

IL RAPPORTO DEL CODICE DI DIRITTO
CANONICO LATINO CON I DIRITTI ACQUISITI:
COMMENTO SISTEMATICO-ESEGETICO ALLA
PRIMA PARTE DEL CAN. 4 DEL CIC/83

The Relationship between the Latin Code of Canon
Law and Acquired Rights: A Systematic-Exegetical
Commentary on the First Part of Can. 4 of the CIC/83

Bruno Esposito, OP¹

Riassunto

Nel presente articolo si affronta lo studio della prima parte del can. 4 riguardante i diritti acquisiti. In modo specifico è analizzata la relazione tra il CIC/83 ed i diritti acquisiti prima della sua entrata in vigore. Viene evidenziato lo stretto legame con il can. 9 e come è necessario coniugare la regola dell'irretroattività della legge e allo stesso tempo l'eccezione della retroattività nel caso sia esplicitamente (*nomina-tim*) stabilita dalla legge. In particolare la regola e l'eccezione sono viste nella loro applicazione al soggetto titolare del diritto acquisito che può essere "intaccato" dalla nuova legge. Il can. 4 afferma il rispetto e la continuità degli effetti giuridici di fatti giuridici realizzati sotto la legislazione anteriore e perciò, in linea di principio, la non applicabilità a questi della nuova legge.

Si evidenzia, con esempi concreti, il significato tecnico-giuridico dei principali termini usati nel canone e il loro significato canonico nel contesto dei principi generali del diritto.

Dall'analisi emerge l'influsso del positivismo giuridico nella redazione del canone sui diritti acquisiti ed un'eccessiva preoccupazione della tutela dell'ordinamento giuridico canonico in sé.

Parole Chiavi: Codice di diritto canonico (1983); diritti acquisiti; principi generali del diritto.

Abstract

This article deals with the study of the first part of can. 4 regarding acquired rights. Specifically, what is analyzed, is the relationship between the CIC / 83 and the rights acquired before its entry into force. What is also highlighted is the close bond with can. 9 and how it is necessary to combine the rule of the retroactivity of the law with the exception of retroactivity in the case of the law being explicitly (*nomina-tim*) established. In particular, the rule and the exception are seen in their application to the holder of the acquired right which may be "offended" by the new law.

1) Professore ordinario presso la Facoltà del Diritto Canonico della Pontificia Università San Tommaso d'Aquino in Roma.

Can. 4 affirms the respect and continuity of the legal effects of legal acts under the previous legislation and therefore, in principle, the non-applicability of the new law. Also highlighted, with concrete examples, is the technical-juridical meaning of the main terms used in the canon and their canonical meaning in the context of the general principles of the law. From this analysis emerges the influence of legal positivism in the drafting of the canon on acquired rights and an excessive preoccupation about the protection of the canonical juridical order in itself.

Keywords: Code of Canon Law (1983); acquired rights; general principals of right.

Introduzione

Nel nostro intento di commentare secondo il metodo sistematico-esegetico i canoni preliminari del Codice vigente di diritto canonico latino, seguendo sempre lo schema a suo tempo indicato,² affrontiamo ora lo studio del can. 4, ma nel presente articolo solo quello della prima parte, cioè quella riguardante i diritti acquisiti. Tuttavia, vista la formulazione del canone, all'inizio faremo qualche accenno ai privilegi concessi dalla Santa Sede, che saranno trattati compiutamente in un prossimo studio. Una tale scelta si è imposta per evitare un testo troppo lungo.

