

Carlos José Errázuriz

COS'È IL DIRITTO DIVINO NELLA CHIESA?

Essenza e rilevanza pratica

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO

SUBSIDIA CANONICA 52

STUDI

EDUSC

Prima edizione 2025

© Copyright 2025 – Edizioni Santa Croce s.r.l.
Via Sabotino 2/A – 00195 Roma
Tel. (39) 06 45493637
info@edusc.it
www.edizionisantacroce.it

ISBN 979-12-5482-411-5

INDICE

INTRODUZIONE	9
--------------------	---

PARTE PRIMA

ALCUNE DOTTRINE CIRCA LA GIURIDICITÀ DEL DIRITTO DIVINO: NOZIONE DI DIRITTO E CONSEGUENZE OPERATIVE

Capitolo I

LE DOTTRINE SECONDO CUI IL DIRITTO DIVINO, PUR AVENDO UN CONTENUTO BEN DETERMINATO, NON È VERO DIRITTO.....	13
1. Premessa	13
2. La dottrina di Aloïs Van Hove	14
3. La dottrina di Vincenza Del Giudice	17
4. Valutazione critica delle posizioni di Van Hove e Del Giudice	20

Capitolo II

ALCUNE POSIZIONI CHE AFFERMANO LA PIENA GIURIDICITÀ DEL DIRITTO DIVINO	21
1. Premessa	21
2. La dottrina di Piero Bellini	21
3. Valutazione critica della dottrina di Bellini	25
4. La dottrina di Javier Hervada	26
5. Valutazione critica della dottrina di Hervada	31
6. La dottrina di Gaetano Lo Castro	34
7. Valutazione critica della dottrina di Lo Castro	37
8. La dottrina di Salvatore Berlingò	39
9. Valutazione critica della dottrina di Berlingò	44

INDICE

Capitolo III

ALCUNE PROPOSTE CHE PROBLEMATIZZANO

LA CATEGORIA DEL DIRITTO DIVINO	47
1. Premessa	47
2. La dottrina di Teodoro Jiménez Urresti	47
3. Valutazione critica della dottrina di Jiménez Urresti	51
4. La dottrina di Helmuth Pree	53
5. Valutazione critica della dottrina di Pree	57
6. La dottrina di Paolo Gherri	59
7. Valutazione critica della dottrina di Gherri	61

Capitolo IV

LA VISIONE DEL DIRITTO DIVINO IN ALCUNI CANONISTI

CHE AFFERMANO LA SUA NATURA TEOLOGICA	63
1. Le dottrine di Klaus Mörsdorf e di Winfried Aymans	63
2. Valutazione critica delle dottrine di Mörsdorf e Aymans	67
3. La dottrina di Eugenio Corecco	68
4. Valutazione critica della dottrina di Corecco	71

Capitolo V

IL CONCETTO DI DIRITTO DIVINO NELLA DOTTRINA DI ALCUNI TEOLOGI.....	73
1. Premessa	73
2. La dottrina di Karl Rahner.....	74
3. Valutazione critica della dottrina di Rahner	76
4. La dottrina di Yves Congar	78
5. Valutazione critica della dottrina di Congar	81

PARTE SECONDA

IL DIRITTO DIVINO ECCLESIALE NELL'OTTICA DEL BENE GIURIDICO: ESSENZA E RILEVANZA PRATICA

Capitolo VI

LA NOZIONE DI DIRITTO DIVINO ECCLESIALE NELLA PROSPETTIVA

DEL BENE GIURIDICO.....	85
1. La presenza del diritto divino nella normativa canonica e nella scienza dei canonisti	85
2. L'importanza di un chiarimento circa la nozione di diritto divino.....	88
2.1. I vari possibili approcci alla nozione di diritto divino.....	88

2.2. I vantaggi dell'approccio del realismo giuridico classico.....	91
3. Il diritto divino ecclesiale quale bene giuridico	93
3.1. Un concetto poco rilevato ma tradizionale.....	93
3.2. Alcune conseguenze della vera giuridicità del diritto divino	95
4. Il diritto divino ecclesiale in quanto bene giuridico	
d'indole divina.....	96
4.1. In quale senso è divino il diritto divino?	96
4.2. La dimensione ontologica del diritto divino: l'esistenza del giusto e dell'ingiusto in sé; assoluti morali ed assoluti giuridici	98
5. Il diritto divino ecclesiale in quanto ecclesiale.....	101
 Capitolo VII	
LA CONOSCENZA DEL DIRITTO DIVINO ECCLESIALE	105
1. La conoscenza della Chiesa circa il suo diritto divino	105
2. Il diritto divino ecclesiale nel <i>sensus fidei</i> e nel magistero della Chiesa.....	108
3. La conoscenza del diritto divino ecclesiale come questione nel contempo teologica e giuridica.....	111
4. Il diritto divino nell'interpretazione delle fonti giuridiche umane	114
 Capitolo VIII	
I BENI GIURIDICI NATURALI E SOPRANNATURALI NELLA CHIESA	
(DIRITTO DIVINO NATURALE E DIRITTO DIVINO POSITIVO)	119
1. Considerazioni preliminari	119
2. I beni giuridici naturali nella Chiesa	
(diritto divino naturale)	122
2.1. Perché iniziare dai beni giuridici naturali?	122
2.2. I vari beni giuridici naturali nella Chiesa	124
3. I beni giuridici soprannaturali nella Chiesa	
(diritto divino positivo)	129
3.1. Nozione generale.....	129
3.2. I beni giuridici salvifici: la parola di Dio e i sacramenti	130
3.3. Il bene giuridico della libertà nella Chiesa e del patrimonio carismatico.....	132
3.4. La dimensione personale e comunitaria dei beni giuridici soprannaturali.....	134
3.5. Il bene giuridico della funzione gerarchica	135

INDICE

Capitolo IX

ASPETTI DIVINI E UMANI DEI BENI GIURIDICI ECCLESIALI

(DIRITTO DIVINO E DIRITTO UMANO NELLA CHIESA) 139

1. L'intreccio tra il divino e l'umano

nei beni giuridici ecclesiali 139

1.1. Unità nella distinzione 139

1.2. Le diverse modalità di presenza dell'aspetto divino:

come presupposto, come assoluto, come principio

e come criterio di convenienza o congruenza 140

2. La rilevanza degli aspetti divini dei beni giuridici

ecclesiali nell'insieme della vita e della prassi della Chiesa 142

3. Diritto divino e diritto umano nell'evoluzione storica

dell'assetto giuridico della Chiesa: la questione

dell'immutabilità e della dispensabilità del diritto divino 146

CONCLUSIONI 151

Indice degli autori 157

INTRODUZIONE

La presente indagine sul diritto divino nella Chiesa di Cristo è mossa dal desiderio di approfondire la sua essenza e, di conseguenza, accertare fino a che punto tale nozione sia rilevante per il lavoro del canonista.

Potrebbe sembrare che ormai ci sia poco spazio per una rivisitazione dell'argomento che non si limiti a riferire quanto altri hanno scritto al riguardo. Ma è evidente che una questione fondamentale di tale portata risulta inesauribile e si ripropone ad ogni generazione con sfumature nuove. In questo senso mi è parso interessante esaminare un filone che nella vasta produzione in materia è rimasto piuttosto in secondo piano: si tratta della nozione di diritto che è sottesa ad ogni elaborazione sul diritto divino. Da tale nozione dipende la comprensione che si ha dell'essenza del diritto divino proprio in quanto diritto. A mio avviso, questo profilo possiede un'indubbia importanza per la prassi giuridico-canonica, la quale per confrontarsi fruttuosamente con la dimensione divina del diritto ecclesiale deve anzitutto cogliere la sua natura. Sono convinto perciò che la domanda sull'essenza del diritto divino abbia un grande rilievo pratico.

