

POSITIVISMO, NORMATIVISMO  
E REALISMO GIURIDICO  
NELLO *IUS ECCLESIAE*

POSITIVISM, NORMATIVISM, AND JURIDICAL REALISM  
IN THE *IUS ECCLESIAE*

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

RIASSUNTO · Il normativismo e il positivismo giuridico non sono sinonimi. Dopo aver indagato sui criteri distintivi del positivismo giuridico (teorico), questo studio applica detti criteri alla canonistica dal 1917 fino ad oggi, incluso al cosiddetto “positivismo canonico”. Tuttavia, detti criteri non riescono a rivelare il positivismo giuridico pratico denunciato da alcuni canonisti del XXI s. Solo il realismo giuridico sembra essere in grado di poter risolvere questa subdola problematica metodologica.

PAROLE CHIAVI · Normativismo, positivismo, realismo giuridico, codice, diritto canonico.

ABSTRACT · Normativism and juridical positivism are not synonymous. After investigating the distinctive criteria of (theoretical) juridical positivism, this study applies these criteria to canon law from 1917 until today, including the so-called “canonical positivism”. However, these criteria fail to reveal the practical juridical positivism denounced by some canonists of the 21st century. Only juridical realism seems to be able to resolve this subtle methodological problem.

KEYWORDS · Normativism, positivism, Juridical realism, Code, Canon law.

SOMMARIO: 1. Le nozioni di positivismo e di normativismo giuridico. – 2. Positivismo e normativismo giuridico nel diritto canonico. – 2.1. La canonistica del Codice pio-benedettino. – 2.2. Del Giudice e la scuola dogmatica italiana. – 2.3. La soluzione realista di Javier Hervada. – 3. La denuncia del positivismo pratico nel diritto canonico. – 4. Conclusione.

NEL 2017, ricorreva il centenario del Codice di diritto canonico, il primo in senso moderno. Diverse attività accademiche furono organizzate per questa occasione. A Roma ci fu, principalmente, il Congresso organizza-

schouppe@pusc.it, Professore incaricato di Rapporti tra Chiesa e società civile, Pontificia Università della Santa Croce, VA.

Contributo sottoposto a doppia revisione anonima (*double-blind peer review*).

to dalla *Consociatio*, il quale era stato preceduto dal Convegno tenuto presso la Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce.<sup>1</sup> Diversi storici e canonisti dell'intero mondo hanno illustrato diverse tematiche intorno al CIC 17 e ai due codici canonici vigenti e hanno presentato un bilancio della tecnica di codificazione. Accanto a numerose critiche più o meno severe, vi sono anche stati evidenziati alcuni vantaggi attribuiti alla codificazione. Ricordo una tavola rotonda del convegno tenutosi all'Apollinare, nella quale i relatori furono interrogati dal moderatore, il professore Giorgio Feliciani, per sapere se erano *pro* o *contra* la codificazione. Dopo qualche esitazione, la risposta fu massivamente favorevole al codice. Ovviamente, non si trattava di una adesione acritica e incondizionata, ma, insomma, molti pensavano che i vantaggi del *Codex* prendessero il sopravvento.

Durante questi due convegni rappresentativi della canonistica sono stato colpito dal frequente uso indifferenziato dei concetti di normativismo e di positivismo giuridico a proposito del diritto canonico. Orbene, questi concetti non sono sinonimi. Nella mia prima tesi dottorale,<sup>2</sup> ho evitato accuratamente di qualificare come positivisti i canonisti commentatori del CIC 17, i quali per lo più erano normativisti. Senz'altro, si può affermare che il normativismo è il denominatore comune dei canonisti del secolo XX posteriori alla prima codificazione, ma è corretto qualificarli come positivisti?

In questo studio, cercherò di precisare i concetti di normativismo e di giu-positivismo alla luce della scienza giuridica e della filosofia del diritto, e di individuare gli elementi che consentano di distinguerli tra di loro (1). Nella seconda parte, proverò ad analizzare la scienza canonica sin dall'epoca del *Codex* del 1917 fino ad oggi applicandogli detti criteri distintivi (2). Peraltro, alcuni studi del XXI s. sembrano mostrare che questi criteri distintivi del positivismo propri degli ordinamenti secolari non costituiscono uno strumento del tutto adeguato per rivelare una forma specifica di positivismo di indole pratico, che sembra esistere nel diritto canonico sin dalla prima codificazione (3).

#### 1. LE NOZIONI DI POSITIVISMO E DI NORMATIVISMO GIURIDICO

Sebbene, trattando del tema in maniera approssimativa, possa risultare agevole parlare di una dottrina o di una posizione orientata verso il "normati-

<sup>1</sup> Cfr. *Diritto canonico e culture giuridiche nel centenario del Codex Iuris canonici del 1917. XVI Congresso internazionale della Consociatio internationalis Studio Iuris promovendo*, a cura di J. Miñambres, Roma, EDUSC, 2019; *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, a cura di E. Baura, N. Álvarez de las Asturias, T. Sol, Milano, Giuffrè, 2017. Si veda anche *Gasparri, la France et la Codification*, «L'année canonique» 63 (2017), pp. 9-227.

<sup>2</sup> Cfr. J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia (Kluwer), 1987. La canonistica è studiata in particolare nelle pp. 141-147. La tesi alla base di questo libro fu diretta a Pamplona dal rimpianto Javier Hervada.

vismo-positivismo”, ciò non si giustifica, invece, fuori della volgarizzazione scientifica giacché il discorso accademico richiede precisione e distinzioni nell’uso dei rispettivi concetti. Conviene alla scienza canonica continuare ad adoperare nella misura del possibile concetti che ha in comune con la scienza giuridica in modo tale da facilitare i punti di connessione e d’intercambio con il diritto secolare in seno alla cultura giuridica generale, senza però occultare le sue rilevanti specificità. In questo senso, cercherò d’indagare qual è la nozione più comune di positivismo giuridico. Un esame dei dizionari e delle enciclopedie giuridiche palesa la rarità delle definizioni o descrizioni del positivismo. Sembra che i giuristi del secolo scorso, amanti della certezza del diritto, abbiano praticamente abbandonato alla filosofia del diritto dette tematiche astratte e a volte complesse. Pure nell’ambito canonico, il *Dictionnaire de droit canonique* di Raoul Naz, per esempio, non comprende le voci “positivismo” e “normativismo”. I giuristi civili ed i canonisti dotati di codici si interessavano alla legge o alla norma, oppure al diritto positivo, ma ben poco alle svariate questioni filosofiche.

Tuttavia, un po’ alla volta, cresce l’interesse dei giuristi civili e dei canonisti per queste tematiche, come illustra la *Enciclopedia del Diritto* (1978-1985), nella quale troviamo entrambe le voci. Secondo il costituzionalista e filosofo del diritto dell’Università La Sapienza, Franco Modugno, il *normativismo* è “la teoria del diritto secondo la quale, in generale, il diritto è riconducibile a norma”.<sup>3</sup> In questo studio si adopera quindi *normativismo* nella sua accezione più comune di ciò che è legato alla norma.<sup>4</sup> Il *positivismo giuridico* considera che il vero diritto “è il diritto positivo, in quanto diritto posto dallo Stato, secondo regole giuridiche”.<sup>5</sup>

Anche se per Kelsen<sup>6</sup> il positivismo giuridico è tipico dello Stato, positivismo e statualismo non s’identificano necessariamente; di fatto, come è risaputo, nel secolo scorso lo Stato è entrato in crisi e il diritto internazionale conosce i trattati direttamente applicabili nella legislazione degli Stati,

<sup>3</sup> F. MODUGNO, *Normativismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, t. 28, Milano, Giuffrè, 1978, p. 543.

<sup>4</sup> Quest’accezione del *normativismo* viene spesso designata in inglese dal termine “Legalism”. Non ci occuperemo, invece, di un’altra accezione del *normativismo* di uso frequente innanzitutto nella filosofia del diritto anglosassone, cioè un approccio al dover-essere del diritto in vista del regolamento del comportamento umano che cerca la fondazione del diritto oltre il formalismo delle norme. Su quest’argomento si veda, per esempio, il “Lexicon” di Lawrence B. Solum: [https://lsolum.typepad.com/legal\\_theory\\_lexicon/2003/12/legal\\_theory\\_le.html](https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/12/legal_theory_le.html) (consultato il 4 dicembre 2020).

<sup>5</sup> F. MODUGNO, *Positivismo giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, t. 34, Milano, Giuffrè, p. 448.

<sup>6</sup> Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, Deuticke, 1960<sup>2</sup>; trad. it. di M. G. LOSANO, *Dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990. Per una critica dal punto di vista del realismo giuridico, si veda C. J. ERRÁZURIZ M., *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*, Pamplona, Eunsa, 1986.

i quali sono costretti a rinunciare a sostenere i dogmi della completezza e della coerenza delle norme statuali. Inoltre, non esiste alcuna istanza internazionale al di sopra degli Stati per imporre a questi l'implementazione dei trattati internazionali secondo un concetto piramidale di gerarchia delle norme. Per quanto riguarda i rapporti tra diritto e morale, per il positivismo è chiara l'idea di una separazione tra i due ambiti: "è diritto perché vigente, non perché buono, e così via. Non è il contenuto a rendere giuridica la norma (ovverosia a farla riconoscere per valida), bensì la sua struttura formale [...], *rectius*: l'appartenenza di essa ad un insieme complessivo ed effettivo di norme, ossia il diritto inteso in senso oggettivo".<sup>7</sup>

In queste pagine, ovviamente, non è possibile accennare ai numerosi tipi di positivismi giuridici e alle loro notevoli evoluzioni. In modo sintetico, va segnalato che uno degli aspetti più rilevanti per molti autori positivisti – tra l'altro per Kelsen – è la *coazione della norma*, compresa la sanzione penale. Orbene, una siffatta concezione rischia di degenerare in prepotenza del potere e della sua forza, come hanno mostrato i totalitarismi di diversi segni che hanno segnato il xx secolo.

