



Francesco Onida

(già ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze)

Diritto ecclesiastico e comparazione giuridica ¹

Ho accettato molto volentieri l'argomento e il titolo stesso di questa chiacchierata, che certamente mi è stato proposto proprio in considerazione della mia nota passione per questo tema, al quale ho dedicato tutta una vita di attività di ricerca scientifica ma che solo quest'anno nella mia Università insegno in un corso apposito. Naturalmente ciò non significa che nei passati 40 anni di titolarità del corso di diritto ecclesiastico la comparazione non abbia occupato in più modi gran parte delle mie lezioni. E non si trattava, a mio modo di sentire, di un fuor d'opera. Ora però l'oggetto di questa chiacchierata mi invita a una riflessione che sia capace di tradurre in una valutazione razionale quel sentimento, sì da chiarire – a me stesso innanzi tutto – e dichiarare in modo esplicito se e quali ragioni sussistano per considerare la comparazione giuridica come uno strumento necessario o almeno utile negli studi di diritto ecclesiastico.

In verità oggi questa riflessione può apparire superflua. La comparazione ormai ha preso piede stabilmente nella nostra materia, e nessuno più si sogna di contestarla. Ma proprio per questo è doveroso di quando in quando tornare a ragionarne, per tenere aggiornati i dubbi e le perplessità che sono la vita stessa della ricerca scientifica. E conviene subito chiarire che se a livello scientifico ci si può a stento interrogare sulla necessità o utilità della comparazione in campo ecclesiasticistico, a livello didattico quell'insegnamento potrebbe risultare addirittura dannoso se si considera che le ore dedicate alla conoscenza del rapporto stato-religione negli ordinamenti stranieri devono comunque essere sottratte dal complesso del monte-ore previsto come necessario alla formazione dei giovani giuristi. Una insufficiente o scarsa utilità di una materia significa automaticamente dannosità della sua presenza in un piano di studi che per far spazio ad essa non può non avere altrove rinunciato a qualche approfondimento del diritto interno. Insomma a livello didattico, come e più che a livello

¹ Il presente testo della lezione tenuta il 24 aprile 2007 nell'Università di Alcalá de Henares è destinato agli «*Scritti in onore di Giovanni Barberini*».



scientifico, deve essere assolutamente severa la valutazione dell'*utilità* della comparazione con diritti stranieri.

Per poter procedere in questa riflessione relativa all'*utilità* della comparazione nel campo ecclesiasticistico è però necessario premettere poche parole circa la comparazione giuridica più in generale. Non starò qui a ricordare il cammino percorso dai primi incerti tentativi del diritto ecclesiastico comparato fino dai primi decenni del secolo scorso: lo ha già fatto da par suo l'amico Cesare Mirabelli nel volume di *Introduzione al diritto ecclesiastico comparato* scritto insieme a Francesco Margiotta ed a me stesso. Qui importa piuttosto confrontare con la realtà odierna alcuni meriti e funzioni che la scuola classica del diritto comparato ha evidenziato ormai da più di mezzo secolo. Scelgo fra tutti il David (fors'anche per un attaccamento sentimentale in quanto proprio a lui nel 1985 da Preside della Facoltà ebbi il piacere di consegnare una delle rarissime lauree *honoris causa* conferite dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze) che nel suo *Droit civil comparé* (Paris, 1950) indica cinque motivi o funzioni che considera tipici degli studi di diritto comparato: 1) l'interesse proprio della conoscenza dei diritti stranieri; 2) la migliore comprensione del diritto positivo nazionale; 3) contribuire al miglioramento del diritto nazionale; 4) l'unificazione ed armonizzazione dei vari diritti nazionali; 5) la prospettazione di nuovi punti di vista per gli studi di storia e filosofia del diritto. Se oggi può apparire un po' ingenua quella elencazione, ridotta in termini così stringati (e del resto similmente ingenuo mi appare oggi il tentativo da me stesso compiuto nel 1965 di tratteggiare per la prima volta una teorizzazione, anche metodologica, di comparazione giuridica applicata al diritto ecclesiastico), né ingenua né superata dai tempi risulta tuttora l'osservazione di carattere generale espressa dal David nell'Introduzione al suo *Trattato* allorché pone l'accento sul fatto che "lo studio dei diritti stranieri aiuta a conoscere e comprendere i popoli", e prosegue osservando che nel mondo odierno "... una vera cultura giuridica generale non si concepisce più nell'ignoranza totale delle regole dei diritti stranieri: la cultura generale di ogni giurista suppone una conoscenza almeno sommaria delle istituzioni dei paesi stranieri e dei grandi principi sui quali si fondano i loro sistemi giuridici."