La mia trattazione intende collocarsi nel livello fondamentale od ontologico della conoscenza giuridica, senza dimenticare che anche a tale livello questa conoscenza è in ultimo termine rivolta al riconoscimento e alla tutela del diritto.

Non intendo approfondire i presupposti ultimi, filosofici e teologici, dell'esistenza del diritto divino. In particolare, non pretendo addentrarmi nella considerazione dei rapporti del diritto divino con il mistero dell'Incarnazione, della salvezza e della Chiesa: tale compito teologico, certamente affascinante e necessario per approfondire fino in fondo questa tematica, oltrepassa di gran lunga i miei intenti, ben più circoscritti, e la mia competenza.

La presente indagine si articolerà in due parti. Nella prima passerò in rassegna la dottrina sul diritto divino di alcuni canonisti del XX secolo che hanno riflettuto maggiormente su questo tema, aggiun-
gen-

do alcuni teologi cattolici citati spesso dalla canonistica. Penso che gli autori scelti siano rappresentativi delle diverse posizioni dottrinali, tenuto conto che la finalità di questa presentazione non è offrire un esauriente *status quaestionis*, ma cercare soprattutto di evidenziare il concetto di diritto adoperato dagli autori, e vagliare nel contempo la rilevanza pratica della loro dottrina. Non esamino tanti lavori, meritevoli di attento studio, che fanno riferimento a svariati profili del diritto divino, ma soltanto quei contributi che teorizzano l'essenza del diritto divino e, tra questi, solo quelli che servono a mettere in luce alcuni aspetti della seconda parte del presente lavoro. Le voci prese in considerazione sono situate in un passato più o meno recente, in quanto credo che dopo di esse non vi siano sviluppi significativi sotto il profilo che qui ci interessa.

D'altra parte, sono consapevole di un altro limite della mia trattazione, in quanto non studio la tradizione canonica precedente sul diritto divino. Sarebbe un lavoro molto vasto e che richiederebbe una competenza storica che non possiedo; del resto, mi sembra che in tale tradizione il diritto divino sia stato piuttosto invocato praticamente anziché problematizzato nella sua essenza.

Nella seconda parte proporrò una visione del diritto divino nella prospettiva realistica del diritto come cosa giusta o bene giuridico, cercando in tal modo di promuovere un più consapevole e globale ricorso al diritto divino in tutto l'ambito del diritto ecclesiale. Con ciò spero di contribuire a sviluppare teoricamente le convinzioni che sorreggono la trattazione canonica tradizionale, per la quale questo argomento è stato sempre molto rilevante in pratica. Cercherò di mostrare alcune conseguenze che questa impostazione ha per molte questioni canoniche, ma trattandosi di una veduta d'insieme le lascerò solo accennate senza poter approfondirle in questa sede.

Ringrazio sentitamente le osservazioni dei miei colleghi i proff. Eduardo Baura, Massimo del Pozzo e Petar Popović che condividono la stessa attenzione per il diritto divino.

PARTE PRIMA

ALCUNE DOTTRINE CIRCA LA GIURIDICITÀ DEL DIRITTO DIVINO Nozione di diritto e conseguenze operative

Capitolo I

LE DOTTRINE SECONDO CUI IL DIRITTO DIVINO, PUR AVENDO UN CONTENUTO BEN DETERMINATO, NON È VERO DIRITTO

1. PREMESSA

In questo itinerario attraverso diverse visioni circa il diritto divino non seguirò un ordine cronologico bensì una sistemazione tematica. Inizierò il percorso con degli autori per i quali il diritto divino, pur essendo molto rilevante nel suo contenuto ben determinato, non è vero diritto. In seguito esporrò alcune posizioni che affermano la piena giuridicità del diritto divino. In terzo luogo, passerò in rassegna alcune proposte che problematizzano la categoria del diritto divino. In quarto luogo, presenterò la visione del diritto divino in alcuni canonisti che affermano la sua natura teologica. Infine, evidenzierò l'idea del diritto divino che c'è in alcuni teologi cattolici.

Prendo qui anzitutto in considerazione due canonisti, ben diversi tra di loro, ma coincidenti nel riconoscere la grande rilevanza del diritto divino come dotato di un contenuto ben determinato, ma che non lo concepiscono di per sé come vero diritto. Il primo è uno dei più illustri autori della canonistica ecclesiastica durante la vigenza del Codice di Diritto Canonico del 1917, il belga Aloïs Van Hove (1895-1985), professore a Lovanio. Il secondo è un rappresentante di spicco della canonistica laica italiana in quel periodo, Vincenzo Del Giudice (1884-1970). Nonostante la diversità di approcci, entrambi hanno una grande sintonia circa questa dottrina, e ciò si evince dalle citazioni in senso di approvazione dell'articolo *Canonizatio* di Del Giudice¹ che fa Van Hove².

¹ V. DEL GIUDICE, *Canonizatio*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, IV, Cedam, Padova 1940, pp. 221-230.

² Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, 2^a ed., H. Dessain, Mechliniae – Romae 1945, p. 52, nt. 1 e p. 60, nt. 2.

2. LA DOTTRINA DI ALOÏS VAN HOVE

Tra i canonisti del XX secolo legati alla tradizione ecclesiastica della scienza canonica riveste particolar interesse ai nostri effetti la posizione di Van Hove, poiché egli si pone esplicitamente la questione circa la giuridicità del diritto divino. Si tratta di un problema implicito nella varietà di definizioni del diritto canonico presentate dai canonisti: entro la comune nozione di insieme di leggi (*complexus legum*) vi erano alcuni che li limitavano a quelle emanate dall'autorità ecclesiastica, altri invece, come Wernz, che includevano le leggi date da Dio³.

L'esposizione di Van Hove è alquanto articolata, e ciò è pure significativo in quanto mostra la problematicità della questione. Nella parte prima dei suoi *Prolegomena*, dedicata alla nozione del diritto canonico, egli premette una trattazione sulla nozione di diritto (*ius*) in generale, assumendo che quello canonico è una specie. Distingue una triplice considerazione dello *ius*: in senso oggettivo, in senso soggettivo e in senso normativo, asserendo che il primo costituisce il senso proprio e primario e che gli altri lo sono solo analogicamente⁴. Secondo il senso oggettivo, «il diritto è ciò che corrisponde a qualcuno come suo e pertanto secondo giustizia»⁵. Afferma che il senso normativo è metonimico perché prende la causa (la *lex* come *regula iuris*) attraverso il suo effetto (lo *ius* in senso proprio), per cui la stessa legge o l'insieme delle leggi si chiama frequentemente *ius*⁶. Si dedica poi ad una trattazione abbastanza dettagliata all'analisi degli elementi del diritto in senso oggettivo (soggetto, oggetto, titolo, ecc.)⁷, mettendo in luce che «il suo oggetto *formale* non sono gli stessi beni, ma la *relazione inviolabile* del soggetto di diritto rispetto a ogni bene che per un titolo legittimo è suo»⁸.