A quel riguardo, stupisce che Norberto Bobbio *conceda alla forza il ruolo che corrisponde al contenuto* delle norme,<sup>8</sup> il che sembra rappresentare un grave minaccia per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali, anche qualora il diritto cercasse di regolare l'uso della forza. Questa posizione non è isolata, ma, secondo Bobbio, si tratta dello sviluppo di una linea teorica condivisa con diverse sfumature da Jhering, Kelsen, Alf Ross e K. Olivecrona.<sup>9</sup> Non stupisce che, addirittura all'interno dei positivisti, molti si siano opposti a questa impostazione e ne abbiano criticato l'imperativismo, facendo valere, per esempio, la mancanza di coercizione del diritto consuetudinario, l'esistenza di diritti fondamentali, l'autonomia privata come fonte normativa, ecc. In un testo più recente, Bobbio torna sull'argomento e spiega l'evoluzione avutasi nel seno del positivismo giuridico a proposito della coercizione: "per la teoria classica la coercizione è il *mezzo* con cui si fanno valere le norme fatte valere coattivamente; per la teoria moderna la coercizione è l'*oggetto* delle norme giuridiche, o, in altri termini il diritto è il complesso di norme regolanti l'uso della forza coattiva".<sup>10</sup> Poi, il professore torinese ribadisce che la forza è il contenuto e l'oggetto del diritto.<sup>11</sup>

Senza altro, il positivismo attuale non ha più molto a che vedere con il giuspositivismo ottocentesco. Di fatto, una delle principali differenze è che l'attenzione dei giuristi di questa corrente si è generalmente spo-

<sup>7</sup> F. MODUGNO, *Positivismo*, cit., p. 450.

<sup>8</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, «Rivista di diritto civile» 12 (1966), pp. 537 ss.

<sup>9</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 546 ss.

<sup>10</sup> *Id.*, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 156.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 161.

stata dalla norma singola all'ordinamento giuridico: "le norme sono giuridiche in quanto appartenenti ad un insieme, ad un sistema coerente e completo".<sup>12</sup>

Così, da un canto, il normativismo si incontra con il positivismo in quanto entrambi affermano la necessità della "positività" (l'essere "posta" nell'ordinamento) ma, dall'altro, si differenzia da esso, in quanto, per il positivismo "la validità della norma in un ordinamento non è condizionata dal suo 'valore' deontologico, ma semplicemente dal suo 'esser parte' dell'ordinamento".<sup>13</sup> L'idea di base della piramide di Kelsen, ossia la gerarchia delle norme presidiata dalla formale e fittizia *Grundnorm*, va accompagnata dal postulato che dall' "essere" non può ricavarsi alcun "dover essere",<sup>14</sup> separando irrimediabilmente le norme giuridiche dalla realtà. Tuttavia, come ha rilevato Peces-Barba, se il fondamento delle norme riposa sul potere legislativo o costituzionale, che detiene la forza e può regolarne l'uso, vengono relativizzati non solo la *Grundnorm* ma, giacché il potere è un fatto, anche il principio di una radicale separazione tra *Sein* und *Sollen*.<sup>15</sup>

Tra i testi di filosofia del diritto disponibili, vi è la voce "giuspositivismo" dell'*Enciclopedia filosofica* di Mauro Barberis. Giurista e filosofo del diritto di Trieste, rifacendosi alla teorizzazione di Bobbio, mostra come il giuspositivismo teorico e quello ideologico non sono più sostenibili e, quindi, rimane in piedi solo il *giuspositivismo metodologico*, che "afferma la possibilità di una conoscenza *avalutativa* e dunque scientifica del diritto, come fatto fra altri fatti".<sup>16</sup> Da questo punto di vista, si osserva una evoluzione della teoria: la netta separazione tra diritto e morale di una volta è stata sostituita da una mera *separabilità*. Infatti, una radicale separazione non era più credibile nel contesto dei regimi costituzionali che hanno introdotto valori e principi come la giustizia, l'uguaglianza o la solidarietà. Per sopravvivere alle numerose critiche formulate anzitutto dai giusnaturalisti, dai realisti scandinavi e americani centrati sui fatti e sulla giurisprudenza – da non confondere con il realismo classico –, ma anche da autori positivisti delusi, il positivismo giuridico continua a dividersi in nuove correnti. Seguendo la stessa voce enciclopedica, vediamo che, di fronte al *neocostituzionalismo* di Dworkin, che riafferma una sua ipotesi minimalista<sup>17</sup> della tesi giusnaturalista della connessione necessaria tra diritto e morale, sorge una duplice riposta divergente: da un lato, in una impostazione più radicale, Josef Raz nega la possibilità d'incor-

<sup>12</sup> F. MODUGNO, *Positivismo*, cit., p. 450.

<sup>13</sup> ID., *Normativismo*, cit., p. 544.

<sup>14</sup> In quella logica nessun dover essere può ricavarsi dall'essere, nemmeno da un "essere inerente all'ordinamento".

<sup>15</sup> Cfr. B. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983.

<sup>16</sup> M. BARBERIS, *Giuspositivismo*, *Enciclopedia filosofica*, Milano, Bompiani, 2006, p. 4856 (le corsive sono dell'A).

<sup>17</sup> In una mera concezione liberale dell'eguaglianza.

porare valori morali (giuspositivismo *esclusivo*);<sup>18</sup> dall'altro, Hart ammette che il diritto positivo possa incorporare valori morali in modo *contingente*, e quindi accetta la tesi della separabilità escludendo solo le connessioni *necessarie* fra diritto e morale; si tratta quindi di un giuspositivismo *inclusivo*.<sup>19</sup>

Nella sua voce *Positivismo jurídico* di un dizionario il giusfilosofo spagnolo Pedro Serna conferma le già accennate affermazioni sulla tesi della separabilità fra morale e diritto. Segnala la comparsa di un c.d. "positivismo etico" che vincola il dovere di obbedienza ai valori democratici. Nella sua conclusione, evidenzia che, lasciando da parte i tentativi di "positivismo etico" e di altri autori sostenitori di un "positivismo includente" –tuttavia queste teorie offrono poche garanzie etiche dal punto di vista del diritto naturale classico e della dottrina sociale della Chiesa–, "le versioni più fedeli alla tradizione del positivismo giuridico, specialmente rappresentate da J. Raz e i suoi seguaci, si limitano oggi a sostenere che non esiste una connessione concettuale tra diritto e morale; di conseguenza, la validità del diritto dipende da alcuni fatti socialmente rilevanti (la sua efficacia, produzione istituzionale ed il riconoscimento degli organi giudiziari che si considerano organi primari del sistema). Perciò, la sua identificazione e descrizione possono essere realizzate applicando criteri empirici ed evitando giudizi di valore".<sup>20</sup>

L'indifferentismo etico caratterizzante del giuspositivismo è anche sottolineato nella definizione di Francesco d'Agostino: "la dottrina del *giuspositivismo* (in quasi tutte le sue varianti), negando valore teoretico al tema della giustizia o comunque qualificandolo alla stregua di un tema extra-giuridico, si preclude la comprensione della complessa dimensione antropologica del diritto, facilitandone al contempo – ma anche banalizzandone – la comprensione operativa e prammatica".<sup>21</sup> In modo analogo, Andrés Ollero fa vedere come l'identificazione del diritto con la legge conduca ad atteggiamenti di relativismo, o incluso di scetticismo, e spinga verso il formalismo metodologico; ne conclude che "il relativismo o scetticismo su possibili contenuti reali di giustizia scarta ogni tentativo di fondamentazione "materiale" dell'obbligatorietà giuridica. Relativismo e formalismo si uniscono, quindi, nell'ambito gnoseologico e in quello etico".<sup>22</sup>

\*

<sup>18</sup> Cfr. J. RAZ, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>19</sup> Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994<sup>2</sup>.

<sup>20</sup> P. SERNA, *Positivismo jurídico*, in *Diccionario de Filosofía del Derecho* (A. L. González, ed.), Pamplona, Eunsa, 2010, p. 893 (trad. dell'A.). Per uno sviluppo del suo pensiero, vedi ID., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.

<sup>21</sup> F. D'AGOSTINO, *Il giuspositivismo*, in *Giustizia. Elementi per una teoria*, Milano, San Paolo, 2006, n. 40, p. 21.

<sup>22</sup> A. OLLERO, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial de derecho reunidas, 1982, p. 34 (trad. dell'A.).

A questo punto, sembra di fare opera utile traendo alcune conclusioni provvisorie sul positivismo e sul normativismo che potranno servire per esaminare la possibilità del positivismo giuridico *in sede canonica*. Il positivismo giuridico (legalista) porta con sé una visione formalistica che esonera il legislatore da ogni dovere di raggiungere una determinata finalità (bene comune) o di attenersi a delle esigenze di razionalità poiché la volontà del legislatore prende la meglio sulla ragione. Perciò, sia per i funzionari che per i cittadini l'ubbidienza alle norme valide della autorità competente costituisce un motivo sufficiente in conformità al troppo conosciuto *slogan* "la legge è la legge".

Così, si evidenziano due elementi basilari del positivismo legalista nonché una conclusione relativa al normativismo:

1°) per quanto riguarda il *contenuto morale* delle singole norme, il positivismo non include alcun riferimento al dominio della moralità nell'identificazione del contenuto della norma o della sua validità; anche se il contenuto di una norma si intreccia con qualche valore morale o comunque metagiuridico, l'obbligatorietà di tale valore viene definita esclusivamente a partire dalla sua positivizzazione nell'ordine giuridico e *non in forza della sua rettitudine morale o veritativa*;

2°) in mancanza di chiare esigenze contenutistiche (etiche o dottrinali), tutta l'attenzione del sistema positivista riposa sull'aspetto *formale*: l'"essere parte" di un ordinamento giuridico basta per conferire una *validità alle norme*;

3°) il *normativismo*, invece, può essere *aperto* a criteri morali e alla trascendenza nel senso che è compatibile con l'idea tomista che le norme divine fondano le norme umane e, al contempo, queste possono completarle per via di determinazione o di conclusione.