Questa considerazione, che condivido totalmente, sottolinea la particolare «curiosità» che caratterizza ogni studioso di scienze umane e lo fa essere insoddisfatto, lo fa sentire incolto, se nella sua pur preziosa dedizione specialistica resta totalmente ignorante dei problemi, analoghi o corrispondenti, e delle diverse soluzioni accolte in altri ordinamenti, magari contigui o con il primo indirettamente interferenti. Vale a dire che prima e indipendentemente da qualsiasi utilità



strumentale, funzionale al diritto nazionale, il puro desiderio di conoscere almeno i caratteri generali di altri ordinamenti relativamente alla propria materia è desiderio scientificamente legittimo ed apprezzabile, starei per dire «doveroso». Questa considerazione di grande apprezzamento per l'interesse dell'autonoma conoscenza dei diritti stranieri deve essere fortemente sottolineata proprio perché in passato è stata spesso svilita, considerata un conato di comparazione fallito in quanto interruptus prima del suo vero compimento mediante il raffronto con l'altro termine della comparazione cioè col diritto "noto" scelto come termine di riferimento, che di solito è il diritto proprio ma che potrebbe anche essere quello di un altro ordinamento straniero precedentemente studiato, connesso con il primo per ragioni storiche o spaziali.

Invero può ben essere interessante per il giurista italiano che già conosca il sistema tedesco di finanziamento delle confessioni religiose porre quest'ultimo a confronto con il sistema svizzero o svedese, o per il giurista spagnolo che già conosca il sistema italiano circa l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche confrontare direttamente quest'ultimo con il sistema belga o con quello austriaco (personalmente ricordo come nascesse spontaneo, avendo già studiato il sistema statunitense, studiare l'ordinamento canadese con occhio sempre comparativo rispetto a quello). Oggi poi per quanto riguarda i paesi dell'Unione Europea la comparazione multipla (cioè di più soggetti interlocutori contemporaneamente) va divenendo sempre più opportuna, considerando da un lato la necessità di muoversi in una prospettiva di unificazione dei diritti e dall'altro il fatto che l'Unione Europea è per ora impegnata a rispettare le diverse modalità nazionali di rapporti fra stato e confessioni religiose. Naturalmente ciò non vale nei confronti dei nuovi stati che chiedono di essere accolti nell'Unione Europea però ancora non ne fanno parte. In questi casi è naturale, come infatti avviene, che l'Unione ponga come condizione preliminare l'adeguamento di quegli stati agli standard europei in molti settori, tra i quali quello dei cosiddetti "diritti umani" con il relativo rispetto e garanzia del diritto di libertà religiosa. Proprio per aiutare da un punto di vista tecnico quegli stati a darsi regole accettabili dall'Europa, è stata istituita da quest'ultima la Commissione di Venezia avente il compito di dare ad essi suggerimenti e concreto appoggio. Nell'ottica europea è del resto ormai necessaria, anche a livelli professionali un tempo impensabili, la conoscenza almeno sommaria di più diritti. Basti soltanto pensare al lavoro prezioso dei circa 2500 interpreti e traduttori di tutte le norme e sentenze europee in tutte le tante lingue nazionali, lavoro che richiede – già in sede di concorsi per l'assunzione - non solo



ottima conoscenza del linguaggio giuridico di alcune delle lingue in oggetto ma anche una discreta conoscenza dei sistemi giuridici degli stati (sempre più di due) per i quali si opera, oltre che di quello della stessa Unione Europea.

