

L'applicazione del concetto di diritto alla dimensione giuridica nella Chiesa

Massimo del Pozzo

Pontificia Università della Santa Croce
delpozzo@pusc.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-35

Sommario

Villey, Cotta ed Hervada hanno posto al centro della loro speculazione la questione fondamentale (cos'è il diritto). Al di là della concezione oggettiva e ontologica dello ius, tutti e tre, con diverse accentuazioni, convergono pure sulla personalità, storicità e prudenzialità del diritto (che presenta un riscontro non trascurabile anche in ambito canonico). Solo Hervada ha dato un apporto considerevole alla scienza canonica. Il professore di Navarra, seguendo il realismo classico, ha individuato la giuridicità ecclesiale nell'intrinseca dimensione dei beni salvifici. Alcuni significativi contributi hervadiani riguardano anche la sacramentalità e relazionalità dello ius canonicum, la delineazione della sua struttura costituzionale e l'istanza di rinnovamento epistemologico della scienza canonica. Le acquisizioni di Hervada richiedono un certo approfondimento e perfezionamento, senza discostarsi dalla comprensione dell'essenza del fenomeno giuridico.

Parole chiave: concetto di diritto, realismo giuridico, scienza canonica, sacramentalità, struttura costituzionale.

Abstract

Villey, Cotta and Hervada focused their attention on the fundamental question of what law is. Beyond the objective and ontological conception of ius, all three authors, with different emphasis, converge on the personal, historical and prudential aspects of law (the consequences of which are not indifferent in the canonical sphere). Only Hervada has made a considerable contribution to canonical science, identifying ecclesial juridicity in the intrinsic dimension of the salvific goods, in accordance with juridical realism. Some significant contributions from Hervada also regard the sacramentality and relationality of the ius canonicum, the delineation of its constitutional structure, and the push for the epistemological renewal of canonical science. Hervada's developments require a certain level of deepening and enhancement, while staying true to his comprehension of the essence of the juridical phenomenon.

Keywords: concept of right, juridical realism, canonical science, sacramentality, constitutional structure.

INDICE

1	Premessa d'inquadramento e delimitazione	632
2	La centralità della questione fondamentale e alcune linee comuni in Villey, Cotta ed Hervada	633
3	L'apporto diversificato degli Autori considerati	635
3.1	Villey e la scienza canonica	636
3.2	Cotta e la scienza canonica	637
3.3	Hervada e la scienza canonica (rinvio d'approfondimento)	638
4	La concezione di Hervada nella ricostruzione della dimensione di giustizia ecclesiale	640
4.1	La sacramentalità e relazionalità del diritto canonico	641
4.2	La struttura costituzionale della Chiesa	642
4.3	Il rinnovamento epistemologico della scienza canonica	642
5	Le incompiutezze e il perfezionamento del contributo hervadiano	643
6	A mo' di conclusione: l'importanza della questione fondamentale sul diritto	645
	Note	646

1 PREMESSA D'INQUADRAMENTO E DELIMITAZIONE

La *premessa obbligata* di questo intervento è la *limitatezza e parzialità dell'analisi*. Non abbiamo né la capacità né la pretesa di esplorare compiutamente l'influenza del pensiero giuridico di Villey, Cotta ed Hervada nella scienza canonistica, vogliamo solo fornire spunti o, piuttosto, suggestioni soprattutto circa la *rilevanza della questione fondamentale* (cos'è il diritto?), ben tematizzata da tali Autori, anche *per il lavoro dei giuristi ecclesiali*.

Spicca subito che Hervada nasce e resta essenzialmente un canonista, mentre Villey e Cotta si interessano molto marginalmente e secondariamente del diritto nella Chiesa. Si rileva quindi una macroscopica sproporzione quantitativa e qualitativa tra questi Autori. In maniera schematica e sommaria si evince agevolmente, che Hervada ha una cognizione profonda, piena e meditata dello *ius canonicum*; Villey ha una conoscenza e una visione limitata e limitativa della scienza canonica (manifesta esplicitamente scetticismo e riserve nei confronti della giuridicità ecclesiale¹); Cotta ha rispetto, stima e apertura verso il sapere canonico ma non lo ha studiato o approfondito specificamente. Nei due filosofi del diritto non c'è pertanto un apporto chiaro e significativo circa il sistema canonico. Mi riferirò pertanto principalmente al professore di Pamplona, pare interessante e doveroso

in questo contesto confrontarla almeno con l'impostazione e la sensibilità degli altri due.

Al di là dell'influenza diretta, esiste anche un influsso riportato e mediato. L'"illuminazione" che condurrà Hervada alla scoperta del realismo giuridico classico matura proprio durante la traduzione spagnola, da lui sollecitata e curata, dei due volumi del *Compendio di filosofia del diritto* di Villey. Per quanto il maestro di Navarra non attribuisca un peso decisivo all'elaborazione dello storico e filosofo francese, non nasconde la sua stima e l'apprezzamento per quest'Autore². Villey ha ispirato o corroborato alcune acquisizioni giusfilosofiche hervadiane. Non si può ricostruire un analogo scambio scientifico con Cotta, per quanto Hervada lo conosca e lo citi ripetutamente³. Il rapporto inverso (il riferimento di Villey e Cotta a Hervada) appare invece meno evidente e rilevante⁴.

2 LA CENTRALITÀ DELLA QUESTIONE FONDAMENTALE E ALCUNE LINEE COMUNI IN VILLEY, COTTA ED HERVADA

L'univoco punto di partenza della speculazione dei tre pensatori è l'approfondimento della *prospettiva ontologica del diritto*. Tutti e tre hanno dedicato un notevole interesse al pensiero di S. Tommaso⁵. Solo Villey ed Hervada si ispirano dichiaratamente alla dottrina classica e tomista; entrambi, recependo la virtualità e l'inclinazione dello stesso pensiero dell'Aquinate, peraltro vanno oltre Tommaso, analizzano e precisano il significato di un approccio realista alla giustizia solo abbozzato dal Dottore Angelico⁶. Il genuino riferimento metafisico porta comunque i tre Autori a ridimensionare l'impronta spiccatamente volontarista e soggettivista assunta dallo *ius* nella modernità. La percezione del fondamento naturale della giuridicità costituisce anzi la chiave di lettura e di critica delle disfunzioni del presente. Il principale e comune nemico denunciato e osteggiato dai nostri tre maestri è appunto il positivismo e il normativismo dilagante e imperante soprattutto nel contesto secolare. L'ambito canonico tuttavia non è impermeabile agli errori e alle derive del pensiero giuridico contemporaneo. La codificazione e, soprattutto, l'ermeneutica che ne è derivata — come acutamente rilevato da Fantappiè⁷ — hanno determinato una restrizione e chiusura del sistema e una perniciosa esaltazione e compiacenza nei confronti dei canoni. L'approccio realista, come evidenziato, si traduce nel parlare di dimensione giuridica nella Chiesa più che di diritto canonico: nel guardare alla realtà prima che alla norma. Il volontarismo legislativo trova peraltro un agevole supporto nell'approccio autoritaristico e gerarchico che circonda e informa la comunità salvifica. La spinta di Hervada (teorica e pratica⁸) verso la razionalità del governo e la subordinazione dell'esercizio del potere ai diritti dei fedeli deriva proprio dalla preoccupazione di assicurare la giustizia nella Chiesa. L'impronta realista assunta non è insomma priva di con-

sequenze deontologiche ed epistemologiche nel “pioniere” del costituzionalismo canonico.

Fissato una sorta di comune aspirazione dei tre pensatori considerati ci pare che la tematizzazione della questione fondamentale (cos'è il diritto?) si riverberi decisamente anche sulla declinazione delle caratteristiche del fenomeno giuridico. A livello meramente esemplificativo accenniamo a *tre profili o accentuazioni* del fenomeno giuridico desumibili almeno implicitamente dalla speculazione dei nostri Autori: la personalità, storicità e prudenzialità del diritto, delineando anche possibili riflessi in chiave canonistica.

