

Essenza e fondamento del diritto nel pensiero di Javier Hervada

Pedro Serna

Universidade da Coruña (España)
pedro.serna@udc.es

DOI: 10.17421/2498-9746-05-30

A Javier Hervada,
in occasione del suo 85° compleanno

Sommario

Questo studio descrive e analizza criticamente il processo di formazione del pensiero di J. Hervada sull'essenza e il fondamento del diritto. L'opera di Hervada costituisce, fin dai suoi inizi come canonista, un tentativo di determinare la natura della giuridicità e, in relazione ad essa, di affrontare la questione del fondamento radicale del diritto nella persona e nella dignità dell'essere umano. Questa prospettiva ci permette di affrontare in modo soddisfacente alcune questioni fondamentali della teoria e della filosofia del diritto che continuano ad essere controverse fino ad oggi: il rapporto tra giustizia e diritto o, più in generale, tra diritto e morale, la questione del diritto naturale e il suo inserimento nel sistema giuridico, la critica del positivismo giuridico, eccetera.

Parole chiave: concetto di diritto, diritto naturale, persona e diritto, Javier Hervada, dignità umana.

Abstract

This paper describes and critically analyses the process of formation of J. Hervada's thought on the essence and ground of law. Hervada's work constitutes, from its beginnings as a canonist, an endeavour to determine the nature of the juridical and, in connection with it, to deal with the question of the radical foundations of law in the condition of a person proper to the human being and in its dignity. This perspective

allows to confront in a satisfactory way some nuclear questions of the theory and philosophy of law that continue to be controversial to the present days: the relationship between justice and law or, more broadly, between law and morality, the question of natural law and its insertion in the legal system, the critique of legal positivism, etc.

Keywords: *Concept of Law, Natural Law, Person and Law, Javier Hervada, Human Dignity.*

INDICE

1 Dal diritto canonico alla filosofia del diritto	520
2 Gli scritti della prima epoca	521
3 Il “giro copernicano” dell’epoca matura: verso il realismo giuridico classico	527
4 Alcune precisioni al filo del lavoro storiografico	532
5 Lo sviluppo della dottrina sulla persona e la sua dignità	533
6 Le ultime pubblicazioni	535
7 Diritto, <i>debitum</i> , persona e dignità	538
Note	538

1 DAL DIRITTO CANONICO ALLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

Presentare in modo sintetico il pensiero di Javier Hervada (1934-) sull’essenza e il fondamento del diritto sembra un compito relativamente semplice, in un certo senso, perché Hervada non è tanto un accademico della filosofia del diritto, ma un giurista, più specificamente un canonista, che è arrivato alla filosofia del diritto in larga misura a partire dalle esigenze della sua opera canonistica. In altre parole, Hervada è, più che un accademico della filosofia del diritto, un giurista e un filosofo, un giurista-filosofo.

Alla luce della premessa, il suo contributo presenta tratti forti, e ha uno scarso “sfoggio accademico”, nel senso negativo di questa espressione. Se è vero che si affida ad alcuni pensatori classici, in particolare a Tommaso d’Aquino, non è meno vero che Hervada, quando scrive di filosofia del diritto, non parla quasi mai di teorie, ma di realtà, della realtà del diritto così come lui la comprende.

La genesi e i profili del pensiero giuridico-filosofico di Hervada sono intimamente legati allo scopo della sua impresa canonista. Allievo del professore Pedro Lombardía, ha assunto come proprio il compito intellettuale che quest’ultimo aveva iniziato negli anni Cinquanta del secolo scorso, e che si può riassumere in poche parole dicendo che si trattava di una rifondazione metodologica della scienza del diritto canonico su basi strettamente giuridiche¹. Hervada si riferiva

al lavoro svolto da Lombardía e da lui stesso in termini di “progetto” e “avventura scientifica” orientati alla modernizzazione tecnica e metodologica della canonistica. Questo progetto, il cui antecedente immediato deve essere ricercato nella controversia sul metodo del diritto della Chiesa che ha avuto luogo in Italia negli anni '40 e '50, era una reazione contro la decadenza della scienza canonica dell'epoca². Come lo stesso Hervada ha scritto in vari luoghi, la personalità scientifica di Pedro Lombardía e, per estensione, il profilo della sua scuola di canonisti è modellata sulle seguenti caratteristiche: a) essere canonista significa essere giurista; b) la purezza metodica formale (a differenza della purezza metodica assoluta *alla Kelsen*); c) il metodo sistematico; e d) la divisione in rami, che consente un trattamento specifico per i diversi livelli del sistema: quello del diritto costituzionale, quello della legislazione ordinaria e, infine, quello del diritto amministrativo³, anche se l'elenco completo dei rami sarebbe quello costituito dalla parte generale, il diritto costituzionale, il diritto della persona, l'organizzazione ecclesiastica, il diritto amministrativo, il diritto penale e il diritto processuale⁴.

Lombardía stava gradualmente consolidando le suddette basi. Secondo Hervada, fin dall'inizio era chiaro solo il metodo sistematico e l'idea che essere canonista è essere giurista. In questo primo momento l'influenza principale di Lombardía era fornita dal suo maestro Vincenzo Del Giudice. Nel 1958 sarebbe arrivata la purezza metodica formale e nel 1966 si sarebbe delineata definitivamente la divisione in rami⁵.

2 GLI SCRITTI DELLA PRIMA EPOCA

La tesi secondo cui essere canonista è essere giurista apre un programma di lavoro che deve orientarsi non solo verso la costruzione dogmatico-concettuale, ma anche verso il fondamento filosofico e teologico, poiché richiede di affrontare questioni teoriche e metodologiche che, per loro stessa natura, superano di gran lunga il campo proprio dello *ius canonicum*, per entrare in quello della filosofia del diritto, da un lato, e in quello della teologia, dall'altro. Infatti, essere canonista è essere un giurista solo se il diritto canonico è diritto in senso proprio. E questo richiede di guardare all'essenza del diritto, che deve essere presente nel diritto canonico⁶.

Questo compito, che può essere propriamente caratterizzato come un compito di fondazione, di riformulazione dei fondamenti di una scienza plurisecolare come quella canonica, fu in gran parte intrapreso da Hervada, oltre che dal proprio Lombardía. Questo è talmente vero che sarebbe molto difficile comprendere i contributi di Lombardía senza quelli di Hervada, e viceversa, il che ci permette di capire perché gli allievi di Lombardía hanno sempre riconosciuto in Hervada

una posizione di magistero⁷. Inoltre, si può affermare che Hervada è stata una delle fonti di Pedro Lombardía, come lui stesso sembra insinuare in vari testi⁸.

Le prime opere di filosofia del diritto pubblicate da Hervada risalgono agli inizi degli anni '60 e si concentrano sulla nozione di ordinamento canonico. Con lo scopo non dichiarato ma chiaramente identificabile di rafforzare il carattere giuridico dell'opera del canonista, nel 1962 pubblica un ampio studio sulle finalità dell'ordinamento in cui cerca di limitare la portata del principio, già formulato da Ivo de Chartres, secondo cui *omnis institutio ecclesiarum legum ad salutem referenda sit animarum*. A tal fine, si propone di stabilire "in che senso si può parlare di una finalità del diritto canonico e in quale rapporto si trova il diritto con la Chiesa"⁹, per cui affronta successivamente le questioni della nozione di fine in generale, del fine nel diritto, del rapporto tra diritto e società in generale, e del rapporto tra diritto e Chiesa. Che il diritto canonico sia vero diritto e non morale, e che il suo metodo sia quello proprio del diritto e non della teologia morale, dipende, infatti, dalla risposta a queste domande.

La trattazione di questi soggetti è moderna, ma simultaneamente classica, perché si basa soprattutto sul pensiero di Tommaso d'Aquino, su cui aveva già fatto affidamento per affrontare la questione dei fini del matrimonio nella sua tesi di dottorato¹⁰ e nella monografia del 1960 su questo argomento¹¹, anche se in quest'ultima tratta solo di sfuggita la stessa nozione di fine. Nell'opera del 1962, la distinzione, all'interno della nozione scolastica di *finis operis*, tra *fine-terminis* o effetto e *fine-cause* o pretesa, lo porta all'idea di *ordinazione*¹², uno dei pilastri del suo pensiero giusfilosofico in questa prima epoca.

Hervada collega l'idea di ordinazione con il diritto, che definirà innanzitutto come legge, la cui essenza consiste, per la tradizione filosofica, nell'essere *ordinatio*; più specificamente, come legge che ordina verso i fini del gruppo sociale giuridicamente organizzato. Così, scrive: "Il diritto non è altro che il momento ordinatore del gruppo: la sua *lex*"¹³ e, più in generale, "Il diritto è la struttura della società"¹⁴. In questo senso, il diritto, anche quello della Chiesa, è presentato come un *ordinamento*.

Parlare di "ordinamento" al posto di "diritto" non risponde, secondo Hervada, ad una semplice moda terminologica, ma riflette "un'innovazione nel modo di concepire il diritto della Chiesa". Il termine *ordinamento* risponde ad una concezione unitaria della realtà giuridica della Chiesa¹⁵, che esprime l'unità della Chiesa stessa come società¹⁶.

Ma l'applicazione al diritto della nozione di fine produce un altro frutto importante nel lavoro del 1962: dato che la struttura teleologica dell'azione umana richiede la distinzione tra fini prossimi o immediati, fini mediati e fine ultimo, Hervada asserisce che il fine prossimo del diritto è il giusto ordine sociale, mentre il fine mediato è il bene comune, che si realizza solo parzialmente attraverso il diritto. Questo gli permette di affermare che la *salus animarum* non è il fine

prossimo dell'ordinamento canonico, ma il suo fine supremo, *primum movens* a cui sono ordinati i fini intermedi rappresentati dal giusto ordine sociale e dal bene comune¹⁷.

