

LECTIO MAGISTRALIS PRONUNCIATA  
PER IL DOTTORATO HONORIS CAUSA  
ALL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI BUDAPEST\*

JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR

(...)

**S**ONO onorato e riconoscente per il dottorato *honoris causa* conferitomi da questa Università Cattolica Pázmány Péter – *Pázmány Péter Katolikus Egyetem*.

Dovendo rispondere alla magnanima *laudatio* fatta dal Preside Prof. Anzselm Szuromi ho cominciato a riflettere da settimane su come dovessi farlo.

Tal volta anche cercando una risposta alla domanda scherzosa rivoltami dai colleghi, per cosa ti hanno dato questo dottorato? Ma qui non è come per altre onorificenze e riconoscimenti in cui chi li concede indica anche il preciso motivo. La causa però è l'onore; questo è ben espresso nel titolo materiale che in questo solenne atto mi viene consegnato. E basta.

Non è quindi difficile capire che il mio pensiero sia ritornato agli argomenti sui quali ho scritto qualcosa cercando di individuare uno che potesse servire allo scopo. Avendo ormai raggiunto l'età in cui si ha più tempo alle spalle che davanti (di che non mi rammarico sapendo che il meglio deve ancora arrivare), i ricordi sono affiorati con abbondanza. E mi son trovato ad annacquare tanti momenti e problemi che mi sono posto nella mia vita di professore, quasi per vedere quello che so e quello che saprei dire a voi oggi.

E mi viene in mente, come succederà forse ad altri miei colleghi, quel che diceva il filosofo: “so soltanto di non sapere nulla”; qualcuno aggiunge: “e questo lo so perché me l'hanno detto!”

La fortuna però mi è stata propizia, e come quel povero ladruncolo che così pregava: “Non darmi niente Signore, basta che tu mi metta dove ci sia qualcosa” anch'io sono capitato sempre tra gente sapiente che mi ha insegnato a imparare.

Le cose più importanti della vita ancorché siano piuttosto correnti, quelle che si spiegano dicendo ‘si sa’, non sappiamo né come né da chi le abbiamo imparate; forse nessuno ce le ha dette ma ci sono cadute addosso come la

\* In A. SZUROMI (cur.), «Il quindicesimo anniversario dell'Istituto di Diritto canonico “ad instar Facultatis” dell'Università cattolica Pázmány Péter», Budapest 2011, p. 243-257. Per un errore di stampa è apparsa con il titolo *Diritto ecclesiastico dello Stato*.

pioggia. Di altre talvolta ricordiamo con più precisione un maggior numero di dettagli.

Sono trascorsi quasi quarant'anni dalla mia prima nomina come assistente alla Facoltà di canonico di Pamplona, poi sono diventato incaricato. In quei primi anni a Pamplona ho goduto della amicizia e della guida incoraggiante dei miei colleghi della Facoltà. Essendo allora giovane guardavo tutti con rispetto e ammirazione; con la loro vita mi hanno trasmesso oltre il sapere il *recta sapere*. Non mi è possibile menzionare qui tutti, ma di tutti conservo più che il ricordo l'amicizia.

Di Lombardía ho ammirato la sua grande umanità; sul piano scientifico, tra l'altro, la sua capacità di sintesi, di intuire i nodi sostanziali dei problemi, e il valore che lui stesso dava alla loro adeguata impostazione; ciò ha reso molto ricchi di suggerimenti i suoi scritti, ad esempio i suoi ultimi contributi: le *Lecciones de Derecho Canónico*,<sup>1</sup> e la Rassegna bibliografica che scrisse per il primo volume dell'*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* con il titolo *El concepto actual de Derecho Eclesiástico y su marco constitucional*.<sup>2</sup>

Da Hervada ho imparato, tra tante cose, che il diritto altro non è che il bene in quanto dovuto a qualcuno perché attribuitogli dalla natura o da altro titolo; che solo l'uomo è capace di diritti non fosse altro perché soltanto lui è capace di doveri, quindi di giustizia.<sup>3</sup> In un mondo in cui persino nelle facoltà giuridiche si sente parlare di diritti degli animali e della natura non mi sembra poca cosa distinguere tra sensibilità, buoni sentimenti, legittime aspirazioni e il diritto e la giustizia.

#### DIRITTO ECCLESIASTICO DELLO STATO

È stato il prof. Fuenmayor a chiamarmi all'Università come suo assistente. Egli ha creduto che potevo diventare professore mentre io non ci avevo nemmeno pensato e intendevo fare l'avvocato. Era il Decano di canonico ma anche ordinario di Diritto civile. Con lui feci le due tesi, quella canonica e poi quella in Giurisprudenza sul matrimonio canonico nel diritto spagnolo. Presenziava alle mie prime lezioni e mi incoraggiava sempre. Quella di Navarra era allora l'unica Università spagnola dove esisteva la materia di Diritto ecclesiastico dello Stato, mentre nelle Università statali si insegnava solo Diritto canonico. Le sue lezioni erano state trascritte dagli studenti in forma di dispense che circolavano in fotocopie; le conservo ancora e mi sono servite per le mie lezioni fino a quando non mi trasferii in Italia. Nel programma delle mie lezioni traspare ancora la struttura di quelle dispense.

<sup>1</sup> Tecnos, Madrid 1984 (3ª reimpresión 1991).

<sup>2</sup> Pagine 623-675.

<sup>3</sup> J. HERVADA, *Qué es el derecho*, EUNSA, Pamplona 2002. L. POLO, *La diferencia entre el hombre y el animal*: «Miscelánea poliana», 4, 2005, pp. 1-8: Polo, *Diferencia entre hombre y animal*. htm.

Nel 2007 il prof. González del Valle perché non venissero perse e per onorare la memoria del maestro, ebbe l'idea di pubblicarle<sup>4</sup> e gentilmente me ne inviò una copia.