³ Van Hove offre un elenco di autori che definiscono il diritto canonico, divisi secondo questo criterio, e considera che i primi parlano del diritto canonico in senso stretto, mentre i secondi si riferiscono al diritto canonico in senso lato: cfr. *ibidem*, p. 37, nt. 2.

⁴ Cfr. *ibidem*, p. 7.

⁵ *Ibidem*, p. 6) Tutte le traduzioni in italiano sono mie.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 7.

⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 19-28.

⁸ *Ibidem*, p. 21.

La nozione di diritto oggettivo viene ulteriormente divisa secondo tre significati: «*ius latissimo sensu*», comprendente gli obblighi propri di tutte le virtù, che sono ordinati dalla legge eterna e dalla partecipazione di quest'ultima nella creatura, cioè dalla legge naturale; «*ius lato sensu seu in ordine morale*», che si circoscrive all'ambito della giustizia, citando a questo proposito San Tommaso quando parla dello *ius* come *iustum*, oggetto della giustizia⁹, ed affermando che questo senso abbraccia tanto lo *ius divinum* in materia di giustizia come lo *ius humanum*; e «*ius in ordine dicto iuridico*», che è «l'insieme di norme stabilite dalla autorità umana pubblica nella Chiesa o nella società civile»¹⁰. Per Van Hove questo ordine c.d. giuridico si caratterizza dal fatto che riguarda solo obblighi circa atti esterni, posti per il bene comune, e coercibili dalla autorità pubblica. Tale ordine si distingue perciò da quello morale, che si estende a tutti gli obblighi esterni ed interni, non ha la certezza che è propria delle determinazioni giuridiche, mira al bene ultimo individuale anziché a quello comune, non ha la coercizione da parte dell'autorità pubblica, e concerne non solo la giustizia e la conformità con la legge umana ma tutte le virtù¹¹.

Da queste distinzioni emerge chiaramente che il diritto divino di per sé non appartarrebbe all'ordine strettamente giuridico, a meno che fosse accolto dal diritto umano. Il nostro autore, pur temendo che tale non appartenenza possa condurre a negare l'esistenza ed inviolabilità del diritto divino naturale e positivo, distingue, senza separare, il diritto nell'ordine morale e il diritto nell'ordine giuridico (si noti come quest'ultimo aggettivo in questo contesto abbia un'indubbia connotazione positivista). Ne segue che il diritto canonico (almeno in senso stretto) viene visto come «l'insieme dei canoni o leggi che sono costituite, proposte o approvate dalla potestà ecclesiastica per il retto ordinamento della società ecclesiastica»¹². Oltre a questa derivazione

⁹ Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 57, a. 1. Questa lettura unicamente morale della concezione tommasiana della giustizia non tiene conto della consapevolezza circa la specificità della dimensione giuridica che lo stesso Tommaso esprime in quell'articolo: «Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat» (in corp., enfasi aggiunta).

¹⁰ *Prolegomena*, pp. 12-13.

¹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 13-14.

¹² *Ibidem*, p. 37; la definizione è tratta da A. DE MEESTER.

dalla potestà ecclesiastica Van Hove attribuisce molta importanza alla coercibilità quale elemento discriminante tra ordine giuridico positivo e ordine morale anche nell'ambito della giustizia¹³.

Ci si può chiedere se questa riduzione positivistica del diritto canonico abbia rilevanza pratica, tenuto conto del fatto che il nostro autore, nel presentare le fonti costitutive del diritto attraverso le quali si regola la Chiesa, afferma che «la Chiesa è retta da un triplice diritto. Primariamente e principalmente è retta dal *diritto divino positivo*, secondariamente dal diritto divino *naturale*, e poi dal diritto *positivo canonico*. Il *diritto divino positivo e naturale* è obbligatorio anche senza nessun intervento ulteriore della Chiesa e pertanto la Chiesa si regge da esso. Si fa canonico mediante la sua proposizione da parte dell'autorità ecclesiastica»¹⁴. In questo senso la prima fonte costitutiva del diritto nella Chiesa è «il diritto divino positivo e naturale ovvero i diritti proposti dalla Chiesa»¹⁵. Inoltre, il nostro autore precisa che «nessun diritto umano prevale *contro* il diritto divino; *conformemente* al diritto divino ogni legge ecclesiastica deve essere interpretata ed applicata, e mai il giudice può pronunciare una sentenza contro il diritto divino»¹⁶.

Cosa manca al diritto divino per essere diritto in senso stretto? La risposta di Van Hove è questa: «Il diritto divino si fa nel contempo canonico mediante la sua proposizione e la sua sanzione da parte della Chiesa, la quale definisce il suo contenuto e nello stesso tempo la sua indole di diritto divino, con le sue conseguenze, specialmente la sua indispensabilità. Come norma ordinatrice delle relazioni tra i sudditi e l'autorità nonché tra i membri della società ecclesiastica, ovvero in quanto regola giuridica coercibile, riceve la sua forza dalla legge ecclesiastica, benché come imposta da Dio. Il giudice ecclesiastico non è tenuto a *tutelare* positivamente i diritti che provengono dalla sola legge positiva divina, in ciò che appartiene alla potestà sociale della Chiesa, tranne quando ciò sia prescritto dalla legge ecclesiastica»¹⁷.

¹³ Cfr. *ibidem*, p. 25; nonché l'altra definizione che trae da H. GERLACH: «Il Diritto Canonico è l'ordinazione esterna coercibile che è vigente nella Chiesa di Cristo» (*ibidem*, p. 38).

¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 51-52.

Egli applica gli stessi criteri al diritto divino naturale¹⁸. Van Hove sostiene anche che i principi di diritto naturale non proposti ed applicati dalla legge positiva ecclesiastica rimangono come regole nell'ordine morale, non in quello giuridico, il quale però deve accoglierli per evitare il peccato o il pericolo di peccato¹⁹.

In conclusione si può affermare che per il nostro autore il diritto divino, sia positivo che naturale, pur essendo obbligatorio senza necessità di un intervento dell'autorità ecclesiastica, non appartiene di per sé all'ordine giuridico in senso stretto, giacché la sua tutela coercibile proviene esclusivamente dalla sua incorporazione nella legge ecclesiastica, mediante la quale diventa diritto canonico. Questa tesi comporta una visione positivista della giuridicità in senso pieno, la quale dipenderebbe dalla legge ecclesiastica positiva che rende coercibile un diritto. L'elemento della coercibilità viene indubbiamente privilegiato.

D'altra parte, va notato che l'esposizione scivola da una visione oggettiva del diritto a una visione normativa dello stesso. Infatti, come abbiamo visto, si sostiene che il diritto in senso oggettivo sarebbe il significato principale del diritto. Quando invece si mette a fuoco il diritto canonico si ricorre al concetto di diritto in senso normativo, parlando dell'insieme di leggi ecclesiastiche. E nel presentare il diritto divino positivo e naturale, nonostante si faccia riferimento ai diritti e doveri, non si approfondisce né sviluppa tale considerazione, mescolandola con quella normativa, la quale prevale nettamente²⁰.

3. LA DOTTRINA DI VINCENZO DEL GIUDICE

Nell'ambito della canonistica laica italiana del XX secolo questa visione sulla mancata giuridicità del diritto divino è stata esposta nel celebre articolo di Vincenzo Del Giudice dal titolo «*Canonizatio*» in questi termini: «la pronuncia dichiarativa della Chiesa, in rapporto al diritto divino, naturale e positivo, s'impone come espressione del volere obbligante dell'autorità gerarchica, titolare della suprema potestà giurisdizionale: la quale autorità, nella sfera giuridica, è la sola

¹⁸ *Ibidem*, p. 60.

¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 60-61.

²⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 49-62. Si veda per esempio questa asserzione: «Il diritto del Nuovo Testamento, che ci è noto attraverso la Sacra Scrittura e la tradizione divina, è fonte primaria del diritto dal quale è retta la Chiesa cattolica».

fonte formale di tutte le norme canoniche, comprese quelle che usiamo dire di diritto divino. Nessun dubbio che la forza intrinseca delle norme costituenti il diritto divino deriva, in un primo momento, dalla volontà di Dio legislatore, causa e fonte prima d'ogni ordine e d'ogni potere: ma, nella cerchia della società ecclesiastica, in quanto questa è istituito consolidato come ordine giuridico, le norme si presentano come poste e garantite *auctoritate Ecclesiae*, cioè come comando immediato dell'organo istituzionale detentore della potestà legislativa»²¹. Egli collega questa impostazione con il fatto che «secondo la dottrina cattolica, le divine Scritture e la Tradizione sono fonte remote o mediate della fede, mentre l'unica regola immediata e prossima di questa è il vivo insegnamento della Chiesa stessa»²², sostenendo un parallelismo con ciò che avviene nell'ambito giuridico. E afferma che «l'esposta dottrina è in armonia, oltre che con i principi della teologia cattolica (come, subordinatamente a noi pare), con i principii stessi su cui si basano tutti gli ordinamenti giuridici. In ciascuno di tali ordinamenti le norme risalgono, come a fonte formale esclusiva, all'organo portatore della sovranità»²³. Ne consegue che «il fedele non ha possibilità (giuridica) di controllo o di contraddizione né circa la dichiarata natura della norma, positivamente imposta come divina o non, né circa il contenuto di essa norma; egli deve stare al comando, quale è determinato dall'organo legislativo, anche se egli creda che il suo contenuto debba essere diverso»²⁴. Per questa ragione «è solo consentita (anzi è obbligatoria) l'interpretazione della norma concreta, in relazione al sistema giuridico positivo»²⁵.

Per spiegare la sua dottrina sulla *canonizatio* della norma divina, il nostro autore offre una descrizione analitica dei momenti in cui si svolge il processo di accoglienza del diritto divino nell'ordinamento canonico: «A ben vedere, quella che usiamo qualificare riassuntivamente come norma di diritto divino, naturale o positivo, consta, nell'ordine canonico, di diversi momenti, dottrinalmente separabili: a) della dichiarazione ecclesiastica che la norma sia di diritto divino, naturale

²¹ V. DEL GIUDICE, *Canonizatio*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, IV, Cedam, Padova 1940, pp. 225-226.

²² *Ibidem*, p. 225.

²³ *Ibidem*, p. 227.

²⁴ *Ibidem*, p. 227.

²⁵ *Ibidem*, p. 228.

o positivo (nel che è implicita l'affermazione dell'immodificabilità di essa e della sua indispensabilità da parte della stessa Chiesa); b) della dichiarazione sostanziale della norma divina; c) dell'imposizione formale della commissione o dell'omissione dell'attività del singolo, in conformità di quel contenuto; d) della statuizione delle conseguenze in rapporto all'attività spiegata dal singolo in opposizione al comando determinato e imposto: pena, modificazione dello status individuale, inefficacia della dichiarazione della volontà a produrre determinati effetti giuridici, ecc.»²⁶. La canonizzazione in senso ampio comprende questi quattro momenti, ma in senso proprio riguarda i due ultimi «che consistono nell'imperatività specifica rispetto ai soggetti all'autorità ecclesiastica e nella garanzia che questa stabilisce con la determinazione della sanzione»²⁷.

Questa dottrina è alla base della famosa definizione dell'ordinamento canonico che Del Giudice dà nel suo noto manuale: «*l'insieme delle norme giuridiche, poste o fatte valere dagli organi competenti della Chiesa cattolica, secondo le quali è organizzata e opera essa Chiesa e dalle quali è regolata l'attività dei fedeli, in relazione ai fini che della Chiesa sono propri*»²⁸, laddove il «fatte valere» riguarda ovviamente le norme di diritto divino.

In questo modo Del Giudice nega che il diritto divino possieda di per sé, indipendentemente dalla sua canonizzazione, una giuridicità costitutiva, e ciò dipende dalla sua nozione positivista di diritto come emanazione dal potere legislativo umano. Sarebbe però fuorviante affermare che Del Giudice consideri irrilevante il diritto divino, naturale o positivo, perché è palese che egli gli attribuisce grandissima importanza nell'ordinamento canonico e lo presenta in linea con la dottrina cattolica affermando che «queste norme fondamentali del vivere umano e della costituzione della Chiesa formano lo *ius divinum* («*ius divinae constitutionis*») e si trovano nella Sacra Scrittura e nella Tradizione (*ius divinum positivum*) (...) oppure si inducono come essenzialmente inerenti alla vita sociale umana e obbliganti i singoli per l'assicurazione dell'ordine e della giustizia (*ius divinum naturale*)»²⁹.

²⁶ *Ibidem*, p. 226.

²⁷ *Ibidem*, p. 227.

²⁸ V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, 12a. ed. con la collaborazione di G. CATALANO, Giuffrè, Milano 1970, p. 15.

²⁹ *Ibidem*, p. 23.

Tuttavia, la giuridicità di queste norme appare rigidamente subordinata all'intervento del legislatore umano.

4. VALUTAZIONE CRITICA DELLA POSIZIONE DI VAN HOVE E DEL GIUDICE

Le visioni di Van Hove e di Del Giudice coincidono nel concepire il diritto divino come radicalmente mediato nella sua operatività propriamente giuridica dalla ricezione da parte del legislatore umano che lo traduce in una norma positiva. Ciò dà luogo a una mancata applicabilità pratica diretta ed autonoma, sotto il profilo della coercibilità, della dimensione divina del diritto ecclesiale. Entro questo fondo comune vi sono differenze significative tra questi due autori, soprattutto perché Van Hove (in modo forse non del tutto coerente con la sua distinzione tra ordine morale e ordine giuridico) riconosce incidenza pratica immediata al diritto divino, come limite del diritto umano e quale principio per la sua applicazione ed interpretazione. In ciò egli indubbiamente si adegua a un sentire comune della canonistica tradizionale, la quale, senza problematizzare la questione sulla giuridicità del diritto divino, non dubitava nel riconoscere a quest'ultimo un'obbligatorietà in cui l'aspetto morale e quello giuridico si trovavano intimamente compenetrati. Comunque entrambi procedono sulla base dell'applicazione alla Chiesa di un concetto normativista e positivista del diritto in senso proprio, quale emanazione, dotata di coercibilità, della potestà legislativa umana. Manca pertanto il presupposto per cogliere il diritto divino come diritto in senso pieno.

Conviene però osservare che il normativismo positivista di questi autori presuppone una situazione di fondamentale armonia tra il diritto divino in sé – come realtà che secondo loro sarebbe a rigore pregiuridica – e le leggi ecclesiastiche che lo recepiscono rendendolo giuridico in senso proprio. In questo modo nei fatti il diritto divino quasi sempre diventa giuridicamente operativo e si apprezza la sua grande rilevanza ecclesiale. Quando però quell'armonia risulta più o meno problematica, allora le questioni sul contenuto del diritto divino non si possono risolvere mediante il ricorso al dettato delle leggi ecclesiastiche, e si scopre la necessità di approfondire la giuridicità del diritto divino, non più come qualcosa di ricevuto mediante la canonizzazione, bensì come dimensione appartenente all'essere della Chiesa.