In primo luogo occorre puntualizzare la dimensione *personale e umana* del diritto. L'assunto della severità o rigidità spesso emergente nell'immaginario collettivo e nell'accentuazione dell'imperatività della legge (si pensi all'aforisma diffuso *dura lex, sed lex*) rischia di sviare dalla razionalità e solidarietà insita nelle relazioni di giustizia. Il prof. Cotta, forse più degli altri, ha avuto il merito di esplorare il profondo rilievo esistenziale del diritto⁹. Lo *ius* diviene in pratica una categoria o coordinata nella realizzazione dell'umanità¹⁰. Al di là di concrete scelte di valore e delle battaglie combattute contro le minacce della secolarizzazione, il filosofo italiano anche a livello teoretico ha cercato di coniugare l'ontologia classica con la fenomenologia moderna. La guerra e la violenza sono non a caso la negazione più chiara ed esplicita dell'armonia sociale e dell'ordine del bene¹¹. Anche per Villey il diritto è garanzia fondamentale di eguaglianza e libertà¹². La flessibilità e tolleranza tipica del sistema canonico aiutano chiaramente a percepire l'orizzonte comprensivo e aperto del governo ecclesiastico. Il punto essenziale da chiarire è che non solo la regola è al servizio dell'uomo ma che il realismo rinvia *suapte naturae* al personalismo (l'uomo è sempre al centro della relazione di giustizia). Hervada, dal canto suo, insiste in questa linea sulla portata perfetta e sulla necessaria alterità dell'*agere iuridicum*¹³. La difesa dell'autonomia personale e dei diritti dei fedeli diviene il cardine della comunione ecclesiale. Il superamento della sedimentata e, purtroppo, non del tutto tramontata “concezione per stati” nella Chiesa è stata un'indicazione e un'aspirazione costante nel magistero del professore di Navarra¹⁴.

Un altro aspetto, in parte connesso al precedente, che vale la pena evidenziare è la percezione della *storicità del fenomeno giuridico*. L'univoco e decisivo riferimento al diritto naturale che presiede la maturità della speculazione dei tre pensatori non è un ostacolo all'inserimento dello *ius* nella contingenza e nel divenire della condizione umana. L'approccio giuridico seguito non è insomma meramente passatista e reliquiario¹⁵. La prospettiva ontologica implica anzi un riferimento obbligato alla *forma mentis* e alla cultura di germinazione della socialità¹⁶. La misura e la determinazione umana risultano infatti componenti essenziali per la configurazione e realizzazione della giustizia. La sensibilità storica e romantica di Villey lo induce a percepire chiaramente il possibile sviluppo del dover-

essere nella conformazione della realtà, il rischio è semmai l'eccessiva compiacenza nella perfezione del modello originario assunto. Anche in Cotta l'attenzione storico-culturale e l'esperienza del "diritto vivente" motivano un atteggiamento di apertura e allargamento della giuridicità, la prospettiva fenomenologica dà un'esplicita connotazione integrativa (chiaramente non necessariamente positiva) all'evoluzione sociale e mentale. Per Hervada la storicità è un'indicazione di metodo¹⁷, ma anche di contenuto. Nell'ambito canonico il rapporto tra il diritto divino (permanente e immutabile) e il diritto umano (variabile e contingente) è essenziale e costitutivo. Il maestro di Pamplona tuttavia non tende a ipostatizzare e sacralizzare la ricostruzione o fissazione (umana) dello *ius divinum*, come sovente accade¹⁸, ma ha un approccio dinamico e aperto. Hervada parla spesso di "positivazione" (evidentemente non in un'accezione positivistica) per indicare il passaggio alla concreta vigenza storica di un'idea o di un principio¹⁹. La prospettiva costituzionalistica, da lui seguita e stimolata, evita dichiaratamente di ridurre la costituzione della Chiesa solo al diritto divino²⁰.

Un ultimo punto di contatto o, piuttosto, di derivazione dall'impianto realista condiviso è la *concezione prudentiale e sapienziale del diritto*. I romani non a caso qualificavano l'attività del giurista come *ars boni et aequi*²¹. Il positivismo ha condotto invece allo scientismo e alla tecnicizzazione dell'ermeneutica giuridica. La critica di Villey contro la logica e la scienza moderna è particolarmente aspra e vivace²². I tre studiosi considerati comunque coincidono, oltre che nella prospettiva antinormativistica di fondo, anche nell'*impostazione antilogicista e antiformalista*. Tutti e tre rivendicano con forza il ruolo dei giuristi nei confronti della politica e della legislazione²³. In un'ottica latamente idealista la ragione speculativa e deduttiva soppianta la ragion pratica tipica della *prudentia iuris*. Parimenti il riconoscimento legale o formale (si pensi all'affermazione di diritti di molte carte o dichiarazioni) sminuisce o comprime l'effettività dell'attribuzione e delle spettanze. Nell'ottica metafisica invece la sostanza prevale decisamente sul metodo e sulla forma. La prudenzialità salvaguarda infatti la concretezza, l'oggettività e la razionalità di ciò che è giusto. Fermo restando la maggior chiarezza teoretica²⁴, la fortuna del metodo esegetico e della *schola textus* in ambito canonico rischiano comunque di sviare la corretta impostazione del sapere e di svilire la funzione del giurista ecclesiale.

3 L'APPORTO DIVERSIFICATO DEGLI AUTORI CONSIDERATI

Puntualizzata la presenza di linee comuni e spesso convergenti nell'analisi del fenomeno giuridico (con taluni possibili riscontri in ambito canonico), proprio per valutare il contributo degli Autori considerati alla scienza canonica conviene ora precisare la diversità d'apporto e, soprattutto, la differenza d'impostazione *quoad iure canonico*.

3.1 *Villey e la scienza canonica*

L'interesse di Villey per il diritto canonico è più storico e concettuale che specialistico e sistematico. L'approccio del filosofo francese, al di là dell'impronta culturale latamente laicista, pare condizionato dal suo pregiudizio classicista e dall'idealizzazione nostalgica della *prudentia iuris* romana. Nonostante lo scetticismo e la prevenzione di fondo circa l'apporto del cristianesimo al tema della giustizia, non manca comunque di riconoscere il recupero di Aristotele da parte di S. Tommaso e alcuni meriti della canonistica classica. Anche la valutazione del diritto canonico post-tridentino non si allontana dalla sferzante critica nei confronti degli equivoci e delle deviazioni della modernità. Hervada ha sentito il bisogno di contestare energicamente le obiezioni di Villey circa la giuridicità del diritto della Chiesa: «Che il Diritto sia primariamente la legge che regola le relazioni giuste o la cosa giusta e, conseguentemente, ciò che chiamiamo Diritto canonico sia primariamente un insieme di norme o la ripartizione delle *res exteriores* conformemente a criteri di giustizia, è questione strettamente scientifica; ciò che non può essere messo in discussione è che nella Chiesa Cattolica si danno la *legge* (sociale, o giuridica nel senso abituale del termine) e lo *ius* nel senso aristotelico-tomista»²⁵.

Le ripetute puntualizzazioni hervadiane nella traduzione del *Précis* a proposito del contesto culturale laicista, della nozione sociologica di cristianesimo, dell'equivoca accezione di morale, dell'impropria percezione del diritto canonico assunte nell'opera villeyana fanno comprendere la problematicità del rapporto di Villey con la scienza canonica²⁶. In questa linea è indicativa anche la difesa del metodo e dell'approccio del Decreto di Graziano osteggiato da Villey (parlare di una "nozione canonica di Diritto" è equivoco e fuorviante). Fermo restando la scarsa penetrazione contenutistica, l'interpretazione storico-giuridica del filosofo transalpino è fortemente condizionata dalla chiave di lettura dell'esperienza giuridica proposta. L'"agostinismo giuridico" secondo Villey, una sorta di variante dell'agostinismo politico, avrebbe portato alla commistione tra morale e diritto, alla prevalenza della regola di condotta e ad una corruzione della giustizia classica²⁷. La giustizia biblica stravolge il senso del giusto nella linea del legalismo e dell'obbedienza. La "nozione giudeo-cristiana della giustizia" (categoria che tradisce una impropria percezione dei termini della questione) — secondo lui — conduce ad una metamorfosi o snaturamento del diritto e ad una clericalizzazione della società²⁸. La genialità di S. Tommaso starebbe appunto nel recupero di Aristotele, nella rinascita del diritto romano e nel ripristino della logica dialettica. La rivoluzione scolastica si scontra però presto con i limiti dei continuatori e con le derive della modernità: individualismo, utilitarismo e collettivismo. Il punto nevralgico di svolta è rappresentato dall'occamismo con il nominalismo e la genesi del diritto soggettivo. Se il giudizio di Villey nei confronti dello *ius canonicum* non

è troppo favorevole, non è sicuramente meno tenero nei confronti della concezione del diritto protestante²⁹. Le considerazioni di Villey sulla scienza canonica si inseriscono in un itinerario storico-critico in chiave polemica e filosofica. Fermo restando l'acume di molte intuizioni, la poca connaturalità e sensibilità impedisce una percezione adeguata della realtà ecclesiale e della sua dimensione giuridica. Una concezione matura e ragionata del fenomeno giuridico non basta insomma per la cogliere la specificità dell'ordine di giustizia nella Chiesa.