Se è possibile affermare l'esistenza di rapporti di giustizia in senso proprio nella vita della Chiesa come società, allora il diritto canonico è vero diritto¹⁸. Se, per contro, le istituzioni ecclesiastiche potessero orientarsi alla *salus animarum* senza la mediazione della giustizia, la Chiesa non avrebbe bisogno di giuristi, perché i sacri canoni non dovrebbero essere studiati sotto il prisma del diritto e il suo metodo specifico, poiché la loro vera natura sarebbe morale, pastorale o disciplinare, ma non giuridica.

Non va trascurata l'importanza di questa tesi per preservare il carattere giuridico dell'opera del canonista. Trent'anni dopo, Hervada ricorderà che mentre la "*salus animarum* è il fine mediato e ultimo che opera come principio ordinatore di ciascuna delle leggi e dell'intera legislazione canonica", che agisce "non solo come una clausola limite, ma anche come principio informatore dell'ordinamento canonico, al quale conferisce la sua caratteristica flessibilità", il fine della scienza canonica è abbastanza diverso: in modo immediato, questo fine è ciò che è giusto o, in altri termini, l'ordine sociale giusto; in modo mediato, il bene comune della Chiesa e, in ultima analisi, la *salus animarum*. Notare questo, sottolinea, è essenziale per non dimenticare che "il servizio che il giurista rende al bene comune della Chiesa e alla *salus animarum* consiste proprio nel determinare e dire ciò che è giusto"¹⁹. In altre parole, questa tesi è essenziale per preservare la canonistica dai vizi che, a suo avviso, la adulterano oggi come ieri: il teologismo, il pastoralismo e lo pseudo-teologismo²⁰.

Dopo l'importante studio del 1962, negli anni successivi vedono la luce altre pubblicazioni, in cui l'opera di fondazione filosofica viene affrontata in modo sempre più esplicito e con maggiore estensione: "Il diritto come ordine umano" (1965), il libro *L'ordinamento canonico I. Aspetti centrali della costruzione del concetto* (1965), e "Suggerimenti sui componenti del diritto" (1966). La costruzione concettuale e il fondamento filosofico avanzano, quindi, in parallelo.

In "Il diritto come ordine umano", Hervada studia il rapporto tra il diritto e alcuni dei presupposti su cui si basa, specificamente il dovere-essere e la libertà. Interessa riferirci ora solo al primo di essi²¹. Il diritto, infatti, è veicolo del dovere-essere, che l'uomo non si propone "se non nella misura in cui gli è stato dato"²², e si tratta propriamente di un ordine: "Il diritto — scrive —, o, ciò che è la stessa cosa, l'ordine giuridico sociale o semplicemente l'ordine giuridico, ci viene presentato come unità ontologica di natura molto speciale, la cui *ratio* poggia sulla personalità e sulla socialità dell'uomo"²³. Più precisamente, il diritto è "l'elemento strutturale che lega il dovere-essere sociale alle persone umane e le ordina ad esso"²⁴. In definitiva, "il diritto è fondamentalmente la norma dell'azione [umana] con rilevanza sociale nel suo aspetto agibile"²⁵, ed è quindi pienamente inserito

nell'ordine morale. Nella sua configurazione, che non si presenta come chiusa o terminata, è richiesto l'intervento sia della virtù intellettuale della prudenza che della virtù morale della giustizia.

In "Suggerimenti sui componenti del diritto" si sviluppano alcune idee accennate nel lavoro precedente, ma appena trattate in esso: il diritto è norma, ma non solo un insieme di norme²⁶. Come struttura della società, come ordine umano, possiede un aspetto o una dimensione statica e un'altra dinamica.

Dal punto di vista statico, gli *elementi* o principi del diritto sono i soggetti ("la personalità"), l'oggetto e il vincolo che li unisce, integrati o strutturati sotto la categoria delle relazioni giuridiche che essi configurano²⁷.

Sul piano dinamico, Hervada parla invece di *momenti* di svolgimento o sviluppo del diritto: la norma, la decisione giudiziale e i poteri giuridici dei soggetti, che in questo luogo egli chiama "la titolarità"²⁸. Il rapporto che esiste tra i tre momenti non è di natura causale, nel senso di causa efficiente, né di natura logico-deduttiva; consiste piuttosto in una "interdipendenza esistenziale" di ciascuno di essi rispetto agli altri²⁹.

Ognuno dei momenti si configura in parte con riferimento ad una sfera oggettiva (fornita dall'oggetto e dal substrato ontologico e teleologico comune ad ogni persona) e in parte in virtù della sfera oggettivo-soggettiva rappresentata dalla condizione personale dell'uomo e dalla sua libertà³⁰. In ogni caso, la connessione oggettiva tra i momenti del diritto presuppone che nessuno di essi abbia un'esistenza isolata; tale connessione è descritta da Hervada come una dipendenza circolare, che avviene anche tra il diritto e la realtà umana e sociale³¹.

Tutto ciò permette a Hervada di concludere che il diritto, pur essendo struttura, non è pura forma, e con questa constatazione apre una porta al superamento del normativismo (anche se lui preferisce chiamarlo "realismo meramente concettuale o strutturale"³²) di questa prima epoca, ma anche del giudizialismo e della concezione sociologico-istituzionale del diritto. A questo riguardo, egli scrive: "Non aver presente, nello studio del diritto, la partecipazione attiva di tutti i suoi momenti, per erigerne alcuni come unica componente della realtà giuridica, è dimenticare che il bosco non è un albero, e che studiare l'albero non è studiare il bosco"³³.

Fin qui la sintetica esposizione del pensiero giusfilosofico del giovane Hervada (si noti che gli studi a cui ho fatto riferimento hanno visto la luce quando l'autore aveva tra i ventotto e i trentadue anni, cioè in un momento giovanile, anche se non iniziale, del suo itinerario scientifico-accademico³⁴).

Possiamo ricapitolare quanto è stato detto finora sottolineando quanto segue:

a) Per il giovane Hervada, la giuridicità è generata dalla strutturazione della vita sociale orientata al raggiungimento e al mantenimento dell'ordine sociale giusto: ogni società possiede una struttura e una ordinazione imperativa della

condotta dei suoi membri ai fini sociali, cioè ha bisogno del diritto, anche se questo non significa che il diritto esaurisca tutte le dinamiche teleologiche della società.

b) La concezione del diritto che considera più conforme a questa funzione è quella che la comprende come ordinamento giuridico.

c) Nella la concezione ordinamentale, Hervada è orientato verso il normativismo, non verso l'istituzionalismo.

d) Il suo normativismo non è, comunque, formalistico, né logico, né si avvicina al positivismo giuridico in quanto si riferisce al metodo.

e) Nonostante l'adesione ad una concezione del diritto come norma, la sua descrizione del fenomeno giuridico comprende non solo le norme, ma anche quelli che considera altri componenti del diritto: quelli che integrano — in una prospettiva statica — la relazione giuridica, da un lato, e quelli che — nel loro sviluppo dinamico — lo configurano e lo attualizzano in un processo di interdipendenza: norma, giudizio, autonomia della volontà e diritti soggettivi.

f) La costruzione così elaborata dà già accesso a molti degli elementi che conformeranno la visione del diritto dello Hervada maturo, ma vi sono ancora aspetti centrali da definire: in particolare, il rapporto tra diritto e giustizia non è stato ancora affinato; il rapporto tra diritto e legge o, più in generale, norma non è stato definito con sufficiente precisione; né la natura del diritto soggettivo, né quella del dovere giuridico.

g) Però, il radicamento del diritto nella persona umana è già stabilito in questa epoca, anche se non ha ancora l'importanza centrale che avrà in seguito: il diritto, in questa epoca giovanile, è soprattutto un'espressione normativa del dovere-essere della vita sociale, non tanto della persona.

h) Al termine di quest'epoca, Hervada è consapevole che, dal punto di vista filosofico, la sua idea di diritto ha bisogno di essere affinata, aggiustata. Infatti, già nell'introduzione al libro *L'ordinamento canonico* afferma chiaramente che diritto e ordinamento — che in lavori precedenti aveva considerato sinonimi, come abbiamo visto — sono in realtà concetti diversi e si collocano a diversi livelli epistemologici: il concetto di ordinamento è il culmine del metodo sistematico e, quindi, si ottiene sul piano epistemologico della scienza giuridica. “Sia per le sue caratteristiche che per il livello di astrazione in cui è elaborato, è un concetto diverso dalla nozione filosofica del diritto”³⁵.

Decenni dopo, il maestro continuerà a rivendicare il concetto di “ordinamento canonico” come “concetto superiore” della sistematica giuridica e della teoria generale del diritto³⁶. Per contro, buona parte delle idee contenute in “Il diritto come ordine umano” e “Suggerimenti sui componenti del diritto” non subiranno la stessa sorte. Infatti, quando nel 1991 pubblica una raccolta delle sue principali opere di diritto canonico nel periodo dal 1958 a quell'anno, in due imponenti volumi intitolati *Vetera et nova*, escluderà accuratamente entrambi gli studi³⁷.

A modo di valutazione, si deve sottolineare che il pensiero filosofico-giuridico di Hervada nasce dal tentativo di rispondere a domande inevitabili poste in campo scientifico che devono essere risolte ad un livello ontologicamente previo ed epistemologicamente superiore. Mostra, per questo motivo, l'ammirevole autenticità che valorizza il filosofo nei confronti del mero accademico ed esprime una caratteristica notevole della sua disposizione intellettuale, cioè la sua decisa tendenza ad affrontare le questioni a partire dai dati e fatti immediati, per passare da lì alla questione dei fondamenti.

Per quanto riguarda i risultati di questa fase, è necessario richiamare l'attenzione sulla tensione interna tra alcune delle sue principali conclusioni. Da un lato, Hervada esplora con successo le possibilità della teoria generale del diritto e del formalismo, accettando la concezione del diritto come ordine e conferendo alla norma la posizione centrale. Dall'altro canto, resiste a ridurre l'ordinamento giuridico a sistema normativo e insiste sul legame tra diritto e società, diritto e morale, diritto e persona.