Quanto poi ai sistemi di *common law*, lì il riferimento ai precedenti giurisprudenziali di altri stati tra quelli del Commonwealth – in mancanza di precedenti del proprio stato – è normale e da non considerare nemmeno comparazione. Anche in quel caso tuttavia un corretto uso di quei precedenti richiede sempre una conoscenza, almeno sufficiente, dei caratteri essenziali dell'ordinamento che li ha prodotti (così, le parole della sez. 116 della costituzione dell'Australia quasi identiche a quelle del 1° emendamento statunitense sono interpretate dall'Alta Corte australiana in maniera assai diversa e la motivazione fa leva sulla diversa tradizione giuridica e sociale dei due ordinamenti oltre che sul dato che la costituzione australiana, al contrario di quella statunitense, lascia la materia religiosa alla piena competenza dei singoli stati federati). Basti pensare, per avere un'idea delle grandi differenze che possono esistere a livello di impostazione di base dei vari ordinamenti, che tra gli stessi ordinamenti a sistema di *common law* il modello più frequente non è ormai più quello puro del Regno Unito, con una supremazia assoluta del Parlamento (che, come usava dire, poteva fare tutto fuorché cambiare un uomo in donna). Oggi la maggior parte degli ordinamenti a sistema di *common law*, rifacendosi al modello americano, si è dotata di una vera e propria Costituzione rigida comprensiva di un *Bill of Rights* che limita in maniera sostanziale i poteri del legislatore. In qualche caso – penso al Canada – è stato possibile seguire passo passo l'iter della trasformazione dell'ordinamento dal tempo in cui il *British North America Act* del 1867 si limitava a tracciare i confini delle competenze formali tra Province e *Dominion Parliament*, a un momento di parziale tentativo di introdurre limiti e protezioni sostanziali – attraverso il *Bill of Rights* del 1960 -, per approdare infine nel 1982 al varo della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, che finalmente protegge nella sostanza i diritti di libertà imponendosi sulla competenza, non più illimitata, del legislatore e del giudice.

Per mio conto vorrei poi sottolineare come la «curiosità scientifica» vada perfettamente d'accordo e si completi con la «curiosità umana». L'aspirazione a conoscere è forse il tratto umano più bello e distintivo (Dante fa dire a Ulisse che incita i compagni a non arretrare di fronte all'ignoto: "Considerate la vostra semenza: fatti non foste a viver come bruti, ma per seguir virtute e canoscenza") e il comparatista è prima di tutto un uomo, che sente il bisogno di conoscere gli altri



popoli e gli altri paesi. E il diritto è uno strumento eccezionale per conoscere. Il viaggiatore che vuole dismettere la veste del semplice turista cerca il contatto con la gente, ma potrà conoscere un popolo in maniera più compiuta se avrà strumenti giuridici che gli consentano di conoscerne il diritto, perché il diritto pervade ogni spazio delle relazioni umane ed è quindi rivelatore di esse. E ciò vale massimamente per quel diritto che attiene alla sfera religiosa, trattandosi allora di uno strumento universale chiamato a regolare esigenze universali assolutamente caratterizzanti un popolo, un paese. Lo studio del diritto di un popolo aiuta e completa in maniera determinante la conoscenza del viaggiatore così come reciprocamente solo l'esperienza diretta di un paese e di una gente straniera può infondere vita e calore umano a una conoscenza che i testi di diritto lascerebbero altrimenti fredda e incompleta e qualche volta addirittura erronea (si pensi all'illusione di conoscenza che potrebbe dare lo studio delle leggi di uno stato tirannico e illiberale, dove i soprusi della parte pubblica possono essere così temuti da indurre chi li subisce a non reagire col ricorso al giudice; cosicché può apparire tranquilla e senza problemi, per mancanza di casistica giurisprudenziale, una realtà che invece è assolutamente, ferocemente, antiggiuridica). Mi piace qui sottolineare come un libro di ricordi di viaggio quale quello recentissimo pubblicato da Giovanni Barberini a conclusione della sua lunga carriera di studioso dei rapporti Stato/Chiesa nei paesi dell'Est europeo possa a buon diritto essere considerato esso stesso come uno strumento d'interesse comparatistico, funzionale alla più completa comprensione degli scritti propriamente giuridici del Barberini.

Insomma il comparatista, stando alla mia esperienza, è prima di tutto un uomo «curioso» umanamente e scientificamente. E questa curiosità è naturalmente maggiore quanto più diversi dal nostro – per impostazione giuridica o per realtà sociale – sono gli ordinamenti stranieri considerati. E dunque da questo punto di vista sarà massima l'attesa d'interesse per lo studio di ordinamenti extraeuropei. Ma, quanto maggiore è la diversità della società e dell'ordinamento considerato, tanto più grandi sono anche i rischi di incomprensione e fraintendimento per il ricercatore il quale pensi di poter affrontare l'ordinamento straniero munito del proprio bagaglio dogmatico e senza avere predisposto la mente a una grande apertura, insostituibile viatico per il successo dell'esplorazione cui si accinge.