Dopo aver stabilito nel can. 1 l'ambito d'applicazione, la sola Chiesa latina, e nei cann. 2-3 il valore e la relazione del Codice del 1983 nei confronti rispettivamente delle leggi liturgiche e di quelle norme frutto di Convenzioni, stabilite dalla Santa Sede con le Nazioni e le altre Società politiche, vigenti all'entrata dello stesso Codice, il Legislatore nel can. 4, stabilisce i principi per determinare la continuità, ed a quali condizioni o meno, nel presente ordinamento giuridico canonico dei cosiddetti *diritti acquisiti e/o dei privi-*

2) Cf. ESPOSITO, Bruno. L'ambito d'applicazione del Codice di Diritto canonico latino. Commento sistematico al can. 1 del CIC/83. *Angelicum*, 80, 2003, p. 437-461: in particolare 437-438; idem. Il rapporto del Codice di Diritto canonico latino con le leggi liturgiche. Commento esegetico-sistematico al can. 2 del CIC/83. *Angelicum*, 82, 2005, p. 139-186; idem. Il rapporto del Codice di Diritto canonico latino con il Diritto internazionale. Commento sistematico-esegetico al can. 3 del CIC/83. *Angelicum*, 83, 2006, p. 397-449. Ci sembra importante sottolineare come in questi canoni sono usati concetti, principi e presentati istituti giuridici di fondamentale importanza, per la retta comprensione dell'ordinamento giuridico canonico. Questa è la ragione per la quale detti studi sono alquanto estesi e toccano anche aspetti che non sembrano a prima vista direttamente inerenti alla presentazione dei singoli canoni presi in esame oppure possono essere ritenuti scontati. Inoltre, ci sembra ugualmente importante evidenziare l'approccio metodologico scelto, sistematico-esegetico, il solo che, a nostro sommo avviso, evita quel formalismo giuridico che è incompatibile con il diritto canonico. In che cosa consiste questo metodo è presto detto: un canone, come qualunque disposto normativo, non può essere correttamente compreso, interpretato e quindi applicato, se non alla luce dei principi fondamentali che reggono l'ordinamento canonico. Solo con questa conoscenza previa si potrà avvicinare la norma canonica e intenderne correttamente la sua formulazione grammaticale. D'altronde lo stesso can. 17 conferma questa nostra convinzione quando indica il "contesto" come criterio per la comprensione delle leggi ecclesiastiche.

legi, entrati a far parte del patrimonio giuridico di un determinato soggetto,³ prima del 27 novembre 1983. Quindi, il canone in oggetto, prende in esame la relazione che la normativa canonica promulgata stabilisce con due situazioni giuridiche, conseguenze di diritti acquisiti o di privilegi, che, in una certa misura, hanno ricevuto una nuova disciplina nella legislazione vigente. Situazioni giuridiche che devono perciò essere trattate in modo autonomo, in quanto distinte tanto per la loro strutturazione canonica che per la loro regolamentazione normativa.⁴

Inoltre, è bene notare subito, le somiglianze e le differenze tra il can. 4 ed il can. 9. La somiglianza è data dalla finalità di entrambi: affermare la *regola* dell'irretroattività della legge ed allo stesso tempo l'*eccezione* della retroattività nel caso sia espressamente/esplicitamente stabilita dalla legge (per giustificati motivi e non per mero arbitrio). Le differenze sono date dalla prospettiva propria perseguita da ciascuno dei due canoni: nel can. 4 la regola e l'eccezione sono viste nella loro applicazione al *soggetto titolare* del diritto acquisito o del privilegio che possono essere "intaccati" dalla nuova legge; nel can. 9, la regola e l'eccezione sono viste dalla parte del *Legislatore*, interessando una delle caratteristiche della stessa legge: la volontà di disciplinare le situazioni future e rispettare, in generale, i fatti giuridici realizzati. Quindi, il can. 4 afferma il rispetto e la continuità degli effetti giuridici di fatti giuridici realizzati sotto l'impero della legislazione anteriore e perciò, in linea di principio, la non applicabilità della nuova legge; il can. 9 è invece applicabile a qualsiasi legge in quanto contiene un principio generale del diritto che deve essere chiaramente presente ed applicato dal Legislatore.⁵ In ogni caso, come avremo occasione di notare, anche su questi punti, non c'è sempre stata unanimità in dottrina e nella prassi.⁶

3) Cf. NAZ, Raoul. Droit acquis. In: *Dictionnaire de Droit Canonique*. Paris: Letouzey et Ané, 1949, t. 4, col. 1515.