Quest'ultimo punto è quello decisivo. Nella lezione pronunciata in occasione del conferimento del dottorato *honoris causa* dalla Pontificia Università della Santa Croce, il maestro ha fatto riferimento alle ragioni dell'evoluzione intellettuale che l'ha portato ad abbandonare alcune delle idee giovanili: già nella sua prima fase, l'influenza della filosofia e della teologia classica gli ha impedito di sentirsi completamente soddisfatto di una configurazione prevalentemente formalistica della scienza giuridica e della considerazione completamente autonoma del giuridico, che l'avrebbe portato al positivismo. Questa insoddisfazione lo porterà a rivendicare il ruolo della persona come protagonista dell'ordine giuridico, introducendo così un elemento sostanziale che gli permetterà di adottare alcuni elementi metodologici delle teorie formaliste senza accettare il positivismo che le accompagna³⁸.

Nasce così, all'inizio dell'opera filosofico-giuridica di Hervada, quello che sarà l'elemento fondante di tutto il suo pensiero successivo: la concezione della persona non solo come protagonista dell'universo giuridico, ma come suo fondamento radicale³⁹. Nel corso degli anni ridimensionerà l'interesse per le questioni metodologiche. Peraltro, la sua concezione della persona come fondamento del diritto non sarà mai abbandonata; al contrario, il tema della persona apparirà e riapparirà in ogni momento dell'opera hervadiana, e servirà come base per il superamento non solo del positivismo ma anche del normativismo.

3 IL “GIRO COPERNICANO” DELL’EPOCA MATURA: VERSO IL REALISMO GIURIDICO CLASSICO

Nella prima riflessione sul significato del giuridico, Hervada era stato guidato da alcuni grandi giuristi della prima metà del secolo scorso, come Santi Romano, Kelsen, Carnelutti, Dabin, Géný o Larenz, ma anche da pensatori classici come Suárez e, soprattutto, da quella che fu la principale influenza allora e in futuro: Tommaso d’Aquino. L’interpretazione di Olgiati e Graneris sull’ Aquinate è seguita in diversi punti da Hervada durante gli anni ’60. Con il passare del tempo, l’influenza dei menzionati giuristi viene abbandonata, e si afferma l’influenza di Michel Villey, per giungere a produrre, nel 1981, *Introduzione critica al diritto naturale*⁴⁰, un’opera matura, forse la sua opera giusfilosofica più importante, in cui l’impronta del professore francese è molto presente, anche se non tanto quanto quella di San Tommaso, entrambe convergono in una costruzione molto personale che fornisce tecnica giuridica all’edificio tomistico senza incorrere in alcune delle particolarità e, perché non dirlo, eccessi della visione romanista di Villey⁴¹.

L’*Introduzione critica* è quindi il frutto di una riflessione sull’essenza del giuridico iniziata molti anni prima, alla quale si sono aggiunti nuovi punti di vista fino a diventare una costruzione personale. In larga misura, e nonostante il fatto che la visione del diritto di Hervada si sia modificata nel tempo, l’*Introduzione* è guidata da uno scopo analogo a quello dei primi tempi: stabilire la giuridicità, in questo caso del diritto naturale, cercando di salvarlo dal regno della filosofia morale per “portarlo” (Hervada preferirebbe dire “farlo ritornare”) al regno del diritto⁴². Il suo modo di procedere è anche consapevole che forse il problema principale qui implicito è la necessaria integrazione di elementi provenienti da diversi strati “ontologici”, accessibili di conseguenza da diversi livelli epistemologici. La necessaria integrazione dell’elemento filosofico, antropologico e morale nell’elemento tecnico-giuridico, istituzionale e storico, viene risolta con successo da Hervada attraverso la distinzione tra legge naturale e diritto naturale, e i concetti di positivazione e formalizzazione, che nel diritto canonico gli erano serviti per il trattamento della necessaria continuità tra l’elemento tecnico e le sue radici nel diritto divino.

Nell’*Introduzione critica* si procede alla sostituzione dell’idea di diritto come ordine, ordinamento, norma in sintesi, per quella di *ius* o di *ciò che è giusto, cosa giusta*⁴³. Questo riflette una nuova lettura di San Tommaso influenzata da Villey. Le conseguenze di questo cambiamento sulla dottrina del diritto naturale sono innegabili, poiché il peso dell’esposizione gravita adesso sull’idea giuridica di *ius naturale*, e la nozione di legge naturale perde rilevanza, sottolineando così la distinzione tra diritto naturale e morale sociale, un aspetto che costituisce, accanto alla differenziazione o, meglio, separazione, tra la filosofia del diritto e quella che chiama la scienza del diritto naturale, una delle principali preoccupazioni

dell'autore⁴⁴.

Ciò non significa che Hervada trascuri altri sensi del giuridico, come la legge, la relazione giuridica o il diritto soggettivo; li considera piuttosto collegati allo *ius* per analogia di attribuzione e li include nel concetto di diritto naturale⁴⁵.

Questa visione del diritto naturale trasferisce l'accento dalla nozione di legge naturale, caratteristica delle esposizioni tradizionali, verso una concezione che riconosce nella natura umana e nella natura delle cose la fonte fondamentale del primo, non solo a scopi di fondazione morale o filosofica, ma anche e soprattutto a scopi pratici, di determinazione di ciò che è giusto nel caso concreto. È la realtà, più della norma, che fornisce i parametri decisivi per la determinazione del diritto. Hervada si dimostra quindi realista non solo in quanto fa propria la concezione del diritto come *ius*, e quest'ultimo come *res iusta*, ma anche, e più genuinamente, in quanto propone la realtà come orizzonte per la determinazione del diritto, evitando il normativismo non solo per la sua vicinanza al positivismo, ma soprattutto per quello che potremmo chiamare la sua dimensione idealistica e platonizzante. Questo si traduce anche nel modo di argomentare: parte spesso da dati, fatti e non di rado ragiona per *reductio ad absurdum*, confrontando a più riprese le teorie con le loro conseguenze sulla realtà sociale. Logicamente, la nozione di realtà adoperata da Hervada non si riduce ai margini ristretti del fattuale, ma nemmeno ritorna alle entità ideali che non abbiano almeno un riflesso nelle inclinazioni umane. Questo orientamento alla realtà si manifesta, ad esempio, quando si tratta dei parametri per determinare ciò che è giusto nei diversi tipi di giustizia, o dei fattori che concretizzano la misura naturale dei diritti⁴⁶.

Ciò che è dovuto, il diritto — ripete spesso Hervada — è in parte naturale e in parte positivo; e questo ha conseguenze, come si dimostra nel libro, nella determinazione del suo profilo concreto (quello che Hervada chiama la “misura del giusto”), nei rapporti tra norme giuridiche, e nell'interpretazione della norma giuridica positiva. A mio avviso, il notevole sviluppo dei rapporti tra l'elemento naturale e l'elemento convenzionale del diritto portato avanti da Hervada nell'*Introduzione* ha le sue radici anche nei suoi studi canonistici, ma non in quelli precedentemente citati, bensì in quelli destinati al diritto matrimoniale, forse il tema su cui il maestro ha lavorato di più⁴⁷. Nelle sue opere sul matrimonio si affrontano questioni tecniche e di teoria generale, ma il loro massimo valore consiste, a mio modo di vedere, nell'intuizione certa con la quale approfondisce l'elemento naturale, l'elemento teologico e l'elemento costruito o convenzionale, le loro relazioni e i loro reciproci condizionamenti. Come già notato, le opere di diritto matrimoniale pubblicate da Hervada mostrano, se lette cronologicamente, una crescente presenza di considerazioni relative alla natura del matrimonio come orizzonte ermeneutico per l'approccio e la risoluzione di problemi particolari. Questa comprensione ha indubbiamente esercitato una notevole influenza sull'insistenza con cui Hervada sottolinea l'elemento naturale del diritto in quanto

tale, cioè non come qualcosa di separato, previo e indipendente che agisce come limite di quanto il legislatore umano può fare, ma come ingrediente, inseparabile dal fattore artificiale, entro la realtà giuridica concreta, nella giustizia del caso e, in virtù di esso, nell'ordine giuridico nel suo insieme.

Vale la pena di segnalare quelle che possono essere considerate le idee centrali della *Introduzione*, senza seguire linearmente l'ordine in cui appaiono, ma piuttosto evidenziando le principali linee di forza.

L'arte del diritto e la giustizia come virtù (dare a ciascuno il suo) esistono nel mondo perché le cose sono distribuite (non tutto appartiene a tutti né niente è di nessuno), e perché i rapporti umani portano spesso a che ciò che è attribuito a un certo soggetto sia interferito da un altro, o che passi temporaneamente in mani diverse da quelle del suo titolare. Questo è il fatto sociale che sta alla base dell'ufficio del giurista, così come alla base della virtù stessa della giustizia⁴⁸. Da questo punto di vista, il legame tra diritto e giustizia, così problematico e discusso dalla teoria giuridica contemporanea, diventa indiscutibile, poiché il diritto, la giustizia e i giuristi esistono per offrire risposte soddisfacenti allo stesso insieme di problemi.

