiaratamente innovativi, tanto in sede di ricerca che di didattica. Si tratta, per vero, di questione ricorrente e comunque non così recente. Si vedano, anzitutto, i contributi in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli, 2004 e gli ulteriori confluiti in G. MACRÌ-M. PARISI-V. TOZZI (a cura di), *Diritto e Religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Salerno, 2012 nonché, con particolare riguardo alla tradizione dottrinale di diritto ecclesiastico ed allo studio delle discipline ecclesiasticistiche, M. TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 2007; ID., *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Cosenza, 2007; G.B. VARNIER (a cura di), *La costruzione di scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, Macerata, 2011 e, in senso più ampio e complessivo, M. MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'unità d'Italia*, Bologna, 2015, il quale ultimo si segnala per la riproduzione, nella parte seconda (ovvero a partire da p. 341 ss.) dei contributi, in tema, di alcuni Maestri delle discipline ecclesiasticistiche e canonistiche.

²⁷ Così, come riportato da L. ZANNOTTI, *L'insegnamento, l'insegnamento del diritto, l'insegnamento del diritto ecclesiastico. La lezione del Maestro e altre lezioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 12, 2016, http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.4/zannotti.2_linsegnamento.pdf, p. 2, un passaggio della lezione di Franco Onida, introduttiva del Corso di diritto ecclesiastico.

ligione trova nelle dinamiche della contemporaneità giuridica una collocazione utile, diremmo quasi naturale.

Ne asseconda ed anzi potenzia contraddizioni ed ambiguità.

In particolare, la religione stessa gioca un ruolo significativo rispetto alle dinamiche che attentano, dal versante istituzionale, alla sovranità dello Stato ed allo stesso tempo condiziona, di quest'ultimo, la capacità reattiva nei confronti delle istanze di salvaguardia e protezione che provengono dal rinnovato tessuto sociale.

In ciò, essa mette a frutto la sua ambivalenza, che le consente di oscillare senza particolari difficoltà concettuali tra l'assunzione di un ruolo propositivo e di garanzia nei confronti delle prospettive dell'integrazione sovranazionale, la messa in valore delle rivendicazioni istituzionali-identitarie, la liberazione di quella forza disgregativa del tessuto sociale di cui pure si dimostra capace.

Sicché, in buona sostanza, il fattore religioso partecipa a pieno titolo di quella polarizzazione dialettica tra i poli dell'unità e della differenziazione che, nelle pagine che precedono, abbiamo assunto a chiave di lettura privilegiata dei processi in corso e dei correlativi esiti. Più precisamente, è investito da tale polarizzazione ma allo tempo stesso contribuisce ad una sua migliore comprensione e messa a punto.

Le ragioni di questa bivalenza, o, se si preferisce, di questa peculiare "ultrattività" del fattore religioso e, di conseguenza, del diritto ecclesiastico saranno più chiare con il procedere della trattazione. Questo primo volume ce ne darà – questo l'auspicio – un significativo assaggio.

Appare però necessario, preliminarmente, soffermarsi – anche in questo caso, in consapevole sintesi – su alcuni caratteri costitutivi di questo peculiare settore degli studi giuridici (ed ancora prima del suo oggetto).

Invero, nei loro profili evolutivi più recenti, questi caratteri rendono con immediatezza il senso della peculiare prossimità della disciplina ai più generali temi (e alle relative questioni) implicati dall'attuale scenario socio-politico e giuridico. E dalle trasformazioni che insistono a monte.

Si tratta, in buona sostanza, di chiarire ragioni e conseguenze della già ricordata ambivalenza del fattore religioso.

A tal fine, può risultare utile muovere dall'osservazione per cui, nei confronti dell'ordinamento giuridico, la religione e gli interessi che per essa si rivendicano possono rilevare in una duplice dimensione prospettica.

Anzitutto, la religione rileva in quanto oggetto di una adesione convinta e consapevole e quindi da ricondurre all'esercizio di una libertà individuale.

Questa libertà – non di rado considerata quale fondamento primigenio delle moderne libertà civili e finanche politiche – corrisponde evidentemente ad un valore che si ritiene di dovere affermare e difendere su base planetaria, in quanto connaturato all'Uomo ed indice di un effettivo progresso civile della società²⁸.

²⁸ Non sembra del tutto estraneo a tale impostazione, il carattere dichiaratamente universale dei messaggi di fede veicolati dalle religioni (o perlomeno dalla parte più consistente di essi).

Assurge cioè al rango di diritto umano, universale.

Nel contempo però, l'esperienza religiosa rileva quale esperienza comunitaria, che può tendere ad un grado di strutturazione vieppiù significativo.

Gli interessi che fanno capo alla religione possono cioè rilevare al di là della dimensione meramente individuale ed in questo senso dare corpo alla creazione di gruppi sociali che si fanno carico di rappresentare unitariamente gli interessi religiosi dei propri appartenenti.

Beninteso, anche questo fenomeno è, al fondo, rappresentabile in termini di libertà, non già individuale ma bensì collettiva. Può anzi sostenersi che, in realtà, questa libertà collettiva altro non è che il riflesso della libertà individuale, o quantomeno è funzionale a quest'ultima.

Va tuttavia posto l'accento sul fatto che questa capacità rappresentativa degli interessi religiosi collettivi può assurgere ad un tale livello di consolidamento da tradursi nel riconoscimento, in capo al gruppo, di quei caratteri di stabilità e continuità che si ritengono propri degli ordinamenti giuridici.

Ciò, peraltro, con una ulteriore complicazione, di non poco conto.

Si tratta della circostanza per cui la religione tende sempre più a porsi quale ragione giustificatrice di comportamenti più disparati, che di primo acchito possono avere ben poco di religioso. Comportamenti, infatti, la cui sicura riconduzione nell'ambito del religioso era sino a poco tempo fa quantomeno dubbia.

In effetti, in un passato non così lontano poteva forse risultare plausibile teorizzare una certa distinzione di campo tra ciò che è religioso e ciò che invece non lo è.

Oggi però la mutata composizione della società revoca in dubbio tutte queste (apparenti) certezze.

Ebbene, quanto più la religione assume un valore prescrittivo rispetto a comportamenti e stili di vita che rilevano a ben altri fini (economici, sociali, politici) tanto più gruppi ed istituzioni che ne rappresentano, unitariamente, i corrispettivi interessi assumono una connotazione rappresentabile in termini di potere. Di un potere avente appunto «come obiettivo quello di piegare i comportamenti sociali alle regole di vita deducibili da un messaggio religioso».

Sicché, come si è efficacemente osservato al riguardo, «gli interessi dei soggetti dotati di potere su base religiosa chiamano in causa, più radicalmente, il *primato della politica* quale potere avente come obiettivo il temperamento degli interessi di tutta la collettività e non già il soddisfacimento dei poteri forti, siano essi religiosi oppure economici»²⁹.

²⁹ «L'espansione di questi poteri forti è inversamente proporzionale alla capacità del potere politico di difendere i valori essenziali su cui si regge la convivenza, ossia il pluralismo e l'eguaglianza non solo formale ma anche sostanziale. Gli slogan «più società civile, meno Stato», «più mercato meno Stato» appaiono come il nobile paravento per nuove prevaricazioni: A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, 2005, p. 2.