## 2. POSITIVISMO E NORMATIVISMO GIURIDICO NEL DIRITTO CANONICO

I canonisti che si sono interessati a questa tematica condividono l'opinione che il giuspositivismo comporti i due elementi già evidenziati: il contenuto morale *indifferente* e la necessaria ricezione *formale* del legislatore. Nel suo trattato di teoria fondamentale, Carlos José Errázuriz giunge a una conclusione simile: "il positivismo giuridico, entro la sua varietà di forme, tende a vedere il diritto come mera tecnica di regolazione della vita sociale, compatibile con qualsiasi contenuto, ed il cui valore giuridico dipenderebbe dalla capacità di imporsi di fatto, ricorrendo all'occorrenza alla forza. In questo modo il diritto viene inteso come una realtà estrinseca rispetto alla persona umana e alle sue relazioni sociali".<sup>23</sup>

<sup>23</sup> C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, t. 1, Milano, Giuffrè, 2009, p. 20.

Peraltro, è stato messo in risalto che, a differenza del positivismo, il *normativismo* non è necessariamente una concezione escludente della trascendenza e chiusa ai criteri etici. Questo terzo aspetto –la *apertura* al diritto divino–, che è senz’altro importante per qualsiasi sistema giuridico, riveste una particolare rilevanza nel diritto canonico. Tuttavia, il carattere “aperto” di determinati normativismi non giustifica tutto e concretamente non consente di abbassare la guardia nei confronti di alcuni aspetti di criticità verso le teorie normativiste. Come nota Eduardo Baura, “il normativismo porta poi a considerare che i diritti sono soltanto quelli riconosciuti e tutelati dalla norma, al punto che tutto ciò che non rientra nell’ambito normativo sarebbe metagiuridico”; e ciò, “anche qualora uno affermasse l’esistenza del diritto naturale”.<sup>24</sup> In quanto considerato come metagiuridico, il diritto naturale è oggetto di una riduzione e va inteso come costitutivo di un mero obbligo morale.

In linea con questa “apertura” del normativismo, molti autori hanno sviluppato teorie con riferimenti al diritto divino (naturale e rivelato), come richiede il diritto canonico. Anzi, in modo generale, si può affermare che i commentatori del CIC 17 appartengano principalmente a questa categoria; tuttavia, alcuni canonisti sotto l’influenza del positivismo rigettano la giuridicità del diritto divino. Dopo aver ribadito l’inaccettabilità dei postulati positivisti giacché “non è possibile privare il diritto divino di efficacia giuridica”, Baura ammette che un ordinamento aperto al diritto divino naturale e positivo possa superare il positivismo, ma rimanere normativista nel senso che “l’idea di ordinamento è sempre incentrata sulla norma giuridica”.<sup>25</sup> Perciò, come illustra la canonistica del secolo scorso, anche se questa concezione presenta notevoli inconvenienti per la scienza canonica, occorre prendere atto che il normativismo è stato accettato e addirittura favorito dalle autorità ecclesiali. Con queste precisazioni concettuali, possiamo affrontare successivamente la canonistica del CIC 17 (1), la teoria della *canonizatio* di Del Giudice (2), la soluzione di Hervada prendendo le mosse dal realismo giuridico (3).

### 2. 1. *La canonistica del Codice pio-benedettino*

Per i c.d. canonisti “tradizionali”, che lavorano principalmente per la curia romana e gli atenei pontifici, ma anche al servizio di diverse facoltà di diritto canonico sparse nel mondo, il *Codex*, nonostante il radicale cambiamento metodologico di origine civilistica che implica il ricorso alla tecnica codiciale, non viene percepito come una rottura, ma si iscrive su uno sfondo di continuità con la scienza canonica anteriore. Sebbene il metodo codiciale comporti molti vantaggi e rappresenti un progresso sul piano della qualità tecnica, la sua adozione implica comunque non pochi condizionamenti e

<sup>24</sup> E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma, EDUSC, 2013, p. 53.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 163.

notevoli influenze ideologiche.<sup>26</sup> Mentre, all'inizio del xx secolo, il diritto canonico insegnato da Wernz era ancora incentrato sulla risoluzione di casi concreti prendendo le mosse dai decreti e dalle decretali raccolti tra l'altro nel *Corpus Iuris Canonici*,<sup>27</sup> il CIC 17, con le sue regole astratte e astoriche, allontana il canonista dall'arte del giusto nelle relazioni giuridiche e fa dei canoni codiciali il centro di riferimento del diritto canonico, con una certa tendenza al monopolio legislativo. Si è parlato di un vero cambiamento di paradigma.<sup>28</sup> A questo riguardo, è risaputa l'asserzione attribuita a Pietro Gasparri: *quod non est in Codice non est in mundo*. Ma non v'è dubbio che, al contrario dei positivisti, questi canonisti rispettavano il diritto divino in quanto *ius cogens*, quindi senza che fosse necessaria una recezione formale da parte del legislatore ecclesiale.

I canonisti ai quali toccò insegnare nei primi decenni dopo la promulgazione del CIC, strettamente tenuti ad effettuare un commento esegetico dei canoni del codice, il quale non si poteva nemmeno tradurre ufficialmente,<sup>29</sup> presentano di ordinario poca originalità. Per quanto riguarda il concetto di diritto, i commentatori fanno accenno alle tre accezioni classiche del diritto – *lex, facultas, iustum* – ma poi danno la prevalenza al diritto come *complexus legum*, a volte mettendo anche in risalto l'accezione del diritto soggettivo inteso come effetto prodotto dalla legge. Perciò, non stupisce che la maggioranza di quegli studiosi tendano a perdere di vista il realismo giuridico come accezione principale e operativa del diritto. In conseguenza, si affievolisce la loro consapevolezza che il diritto canonico non si occupa anzitutto di applicare le norme vigenti, bensì di determinare il *giusto* nelle relazioni di giustizia, conforme all'accezione del diritto cara a Aristotele, ai giureconsulti romani ed a Tommaso d'Aquino.<sup>30</sup>

Come esempio di definizione del diritto canonico come complesso di norme ci basterà fare un accenno al trattato di Wernz-Vidal: “*complexus legum sive a Deo sive ab ecclesiastica auctoritate latarum, quibus Ecclesia catholica*

<sup>26</sup> Rimando alla lucida sintesi di C. FANTAPPIÈ, *Vantaggi e limiti della codificazione del 1917*, in *Diritto canonico e culture giuridiche*, cit., pp. 63-93.

<sup>27</sup> Cfr. F. X. WERNZ, *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, Romae, Prati, 1905-1914<sup>2</sup>.

<sup>28</sup> Per quanto riguarda il cambio di paradigma avvenuto, si veda C. FANTAPPIÈ, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, in *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, cit., pp. 3-34; ID., *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, Bologna, EDB, 2019.

<sup>29</sup> Cfr. S. CONGREGAZIONE DI SEMINARI E UNIVERSITÀ, Decreto del 7 agosto 1917, «AAS» 9 (1917), p. 439. Occorrerà aspettare un intervento di Pio XI nel 1931 perché sia consentita alla scienza canonica una maggiore libertà.

<sup>30</sup> Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986 (introduzione di F. d'Agostino).

ordinatur".<sup>31</sup> Così, i canonisti normativisti riconoscono due fonti formali di giuridicità: Dio e il potere ecclesiastico,<sup>32</sup> mentre, come vedremo di seguito, Del Giudice ed i suoi seguaci ammettono solo il potere ecclesiastico. Tuttavia, occorre aggiungere una rilevante sfumatura: molti degli autori normativisti, che accettano la giuridicità del diritto divino naturale e positivo, escludono, invece, che il diritto divino faccia parte del diritto canonico in senso stretto o dell'ordinamento canonico,<sup>33</sup> come si può constatare, tra l'altro, nelle opere di Wernz,<sup>34</sup> Vermeersch-Creusen<sup>35</sup> e Michiels.<sup>36</sup>

## 2. 2. *Del Giudice e la scuola dogmatica italiana*

Rispondendo all'invito rivolto da Vincenzo Del Giudice, molti canonisti laici italiani adottano il concetto di *ordinamento giuridico* coniato da Santi Romano.<sup>37</sup> Benché questa scelta metodologica consenta un vero perfezionamento tecnico per la scienza canonica, essa rischia di snaturare il diritto canonico in quanto detto concetto possa entrare in contrapposizione con alcuni dei suoi tratti specifici, in particolare con l'efficacia giuridica fondante del diritto divino, sia naturale che rivelato. Per tentare di giustificare la sua applicazione al diritto ecclesiale, Del Giudice elabora una teorizzazione circa i rapporti tra diritto divino e diritto umano nell'ordinamento canonico (la *canonizatio*), che avrà una grandissima influenza. Pochi autori della scuola dogmatica italiana si mostrarono critici nei confronti di questa tesi:<sup>38</sup> principalmente Pio Ciprotti,<sup>39</sup> Anna Ravà<sup>40</sup> e Piero Bellini.<sup>41</sup>

<sup>31</sup> F. X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius Canonicum*, t. 1, *Normae generales*, Romae, Pontificia Universitas Gregoriana, 1938, p. 68. Vedi anche F. MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici*, t. 1, Roma, Ed. del Corazón de María, 1918, p. 17 ss.; A. VERMEERSCH, J. CREUSEN, *Epitome Iuris canonici*, I, Mechliniae-Romae, Desclée-De Brouwer, 1949, p. 16; G. MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici*, Tornaci-Romae, Desclée, 1949, pp. 4-6; M. CONTE A CORONATA, *Compendium Iuris canonici*, I, Romae, Marietti, 1950, p. 2; E. F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. 1, Santander, Sal Terrae, 1951<sup>4</sup>, p. 9; F. M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, Romae, Universitatis Gregoriana, 1961<sup>6</sup>, pp. 5 ss.