La giustizia opera quindi in un momento ulteriore rispetto alle distribuzioni⁴⁹. E di solito queste sono convenzionali, anche se non sempre o completamente. La chiave di questo “anche se non sempre o completamente” è che le distribuzioni — e, più in generale, le relazioni sociali — avvengono tra le persone, cioè tra esseri dotati di dominio di se stessi, di una particolare intensità ontologica che li rende capaci di possedere cose, di avere beni o cose attribuite da una distribuzione convenzionale e, allo stesso tempo, di essere possessori originari di certi beni, come la propria vita, la libertà e, in generale, tutta la specifica dotazione di beni e tendenze o inclinazioni che accompagna l'essere umano. Se l'uomo può avere cose che gli vengono attribuite (cioè diritti), ciò accade in virtù della propria condizione di persona, di essere dominatore. La condizione personale dell'uomo è, quindi, il fondamento del diritto, nel senso della sua condizione di possibilità⁵⁰. Ma è anche la ragione per la quale l'uomo nasce già titolare di certi beni che non gli sono stati assegnati a causa di qualche distribuzione o convenzione⁵¹. Questi beni sono i diritti naturali, cosicché l'istanza ontologica che rende possibile l'esistenza del diritto positivo, delle distribuzioni convenzionali, agisce simultaneamente conferendo un altro tipo di diritti, indipendente da qualsiasi distribuzione. La capacità di appropriazione e possesso dell'essere personale è al tempo stesso auto-possesto e auto-dominio. Solo attraverso la violenza l'uomo può essere privato di certi beni e della tendenza a soddisfare certi bisogni e aspirazioni. Affermare il diritto positivo nella sua condizione di possibilità è già affermare il diritto naturale nella sua esistenza, almeno nell'esistenza di una sorta di “nucleo duro”. Negare quest'ultimo, insiste Hervada, è negare la condizione di possibilità del diritto positivo, e questo è assurdo⁵². Il concetto di persona è, quindi, la pietra angolare nel discor-

so e nella architettura sobria e maestosa dell'*Introduzione critica* ed estendendo il suo significato, in tutta l'opera giusfilosofica di Hervada.

La condizione personale dell'uomo è una realtà naturale, e quindi corrisponde ugualmente a tutti gli uomini⁵³. Se questo è vero, tutti sono soggetti di diritto, e il criterio principale della giustizia risulta essere il rispetto per la natura umana (il diritto è ciò che viene attribuito a qualcuno e, di conseguenza, gli è *dovuto* da altri⁵⁴) e per l'uguaglianza (il diritto è *l'uguale*, cosicché le disuguaglianze sono ciò che deve essere giustificato, ad esempio, nelle ripartizioni della giustizia distributiva)⁵⁵.

Il dominio del diritto è, quindi, quello della distribuzione di beni e oneri, di onori e sanzioni; ciò che Hervada chiama, in senso molto generale, "cose"⁵⁶. Nelle distribuzioni si attribuiscono le cose (si conferiscono i *titoli* giuridici) e si stabiliscono i criteri per determinare la portata della titolarità, i profili specifici e le condizioni per l'esercizio e l'esigibilità dei diritti (cioè, la *misura* dei diritti è definita, anche se questo può essere determinato completamente solo in e per ogni caso particolare). La norma giuridica è normalmente il veicolo per queste determinazioni. Ma, nel caso dei beni che l'uomo possiede da sé stesso non c'è una regola che abbia effettuato alcuna distribuzione. Per questo motivo, prendere la norma come significato principale o caso centrale del diritto non ci permette di vedere in che senso il diritto naturale e quello positivo sono ugualmente diritto. Dove il naturale e il convenzionale sono equiparabili è nella loro condizione di beni o cose attribuite, non nell'origine dell'attribuzione, che in un caso ci rimanderà alla natura e all'ontologia personale dell'uomo, e in un altro alla norma positiva. Per tale ragione, Hervada trasferisce il significato principale di "diritto" alla cosa dovuta, alla *ipsa res iusta* di Tommaso d'Aquino, che lui chiama "diritto in senso realistico", in contrapposizione alla norma (diritto oggettivo, causa e misura del diritto), e alla facoltà di esigere (diritto soggettivo). Adotta infatti l'espressione "realismo giuridico classico" per riferirsi a tutto il suo pensiero giusfilosofico⁵⁷.

Da queste premesse è possibile stabilire alcune tesi di base come le seguenti. Le distribuzioni convenzionali (positive) esistono perché la natura non determina tutto⁵⁸. In questo senso, sono assolutamente necessarie. Entrambe — natura e distribuzioni convenzionali — danno origine a veri e propri diritti in senso pieno⁵⁹. Il diritto naturale e il diritto positivo non fanno parte di universi differenti, ma piuttosto dello stesso sistema storico di distribuzione secondo il quale è governata la vita sociale. Entrambi fanno parte della stessa realtà giuridica, che è in parte naturale e in parte positiva⁶⁰. Però il positivo non opera nel vuoto, ma esiste sempre come complemento al naturale: questa è la chiave dei principi che regolano il rapporto tra gli elementi naturali e gli elementi convenzionali dell'ordinamento giuridico, come indica Hervada⁶¹. In questo contesto si spiega anche la tesi del carattere non giuridico del diritto ingiusto, cioè, delle distribuzioni che contraddicono o violano un diritto naturalmente attribuito⁶².

Quanto ho appena detto permette di comprendere il diritto naturale e di stabilirne la sua natura giuridica. Il diritto naturale non è un valore o un ideale a cui aspirare, ma un ingrediente fondamentale dell'ordine giuridico e del lavoro del giurista. Con questo, Hervada non solo indica ciò che le cose dovrebbero essere, ma descrive anche ciò che accade nella realtà: la giustizia e i suoi criteri meta-positivi influenzano in modo decisivo la comprensione e l'applicazione della norma positiva, la determinazione del diritto, il giusto del caso concreto. Le critiche alla giurisprudenza meccanica e le ricerche dell'ermeneutica esistenziale in campo giusfilosofico lo hanno evidenziato nel corso di tutto il XX secolo fino ai nostri giorni.

Come si può vedere da quanto ho appena detto, Hervada svolge il lavoro di fondazione del diritto naturale quasi senza il bisogno di ricorrere alla dottrina tradizionale della legge naturale. Infatti, nell'*Introduzione critica*, la legge naturale non compare fino al penultimo capitolo, quando le principali questioni relative al diritto naturale sono già state discusse. La legge naturale, secondo Hervada, è innanzitutto legge morale⁶³, e non è la causa dei diritti naturali⁶⁴, a differenza di quanto accade con la legge positiva per ciò che riguarda i diritti positivi. In questo senso, il suo trattamento serve essenzialmente a due scopi. In primo luogo, per delineare i rapporti normativi tra morale e diritto. In una teoria del diritto naturale, la legge naturale dovrebbe essere considerata solo una misura dei diritti perché, come legge morale, contiene precetti relativi ai diritti naturali, che costituirebbero quello che Hervada chiama diritto naturale oggettivo⁶⁵; e prescrive il rispetto del diritto in generale, sia naturale che positivo (giusto). In secondo luogo, per esprimere la continuità (i classici parlano di "derivazione") che deve esistere tra i giudizi della ragione pratica che formano la legge naturale e le decisioni del legislatore umano, se lui vuole veramente rispettare la persona e i suoi diritti⁶⁶. A questo proposito, Hervada propone alcune regole relative ai rapporti tra le "norme giuridiche naturali" e quelle positive, ma sembrano piuttosto corollari di quanto ho appena citato, che non si spiegano facilmente in altri modi. Hervada parla di norme giuridiche naturali e positive per esprimere questa continuità⁶⁷. La scelta è rischiosa, e questo non è nascosto nella sua esposizione. Come detto sopra, all'inizio del capitolo dedicato a questa materia, il maestro afferma chiaramente che, in senso stretto, la legge naturale è una materia propria della filosofia morale, e giustifica la sua inclusione con la necessità di trattare alcuni aspetti relativi al diritto che appartengono alla tradizione del giusnaturalismo, e che non hanno ancora trovato posto in una esposizione che, come abbiamo visto, si è concentrata sulla persona e sul suo carattere radicalmente dominatore⁶⁸. Forse è anche una concessione al giusnaturalismo più tradizionale, sviluppato speculativamente nel campo dell'etica e della teologia, piuttosto che del diritto, e quindi fortemente dipendente dal contesto fornito dalla dottrina della legge morale.

Molti altri aspetti dell'*Introduzione critica* potrebbero essere trattati — il nu-

mero di idee suggestive che si possono estrarre dai suoi approcci e prospettive è considerevole — ma questo basterà per evidenziare la forza e l'originalità con cui Hervada presenta la propria visione della tradizione giusnaturalista, nel confronto con il positivismo giuridico, e prendendo una certa distanza dalle versioni moralizzanti di quella tradizione, non tanto perché le consideri false o scorrette, ma perché affronta la questione da categorie proprie dell'universo dei giuristi⁶⁹.

In ogni caso, è certamente un'opera che ha dimostrato nel corso degli anni una fecondità invidiabile: la profondità e chiarezza delle argomentazioni e la per-spicacia delle conclusioni, scritte con acuta sobrietà, senza perdersi in sviluppi e amplificazioni, è forse all'origine di molte ricerche che alcuni allievi hanno svolto da allora⁷⁰.

4 ALCUNE PRECISIONI AL FILO DEL LAVORO STORIOGRAFICO

Nel 1987 è stata pubblicata la *Storia della scienza del diritto naturale*, una rielaborazione individuale di un libro scritto anni prima con il professore M. Sancho Izquierdo⁷¹. Quest'opera, concepita come un manuale universitario, non contiene troppi passaggi speculativi, anche se non mancano passi di grande interesse, tra cui tre sono adesso degni di nota: quello che si occupa del concetto di natura valido come base del diritto naturale, che secondo Hervada nasce dal confronto dell'idea di *physis* nei sofisti con il concetto aristotelico; quello che espone la rilevanza del concetto cristiano di persona per l'elaborazione di una teoria del diritto naturale; e quello destinato ad analizzare le differenze e le somiglianze dell'ipotesi "se Dio non esistesse" negli autori della scuola spagnola di diritto naturale e nei razionalisti, di cui si era occupato in un'altra opera⁷².

Per Hervada, il diritto naturale poggia su due pilastri: un'idea di natura umana che supera ciò che è puramente fattuale, e il concetto di persona come portatrice di una dignità che non è altro che la conseguenza del suo carattere di *imago Dei*. Nessuno di questi due elementi era stato sviluppato nell'*Introduzione critica*⁷³, motivo per cui le pagine ad essi dedicate nella *Storia della scienza* sono rilevanti per approfondire il pensiero di Hervada.

