

LA COMPrensIONE DEL REALISMO GIURIDICO NEL PENSIERO CANONISTICO DI JAVIER HERVADA*

Massimo del Pozzo

1. Un pensiero in costante evoluzione alla ricerca della verità
2. La preoccupazione metodologica del giovane Hervada ed il "ravvedimento" del maestro.
3. La costruzione del sistema e la stagione costituente nel diritto della Chiesa
4. La ricomposizione dei pezzi di un rompicapo: la comprensione profonda del *de iure* di Tommaso d'Aquino
5. Le *res iustae* in Ecclesia
6. Un legato per le future generazioni di canonisti

1. Un pensiero in costante evoluzione alla ricerca della verità

"Educatò secondo una concezione formalista [del diritto], l'autore conobbe presto il realismo giuridico classico, però, per la sua educazione, per molto tempo né lo apprezzò né lo comprese a fondo. Gli sembravano formule vuote il cui senso non riusciva a percepire. Circa vent'anni tardò nell'arrivare a comprenderlo, ma nel momento in cui si verificò tale evento, non ebbe il minor dubbio di aver scoperto la miglior spiegazione conosciuta del diritto e della scienza giuridica"¹.

L'esplicita confessione del prof. Hervada riportata è la testimonianza diretta della percezione di un profondo cambiamento intervenuto nel suo pensiero e della laboriosità del percorso intellettuale compiuto. La scoperta o, come meglio preciseremo in seguito, l'illuminazione realista circa il senso ultimo della nozione tomista di diritto (*ipsa res iusta*) costituisce quindi, per espressa ammissione dell'illustre canonista di Navarra, la sua

* In *Ius Ecclesiae*, 17/III (2005), pp. 611-628.

¹ J. HERVADA, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1989, prólogo, p. 9. Per un riscontro diretto della validità della considerazione esposta anche in riferimento al diritto canonico cfr. J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002, p. 29.

più preziosa e valida acquisizione, anche sotto il profilo canonistico². In queste pagine si cercherà pertanto di illustrare sommariamente i passaggi ed i contenuti di questo "pensiero in costante evoluzione verso la verità"³.

L'evoluzione dell'impostazione di fondo del pensiero del maestro di Pamplona sembra infatti un utile criterio ermeneutico per comprendere appieno il senso e la portata del suo contributo alla scienza canonica e per apprezzare le virtualità e le potenzialità insite in un'impostazione profondamente alternativa alla deformazione normativistica presente in non pochi canonisti⁴. La problematicità e la faticosità dell'*iter* concettuale di Hervada, oltre ad attestare la sincerità e l'onestà intellettuale

² Occorre puntualizzare subito che anche se le affermazioni di Hervada trovano un referente obbligato in San Tommaso, in Aristotele e nei giuristi romani, cui il professore di Navarra ha sempre riconosciuto la paternità del realismo giuridico, da lui definito appunto "classico" per la sua ascendenza e plurimillennaria continuità storica, l'impostazione hervadiana nella cornice del realismo giuridico classico, come cercheremo di dimostrare, non è meramente compilativa e divulgativa ma profondamente innovativa e originale.

E' noto, inoltre, che il prof. Hervada non si è dedicato solo al diritto canonico, ma si è interessato, tra l'altro, con conosciuti e conclamati risultati, alla scienza del diritto naturale, alla filosofia del diritto, alla disciplina dei diritti umani ed al diritto ecclesiastico; la maturazione della concezione realista, avvenuta a seguito dell'approfondimento della teoria della giustizia e del diritto in un periodo di intensa dedizione al diritto naturale, si è esplicitata anche e decisamente nel versante giusnaturalista e giusfilosofico della sua produzione, ma ha trovato anche una diretta e specifica formulazione in riferimento allo *ius* ecclesiale.

³ L'espressione riportata è utilizzata proprio da Hervada per descrivere lo spirito della sua attività e del suo impegno scientifico nel *prólogo* dell'opera che raccoglie i suoi principali articoli di carattere canonistico: J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, I, Pamplona 1991.

⁴ In un precedente lavoro di ricerca (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, tesi dottorale presso la Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, Roma 2005), cui si rinvierà ampiamente nel corso della trattazione, abbiamo già cercato di esporre con un taglio cronologico-testuale lo sviluppo dell'opera di Hervada in ordine alla precisazione della nozione più elementare e basilare del suo argomento giuridico; in questa sede, fermo restando il profilo storico, ma in un piano più logico-concettuale, esamineremo succintamente i tratti salienti della *metanoia* hervadiana.

dell'acquisizione da lui compiuta, manifestano la difficoltà di comprendere la linearità e la estrema semplicità della concezione giuridica tradizionale in un ambiente culturale fortemente impregnato di formalismo, logicismo ed idealismo. Il presente scritto non ha la pretesa di sintetizzare e di inquadrare complessivamente l'apporto di Hervada alla scienza canonica, ma ha solo lo scopo di cercare di descrivere un processo - a nostro giudizio pregnante e caratterizzante, ma pur sempre circoscritto e limitato - utile per la considerazione e la valutazione dell'opera di uno dei più autorevoli canonisti del XX secolo.