### *Sistemi matrimoniali*

Nella elaborazione della tesi, nei primi anni '80, mi imbattei nell'analisi del sistema matrimoniale spagnolo, tema che il mio maestro riteneva della più grande importanza (difatti negli stessi anni egli guidò altre due tesi sullo stesso argomento quelle dei professori De Pablo e Ferrer<sup>5</sup>). Il concetto di *sistema matrimoniale* è stato introdotto nella ecclesiasticistica spagnola proprio per influsso di Fuenmayor.<sup>6</sup> L'ho definito come "l'insieme combinato di regole di un ordinamento civile che stabiliscono l'efficacia in esso del matrimonio religioso";<sup>7</sup> partendo da esso vengono definiti i profili teorici e le classificazioni dei vari sistemi matrimoniali, come archetipi in base ai quali si studiano i concreti ordinamenti matrimoniali statali.

Erano recenti all'epoca la Costituzione spagnola (1978), che all'art. 16 tratta della libertà religiosa e all'art. 32 del matrimonio, e l'Accordo giuridico con la Santa Sede il cui art. VI definiva il sistema matrimoniale riguardo al matrimonio canonico. A dare attuazione a tali norme venne la Legge del 7 luglio 1981 che tra l'altro introdusse anche il divorzio per tutti i matrimoni e non rispettava appieno l'accordo ecclesiastico, tant'è vero che vi furono Note di protesta della Nunziatura. Fu allora che scrissi una comunicazione ad un convegno che poi non inviai; i colleghi cui avevo chiesto un parere me lo scongiurarono.

Sostenevo in sintesi che se le cose stavano così non conveniva alla Chiesa pattuire sul matrimonio, poiché a questa parola corrispondono realtà non omogenee nel diritto civile e in quello canonico, il cui divario non poteva che crescere. Perché dunque confondere la gente, dando l'impressione che la Chiesa è d'accordo con quello che lo Stato reputa matrimonio?

I miei timori di allora sono stati superati dalla realtà, non potevo immaginare a quali varietà di unioni sarebbe stato dato in seguito il nome di matrimonio; la Chiesa però fa tutto il possibile affinché il matrimonio dei cattolici venga riconosciuto e abbia il sostegno del diritto statale, perciò su questa

<sup>4</sup> A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Ed. Comares, Granada 2007.

<sup>5</sup> P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución democrática y pluralismo matrimonial El nuevo sistema matrimonial español*, EUNSA, Pamplona 1985; J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canonico en el ordenamiento español*, EUNSA, Pamplona 1986.

<sup>6</sup> A. DE FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, Madrid 1959; cf. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Prólogo* a A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, *Derecho eclesiástico del...*, cit., p. XI.

<sup>7</sup> JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Rilevanza del matrimonio religioso nei paesi dell'Unione Europea*, «Matrimonio canonico e ordinamento civile», LEV. Città del Vaticano 2008, p. 126: btcadt.

materia talvolta preferisce un cattivo accordo a nessun accordo, anche se ha dovuto tante volte manifestare il suo dissenso a delle leggi che intaccano l'identità del patto matrimoniale.

Quegli anni a Navarra sono stati anche segnati dai lavori di commento al nuovo *Codex Iuris Canonici* in cui abbiamo collaborato tutti i professori della Facoltà.

### *Diritto ecclesiastico comparato*

Nel 1984 mi sono trasferito a Roma insieme ai professori Arrieta ed Errázuriz per cominciare la Facoltà canonica di quella che oggi è la Pontificia Università della S. Croce. A noi il compito era chiaro: riprodurre a Roma l'ambiente di studio e di collaborazione vissuto a Pamplona. Da un punto di vista personale mi sono di colpo trovato professore 'anziano', così ho cominciato a imparare dai giovani che via via si aggiungevano al corpo docente della Facoltà. Dibattiti assai arricchenti si accendevano sui più svariati argomenti con occasione dei seminari per professori e altri incontri.

Il trasferimento inoltre comportava diverse sfide e interessanti problemi da affrontare. Il primo è che mentre a Navarra il diritto ecclesiastico dello Stato oggetto di studio era quello spagnolo, a Roma ciò non era auspicabile né possibile data la grande varietà di Paesi di provenienza degli studenti; nemmeno lo sarebbe stato prendere come riferimento unico il diritto ecclesiastico italiano.

Ho cercato allora di elaborare una sorta di diritto ecclesiastico in cui si parte dalle nozioni fondamentali tipiche di ogni branca del diritto, quali concetto e soggetti, i principi e le fonti, la libertà religiosa e l'obiezione di coscienza, la loro protezione internazionale; per affrontare poi lo studio pratico delle singole questioni (statuto civile delle confessioni e gli enti ecclesiastici, matrimonio religioso, insegnamento della religione, scuole, finanziamento delle confessioni, assistenza religiosa, ecc.) tenendo conto del diritto di ogni paese rappresentato in aula.

### *I principi del Diritto ecclesiastico dello Stato*

La parte generale del programma riveste particolare interesse formativo dato che molti dei miei studenti non hanno studiato giurisprudenza; così il tema dei fondamenti del diritto ecclesiastico si rende necessario. Speciale rilievo ho dato ai principi guida della disciplina, seguendo la costruzione di questi fatta dal Viladrich.<sup>8</sup> Essi definiscono la posizione, l'atteggiamento

<sup>8</sup> P.J. VILADRICH, *Los principios informadores del derecho eclesiástico español*, «Derecho eclesiástico del Estado español» EUNSA, Pamplona 1980, p. 211-317. Il tema in modo o nell'altro viene trattata in tutti i manuali spagnoli, più di rado in quelli italiani che spesso si limitano alla considerazione delle pronunce della Corte Costituzionale.

dell'ordinamento civile nei confronti del fenomeno religioso; dimensione umana della quale lo Stato non è soggetto o protagonista e nemmeno detentore di diritti bensì di doveri.

### *Libertà e laicità*

Seguendo l'autore citato ritengo che primo tra i principi del diritto ecclesiastico non può essere che quello di libertà religiosa in quanto fondato sul relativo diritto della persona.