4) Cf. CALVO ESPIGA, Arturo. Ambito de aplicación del ordenamiento eclesial (Cuestiones en torno a los seis primeros cánones del Código de Derecho Canónico). *Scriptorium Victoricense*, 33, 1986, p. 368-369.

5) Cf. OTADUY, Javier. Cánones preliminares. Comentario c. 4. In: MARZOA, Ángel; MIRAS, Jorge; RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael. *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. Instituto Martín de Azpilcueta - Facultad de Derecho Canónico - Universidad de Navarra. Pamplona: EUNSA, 1996, vol. 1, p. 270.

6) Cf. D'ANGELO, Sosio. Il "Jus quaesitum" nel Diritto Canonico. *Il Diritto Ecclesiastico*, 33, 1922/I, p. 4-5; PETRONCELLI, Mario. *Il principio della non retroattività delle leggi in Diritto Canonico*. Milano: Vita e pensiero, 1931, p. 41-74.

Un aspetto, però, ci sembra opportuno evidenziare fin da ora, affinché il lettore non resti sorpreso o deluso dall'impostazione del presente studio. Alla luce della storia, della dottrina e della giurisprudenza che abbiamo analizzato, siamo arrivati alla conclusione che il can. 4, soprattutto per quanto riguarda i diritti acquisiti, ha subito la forte influenza della mentalità propria degli ordinamenti statuali, quindi di quel positivismo giuridico proprio dell'età moderna e contemporanea, così estraneo all'ordinamento giuridico canonico. Per questo motivo abbiamo creduto opportuno toccare, se pur brevemente, anche la problematica della natura stessa del diritto ecclesiale, al fine di coglierne la sua natura specifica così diversa dagli altri ordinamenti giuridici. Ci è sembrato importante avvertire subito il lettore e giustificare la nostra scelta, in quanto ci rendiamo perfettamente conto che altrimenti si potrà avere l'impressione di aver toccato tematiche estranee al tema del presente studio. Infatti, siamo convinti che la questione della natura specifica del diritto ecclesiale, s'impone in ordine ad una retta comprensione ed applicazione del contenuto normativo del can. 4 e non può essere liquidata come non attinente al tema, in quanto propria, magari, dell'ambito di studio della filosofia e della teologia del diritto. La continuità e la complementarità tra le varie riflessioni sul diritto sono di vitale importanza in vista di una comprensione piena del senso, del *significato* e del *perché* di un determinato disposto normativo e per questo non ha ragione il trincerarsi dietro rigidi schematismi scientifici che alla fine non permettono il conseguimento della verità e, nel nostro ambito, della giustizia. Questo riconferma della nostra idea che già nei canoni preliminari sono contenuti i principi ispiratori e gli elementi caratterizzanti del Codice e dell'ordinamento canonico, ed allo stesso tempo della necessità di uno studio sistematico-esegetico dei canoni, l'unico che può fornire gli strumenti per una corretta comprensione o interpretazione del dettato normativo.⁷

Non richiedendo il can. 4, diversamente dai primi tre canoni, nessun previo *excursus* di tipo storico, ed anche perché cenni sulla storia dei diritti acquisiti e dei privilegi verranno fatti durante la loro trattazione, presentiamo subito il testo del canone cercando di far emergere il significato tecnico-giuridico dei principali termini usati, soprattutto cercheremo di porre in risalto il loro specifico significato canonico nel contesto dei principi generali del diritto. Cercheremo, come sempre, di prendere in considerazione alcuni casi concreti ovvero alcune possibili difficoltà interpretative.

7) Cf. supra nota 2.

Can. 4⁸

Iura quaesita, itemque privilegia quae, ab Apostolica Sede ad haec usque tempora personis sive physicis sive iuridicis concessa, in usu sunt nec revocata, integra manent, nisi huius Codicis canonibus expresse revocentur.