Capitolo II

ALCUNE POSIZIONI CHE AFFERMANO LA PIENA GIURIDICITÀ DEL DIRITTO DIVINO

1. PREMESSA

La tesi di Del Giudice sulla necessità della *canonizatio* per la giuridicità del diritto divino è stata contestata in maniera decisa, all'interno della canonistica laica italiana, da Piero Bellini (1926-2023), il quale lungo la sua ampia produzione scientifica e in modo approfondito, ha sempre sostenuto che il diritto divino costituisce un vero ordinamento giuridico. Un approccio simile, tendente a sostenere la piena giuridicità del diritto divino, pur con le grandi differenze di impostazione che segnalerò rispetto a Bellini, ha marcato la trattazione della questione da parte di Javier Hervada (1934-2020), il quale nella prima fase del suo pensiero giuridico, adoperando la nozione di diritto come ordinamento e in stretto rapporto con Pedro Lombardía (1930-1986), ha elaborato ampiamente una visione in cui il diritto divino e il diritto umano si integrano come componenti di un ordinamento canonico concepito in modo profondamente unitario.

Nel contesto dell'affermazione della piena giuridicità del diritto divino si collocano altri due canonisti laici italiani aventi però delle visioni del diritto che superano l'ottica dell'ordinamento. Si tratta di Gaetano Lo Castro (1940-2024) e Salvatore Berlingò (1943-).

2. LA DOTTRINA DI PIERO BELLINI

Essendo troppo lunga e complessa una disamina dettagliata del pensiero di Bellini su questa materia a partire dai suoi estesi scritti iniziali¹,

¹ Cfr. soprattutto P. BELLINI, *Per una sistemazione canonistica delle relazioni fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 30 (1954), pp. 190-376; ID., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *il Diritto Ecclesiastico*, 68 (1957), I, pp. 121-243.

attingerò soprattutto a uno scritto della piena maturità², in cui in modo più sintetico ma di sostanziale coerenza con le sue tesi precedenti, e inserendole in un quadro di riferimento più complessivo, Bellini espone le sue idee sul diritto divino.

Egli prende le mosse dalla «postulazione canonistica del ruolo protagonista di Dio all'apice di tutto»: «È condizione necessaria, perché possa aspirare a soddisfacenti risultati intellettivi, che un qualsiasi approccio culturale all'ordinamento generale della Chiesa [preso nella molteplicità delle sue componenti: dogmatiche e morali, istituzionali e disciplinari] muova dalla consapevolezza piena e ferma dei canoni ideali che presiedono al fenomeno ecclesiale»³. In tal senso, «ecclesialmente ineludibile – quindi – il postulato della “totale sudditanza a Dio” delle umane creature: della “totale ordinazione a Dio” del loro tirocinio terreno»⁴. Immediatamente però il nostro autore, esprimendo garbatamente il suo agnosticismo, tiene a precisare che tale veduta è basata sul riscontro di un dato empirico, il che non comporta per nulla una personale adesione di fede⁵. Si tratta di un'«idea comune», che «esiste 'come fatto sociale di coscienza' per il suo solo corrispondere al 'convincimento reale' di quella collettività di uomini»⁶.

Nella Chiesa il ricorso a Dio rappresenta «una 'postulazione teistica specifica': incentrata nella fede, sollecita di opere, nel Dio personale della Bibbia»⁷, un «Dio 'fattosi carne nella storia', partecipe della umana ventura»⁸, di cui si afferma la sovrintendenza provvida alla esperienza storica degli uomini⁹. Ciò comporta «il 'momento precettivo' [autoritario] della sovrintendenza dinamica dell'Essere Supremo»¹⁰, il quale si concretizza in un «particolare ordinamento trascendente ('storicamente determinato' nelle sue caratteristiche ma-

² Cfr. P. BELLINI, *Esperienza culturale canonistica e problematica giusnaturalistica*, in *Diritto umano e legislazione umana*, a cura di A. FILIPPONIO e R. COPPOLA, Giappichelli, Torino 1996, pp. 197-241.

³ Cfr. *ibidem*, p. 198.

⁴ *Ibidem*, p. 198.

⁵ Cfr. *ibidem*, p. 199, nt. 1.

⁶ *Ibidem*, p. 200.

⁷ *Ibidem*, p. 201.

⁸ *Ibidem*, p. 202.

⁹ Cfr. *ibidem*, p. 202.

¹⁰ *Ibidem*, p. 204.

teriali e formali) che risulta dal complesso assieme delle attestazioni vetero e neotestamentarie e dalla tradizione interpretativa della *ecclesia docens*: ordinamento sistematico, composto d'un organico apparato di precetti, compiutamente sviluppato nella sua portata deontologica e nella sua capacità vincolatrice»¹¹.

Come scriveva molti anni prima, «il principio della *presupposizione formale* del diritto divino trascendente (inteso nel senso di sistema normativo giuridico gerarchicamente sovraordinato ai singoli sistemi giuridici umani dipendenti) rappresenta – per chi si accinge a esaminare il diritto della Chiesa con il proposito di basare sui fatti le proprie costruzioni – *un elemento esso stesso della realtà sociale normativa*, assunta a fondamento e a punto di partenza dell'analisi dommatica; elemento che il giurista positivo non può – trattandosi del diritto della Chiesa – ignorare o trascurare, se non falsando gli stessi caposaldi dommatici fondamentali dell'ordinamento giuridico canonico»¹². Una conseguenza pratica è che «dove il legislatore ecclesiastico non ha potuto o saputo giungere, nella sua attività di specificazione e di spiegamento del diritto divino trascendente, ivi, per la Chiesa, quest'ultimo conserva pienamente il suo valore: ivi esso, non solo esigerà di essere applicato, ma – per quanto specificamente interessa rilevare – sarà appunto applicato dagli organi ecclesiastici investiti di giurisdizione»¹³. In questo senso l'ordinamento divino appare dotato di completezza, in grado cioè di integrare compiutamente i difetti e le lacune di quello umano, senza che Bellini avverta i limiti inerenti al primo e la conseguente necessità dell'integrazione nello spazio lasciato alla determinazione da parte del diritto umano.

Addentrandosi nella questione circa i rapporti tra il diritto divino e il diritto umano Bellini sostiene che l'ordinamento umano positivo presuppone l'ordine divino trascendente. La subalternità materiale e formale della normativa terrena rispetto all'ordine divino non poggia su nessuna volontà costitutiva delle fonti umane storiche, ma dipende solo dalla determinazione del Legislatore trascendente¹⁴. La teoria della *canonizatio* implicherebbe un ribaltamento di quel rapporto tra il divino e l'umano, sostenendo un'interposizione costitutiva dell'Au-

¹¹ Cfr. *ibidem*, p. 206.

¹² Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico, cit., p. 130.

¹³ *Ibidem*, p. 216.

¹⁴ Cfr. *Esperienza culturale canonistica e problematica giusnaturalistica*, cit., p. 207.

torità ecclesiastica suprema alla quale si dovrebbe la giuridicità del diritto divino. L'ordine ecclesiale si presenta dunque come un «'ordine permisto', mezzo divino, mezzo umano: 'teandrico'. In esso le componenti più elevate, ascritte all'intervento costitutivo di Colui che è, si combinano a sistema con le componenti più dimesse, dichiaratamente umane: le quali ultime – nel presupporre al di sopra di sé l'ordinamento trascendente – per ciò stesso si sentono situate in una positura subalterna»¹⁵.