<sup>32</sup> Per esempio, il can. 6, 6° rinvia esplicitamente al diritto divino naturale o positivo per determinare quali leggi sono ancora vigenti dopo l'entrata in vigore del CIC 17.

<sup>33</sup> Cfr. J. M. RIBAS BRACONS, *El derecho divino en el ordenamiento canónico*, «Revista española de derecho canónico» 20 (1965), pp. 280 ss.

<sup>34</sup> F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, I, Romae, Ex typographia polyglotta, 1898, n. 46, pp. 51-52.

<sup>35</sup> A. VERMEERSCH, J. CREUSEN, *Epitome Iuris canonici*, I, cit., p. 16.

<sup>36</sup> G. MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici*, cit., pp. 4-6.

<sup>37</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1951<sup>2</sup>.

<sup>38</sup> Per esempio, P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, Cedam, 1962, p. 88 sostiene pienamente la *canonizatio*.

<sup>39</sup> Torneremo più avanti su quest'autore (cfr. *infra* 2.2. c).

<sup>40</sup> Cfr. A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 100.

<sup>41</sup> Cfr. P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, «Il Diritto Ecclesiastico», 1, 68 (1957), pp. 121 ss.

Del Giudice definisce il diritto canonico 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”.<sup>42</sup> Se le norme “poste” sono umane, le norme “fatte valere” si riferiscono al diritto divino, il quale, secondo lui, non può acquisire una validità giuridica tranne che mediante una *canonizatio* del diritto divino, cioè “l'atto in cui il diritto divino passerebbe da essere un fenomeno metagiuridico alla sua valenza giuridica, sempre mediante la sua recezione nel diritto positivo umano”.<sup>43</sup>

Perciò, “benché non neghi direttamente l'esistenza del diritto divino”, nota Baura, “non riconoscendo la sua giuridicità arriva di fatto alla stessa conclusione del positivismo”.<sup>44</sup> In altri termini, al contrario di ciò che sostiene la bimillenaria tradizione giuridico-canonica, una recezione formale dal legislatore canonico sarebbe necessaria perché il diritto divino possa diventare giuridico. Non siamo più in presenza di un mero normativismo, come nel caso della canonistica tradizionale, bensì davanti a manifestazioni di un “positivismo canonico” che contraddice l'auto-comprensione che si trova nelle fonti canoniche. Questo si osserva, per esempio, nel can. 1529 CIC 17 relativo ai contratti patrimoniali, che contiene una clausola che fa prevalere il rispetto del diritto divino in modo assoluto su qualsiasi norma umana contraria; inoltre, il codice pio-benedettino contiene diversi altri riferimenti al diritto divino, sui quali non sembra necessario soffermarci.

Pur essendo adottata anzitutto dagli ecclesiastici e canonisti delle facoltà di giurisprudenza italiane, la teoria della *canonizatio* non è stata appannaggio della scuola dogmatica e la sua espansione oltrepassò ampiamente i confini della penisola italiana. Illustrerò quest'asserzione con alcuni esempi scelti principalmente nella canonistica belga (a) e francese (b), avvertendo che la precisa qualificazione di alcuni autori non sia sempre evidente, come si vedrà tra l'altro nel caso di Ciprotti (c).

a) A *Lovanio*, l'eminente Alphonse Van Hove ritiene che le norme di diritto divino sono delle realtà morali che, per diventare giuridiche, hanno bisogno di una ricezione formale del legislatore canonico.<sup>45</sup> La frase seguente

<sup>42</sup> V. DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto canonico*, 12<sup>o</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1970, p. 1.

<sup>43</sup> *Ibid.* A proposito della *canonizatio* Del Giudice precisa ancora: “nessun dubbio che la forza intrinseca delle norme costituenti il diritto divino deriva, in primo momento, della 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 istituto 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” (V. DEL GIUDICE, *Canonizatio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Padova, Cedam, 1940, p. 226).

<sup>44</sup> E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico*, cit., p. 167.

<sup>45</sup> Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem Iuris canonici*, Mechliniae-Romae, H. Des-sain, 1945, pp. 11-13.

illustra in modo eloquente la sua concezione morale delle norme divine: “per eam [Ecclesiam] obligatio iuris divini *ex mere morali fiat iuridica*”.<sup>46</sup> Van Hove sarà frequentemente citato accanto a Del Giudice tra i principali rappresentanti della necessità di una ricezione formale delle norme di diritto divino nell’ordinamento canonico.

Le pubblicazioni di Willy Onclin mostrano bene la complessità che suppone a volte la classificazione tra positivismo e normativismo canonico. Pur schierandosi a favore del diritto naturale classico in una nota bibliografica (senza però entrare nel nocciolo canonico della questione), Onclin non esce indenne dall’ambiente positivista e rinvia apertamente alla spiegazione di Van Hove.<sup>47</sup> Siffatta constatazione non deve stupire se si prende in considerazione che il teoretico del diritto di riferimento a Lovanio era Jean Dabin, il quale si pronunciò a favore della tesi della natura morale (e non giuridica) del diritto naturale<sup>48</sup> e proprio perciò fu criticato dal giusnaturalista Jacques Leclercq in seno della stessa *Alma mater*.<sup>49</sup> Pur essendo stato discepolo di Van Hove, Henri Wagnon rimane durante tutta la sua carriera un fedele sostenitore del diritto naturale classico, posizione che difende anzitutto nei

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 35 (le corsive sono dell’A.).

<sup>47</sup> Cfr. W. ONCLIN, *La force obligatoire de la norme juridique*, «Ephemerides Theologicae Lovanienses» 18 (1941), pp. 268-278. A proposito dell’opera parigina di R. D. Loukith su questa tematica, Onclin sintetizza le tre principali teorie (formalista di Kelsen, sociologica di Durkheim e la dottrina del diritto naturale, classica e moderna) e sostiene la posizione del diritto naturale classico contro l’autore del libro. Tuttavia, Onclin rivela chiaramente la sua posizione su questa tematica in un articolo ulteriore, che data la sua rilevanza per la nostra ricerca, citerò nella sua versione originale: “Canon law is an ensemble of positive prescriptions, namely, the ensemble of prescriptions which, in view of the realization of the common spiritual good of the faithful, are decreed by the authority in the Church constituted to govern it, or which are at least received and confirmed by this authority. To be canonical in the strict sense of the term, these prescriptions must emanate directly or indirectly from the authority on which Christ conferred the responsibility of directing His Church.” (ID., *Church and Church Law*, «Theological Studies» 28 [1967], p. 743). Questo testo si riferisce alle *Prolegomena* di Van Hove. Curiosamente, in un altro articolo pubblicato lo stesso anno proprio sulla legge canonica, Onclin evita di affrontare il tema del rapporto diritto divino e diritto canonico: ID., *La noción de ley canónica*, «Ius Canonicum» 7 (1967), pp. 25-40. In uno studio anteriore ribadisce la posizione sostenuta nella rivista nordamericana e si oppone a Gismondi a proposito della possibilità di riconoscere alcuni diritti soggettivi ai non battezzati nella Chiesa in forza del diritto naturale (ID., *De Iurium subjectivorum fundamento ac natura*, «Ephemerides Iuris Canonici» 8 [1952], pp. 14-15).

<sup>48</sup> Cfr. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969<sup>2</sup>. Dalla naturale morale del diritto naturale Dabin deduce che non si dovrebbe più parlare di rapporti tra diritto naturale e diritto positivo, bensì di rapporti tra diritto e morale.

<sup>49</sup> Cfr. J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel. 1. Le fondement du droit et de la société*, Namur, Wesmael-Charlier, 1957<sup>4</sup>). Sul declino del diritto naturale in Belgio nel secolo scorso, si veda, J.-P. SCHOUPPE, *Convergences et différences entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes*, «Ius Ecclesiae» 12 (2000), pp. 49 ss.

suoi scritti di diritto internazionale, nei quali precisa che la forza giuridica del diritto naturale non ha bisogno di una formalizzazione positiva per esistere.<sup>50</sup>

b) In Francia, sia Raoul Naz<sup>51</sup> (Lille) che Louis de Naurois<sup>52</sup> (Tolosa), pur attenti a rispettare il diritto naturale ed a far valere le specificità del diritto canonico, sono stati contaminati dal formalismo positivista. Molti autori di quest'epoca, adottando una concezione tecnica del diritto canonico o dell'ordinamento canonico, si riferiscono a un insieme di norme "proposte, elaborate o canonizzate" dalla Chiesa. Cogliere il significato preciso della "proposta" di norma di diritto divino emanata dall'autorità ecclesiale non è sempre ovvio. Anche se detta proposta sembra poter essere intesa come meramente dichiarativa e non costitutiva, le divergenze interpretative degli autori contribuiscono a suscitare una certa ambiguità. Per esempio, nel suo *Traité de droit canonique*, Naz adopera questa definizione del diritto canonico – quindi la stessa che figura nel *Dictionnaire* da lui curato – ma, alcune pagine prima, prende le difese del diritto divino, fonda il diritto sulla dignità della persona umana e condanna severamente il positivismo giuridico.