Di seguito analizzeremo, con la problematicità e parzialità che ogni schematizzazione comporta, le tappe prelieve all'"illuminazione realista" di Hervada; il contesto, l'essenza e il contenuto della rivoluzione copernicana avvenuta con la comprensione della *res iusta* tomista nel 1980; la configurazione del realismo giuridico ecclesiale hervadiano ed i principali lineamenti della sua costruzione; la percezione dell'incompiutezza di quella risistemazione complessiva del diritto canonico da lui auspicata. Il ruolo svolto da Hervada nelle "due conversioni metodologiche" del suo grande maestro, Pedro Lombardía, cui sono dedicati i prossimi due paragrafi, è un punto di partenza obbligato per cogliere l'impostazione iniziale del "discepolo" ed evidenziare al contempo la differente portata, anche epistemologica, ed il notevole stacco ideale contenuto nella formulazione giuscanonica hervadiana della piena maturità rispetto al semplice programma di modernizzazione del diritto canonico, congiuntamente sempre perseguito dai due⁵. L'essenza della *metanoia* di Hervada ed i

⁵ Hervada si è sempre dichiarato discepolo di Lombardía (cfr. tra le molteplici attestazioni di stima e di profonda gratitudine J. HERVADA, *Vetera et Nova*, I, cit., *pórtico*); tuttavia il loro rapporto di collaborazione scientifica si è svolto in maniera egualitaria e paritaria, dando origine ad una sinergia intellettuale ed umana tra i due canonisti di singolare fecondità e rilevanza. C. J. ERRÁZURIZ (*Circa la concezione del diritto canonico in Pedro Lombardía e Javier Hervada*, in AA.VV., *Escritos en honor de Javier Hervada, Volumen especial, Ius Canonicum*, 1999, p. 17) li qualifica espressamente come "cofondatori di una vera scuola canonistica".

Hervada stesso ha parlato incisivamente delle "due conversioni metodologiche" lombardiane per indicare le importanti svolte avvenute nel pensiero e nella produzione del suo maestro ed amico (cfr. J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*,

profili del realismo giuridico ecclesiale prospettato, poi, manifestano la sua comprensione critica e l'originale penetrazione del *de iure* dell'Aquinate e la derivativa necessità di dedurre i principi e le esigenze di giustizia dalla natura della Chiesa e dagli specifici contenuti del *Mysterium Ecclesiae*⁶. Il paragrafo d'epilogo, infine, è una valutazione sintetica dell'operato del professore di Pamplona e delle prospettive e degli sviluppi dischiusi per le future generazioni di canonisti.

2. La preoccupazione metodologica del giovane Hervada ed il "ravvedimento" del maestro.

Nella produzione iniziale di Hervada la preoccupazione metodologica è centrale e quasi pregiudiziale. Il rinnovamento metodologico della scienza canonica prospettato da Lombardía: coniugare la tecnica moderna con la filosofia tradizionale, è pienamente condiviso e seguito da Hervada⁷.

in *Ius Canonicum*, XXVI (1986), n. 52, pp. 491-496). Conformemente alla teoria dei livelli della conoscenza giuridica da lui seguita (interdipendenza e differenziazione nella concettualizzazione giuridica del livello ontologico-fondamentale, di quello scientifico-fenomenologico e di quello prudenziale, in ragione del loro diverso grado di astrazione), Hervada col tempo si concentrerà nell'elaborazione della sua produzione soprattutto a livello teorico fondamentale, (cfr. M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., *Appendice*, spec. pp. 592 e 597-8); tale approccio non è stato specificamente coltivato da Lombardía..

⁶ L'apporto decisivo prestato da Hervada alla scienza canonica non è costituito quindi da una mera applicazione o adeguazione di una teoria giuridica o di un sistema di concetti ad un settore del diritto, ma dalla enucleazione dei veri e propri *debita* di giustizia presenti nel mistero salvifico cristiano.

⁷ Il problema del metodo è stata il primo e fondamentale interesse scientifico di Lombardía. Il maestro cordobese ha delineato le coordinate essenziali di una vera e propria scuola canonistica; ha il grande merito di aver percepito sin dall'inizio la piena giuridicità del diritto canonico e l'esigenza di rispettare la sua formalità propria; sua è anche la equanime presa di distanza rispetto agli indirizzi allora esistenti (scuola esegetica ecclesiastica e scuola secolare italiana) per l'adozione del metodo sistematico e per il ricorso alla purezza metodologica formale e non totale (cfr. A. DE LA HERA, *Dos maestros de la ciencia canónica de la segunda mitad del siglo XX. Perfil humano y personalidad científica de Pedro Lombardía y Eugenio Corecco*, in AA.VV., *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, a cura di J. I. ARRIETA e G. P. MILANO, *Atti del Convegno*

Il discepolo tuttavia manifesta subito una vocazione più spiccatamente teoretica e più attenta ai presupposti filosofici della costruzione che lo mettono in guardia contro il dogmatismo ed il positivismo giuridico.

In questo contesto e alla luce del rilevante influsso di Hervada - nel corso di "lunghe conversazioni" - matura il ripudio di Lombardía per la tesi della *canonizatio*, della giuridicità cioè del diritto divino solo per effetto della ricezione nell'ordinamento canonico, fino ad allora seguita. L'abbandono della dottrina di Del Giudice circa la relazione tra il diritto divino ed il diritto umano col ritorno alla concezione tomistica classica e la "decantazione" del pensiero lombardiano si produsse tra gli anni 1958 e 1959. In quegli anni si configura pure una nota distintiva dell'indirizzo metodologico lombardiano, la purezza metodologica formale (l'autonomia e l'originalità della prospettiva formale della scienza canonica, senza però prescindere e ignorare i dati forniti da altri rami del sapere riguardo allo stesso oggetto materiale), rivedendo criticamente un postulato della scuola

Internazionale di Studi "La Scienza Canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardía, Gismondi e Corecco", Roma 13-16 novembre 1996, Roma 1999, p. 26-27). Se la prima intuizione e le linee maestre sono riconducibili a Lombardía, Hervada però, come appresso vedremo, ha l'indubbio merito di aver contribuito decisamente a configurare la teoria metodologica, di averla elaborata epistemologicamente ed approfondita concettualmente.