Lasciamo ora da parte la questione della natura⁷⁴. Per quanto riguarda la persona, Hervada insiste sull'importanza del contributo del cristianesimo e della tradizione ebraica, sottolineando la creazione dell'uomo ad immagine divina e le sue conseguenze:

Ragione, libertà, discernimento morale (giusto o ingiusto): ci sono tre presupposti necessari per l'esistenza della legge naturale. Si tratta di tre presupposti che configurano l'uomo come persona. Da un lato, l'essere personale dell'uomo lo costituisce come essere irriducibile al cosmo; se fa certamente parte della Natura, allo stesso tempo non si riduce a farne parte: lo impedisce l'irriducibilità

e l'incomunicabilità della sua condizione di persona (...). La caratteristica della persona è di avere il dominio sul proprio essere e, con esso, la capacità di dominare le cose intorno a sé (quindi, la capacità di essere soggetto di diritti). (...) D'altra parte, solo l'essere intelligente è capace di discernere tra il bene e il male; e solo per l'essere libero — e deficiente, l'*homo fallens* — questo discernimento diventa capacità di scegliere tra il bene e il male, tra ciò che è giusto e ciò che è ingiusto. Perché l'uomo è intelligente e libero — *persona* — può esistere per lui un diritto e, di conseguenza, un diritto naturale⁷⁵.

L'uomo si presenta quindi come portatore di una speciale dignità che viene evidenziata sia dal contrasto con le altre creature del mondo fisico e animale, sia dal suo carattere di immagine divina. Per questa ragione, secondo Hervada, il diritto naturale e ogni forma di moralità sono privi di significato a prescindere dall'esistenza di Dio⁷⁶, sebbene non sia necessario provare tale esistenza per trovare nella natura dell'uomo il germe dell'ordine giuridico.

5 LO SVILUPPO DELLA DOTTRINA SULLA PERSONA E LA SUA DIGNITÀ

Dopo un'edizione parziale nel 1989, nel 1992 Hervada scrive il suo trattato completo di filosofia del diritto, che presenta modestamente come un libro destinato agli studenti⁷⁷, e lo intitola *Lezioni propedeutiche di filosofia del diritto*.

Ora non è più necessario né possibile offrirne un'esposizione dettagliata⁷⁸, ma solo mi soffermerò in un aspetto fondamentale per il nostro proposito. Sebbene il capitolo più lungo sia quello dedicato alla teoria della norma, e il cuore dell'opera sembra essere l'esposizione sul concetto di diritto, la chiave di volta su cui è fondato il pensiero di Hervada non si trova in nessuna di queste due esposizioni, ma in una terza, la cui importanza può essere tracciata in tutto il libro, implicitamente in alcuni momenti e più esplicitamente in altri, e che appare tematizzata nel nono capitolo: la persona e la sua dignità. A quanto pare, il tema della persona viene affrontato con l'obiettivo di chiudere l'esposizione degli elementi strutturali dell'universo giuridico: giustizia, diritto e norma sono completati con il riferimento al soggetto di quell'universo. Tuttavia, il trattamento della persona offre ad Hervada una nuova occasione per mostrare le vere ragioni della sua scelta filosofica, al punto che, in connessione con il tema della dignità dell'essere personale, alcune delle tesi esposte altrove nell'opera appaiono nuovamente — rafforzate dalla loro prospettiva interna — e anticipano gli elementi essenziali, le ragioni più potenti a favore della sua concezione del diritto naturale.

L'importanza fondamentale del tema della persona nella costruzione filosofica di Hervada è sottolineata nei seguenti termini:

Il fenomeno giuridico non può essere spiegato senza la persona, intesa nel suo senso ontologico; la giuridicità è una dimensione propria dell'essere della per-

sona umana, della quale solo essa è capace e solo di essa è predicabile. La persona umana — e solo essa — possiede la struttura ontologica necessaria affinché la norma, il diritto e, di conseguenza, le relazioni giuridiche o di giustizia esistano”⁷⁹.

Nell’esposizione, Hervada parte dalla semantica originale della parola “persona”, che comprende tre significati: l’uomo nel suo stato, secondo la sua posizione o ruolo sociale (significato giuridico); l’individuo umano (significato volgare); e, infine, la *hypostasis* dei Greci, usata dalla prima teologia cristiana per sviluppare la teologia della Trinità (significato filosofico-teologico)⁸⁰. Da qui Hervada sottolinea che la persona in senso giuridico può esserci solo in un essere che è persona, ed essere persona significa, seguendo Boezio, essere una sostanza di caratteristiche peculiari, cioè una sostanza di natura razionale⁸¹. Per Hervada, il pensiero moderno riduce la persona al sé, e il sé alla coscienza, di cui l’empirismo britannico è un esempio paradigmatico⁸². Nei problemi che ne derivano possiamo riassumere la superiorità su questo punto del concetto antico-medioevale sul pensiero moderno.

Nella definizione di Boezio, secondo Hervada, si possono identificare due elementi fondamentali. In confronto al pensiero moderno, la persona è una sostanza e, più specificamente, una prima sostanza, un individuo. D’altro canto, la sua differenza specifica rispetto alle altre sostanze consiste nell’aver una natura razionale. Questo equivale, secondo Hervada, ad essere collocato in un ordine di essere che lo rende diverso dal resto dell’universo, non con una differenza di grado ma di carattere qualitativo⁸³. La ragione, lo spirito, è nell’uomo principio di vita, principio di unità, principio di ordine e di attività, e fa dell’uomo un essere così fortemente individuale che proprio da lui deve essere predicata l’incomunicabilità⁸⁴, caratteristica in cui si manifesta la peculiare differenza dell’essere umano: l’animale ha un essere privo di autarchia, di autonomia, un essere comunicato con il resto del sistema di esseri dell’universo; non possiede né domina il proprio essere, ma è interamente dominato e governato dalle leggi naturali che gli sono proprie, in modo tale che, piuttosto che muoversi, l’animale ne è mosso, e non è completamente diverso rispetto al resto degli esseri⁸⁵. Per contro, la persona è interamente sé stessa, e questo è ciò che la rende completamente diversa: la sua natura spirituale la rende inafferrabile, impenetrabile, e dominatrice del proprio essere, essendo *contro natura* tutte le azioni che si avvalgono della sua corporeità per cercare di esercitare un dominio su di lei⁸⁶. Ciò significa che l’apertura ontologica dell’uomo, la sociabilità umana, è una relazione senza fusione, è comunicazione che nasce dalla natura spirituale ed espansiva della persona stessa — Hervada parla della struttura dialogica o sociale dell’uomo —, ma che mantiene l’alterità, il che richiede il rifiuto di posizioni non conformi a questa realtà, rappresentate dal individualismo liberale, dai collettivismi e, in generale,

da ogni tentativo di limitare in modo irragionevole la libertà dell'uomo⁸⁷. Questa libertà consiste proprio nel fatto che l'uomo, a giudizio di Hervada, non agisce secondo atti prefissati, ma prende decisioni, e la sua azione è in ogni atto strettamente propria, cioè originale⁸⁸. Non è, così, rilevante che la libertà umana non sia assoluta o che la sua azione adotti determinati modelli di comportamento. Il punto in cui risiede la libertà è proprio che gli atti della persona umana, o sono strettamente suoi, o non sono atti della persona⁸⁹.

Da qui si comprende meglio come il significato e la portata della dignità della persona umana costituisca il vero apice del pensiero hervadiano⁹⁰.

In quanto alla dignità, Hervada si allontana ugualmente dalla concezione kantiana, che sostiene un'idea di dignità assoluta e immanente, come dalla tesi secondo cui la dignità umana risiede più nei fini, nella grandezza dei fini a cui l'uomo è chiamato, che nell'essenza stessa dell'uomo. La concezione kantiana implicherebbe la considerazione della libertà umana come assoluta⁹¹. La seconda concezione comporta che l'uomo è reso degno dalla vita virtuosa, essendo la dignità fonte dei doveri, e i diritti qualcosa di cui si è titolari per adempiere i propri doveri. Questo è inaccettabile per Hervada perché equivale a confondere dignità ontologica e dignità morale⁹². A fronte di ciò, la sua tesi è la seguente: dignità, sinonimo di eccellenza, eminenza, ecc. è un concetto che presenta una certa dimensione relativa, ma anche e soprattutto qualcosa di assoluto, un alto grado di bene intrinseco:

La dignità è qualcosa di assoluto che appartiene all'essenza⁹³ e, di conseguenza, è radicata nella natura umana; è la perfezione o intensità dell'essere che corrisponde alla natura umana e che viene predicata della persona, in quanto realizzazione esistenziale della natura umana⁹⁴.

Qualcosa di assoluto, perché la persona è eminente *a se*, non in virtù del compiersi dei suoi fini. Ma non illimitato, perché l'uomo ha, come sottolinea Hervada, l'essere partecipato, ricevuto, e di conseguenza è soggetto alla legge⁹⁵.

A mio avviso, Hervada riesce a dimostrare che l'essere umano possiede la dignità, e quindi offre un solido fondamento per il diritto: senza la condizione personale e la dignità della persona, il diritto non può essere seriamente pensato, per non parlare dei diritti umani⁹⁶. Diversa è la questione di quale sia il fondamento ultimo della dignità personale, una vicenda sulla quale è possibile formulare delle precisazioni critiche al pensiero di Hervada, ma non in questa sede⁹⁷.

6 LE ULTIME PUBBLICAZIONI

Le linee di forza della costruzione filosofico-giuridica di Hervada nella sua epoca matura sono state fissate nella *Introduzione critica al diritto naturale*. Come detto sopra, la *Storia della scienza del diritto naturale* e le *Lezioni propedeutiche di filosofia del diritto* contengono importanti sviluppi e progressi in relazione al tema

della persona umana come fondamento del diritto. Sia l'*Introduzione* che le *Lezioni* hanno avuto successive edizioni fino ad oggi, sia in spagnolo che in altre lingue, ma il loro testo definitivo è stato fissato nella quinta edizione dell'*Introduzione critica* (1988) e nella seconda edizione delle *Lezioni propedeutiche* (1992).