Secondo la visione positivista, "l'unica ragione del diritto è l'ordine pubblico, e la sua unica fonte, l'autorità sociale che non deve preoccuparsi in assoluto della coscienza personale. Sono ben conosciute le iniquità alle quali ha portato quel positivismo giuridico che non riconosce alcun diritto superiore alle leggi dell'autorità sociale".<sup>53</sup> Ciononostante, la definizione del diritto canonico che Naz adotta porta a classificarlo tra i sostenitori del c.d. 'positivismo canonico'. Quindi, come gli altri esempi appena rapportati, questo dimostra la tesi sostenuta in questo studio, ossia che molti canonisti sono normativisti e che di ordinario quelli più influenzati dal positivismo giuridico hanno aderito ad un "positivismo canonico", che bisognerà non confondere con il positivismo giuridico teorico riscontrabile negli ordinamenti secolari.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Cfr. H. WAGNON, *Droit naturel et doctrine concordataire*, in *Miscellanea moralia in honorem eximii domini Arthur Janssen*, Louvain, Duculot, 1948, pp. 353-380. Peraltro, a livello dei seminari belgi, sarà molto diffuso il manuale di E. CLAEYS BOUUAERT, G. SIMENON, *Manuale Juris Canonici ad usum seminariorum*, De Meester, Gandi et Leodii, 1930<sup>3</sup>. Il primo tomo a cura di Claeys Bouuaert, che tratta delle norme generali, rivela un sano normativismo e una prospettiva pratica.

<sup>51</sup> Cfr. R. NAZ, *Droit canonique*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, Letouzey et Ané, 1949, col. 1446.

<sup>52</sup> Cfr. L. DE NAUROIS, *Qu'est-ce que le droit?*, «Revue de droit canonique» 8 (1958), pp. 164 ss. e 253 ss. Si veda la recente tesi comparatistica tra de Naurois e Wagnon sostenuta da P. LAFFON DE MAZIÈRES, *Le droit des relations Église-États chez Louis de Naurois et Henri Wagnon, Histoire comparée de deux doctrines*, Paris, L'Harmattan, 2020 (prefazione di R. Minnerath).

<sup>53</sup> R. NAZ, *Traité de droit canonique*, I, Paris, Letouzey et Ané, 1954, p. 10 (trad. dell'A.).

<sup>54</sup> Altri canonisti francesi, forse meno conosciuti a livello internazionale, come Émile

c) Il caso di *Pio Ciprotti* è emblematico della complessità inerente alla corretta qualifica di un autore. Nella prefazione della sua *Parte generale* l'emittente giurista romano indica che la novità di questo trattato è proprio il tentare di elaborare una teoria generale del diritto canonico ispirata alla teoria generale dello Stato (italiana) e annuncia la concezione del diritto come un "complesso di imperativi destinati al coordinamento di interessi degli uomini".<sup>55</sup> Al trattare dell'articolazione tra diritto divino e diritto canonico, adotta la teoria della *canonizatio* e assume le due classiche funzioni fondamentali del diritto divino: una positiva e l'altra negativa (norma di chiusura dell'ordinamento). Se i precetti divini "devono essere osservati dalle più alte autorità della Chiesa", quelli "che non siano stati fatti valere dalla Chiesa, non fanno parte del diritto canonico in senso stretto, pur essendo ugualmente obbligatori" e rimanda espressamente alla posizione di Van Hove e di Del Giudice.<sup>56</sup> Tuttavia, quest'autore è stato generalmente considerato come critico nei confronti del positivismo, come lui stesso afferma quando parla di una doverosa "negazione del positivismo giuridico".<sup>57</sup> L'ambiguità sembra provenire dall'obbligatorietà delle norme divine in sé, cioè senza la ricezione formale del legislatore umano; per lui, si tratterebbe solo di una obbligatorietà metagiuridica o morale ma non canonica. Peraltro, Ciprotti ha contribuito a rendere effettiva la funzione negativa del diritto divino a proposito del can. 1529 CIC 17<sup>58</sup> e, successivamente, durante i lavori di redazione del codice nella preparazione del can. 22 del CIC 83. Ciononostante, l'elemento decisivo è stato la sua opzione a favore della *canonizatio* del diritto divino alla stregua di Del Giudice e Van Hove.

### 2. 3. *La soluzione realista di Javier Hervada*

Uno dei principali protagonisti della reazione contro il positivismo canonico fu Javier Hervada, che prende le mosse da una lettura del realismo giuridico ancora provvisoria e imperfetta. Paradossalmente, il primo canonista che egli dovrà convincere sarà il suo maestro e collega Pedro Lombardía, il quale, senza offrire una grande resistenza, aderisce a questa concezione insieme nuova ed antica. Come discepolo diretto di Del Giudice nella sua

Jombart et Adrien Cance, si caratterizzano anche per il loro normativismo e la prospettiva pratica del loro commentario (cfr. E. JOMBART, *Manuel de Droit canon conforme au Code de 1917 et aux plus récentes décisions du Saint-Siège*, Paris, Beauchesne, 1958<sup>2</sup>; A. CANCE, *Le Code de droit canonique. Commentaire succinct et pratique*, t. 1, Paris, Gabalda, 1930<sup>6</sup>). Sull'argomento si veda T. SOL, *Quelques aspects de la réception et de l'enseignement du code de 1917 en France*, «L'année canonique» 58 (2017), pp. 115-145, spec. pp. 137 e s.

<sup>55</sup> Cfr. P. CIPROTTI, *Lezioni di diritto canonico. Parte generale*, Padova, Cedam, 1943, pp. IV-V.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 70-71.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>58</sup> P. CIPROTTI, *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi civili*, Roma, Edizioni universitarie, 1941, pp. 86 e s.

epoca italiana, Lombardía aveva assimilato la teoria della *canonizatio* e, successivamente, l'aveva applicata al diritto canonico – nel trattato sulla persona fisica – senza badare al pericolo di positivismo legalista che detta teoria portava con sé. Durante gli anni 1958-1960 avvenne la sua prima conversione intellettuale,<sup>59</sup> che darà luogo all'elaborazione di una metodologia sistematica, della quale il maestro Del Giudice era protagonista, ma rinnovando la sistematica in modo da rispettare la giuridicità del diritto divino. Ulteriormente, il futuro fondatore della scuola di Pamplona farà l'esperienza di una seconda conversione: questa volta relativa alla libertà ed ai diritti fondamentali dei fedeli.

Nella sua veste giusfilosofica, Hervada distingue con precisione e profondità le nozioni chiave, che si possono sintetizzare nel modo seguente: il normativismo è la concezione del diritto come un sistema di norme; detto concetto è ben distinto dal positivismo, che qualifica come “legale” e rigetta radicalmente.<sup>60</sup> Nella prospettiva del realismo giuridico, l'ordinamento è considerato un “complesso di relazioni giuridiche regolate dalla norma”<sup>61</sup> e non un complesso di norme. Queste precisazioni sono state scritte da Hervada dopo la sua conversione al realismo giuridico della *ipsa res iusta* avvenuta nell'anno 1980. In questa opera si distanzia dal concetto di “realtà sociale giustamente ordinata”, l'accezione principale del diritto che sosteneva all'inizio, considerandola insieme alle relazioni di giustizia e all'ordinamento giuridico, ma senza avere raggiunto una comprensione pienamente matura del realismo giuridico classico.<sup>62</sup>

Nella sua opera di gioventù *El ordenamiento canonico*, preconciare, ma non rinnegata, il principale ispiratore della scuola di Lombardía, dedica alcune pagine a criticare la teoria della *canonizatio* nonché alcuni autori che, applicandola, negano l'obbligatorietà intrinseca del diritto divino (naturale e positivo), o non la negano ma neppure l'affermano. Di conseguenza, anche se il principio di una necessaria adeguazione tra norma giuridica (umana) e diritto divino come indicatore di contenuti (da imporre dalla Chiesa) viene conservato, vi è ormai una sconessione tra diritto divino e umano che

<sup>59</sup> J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, «Ius canonicum» 26 (1986), p. 492. Non si può dimenticare il grande contributo che Del Giudice ha dato al metodo sistematico pure in diritto canonico. Cfr. P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo Del Giudice al estudio sistemático del Derecho canónico*, «Ius canonicum» 2 (1962), pp. 289-325; sulla sua critica della *canonizatio* pp. 316-321. Per quanto riguarda la sua opinione sul tema, vedi ID., *Derecho divino y persona física en el ordenamiento canonico*, «Temis» 7 (1960), pp. 187-203.

<sup>60</sup> Cfr. P. SERNA, *Essenza e fondamento del diritto nel pensiero di Javier Hervada*, «Forum. Supplement to Acta Philosophica» 5/2 (2019), pp. 519-545, spec. 527 ss.

<sup>61</sup> J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008<sup>4</sup>, p. 410.

<sup>62</sup> Cfr. M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, EDUSC, 2005, spec. pp. 588 e 594 ss. (appendice [carteggio col prof. Hervada]).

porterebbe a rigettare l'unità del sistema canonico. Infatti, la norma giuridica (=solo umana) non deriverebbe più dalla norma divina, bensì sarebbe la creazione della volontà del legislatore ecclesiale. Così la canonizzazione diventa l'elemento formale che conferirebbe alla norma divina il suo carattere di norma giuridica.<sup>63</sup> Questa concezione si distacca dalla giuridicità e razionalità della legge divina tommasiana per lasciare intravedere l'ombra proiettata da un meno prevedibile volontarismo suareziano, sul quale torneremo più avanti.<sup>64</sup>

La risposta hervadiana, in linea con Tommaso, non si limita ad una mera decostruzione del positivismo legalista, ma comporta una soluzione costruttiva mediante le nozioni di *positivazione* e di *formalizzazione*, che possono essere sintetizzate in questo modo: la *positivazione* del diritto divino è la presa di coscienza nell'ordinamento canonico di una esigenza di giustizia trascendente e il suo passaggio alla vigenza storica; la *formalizzazione* di detta esigenza positivizzata è una sua corretta formulazione ed integrazione nell'ordinamento volte ad assicurarne la piena efficacia e a dotarla delle massime garanzie offerte dalla tecnica giuridica.<sup>65</sup>

Secondo la visione classica dell'articolazione tra diritto divino e diritto umano, la ricezione formale da parte dell'autorità ecclesiale non è fonte di giuridicità, ossia non aggiunge niente all'efficacia giuridica della norma; in altri termini, questa non è "costitutiva", bensì meramente "dichiarativa".<sup>66</sup> Invece, la norma umana potrà aggiungere una sanzione penale nel caso della sua non osservanza. Pedro Juan Viladrich coglie la convenienza di completare la positivazione e formalizzazione del diritto divino mediante una fase di *autenticazione* del diritto divino, ossia di verifica in ogni momento

<sup>63</sup> Cfr. J. HERVADA, *El ordenamiento canónico*, Pamplona, Eunsa, 2008, pp. 34-39.