8 "Conoscevo assai bene la dottrina di san Tommaso sull'unità e la relazione tra il diritto umano e quello divino naturale e positivo. Perciò, leggendo Del Giudice e comprendendo la sua teoria della *canonizatio*, mi resi subito conto che era inaccettabile in quanto introduceva il positivismo, un difetto che scoprii ben presto nella Scuola Italiana di allora. Parlai con Pedro Lombardía del problema ed egli, non appena vi rifletté sopra, abbandonò la teoria della *canonizatio* ed accolse quella tomista, come si può vedere nell'articolo che pubblicò riassumendo il suo lavoro di dottorato" (J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, in questa Rivista, 14 (2002), pp. 617-618). Quello che in questa sede per le esigenze di sintesi e di chiarezza di una lezione dottorale viene presentato in forma molto schematica e lineare in realtà ci sembra che sia stato un passaggio abbastanza complesso e delicato.

9 Cfr. J. HERVADA, *Nota preliminar a P. LOMBARDÍA, Contribución a la teoría de la persona física en el ordenamiento canónico*, in *Ius Canonicum*, 57 (1989): la pubblicazione postuma della tesi dottorale discussa da Lombardía nel 1956. Hervada spiega dettagliatamente in questa sede l'evoluzione del pensiero del maestro e le circostanze che lo indussero a procrastinare tale pubblicazione.

dogmatica italiana (la purezza metodologica totale, che nega la necessità dell'interdipendenza tra le diverse scienze per la compiuta apprensione dell'oggetto)¹⁰. Lombardía ed Hervada, in pratica, partendo da un'atteggiamento di ammirazione e quasi di emulazione, prendono sempre più accortamente le distanze dai profili della canonistica italiana dell'epoca inconciliabili con una visione di stampo metafisico-tradizionale.

La posizione radicalmente e nettamente antipositivistica di Hervada in questa prima fase di attività non può tuttavia nascondere alcuni limiti della sua impostazione di fondo. Le monografie matrimonialistiche¹¹, l'ampia memoria composta per il concorso a cattedre del 1959-60¹² e gli altri scritti¹³ di questo periodo evidenziano una sorta di giustapposizione tra la

¹⁰ "Verso il 1958 si forgiò la purezza metodologica formale nel corso di lunghe conversazioni con me" (J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002, p. 89). Hervada sta descrivendo qui la genesi dei tratti salienti della scuola lombardiana (l'essenziale giuridicità del diritto canonico, la purezza metodologica formale, il metodo sistematico e la divisione in branche).

¹¹ F. J. HERVADA XIBERTA, *La impotencia del varón en el derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1959, ove pure la nozione e la caratterizzazione giuridico canonica dell'impedimento è apprezzabilmente desunta dalla realtà delle cose e dalla fisiologia della relazione coniugale ("alla luce del diritto naturale" appunto); ID., *Los fines del matrimonio (su relevancia en la estructura jurídica matrimonial)*, Pamplona 1960, che intende dimostrare l'interrelazione dei fini del matrimonio e la loro decisiva confluenza nella determinazione della struttura giuridica dell'istituto.

¹² È una significativa rivelazione del carteggio allegato al lavoro anzi citato (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., pp. 583-585) la risalenza alla memoria composta tra il 1959 ed il 1960 di gran parte della monografia sull'ordinamento canonico (J. HERVADA, *El ordenamiento canónico. I. Aspectos centrales de la construcción del conceto*, Pamplona 1966) e degli ampi saggi di fondamentazione del diritto canonico (J. HERVADA, *Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el derecho canónico*, in *Ius Canonicum*, I (1961), pp. 415-451; ID., *El Derecho como orden humano*, in *Ius Canonicum*, V (1965), pp. 401-454; ID., *Sugerencias acerca de los componentes del Derecho*, in *Ius Canonicum*, VI (1966), pp. 53-110); in detta sede si chiariscono anche i fondamentali intenti antiformalista, antilogicista e antinormativista (riteniamo che sarebbe più corretto definirlo antipositivista) che animano quegli scritti.

¹³ Tra gli altri, si segnalano in particolare: J. HERVADA *El matrimonio in facto esse. Su estructura jurídica*, in *Ius Canonicum*, I (1961), pp. 135-175 ed ID., *La relación de propiedad en el patrimonio canónico*, in *Ius Canonicum*, II (1962), pp. 425-467, che

struttura giuridica e la realtà sociale. La verità sul matrimonio, ad esempio, è il risultato della somma della struttura giuridica e della materia sociale¹⁴. Il diritto non appare come una dimensione della realtà delle cose ma come un elemento ordinatore e organizzatore, con un deciso sbilanciamento verso la legislazione canonica ed una certa tendenza di stampo latamente normativistico¹⁵. Lo stesso Hervada d'altronde ha qualificato *ex post* come realismo meramente "concettuale" questa fase, dominata dalla identificazione - confusione, a nostro modo di vedere - della *ipsa res iusta* tomassiana con la realtà giustamente ordinata e dalla supposizione di una distinzione di ragione con fondamento *in re* tra realtà sociale e struttura giuridica¹⁶.

3. La costruzione del sistema e la stagione costituente nel diritto della Chiesa

Se nei primi scritti del professore di Navarra il fine dichiarato è il rinnovamento tecnico-metodologico della scienza canonica, a partire dalla fine del Vaticano II l'attenzione si concentra soprattutto sulla modernizzazione contenutistica imposta dall'approfondimento ecclesiologico del Concilio e dalla corretta ricezione dei contenuti dei suoi documenti. La preoccupazione epistemologica passa in secondo piano per dare maggior spazio ai contenuti dottrinali ed al proposito di promuovere e

manifestano una visione sistematica dei relativi istituti, all'epoca tutt'altro che scontata, e la centralità della feconda nozione di relazione giuridica come perno del sistema giuridico.