Nelle opere successive non ci sono aspetti importanti riguardanti il nostro argomento. Alcuni di essi sono stati citati in questa esposizione. Resta da fare riferimento a tre titoli già apparsi in questo secolo. Nel 2002 è stato pubblicato *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*. Questo libro è la riproduzione parziale di un'opera destinata a studenti e futuri studenti di diritto, pubblicata nel 1984 in una collana di guide universitarie promosse dall'Università di Navarra: le linee di forza del pensiero di Hervada erano state formulate in quegli stessi anni, e non c'è nulla in esso che possa essere aggiunto alla nostra rassegna, anche se è un libro molto stimolante per la semplicità e immediatezza dell'impostazione⁹⁸.

Nel 2006 è stato pubblicato un altro libro, *Sintesi della storia della scienza del diritto naturale*, che è una rielaborazione sintetica del libro del 1987 priva di apparato critico. In relazione al nostro argomento è di interesse il primo capitolo, che è nuovo e si intitola "La tradizione giuridica classica". Questa tradizione è sintetizzata da Hervada in tre affermazioni. Prima: il diritto naturale è vero diritto⁹⁹, perché la giuridicità è una dimensione naturale della persona umana¹⁰⁰. Seconda: il diritto naturale e il diritto positivo formano un unico ordinamento giuridico¹⁰¹, non due, perché una parte del diritto in vigore è naturale e un'altra positiva¹⁰². Terza: il diritto naturale opera nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto positivo come base, clausola limite e principio informatore¹⁰³. Ciò si traduce nel *principio di prevalenza* del diritto naturale, che nella gran maggioranza dei casi non obbliga a chi applica la legge a adottare atteggiamenti estremi, ma piuttosto a sviluppare un compito interpretativo che cerchi la coerenza tra i due. Così considerato, questo principio non solo non attacca la sicurezza e la certezza del diritto, ma si mostra come "un principio di umanizzazione del diritto, di impianto della giustizia e di riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana"¹⁰⁴.

Infine, nel 2014, è stato pubblicato il volume *L'ordo universalis come fondamento di una concezione cristiana del diritto e altri scritti della prima epoca*¹⁰⁵, dove, accanto al lavoro menzionato nel titolo, vengono raccolti senza modificazioni gli articoli del 1965 e del 1966 analizzati all'inizio di questo studio ("Il diritto come ordine umano" e "Suggerimenti sui componenti del diritto"), e un altro articolo dell'epoca, "Riflessioni sulla prudenza giuridica nel diritto canonico".

La novità è quindi l'opera che dà titolo al volume, scritta intorno al 1959, e che era rimasta inedita fino a questa pubblicazione¹⁰⁶. Su questo testo si deve tenere presente quanto segue.

In primo luogo, si tratta di uno studio fondamentalmente teologico, né giuridico né strettamente filosofico.

In secondo luogo, anche se la curatrice del libro cerca — con successo — di collegare nelle sue glosse alcune idee di questo lavoro con molteplici sviluppi che si trovano nell'opere posteriori dell'autore, la concezione generale di questo studio è quasi l'opposto di quella che si trova nelle opere mature. In queste ultime, Hervada parte da fatti della realtà immediata e cerca di ascendere a principi teorici da essa. Per esempio, basandosi sull'indiscutibile fatto che gli esseri umani possiedono cose che non sono state loro concesse da nessuna distribuzione storica, come la vita o il corpo, egli cerca di dimostrare l'esistenza di certi diritti naturali e, in generale, del diritto naturale. Per questo motivo, non ha bisogno di fare riferimento al fondamento ultimo della realtà per raggiungere il suo scopo. Il suo metodo è piuttosto induttivo, analogo a quello seguito da Finnis, in *Natural Law and Natural Rights*, per mostrare l'esistenza di alcuni beni fondamentali (*basic goods*) evidenti¹⁰⁷. Per contro, nello studio del 1959 sono prese come punto di partenza le nozioni di essere, analogia, causalità e trascendentalità del bene. Si afferma poi che Dio è causa esemplare e causa ultima di tutta la creazione e, dopo un riferimento alla Provvidenza e al governo del mondo, si arriva allo studio dell'uomo come essere personale, della sua posizione nell'universo creato e dei suoi fini naturali e sovranaturali. Il metodo è più deduttivo che induttivo: procede dal generale, dal superiore, allo speciale o inferiore. In questo senso, richiede al lettore l'accettazione previa di forti posizioni teologiche e metafisiche per poter condividere le conclusioni. In questo assomiglia alle esposizioni tradizionali sul diritto naturale, che partivano dalla legge eterna, essendo quindi la loro portata limitata all'universo di quei credenti che, in aggiunta a ciò, aderiscono a certi postulati teologici. Per questa ragione, il valore di quest'opera è più storico che giusfilosofico: ci permette di sapere che già in tempi molto risalenti erano presenti nel pensiero di Hervada alcune idee che raggiungeranno importanti sviluppi nella sua opera matura, la quale, però, obbedisce ad un'architettura completamente diversa e, a mio avviso, molto più adeguata¹⁰⁸.

In terzo luogo, quest'opera contiene alcune affermazioni che, nel tempo, saranno respinte dallo stesso Hervada. Così, ad esempio, quelli che fanno risiedere la dignità umana nei fini dell'uomo:

(...) la dignità dell'uomo è radicata nel suo scopo, nel suo destino, perché l'uomo, come ogni altro essere, non è solo, ma anche è *per Dio*. E poiché la sua essenza non è solo un'essenza ma un'essenza ordinata a un fine, l'uomo in quanto è, in quanto ordinato al suo fine, perché l'aspetto della sua ordinazione è essenziale nel suo essere¹⁰⁹.

Questa connessione tra essenza e fine ricorda quanto detto sulla dignità nella *Introduzione critica al diritto naturale*, che sarà respinto nelle *Lezioni propedeutiche di filosofia del diritto*, come abbiamo già visto.

7 DIRITTO, DEBITUM, PERSONA E DIGNITÀ

“La giuridicità — scrive Hervada nel 1989 — o essenza del giuridico sta nel diritto, nel giusto, e consiste nella relazione di dovere o debito, che comporta un’esigibilità”¹¹⁰. Il *debitum* nasce da due fonti. La prima è, come abbiamo detto, il fatto dell’attribuzione: e l’essere umano può avere dei beni che gli sono attribuiti perché è persona, cioè essere capace di dominio di sé stesso e della realtà esterna, ma non delle altre persone, perché l’incomunicabilità radicale della persona permette solo di esercitare su di lei un dominio esterno, altrimenti necessariamente violento. La seconda fonte è la dignità della persona, origine di esigenze, soprattutto la domanda di rispetto per la natura stessa dell’uomo. La dignità è, quindi, la fonte del dovere-essere umano, tanto per sé stesso quanto per gli altri¹¹¹: quello che trasforma *il suo* in ciò che gli è *dovuto*.

L’originalità della visione di Hervada rispetto all’essenza del diritto risiede nell’armonizzazione, a mio giudizio perfetta, di due idee: da un lato, la considerazione della persona come origine fondamentale di tutta la giuridicità; dall’altro, la considerazione del *debitum* come costituente essenziale del diritto, che colloca la giuridicità non nell’individuo considerato in sé stesso, ma nella dinamica dei rapporti sociali storici tra esseri che hanno dignità. Per questa ragione, Hervada chiama diritto ciò che è dovuto. Con questo supera, a mio modo di vedere, le insufficienze dell’iusnaturalismo individualistico della modernità illuministica, senza incorrere nell’eccesso degli approcci privatistici, come il di Villey.

NOTE

1. Anche se, come scrive Errázuriz, le novità della impresa “per la verità non concernono unicamente la metodologia, ma anche la stessa essenza di ciò che è il diritto nella Chiesa”. C.J. Errázuriz M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2000, p. 83.
2. Cfr. J. Hervada, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1990, ristampa 1992, pp. 12-13.
3. Cfr. J. Hervada, *Coloquios...*, cit., p. 133; J. Hervada, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1989, ristampa 1992, pp. 31 ss.; e J. Hervada, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1991, pp. 1043-1046.
4. Cfr. J. Hervada, *Coloquios...*, cit., p. 97.
5. Ibid., p. 133. Per un’esposizione dettagliata sulla Scuola di Lombardía, cfr. C. Herrera Pardo, *Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, Eunsa, Pamplona 2016, pp. 95-216.
6. La posizione della scuola laica italiana, di cui faceva parte Del Giudice, era una sorta di “positivismo che concepiva il diritto come l’insieme delle norme umane derivanti dalla potestà di giurisdizione ecclesiastica. Ciò implicava negare l’indole giuridica