La laicità, la neutralità o la separazione invece non sono in sé dei diritti (né della persona né dello Stato), ma principi che caratterizzano l'atteggiamento dello Stato nei confronti delle opzioni religiose dei cittadini e delle confessioni di cui questi fanno parte:<sup>9</sup> devono servire come ulteriore garanzia della libertà religiosa e se non si riferiscono a questa smettono di aver senso o si trasformano in manifestazione di statalismo.

Tuttavia l'odierna esaltazione della laicità (dello Stato) sembra voler fare di questa una sorta di supremo valore civile pari se non superiore a quello della libertà (dei cittadini).<sup>10</sup>

Laicità è una parola ormai abusata, di senso non sempre chiaro.<sup>11</sup> Ciò è stato messo in rilievo, in concreto, da Dalla Torre quando, commentando la sentenza della Corte Costituzionale italiana che dichiara la laicità dello Stato come "uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale",<sup>12</sup> si domanda "se la nozione di laicità dello Stato (...) sia in realtà giuridicamente significativa ed univoca. Invero molte e giustificate perplessità, molti dubbi insorgono circa l'utilità di tale nozione",<sup>13</sup> giacché la positiva promozione di questo principio "potrebbe, negli anni a venire, rappresentare una sorta di 'grimaldello' con cui progressivamente espungere dal nostro ordinamento norme ed istituti, nei quali si riflette attualmente la rilevanza giuridica del fatto religioso".<sup>14</sup>

Che questo non sia un pericolo ipotetico lo si evince anche da alcune note sentenze della Corte Europea, secondo cui la laicità statale dovrebbe attivarsi a servizio della cosiddetta libertà religiosa negativa; ciò che in fondo finisce per favorire una impostazione miscredente della vita pubblica come la più confacente ad una società democratica;<sup>15</sup> mentre succede proprio il con-

<sup>9</sup> Sulla laicità come atteggiamento personale davanti a Dio e al mondo *vid.* F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, Torino 1992, p. 91-112.

<sup>10</sup> *Vid.* Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) Sent. *Leyla Sahin c. Turchia*, 10 novembre 2005 (Opinione dissidente della Giudice Tulkens nn. 5-13).

<sup>11</sup> Cf. R. PALOMINO, *El laicismo como religión oficial*, btcaeg p. 5-20.

<sup>12</sup> Sent. 203 dell'11-12 aprile 1989.

<sup>13</sup> G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza*, Studium, Roma 1992, p. 45.

<sup>14</sup> *Ivi*, 37; cf. p. 68.

<sup>15</sup> Una libertà religiosa che tutto favorisce tranne la vita religiosa; *vid.* CEDU, Sent. *Lautsi c. Italia*, 3 novembre 2009, nn. 56-58 (modificata dalla Grande Camera Sent. 18 marzo 2011).

trario, cioè che “quando lo Stato promuove, insegna, o addirittura impone, forme di ateismo pratico, sottrae ai suoi cittadini la forza morale e spirituale indispensabile per impegnarsi nello sviluppo umano integrale”.<sup>16</sup>

Che lo Stato si dica neutrale, laico o aconfessionale non può significare che il suo compito consista nel neutralizzare la vita religiosa, marginalizzarne le manifestazioni pubbliche o la presenza sociale delle confessioni. Come dice González del Valle, “che lo Stato sia aconfessionale non significa che possa partire dal presupposto che i cittadini non praticino alcuna religione o che la società in quanto tale è irreligiosa”,<sup>17</sup> né pertanto può considerarsi investito di una missione secolarizzante o di diffusione dell’agnosticismo;<sup>18</sup> “fondamentalismo religioso e il laicismo sono forme speculari ed estreme di rifiuto del legittimo pluralismo e del principio di laicità”.<sup>19</sup>

Questo accade o può accadere quando si dimentica il ruolo centrale della libertà religiosa, che non può essere semplicemente un rimasuglio della laicità, risultato accessorio della neutralità o separatismo statali; qualcosa che nella pratica si tollera ma non si apprezza positivamente. Al contrario, come dice Rhonheimer «la cosiddetta “neutralità” dello Stato si basa su una netta non neutralità rispetto a quei valori fondamentali che formano l’assetto costituzionale, innanzitutto i “diritti dell’uomo”». <sup>20</sup> Se il bene comune e lo Stato si definiscono in funzione della persona, i principi dell’ordine statale non possono considerarsi autonomi o in concorrenza con i diritti di essa.

A mio avviso la neutralità o laicità dello Stato deve essere intesa come meccanismo di tutela della libertà religiosa per tutti: lo Stato non fa sua né

<sup>16</sup> BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, n. 29. R. SPAEMANN da parte sua ricorda che la tolleranza non può essere fondata sul relativismo morale bensì sulla precisa convinzione della dignità di ogni uomo (*Concetti morali fondamentali*, Casale Monferrato 1993, p. 30).

<sup>17</sup> *Confesiones religiosas*, «Derecho Eclesiástico del Estado español», 3ª ed., Pamplona 1993, p. 236.

<sup>18</sup> Anche negli USA è per tempo prevalsa un’interpretazione massimalista della *non establishment clause*, che ha portato a considerare il separatismo come l’asse portante del sistema, con una tale rigidità da impedire non tanto un trattamento discriminatorio delle confessioni, o il troppo coinvolgimento dello Stato con qualcuna di esse, ma qualsiasi tipo di promozione o aiuto (diretto o indiretto, federale o statale) alla vita religiosa dei cittadini, quasi che lo sviluppo di questa o la soddisfazione degli interessi religiosi non possano in nessun modo contribuire al bene della convivenza sociale, mentre la realtà e la storia dimostrano il contrario. Certamente l’idea sul ruolo sociale della religione di coloro che introdussero il Primo emendamento, e la loro intenzione erano molto differenti: Cf. G. GOLDBERG, *Church, State and the Constitution*, Washington 1987; J.I. RUBIO, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, EUNSA, Pamplona 2011, in particolare pp. 68-69, 74 nota 56 e 111-143.