¹⁴ È indicativo che Hervada stesso utilizza il segno aritmetico dell'addizione per indicare tale composizione: struttura giuridica + realtà sociale, quali parti, fattori od elementi disomogenei e staccati (J. HERVADA, *Los fines del matrimonio*, cit., p. 185). Il diritto si limita, quindi, ad informare e strutturare il coniugio (*ibidem*, p. 192).

¹⁵ "(...) il Diritto è ordine e, conseguentemente, è fondamentale conoscere l'organizzazione che producono le norme, dalla quale derivano i diritti e i doveri della persona" (J. HERVADA, *La relación de propiedad en el patrimonio canónico*, in *Ius Canonicum*, cit., in *Vetera et Nova*, p. 215).

¹⁶ Cfr. in M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., *Appendice*, pp. 588-591.

favorire il buon governo ed il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei fedeli nella Chiesa. Con questo spirito nasce l'ambizioso progetto di *Il Diritto del Popolo di Dio*¹⁷ e l'entusiastica partecipazione alle vicende legate all'elaborazione del progetto di legge fondamentale della Chiesa.

Alla base della summenzionata opera e del nuovo orizzonte di impegno scientifico di Hervada e di Lombardía vi è quella profonda illuminazione della mentalità canonistica avvenuta nel marzo 1966¹⁸. L'ostacolo che si frapponeva nella realizzazione del disegno di modernizzazione che si era andato plasmando nelle menti dei due canonisti era, infatti, rappresentato dalla remora di recare un cattivo servizio ecclesiale e di intaccare il nerbo della disciplina ecclesiastica con l'auspicata costruzione del sistema canonico e con il superamento di vecchi schemi e modelli concettuali¹⁹. L'autoritarismo ed il giuridismo in senso deteriore ancora diffusi in alcuni ambienti ecclesiali, mentre insorgevano prepotentemente e preoccupantemente la contestazione e l'antigiuridismo postconciliari, motivavano lo stato di impasse e di angustia a cui erano giunti Lombardía ed Hervada e la conseguente sensazione di angoscia e di demotivazione. La conversazione del marzo '66 ebbe, allora, l'effetto di

¹⁷ J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico*, vol I. (*Introducción. La constitución de la Iglesia*), Pamplona 1970; vol. III (*Derecho matrimonial* [1]), Pamplona 1973. Com'è noto l'ampio progetto delineato nella presentazione del primo volume (pp. 15-25) è rimasto poi largamente incompleto.

¹⁸ Sia Hervada (J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, cit.; ID., *La personalidad científica de Pedro Lombardía*, cit.; ID., *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, cit.) sia Lombardía (P. LOMBARDÍA, *Amore alla Chiesa*, in *Escritos de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, V, Pamplona 1991, p. 499) hanno ricordato in maniera circostanziata l'incontro con San Josemaría Escrivá de Balaguer che segnò l'inizio di questa nuova tappa.

¹⁹ Hervada ha esplicitamente parlato a questo riguardo della "divinizzazione", nella mentalità canonistica diffusa, di idee e di concetti contingenti sull'organizzazione della Gerarchia ecclesiastica e sull'esercizio della potestà (presentando come eterne, immutabili e quasi "infallibili", semplici forme di governo storiche e relative) e della concezione del diritto canonico come pura disciplina o come strumento di ordine nelle mani dei Pastori (J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, cit., p. 619).

dissipare le tenebre del dubbio e dell'incertezza per procedere speditamente e con disinvoltura alla costruzione del sistema scientifico del diritto del Popolo di Dio. Da un punto di vista pratico, la "seconda conversione metodologica lombardiana" comporta l'acquisizione e la concreta applicazione della distinzione in branche nel diritto canonico, conclusione implicita nell'adozione del metodo sistematico, ma alla prospettiva epistemologica se ne aggiunge una forse più decisiva assiologico-sostanziale: la tutela dei diritti dei fedeli ed il rispetto dei loro ambiti di libertà in quanto espressione della volontà fondazionale di Cristo, portato essenziale del diritto divino e valore cardine del diritto costituzionale della Chiesa.

Prescindendo dagli specifici contenuti e dall'indiscusso valore dei due volumi del trattato e degli altri scritti di questa fase²⁰, si deve però registrare il persistere di una nozione giusrealistica solo in senso lato²¹. L'individuazione della necessaria dimensione giuridica del Popolo di Dio con

²⁰ L'esposizione della costituzione della Chiesa costituisce la prima trattazione organica di diritto costituzionale canonico (P. LOMBARDÍA, voce: "*Costituzione della Chiesa*", in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, vol. II, p. 2.) e l'ossatura del tutt'oggi largamente apprezzato manuale J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, 2ª ed. Pamplona 2001 (trad. it. *Diritto Costituzionale Canonico*, Milano 1989). Estremamente interessante, e largamente propositiva è pure la teoria della conoscenza e l'impostazione della problematica metodologica.

Il terzo volume del trattato (J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico, III, (1), Derecho Matrimonial Canónico*, Pamplona 1973) inaugura un biennio di straordinaria fecondità e ricchezza sul fronte matrimonialistico che coincide con un inquadramento generale dell'istituto e giunge alla compiuta penetrazione dell'essenza del coniugio (unità delle nature) e delle sue proprietà (totalità, esclusività e fecondità).