Il nostro autore si discosta anche dalla dottrina sulla positivazione del diritto divino (su questa dottrina in Javier Hervada cfr. *infra*, 2.2), la quale farebbe dipendere il valore del diritto divino dal suo essere avvertito e cogente dalla coscienza ecclesiale, quando invece quest'ultima costituisce una risposta reverente a un sommo Volere imperativo, cioè il diritto divino, il cui valore peraltro fa sì che ogni ordinamento positivo (anche non ecclesiale) si percepisca come dipendente¹⁶.

In questa luce va compreso il compito del canonista come studioso positivo: «Per onorare questa 'positività' del proprio impegno [chiamato, com'è invero, a una indagine *sui generis*: legata, nei suoi stessi presupposti, alla ricognizione e comprensione d'un certo atteggiamento comunitario storico rispetto al Trascendente] egli sarà proprio chiamato a ribaltare l'angolo visuale dei suoi colleghi civili: sottraendosi con cura ai condizionamenti d'una 'positività' ['volontaristico-legalistica'] di tipo statocentrico»¹⁷. Al canonista invece non si chiederà una valutazione di merito del problema religioso in quanto tale, compresa la esistenza di Dio, che per Bellini appare non dimostrabile, né confutabile, dalla ragione¹⁸. Segue un'articolata esposizione circa il rapporto del diritto naturale e la Chiesa: in ogni caso, tale diritto, come quello divino positivo, si presenterebbe al canonista come un dato di fatto praticamente rilevabile, sul cui valore assoluto egli non è chiamato a pronunciarsi¹⁹.

¹⁵ *Ibidem*, p. 210.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 211.

¹⁷ *Ibidem*, p. 213.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 214-25.

¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 215-224.

3. VALUTAZIONE CRITICA DELLA DOTTRINA DI BELLINI

La posizione di Bellini rappresenta un passo avanti molto significativo per quel che concerne la comprensione dell'essenza del diritto divino e la sua operatività pratica. La sua tesi sulla piena giuridicità del diritto divino supera radicalmente la visione che la negava sulla base di una nozione di diritto come prodotto della potestà legislativa umana. È senz'altro molto apprezzabile sia questo allargamento della nozione di diritto, sia anche il riconoscimento del fatto che nella Chiesa la vigenza del diritto divino viene percepita come derivante dalla sua stessa realtà trascendente, senza bisogno di una mediazione umana.

Tuttavia, il diritto divino viene visto da Bellini come un dato empirico. È vero che egli insiste moltissimo sul suo essere ordinamento trascendente, ma si tratta sempre di una trascendenza solo postulata dal sentire comune della Chiesa, mai di una trascendenza concepita come qualcosa di ontologicamente reale. In questo modo appare il limite fondamentale della dottrina di Bellini: il suo non situarsi sul piano della verità ontologica. Con ciò egli non fa sua una consapevolezza che è anch'essa fattualmente propria del patrimonio dottrinale della Chiesa: quella secondo cui il diritto divino è inerente alla stessa realtà ontologica della Chiesa. L'approccio del nostro autore rimane condizionato radicalmente dal suo agnosticismo, e perciò, malgrado il fatto che rispecchi aspetti relevantissimi della coscienza ecclesiale sul diritto divino, è in definitiva infedele all'autocomprensione della stessa Chiesa circa il proprio diritto. Egli infatti non è in grado di scorgere niente di intrinsecamente giuridico nel mistero della Chiesa, limitandosi a constatare empiricamente che in essa c'è la coscienza e l'operatività di un diritto considerato sovraumano. Malgrado egli riconosca anche il ruolo della *ecclesia docens* nell'interpretazione del diritto divino, tale insegnamento non riguarderebbe la stessa realtà dell'ambito naturale e soprannaturale, per cui il magistero ecclesiastico rimane sempre storicamente relativo e in fondo contingente. Peraltro, in Bellini non si trova un approfondimento della nozione di diritto che vada oltre quella normativista: il diritto divino consisterebbe in un sistema di norme obbligatorie che la coscienza reputa emanate da Dio. Nel contempo manca in lui un approfondimento dei rapporti tra diritto divino e diritto umano, che valorizzi l'apporto di quest'ultimo, e evidenzi la loro unione per conformare un unico diritto ecclesiale.

4. LA DOTTRINA DI JAVIER HERVADA

Javier Hervada si è occupato a più riprese del diritto divino. Nella sua memoria di cattedra del 1960 egli presentò un'ampia disamina, che poi è stata pubblicata nella sua monografia sull'ordinamento canonico (1966)²⁰. In essa cercava di prendere sia il meglio della canonistica tradizionale, per la quale il diritto divino, sia naturale che divino positivo, veniva considerato vero diritto, subordinando ad esso il diritto umano, sia il meglio della scuola laica italiana, che adottava il metodo sistematico, elaborando il concetto scientifico unitario di ordinamento canonico. Si scostava del positivismo presente nella teoria di Del Giudice sulla *canonizatio*, per sostenere decisamente la giuridicità del diritto divino²¹ e pertanto la sua appartenenza all'ordinamento canonico, in cui vi è un'unità tra diritto divino e diritto umano. Pochi anni dopo, nel 1970, egli ripresentò le sue idee sul diritto divino nel trattato *El Derecho del Pueblo de Dios* che scrisse con Pedro Lombardía²², in un testo che riprende sostanzialmente l'esposizione nella monografia, aggiungendo qualche sviluppo.

In entrambi questi scritti emergono con chiarezza le due tesi principali di Hervada in questa materia: il diritto divino è vero diritto vigente, e il diritto divino e il diritto umano costituiscono un solo ordine giuridico. Queste due affermazioni hanno però bisogno di essere precisate, determinando meglio cosa sia il diritto in generale, e quali siano i rapporti tra il diritto divino e il diritto umano²³.

²⁰ È stata ripubblicata: J. HERVADA, *El ordenamiento canónico. Aspectos centrales de la construcción del concepto*, EUNSA, Pamplona 2008, specialmente pp. 94-103. Citerò per questa seconda edizione.

²¹ Circa questo punto Hervada parlò di una "conversione metodologica" del suo maestro e collega Pedro Lombardía, che aveva seguito l'impostazione di Del Giudice. Cfr. J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, in *Ius Canonicum*, 26 (1986), p. 492.

²² Anche questo testo è stato ripubblicato, aggiungendo interessanti appendici, in J. HERVADA, *Introducción al estudio del Derecho Canónico*, EUNSA, Pamplona 2007, specialmente pp. 40-60. Seguirò questa edizione.

²³ Per un'esposizione in cui è molto presente la visione di Hervada, cfr. J. FORNÉS, *La doctrina canónica del siglo XX sobre el Ius divinum*, in *Il Ius divinum nella vita della Chiesa*, Venezia, 17-21 settembre 2008, a cura di J.I. ARRIETA, coordinatore edizione C.-M. FABRIS, Marcianum, Venezia 2010, pp. 285-320.