- che possiede di per sé il diritto divino, sia naturale che positivo, lasciandolo in un ambito pre- o metagiuridico. Verso gli anni 1958-1960 ebbe luogo in Lombardia una netta affermazione della giuridicità del diritto divino”. C.J. Errázuriz M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa...*, cit., p. 83.
7. Cfr. J. Miras, *Javier Hervada, canonista y maestro de juristas*, in *Acto de imposición de la Cruz de honor de San Raimundo de Peñafort al Profesor Javier Hervada*, Universidad de Navarra, Pamplona 1999, p. 13.
 8. Cfr., ad esempio, P. Lombardía, *El concepto actual del Derecho eclesiástico y su marco constitucional*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 1 (1985), pp. 668 ss.; e A. Motilla, “La fundamentación del Derecho eclesiástico en el pensamiento de Pedro Lombardía”, in AA. VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense-Universidad de Navarra-Edersa, Madrid 1989, pp. 76-78.
 9. J. Hervada, *Fin y características del ordenamiento canónico*, «Ius Canonicum», 2-1 (1962), p. 23.
 10. Cfr. J. Hervada, *La impotencia del varón en el Derecho Matrimonial Canónico*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona 1959, pp. 132-139.
 11. Cfr. J. Hervada, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona 1960, p. 39.
 12. Cfr. J. Hervada, *Fin y características...*, cit., p. 27.
 13. *Ibid.*, p. 40.
 14. *Ibid.*, pp. 51 ss.
 15. *Ibid.*, pp. 64-65.
 16. Cfr. C.J. Errázuriz M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 87.
 17. Cfr. J. Hervada, *Fin y características...*, cit., p. 74.
 18. “La dimensione di giustizia contenuta nell’essenza delle realtà ecclesiali è, in conclusione, la causa determinante del fatto che la natura della Chiesa, assieme ad altre proprietà, sia anche giuridica, ossia del fatto che la Chiesa abbia necessariamente un Diritto proprio. In altri termini, il tema dell’esistenza del Diritto Canonico si identifica con quello dell’indiscutibile presenza del tema della giustizia nella natura della Chiesa peregrinante”. P.J. Viladrich, *Il diritto canonico*, in AA. VV., *Corso di diritto canonico*, Queriniana, Brescia 1975, vol. 1, p. 42.
 19. J. Hervada, *Pensamientos...*, cit., pp. 77-79. Errázuriz, un altro allievo di Hervada, ha recentemente insistito su questo punto. Cfr. C.J. Errázuriz, *Corso fondamentale sul diritto della Chiesa*, vol. I., Giuffrè, Milano 2009, pp. 15-47.
 20. Cfr. J. Hervada, *Pensamientos...*, cit., pp. 13-18.
 21. Cfr. J. Hervada, *El Derecho como orden humano*, «Ius Canonicum», 5-2 (1965), pp. 410 ss.
 22. *Ibid.*, p. 411.
 23. *Ibid.*, p. 418.
 24. *Ibid.*, p. 419.
 25. *Ibid.*, p. 440.
 26. Cfr. J. Hervada, *Sugerencias acerca de los componentes del Derecho*, «Ius Canonicum», 6-1 (1966), p. 53.
 27. *Ibid.*, pp. 69 ss.
 28. *Ibid.*, pp. 74-97.

29. Ibid., p. 98.
30. Ibid., p. 104.
31. Ibid., pp. 105 ss.
32. Cfr. M. del Pozzo, *L'evoluzione del concetto di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Edusc, Roma 2005, Appendice, pp. 588-591.
33. Cfr. J. Hervada, *Sugerencias...*, cit., p. 110.
34. Cfr. P. Serina, *Para una biografía filosófica*, in P. Rivas (a cura di), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Universidad de Piura-Ara Editores, Piura-Lima 2005, pp. 7-13.
35. J. Hervada, *El ordenamiento canónico, vol I. Aspectos centrales de la construcción del concepto*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1966, p. 22. Si può ipotizzare che in questo momento Hervada abbia già letto il lucido libro di J.M. Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona 1963. In questo lavoro viene magistralmente sviluppata la distinzione tra tre livelli di conoscenza giuridica (filosofico, scientifico e prudenziale), la loro tipica autonomia e le loro relazioni reciproche.
36. J. Hervada, *Pensamientos...*, cit., p. 98.
37. Cfr. J. Hervada, *Vetera et Nova*, cit., vol. I e II. Si sono presenti nella *Opera canonica omnia*, disponibile su internet da alcuni mesi fa. Cfr. <http://dadun.unav.edu/handle/10171/56053>; data dell'ultima consultazione, 8 agosto 2019).
38. Cfr. J. Hervada, *Confesiones de un canonista*, «Fidelium iura», 12 (2002), pp. 63-64.
39. C'è un breve lavoro di transizione, dove Hervada, in un contesto canonistico, offre un'esplicita articolazione del rapporto tra la persona e il diritto. Cfr. J. Hervada, *Persona, derecho y justicia*, in *Persona e ordinamento nella Chiesa. Atti del II Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Milano 10-16 settembre 1973*, Milano 1975, pp. 91-104, poi raccolto a J. Hervada, *Vetera et Nova*, cit., vol. I. Qui è stata consultata la seconda edizione, rimodellata, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004)*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2005, pp. 235-245. Su questo studio può essere utilmente consultato R. Rocha Luzzi de Barros, *La relaciones entre la persona humana y el derecho según Javier Hervada*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 2014, pp. 71-77.
40. Cfr. J. Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural* (1981) 5ª edizione, Eunsa, Pamplona, 1988. Citeremo da questa edizione, perché è con essa che il testo di questo libro è stato definitivamente fissato. C'è una traduzione italiana da questa edizione, J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990.
41. Un'ampia esposizione critica del pensiero di Villey, da posizioni molto vicine a Hervada, in R. Rabbi-Baldi, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona 1990, *passim*.
42. Questo non va inteso nel senso che Hervada nega o ignora l'inserimento del diritto nell'ordine morale, ma semplicemente che considera decisivo effettuare un trattamento del diritto naturale dal punto di vista del giurista, non solo dal punto di vista morale. Questo stesso scopo aveva portato Villey a delimitare il significato di "diritto" semplicemente come "ciò che è giusto", l'oggetto della giustizia secondo Aristotele, i giuristi romani e Tommaso d'Aquino, che sono le "autorità" su cui si basa la sua filosofia del diritto. Cfr. M. Villey, *Philosophie du droit*, vol. 1, 2ª edizione, Dalloz, Parigi 1978, pp. 51-57, 69-76, etc. Nel suo scopo di "demoralizzare" il diritto, il professore

- francese si spinge fino ad escludere il riferimento alle leggi, che considera morali e che solo sono diritto in senso improprio. Cfr. M. Villey, *Philosophie du droit*, vol. 2, Dalloz, Parigi 1979, pp. 207-219. Infatti, nella sua esposizione del pensiero di San Tommaso sul diritto, Villey omette ogni riferimento al trattato della legge, contenuto nella *Summa Teologica*, I-II, qq. 90 ss., limitandosi allo studio del trattato della giustizia, *Summa Teologica* II-II, qq. 57 ss. Per contro, Hervada non ha mai considerato che la legge o, più in generale, le norme sono sempre diritto in senso improprio, né che la loro natura sia esclusivamente morale: ci sono norme propriamente giuridiche, e sono diritto come causa e misura di ciò che è giusto. Per Hervada, la giuridicità si predica della legge secondo un'analogia di attribuzione, come verrà spiegato di seguito.
43. Si discute tra gli studiosi del pensiero di Hervada se questa evoluzione dal normativismo della prima epoca al realismo dell'epoca matura costituisca un processo senza soluzione di continuità, o se si tratti davvero di una "conversione". La materia è stata attentamente studiata dal professor M. del Pozzo, che sembra incline a comprenderla come una trasformazione nucleare del suo pensiero, senza rinunciare alle acquisizioni apprezzabili della fase precedente: "Quella di Hervada è la scoperta di un *quid* nuovo nella precedente conoscenza, senza rinuncia esplicita a qualsivoglia impostazione anteriore. Considerando che alcuni scritti successivi sono riproposizioni, rielaborazioni e ampliamenti del primo periodo, può, quindi, risultare difficile valutare appieno la innovatività delle sue tesi". M. del Pozzo, o. c., p. 333. Va chiarito che si riferisce alla canonistica di Hervada e all'influenza che l'evoluzione della concezione del diritto che si riflette nell'*Introduzione critica*, ha esercitato su di essa. La questione è diversa, a mio avviso, se ci concentriamo sulla prospettiva giusfilosofica, dove si può parlare di "conversione", come la chiama Hervada, anche se certamente come risultato del suo sforzo per superare le tensioni e, perché non dirlo, le contraddizioni esistenti nel pensiero della prima epoca. Questo sforzo, e la corrispondente evoluzione intellettuale, sono iniziate da prima, vengono da dietro: ad esempio, l'approccio a Villey era già avvenuto qualche tempo prima, come ricorda M. del Pozzo, o. c., p. 330. Da parte sua, Herrera Pardo preferisce vedere e sottolineare la continuità tra i testi giovanili e la successiva evoluzione di Hervada. Cfr. C. Herrera Pardo, *Presentación*, in J. Hervada, *El ordo universalis como fundamento de una concepción cristiana del Derecho y otros escritos de la primera época*, a cura di C. Herrera Pardo, Eunsa, Pamplona 2014, pp. 15-16. La narrazione di Hervada su questo transito, in J. Escrivá-Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, II, Pamplona 2009, p. 580 (disponibile in <http://dadun.unav.edu/handle/10171/7135>; data dell'ultimo accesso, 13 di agosto di 2019); e, non completamente coincidente, in M. del Pozzo, o. c., pp. 594-595.
44. Cfr. J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., pp. 189-195. Dal mio punto di vista, un accesso e un trattamento non filosofico, ma semplicemente "scientifico", del diritto naturale non è possibile. La posizione più recente di Hervada su questo argomento, dove ammette che il livello proprio della scienza del diritto naturale è quell'ontologico, in J. Escrivá-Ivars, *Relectura...*, cit., p. 582.
45. Cfr. J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., pp. 44-46, 134 e 171.
46. Ad esempio, *ibid.*, pp. 58-63.
47. Cfr. P. Serna (a cura di), *Bibliografía del Prof. Javier Hervada (1957-1999)*, «Persona y Derecho», 40 (1999), pp. XXXIX-LVIII, y J. Hervada, *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona 2000.