²¹ La distinzione tra due possibili accezioni del realismo giuridico: il realismo in senso ampio (oggettivismo) ed il realismo in senso stretto o proprio funge da falsariga del lavoro di ricerca sul tema compiuto da Schoupe (*Le réalisme juridique*, Bruxelles 1987, spec. pp. 149-181), opera di spiccato interesse, trattandosi di una tesi dottorale diretta dallo stesso Hervada. Ivi si illustra come la semplice affermazione dell'esistenza di norme oggettive e preesistenti a tutte le norme umane ed il riconoscimento del fondamento naturale del diritto, che si oppone al soggettivismo ed al positivismo, non equivale alla nozione giusrealista in senso stretto (identificazione del diritto con la cosa giusta).

i principi di ordine e le esigenze di giustizia che ne derivano e la determinazione delle basi sacramentali del diritto canonico non comportano una sostanziale revisione della posizione già delineata in *L'ordinamento canonico* e del riferimento a tale concetto cardine. Il diritto canonico per Hervada rimane fundamentalmente l'ordine sociale giusto nella Chiesa. Il fenomeno giuridico è dato dal concorso e dall'integrazione di tre elementi (le norme, il diritto soggettivo e la realtà sociale) e dei tre sensi dell'espressione (normativo, soggettivo ed oggettivo). La soluzione realista (il diritto come realtà sociale giusta, in una dubbia lettura del genuino pensiero dell'Aquinate), viene accomunata in questa fase, senza alcuna specificazione e distinzione, ad altre nozioni (il diritto come facoltà e soprattutto il diritto come legge)²².

4. La ricomposizione dei pezzi di un rompicapo: la comprensione profonda del *de iure* di Tommaso d'Aquino

L'autentica giuridicità del diritto canonico, la sua originalità e specificità (in ragione della sua fonte soprannaturale) e l'unità interna dell'ordinamento ecclesiale (inesistenza di una soluzione di continuità tra il diritto umano ed il diritto divino) rappresentano delle costanti irrinunciabili del pensiero di Hervada e l'oggetto principale della sua attenzione nelle tappe anzi esposte. Il realismo invece, pur sempre invocato, subisce un'immanente trasformazione nella sua produzione a seguito della

²² È interessante notare che nell'opera che precede immediatamente la "conversione realista" (M. SANCHO IZQUIERDO - J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, vol. I, Pamplona 1980) nel capitolo sul concetto elementare di diritto naturale (pp. 17-38) la nozione elementare di diritto coincide appunto, anche nella scansione dei paragrafi (1. ordine; 2. sociale; 3. giusto, cui si aggiunge: 4. il carattere obbligatorio e vincolante, pp. 32-38), con la spiegazione del significato dei tre termini della definizione espressa.

Un discorso a parte meriterebbe la concezione matrimonialistica di Hervada ove la riscoperta del realismo giuridico classico ci sembra meno decisiva e determinante per le ragioni che abbiamo altrove espresso e cui rinviamo (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, cit., pp. 445-447). Per una presentazione del pensiero di Hervada sul tema cfr. soprattutto F. PUIG SANAHUJA, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

tematizzazione della questione avvenuta con l'approfondimento della teoria della giustizia e del diritto durante la sua intensa dedizione alla scienza del diritto naturale. Il giusrealismo ecclesiale hervadiano ultimo non è costituito infatti dalla mera esigenza di adeguamento dell'ordinamento canonico alla realtà sociale data o dalla semplice ricezione dei principi di ordine e delle esigenze di giustizia presenti nel nucleo di normatività del Popolo di Dio, quali sensi che potevano darsi all'espressione "realismo" nelle fasi che abbiamo precedentemente esposto, ma dalla dimostrazione della intrinseca dimensione giuridica dei beni salvifici che strutturano e conformano la Chiesa (fondamentalmente la Parola e i Sacramenti). È difficile pertanto comprendere la profondità e l'innovatività del "secondo Hervada" senza cogliere la genesi e l'essenza della sua illuminazione intellettuale.

"Giungiamo così all'estate del 1980 - non ricordo se in luglio o agosto - nel quale un giorno mentre - passeggiando - pensavo alla questione, subito, in un istante ricevetti luce, compresi alla fine il *de iure* di Tommaso d'Aquino e i pezzi del rompicapo si misero al loro posto: avevo finalmente compreso il realismo giuridico classico"²³. La puntualità ed istantaneità della svolta descritta deve quindi coniugarsi con la formazione remota e lo studio profondo compiuto in quegli anni da Hervada. La svolta realista non consiste nella scoperta di un materiale o di una fonte inedita, ma nella comprensione profonda del trattato *de iustitia et de iure* dell'Aquinate, già conosciuto e lungamente meditato, senza però cogliere l'essenza propria del diritto (*ipsa res iusta*) e la rilevanza della sua definizione come oggetto della virtù della giustizia. Non a caso se anteriormente i riferimenti al Dottore Angelico (Hervada lo ha sempre ritenuto il suo vero e unico Maestro) si riferivano principalmente al trattato *de legibus* (*S. Th.* I-II, qq. 90-96), nel nuovo corso hervadiano i richiami alla *Summa*, sempre più costanti e insistenti, riguardano quella parte della speculazione tomista che illustra la nozione di diritto e la sua pregiudizialità rispetto alla virtù della giustizia (*S. Th.* II-II, qq. 57-122 ed in particolare proprio la q. 57). Questo

²³ M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., *Appendice*, p. 599. L'Appendice raccoglie lo scambio epistolare intervenuto con lo stesso Hervada.

processo è stato favorito e preparato anche dalla lettura di Villey *medio tempore* intervenuta²⁴. Occorre, inoltre, precisare che la conoscenza globale del pensiero di Tommaso d'Aquino da parte di Hervada manifesta l'esigenza di possedere solidi fondamenti metafisici (antropologici, logici e gnoseologici) per giungere alla costruzione di un valido sistema giuridico alternativo a quello fondato sull'immanentismo moderno. In questa linea il percorso intellettuale compiuto dal professore di Navarra rappresenta una sorta di evoluzione nella continuità: la concezione trascendente e teleologica dell'uomo, della società e del diritto, da lui sempre affermata, ricevono una decisiva conferma in una visione del diritto di taglio prettamente realista.