<sup>19</sup> BENEDETTO XVI, *Messaggio per la Giornata mondiale della pace* (2011), n. 8

<sup>20</sup> M. RHONHEIMER, *Perché una filosofia politica? Elementi storici per una risposta*: «Acta Philosophica», 1 (1992) p. 246. Cfr. J. HERVADA, *Derecho natural, democracia y cultura*: «Persona y Derecho», 6 (1979) p. 203.

aderisce a nessuna confessione,<sup>21</sup> proprio per svolgere il ruolo che gli spetta di promotore e garante della libertà religiosa senza differenze, interessandosi alla religione quale dimensione umana che esige libertà, sia nell'intimità dell'individuo che nelle manifestazioni pratiche, individuali e collettive; questo atteggiamento di favorire la libertà di pratica religiosa costituisce appunto manifestazione della laicità statale.<sup>22</sup>

Tuttavia, il fatto che le leggi non debbano assumere direttamente criteri di ordine religioso e che i pubblici poteri non agiscano quali agenti di una certa confessione, non deve alimentare il mito illuminista della neutralità culturale, che non esiste. Alla base di qualsiasi ordinamento giuridico c'è sempre un concetto di uomo e di società, di bene, di male e di giustizia più o meno immediatamente collegati ad una religione: la vita non è neutra. Ispirandosi alla laicità, lo Stato deve recepire e dare attuazione ai valori sociali deducibili da una certa religione, secondo criteri secolari non fideisti, ossia non pronunciandosi sulla intrinseca verità o sull'origine trascendente di tali valori,<sup>23</sup> ma nella misura in cui essi, per ragioni storiche, culturali o sociologiche sono vivi e operativi nel corpo sociale, sentiti come importanti; da qui che "il contributo etico della religione nell'ambito politico" non vada "marginalizzato o vietato, ma compreso come valido apporto alla promozione del bene comune".<sup>24</sup>

#### CONCORDATI

Con la collaborazione degli studenti che di volta in volta riempivano l'aula, a poco a poco ho raccolto molto materiale (oggi per lo più reperibile in internet) come le costituzioni e le leggi sulla libertà religiosa, ho preso a spiegare una sorta di diritto ecclesiastico comparato, che mi sembra abbastanza arricchente, servendomi anche dei concordati ed altri accordi che si occupano con certo dettaglio di tali materie. Ho finito così per pubblicare una Raccolta in due volumi che contiene i concordati dal 1950 ad oggi.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> In fondo all'idea di laicità statale c'è il fatto che lo Stato, che oggi si configura come struttura impersonale, non è soggetto della religione né pertanto della libertà religiosa.

<sup>22</sup> P.J. VILADRICH – J. FERRER ORTIZ, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, «Derecho Eclesiástico del...», 6ª ed., Pamplona 2010, pp. 94-100.

<sup>23</sup> Nella definizione della laicità come principio del diritto ecclesiastico italiano è significativa la Sent. della Corte Costituzionale del 12 aprile 1989, n. 203, nella quale essa viene considerata come una dei principi supremi dell'ordinamento, "principio che implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"; vid. anche la Sent. Corte Cost. n. 195 del 27 aprile 1993. Una analisi del concetto di laicità da essa emergente in L. GUERZONI, *Considerazioni critiche sul "principio supremo" di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*: «IDE» (1992) p. 86-112.

<sup>24</sup> BENEDETTO XVI, *Messaggio per la Giornata mondiale della pace* (2011), n. 6.

<sup>25</sup> *Raccolta di concordati 1950-1999*, LEV, Città del Vaticano 2000; *I concordati dal 2000 al 2009*, LEV, Città del Vaticano 2010.

Ma soprattutto mi sono interessato all'istituto del concordato per diversi aspetti;<sup>26</sup> se nella prima metà del secolo xx la problematica sugli accordi con la Santa Sede era centrata sulla loro natura più o meno simile ai trattati internazionali, dopo il Concilio l'asse della discussione si spostò sulla compatibilità del sistema concordatario con le direttive conciliari; ancora oggi mi sorprende che non pochi esperti in materia preannunciarono la fine dei concordati, vincolandoli ad una lunga e faticosamente superata 'era costantiniana': nell'era della libertà religiosa essi non avrebbero più spazio né sarebbero confacenti ad una Chiesa ormai libera.<sup>27</sup> Eppure non c'è stata un'epoca della storia più abbondante di accordi concordatari come appunto quella che va dal Vaticano II ad oggi; nel frontespizio di questi nuovi accordi si trovano, una accanto all'altra, libertà religiosa e *libertas Ecclesiae*, quella come civile, secolare fondamento e garanzia di questa. Oggi i problemi circa la natura e carattere vincolante dei concordati sembrerebbero risolti, dal punto di vista teorico essi interessano piuttosto in come fonte del diritto ecclesiastico statale.<sup>28</sup>

#### DIRITTO PUBBLICO ESTERNO E RAPPORTI CHIESA-STATO

Tra le varie materie di cui, oltre il Diritto ecclesiastico statale, ho dovuto farmi carico, quella che ho insegnato più a lungo si chiamava un tempo *Diritto pubblico esterno*, e oggi *Diritto dei rapporti tra Chiesa e società civile*. Così mi sono trovato professore allo stesso tempo di due materie che per certi versi tendono a confondersi: Diritto ecclesiastico e Rapporti Chiesa-Stato.

Nelle Facoltà di Diritto canonico il diritto ecclesiastico dello Stato abitualmente non fa parte del *curriculum* degli studi, per cui argomenti appartenenti al diritto civile sulla religione (quali la libertà religiosa, gli enti ecclesiastici, l'insegnamento della religione) vengono trattati a proposito dei rapporti Chiesa-Stato.