È di facile intuizione che la cosiddetta «microcomparazione» (comparazione settoriale, tra specifici istituti giuridici) possa prescindere da una precedente «macrocomparazione» (comparazione fra sistemi e principi generali) solo se relativa a ordinamenti facenti



parte di un medesimo sistema, e insomma non troppo diversi dal nostro. In pratica, per quanto riguarda noi italiani o voi spagnoli, possiamo ben ipotizzare – e spesso effettivamente operiamo – una comparazione diretta e immediata tra specifici istituti giuridici dei diversi stati europei. E lo stesso possono fare tra loro due stati islamici; ed era normale comparare le rispettive risposte normative a determinati problemi comuni tra paesi del blocco ex-comunista, ecc. Ma quando ci si riferisce a ordinamenti lontani per cultura, economia, organizzazione politica o tradizione giuridica non è pensabile di potersi affidare alla microcomparazione senza rischiare di incorrere in travisamenti radicali e pericolosissimi derivanti dall’inserimento di un medesimo istituto o complesso normativo in contesti completamente diversi ed ignorati. In questi casi risulta invece utile e di grande interesse la macrocomparazione, il cui primo passo – e non di rado unico in quanto spesso sufficiente a realizzare già una comparazione implicita – consiste appunto nello studio dei caratteri e principi dell’ordinamento straniero relativi alla materia generale oggetto della comparazione (nel nostro caso l’atteggiamento dello Stato verso il fenomeno religioso).

Avendo ormai preso le mosse dal pensiero del David, voglio sottolineare soprattutto altri due aspetti di grande utilità tra quelli da lui prospettati. Il primo è l’aspetto della «unificazione ed armonizzazione dei vari diritti nazionali», un aspetto che oggi in Europa, quasi sessant’anni dopo, siamo in grado di valutare ed apprezzare in tutta la sua portata rivoluzionaria. Ormai in ogni stato europeo che si accinge a varare una riforma legislativa, non soltanto di rilevanza economica – per la quale ormai valgono, anzi prevalgono, i principi uniformatori europei – ma anche di tutt’altro ordine, dal campo penalistico a quello processualistico a quello, appunto, ecclesiasticistico, è impensabile non cercare i precedenti esistenti negli altri stati europei, anche al fine di avvicinare per quanto possibile le rispettive regole, sia che si tratti di eutanasia o di bioetica o di diritto di famiglia o di simboli religiosi o quant’altro. Questo lento processo di progressiva rinuncia alle peculiarità nazionali e di ricerca di regole il più possibile comuni tra gli stati europei ha per noi un fondamentale centro di riferimento nell’Unione Europea, che sempre più sentiamo essere l’unico valido traguardo finale. Ma la globalizzazione ormai in atto da alcuni decenni evidenzia quanto lungimirante fosse l’idea della scuola classica del diritto comparato, che ancor prima e indipendentemente dallo slancio federalista di un movimento specifico per l’unificazione europea poneva l’armonizzazione dei diritti in generale tra gli scopi più meritevoli degli studi comparatistici.



Il secondo aspetto è relativo al «miglioramento del diritto nazionale», un aspetto peraltro strettamente collegato al precedente. In effetti lo studio dell'ordinamento giuridico di un altro stato serve sempre uno scopo almeno duplice: da un lato avvicinare ad esso il diritto proprio, come abbiamo visto, ma dall'altra parte utilizzare ciò che altri paesi hanno già sperimentato, in modo da evitare, in sede di riforma del diritto nazionale, di riproporre ciò che ha già dato esito negativo. E comunque agire sulle leggi con la maggiore consapevolezza possibile dei pro e contro già verificatisi negli altri ordinamenti. Basti pensare a come ogni stato europeo, posto di fronte e dovendo dare risposta a problemi sociali oggi comuni quali l'uso di droghe, l'eutanasia, l'interruzione volontaria della gravidanza, la procreazione assistita e tutto il settore della bioetica, le mutilazioni genitali femminili, la promozione dell'uguale dignità delle persone omosessuali e la regolamentazione delle convivenze, la protezione della libertà di culto e di preghiera nei luoghi di lavoro e tanti altri ancora, abbia sempre per prima cosa provveduto a ricercare le soluzioni già sperimentate negli altri paesi per studiarle e quindi scartarle o adottarle, comunque adattarle alla propria peculiare realtà sociale (dato l'ambiente in cui siamo possiamo pensare all'importanza e difficoltà di rinvenire eventualmente in qualche paese, sicuramente non in Italia, un modello di sistema di reclutamento dei professori universitari che abbia fatto buona riuscita e che valga la pena di provare ad adottare).