Il fulcro di quell'autentica rivoluzione copernicana avvenuta nel percorso intellettuale di Hervada con la riscoperta del realismo giuridico classico è quindi costituito dal porre al centro del fenomeno giuridico la "cosa" (materiale o immateriale che sia, ma sempre esteriormente percepibile per la caratteristica dell'esteriorità ed oggettività del fenomeno giuridico) in quanto dovuta in giustizia e non più la legislazione, l'ordinamento o la scienza canonica²⁵. L'essenza del "realismo giuridico classico"²⁶ è appunto costituita dall'identificazione del diritto in senso

²⁴ Estremamente significativa dell'influenza e della rilevanza dell'opera del filosofo francese nella formazione del Nostro è l'iniziativa della traduzione spagnola del *Précis*, curata dallo stesso Hervada (M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Pamplona 1979; ID., *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Pamplona 1981). A Villey Hervada attribuisce l'intuizione e l'impostazione del realismo giuridico, senza però un'adeguata sistemazione e trattazione.

²⁵ L'esposizione del sistema del realismo giuridico è mirabilmente delineata in J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona 1981, trad. it. *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, e approfondita e sviluppata in ID., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, 3^a ed. 2000. Circa la diretta destinazione di tali opere alla formazione dei canonisti cfr. J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos*, cit., p. 135 e ID., *Introduzione critica*, cit., p. VII. Anche le concettuologie sopra richiamate sono state frequentemente adoperate in relazione all'ambito canonistico (cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, 2^a ed 2004, pp. 27-55; ID., *Coloquios*, cit., pp. 23-54).

²⁶ Hervada ha espressamente qualificato la dottrina giuridica di ispirazione tomista da lui seguita come "realismo giuridico classico" (cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica al*

proprio e primario con la cosa dovuta in giustizia (specificazione della *ipsa res iusta* tomassiana) e non con nozioni secondarie e derivate, quali quelle di diritto soggettivo (la facoltà di esigere), di norma o di complesso di norme (talora equivocamente definito diritto in senso oggettivo)²⁷. La concretezza e la praticità che connotano immediatamente l'approccio realista al diritto, secondo una prospettiva metafisica e trascendente dell'uomo e della società, mettono al riparo dall'astrattismo e dal formalismo (concettualismo e logicismo) delle impostazioni idealistiche e razionalistiche e, soprattutto, dal soggettivismo e dal volontarismo di stampo positivistico e normativistico che imperano nell'ambiente giuridico moderno (non di rado anche nel settore canonico). Partendo dalla formula classica della virtù della giustizia (*suum cuique tribuere*) si ricava agevolmente, invece, che il diritto (il *suum*, lo *ius*, il giusto), in quanto dovuto in base ad una ripartizione anteriore (atto primo di attribuzione), precede l'atto volontario di dazione, in senso ampio, del *suum* (atto secondo)²⁸. La definizione più compiuta e corretta di diritto è, allora, quella di costituire l'oggetto della virtù della giustizia. Il giusto mezzo reale

diritto naturale, cit., p. VI) per indicare l'ineludibile riferimento alle sue fonti (Aristotele, i giuristi romani e San Tommaso d'Aquino) e per differenziarla da equivoche formulazioni del realismo moderno (realismo scandinavo e realismo nordamericano), da lui deprecate quali derivazioni del sociologismo e del positivismo giuridico. Per una trattazione ed un inquadramento sistematico del realismo giuridico cfr. J. P. SCHOUPE, *Le réalisme juridique*, cit.

²⁷ In linea con l'illuminante esplicazione del Dottore Angelico (*S. Th.*, II-II, q. 58, a. 10), il costante riferimento alla cosa giusta intende evidenziare il fondamento reale del rapporto interpersonale di giustizia, ma non la semplice materialità: diritto è il bene tanto materiale tanto immateriale. Sostrato della relazione giuridica sono sempre *res exteriores* ma beninteso tanto *corporales* quanto *incorporales* (cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona 2002, pp. 64-65).

²⁸ Hervada insiste costantemente sui due presupposti necessari del fenomeno giuridico: le cose sono ripartite; le cose stanno o possono stare in potere di altri (cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica*, cit. pp. 9-18, ed in riferimento agli stessi concetti nel diritto canonico: ID., *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, in *Sacramentalidad de la Iglesia y Sacramentos. IV Simposio Internacional de Teología. Pamplona abril de 1983*, Pamplona 1983, riportato in *Vetera et Nova*, II, cit., pp. 860-868; ID., *Coloquios propedéuticos*, cit., Cap. 4, pp. 39-46; ID., *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, 2ª ed. 2004, II/7, II/13, pp. 31-2, 35-6).

del rapporto intersoggettivo di eguaglianza tra le persone, quindi, non solo possiede la caratteristica che lo rende atto a stabilire una relazione di giustizia (percepibilità esterna), ma ha una sua autonoma consistenza giuridica, anche a prescindere da ogni regolamentazione positiva, in ragione del suo fondamento naturale. La riconduzione del fenomeno giuridico ad una dimensione intrinseca alla realtà delle cose (la relazione di eguaglianza nella prospettiva della giustizia) rinvia comunque al rapporto intersoggettivo di alterità ed implica che il presupposto del diritto o la ragione ultima di doverosità deve essere ricercato nello statuto ontologico della persona umana (nella sua dignità o eccellenza di essere).

Conseguenza dell'impostazione realista è che il ruolo del giurista non è solo quello di conoscere le leggi e di interpretare il dettato normativo, ma essenzialmente quello di discernere e determinare il diritto (ciò che è giusto) nel caso singolo. La giurisprudenza (come sapere prudente) è propriamente *iusti et iniusti scientia*. Il titolo e la misura del diritto rappresentano in definitiva l'obiettivo dell'ermeneutica giuridica²⁹.