Nelle Facoltà giuridiche civili, invece, non pochi degli argomenti riguardanti questi rapporti vengono affrontati insieme allo studio del Diritto eccle-

<sup>26</sup> Tra gli altri: *Passato e presente dei concordati*: «Ius Ecclesiae» XII (2000) 613-660, btcafg; *Studio comparativo dei concordati tra la Santa Sede e gli Stati dell'Europa Centrale e Orientale*, in M. ŠMID, C. VASIL' (a cura di), «Relazioni internazionali giuridiche bilaterali tra la Santa Sede e gli Stati: esperienze e prospettive», LEV, Città del Vaticano 2003, p. 61-88.

<sup>27</sup> Cf. P.A. D'AVACK, *Rilevi preliminari sulla riforma del concordato lateranense*, «Studi per la revisione del concordato», Padova 1970, p. 9-15; J.M. SETIÉN, *Eclesiología subyacente a la teoría concordataria*, «Concordato y sociedad pluralista», Sígueme, Salamanca 1972, p. 19-49; P. COLELLA, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico*, 2ª ed., Napoli 1984, p. 166-198; G. CAPUTO, *La funzione del sistema pattizio nella storia*: «ADEE» (1988) 39-45.

<sup>28</sup> J.T. MARTÍN DE AGAR, *La teoría concordataria desde el punto de vista del derecho canónico actual*, in J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA (ed.), «Los concordatos: pasado y futuro», Comares, Granada 2004, p. 129-146, btcacs.

siastico statale, ad esempio la storia e i sistemi di relazioni tra la Chiesa e lo Stato (chiesa di Stato, confessionarismo, separazione, ecc.).

Trovandomi a insegnare entrambe le materie mi si pose il problema della loro autonomia; ma soprattutto dello statuto scientifico di quello che era il Diritto Pubblico Esterno della Chiesa e oggi il Diritto dei rapporti Chiesa-Stato. Si può dire canonica questa disciplina o per lo meno giuridica? Che senso ha la qualifica di esterno?

È noto che attorno al Concilio Vaticano II si produce una vera e propria crisi dello *Ius Publicum Ecclesiasticum Externum*;<sup>29</sup> si tratta di una debolezza antica, forse ignorata, della materia, che un cambiamento di nome non poteva risolvere;<sup>30</sup> sta di fatto che nessuno dei Codici canonici, malgrado non ne mancassero le richieste, ha voluto – direi potuto – occuparsene in modo sistematico. Si trovano nondimeno sparse nei canoni affermazioni più o meno normative sugli iura nativa e le altre prerogative della Chiesa,<sup>31</sup> che Listl studiò con cura appena promulgato il CIC 1983, ritenendole un mosaico contenente le linee fondamentali dei rapporti Chiesa-Stato secondo la dottrina del Concilio.<sup>32</sup>

Basta però leggere alcuni di questi canoni perché la domanda ritorni. Ad esempio, quando il c. 113 § 1 dice che la Chiesa e la Santa Sede sono persone morali *ex ipsa ordinatione divina*, a chi si rivolge? E lo stesso si dica di tutti gli altri canoni in cui si afferma che la Chiesa ha un certo diritto *proprio, nativo e indipendente da qualsiasi umana potestà*, anche quello che assegna alla Chiesa in modo proprio ed esclusivo le cause annesse alle cose spirituali (c. 1401, 1°): non è facile dire quali siano i destinatari e la portata di queste leggi.<sup>33</sup>

A me sembra che a rispecchiare la realtà canonica nei rapporti con la comunità politica, siano piuttosto l'accettazione del diritto internazionale (c. 3, 362, 365) i richiami al rispetto delle leggi civili (ad es. in materia lavorativa

<sup>29</sup> È stata molto bene analizzata da C. SOLER, *Iglesia y Estado. La incidencia del Concilio Vaticano II sobre el Derecho Público Externo*, Pamplona 1993.

<sup>30</sup> A. DE LA HERA - CH. MUNIER, *Le droit public ecclésiastique a travers ses définitions*: «Revue de Droit Canonique» (1964) 32-63; P. LOMBARDÍA, *Le Droit Public Ecclésiastique selon Vatican II: «Apollinaris»* XL (1967) I, p. 59-112 (in spagnolo in ID., *Escritos de Derecho canónico II*, Pamplona 1973, p. 351-431).

<sup>31</sup> Se ne è occupato di recente, J.-P. SCHOUPPE, *Les «iura nativa» de l'Église: un anachronique vestige iuspubliciste ou une exigence actuelle du droit divin*: J.I. ARRIETA (cur.), «Ius divinum», Venezia 2010, 1229-1248.

<sup>32</sup> J. LISTL, *Die Aussagen des Codex Iuris Canonici vom 25. Januar 1983 zum Verhältnis von Kirche und Staat*: «Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche» vol. 19, Aschendorff 1985, anche in ID., *Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht*, Erster Halbband, Berlin 1996, p. 1032-1058. Mi sembra tuttavia significativo che mentre queste asserzioni trovano puntuale corrispondenza nel CIC 1917, molte invece non la trovano nel CCEO.

<sup>33</sup> L'ampiezza e astrattezza di questa dichiarazione, tipica dello *Ius Publicum* classico, rispecchia l'idea di una Chiesa la cui potestà giuridica si estende al mondo, all'orbe.

e di amministrazione dei beni, cc. 231 § 2, 1284 § 2) nonché i vari rinvii ad esse (tutela, adozione, prescrizione, contratti e pagamenti); quindi un *diritto interno sulle relazioni con altri ordinamenti*. Inoltre vi sono regole prettamente canoniche sui rapporti Chiesa-società tra le quali spiccano quelli sulla iniziativa e responsabilità dei fedeli –in particolare dei laici– nella evangelizzazione del mondo (cc. 215, 216, 225), la libertà religiosa (c. 748), e la libertà nelle questioni temporali (c. 277).

Seppur questo non risolve il problema dell'adeguata impostazione giuridica dei rapporti Chiesa-Stato, fa parte della soluzione in quanto mette la persona come ragion d'essere sia della libertà della Chiesa che della legittima laicità dello Stato.<sup>34</sup> Il dualismo cristiano, la distinzione tra ordine religioso e politico, ha pure un fondamento naturale.