3.2 *Cotta e la scienza canonica*

In questa sede non abbiamo certo la pretesa di esplorare il pensiero o l'originalità dell'impostazione giuridica di Cotta³⁰, ci limitiamo solo a giustificare meglio l'asserzione iniziale circa la scarsa rilevanza dell'apporto del filosofo del diritto italiano alla scienza canonica. Anche in questo caso, fermo restando l'importanza dell'aspetto formativo e concettuale giusfilosofico anche per il canonista, il contributo specialistico risulta molto modesto e secondario. Tra l'altro, per quanto Cotta non sia certo insensibile al profilo storico³¹, la sua personalità scientifica non denota, come per Villey, una prevalente matrice romanistica e storicistica, costretta necessariamente a confrontarsi con una tradizione culturale e l'esperienza canonica del passato, delinea piuttosto la figura di un filosofo e pensatore del proprio tempo che guarda verso il futuro. Al contrario di Villey non c'è peraltro prevenzione e riserva nei confronti dell'approccio canonistico, ma anzi rispetto e apertura. Dall'impronta e dal contenuto della produzione cottiana emerge subito il legame con la tradizione cristiana e lo stretto vincolo confessionale³². La polemica nei confronti della post-modernità si dirige appunto verso il laicismo e le incongruenze del pensiero debole e tecnocratico.

A prescindere dall'approfondimento fenomenologico e personalistico nella maturazione della sua concezione³³, l'orizzonte ontologico e veritativo di Cotta è fortemente legato al diritto naturale, di cui è uno strenuo sostenitore e difensore in un momento storico assai complesso e delicato. Partendo dall'oggettivismo³⁴, Cotta rivaluta e argomenta il fondamento e la giustificazione razionale ed esistenziale del fenomeno giuridico³⁵. Il giusnaturalismo critico lo porta perciò a un affinamento del concetto di natura e ad una miglior determinazione del rapporto con il diritto positivo³⁶. La crisi del diritto è rapportata al positivismo giuridico e al relativismo etico. Le intuizioni teoretiche di Cotta offrono spunti anche per la costruzione e impostazione del sistema canonico. In maniera meno netta e draconiana di Villey chiarisce la distinzione tra diritto e morale, senza però un atteggiamento di riserva o ostilità verso la componente religiosa che è alla base di un ordinamento tipicamente trascendente. È significativo che anche la trattazione della sacramentalità e del *bonum sacramenti* nella realtà matrimoniale non contengono espliciti riferimenti canonistici³⁷. La sensibilità civile conduce inoltre

il filosofo italiano ad impegnarsi e schierarsi attivamente sui grandi temi etici (divorzio, aborto, bioetica, eutanasia, ecc.) cercando di dare un supporto culturale e scientifico più che autoritativo e confessionale. L'influenza canonistica insomma pare presente solo sottotraccia e tangenzialmente nella sua analisi e speculazione. Cotta ad ogni modo inserisce il discorso giuridico in un contesto antropologico più ampio e articolato e quasi "profetico"³⁸.

3.3 *Hervada e la scienza canonica (rinvio d'approfondimento)*

Javier Hervada come teorico del diritto è un giurista in senso pieno, nasce comunque e resta sempre un insigne canonista. La sua fama e notorietà scientifica è legata infatti soprattutto alla produzione canonistica, per quanto abbia ricevuto apprezzamenti e riconoscimenti anche in ambito giusfilosofico³⁹. Lo spessore di un vero maestro inoltre emerge anche e soprattutto attraverso lo svolgimento e la continuità del pensiero nelle generazioni successive. I discepoli o i seguaci non sono lo "specchio" o la corona dell'influenza del caposcuola ma la dimostrazione vivente della fecondità di un'intuizione e, più ancora, di un approccio veritativo. Il prestigio della c.d. scuola di Lombardia ed Hervada allora è forse la miglior testimonianza della validità e prolificità dell'apporto canonistico hervadiano.

Per valutare il contributo del maestro di Navarra sembra utile descrivere anzitutto la *parabola intellettuale e accademica* del prof. Hervada. L'*iter* della produzione getta luce anche sul suo approccio e sulla sua sensibilità scientifica. L'intento iniziale è la modernizzazione della scienza canonica: la liberazione dalle strettoie del metodo esegetico e la purificazione dalle derive del normativismo, del formalismo e del logicismo⁴⁰. Alla monografia iniziale sul matrimonio, tema che continua a sviluppare e approfondire, seguono altri studi sull'impostazione generale della giuridicità canonica (e non solo) e sulla nozione (allora non troppo scontata o chiara) di ordinamento canonico⁴¹. Dopo la conclusione del Concilio Vaticano II, l'attenzione di Hervada si sposta decisamente sul fronte costituzionalistico e sull'impostazione della struttura ecclesiale, senza mai tralasciare l'impegno matrimonialistico. Gli anni '70 coincidono con il massimo sforzo propositivo e realizzativo. All'ansia metodologica ed epistemologica, prevalente nel primo periodo, sopravviene un'inquietudine concettuale e dottrinale, percependo lo sbandamento postconciliare in atto (si pensi all'affiorante antiggiuridismo ma non solo)⁴². La sostanza delle questioni e l'ortoprassi della fede si impone insomma sul discorso meramente tecnico-scientifico. Contestualmente gli incarichi docenti, motivano una crescente e appassionata applicazione giusfilosofica. Vale la pena di chiarire che, se Hervada resterà sempre un giurista ecclesiale, anche l'impronta filosofica è tuttavia una costante o caratteristica del suo atteggiamento (non si tratta quindi di una svolta completamente innovativa). Nel contesto della dedizione filosofica matura la "illuminazione" giusrealista — lui stesso la definisce

così — (la scoperta vera e profonda dell'*ipsa res iusta* tommasiana⁴³). L'impegno scientifico successivo è volto soprattutto a spiegare ed esplorare le virtualità del realismo giuridico. Un passaggio significativo ed emblematico è anche il tardivo spostamento nel settore ecclesiasticistico cosciente delle minacce alla libertà religiosa derivanti dalla secolarizzazione e dalle insidie della postmodernità⁴⁴. Gli ultimi lavori canonistici peraltro sono una rielaborazione o riconsiderazioni nella fermezza e continuità delle precedenti posizioni e convinzioni o una penetrazione più specialistica o culturale di argomenti più circoscritti⁴⁵. L'esaurimento delle energie intellettuali determina purtroppo una conclusione prematura del percorso di ricerca.

Il merito del professore di Pamplona probabilmente non sta tanto nella vastità e qualità dell'analisi quanto nella capacità di sintesi e di sistemazione organica delle sue intuizioni e suggestioni. L'apporto canonistico principale di Hervada, come esploreremo meglio in seguito, è più formale e concettuale (la partenza da una premessa fondamentale e un'applicazione epistemologica coerente e rigorosa) che materiale e quantitativo. Bisogna però rendere ragione anzitutto della *prospettiva* (è stato un convinto assertore della purezza metodologica formale e della distinzione in rami) e dell'*oggetto della sua penetrazione specialistica*. Da un punto di vista contenutistico l'interesse si concentra soprattutto su *due macro-aree* quella *matrimonialistica* e quella *costituzionalistica* e si estende poi puntualmente e parzialmente a molti altri settori. La raccolta *Una caro*⁴⁶ e *Studi sull'essenza del matrimonio*⁴⁷, che ne è derivata, manifestano la ricchezza e la profondità della penetrazione nella realtà matrimoniale. Dopo le ricerche iniziali, la prospettiva ontologica e antropologica prendono il sopravvento nel suo orizzonte mentale e conferiscono valore e permanente attualità alle sue osservazioni. La natura giuridica del coniugio, la complementarità, l'indissolubilità, la sacramentalità, ecc. sono sapientemente tematizzate e compiutamente sviscerate. L'unità nella natura sessualmente modalizzata individua appunto il fondamento *in re* dell'istituto matrimoniale⁴⁸. Lo stile di Hervada d'altronde è sempre stato quello di esplorare e definire i concetti essenziali più che trattare specifiche questioni.

Nell'altro fronte d'impegno (*la scienza costituzionale*), forse quello da lui maggiormente prediletto e sostenuto, Hervada ha colto la necessità di ripensare il diritto della Chiesa secondo la costituzione *de Ecclesia* e ha cercato di recepire operativamente e strutturalmente il cambio di paradigma segnato dal Concilio (il passaggio dal modello societario a quello comunitario)⁴⁹. Il professore di Navarra è considerato non a caso il vero pioniere e iniziatore del metodo costituzionale⁵⁰. Ferma restando la priorità della preoccupazione epistemologica, Hervada si è dedicato con piglio e determinazione a tutti i capisaldi della costituzione della Chiesa, dai diritti dei fedeli, alla suprema autorità, all'organizzazione ecclesiastica. Il desiderio di superare un'impostazione eccessivamente clericale e gerarchica e concrete esigenze ermeneutiche hanno motivato poi un approfondimento e una

riflessione particolarmente attenta sulla secolarità, sui laici, sulle prelature e in generale sulle circoscrizioni ecclesiastiche⁵¹. Il volume *Vetera et nova* raccoglie molteplici contributi in questi e in altri settori⁵².