5. Le *res iustae in Ecclesia*

L'operazione culturale compiuta da Hervada nella riconformazione della scienza canonica (si tratta beninteso di un ritorno e di un illuminazione del suo genuino spirito e di un recupero della sua impostazione, smarriti con il tempo) non è costituita da una mera attività di applicazione e di adeguazione di una teoria giuridica e di un sistema di concetti ad un determinato settore giuridico (il diritto canonico), ma dalla deduzione dei principi giuridici e delle esigenze di giustizia presenti nel Popolo di Dio a partire dagli specifici contenuti del *Mysterium Ecclesiae* e

²⁹ Il fatto che il giurista, ed il canonista in specie, non sia al servizio della legge, ma del diritto comporta che anche l'interpretazione della legge (nell'ipotesi, sempre limitata e mai assolutizzabile, che il criterio di determinazione del rapporto di giustizia sia legale), oltre che con *sensus Ecclesiae*, è sempre in funzione del giusto del caso concreto e del suo ineludibile collegamento con la realtà delle cose (cfr. J. HERVADA, *Pensamientos*, cit. II/29, pp. 45-46; ID., *Coloquios*, cit., p. 48).

dalla peculiare natura dell'economia salvifica cristiana. In tal senso le intuizioni già presenti nel "primo Hervada"³⁰ si coniugano con le acquisizioni del nuovo corso hervadiano, dando origine ad una formulazione propria e originale dello *ius ecclesiale*³¹.

Il nucleo della "illuminazione realista" di Hervada in campo canonico sta nel rapportare la *ipsa res iusta* tomassiana non all'organizzazione, alla strutturazione o alla regolazione della dimensione visibile della Chiesa (società ecclesiastica) ma alle *res sacrae* per eccellenza (i Sacramenti e la Parola). La dimostrazione della giuridicità dei sacramenti cristiani, molto ben sviluppata ed argomentata³², e la considerazione del magistero ecclesiastico e della giurisdizione quali fonti di veri e propri *debita* di giustizia, solo accennata ed abbozzata³³, rappresentano infatti il frutto più maturo del realismo giuridico canonico hervadiano. I diversi passaggi compiuti in *Le radici sacramentali del diritto canonico*, rispondendo alla più pura e rigorosa impostazione realista, dimostrano non solo la doverosità in

30 Le espressioni complementari "primo Hervada" e "secondo Hervada", che fungono da falsariga del nostro lavoro ripetutamente citato, sono state adoperate da C. J. ERRÁZURIZ (*Il diritto e la giustizia nella Chiesa, per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, pp. 87-88), riecheggiando un'espressione cara a Pedro Lombardía, ed alludono alla piena consapevolezza della svolta intervenuta sia da parte di Hervada che del suo compianto maestro.

Per quanto riguarda le intuizioni del "primo Hervada" ci riferiamo, a livello meramente esemplificativo e non certo esaustivo, alla praticità e concretezza della conoscenza e della prassi giuridica; alla storicità e dinamicità, con una notevole sensibilità per l'influenza del fattore culturale; al fondamento antropologico (statuto ontologico della persona) e relazionale del fenomeno giuridico ed all'oggettività ontologica e gnoseologica.

31 Si può citare anche qui a scopo solo illustrativo: il collegamento diretto esistente tra il diritto ed il bene (bontà trascendentale del giusto); la profonda convinzione della razionalità e relazionalità interpersonale, e soprattutto la rilevanza della realtà delle cose nella determinazione dell'ordine di giustizia.

32 J. HERVADA, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, cit

33 J. HERVADA, *La ley del Pueblo de Dios como ley para la libertad*, in *Vetera et Nova*, II, cit., pp. 1077-1101. La dichiarazione è chiara, ma abbastanza marginale e poco sviluppata in questo scritto (spec. pp. 1089-1090), né mai è stata ampiamente ripresa in seguito.

giustizia dei sacramenti ma le virtualità e potenzialità insite in questo tipo di approccio. Hervada giunge appunto a rinvenire un vero *ius suum* in ciò che apparentemente è più opposto al diritto (la grazia), attraverso la materializzazione (esteriorizzazione) dei suoi canali, l'oggettività del criterio di attribuzione e di distribuzione (*efficacia ex opere operato*) e la doverosità della sua amministrazione da parte del ministro (chiaramente in presenza delle dovute condizioni). L'indole misterica e la sacramentalità radicale della Chiesa completano lo sviluppo del discorso sull'economia salvifica e sulla compenetrazione dell'elemento giuridico nella realtà soprannaturale.

Nella piena maturità di Hervada si assiste pure ad una sottolineatura sempre più accentuata del tema della libertà, quale criterio ermeneutico principale per cogliere la consistenza e portata della struttura giuridica delineata dal Concilio Vaticano II³⁴. La ricerca della giuridicità si sposta sempre più all'interno del mistero cristiano nella individuazione dell'essenza, della specificità e dei contenuti della *lex gratiae*. Anche la *dignitas christiana*, di cui la libertà è una manifestazione, è una realtà ontologica con una diretta valenza e rilevanza giuridica intraecclesiale e non semplicemente morale³⁵.

6. Un legato per le future generazioni di canonisti

La relazione sulle radici sacramentali del diritto canonico può ben costituire una sorta di "manifesto programmatico" della fecondità e delle potenzialità insite nell'approccio hervadiano. L'ambizioso disegno di

³⁴ I diritti fondamentali dei fedeli e l'organizzazione ecclesiastica, con la loro diversa valenza e portata, costituiscono secondo Hervada gli autentici pilastri e capisaldi del sistema giuridico ecclesiale.