#### DIRITTO MATRIMONIALE

La nomina a giudice nel Vicariato di Roma mi ha portato ad interessarmi anche di diritto matrimoniale. Una delle principali conclusioni cui sono arrivato è che si tratta di un diritto fatto di presunzioni legali, non solo nel campo del consenso: non potendo accontentarsi di apparenze o di mera forma, intende cogliere la sostanza, quel che accade nell'animo del soggetto, ma questo soltanto per indizi si può apprendere, con rischio di attribuire ad essi un valore che forse non sempre hanno.

Già le annose dispute fra Bologna e Parigi mostrano l'importanza che ha per il diritto della Chiesa stabilire i mezzi per ravvisare una vera volontà matrimoniale. La progressiva formalizzazione di questo discernimento, accanto a vantaggi ha potuto oscurare appunto la differenza che passa tra il consenso stesso e i requisiti legali del suo riconoscimento da parte dell'autorità.

#### *Error iuris*

A parte quelle sul c. 1095, alcune delle questioni cui ho tentato di dare risposta riguardano l'errore sulle proprietà essenziali del matrimonio.<sup>35</sup> Non è possibile svilupparle adesso, ho cercato tra l'altro di segnalare che essendo cambiata la normativa circa questo errore<sup>36</sup> non si poteva mantenere in piede il sillogismo secondo cui l'errore su tali proprietà, *etsi causa det contrac-*

<sup>34</sup> GS 76, DH 13, Pio XII, *Disc.* 23 marzo 1958: AAS (1958) 220.

<sup>35</sup> *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*: «Ius Canonicum» (1995) p. 117-141, anche in J.I. BAÑARES (a cura di), «Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial», EUNSA, Pamplona 1996, p.177-208, btcabd.

<sup>36</sup> *CIC 17 Can. 1084*: Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem. *CIC 83, c. 1099*: Error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, dummodo non determinet voluntatem, non vitiat consensum matrimonialem.

*tui*, è irrilevante<sup>37</sup> “*dummodo intendat facere vel recipere quod Ecclesia dat, quamvis credat nihil esse*”,<sup>38</sup> per poi presumere che chi desidera celebrare il matrimonio canonico vuole fare ciò che fa la Chiesa, cioè la conformità con la volontà divina sul matrimonio; una presunzione che prevarrebbe anche in presenza di un errore privato sul matrimonio.<sup>39</sup>

Mi sembra, che all’errore *di pura ignoranza*, tipico degli acattolici, sia oggi subentrato l’errore *di opinione* (di dissenso) in cattolici che comunque vogliono le nozze in Chiesa; in questo caso la volontà gioca un ruolo: c’è un influsso tra l’intelletto e la volontà che aderisce a quello di cui erroneamente si è convinto; questo voler pensare come si pensa, ad esempio che il matrimonio è dissolubile, può determinare la volontà.<sup>40</sup>

### *Convalida automatica del matrimonio*

Alla domanda se possa esistere il consorzio matrimoniale descritto dal c. 1055 § 1 senza prima adempiere al c. 1057, sembra si debba rispondere negativamente: senza patto coniugale non c’è matrimonio.

Il Catechismo della Chiesa cattolica però dice “La comunità coniugale è fondata sul consenso degli sposi ... Un uomo e una donna uniti in matrimonio formano insieme con i loro figli una famiglia. Questa istituzione precede qualsiasi riconoscimento da parte della pubblica autorità; si impone da sé” (nn. 2201 e 2202).

Si distingue fra il patto coniugale (messo in atto dalla volontà delle parti) e il suo riconoscimento, il quale – dice Lombardía – “altro non è che l’inquadramento del matrimonio nell’insieme della struttura giuridica della Chiesa”.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Di fatti non mancano autori che considerano rilevante e innovativo lo spazio che il nuovo Codice dà all’errore di diritto, e hanno avvertito la necessità di approfondire i problemi teorici e pratici della figura, come M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice...*, «Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico», Padova 1984, p. 68-72; M. LÓPEZ ALARCÓN, *La Ignorancia y el error*, in M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO-VALLS, «Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado», Madrid 1984, p. 198-200; A. STANKIEWICZ, *Errore circa le proprietà e la dignità sacramentale del matrimonio*, «La nuova legislazione matrimoniale canonica», Città del Vaticano 1986, p. 126 s.

<sup>38</sup> *Summa Theol.*, Suppl. q. 51. a. 2, ad 2.

<sup>39</sup> STANKIEWICZ ritiene uno dei principi della revisione di questa materia l’abbandono “della presunzione sulla volontà generale di contrarre le nozze come le ha istituite il Signore” (*Errore circa le...*, cit., p. 125); egli si richiama ad una sentenza c. Ewers del 18 maggio 1908.

<sup>40</sup> Questa interazione tra intelletto e volontà in tema di errore è stata rilevata dalla filosofia della conoscenza, come segnala STANKIEWICZ (*L’errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia giuridica*, «Error determinans voluntatem», Città del Vaticano 1995, p. 73). Su questa distinzione tra errore-ignoranza ed errore di mentalità vid. J. HERVADA, *Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, in ID., «Vetera et nova» 2<sup>a</sup> ed., Pamplona 2005, p. 340-341; V. DE PAOLIS: *L’errore che determina la volontà*, «Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico», Città del Vaticano 1995, p. 90 s.

<sup>41</sup> “No consiste en otra cosa que en el encuadramiento del matrimonio en el conjunto de

La domanda allora potrebbe essere: se laddove un uomo e una donna si sono donati ed accettati mutuamente con patto nuziale irrevocabile (c. 1057 § 2), costituendo fra loro il *consortium totius vitae* di cui al c. 1055 § 1, esiste un vincolo matrimoniale suscettibile di essere riconosciuto dal diritto, purché non vi siano ostacoli insormontabili.

Insomma, qualsiasi realtà coniugale fondata su un impegno sponsale fra le parti è chiamata ad essere riconosciuta dall'ordinamento, e l'autorità dovrebbe approntare i mezzi tecnici perché ciò avvenga nel maggior numero di casi possibile.