Il primo aspetto concerne la nozione di diritto adoperata dall'autore. Nella monografia egli presenta una visione dell'ordinamento canonico come struttura giuridica della Chiesa, che oltrepassa la sua riduzione a un insieme di norme. Per Hervada tale struttura è conformata da norme e da relazioni, essendo anzi centrale l'aspetto della relazione giuridica²⁴. Tuttavia, quando deve affrontare la tematica sui rapporti tra diritto divino e diritto umano, egli non si pone nell'ottica della relazione, bensì in quella della norma: parla di connessioni tra norme divine e norme umane²⁵.

Nella trattazione del 1970 la considerazione normativa del diritto divino è ancora presente in vari modi, soprattutto in quanto il primo fattore di esso sono le norme fondazionali date da Cristo, distinte dai principi e dalle esigenze di giustizia²⁶. Tali norme costituiscono secondo Hervada «un ordine avente tutte le note proprie della nozione di diritto²⁷: ordine sociale, giusto, imperativo, intersoggettivo e storico, cioè vigente nella storia umana»²⁸. Per quanto riguarda i principi e le esigenze di giustizia l'autore li considera anch'esse Diritto, aventi natura giuridica, ma che operano come ciò che sono, ossia come principi o esigenze, che il diritto umano deve accogliere, ma che «per la loro generalità e mancanza di concretezza non possono avere maggiore efficacia giuridica, fintanto non si sviluppino in norme propriamente dette»²⁹.

In quale senso i principi ed esigenze di giustizia che non sono norme in senso stretto rientrano nel concetto di diritto? Ritengo che possa gettar luce una delle appendici inseriti dall'autore nella ripubblicazione nel 2007 dello scritto del 1970, laddove si chiede esplicitamente in quale senso parla di diritto nel presentarlo come struttura della Chiesa (e penso che lo stesso discorso vale se si dice "ordine"). Dopo aver ricordato i tre sensi principali della parola diritto – la cosa giusta, da lui considerata la nozione primaria, la norma e il diritto soggettivo –,

²⁴ Cfr. J. HERVADA, *El ordenamiento canónico*, cit., pp. 90-91.

²⁵ *Ibidem*, p. 94.

²⁶ Cfr. J. HERVADA, *Introducción al estudio*, cit., pp. 41.

²⁷ Nell'originale spagnola la parola "Derecho" in questo contesto appare sempre con la maiuscola, il che fa vedere che la sia associata a una struttura, ordinamento od ordine unitario.

²⁸ *Ibidem*, p. 45.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

spiega che egli, nel parlare del diritto come struttura od ordine, sta adoperando un senso generalissimo, distinto da quei tre appena indicati, ma che li comprende, e che sarebbe «sinonimo di *fenomeno giuridico*, o per essere più esatti di *realtà giuridica*»³⁰. Mi sembra un'osservazione molto interessante per capire cosa intende Hervada quando afferma che il diritto divino è vero diritto: egli assume una concettualizzazione generica del diritto, che peraltro viene di fatto molto usata da tantissimi autori nelle asserzioni riguardanti «il diritto» al singolare. Tale uso si rende molto chiaramente presente in una specie di definizione del diritto divino da parte di Hervada che viene spesso citata: «quegli aspetti della volontà fondazionale di Cristo e del disegno divino sulla Chiesa che hanno conseguenze relative a ciò che nel linguaggio proprio della cultura degli uomini chiamiamo Diritto»³¹. Aggiungerei però che a mio parere nella trattazione sul diritto divino continua ad essere prevalente la considerazione della dimensione normativa, ritenuta principale sotto il profilo dell'operatività del diritto, anche se si evita espressamente un normativismo che comporti concepire il diritto divino quale «una sorta di codice di precetti stereotipati»³².

Nella produzione del “secondo Hervada”, vale a dire dopo la sua adesione al realismo giuridico classico secondo cui il diritto è primariamente la stessa cosa giusta, il nostro autore non ha rivisitato la sua esposizione sul diritto divino, cioè non ha tentato di concepirlo nella prospettiva di quella nozione realistica di diritto, il che si può spiegare perché non ha elaborato in quel periodo una presentazione globale del diritto canonico a livello fondamentale. Anzi, ha ripubblicato le sue due menzionate opere in cui tratta il tema, approvandole così implicitamente, e aggiungendo soltanto alle pagine sul diritto divino di quella del 1970 un'appendice in cui critica alcuni autori che in vari modi negano il diritto divino come vero diritto vigente³³. Tuttavia, gli scritti del “secondo Hervada” che toccano aspetti fondamentali del diritto ecclesiale, a cominciare da quello molto noto riguardante le radici sacramentali del diritto canonico, vertono indubbiamente su profili di diritto divino, facenti parte di una visione ontologica del diritto ecclesiale.

³⁰ Cfr. *ibidem*, p. 36.

³¹ *Ibidem*, p. 42.

³² *Ibidem*, p. 42.

³³ Cfr. *ibidem*, pp. 54-60.

La dottrina di Hervada sui rapporti tra diritto divino e diritto umano è particolarmente elaborata. Egli li concepisce come un unico sistema giuridico, essendoci un triplice principio di unità: 1) la struttura giuridica basilare della Chiesa è di diritto divino, e le altre strutture sono derivazioni, complementi o forme storiche di sviluppo; 2) la potestà ecclesiastica umana esiste ed è fonte di diritto in virtù del diritto divino; 3) tutte le realtà sociali possiedono un ordine proprio embrionario, dal quale il legislatore umano, per determinazione o conclusione, deduce le norme positive. Nel contempo si afferma il rapporto gerarchico tra diritto divino e diritto umano, essendo il primo legge fondamentale, base necessaria e limite del secondo. Di conseguenza, le norme umane contrarie al diritto divino sono sempre illecite, invalide in alcuni casi, e riformabili se sono inadeguate³⁴.

Questa concezione circa l'unità tra diritto divino e diritto umano fa sì che Hervada non accolga la dottrina della positivazione del diritto divino come *canonizatio*, giacché a suo avviso esso non ha bisogno di nessuna ricezione formale da parte del potere ecclesiastico per essere diritto vigente. Anzi, come vedevamo, il diritto umano è oggettivamente subordinato al diritto divino tanto materialmente come formalmente³⁵.

Senonché Hervada sostiene che si può intendere la positivazione in un altro modo: rettamente intesa corrisponderebbe alla stessa natura del diritto. In effetti, essendo il diritto un ordine essenzialmente storico, può considerarsi diritto solo quell'ordine imperativo che nella sua fonte immediata e nella sua vigenza sia riconducibile a un fattore storico. Se ciò non si dà, come succede nella legge eterna, un ordine non potrà qualificarsi come diritto³⁶.

La posizione di Hervada sulla questione della vigenza storica del diritto divino è articolata. In primo luogo, egli parla della necessità di una sua promulgazione come passaggio all'esistenza storica, il che per il diritto divino naturale avviene nella ragione pratica propria della natura umana, e per il diritto divino positivo nella Rivelazione quale evento storico e nella stessa esistenza di quelle realtà ecclesiali di cui esso è la dimensione giuridica. In seguito, il nostro autore afferma la necessità di una ricezione da parte della società affinché il diritto ab-

³⁴ Cfr. J. HERVADA, *Introducción al estudio*, cit., p. 46.

³⁵ Cfr. *ibidem*, p. 47.