In questi casi naturalmente i riferimenti più utili saranno quelli agli ordinamenti più simili per tradizione giuridica e realtà sociale. Così in Italia si guarda sempre con il massimo interesse a ciò che avviene soprattutto in Spagna ed in Francia, dove al diritto è richiesto di affrontare poco prima o poco dopo problematiche simili. Basti porre mente al reciproco punto di riferimento rappresentato da Italia e Spagna negli anni ottanta in fatto di riforma del sistema di finanziamento statale alla Chiesa Cattolica, simili nelle grandi linee ma molto più valido e trasparente quello spagnolo nella regolamentazione di importanti aspetti specifici quali la rilevanza della mancata indicazione di una scelta in sede di dichiarazione dei redditi ai fini dell'assegnazione dell'8 (Italia) o del 5 (Spagna) per mille dell'IRPEF. Proprio su quella diversità fa leva da vent'anni la richiesta da parte laica in Italia di modificare il nostro sistema prendendo almeno esempio dalla Spagna (che però nel frattempo ha modificato il proprio sistema, resta da vedere se in meglio o in peggio dal punto di vista del principio di laicità, principio supremo per l'ordinamento costituzionale italiano). Quanto alla recente problematica del velo islamico e dei simboli religiosi in genere il maggior punto di riferimento per l'Italia è



rappresentato dalla legislazione francese, in questo caso però da noi sostanzialmente respinta perché confondendo l'ambito pubblico con quello privato finisce per essere lesiva della libertà religiosa. La problematica più recente per la quale dall'Italia si cerca conforto e incoraggiamento nei precedenti francesi e spagnoli (peraltro a loro volta preceduti da quasi tutti gli stati del nord-Europa) è in tema di diritto di famiglia (matrimonio e altre convivenze) e di divieto di discriminazione motivata dalle preferenze sessuali (secondo una linea politica del resto già accolta e fatta propria dall'Unione Europea). In questo settore comunque più che per le scelte politiche sostanziali ci si lamenta in Italia per l'atteggiamento della gerarchia cattolica, che in nessun altro paese ha potuto assumere una posizione così intransigente come quella che in Italia giunge a imporre ai membri cattolici del Parlamento di votare non *secondo la loro coscienza* cattolica, come hanno il dovere di fare in quanto rappresentanti del popolo italiano, ma secondo le sue specifiche indicazioni, così dando sostanzialmente origine a un conflitto di sovranità (peraltro anche in Spagna, mi pare, un comitato esecutivo dei vescovi ha voluto ricordare ai parlamentari che essi non avrebbero potuto votare a favore della recente legge che ammette al matrimonio civile le persone dello stesso sesso).

Comunque, a giustificare la scelta che mi portava a fare largo uso della comparazione già nell'ambito del mio corso di diritto ecclesiastico interno, vale soprattutto la considerazione che la comparazione è un «metodo» applicabile con profitto a qualunque settore del diritto, e al diritto ecclesiastico in particolar modo. Intendo qui sottolineare la grande capacità propria del metodo comparativo, di *sprovincializzare* non soltanto le nostre conoscenze ma anche e soprattutto il nostro atteggiamento mentale. Senza rendersene conto ognuno di noi studiando esclusivamente il proprio diritto, la propria storia, i caratteri della propria società, anche se ha una mentalità naturalmente critica e niente affatto passiva, si rinchiude poco a poco come in un bozzolo fatto di preconcetti: poiché non conosce altre realtà crede che non esistano altre realtà ma tutt'al più varianti di quella sola che conosce. Gli è difficile pensare risposte normative non solo opposte bensì del tutto diverse da quelle fornite dal proprio diritto nazionale. E gli è ancora più difficile immaginare impostazioni nuove e diverse dei problemi stessi, o addirittura l'esistenza di problematiche diverse.