<sup>64</sup> Cfr. infra, 3. b).

<sup>65</sup> Cfr. Per il diritto naturale, J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 179-184; nel sistema canonico, J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *Prolegomenos I. Introducción al Derecho canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, vol. 1., Pamplona, Eunsa, 1996, pp. 50-55. In queste importanti pagine di metodologia sistematica della scienza canonica i due maestri della nuova scuola spiegano come il passaggio alla vigenza storica dell'esigenza di diritto naturale si dà con la sua promulgazione dal Creatore nella natura umana, mentre la positivazione di una esigenza di diritto divino positivo avviene di solito con un intervento del magistero ecclesiastico, anche se fosse solo una mera dichiarazione, oppure mediante una captazione del *sensus fidei*, la dottrina teologica e quella canonica, oppure la propria forza sociale di una vita cristiana sviluppata in pienezza. Esiste anche la possibilità di una esigenza positivizzata ma non ancora formalizzata (o solamente preformalizzata) nel sistema canonico. Per una visione complessiva della canonistica sul diritto divino in rapporto con il diritto canonico umano, si veda J. FORNÉS, *La doctrina canónica del siglo xx sobre el Ius divinum*, in *Ius divinum*, a cura di J. I. Arrieta, Venezia, Marcianum Press, 2010, pp. 285-320.

<sup>66</sup> Secondo la precisa terminologia di E. MOLANO, *Derecho divino y derecho constitucional canónico*, in *Ius divinum*, cit. p. 230.

che le esigenze di giustizia dello *ius divinum* si traducono effettivamente nella realtà vitale e storica della comunità ecclesiale.<sup>67</sup> Helmut Pree propone la nozione di *concretizzazione* del diritto divino.<sup>68</sup>

Guardando il panorama della canonistica del dopo CIC 83, Hervada ritiene che il pericolo positivista legalista che minacciava la canonistica sia stato completamente superato. Davanti ai giuristi cattolici italiani riuniti in occasione del 40° Convegno nazionale dell'Unione (11 dicembre 1988), egli afferma senza esitazioni che “la scienza canonica non ha conosciuto l'esperienza positivista”.<sup>69</sup> Anche se questa asserzione meriterebbe forse di essere sfumata dalla presa in considerazione delle sequele del c.d. “positivismo canonico”, che forse si è espanso aldilà delle previsioni di Hervada, come ho cercato di mostrare con alcuni esempi, sembra che il positivismo giuridico tal come concepito da lui, ossia come positivismo teorico, sia stato quanto meno frenato efficacemente in sede canonica.<sup>70</sup>

Se il normativismo è ancora soggiacente nei due codici vigenti, questi occupano un posto meno centrale e meno esclusivo, ed alcuni elementi sono diventati più rilevanti: il diritto particolare, la giurisprudenza, le procedure amministrative, il diritto internazionale, i diritti fondamentali dei fedeli, e così via. A questo riguardo basta rileggere, nella costituzione apostolica *Sacrae disciplinae leges*, l'invito di san Giovanni Paolo II a capire il CIC 83 come “un grande sforzo di tradurre in linguaggio canonistico questa stessa dottrina, cioè la ecclesiologia conciliare”. Dal punto di vista tecnico-giuridico, diversi canoni contengono dei riferimenti al diritto divino (naturale e rivela-

<sup>67</sup> P. J. VILADRICH, *El 'Ius divinum' como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia*, «Ius Canonicum» 31 (1976), pp. 119 ss.

<sup>68</sup> H. PREE, *The divine and the human of the 'Ius divinum'*, in *In diversitate unitas. Monsignore W. Onclin Chair 1997*, Leuven, Peeters, 1947, p. 38.

<sup>69</sup> J. HERVADA, *Il diritto naturale nell'ordinamento canonico*, «Ius Ecclesiae» 1 (1989), pp. 494-495. Hervada precisa la sua valutazione: “L'utilizzazione del diritto naturale ha per di più costituito una costante, senza diminuzioni. Vero è che nel momento più brillante del rinnovamento metodologico a cui facevo riferimento poc'anzi, non mancarono discussioni sulla forma con cui il diritto naturale ottiene piena giuridicità nell'ordinamento canonico, ma già da tempo questi attriti sono stati superati. In nessun momento l'esistenza del diritto naturale e la sua operatività nell'ordinamento canonico furono oggetto di dubbio o negazione. Ciò è stato certamente frutto della fedeltà al pensiero cattolico, della quale forma parte l'esistenza della legge naturale” (*ibid.*). E poi aggiunge: “Questa tesi, peraltro molto limitata e circoscritta e che ha ricevuto il nome di “positivismo canonico”, non ebbe risonanza. O meglio, alcuni autori – soprattutto della Scuola di Pedro Lombardía – si opposero ad essa, e oggi può considerarsi scomparsa, senza continuatori. L'unanimità della concezione classica è stata pienamente ristabilita” (*ibid.*, pp. 500-501).

<sup>70</sup> Un altro conto è l'importante penetrazione del positivismo nel diritto secolare e nella filosofia del diritto. Come esempio di teoria sul diritto naturale vigente nell'ordinamento giuridico civile abbiamo la concezione di Hervada: cfr. P. POPOVIC, *A Hervadian realistic argument for the juridical status of Natural Law*, «Ius Ecclesiae» 31 (2019), pp. 567-588.

to). Per esempio, il can. 1163 § 2 considera diversi impedimenti matrimoniali di diritto naturale o divino positivo. Molto significativo è l'attuale can. 22, che corrisponde al già accennato can. 1529 CIC 17: la regola di chiusura che assicura il rispetto assoluto del diritto divino (e del diritto canonico umano) in caso di canonizzazione di una regola civile è stata tolta dal contesto limitato ai contratti patrimoniali per essere elevata a norma generale per qualsiasi canonizzazione di una legge civile.<sup>71</sup>

Di fatto, nel periodo immediatamente successivo alla seconda codificazione, il principale problema non è stato il positivismo legalista, bensì piuttosto la "crisi del vivere secondo Diritto",<sup>72</sup> ossia un *antigiuridismo*, che non di rado provocò problematiche vincolate al teologismo ed al pastoralismo. Ed è vero che quest'ultima corrente, qualificata come "strumento costantemente aggiornabile della pastorale", potrebbe anche essere considerata come una forma particolare di positivismo nella quale il diritto diventa "il mero arbitrio dell'interprete".<sup>73</sup>

### 3. LA DENUNCIA DEL POSITIVISMO PRATICO NEL DIRITTO CANONICO

Abbiamo avuto modo di mostrare che diversi chiarimenti nozionali e perfezionamenti metodologici, tra l'altro, ma non solo, grazie all'opera di Hervada, hanno contribuito a preservare la scienza canonica da una caduta nel positivismo giuridico (teorico) provocata dalla teoria della *canonizatio*. Peraltro, il diritto canonico ha senz'altro acquistato dal diritto secolare nuovi e apprezzabili bagagli tecnici. Tuttavia, la battaglia che deve effettuare il diritto ecclesiale contro il positivismo è lungi dall'essere stata vinta. Occorre ora prendere in considerazione una forma di positivismo che risale al CIC 17, pur derivando, come vedremo, da origini filosofiche molto più lontane. Questo positivismo è diverso dal positivismo più classico riscontrabile negli ordinamenti secolari (anche se può esservi presente) poiché non mette in discussione i contenuti etici del diritto canonico – nemmeno i contenuti dottrinali – e, tra l'altro, intende far rispettare il diritto divino nell'ordinamento. Il diritto canonico difende sempre la dignità umana, la vita, il matrimonio, la famiglia, la libertà religiosa, l'educazione e gli altri valori essenziali, il che

<sup>71</sup> Questa generalizzazione della garanzia tecnica volta ad assicurare la coerenza interna del diritto canonico si ritrova nel can. 1504 del CCEO 90: "Il diritto civile al quale il diritto della Chiesa rimanda, venga osservato nel diritto canonico con gli stessi effetti, per quanto non è contrario al diritto divino e almeno che non sia disposto diversamente dal diritto canonico".

<sup>72</sup> J. HERRANZ, *Giustizia e pastorale nella missione della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 130.