³⁵ J. HERVADA, *La dignidad y la libertad de los hijos de Dios*, in *Fidelium Iura*, 4 (1994), pp. 9-31. La determinazione della dignità cristiana, sempre accanto al principio gerarchico, come l'elemento ultimo, principale e fondamentale della costituzione della Chiesa è probabilmente l'ultimo passo nel processo di progressiva semplificazione concettuale compiuto da Hervada

rifondazione del diritto canonico in base alla penetrazione delle *res iustae* nella Chiesa auspicato da Hervada, tuttavia, almeno per ora, non ha trovato compimento nella sua produzione³⁶. Purtroppo, il precario stato di salute dell'illustre canonista di Navarra (da lui ironicamente definito *tempus otii*) ha notevolmente condizionato e menomato la possibilità di esplicazione della sua attività scientifica negli ultimi anni ³⁷. All'acume e alla brillantezza della tesi sulla intrinseca giuridicità dei beni salvifici non ha fatto seguito nella produzione dell'Autore quell'approfondimento organico e sistematico dell'oggetto di studio che l'importanza del tema avrebbe probabilmente meritato. Più in generale si costata la mancanza di una sistemazione globale del pensiero canonistico di Hervada successiva alla sua "illuminazione" in senso realista³⁸.

In questo contesto, gli unici testi canonistici di portata generale, pur con i limiti e le difficoltà del genere adottato, sono rappresentati dalle raccolte di *Pensieri* e di *Colloqui*³⁹. In tali opere si rinviene pertanto la perfetta adeguazione, più che la semplice applicazione, del patrimonio giuridico classico alla realtà ecclesiale nel variegato spettro dei campi prevalentemente coltivati da Hervada nel corso della sua feconda carriera

³⁶ Lo stesso professore di Navarra ha espresso anche l'esigenza di applicare il realismo giuridico non solo a livello ontologico o fondamentale ma anche a livello fenomenico o tecnico-giuridico, coltivato dalla maggioranza dei canonisti, recuperando le sue "antiche" concettuologie (ordinamento canonico, relazione giuridica, momenti ed elementi del diritto, ecc.) depurate però dai residui di normativismo e di realismo meramente concettuale.

³⁷ La precaria situazione di salute è palesata dallo stesso Hervada in *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempus otii secundum*, Pamplona 1993, pp. 13-14; 2^a ed. 2002.

³⁸ Anche la revisione del manuale di diritto costituzionale, compiuta dopo il suo approdo al realismo giuridico, ci pare che non trovi la sua ragion d'essere in tale evento e non risponde ad una mutata chiave di lettura della disciplina, anche se si integra bene con la nuova impostazione.

³⁹ J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, 2^a ed. 2004; ID., *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 1990, 2^a ed. corregida y aumentada 2002.

accademica⁴⁰. L'operazione culturale compiuta in *Pensamientos* e *Coloquios* è quindi costituita dalla diretta osservazione del mistero della Chiesa nella sua dimensione giuridica dalla prospettiva del realismo giuridico. L'esistenza di un vero e proprio *ius ecclesiale* è riconducibile al dato che nel Popolo di Dio le *res exteriores sono* effettivamente ripartite e distribuite come cose dovute (costituiscono un *suum ius*) e che tale attribuzione ha forza di debito nel senso univoco e stretto del diritto. Alla luce della ormai acquisita distinzione tra *lex* e *ius*, Hervada manifesta nella piena maturità l'esigenza di sottolineare sempre di più la natura intrinsecamente pastorale del diritto canonico, precisando sempre che la soluzione autenticamente pastorale resta subordinata al riconoscimento della verità oggettiva della situazione dedotta ed al rispetto della giustizia del singolo caso⁴¹.

Queste ultime osservazioni evidenziano una sorta di circolarità dell'itinerario hervadiano: il punto di partenza sembra coincidere con il punto di arrivo, ma ad un livello e con una penetrazione notevolmente superiore. Il ritorno alle questioni epistemologiche e metodologiche che avevano segnato la produzione iniziale di Hervada manifesta la riappropriazione critica delle sue posizioni ed addita una possibile linea di continuità del suo lavoro. La formulazione del primo principio dianoetico: "essere canonista significa essere giurista"⁴², ad esempio, richiama direttamente l'essenza del diritto canonico e giustifica la costante insistenza sulla vera natura giuridica del diritto canonico⁴³. Se la giuridicità

⁴⁰ Soprattutto J. HERVADA, *Pensamientos*, cit., per la caratteristica dell'opera, ma anche ID., *Coloquios*, cit., manifestano oltretutto la proficuità dell'approccio giusrealistico non solo in chiave giuridico fondamentale, che è stata quella, a livello gnoseologico, prevalentemente coltivata da Hervada, ma anche da un punto di vista tecnico-scientifico nell'inquadramento degli istituti e financo nel piano interpretativo del dato normativo, che il professore di Navarra, pur auspicandone il superamento in una impostazione sistematica della disciplina, non ha mai disprezzato e trascurato.

⁴¹ Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos*, cit., I/7, pp. 17-18.

⁴² Cfr. tra le tante formulazioni del principio J. HERVADA, *Coloquios*, cit., Cap. 2, spec. p. 24; ID., *Pensamientos*, cit., I/12, pp. 23-25.

⁴³ In M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., pp. 508-510 abbiamo cercato di dimostrare il contenuto sostanziale delle acquisizioni metodologiche della

La comprensione del realismo giuridico nel pensiero canonistico di Javier Hervada

dello *ius canonicum* non è mai stata messa in discussione da Hervada, il suo contenuto, come abbiamo cercato di descrivere in queste pagine, si è andato precisando e arricchendo con l'esatta determinazione del concetto di base (la nozione di diritto) e questo resta probabilmente il suo più prezioso legato alle future generazioni di canonisti.

scuola lombardiano-hervadiana ed il supporto gnoseologico-filosofico delle relative affermazioni.