Di tutte queste incrostazioni mentali è destinata a fare piazza pulita la comparazione fino dal suo primo stadio, quello dell'autonomo studio del diritto straniero. Si scopre tutto un mondo di problemi sociali e di soluzioni giuridiche cui non avevamo pensato. Poco a poco sentiamo crollare muri e confini che bloccavano la nostra mente.



Conosciamo una nuova realtà ma soprattutto diveniamo consapevoli che altre realtà esistono e altre ancora sono possibili. Così la mente si apre alla possibilità di prendere in considerazione non preconcepiti nuovi apporti esterni allo studio della nostra realtà giuridica e sociale. In ciò il diritto comparato mostra tutta la sua grande capacità antidogmatica. Può scaturirne un modo nuovo di guardare la nostra stessa realtà pur senza fare comparazione ma semplicemente per il fatto di avere ampliato gli spazi della nostra conoscenza, come a me è capitato scrivendo nei primi anni ottanta un contributo in tema di obiezione di coscienza, che infatti portava nel sottotitolo: «*alla luce della giurisprudenza statunitense*».

Tanto basta, mi pare, per rispondere positivamente alla domanda che ci eravamo posti all'inizio di questa chiacchierata, circa l'utilità o meno dello studio e dell'insegnamento del diritto ecclesiastico comparato. Utilità che sarà per lo meno la medesima che dalla comparazione con i diritti stranieri traggono tutte le discipline giuridiche e soprattutto la mentalità stessa del giurista grazie al superamento dei dogmatismi.

Forse un solo settore giuridico, quello del *diritto canonico*, è disadatto alla comparazione in senso proprio. L'ordinamento canonico infatti si presenta con due caratteristiche assolutamente uniche, che tutto lo pervadono e lo differenziano dagli ordinamenti statuali: quelle del suo valore «assoluto» e «universale», caratteri che escludono *a priori* la possibilità di un confronto su basi paritarie, presupposto indispensabile della vera comparazione. Infatti un diritto fondato su «verità assolute» e indiscutibili, su «dogmi» appunto, potrebbe trovare nelle altrui esperienze tutt'al più qualche suggerimento di dettaglio ma esclude in partenza qualsiasi utilità di un confronto a livello di sistema e di principi-base. Non ci può essere raffronto nemmeno con i principi statuali di una costituzione rigida, che è comunque sempre affermatrice di diritti storicizzati (per quanto possiamo chiamarli «diritti umani» per fingenne l'universalità). Del resto basta ricordare il complesso delle obiezioni che negli anni sessanta del secolo scorso avevano portato all'affossamento di un importante progetto di costituzione per la Chiesa, quella *Lex Ecclesiae Fundamentalis* che in qualche misura avrebbe inserito l'ordinamento canonico nel circuito di quelli che possiamo chiamare «diritti normali». E d'altra parte l'ordinamento canonico ha elaborato propri istituti giuridici (penso alla *dispensa*, alla *dissimulatio* e alla *tolerantia* e in ultima analisi all'*aequitas*) che dotandolo di particolare elasticità lo rendono atto a conciliare la sua universalità con le enormi, incomparabili, differenze sociali, economiche, di cultura e tradizioni, riscontrabili tra tutti i popoli della terra sui quali si estende la sua



sovranità. Le diversità nel trattamento dei problemi ci sono, ma sono in astratto già previste e restano tutte interne al medesimo ordinamento canonico: il raffronto fra di esse dunque, per quanto interessante, non è comparazione poiché non si svolge tra ordinamenti distinti.