<sup>73</sup> C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020<sup>2</sup>, p. 77; ID., *Positivismo giuridico*, in J. Sedano Rueda, J. Otaduy Guerin, A. Viana Tomé (curr.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, VI, Instituto Martín Azpilcueta, Pamplona, Aranzadi, Reuters, 2012, p. 279.

non è (più) il caso di molte legislazioni statuali. Perciò, adoperando una terminologia calcistica, diremo che il duplice criterio di distinzione del positivismo proposto in questo studio è stato preso quasi “in contropiede”: sin dall’inizio di questo secolo, alcuni canonisti hanno lanciato un segnale di allarme riguardante una forma *pratica* di positivismo giuridico che danneggia il diritto ecclesiale e che loro qualificano rispettivamente come “positivismo pratico o metodologico”,<sup>74</sup> “positivismo ingenuo”,<sup>75</sup> oppure “positivismo giuridico sacro”.<sup>76</sup>

Di che cosa si tratta? Come conseguenza del normativismo stimolato dal metodo strettamente esegetico, i canonisti continuano in linea di massima ad incentrare la loro attività sui testi normativi (codiciali e, sin dal 1983, pure extra-codiciali). Come spiega Errázuriz, questo positivismo metodologico, “senza negare in principio il diritto divino [...], procede quasi il diritto fosse contenuto principalmente nei testi giuridici, anzitutto nelle leggi, anziché situarlo nella stessa realtà delle relazioni giuridiche esistenti nella Chiesa”.<sup>77</sup> Di fatto, nell’ambito ecclesiale, vi sono molti esempi che palesano tale mentalità, per esempio, una interpretazione autoreferenziale della norma e la tendenza a risolvere una lacuna di legge cercando appunto un’altra norma (cfr. cann. 17 e s. del CIC).

Pure Javier Otaduy, discepolo diretto di Lombardía, denuncia la riduzione dell’orizzonte del canonista alla ricerca di testi normativi, adopera il termine “positivismo” per designare questo fenomeno e pone in risalto la condanna della prospettiva positivista da parte di Benedetto XVI nel suo *Discorso alla Rota romana* del 2012.<sup>78</sup> A ragione, Otaduy evidenzia l’esistenza nella Chiesa di una

<sup>74</sup> C. J. ERRÁZURIZ, *Positivismo jurídico*, cit., pp. 279-280.

<sup>75</sup> JA. OTADUY, *Positivismos ingenuos. A propósito del discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21.1.2012), «Ius Canonicum» 54 (2014), pp. 23-44.

<sup>76</sup> E. BAURA, *Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, «Forum. Supplement to Acta Philosophica» 5/2 (2019), pp. 583-584.

<sup>77</sup> C. J. ERRÁZURIZ, *Positivismo jurídico*, cit., pp. 279; trad. dell’A.

<sup>78</sup> Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota romana* del 21 gennaio 2012, «AAS» 104 (2012), pp. 103-107. Ecco un estratto di quel discorso: “In tal modo, si rende possibile un’ermeneutica legale che sia autenticamente giuridica, nel senso che, mettendosi in sintonia con il significato proprio della legge, si può porre la domanda cruciale su quel che è giusto in ciascun caso. Conviene osservare, a questo proposito, che per cogliere il significato proprio della legge occorre sempre guardare alla realtà che viene disciplinata, e ciò non solo quando la legge sia prevalentemente dichiarativa del diritto divino, ma anche quando introduca costitutivamente delle regole umane. Queste vanno infatti interpretate anche alla luce della realtà regolata, la quale contiene sempre un nucleo di diritto naturale e divino positivo, con il quale deve essere in armonia ogni norma per essere razionale e veramente giuridica. In tale prospettiva realistica, lo sforzo interpretativo, talvolta arduo, acquista un senso e un obiettivo. L’uso dei mezzi interpretativi previsti dal Codice di Diritto Canonico nel canone 17, a cominciare dal ‘significato proprio delle parole considerato nel testo e nel contesto’, non è più un mero esercizio logico. Si tratta di un compito che è vivificato da un autentico contatto con la realtà

mentalità giuridica, un atteggiamento pratico privo d'ideologia (accettando quindi a livello teorico il diritto divino e i valori propriamente ecclesiali) che analizza come una "seconda generazione di positivismo".<sup>79</sup> Detta metodologia è positivista poiché "la legge positiva è testo, e va intesa come testo, senza interferenze". Questo modo di operare si può spiegare con ragioni pratiche e semplici, a volte poggia anche su buoni motivi come l'ubbidienza all'autorità, la necessaria unità spirituale e la sicurezza giuridica. Perciò, sostiene Baura, l'esegesi codiciale, obbligatoria e poi mantenuta per la forza d'inerzia, hanno favorito all'interno della Chiesa "una forma di positivismo "sacro" (...), basato sulla sacralità della Gerarchia e del conseguente dovere di obbedienza, che dimentica però la dimensione prettamente giuridica della Chiesa".<sup>80</sup>

Nel suo rilevante discorso alla Rota romana Benedetto XVI indica che l'interpretazione non può essere "un mero esercizio logico"; il compito interpretativo deve essere "vivificato da un autentico contatto con la realtà complessiva della Chiesa, che consente di penetrare nel vero senso della lettera della legge". Otaduy spiega il significato di questa critica pontificia nel modo seguente. Pur essendo il CIC un tentativo di traduzione in "linguaggio canonico" dell'ecclesiologia conciliare, l'interpretazione di una regola solo alla luce di altre regole non basta. Occorre andare anche aldilà del testo e prendere in considerazione diversi fattori che fanno respirare e nutrono il diritto canonico: 1°) la realtà ecclesiale, con i suoi numerosi tratti di diritto divino, anche se non fossero ancora stati positivizzati o formalizzati; 2°) si deve *sentire cum Ecclesia*, ossia accettare la sua storia, il suo magistero, la sua disciplina, la sua giurisprudenza, la sua tradizione giuridica e la sua potestà pastorale; 3°) la ermeneutica della legge deve essere orientata verso la sua applicazione, cioè puntare alla giustizia nel caso concreto, ossia essere conforme al realismo giuridico; 4°) vanno rispettate esigenze etiche, specialmente di prudenza, nella ricerca della verità e della giustizia.

Altrimenti, se il diritto canonico non si alimentasse con i fattori summenzionati che rimandano alla realtà ecclesiale e alla necessaria oggettività dell'interprete, il canonista rischierebbe di cadere in una attività di routine che lo porterebbe progressivamente al positivismo giuridico pratico. Questa deriva metodologica avviene in un modo particolarmente subdolo e senza sollevare sospetti, giacché è compatibile con un atteggiamento di rispetto del diritto divino e di ubbidienza all'autorità ecclesiale. Vediamo successivamente questi due aspetti.

complessiva della Chiesa, che consente di penetrare nel vero senso della lettera della legge". Per un altro commento di questo discorso si veda E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge*, «Ius Ecclesiae» 24 (2012), pp. 705-717.

<sup>79</sup> JA. OTADUY, *Positivismos ingenuos*, cit., p. 25.

<sup>80</sup> E. BAURA, *Il rapporto tra diritto e norma*, cit., pp. 583-584.

a) Per quanto riguarda il *rispetto del diritto divino*, al quale senz'altro aderiscono tutti i commentatori del CIC 17 e pure i canonisti attuali, tranne forse qualche rara eccezione (ma chi rigettasse espressamente il diritto divino, a nostro parere, non meriterebbe di considerarsi un canonista), la manifestazione di quel positivismo sarebbe, secondo Benedetto XVI, "un oblio pratico del diritto naturale e del diritto divino positivo, come pure del rapporto vitale di ogni diritto con la comunione e la missione della Chiesa".<sup>81</sup> Ci sarebbe quindi una specie di dimenticanza del contenuto etico e dottrinale accettato, una mancanza di applicazione reale ed effettiva di detto contenuto affinché sia reso operativo nelle diverse fasi dell'attività giuridica della Chiesa.

b) Una seconda constatazione ci accosterà al nocciolo della questione: il positivismo pratico è pure compatibile con l'*ubbidienza all'autorità ecclesiale; anzi si nutre di essa*. A questo riguardo, sarebbe opportuno ritornare un attimo alla filosofia del diritto e, in particolare, al determinante contributo di Francesco Suarez alla concezione del diritto canonico come *complexus legum* che si è imposta alla canonistica. A differenza di Tommaso, Suarez non ritiene necessario scrivere prima un *De iure et iustitia*. Nel suo trattato *De Legibus*, egli procede a una duplice riduzione: riduce il diritto a legge, e poi degrada la legge al rango di un *precetto imposto dall'autorità sovrana (ius praeceptivi)*.<sup>82</sup> Così, alla primazia della ragione che caratterizza la legge tommasiana (intellettualismo moderato) subentra la priorità concessa alla volontà del legislatore. Tuttavia, al contrario di Occam, Suarez si mantiene in una posizione di volontarismo moderato, negando alla ragione la sua funzione imperativa.<sup>83</sup> Infatti, per lui, la legge è un atto di volontà del legislatore, però emanato da una volontà retta – non arbitraria – in quanto viene illuminata dalla retta ragione.<sup>84</sup> Mentre la volontà di Dio è da ritenere in salvo in forza della divina perfezione e semplicità, la volontà umana è, invece, molto meno prevedibile ed affidabile: soprattutto quando va unita al potere, essa può condurre a un governo prepotente e ingiusto. Purtroppo per la scienza canonica, la sostituzione dello *iustum* con lo *iussum* priva di senso la ricerca del giusto e, a maggiore ragione, la presa in considerazione del giusto naturale.

Benché i sacri canoni mantengano un riferimento formale all'obbligatorietà del diritto divino naturale e positivo, in pratica da questa ottica il canonista dovrà affidarsi all'autorità ecclesiale, alla quale spetterebbe la delicata missione di interpretare la volontà divina e di eseguirla. In quella prospettiva,

<sup>81</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota romana*, cit.

<sup>82</sup> Cfr. F. SUAREZ, *De Legibus*, I, 2, 11; I, 12, 5. L'autore si situa nella linea del volontarismo di Scott e di Occam. Peraltro, come osserva Hervada, Suarez tradisce anche Tommaso in quanto fa della facoltà morale (e quindi del diritto soggettivo) l'oggetto della giustizia, anziché la cosa giusta (cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008<sup>4</sup>, p. 196).