³⁶ Cfr. *ibidem*, p. 47.

bia operatività nella vita sociale, sostenendo che nella Chiesa tutto il diritto divino è costituzionalmente e radicalmente recepito in virtù di ciò che chiama «volontà costituzionale di adempierlo». Ma, è questo il terzo gradino del discorso sulla vigenza, quella ricezione non implica che tutto il diritto divino sia totalmente e pienamente conosciuto. Come avviene con le verità della fede, ci possono essere norme di diritto divino che non sono perfettamente conosciute o perfino sono ignorate in un determinato momento storico, e che pertanto non sono vissute o lo sono imperfettamente. Hervada parla perciò di un processo di conoscenza o di vitalità del diritto divino, che occorrerebbe per la sua vigenza storica come diritto. Non concepisce tale processo come una ricezione formale da parte dell'autorità, bensì come una presa di coscienza che può verificarsi mediante una dichiarazione del magistero ecclesiastico o tramite la conoscenza universale mediante il *sensus fidei*³⁷. Questa positivazione conoscitiva va distinta rispetto alla positivazione autoritativa che ha luogo quando le norme divine non regolano completamente una determinata relazione sociale o sorge una situazione nuova che comporta delle esigenze di giustizia che non costituiscono norme complete, e pertanto c'è bisogno di un'integrazione o perfezionamento umano di un nucleo di diritto divino³⁸.

Nella trattazione del 1970 Hervada aggiunge alla positivazione conoscitiva del diritto divino un riferimento alla necessità della sua formalizzazione, la quale viene descritta come tecnicizzazione dei suoi fattori ed elementi, ossia un insieme di determinazioni e conseguenze che consentono di renderlo più operativo (Hervada pone l'esempio dello *ius connubii*, nucleo di diritto naturale attorno al quale vi sono tante norme riguardanti la capacità matrimoniale, la forma di celebrazione, i processi di nullità, ecc.). L'autore fa notare che può esistere un diritto divino positivizzato ma preformalizzato³⁹. Come si può osservare, la dottrina circa la positivazione e la formalizzazione del diritto divino evidenzia fino a che punto esso è unito nella realtà al diritto umano, pur conservando sempre il suo valore proprio come diritto divino.

³⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 49-50.

³⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 51-53.

³⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 50-51.

5. VALUTAZIONE CRITICA DELLA DOTTRINA DI HERVADA

Indubbiamente la posizione di Hervada costituisce una forte affermazione dell'indole giuridica del diritto divino. Facendo il paragone con Bellini, che non accetta la teoria hervadiana della positivazione, sorge l'interrogativo su fino a che punto tale teoria sia d'accordo fino in fondo con la tesi della piena giuridicità del diritto divino: senza la positivazione conoscitiva si può sostenere che esso esiste pienamente come diritto, oppure tale positivazione è necessaria perché si abbia a che fare, come sostiene Lombardía, con un diritto in senso tecnico⁴⁰? A mio avviso, Hervada prende una posizione intermedia: parla della positivazione come necessaria per la vigenza storica del diritto divino in quanto diritto⁴¹. Ritengo che si tratti semplicemente di constatare che una norma divina sconosciuta non può essere operativa nel mondo umano, non può quindi esistere di fatto come norma giuridicamente rilevante *hic et nunc*. Ma tale norma possiede una giuridicità indipendente dalla sua vigenza storica? Penso che la risposta di Hervada sia positiva, in quanto sostiene che essa è veramente promulgata e radicalmente recepita nella Chiesa. A mio parere, si può parlare di una giuridicità veramente esistente ma non riconosciuta, essendo la positivazione meramente dichiarativa, non costitutiva.

Ritengo che questa problematica vada collegata con la concezione prevalentemente normativa del diritto divino che persiste in questi testi di Hervada. Si sta pensando sempre al diritto come norma vigente colta socialmente come tale. Se invece si adottasse la nozione di diritto come ciò che è giusto, si percepirebbe più facilmente che esso

⁴⁰ «Un diritto divino chimicamente puro non esiste, poiché, essendo il diritto qualcosa di tipicamente storico, ciò che è esclusivamente divino non è diritto in senso tecnico (benché sia *lex* infallibilmente giusta e radicalmente obbligatoria), e ciò che è propriamente diritto, anche quando segue molto da vicino il disegno divino, ha sempre un tocco di storicità, di bagaglio umano» (P. LOMBARDÍA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in *Ius Canonicum*, 16, 1976, n. 32, p. 72). «Il *ius divinum* solo potrà essere qualificato come diritto in termini tecnici, nella misura in cui è un diritto positivo, cioè storicamente operativo» (P. LOMBARDÍA, *Intervenciones en una mesa redonda sobre la "Lex fundamentalis"*, in *Id.*, *Escritos de Derecho canónico*, vol. III, EUNSA, Pamplona 1974, p. 374).

⁴¹ «Questa presa di coscienza da parte della Chiesa è una fase del passaggio all'esistenza storica delle norme divine, almeno per quanto concerne la pienezza del loro passaggio alla vigenza storica come diritto» (J. HERVADA, *Introducción al estudio*, cit., p. 50).

esiste pienamente anche quando non sia riconosciuto. Si supererebbe dunque radicalmente ogni residuo di positivismo canonico che potesse rimanere nell'elaborazione di Hervada⁴².

Al di là di questa problematica la trattazione di Hervada è fortemente realistica, nel senso ampio del termine (non in quello della concezione del diritto come realtà giusta), cioè molto fedele alla stessa realtà della Chiesa e della persona umana. Proprio il radicale senso dell'unità tra diritto divino e diritto umano gli consente di tener sempre presente la dimensione realmente divina in qualsiasi questione giuridico-ecclesiale, e nello stesso tempo di afferrare la specificità giuridica del diritto divino; e gli permette di superare le vedute del diritto umano come un ordinamento originario e dotato di completezza. In questo modo il diritto divino non appare come una realtà ecclesiale dai contorni certamente trascendenti ma non collegabili con l'esperienza giuridica universale; e il diritto umano non viene staccato dai suoi fondamenti per essere concepito in modo esclusivamente strumentale: si tratta di «un diritto umano che non è solo un'aggiunta, ma che ha, in relazione a quello divino, delle funzioni caratteristiche, che rientrano nella partecipazione che all'uomo gli è stata data nello sviluppo della storia della salvezza»⁴³.

Questo realismo si rende specialmente presente laddove Hervada coglie l'intrinseca appartenenza del diritto divino all'essere ontologico del mistero della salvezza, così come essa si manifesta nei beni della Parola e dei sacramenti, anche se in lui in questa tappa di diritto come ordine sociale giusto non è del tutto superata la dicotomia tra ontologia e diritto. Sul rapporto tra Parola e diritto egli afferma in termini netti: «Il diritto divino è nella Parola di Dio, sempre vivente nella Chiesa»⁴⁴. Circa le norme di diritto divino sui sacramenti egli scrive: «mediante i sacramenti e la stessa Chiesa in quanto sacramento di salvezza, esse si fanno presenti, e rimangono nella storia gli elementi divini che le

⁴² Circa tale problematica cfr. le sfumate conclusioni di P. POPOVIĆ, *Ius Divinum e il positivismo canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 36 (2024), pp. 513-540. Egli rileva che Hervada, nell'applicare in seguito la dottrina sulla positivazione al diritto naturale nel 1981, affermò in termini netti che «la positivazione non conferisce al diritto naturale l'indole giuridica – che possiede di per sé –» (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, trad. it., Giuffrè, Milano 1990, p. 181), e disse che generalmente (sta pensando ai casi in cui è autoritativa) essa «si limita ad essere un processo conoscitivo» (*ibidem*, p. 181).

⁴³ J. HERVADA, *introducción al estudio*, cit., p. 42.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 42.