In realtà una comparazione di tipo interno a un medesimo ordinamento è possibile ed avviene se si considerano tali gli studi storici. Effettivamente il diritto comparato fa parte delle discipline storiche, non cioè di quelle che tendono immediatamente all'interpretazione della norma bensì di quelle che di essa cercano soprattutto di comprendere e illustrare i motivi e la funzione inserendola in un contesto più ampio. In tal senso l'indagine storico-giuridica, ove non resti fine a se stessa ma miri in ultima analisi alla migliore spiegazione della norma attuale, si presenta appunto come una comparazione nel tempo così come il diritto comparato si presenta per così dire come un'indagine storica nello spazio. Se del diritto comparato vogliamo accogliere tale accezione ampia, allora non v'è dubbio che gli studi di diritto canonico hanno portato al diritto comparato un contributo non indifferente, e viceversa. In questa sede però intendiamo la comparazione nel suo significato più ristretto e tradizionale, limitato al confronto fra ordinamenti diversi. Nel caso del diritto canonico si potrebbe semmai ipotizzare una comparazione con i diritti delle altre confessioni religiose, specialmente quelle cosiddette del *Libro*: tutte quelle cristiane, l'ebraica, le principali scuole islamiche. Ciò viene talvolta fatto, e con grande interesse. È ormai generalmente riconosciuta l'importanza, forse la necessità, di conoscere elementi degli altri diritti religiosi presenti in Europa (dunque anche buddismo, induismo, chiesa mormona, ecc.), per ora distintamente considerati ma in futuro possibilmente anche comparati (in Italia è nata da pochi anni, per iniziativa di Silvio Ferrari, "*Daimon*", una rivista specificamente dedicata allo studio comparato dei diritti confessionali). Ma anche questa non può dirsi comparazione in senso stretto, mancando l'indispensabile presupposto del reciproco riconoscimento di un livello paritario di verità e di sovranità.

Proprio agli antipodi del diritto canonico si pone l'attitudine comparatistica del diritto ecclesiastico, un diritto che già per sua natura vive del collegamento – e dunque ne suppone in qualche misura lo studio e il raffronto – di almeno due ordinamenti distinti, quello statale e quello confessionale. La conoscenza vera e reale di un diritto che rappresenta il concretamento giuridico particolare di esigenze religiose universali non può raggiungersi isolando la norma oggetto di studio entro i ristretti confini nazionali. Nella realtà sociale quella norma non vive sola ma in un rapporto dialettico con quelle degli



ordinamenti stranieri. E così pure lo studio di quella soluzione giuridica non può essere completo se non prende in considerazione anche le corrispondenti norme degli altri ordinamenti, cosicché sia possibile comprendere la prima, il suo senso e il suo valore, non soltanto per se medesima ma anche per il particolare significato e valore che essa può rivelare col fatto stesso della sua analogia o opposizione rispetto alle soluzioni giuridiche adottate dagli ordinamenti giuridici stranieri. E ciò è tanto più vero nella fase in cui il diritto si sta ancora formando. Prendiamo un esempio qualunque, assolutamente non drammatico però emblematico, che da qualche anno è di particolare attualità: il problema del velo e dei simboli religiosi in genere. Già gli stati islamici o comunque a maggioranza musulmana presentano regole diverse quanto all'obbligo per le donne di indossare un tipo di velo piuttosto che un altro: che copra e nasconda solo i capelli, o anche il corpo, o addirittura il volto intero, oppure invece rimetta del tutto la cosa alla libera scelta delle persone (Egitto), o per contro ne vieti del tutto l'uso negli uffici pubblici (Turchia). Già questa conoscenza delle stesse scelte degli stati islamici costituisce un piccolo passo avanti ai fini della soluzione adottabile dai paesi europei: siamo infatti resi consapevoli che qualunque soluzione potrà contrastare con la cultura tradizionale e con la libertà di autodeterminazione individuale ma non specificamente con un preciso comandamento confessionale. Quando poi il problema si presenta in Europa, ogni stato giustamente cerca riferimenti e precedenti nell'esperienza di chi lo ha già dovuto affrontare; a tal punto da traccheggiare prima di prendere una decisione (atteggiamento tipicamente italiano) sperando che nel frattempo altri stati europei offrano modelli di soluzione accettabili. Ma anche quando ciò non è, quando uno stato – la Francia – decide di fare da battistrada, prima di scrivere le proprie norme si preoccupa di mandare il presidente della relativa Commissione, Mr Stasi, in missione per le ambasciate francesi in diverse capitali europee a prendere contatti informali con studiosi locali, ritenendo indispensabile che una normativa nazionale su un problema comune a tutta l'Europa non sia varata nell'ignoranza della molteplicità di opinioni ed esperienze altrui. Ovviamente il buon metodo usato non garantisce affatto un buon risultato finale, che infatti a mio avviso è mancato dato che nella legge francese che vieta di ostentare a scuola simboli religiosi viene del tutto sacrificata la libertà individuale, quasi che tra un foulard indossato a scuola da una studentessa e un crocifisso appeso al muro sopra la cattedra non ci fosse differenza dal punto di vista della libertà religiosa e della laicità dello stato. Peraltro gli ampi dibattiti e le esperienze degli altri paesi non sembrano nemmeno avere agevolato la scelta inglese, che solo con