<sup>83</sup> F. SUAREZ, *De Legibus*, II, 3, 5.

<sup>84</sup> Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas*, cit., p. 342.

gli toccherà ubbidire alla volontà del sovrano (in questo caso, pontificio)<sup>85</sup> espressa nei suoi precetti poiché così è stato comandato. Di conseguenza, le ragioni di giustizia che hanno portato il legislatore ecclesiale ad adottare la legge non saranno sempre esposte, nemmeno gli elementi di giustizia presi in considerazione in vista dell'applicazione della norma. A ben guardare, i tre codici canonici del secolo scorso sono impregnati da questo concetto positivistico e volontaristico di diritto.<sup>86</sup>

Come i tre autori accennati hanno giustamente sottolineato, questo fenomeno evidenzia un positivismo pratico, metodologico, che è pure "sacro" ed "ingenuo" in quanto il diritto canonico viene compreso come un insieme di norme imposte dall'alto in nome di un diritto divino e della salvezza delle anime. Centrandosi sui testi, il canonista non dedica l'attenzione augurabile alla realtà disciplinata, ossia alle relazioni di giustizia nella Chiesa. A dire il vero, nel secolo scorso, i risultati ottenuti da questo positivismo "sacro" non sono stati troppo negativi: forse poiché la Chiesa è stata governata da una serie di papi santi, alcuni di loro addirittura canonizzati; senz'altro anche in ragione dell'elevatezza ed autenticità dei valori promossi dalla dottrina sociale della Chiesa.

Tuttavia, occorre accennare ad alcune deviazioni dottrinali che sono state proposte ed attuate adoperando in modo positivistico i testi giuridici, per esempio in materia di nullità del matrimonio. Peraltro, è ugualmente doveroso riconoscere che, malgrado il sincero sforzo dei rispettivi pontefici, vi sono state numerose mancanze, omissioni e abusi del governo ecclesiale (centrale e locale), che d'altronde l'attualità ci ricorda con insistenza, ed è giusto che sia così. Magari un diritto canonico meno normativamente autoreferenziale e più impostato sulla realtà delle cose e con procedure e tribunali più performanti sarebbe stato in grado di evitare una gran parte di questi fallimenti e disfunzioni. A questo riguardo non servono le sterili lamentazioni sul passato; occorre, invece, riparare, indennizzare le vittime e, soprattutto, cambiare le mentalità.

#### 4. CONCLUSIONE

1) Abbiamo mostrato quali sono i due elementi distintivi del positivismo giuridico (teorico), i quali devono essere ambedue presenti: 1°) per quanto

<sup>85</sup> A tale riguardo, vale la pena rileggere le belle e decisive pagine di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., spec. pp. 328-330.

<sup>86</sup> Ovviamente, nei due codici del post-concilio, la sottolineatura del ruolo dei laici nella Chiesa e nel mondo, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei fedeli ed alcuni meccanismi come la sinodalità episcopale e diversi organi collettivi consultivi, cambiano radicalmente la situazione, limitando il clericalismo e assicurando una certa tutela di fronte a eventuali abusi da parte del potere ecclesiastico.

riguarda il diritto divino, l'esigenza di una ricezione formale costitutiva; 2°) un contenuto etico indifferente e chiuso alla trascendenza. Ne abbiamo dedotto che il positivismo giuridico (teorico) non poteva applicarsi nel diritto ecclesiale. Di fatto, questo non è mai stato espressamente accettato dalla canonistica.

2) Nella canonistica del secolo scorso abbiamo osservato diversi gradi di normativismo e individuato alcuni canonisti che, pur avendo accettato il primo criterio (la *canonizatio* di Del Giudice), hanno sempre aderito al contenuto etico e dottrinale proprio della Chiesa sicché non sono stati positivisti teorici, se non nel senso del c. d. "positivismo canonico". A questo riguardo, d'accordo con Hervada, abbiamo considerato che questa corrente non fosse un vero positivismo nel senso di un positivismo giuridico (teorico) analogo a quello che si riscontra nella maggioranza degli Stati.

3) La qualifica dei rispettivi canonisti è stata un'opera delicata e non totalmente compiuta giacché, oltre ai limiti quantitativi propri di un articolo di rivista, era necessario far i conti con sfumature dottrinali ed eventuali evoluzioni degli autori nel proprio pensiero. Ovviamente, non è da escludere che i canonisti sostenitori della *canonizatio*, che non sono positivisti nel senso del positivismo teorico in quanto non hanno tollerato alcuna concessione di indole contenutistica, potrebbero essere annoverati come positivisti nell'accezione pratica del termine. Sarebbe il caso, per esempio, dei maestri Van Hove, Onclin, Naz, de Naurois e Ciprotti. Pure autori ritenuti normativisti *tout court* potrebbero essere stati contaminati dal positivismo pratico.

4) Solo il realismo giuridico incentrato sulla realtà delle relazioni di giustizia nella Chiesa possiede i rimedi necessari per curare le due "malattie" ormai croniche che affliggono il diritto canonico: il normativismo e il positivismo pratico, la prima essendo l'anticamera della seconda. Diversi documenti magisteriali, tra l'altro il citato discorso alla Rota romana di Benedetto XVI, elogiano l'atteggiamento realista, ma questa problematica di ampio respiro non potrà risolversi solo con alcuni discorsi: occorrerebbe promuovere un cambiamento radicale di mentalità in questo senso.

#### BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- AA.VV., *Gasparri, la France et la Codification*, «L'année canonique» 63 (2017), pp. 9-227.
- BARBERIS, M., *Giuspositivismo*, *Enciclopedia filosofica*, Milano, Bompiani, 2006, pp. 4855-4857.
- BAURA, E., ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., SOL, T. (a cura di), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Milano, Giuffrè, 2017.
- BAURA, E., *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma, EDUSC, 2013.
- ID., *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge*, «Ius Ecclesiae» 24 (2012), pp. 705-717.

- ID., *Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, «Forum. Supplement to Acta Philosophica» 5/2 (2019), pp. 583-584.
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- ID., *Diritto e forza*, «Rivista di diritto civile» 12 (1966), pp. 537 ss.
- CIPROTTI, P., *Lezioni di diritto canonico. Parte generale*, Padova, Cedam, 1943.
- DEL GIUDICE, V., *Canonizatio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Padova, Cedam, 1940.
- ID., *Nozioni di Diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1970<sup>12</sup>.
- DEL POZZO, M., *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, EDUSC, 2005.
- DE NAUOIS, L., *Qu'est-ce que le droit?* «Revue de droit canonique» 8 (1958) pp. 164 ss. e 253 ss.
- ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020<sup>2</sup>.
- ID., *La teoria pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*, Pamplona, Eunsa, 1986.
- FANTAPPIÈ, C., *Vantaggi e limiti della codificazione del 1917*, in J. Miñambres (cur.), *Diritto canonico e culture giuridiche*, cit., pp. 63-93.
- ID., *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, in Baura, E, Álvarez de las Asturias, N., Sol, T. (curr.), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, cit., pp. 3-34.
- ID., *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, Bologna, EDB, 2019.
- FEDELE, P., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, Cedam, 1962.
- FORNÉS, J., *La doctrina canónica del siglo XX sobre el Ius divinum*, in J. I. Arrieta (cur.), *Ius divinum*, Venezia, Marcianum Press, 2010, pp. 285-320.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994<sup>2</sup>.
- HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008<sup>4</sup>.
- ID., *Il diritto naturale nell'ordinamento canonico*, «Ius Ecclesiae» 1 (1989), pp. 493-508.
- HERVADA, J., LOMBARDÍA, P., *Prolegomenos. I. Introducción al Derecho canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho canónico* (a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña), vol. I, Pamplona, Eunsa, 1996.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Vienna, Deuticke, 1960<sup>2</sup>.
- LOMBARDÍA P., *Aportaciones de Vincenzo Del Giudice al estudio sistemático del Derecho canónico*, «Ius canonicum» 2 (1962), pp. 519-545.
- MICHIELS, G., *Normae Generales Iuris Canonici*, Tornaci-Romae, Desclée, 1949.
- MIÑAMBRES, J. (cur.), *Diritto canonico e culture giuridiche nel centenario del Codex Iuris canonici del 1917. XVI Congresso internazionale della Consociatio internationalis Studio Iuris promovendo*, Roma, EDUSC, 2019.
- MODUGNO, F., *Normativismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, t. 28, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 543-545.
- ID., *Positivismo giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, t. 34, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 458-452.
- NAZ, R., *Traité de droit canonique*, I, Paris, Letouzey et Ané, 1954.
- OLLERO, A., *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial de derecho reunidas, 1982.

- ONCLIN, W., *Church and Church Law*, «Theological Studies» 28 (1967), pp. 733-748.
- OTADUY, Ja., *Positivismos ingenuos. A propósito del discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21.1.2012), «Ius Canonicum» 54 (2014), pp. 23-44.
- PECES-BARBA, B., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983.
- RAZ, J., *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCHOUPPE, J.-P., *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia (Kluwer), 1987.
- SERNA, P., *Essenza e fondamento del diritto nel pensiero di Javier Hervada*, *Forum. Supplement to «Acta Philosophica»* 5/2 (2019), pp. 519-545.
- ID., *Positivismo jurídico*, in A. L. González (cur.), *Diccionario de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2010, p. 889-893.
- SUAREZ, F., *De Legibus*, I, 2, 11; I, 12, 5; II, 3, 5.
- VAN HOVE, A., *Prolegomena ad Codicem Iuris canonici*, Mechliniae-Romae, H. Dessain 1945.
- VILLEY, M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca book, 1986 (introduzione di F. d'Agostino).
- WERNZ, F. X., VIDAL, P., *Ius Canonicum, t. 1, Normae generales*, Romae, Pontificia Universitas Gregoriana, 1938.