Così mi sono chiesto se questo riconoscimento non possa avere luogo automaticamente in taluni casi in cui esiste una vera e constatabile volontà coniugale, una volta sparito o rimosso l'ostacolo causante la nullità. Ciò potrebbe avvenire con certe unioni contratte con degli impedimenti, in cui esiste un consenso matrimonio legittimamente manifestato che si presume perseverante (c. 1107), una volta cessato o dispensato l'impedimento.<sup>42</sup>

Ma potrebbe anche darsi in casi di difetto iniziale di consenso. Il c. 1159 § 1 dice che il matrimonio nullo per questo motivo si convalida *si pars quae non consenserat, iam consentiat*, il che in certi casi può avvenire privatamente, in segreto (§ 2), purché persista quello dell'altra.

Su questa premessa, di fronte alla rigida interpretazione del principio consensuale secondo la quale il consenso viziato o difettoso (anche in modo inconsapevole) è semplicemente inesistente, ritengo che ci sono incapacità, vizi e difetti iniziali del consenso che si possono considerare sanati dalla volontaria permanenza nella comunione coniugale. Sarebbe il caso di una immaturità iniziale quando l'armonia fra i coniugi dura nel tempo;<sup>43</sup> parimenti è probabile che colui che andò alle nozze sotto l'effetto dell'alcool o di droghe non diede un valido consenso, ma lo è pure che questo difetto iniziale si possa ritenere riparato dal comportamento coniugale susseguente quando è espressione inequivoca di una volontà veramente matrimoniale.

Qualcosa di simile può verificarsi in casi di timore o di dolo quando, cessato il primo o scoperto il secondo, la parte che ne fu vittima prosegue volentieri la convivenza;<sup>44</sup> lo stesso si può dire se chi era caduto in errore scopre la verità. E ancora in casi di simulazione, ad esempio se dopo avere inizialmente escluso la prole si accolgono i figli che di fatto arrivano, o se avendo

la estructura jurídica de la Iglesia", P. LOMBARDÍA, *Supuestos especiales de relación entre consentimiento y forma*: «Derecho canónico», vol. II, Pamplona 1974, p. 133.

<sup>42</sup> Cf. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 574-576.

<sup>43</sup> C'è infatti da chiedersi se queste immaturità solo si possano ritenere superate quando il soggetto viene autorizzato a celebrare nuove nozze.

<sup>44</sup> Nella redazione del CIC fu in effetti proposto che per la convalida *ex lege* la convivenza dovesse protrarsi per tre anni, ma non fu accettato: *Communicationes* (1973) 90.

escluso la perpetuità del vincolo si persevera di buon grado nell'unione forse anche sforzandosi per superare le difficoltà. Insomma mi sembra che il consenso insufficiente al momento delle nozze si possa, in certi casi, completare o perfezionare lungo la vita coniugale in modo inequivocabile<sup>45</sup> e a ciò si dovrebbe dare il dovuto rilievo oltre la *sanatio in radice* nei casi in cui è attuabile; ossia che tra il matrimonio *in fieri* e quello *in facto esse* non c'è per forza una relazione a senso unico.

Per non parlare poi delle nullità chiamate 'tecniche' per difetto di forma, tema in cui dottrina e giurisprudenza spesso si trovano lontane. La prima non vede difficoltà a ricorrere alla supplenza di giurisdizione laddove c'è stata una regolare celebrazione delle nozze senza che la mancanza di facoltà del teste qualificato sia stata avvertita da nessuno (spesso nemmeno da lui); la seconda invece ha introdotto tutta una serie di distinguo, condizioni e cavilli che finiscono per rendere inoperante la supplenza nei singoli casi<sup>46</sup>, facendo così prevalere le formalità sulla volontà nuziale dei contraenti manifestata con certezza e come tale percepita dalla comunità.

### *Impedimenti*

Anche degli impedimenti si può dire che in non pochi casi c'è un contrasto palese fra la loro ragion d'essere e la loro formulazione positiva come leggi inabilitanti. Tesi a proteggere beni certamente superiori (altrimenti non sarebbero legittimi ed efficaci per comprimere lo *ius connubii*) hanno un ruolo formativo, sono chiamati in pratica a dissuadere da certe relazioni o situazioni contrarie al bene pubblico (il che richiede che il soggetto ne sia consapevole), ad impedire la celebrazione nel caso ciò non avvenga (e ciò richiede che vengano scoperti prima) o infine a ostacolare la validità della celebrazione in presenza di un impedimento non dispensato previamente.

È questa la situazione cui soprattutto mi sono riferito. Certamente trattandosi di impedimenti non dispensabili l'effetto dirimente è inevitabile finché durano; ma sorge l'interrogativo se tale efficacia irritante si possa giustificare in altri casi, soprattutto di ignoranza e di buona fede, cioè quando l'impedimento (specie se già sparito o facilmente dispensabile), senza colpa di nessuno si scopre dopo la celebrazione, frustrato ormai l'effetto dissuadente

<sup>45</sup> Hervada distingue in proposito l'atto giuridico di consentire, per natura transeunte e la volontà matrimoniale che tale atto genera, che è proprio ciò che si presume persevera finché non sia revocata per un atto di volontà contraria (J. HERVADA, *La revocación del consentimiento matrimonial*: «Vetera et Nova», Pamplona 1991, p. 734-735; diversamente, P. PELLEGRINO, *La scientia aut opinio nullitatis nel nuovo Codice di Diritto canonico*: «Ius Ecclesiae» (2000) p. 209-222).

<sup>46</sup> Vid. A. NITA, *La suplencia de la facultad para asistir al matrimonio en caso de error común, a la luz de la jurisprudencia de la Rota Romana*: «Ius Canonicum» (1999) p. 661-708.

desiderato dal legislatore: in non pochi di questi casi la scoperta della nullità (forse in un momento di tensione fra i coniugi) serve solo come espediente per sfuggire ad un impegno liberamente accettato e a lungo mantenuto.<sup>47</sup>

Ciò può accadere con l'età o una parentela ignota. Per questi e altri casi del genere si può anche pensare ad una sospensione *ex lege* dell'esito irritante o alla convalida automatica del matrimonio. In alcune situazioni come la disparità di culto fra i nubendi, sarebbero da rivedere i presupposti e se l'impedimento sia il mezzo più consono a proteggere eventualmente la fede della parte cattolica.