grande difficoltà è riuscita a vietare alle studentesse islamiche di indossare in classe un velo che ne impedisca il riconoscimento ed ostacoli il controllo su di esse da parte degli insegnanti. Mi pare invece ragionevole tracciare il limite alla libertà, anche religiosa, dei privati proprio in base alla riconoscibilità personale, in funzione della sicurezza e del buon andamento sociale (non per nulla quel limite era già previsto dal diritto comune di molti ordinamenti, ad esempio quello italiano); imponendo soltanto allo stato, laico e religiosamente incompetente, il divieto di prendere posizione in campo religioso (caso del crocifisso).

In fine, credo sia giusto porre in evidenza un'ultima utilità – di solito sottaciuta – che gli studi di diritto comparato, in particolare nella prima fase, quella affascinante dello studio del diritto straniero in quanto tale, possono talvolta apportare: intendo il diretto contributo all'interpretazione di quel diritto in sé e per sé. In effetti in quel momento lo studioso straniero, ad esempio spagnolo, si pone di fronte al suo oggetto, ad esempio il diritto matrimoniale russo, come un qualunque giurista russo avente lo scopo di interpretare, criticare, conoscere l'ordinamento nazionale in tal materia. E come tale è teoricamente possibile ch'egli raggiunga lo scopo attraverso un'indagine originale che rappresenti un contributo scientifico nuovo all'interpretazione del sistema matrimoniale russo. Perché dunque questa potenziale utilità degli studi comparatistici è normalmente taciuta? Il fatto è che pare presuntuoso pensare di poter dare un contributo scientifico alla dottrina giuridica di un ordinamento straniero; quasi un presumere di essere in grado di competere da pari a pari con quella dottrina pur mancando delle complesse basi di scienza giuridica che quei colleghi stranieri si sono formati in anni di studio e di ricerca sul loro ordinamento. Inoltre il conseguimento di quell'utilità è incerto, e nemmeno probabile. Nessuno si accinge allo studio di un diritto straniero avendo come scopo quello di contribuire alla sua migliore comprensione nell'ambito dottrinale di quell'ordinamento. Il comparatista è generalmente un discreto esperto del proprio diritto nazionale, che diviene appena sufficientemente esperto del diritto straniero. Certamente non è pensabile – a parte casi più unici che rari – che una Università (ad esempio tedesca) chiami uno studioso straniero (ad esempio argentino) a insegnare il diritto positivo tedesco. Studiosi di prestigio che insegnano in Università straniere ce ne sono, ma sono chiamati a insegnare materie come il diritto romano, o il diritto comparato, o la filosofia del diritto, o la teoria generale del processo, ma non discipline di diritto positivo locale. Il campo d'azione proprio del comparatista non è né "questo" né "quel" diritto ma appunto il



raffronto tra i due, o più, ordinamenti. Eppure, non sono inesistenti i casi di contributi scientifici originali apportati da comparatisti all'interpretazione del diritto dell'ordinamento straniero oggetto della comparazione. E il momento – raro – in cui ciò si realizza è sempre particolarmente gratificante per quello studioso, che allora si rende conto di avere effettivamente penetrato, di essersi impadronito di quella nuova realtà, e dunque di avere ora davvero solide basi onde poter procedere oltre nella comparazione. Non è presuntuoso pensare di muoversi in tal modo con successo all'interno dell'ordinamento straniero. Perché l'originalità della posizione in esso assunta, la peculiare chiarezza interpretativa emersa, sono dovute proprio al fatto che quello studioso muoveva da un diverso sistema giuridico che lo metteva in grado di osservare e valutare con occhi nuovi e disincantati quella realtà giuridica che agli studiosi locali appariva ormai bloccata in una interpretazione indiscussa. E ciò ha tanto maggiori probabilità di accadere quanto più diverso è lo stesso sistema giuridico generale, come nel caso del comparatista europeo che studia la *common law* americana o viceversa. Anche questa utilità, possibile sebbene rara, deve a mio avviso essere annoverata tra quelle che ci si possono attendere da un uso corretto e consapevole della comparazione giuridica.