4 LA CONCEZIONE DI HERVADA NELLA RICOSTRUZIONE DELLA DIMENSIONE DI GIUSTIZIA ECCLESIALE

In seguito accenneremo anche ad acquisizioni più specifiche e puntuali, riteniamo comunque che l'*apporto più prezioso e significativo di Hervada* non sia legato all'inquadramento di un argomento o di un settore determinato (per quanto non manchino brillanti intuizioni e trattazioni⁵³), ma alla concezione stessa della dimensione di giustizia nella Chiesa. Attraverso la riscoperta critica del realismo giuridico Hervada ha, per così dire, fornito la "chiave" per comprendere il "mistero del diritto"⁵⁴. L'illuminazione di Hervada è la comprensione profonda e radicale del realismo giuridico classico (non il semplice oggettivismo o giusnaturalismo⁵⁵). Il punto è che il professore di Navarra per primo e consapevolmente ha additato la potenzialità dell'approccio ontologico e realista per la scienza canonica. Villey e Cotta ad esempio svolgono una critica acuta e serrata alle aporie della modernità ma non abbozzano o elaborano un sistema alternativo né tanto meno danno avvio ad un movimento scientifico, si fermano alle competenze storiche o filosofiche senza operare una rifondazione, per così dire, "dall'interno". Hervada insomma non si limita a proporre un modello di riferimento, elabora anche un piano di costruzione. La proficuità dell'approccio realista comunque non è da ascrivere alla brillantezza dell'elaborazione intellettuale di qualche autore ma alla matrice veritativa e razionale dello *ius* (l'*adaequatio intellectus et rei*) illuminato dalla continuità della speculazione giusfilosofica tradizionale (greco-romano-scolastica). Hervada stesso non si attribuisce la paternità o l'ideazione di un sistema di pensiero ma solo la personalità e coerenza della sua declinazione in ambito canonico.

In prospettiva giurista la *giuridicità ecclesiale* non è legata semplicemente all'esistenza di rapporti sociali ordinati (*ubi societas ibi ius*) ma all'*intrinseca doverosità* (distribuzione secondo giustizia) dei *beni salvifici*: parola, sacramenti e servizio della carità⁵⁶. In pratica si tratta di ricostruire la dimensione di giustizia della parola di Dio, della liturgia e del governo ecclesiastico. Tale approccio porta quindi a spostare l'attenzione del canonista dal principio teorico e dalla regolamentazione astratta (operazione ermeneutica tipica dell'idealismo e del legalismo), frutto della deriva volontarista moderna, alla determinazione concreta della natura della cosa e del relativo vincolo obbligatorio, espressione appunto della razionalità e prudenzialità dell'arte del giurista. Nel contesto ecclesiale chiaramente il fenomeno giuridico si deve confrontare con la singolarità e peculiarità

di un ordine soprannaturale e trascendente⁵⁷. Le cose giuste o i beni dovuti sono quindi più difficilmente determinabili e circoscrivibili (né può essere ignorato il profilo misterico). Anche l'integrazione tra diritto divino e diritto umano, come abbiamo già considerato, non è scontata e immediata. Nell'insegnamento di Hervada l'appassionata rivendicazione di un approccio realista e sistematico non esclude comunque il ricorso all'esegesi e l'adeguata conoscenza dell'apparato legale. Il realismo non è quindi una semplificazione o banalizzazione del processo conoscitivo, indica al contrario l'esigenza di non fermarsi alla superficie o al dato normativo ma di arrivare alla radice ultima della relazione di giustizia: il dover essere delle cose.

Quasi a voler illustrare sinteticamente o abbozzare la *prospettiva*, il *contenuto* e l'*indirizzo* scientifico della concezione hervadiana, senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività o completezza, ci limitiamo a presentare tre spunti del maestro di Navarra che manifestano la perspicacia e lungimiranza del suo pensiero.

4.1 *La sacramentalità e relazionalità del diritto canonico*

Abbiamo già definito *Le radici sacramentali del diritto canonico* il “capolavoro del secondo Hervada” ad indicare l'eccellenza e brillantezza del contributo⁵⁸. L'opera resta a distanza d'anni la dimostrazione forse insuperata della fecondità dell'approccio realista. In questo scritto Hervada esplora la portata del concetto di diritto sbocciato e maturato dopo l'estate del 1980 nella realtà sacramentale. La canalizzazione della *lex gratiae* nei sacramenti e l'efficacia *ex opere operato* costituiscono il presupposto della loro giuridicità. Hervada individua poi nell'economia sacramentale tutte le caratteristiche delle cose giuste (esteriorità, intersoggettività e obbligatorietà). La conclusione, apparentemente pacifica, che i sacramenti sono un diritto apre invero un non troppo scontato orizzonte di doverosità nel rapporto ministro-fedele (amministrazione senza indebite appropriazioni o prepotenze). La brevità e, tutto sommato, la semplicità del testo (la relazione in un convegno teologico) possono essere rapportate all'acume e alla profondità di un saggio programmatico.

Le radici sacramentali del diritto canonico fornisce soprattutto un'indicazione di approccio e di prospettiva. La chiave di lettura è evidentemente *ontologico-fondamentale*, Hervada individua appunto la radice ultima delle relazioni di giustizia (l'ordine sociale giusto del popolo di Dio è essenzialmente sacramentale). La funzione strutturante del battesimo e dell'ordine è iscritta nella potenzialità del rispettivo carattere. I diritti fondamentali dei fedeli e l'organizzazione ecclesiastica (da lui delineati come i capisaldi della costituzione della Chiesa) trovano perciò un riscontro e una corrispondenza misterico-teologica. La sacramentalità radicale della Chiesa infine amplia e qualifica l'apporto. Non stupisce che la direttrice tracciata abbia ricevuto tanta ammirazione e seguito.

4.2 *La struttura costituzionale della Chiesa*

Il settore costituzionalistico è forse quello che ha dato più prestigio e rinomanza al professore di Navarra. *El Derecho del Pueblo de Dios* contiene la prima audace e penetrante ricostruzione della costituzione della Chiesa alla luce dei documenti conciliari, completata e integrata poi da *Elementos de derecho constitucional canónico*⁵⁹. La costituzione della Chiesa non si identifica con la costituzione gerarchica della Chiesa, ma presuppone quale nucleo e cardine primordiale lo statuto del fedele. Tutto il sistema canonico ruota attorno agli *iura fidelium*⁶⁰. Conformemente al costituzionalismo moderno, secondo Hervada, i diritti fondamentali e l'organizzazione del potere individuano la materialità della scienza costituzionale canonica.

Molte delle intuizioni hervadiane restano valide e illuminanti. I *principi costituzionali* di *eguaglianza fondamentale*, di *varietà funzionale e istituzionale o gerarchico* sono germogliati e hanno fatto scuola⁶¹, suggellando il cambio di paradigma dalla concezione societaria diseguale a quella comunitaria e attiva del popolo di Dio. Anche la composizione quadripartita della condizione del fedele, articolata nella *condicio communionis*, nella *condicio libertatis*, nella *condicio activa* e nella *condicio subiectionis*, sembra tuttora penetrante e ha avuto un certo riscontro dottrinale⁶². L'individuazione dei due livelli costituzionali (quello dell'essere e dell'agire) aiuta a concepire il rapporto tra Chiesa universale e Chiesa particolare e anticipa la soluzione ecclesiologica delineata da *Communio notio*⁶³. La concezione funzionale e ministeriale della potestà addita una visione del governo ecclesiastico volta a superare improprie forme di clericalizzazione o di personalizzazione del potere, senza mai intaccare il rispetto per l'autorità o la comunione gerarchica. La configurazione aperta delle *portiones populi Dei* evita il riduzionismo di una logica binaria Chiese particolari - associazioni. L'originale determinazione delle "strutture complementari" chiarisce la composizione del quadro costituzionale. Gli esempi o le suggestioni evidentemente si potrebbero moltiplicare, Hervada comunque non si è limitato a teorizzare una scienza costituzionale ma ha illustrato compiutamente un approccio apodittico essenziale chiaro e convincente⁶⁴.