48. Cfr. J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., pp. 23 ss.
49. *Ibid.*, p. 25.
50. *Ibid.*, pp. 64-65.
51. *Ibid.*, pp. 83-85.
52. *Ibid.*, pp. 86-87.
53. *Ibid.*, pp. 38 e 89.
54. *Ibid.*, pp. 43 ss.
55. *Ibid.*, pp. 46 ss; 52 e 55 ss.
56. *Ibid.*, pp. 38-41.
57. Cfr. J. Hervada, *Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico*, «Persona y Derecho», 18 (1988), pp. 281-300; anche raccolto in J. Hervada, *Escritos de Derecho Natural*, 2ª edizione, Eunsa, Pamplona 1993, pp. 761 ss.
58. Cfr. J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., p. 110.
59. *Ibid.*, pp. 108-110.
60. *Ibid.*, p. 176.
61. *Ibid.*, pp. 111-113.
62. *Ibid.*, pp. 113-114. Si noti che Hervada non si riferisce qui a la legge ingiusta, ma al diritto ingiusto, cioè, a quella attribuzione che sorge da una distribuzione ingiusta. Il problema delle leggi ingiuste, la loro tipologia e la questione della loro obbedienza saranno ampiamente trattati in J. Hervada, *Lezioni propedeutiche di filosofia del diritto*, Eunsa, Pamplona 1992, pp. 251-302.
63. J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., p. 139.
64. *Ibid.*, p. 171. Ha recentemente richiamato l'attenzione su questo punto P. Popovic, *La (dis)continuità tra la legge naturale, il diritto naturale e i diritti umani in Villey e Hervada*, comunicazione presentata nel XXIII Convegno di Studi della Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce, Roma 1-2 aprile 2019, non ancora pubblicato al momento della redazione del presente studio.
65. J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., pp. 171-172.
66. *Ibid.*, pp. 164-170.
67. *Ibid.*, pp. 173-175 e 186-187.
68. Sulla dimensione giuridica della legge naturale e del diritto naturale nel pensiero di Hervada cfr. l'eccellente studio di P. Popovic, *The Juridical Domain of Natural Law. A View from Michel Villey's and Javier Hervada's Juridical Realism within the Contexto of Contemporary Jurídico-Philosophical Perspectives on the "Law-Morality" Intersection*, Edusc, Roma 2019, *passim*.
69. Cfr., per tutti, C. Orrego Sánchez, *Aciertos y certidumbres*, in *Análítica del derecho justo*, UNAM, Messico 2005, pp. 155-177; e C. Orrego Sánchez, *Presentación*, in J. Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Ábaco, Buenos Aires 2008, 17-40.
70. Cfr., ad esempio, F.J. Herrera Jaramillo, *El derecho a la vida y el aborto*, Eunsa, Pamplona 1984; C.J. Errázuriz, *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*, Eunsa, Pamplona 1986; J.P. Schouppe, *Le réalisme juridique*, Story-Scientia, Bruxelles 1987; I.M. Hoyos, *El concepto jurídico de persona*, Eunsa, Pamplona 1989; R. Rabbi-Baldi, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona 1990; P. Serna, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Eunsa, Pamplona 1990; J. Saldaña, *Libertad religiosa y derecho natural*, Universidad de Navarra, Pamplona 1995; R. Rabbi-Baldi, *Teoría del Derecho*, 3ª edizione, Ábaco, Buenos Aires 2013; ecc.

71. J. Hervada, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona 1987. Sull'origine e il profilo di quest'opera, vid. P. Serna, *Para una biografía filosófica*, cit., pp. 24-26.
72. J. Hervada, *Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio*, in J. Hervada, *Escritos de Derecho natural*, cit., pp. 421-447.
73. Anche se in essa ci sono diffuse allusioni alla dignità della persona. Così, già nel prologo della prima edizione (1981) Hervada scrive: "Parlare di diritto naturale significa parlare dell'espressione giuridica del valore e della dignità dell'uomo; parlare dei rapporti tra diritto naturale e diritto positivo significa parlare dei rapporti tra le leggi degli uomini e il valore e la dignità della persona umana che ne è destinataria". J. Hervada, *Introducción crítica...*, cit., p. 13. Tuttavia, dopo di ciò, tutti i riferimenti alla dignità sono semplici menzioni, senza che nel libro si trovi un trattamento dettagliato di questo concetto. Forse l'eccezione si trova nelle pagine 150-151, dove, per quanto riguarda la obbligatorietà della legge naturale, viene sollevata la dignità come fonte di esigenze, delle esigenze derivanti dai fini dell'uomo, il che conduce Hervada a concludere: "Chi ruba, nell'atto di rubare e in quanto ruba — e solo in quanto ruba — non è degno, ma indegno" (ibid., p. 151). In questo passaggio la dignità va collegata alla condizione di persona, ma anche ai fini dell'essere umano. La distinzione tra dignità ontologica e dignità morale è quindi insinuata, ma ancora non si esprime in questi termini.
74. A questo proposito, cfr. J. Hervada, *Historia de la Ciencia...*, cit., pp. 44-62.
75. Ibid., pp. 85-86.
76. Ibid., pp. 234-235.
77. Cfr. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. XVII. Le sue quasi 650 pagine dimostrano che è più di un manuale ad uso degli studenti.
78. Per questo, cfr. P. Serna, recensione a J. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, «Persona y Derecho», 28 (1993), pp. 317-328, e soprattutto C. Herrera Pardo, *Aproximación...*, cit., *passim*.
79. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 424-425.
80. Ibid., pp. 425-430.
81. Ibid., p. 431.
82. Ibid., pp. 432-433.
83. Ibid., pp. 435-440.
84. Ibid., pp. 440-441.
85. Ibid., p. 442.
86. Ibid., pp. 443-444.
87. Ibid., pp. 444-447.
88. Ibid., pp. 454-455.
89. Questo punto è stato chiarito più ampiamente in J. Hervada, *Cuatro lecciones de derecho natural (Parte especial)*, Eunsa, Pamplona 1989, pp. 13-19.
90. Stranamente, nessuno dei due studi sull'insieme del pensiero giusfilosofico di Hervada, entrambi recenti, tratta in dettaglio il tema della dignità. Entrambi si riferiscono ad essa in molti passi, ma senza soffermarsi sul suo significato e sulla sua portata, come accade anche nei testi dello stesso Hervada fino alle *Lezioni propedeutiche di filosofia del diritto*. Così, Herrera Pardo dedica appena un paragrafo, seguito da una lunga citazione di Hervada. Cfr. C. Herrera Pardo, *Aproximación...*, cit., pp. 343-344. Barros,

- da parte sua, cita la dignità in decine di passaggi, ma vi si riferisce espressamente solo quando riassume uno scritto canonistico di Hervada del 1973 e, poi, quando tratta il fondamento dei diritti umani. Cfr. R. Rocha Luzzi de Barros, *La relaciones entre la persona humana y el derecho...*, cit., pp. 74-75 y 459-464. Un trattamento un po' più dettagliato sull'argomento è disponibile in J. Chávez-Fernández, *La condición de persona como fundamento del derecho en la iusfilosofía de Javier Hervada*, «Dikaion», 19-2 (2010), pp. 298-301, chi segue I.M. Hoyos, autrice dell'unico studio, seppure breve, espressamente dedicato alla dignità della persona nell'opera di Hervada. Cfr. I.M. Hoyos, *La dignidad humana*, in P. Rivas (a cura di), *Natura, ius, ratio...*, cit., pp. 93-115.
91. Cfr. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 447. Magari Hervada sta pensando alle versioni volgarizzate o banalizzate del concetto kantiano di autonomia, perché questa affermazione non può in nessun modo essere sostenuta rispetto al pensiero di Kant. La prima formulazione dell'imperativo categorico, cioè l'esigenza di universalizzazione della massima della volontà dell'individuo, lo impedisce. Cfr. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in *Kant's gesammelte Schriften*, edizione dell'Accademia Prussiana delle Scienze, vol. 4, Druck und Reimer, Berlino 1911, p. 421. D'altra parte, l'intera *Metaphysica dei costumi* contraddice questa affermazione. Cfr. I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), in *Kant's gesammelte Schriften*, cit., vol. 6, Berlino 1907, pp. 203-491.
 92. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 448, dove si rimanda a I. M. Hoyos, *El concepto jurídico de persona*, Eunsa, Pamplona 1989, pp. 359 ss.
 93. Questa frase è una citazione della *Summa Theologica* I, q. 42, a 4, ad 2, che tratta sulla uguale dignità delle persone del Padre e del Figlio, e l'essenza a cui si riferisce è l'essenza divina, cioè, a la comune natura divina. Non è quindi affatto chiaro che questo carattere assoluto che risiede nell'essenza può essere predicato dall'essenza o natura dell'uomo e dalla sua dignità senza alcuna qualifica.
 94. Cfr. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 449.
 95. *Ibid.*, p. 450.
 96. Cfr. J. Hervada, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos presenta a la filosofía del derecho*, «Persona y Derecho», 9 (1982), pp. 243-256, poi raccolto in *Escritos de derecho natural*, cit., pp. 463 ss; e J. Hervada, *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, «Humana iura», 1 (1991), pp. 345-379, anche raccolto in *Escritos de derecho natural*, cit., pp. 651-688.
 97. A questo proposito, cfr. P. Serna, recensione di J. Hervada, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 325-326; P. Serna, *La vida como problema de justicia: la contribución de la Evangelium Vitae a la civilización del Derecho*, in López Trujillo-Herranz-Sgreccia (a cura di) «*Evangelium vitae e diritto*». *Acta Symposii internationalis in Civitate Vaticana celebrati 23-25 maii 1996*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997, pp. 56-58; e P. Serna, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, in C.I. Massini, P. Serna (a cura di), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona 1998, pp. 63-69.
 98. J. Hervada, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Eunsa, Pamplona 2002. Esiste un'edizione italiana, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, a cura di M. del Pozzo, Edusc, Roma 2013.
 99. J. Hervada, *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona 2006, pp. 16-19.
 100. *Ibid.*, p. 19.

101. Ibid., pp. 20-23.
102. Ibid., p. 21.
103. Ibid., pp. 23-25.
104. Ibid., p. 25.
105. J. Hervada, *El ordo universalis como fundamento...*, cit.
106. Ibid., p. 29.
107. Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980), 2^a edizione, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 59-80 e 85-90.
108. Una valutazione concorrente sul modo come Hervada affronta la presentazione e la giustificazione del diritto naturale nella sua opera matura si trova in C. Orrego Sánchez, *Aciertos y certidumbres*, cit., pp. 155 e 158.
109. J. Hervada, *El ordo universalis como fundamento...*, cit., p. 59.
110. J. Hervada, *Pensamientos...*, cit., p. 65.
111. Cfr. J. Hervada, *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempvs Otii secvndvm*, Eunsa, Pamplona 1993, p. 53.
-

© 2019 Pedro Serna & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)