#### DIRITTI UMANI

Mi occupo anche, assieme al prof. Schoupe, di un corso di diritti umani. Vorrei concludere con alcune brevi riflessioni in proposito.

Sono gli stessi diritti della persona (e del cittadino) nella loro proiezione internazionale; sono naturali, cioè beni dovuti all'uomo per il fatto che è persona, ossia essere razionale con una dimensione spirituale oltre che biologica, tuttavia il loro fondamento e consistenza sono tutt'altro che pacifici.<sup>48</sup>

Il fatto della loro internazionalizzazione è stato un bene: le tragedie che il loro disprezzo ha causato hanno fatto capire che la loro tutela o meno non è una questione interna agli Stati. E così, dalla Dichiarazione Universale ad oggi si sono moltiplicati gli strumenti, le organizzazioni e meccanismi di tutela dei diritti umani; soprattutto si è diffusa una maggiore sensibilità per il loro effettivo rispetto.

Di conseguenza si sono anche volgarizzati, e come succede un po' con la politica, l'economia, la religione o lo sviluppo ecosostenibile: tutti ci sentiamo capaci di proferire dotte disquisizioni, non perché abbiamo dedicato molto tempo a riflettervi ma perché ci riguardano, perché lo fanno i *mass media* e gli altri.

Così anch'essi sono diventati pervasivi, non c'è ormai ambito della vita sociale in cui i diritti dell'uomo non abbiano a che vedere.

E si sono moltiplicati: oltre alle successive infinite 'scoperte' di 'nuovi' diritti e 'generazioni' di essi, si moltiplicano pure le dichiarazioni e convenzioni dei diritti umani in favore di un certo ceto o tipo di persone (malati, bambini, giovani, anziani, donne, adulti, rifugiati, sfollati...)<sup>49</sup>

Oltre che di banalizzazione c'è pure il rischio di perdita dell'universalità dei diritti, non solo formale ma anche sostanziale, nella misura in cui alla

<sup>47</sup> Conto tenuto che il c. 15 consente che l'ignoranza e l'errore possano impedire l'effetto irritante della legge in certi casi.

<sup>48</sup> J. BALLESTEROS, *Cristianesimo e diritti umani*, in A. RODRÍGUEZ LUÑO, E. COLOM (cur.), «Teologia ed etica politica», LEV, Città del Vaticano 2005, p. 63-77, btcabi.

<sup>49</sup> Cf. C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Torino 2003, pp. 172-185.

base di tali documenti non si metta più la dignità della persona e si metta piuttosto la condizione o situazione specifica di quel particolare ceto.<sup>50</sup> Può succedere quel che accade con l'albero che non si pota: i rami crescono e si infoltiscono con grande apparenza di vitalità e freschezza, ma i frutti rimarranno scarsi e smunti. Se ciascun gruppo pretende che le sue aspirazioni, per quanto legittime e solidali possano apparire, diventino degli inalienabili e prevalenti diritti, corromperà pure questi perché necessariamente finirà per negare i diritti degli altri. Allora più che di pace i diritti della persona potrebbero divenire seme di disgregazione e di scontro.

Peraltro il loro radicamento nell'essere dell'uomo fa sì che ad essi si interessino antropologi, filosofi del diritto, costituzionalisti, sociologi, politici. In buona misura la contesa culturale e ideologica odierna si svolge nel campo dei diritti umani: si sono politicizzati.

Niente di strano se attorno ad essi si è sviluppata ed è in crescita, specie a livello internazionale (ma non solo), una congerie di organismi, comitati e uffici, gruppi e organizzazioni, governative e no, indipendenti o meno, ciascuno con inclusa la propria burocrazia. Non di rado sono autoreferenziali, pretendono di rappresentare il bene dell'umanità e i diritti dei più deboli, possibilmente con l'oggettiva neutralità e indipendenza occorrenti a rendere infallibili -quindi incontrastabili- le loro proposte; in questo modo promozione e difesa dei diritti dell'uomo possono divenire una scorciatoia per acquistare potere politico, senza dover passare il vaglio di noiose ed incerte elezioni democratiche.

Forse la cosa non ha in sé niente di scandaloso, succede sempre che accanto al potere legittimo ci siano poteri fattuali: enti (talvolta ufficiali), gruppi d'interesse o ideologici che si attribuiscono la rappresentanza di certi valori diffusamente sentiti e implicitamente di tutti coloro che li condividono, "e intendono promuovere pseudovalori con il pretesto della pace, dello sviluppo e dei diritti umani".<sup>51</sup> Ciononostante, la strumentalizzazione politica dei diritti e delle libertà fondamentali ha in sé qualcosa di inquietante, e ci dovrebbe servire per tenere a mente che la libertà come la verità non si possono mai dare per scontate.<sup>52</sup>

Köszönöm Szépen! Grazie!

<sup>50</sup> Talune situazioni possono senz'altro esigere delle misure speciali per tutelare e agevolare l'esercizio di certi diritti, che comunque spettano a tutti ma che nelle loro circostanze rischiano di vedersi compresi o addirittura negati; ma a ben guardare anche questo altro non è che la retta applicazione del principio di uguaglianza, che esige trattare in maniera specifica le situazioni particolari, al fine di assicurare a tutti - in modo efficace - la possibilità di esercitare i loro diritti.

<sup>51</sup> BENEDETTO XVI, *Messaggio* per la Giornata mondiale della pace (2011), n. 12.

<sup>52</sup> E. GILSON, *Il filosofo e la Teologia*, Morcelliana, Brescia 1966, pp. 148-149.

# RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Note bibliografiche*