4.3 *Il rinnovamento epistemologico della scienza canonica*

Un terzo ambito di particolare influenza di Hervada concerne il *rinnovamento epistemologico della scienza canonica*. Questo indirizzo rappresenta una costante del pensatore di Pamplona⁶⁵. Tale preoccupazione magari è più spiccata e pressante nel primo periodo (cogliendo tutta l'arretratezza "tecnica" della canonistica preconciliare), ma accompagna tutto il suo percorso intellettuale ed è presente anche negli scritti più recenti⁶⁶. La prospettiva epistemologica concerne l'iden-

tità stessa del canonista e il dialogo e confronto con la scienza secolare. Anche questo fronte conserva, ci sembra, pregnanza e attualità. D'altronde in maniera autoironica, avvertendo l'ambizione di alcune proposte, affermava di scrivere per il secolo futuro (cioè quello presente!).

L'idea di fondo propugnata da Hervada è l'*approccio sistematico* e la *purezza metodologica formale*. A fronte della diffusione e dell'imperio del metodo esegetico, in Nostro caldeggia appunto un modello scientifico alternativo volto alla ricostruzione concettuale del sistema canonico, vicino all'impostazione dogmatica secolare ma lontano dalle derive normativiste e formaliste contemporanee. La pedissequa e spesso appiattente determinazione della "lettera della legge" e il riferimento esclusivo alla logica codiciale rischia di ridurre il ruolo del giurista a quello di un tecnico della norma o di interprete qualificato della *voluntas Legislatoris* anziché a quello di garante dell'ordine di giustizia e tutore della razionalità delle relazioni ecclesiali⁶⁷. Occorre precisare che l'approccio critico seguito non è che una derivazione operativa del realismo assunto. L'auspicata distinzione del sapere canonico in rami o branche scientifiche (che deriva dalla particolarità e specificità del bene considerato) lo induce anche a invocare il riferimento ai principi, ai criteri e alle tecniche di concettualizzazione che caratterizzano ogni settore e che ne configurano l'approccio conoscitivo. La visione sistematica tra l'altro non solo aiuta a percepire meglio la natura e l'organicità della giuridicità canonica ma permette di superare restrizioni e limitazioni ermeneutiche.

5 LE INCOMPIUTEZZE E IL PERFEZIONAMENTO DEL CONTRIBUTO HERVADIANO

Il contributo di Hervada alla scienza canonica è stato dunque profondo e significativo. L'impulso e lo "slancio" da lui impresso agli studi canonistici (riteniamo si possa parlare di un "movimento di rinnovamento"), soprattutto a livello di apertura mentale e di propositività, non può considerarsi esaurito o interrotto. Logicamente così come il tomismo non è la mera ripetizione o spiegazione dell'insegnamento del Dottore Angelico ma richiede l'approfondimento critico e lo sviluppo della sua dottrina, anche la ricezione del pensiero di Hervada implica un'attualizzazione e maturazione della lezione hervadiana. Fermo restando la persistenza dell'illuminazione e dell'impianto realista⁶⁸, sarebbe un'evidente decadenza e involuzione il pedissequo ripiegamento sulle sue tesi o teorie. Con tutta la stima e la riconoscenza nei confronti di un autentico maestro, occorre dunque andare "oltre Hervada". Anche in questo caso ci limitiamo a riportare solo tre aspetti di questo processo o operazione di completamento e maturazione.

Un'ideale "terzo Hervada" – non sono io a sostenerlo è lui stesso a riconoscerlo – tornerebbe alle posizioni iniziali ma sulla scorta delle acquisizioni successi-

ve: «Un ipotetico “terzo Hervada” si applicherebbe al livello fenomenico o della scienza giuridica intesa in senso stretto o moderno, usando di nuovo i concetti di relazione giuridica, di ordinamento canonico, ecc., purificati e conformi con il realismo giuridico classico»⁶⁹. La sua “conversione scientifica” è avvenuta, come abbiamo considerato, a livello fondamentale e filosofico, gli sforzi successivi sono stati dedicati per lo più alla spiegazione ed enucleazione del concetto di diritto, è mancato invece un ritorno e una revisione della propria impostazione costituzionale e in generale fenomenologica. L’atteggiamento hervadiano poco incline alle ritrattazioni o correzioni formali lo induce a parlare di semplice completamento e perfezionamento, ma non è improbabile che un ripensamento possa comportare anche nuove o diverse conclusioni. La purificazione e l’affinamento riguarderebbe soprattutto il passaggio dalla “struttura ecclesiale” alle “relazioni di giustizia”. Una trattazione profonda e meditata dei “doveri fondamentali” probabilmente non è stata ancora compiuta⁷⁰. L’organizzazione ecclesiastica e la funzione di governo andrebbero forse riviste in chiave realista⁷¹. L’esame della dimensione particolare della Chiesa richiederebbe un aggiornamento e una rivalutazione del concorso popolare⁷². Cambiando il punto di vista insomma possono mutare anche la percezione o i contorni dell’oggetto. Il limite da lui stesso avvertito comunque è il *mancato completamento e riesame ermeneutico dell’apparato sistematico elaborato*.

Una *sfasatura o smagliatura* forse più rilevante ci sembra riconducibile alla *percezione dei beni della comunione*. La concezione hervadiana non mette sufficientemente a fuoco il nucleo del sistema canonico: l’intrinseca giuridicità del patrimonio salvifico. In una visione realista sarebbero infatti i beni essenziali a modulare i rapporti di doverosità nel popolo di Dio⁷³. La scarsa penetrazione della parola di Dio e del servizio della carità preclude una visione più organica e ponderata del diritto canonico e degli stessi diritti dei fedeli. Il superamento del “realismo strutturale o concettuale” implica una svolta di metodo e di contenuto, in larga parte affidata o lasciata ai seguaci e continuatori del magistero hervadiano. Anche la poca considerazione o applicazione ai beni c.d. strumentali (si pensi al settore patrimoniale, processuale o penale), dovuta all’inclinazione e alla sensibilità personale di Hervada, può comportare scompensi o difficoltà nella articolazione del sistema. Chiaramente non si pretende che un solo canonista possa avere conoscenze e competenza sconfinite e universali, la constatazione indica però la necessità di procedere per piani e la priorità di una corretta impostazione fondamentale della giuridicità ecclesiale. La continuazione della sua opera scientifica da parte di altri, ha integrato e compensato taluni limiti, dimostrando le opportunità e la fecondità di un impegno collettivo e di una comunità del sapere.

Un ultimo punto da notare concerne il mutamento dell’ambiente e del contesto ecclesiale e canonistico. Un approccio realista d’altronde non può ignorare l’*evoluzione dei fatti sociali e delle idee*. La produzione di Hervada è fortemente legata alla svolta ecclesiologica conciliare e al cambio di paradigma volto al su-

peramento della c.d. “concezione per stati” nella Chiesa e della clericalizzazione della società ecclesiastica. Il panorama attuale presenta però anche altre sfide e problemi. Se permangono le esigenze di maggior formalizzazione e rigore nell'esercizio della giurisdizione, la spinta all'evangelizzazione e le riforme in atto richiedono l'apertura al cambiamento d'epoca e una certa capacità di riconformazione mentale⁷⁴. L'*insistenza polemica o contestativa* risulta spesso svantaggiosa e controproducente, e forse ha condizionato pesantemente la ricezione del messaggio hervadiano⁷⁵. Negli ultimi anni la contrapposizione e la dialettica tra gli indirizzi metodologici si è fortemente ridotta e attenuata, offrendo più spazio al dialogo e al confronto. Un atteggiamento esclusivistico e puntiglioso rischia di segregare o ghezzare indebitamente il giusrealismo canonico e dare un'impronta conservatrice all'istanza di “modernizzazione” del sistema canonico auspicata⁷⁶. Superate le secche dell'antigiuridismo postconciliare, occorre probabilmente una nuova sintesi culturale e un modello di riferimento che aiuti a superare l'ancor più pernicioso “agiuridismo” legato al persistente pastoralismo e al pragmatismo imperante⁷⁷.

6 A MO' DI CONCLUSIONE: L'IMPORTANZA DELLA QUESTIONE FONDAMENTALE SUL DIRITTO

La specificità degli Autori considerati mostra la fecondità del ritorno e dell'approfondimento specialistico alla lezione di metodo e di senso circa l'essenza della giuridicità che li accomuna. Per tutti e tre è chiaro il rapporto e lo stacco tra la legge e il diritto. Villey, Cotta ed Hervada hanno posto al centro della propria speculazione la questione fondamentale sul diritto (cos'è il diritto) e hanno sviluppato la loro critica o costruzione a partire da questa acquisizione. In ambito canonico, se è riconosciuto e conclamato l'apporto di Hervada, il contributo di Villey e Cotta è molto marginale e modesto quanto al contenuto; se si riconosce nel canonista la stoffa del giurista, non si può considerare tuttavia insignificante quanto alla prospettiva. L'intelligenza della nozione di diritto appare infatti decisiva e centrale anche per l'ermeneutica canonica. Nella confusione e nello sbandamento legalista contemporaneo, che contamina non di rado anche la scienza canonica, la risposta alla domanda essenziale non è per nulla acquisita e scontata ed ha un rilievo pratico importante, aiuta a ricostruire la spettanza a partire dalla natura delle cose⁷⁸. Ciò non significa evidentemente sminuire indebitamente il valore dell'interpretazione letterale e dell'esegesi, richiede tuttavia un *plus* di attenzione e l'acume necessario per penetrare nell'ordine della giustizia. Il giurista ecclesiale oltretutto deve coltivare una particolare sensibilità, deve operare *cum sensu Ecclesiae*⁷⁹, richiedendosi una particolare connaturalità e consonanza con l'oggetto del giudizio⁸⁰.

Poc'anzi auspicavamo il superamento delle dispute e degli steccati ideologici in vista della comune causa della giustizia, occorre comunque rilevare che il dibattito sul metodo ha animato la ripresa della canonistica laica⁸¹ e dato slancio vitale alla produzione post-conciliare. Il ripiegamento attuale su questioni tecniche e operative, rinunciando a propositi di comprensione e sistemazione più generale, individua un minor sforzo ideale e progettuale che rischia alla lunga di ripercuotersi pesantemente sul senso e sull'orizzonte della giustizia ecclesiale. In questa linea l'insegnamento di Villey, Cotta e, soprattutto, Hervada invita a riprendere e consolidare la strada della ricerca delle basi e dei fondamenti del sistema. In un'epoca di barbarie antropologica e culturale, tra l'altro la canonistica è chiamata a preservare e custodire più dell'idea, l'esperienza e la pratica "classica" della giustizia.

Ci sembra comunque che l'acquisizione più importante e significativa del realismo giuridico è legata alla percezione dell'*aspetto veritativo e razionale del fenomeno giuridico*. Benché il diritto sia scienza pratica e operativa, non per questo prescinde dal contenuto euristico ed epistemico del sapere (la deontologia presuppone sempre l'ontologia)⁸². Nell'ermeneutica giuridica si tratta sempre di cogliere e rispettare la dimensione di doverosità obbligatoria della realtà considerata o regolata. La strumentalità interpretativa e l'utilitarismo legale⁸³ (piegare il dato allo scopo perseguito o intendere l'apparato normativo come un espediente per superare ostacoli o difficoltà), per quanto animato e spesso "mascherato" da intenti benevoli e positivi, tradiscono l'essenza della giustizia (dare a ciascuno il suo) e falsano l'identità del giurista (il giusto garante dell'ordine). Il "pastoralismo", tanto osteggiato da Hervada, purtroppo è ancora molto radicato nella mentalità e nel costume di tanti operatori ecclesiali. L'insofferenza o la resistenza verso i principi e le forme rappresenta, non di rado un sopraffare le altrui spettanze o conculcare la sostanza del debito. La Chiesa ha sicuramente bisogno di molta carità e misericordia ma non "nonostante" o peggio ancora "contro" la giustizia e la verità⁸⁴. Questa ci sembra la concorde, e talora sofferta, lezione dei tre maestri considerati. Il diritto canonico in questo senso è un vero amico e difensore della Chiesa dei deboli e dei poveri⁸⁵.

NOTE

1. È indicativo il commento di Hervada nella traduzione di un'opera di Villey: «L'autore — che si dirige a studenti universitari educati in un ambiente laicista e positivista — utilizza frequentemente il termine cristianesimo — e lo stesso può dirsi di altre espressioni come Chiesa cattolica — in senso ampio, quasi, potremmo dire, sociologico. Più che alla dottrina cristiana in sé Villey si riferisce semplicemente a teorie elaborate da autori cristiani di diverse confessioni ed anche a dottrine di ortodossia tanto discutibile come la filosofia occamiana o a pensatori che del cristianesimo solo

- conservano un certo bagaglio culturale, sconnesso dal suo genuino nucleo religioso» (M. Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I. Definiciones y fines del derecho, Eunsa, Pamplona 1979, p. 117, nt. 10, trad. ns.).
2. Lo stesso Hervada chiarisce: «Alla fine venne tra le mie mani il *Précis* di Michel Villey che difendeva con vigore il realismo giuridico classico. Mi piacque tanto che incaricai la traduzione dei due volumi che costituivano la prima edizione francese con una differenza di un paio di anni tra il primo e il secondo volume. La traduzione spagnola la pubblicò Eunsa. Villey però accenna al realismo giuridico, ma non finisce di spiegare in che consiste. Mi avvicinai un po' di più senza riuscire a scorgerlo. Villey, comunque, influi molto (lessi anche altre sue opere) e conservo un ottimo ricordo di lui; ebbi il piacere di incontrarlo personalmente in Cile ed a Pamplona» (M. del Pozzo, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Edusc, Roma 2005, p. 593, *Appendice [carteggio col prof. Hervada]*). Riferimenti espliciti all'influenza del filosofo del diritto francese sono contenute anche in J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, A. Giuffrè, Milano 1990, p. VI; Id., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona 1987, p. 14. È significativo che, dopo la morte di Villey, la rivista «Persona y Derecho» (*Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos* dell'Università di Navarra), all'epoca diretta da Javier Hervada, dedicò due numeri monografici a *Escritos en memoria de Michel Villey* (nn. 24 e 35, vol. 1991).
 3. Cfr. ad es. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona 2008, p. 640; Id., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona 1987, p. 333. Ad Hervada risale l'iniziativa della traduzione di *Il diritto nell'esistenza* (*El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, Eunsa, Pamplona 1987).
 4. L'isolamento intellettuale e la poca conoscenza internazionale riteniamo che abbia penalizzato la considerazione dell'opera di Hervada.
 5. Cfr. ad es. S. Cotta, *Il concetto di legge in San Tommaso d'Aquino*, G. Giappichelli, Torino 1955 (il testo appartiene ad una fase ancora non depurata dall'influenza normativistica, poi superata e sconfessata dallo stesso Autore); J. Hervada, *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona 2006², pp. 27-45; M. Villey, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Puf, Paris 1987.
 6. L'interesse di S. Tommaso per il tema della giustizia è più teologico-morale che giuridico. In Cotta c'è una costante evoluzione e affinamento ma non c'è mai stata una penetrazione e un'adesione profonda alla *ipsa res iusta* tommasiana (cfr. *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2).
 7. È indicativa l'intitolazione e il contenuto di un paragrafo di C. Fantappiè, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano II ai codici vigenti*, in Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a cura del), *L'insegnamento del diritto canonico*, Glossa, Milano 2014, pp. 40-45 (§ 3. *L'impero del Codice e il regno dell'esegesi*).
 8. Hervada può essere considerato un iniziatore della scienza costituzionale canonica in senso moderno (cfr. J. Hervada - P. Lombardía, *El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico. I. Introducción. La constitución de la Iglesia*, Eunsa, Pamplona 1970, spec. pp. 229-418, poi confluito e ampliato in J. Hervada, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Eunsa, Pamplona 1987) ed è stato un promotore e

- fautore del progetto della *Lex Ecclesiae fundamentalis* (cfr. Redacción Ius Canonicum [H. Hervada - P. Lombardía - J.A. Souto], *El Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia*, Pamplona 1971).
9. Cfr. soprattutto S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, A. Giuffrè, Milano 1991².
 10. Il fenomeno giuridico è sempre inerente alla socialità umana, in questo senso è stato rapportato ad un trascendentale dell'essere umano (cfr. anche G. Lo Castro, *Il mistero del diritto. I - Del diritto e della sua conoscenza*, G. Giappichelli, Torino 1997, pp. 1-2).
 11. In alcuni aspetti il messaggio di Cotta si può considerare profetico nei confronti degli esiti nichilisti e distruttivi della post-modernità.
 12. Cfr. R. Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona 1990, pp. 155-180.
 13. Cfr. 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. 136-138.
 14. Cfr. J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, A. Giuffrè, Milano 1989, pp. 175-177; Id., *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Marcianum Press, Venezia 2007, pp. 97-113; J. Fornes, *Notas sobre el «Duo sunt genera christianorum» del Decreto de Graciano*, «Ius Canonicum», 60 (1990), pp. 607-632.
 15. Il tomismo moderno si limita spesso alla mera ripetizione o riproposizione del pensiero di S. Tommaso. In questa linea si possono inquadrare anche testi studiati e in alcuni casi apprezzati da Hervada e Villey come G. Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Sei, Torino 1949; F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino*, Vita e pensiero, Milano 1944; L. Lachance, *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, Les Editions du Lévrier, Ottawa/Montreal 1948; H.A. Rommen, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Studium, Roma 1965.
 16. La convinzione hervadiana secondo cui non c'è nulla di culturale che non abbia la sua base in un fatto naturale non significa disconoscere la rilevanza dei fattori storici.
 17. Conclude quasi programmaticamente Hervada: «En conclusión, la interpretación del Derecho debe hacerse con realismo, sentido de la historicidad y criterio teleológico» (J. Hervada - P. Lombardía, *Prolegómenos. I. Introducción al derecho canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, I, p. 91).
 18. Rileva ad es. S. Berlingò: «L'ordinamento canonico è, piuttosto, nel suo insieme, il processo di svolgimento di un'unica ma continua serie di specificazioni e di determinazioni riconducibili tanto al basilare evento divino, quanto al fattore umano, entrambi presenti ed operanti in seno alla comunità dei fedeli sin dall'origine e, praticamente, non scomponibili l'uno dall'altro in modo assoluto» (*Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, a cura di S. Domaniello, A. Licastro, A. Mantineo, Il Mulino, Bologna 2015, p. 121).
 19. Cfr. J.A. Souto Paz, *Positivación y formalización constitucional en el pensamiento jurídico de Javier Hervada*, in *Escritos en honor de Javier Hervada, Ius Canonicum* (volumen especial), Pamplona 1999, pp. 199-206.
 20. Cfr. J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 14-17. Una posizione diversa è sostenuta ad es. da E. Molano, *Derecho Constitucional Canónico*, Eunsa, Pamplona 2013, pp. 111-135; Id., *Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico y de Derecho Ecle-*

- siástico del Estado*, Eunsa, Pamplona 2015, pp. 301-315, che pure è stato discepolo di Hervada.
21. Secondo la nota definizione di Celso raccolta nel Digesto (D. 1.1.1).
 22. Cfr. ad es. M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, Paris 1976.
 23. Cfr. ad es. S. Cotta, *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia 1983, pp. 37-54 (*Il diritto è politica?*); Id., *Sul rapporto tra filosofia della politica e filosofia del diritto*, in *Studi in memoria di O. Condorelli*, I, A. Giuffrè, Milano 1974, pp. 369-390; J. Hervada, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Edusc, Roma 2013, pp. 77-90 (*La legge nella società*).
 24. In ambito secolare il relativismo etico ha condotto spesso a ridurre il ruolo del diritto al mero contrattualismo sociale (la fissazione delle “regole del gioco”) e alla spiccata “procedimentalizzazione” delle responsabilità.
 25. Nt. 14, in M. Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*. I, cit., p. 127.
 26. Cfr. anche *ibid.*, ntt. 9, 10, 13, 14, 15, pp. 115, 117, 125-126, 127, 128.
 27. Cfr. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, a cura di S. Rials - É. Desmons, Puf, Paris 2013, pp. 132-137 (*L'augustinisme juridique*).
 28. Cfr. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, Paris 1978, pp. 103-119.
 29. Villey parla ad es. del “disprezzo del diritto” da parte di Lutero e del riduzionismo etico sociale di Calvino, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 285-291 e 306-325.
 30. Per un sommario e didascalico inquadramento del suo pensiero, cfr. anche A. Baños Atance, *La noción de derecho en el pensamiento de Sergio Cotta*, Pontificia Università della Santa Croce, Roma 2010.
 31. Oltre alla conclamata competenza sul pensiero di Montesquieu (a partire da S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, Ramella, Torino 1953), si possono apprezzare gli studi su Filangieri (S. Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, G. Giappichelli, Torino 1954) e S. Agostino (S. Cotta, *La città politica di S. Agostino*, Edizioni di Comunità, Milano 1960).
 32. S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2004, raccoglie i suoi interventi nella lunga presidenza dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani. Per una bibliografia completa cfr. *Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta*, G. Giappichelli, Torino 2000, pp. 89-114 (volume in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* da parte della Lumsa).
 33. Cfr. *supra* nt. 30.
 34. Cfr. *supra* nt. 5.
 35. Soprattutto nella fase che viene definita “antropo-ontologica” (cfr. A. Baños Atance, *La noción de derecho*, cit., pp. 441-561).
 36. La relazione diritto-legge non viene proposta in termini conflittuali e di contrapposizione, come in parte sottostante all'impostazione villeyana.
 37. Cfr. S. Cotta, *Sacramentalità e realtà esistenziale nel matrimonio*, in F. D'Agostino (a cura di), *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Jaca Book, Milano 1985, pp. 15-34.
 38. Cfr. anche S. Cotta, *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, Milano 1975; Id., *La crisi del diritto nella società industriale*, «Studi cattolici», n. 69 (1966), pp. 15-18; Id., *Il giurista e la società in trasformazione*, «Jus», 18 (1967), pp. 7-27.

39. Cfr. però *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Ed. P. Rivas, Universidad de Piura/Ara Editores, Lima 2005.
40. Cfr. M. del Pozzo, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., pp. 586-588. Un inquadramento e una riflessione critica sull'opera di Hervada è contenuta in J. Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada*, I-III, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 2008.
41. Cfr. J. Hervada, *El ordenamiento canónico. Aspectos centrales de la construcción del concepto*, Universidad de Navarra, Pamplona 1966 (ried. 2008).
42. Per alcuni riferimenti allo "sbandamento" postconciliare cfr. ad es.: J. Herranz, *Nei dintorni di Gerico*, Ares, Milano 2005, pp. 127-159; J. Ratzinger, *Rapporto sulla fede*, Edizioni paoline, Cinisello Balsamo 1985, pp. 25-54; L. Scheffczyk, *La Chiesa: aspetti della crisi postconciliare e corretta interpretazione del Concilio Vaticano II*, Jaca Book, Milano 1998. Per un inquadramento dell'antigiuridismo cfr. J. Herranz, *Crisi e rinnovamento del diritto nella Chiesa*, in Id., *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, A. Giuffrè, Milano 2011, pp. 93-131.
43. Cfr. *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.
44. Cfr. J. Hervada, *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempus otii secundum*, Eunsa, Pamplona 1993 (2ª ed. 2003).
45. Cfr. J. Hervada, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1989; Id., *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Eunsa, Pamplona 1990 (2ª ed. 2002); Id., *Tempus otii. Fragmentos sobre los orígenes y el uso primitivo de los términos praelatus y praelatura*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1992 (2ª ed. 2004).
46. Cfr. J. Hervada, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona 2000.
47. Cfr. J. Hervada, *Studi sull'essenza del matrimonio*, A. Giuffrè, Milano 2000.
48. Cfr. ad es. J. Hervada, *Che cos'è il matrimonio?*, in *Studi sull'essenza del matrimonio*, cit., pp. 248-268. La prospettiva è ripresa in C.J. Errázuriz M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Edusc, Roma 2016.
49. «Cosi pure nella esposizione del diritto canonico e nell'insegnamento della storia ecclesiastica si tenga presente il mistero della Chiesa, secondo la costituzione dogmatica "De Ecclesia" promulgata da questo Concilio» (OT 16).
50. Lombardía attribuisce a J. Hervada il merito di aver dato origine a questa nuova disciplina nell'ambito canonico (F. Zanchini di Castiglionchio, «Costituzione della Chiesa», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, X, Roma 1998, p. 3, l'originaria voce del 1988 risale a P. Lombardía).
51. Cfr. J. Hervada, *Tres estudios sobre el uso del término laico*, Eunsa, Pamplona 1973; Id., *Tempus otii. Fragmentos sobre los orígenes y el uso primitivo de los términos praelatus y praelatura*; J. Hervada - M. Roqueta, *Pueblo cristiano y circunscripciones eclesiástica. Conversaciones*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2003.
52. Cfr. J. Hervada, *Vetera et nova. Cuestiones de derecho canónico y afines. 1958-1991*, I-II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1991 (2ª ed. remodelada 1958-2004, Navarra Gráfica Ediciones, 2005).
53. Si pensi ad es. all'essenza giuridica del matrimonio, ai diritti fondamentali o alle circoscrizioni ecclesiastiche.

54. L'espressione evoca l'intitolazione dell'opera di G. Lo Castro citata *supra* nt. 10. Ci piace sottolineare, senza inutili esoterismi, che l'aspetto misterico connota intrinsecamente la realtà ecclesiale e quindi la sua dimensione giuridica.
55. Cfr. anche J-P. Schouppe, *Le réalisme juridique*, Story-Scientia, Bruxelles 1987, pp. 174-175 (tra l'altro si tratta di una tesi diretta dallo stesso Hervada).
56. «L'intima natura della Chiesa si esprime in un triplice compito: annuncio della Parola di Dio (*kerygma-martyria*), celebrazione dei Sacramenti (*leiturgia*), servizio della carità (*diakonia*). Sono compiti che si presuppongono a vicenda e non possono essere separati l'uno dall'altro» (Benedetto XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, 25 dicembre 2005, n. 25.a).
57. Il rischio della confusione tra diritto e morale è sicuramente maggiore.
58. Cfr. M. del Pozzo, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., p. 355. J. Hervada, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, «Ius Ecclesiae», 17 (2005), pp. 629-658. Lo scritto è riportato nella versione originale in *Vetera et nova*, pp. 297-319.
59. Cfr. *supra* nt. 8. Sorprende un po' che quest'opera sia stata tradotta solo in italiano (*Diritto costituzionale canonico*) e non abbia traduzioni al francese e all'inglese come *Introduzione critica al diritto naturale* (di cui esiste una traduzione perfino in ungherese: *Kritikai bevezetés a természetjogba*, Szent István Társulat, Budapest 2004).
60. È significativa anche l'esperienza editoriale della rivista *Fidelium Iura*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1992-2005, da lui stimolata e promossa.
61. Cfr. ad es. L. Sabbarese, *I fedeli costituiti popolo di Dio*, *Commento al Codice di Diritto Canonico, libro II, parte I*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2000, pp. 16-18; G. Incitti, *Il popolo di Dio. La struttura giuridica fondamentale tra uguaglianza e diversità*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2007, pp. 29-44.
62. Cfr. ad es. anche J. Fornés, *Introducción Título I*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, II/1, p. 55; O. Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Vita e Pensiero, Milano 2003, pp. 105-117; J.M. González del Valle, *Derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos en la Iglesia*, Eunsa, Pamplona 1971, pp. 271-273; D. Le Tourneau, *Manuel de droit canonique*, Wilson & Lafleur, Montréal 2010, pp. 118-144; P. Lombardía, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, in A. Scola, E. Corecco, N. Herzog (eds.), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Église et dans la société. Actes du IV. Congrès international de droit canonique, Fribourg (Suisse), 6-11-X-1980*, Éditions universitaires de Fribourg/Herder/A. Giuffrè, Fribourg – Freiburg im Breisgau – Milano 1981, pp. 25-29.
63. Cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, lett. *Communio notio*, 28 maggio 1992, nn. 7-10; Corsivo firmato con tre asterischi, *La Chiesa come comunione. A un anno dalla pubblicazione della Lettera "Communio notio" della Congregazione per la Dottrina della Fede*, «L'Osservatore Romano», 23 giugno 1993, pp. 1-4.
64. Circa il metodo costituzionale, cfr. in generale il ns., *Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico*, Edusc, Roma 2015, pp. 17-86.
65. Cfr. anche J. Hervada, *Confessioni di un canonista*, «Ius Ecclesiae», 14 (2002), pp. 615-620 (la *Lectio magistralis* in occasione del conferimento del dottorato *honoris causa* presso la Pontificia Università della Santa Croce).
66. Cfr. J. Hervada, *Pensieri di un canonista*, cit., pp. 9-81; Id., *Coloquios propedéuticos*, cit., pp. 23-29, 59-78, 103-182.

67. Tale istanza non si traduce affatto in un disprezzo o in un superamento dell'esegesi, di cui è stato anzi un fine e sapiente cultore: «Il primo passo della scienza giuridica è l'esegesi del testo legale. È sempre stato così. Ma sarebbe deprecabile che i canonisti si fermassero all'esegesi. Si tratta di un primo passo, ma è un passo da principiante. Dall'esegesi si deve passare al sistema; dal metodo esegetico è necessario passare al metodo sistematico» (J. Hervada, *Pensieri di un canonista*, cit., p. 75).
68. Non è casuale che a proposito della metafisica si parli spesso della *philosophia perennis*.
69. M. del Pozzo, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., pp. 598-599 (Appendice [carteggio col prof. Hervada]).
70. Cfr. anche E. Baura, *Accompagnamento e formazione: diritti e doveri dei fedeli, relazione nel XLV Incontro di studio del Gruppo italiano docenti di diritto canonico "Accompagnare, discernere e integrare: profili e prospettive giuridico-ecclesiali"*, 3 luglio 2018, in corso di pubblicazione nei relativi Atti.
71. Hervada a proposito dell'organizzazione ecclesiastica, per quanto abbia sempre presente i diritti e l'autonomia dei fedeli, tende a ricostruirla come un aspetto della missione della Chiesa e non come un frutto del patrimonio salvifico e una derivazione dei beni della comunione.
72. La supposizione di strutture senza popolo non appare troppo convincente (cfr. J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 310-311), cfr. anche R. Weber, *El concepto de pueblo de las circunscripciones eclesiásticas*, Edusc, Roma 2012.
73. Cfr. ad es. C.J. Errázuriz M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. II. I beni giuridici ecclesiali, La dichiarazione e la tutela dei diritti nella Chiesa, I rapporti tra la Chiesa e la società civile*, A. Giuffrè, Milano 2017, pp. 3-507; Id., *Presentazione sistematica dei diritti e dei doveri fondamentali del fedele secondo i beni giuridici ecclesiali*, in M. Blanco - B. Castillo - J. A. Fuentes - M. Sánchez-Lasheras (eds.), *Ius et iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Comares, Granada 2010, pp. 393-405.
74. Papa Francesco ha parlato frequentemente di un cambiamento d'epoca in atto ed auspica una revisione profonda degli operatori ecclesiali, cfr. ad es. Francesco, es. ap. *Evangelii gaudium*, 23 novembre 2013, nn. 20-49.
75. Si pensi all'insistenza sui "tre vizi della canonistica contemporanea" (cfr. *Pensieri di un canonista*, cit., p. 9; *Coloquios propedeúticos*, cit., pp. 13-21). Al di là di osservazioni più circoscritte e puntuali, occorre precisare che l'insufficienza è più di stile, di categorie e di comunicazione verbale che di sostanza.
76. L'originaria proposta d'avanguardia rischia di apparire altrimenti come una soluzione conservativa e retrograda.
77. Cfr. a proposito del tentativo di superamento degli indirizzi post-conciliari G. Zannoni, *Il diritto canonico nell'ontologia della fede. Il fatto giuridico evento dell'umano*, Marcianum Press, Venezia 2011, pp. 25-118. Lo spunto sembra interessante e intrigante, anche se il risultato richiede probabilmente maggiore chiarezza e ulteriore maturazione.
78. L'ordine legale ovviamente è importante e talora caratterizzante ma non può oscurare l'ineludibile riferimento alla vita e alla realtà ecclesiale.
79. «Il *sentire cum Ecclesia* ha senso anche nella disciplina, a motivo dei fondamenti dottrinali che sono sempre presenti e operanti nelle norme legali della Chiesa. In questo

- modo, va applicata anche alla legge canonica quell'ermeneutica del rinnovamento nella continuità di cui ho parlato in riferimento al Concilio Vaticano II [Cfr *Discorso alla Curia Romana*, 22 dicembre 2005: AAS 98 (2006), pp. 40-53], così strettamente legato all'attuale legislazione canonica. La maturità cristiana conduce ad amare sempre più la legge e a volerla comprendere ed applicare con fedeltà» (Benedetto XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 2012).
80. Cfr. M. D'Avenia, *La conoscenza per connaturalità in S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1992.
 81. Cfr. Cfr. M. Nacci, *La cultura giuridica del Diritto canonico: il "laboratorio" degli anni trenta del Novecento in Italia*, «Apollinaris», 85 (2012), pp. 73-147; S. Gherro, *Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*, in C.J. Errázuriz M. - L. Navarro (a cura di), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, A. Giuffrè, Milano 2000, pp. 47-69.
 82. Cfr. anche J. Llobell, *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in J.J. Conn - L. Sabbarese (a cura di), «Iustitia in caritate». *Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2005, pp. 507-522; Id., *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa*, in *Il concetto di diritto canonico*, cit., pp. 267-300.
 83. L'utilitarismo legale non è troppo distante dall'uso alternativo del diritto ideologicamente caratterizzato di matrice marxista.
 84. «Vorrei oggi sottolineare come sia la giustizia, sia la carità, postulino l'amore alla verità e comportino essenzialmente la ricerca del vero. In particolare, la carità rende il riferimento alla verità ancora più esigente. [...] Senza verità la carità scivola nel sentimentalismo. L'amore diventa un guscio vuoto, da riempire arbitrariamente. È il fatale rischio dell'amore in una cultura senza verità» (Benedetto XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2010).
 85. La forza della ragione e la ricchezza del bene si oppongono evidentemente alla ragione della forza e al bene della ricchezza e del potere. Cfr. anche per un riscontro teologico della questione G.L. Müller, *Povera per i poveri. La missione della Chiesa*, Lev, Città del Vaticano 2014.

© 2019 Massimo del Pozzo & 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](#)