I diritti acquisiti, e parimenti i privilegi che, concessi dalla Sede Apostolica fino al presente alle persone sia fisiche sia giuridiche, sono in uso e non revocati, permangono integri, a meno che non siano espressamente revocati dai canoni di questo Codice.⁹

CIC/17

*Iura alii quaesita, itemque privilegia atque indulta quae, ab Apostolica Sede ad haec usque tempora personis sive physicis sive moralibus concessa, in usu adhuc sunt nec revocata, integra manent, nisi huius Codicis canonibus expresse revocentur.*¹⁰

1. Oggetto del canone - Proposizione delle questioni

Il canone affronta e dà delle disposizioni ordinate a risolvere due questioni distinte, in concreto, quale è la sorte di:

- a) quei *diritti acquisiti* sotto l'impero della normativa precedente al *CIC/83* e
- b) dei *privilegi*, concessi dalla Sede Apostolica, in uso e non revocati, fino al presente, alle persone fisiche e giuridiche.

In entrambi i casi, gli interessati si troverebbero a godere di una posizione più vantaggiosa rispetto a quella prevista dalla nuova normativa (altrimenti il disposto del canone mancherebbe completamente di senso). In concreto, i soggetti devono aver realizzato quanto stabilito da una determinata, precedente disposizione legale e quindi ne hanno conseguito i diritti annessi, ovve-

8) Fonti: can. 4 (si noti che non ci sono fonti a questo canone nel CIC/17); CI, Resp. 29-V-1918; CI, Resp. IV, 6, 2/3-VI-1918 (in AAS 10 [1918] 346); CI, Resp. 2, 16-X-1919 (in AAS 11 [1919] 476); SCSO, Resp., 26-XI-1919; CI, Resp. IV, 14-VII-1922 (in AAS 14 [1922] 662); CI, Resp., 26-XI-1922 (in AAS 15 [1923] 128); CI, Resp. I, 30-XII-1937 (in AAS 30 [1938] 73); Pius XII, Litt. Ap. Litteris suis, 11-XI-1939 (in AAS 32 [1940] 41); PAULUS VI, All., 14-I-1964 (in AAS 56 [1964] 193-197); idem. M.P. Romanae diocesis, 30-VI-1968, n. 10 (in AAS 60 [1968] 379). Canoni connessi: 9; 36, § 1; 38; 76; 121-123; 192; 362, § 2; 396, § 2; 509, § 1; 510, § 1; 526, § 2; 562; 616, § 1; 858, § 1; 1019, § 2; 1196.

9) La traduzione dal testo originale latino è presa da: Codice di Diritto Canonico, testo ufficiale e versione italiana, sotto il patrocinio della Pontificia Università Lateranense e della Pontificia Università Salesiana, Roma 1997.

10) Per l'iter redazionale dell'attuale canone cf.: Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita Patrum Commissionis emendatum atque Summo Pontifici praesentatum, E Civitate Vaticana 1982, p. 1; Comm. 23, 1991 115-116; 144.

ro hanno ottenuto per concessione di un privilegio, determinati diritti entrati ormai a far parte in modo stabile del proprio patrimonio giuridico.

2. Annotazioni previe

Prima di tutto notiamo, al di là della quasi identica formulazione e dello stesso contenuto e significato, alcune differenze con il testo del CIC/17. È stato omissso il pronome dimostrativo indeterminato *aliis*¹¹ ed è stato soppresso il riferimento agli indulta. Si è sostituito *personis moralibus* con *personis iuridicis*. Così facendo si è reso grammaticalmente più chiara la formulazione ed allo stesso tempo sono state fatte delle precisazione tecniche di carattere giuridico. Qualcuno ha però espresso riserve sul mancato riferimento agli indulti, in quanto sono di fatto dei privilegi, anche se concessi per un tempo determinato, come anche per la scelta di persone giuridiche al posto di persone morali.¹² Dal nostro punto di vista, invece, entrambi i cambiamenti dimostrano una più puntuale applicazione della moderna tecnica giuridica. Infatti, parlare di indulti, visto il loro carattere di privilegi di carattere limitato,¹³ non sembra avere molto senso, come vedremo meglio più avanti, nella prospettiva del can. 4 e la dizione persone giuridiche s'imponessa vista la sua introduzione, con tutto quello che questo significa, nel can. 113, § 2.¹⁴

Molteplici sono i termini usati nel presente canone, tutti estremamente tecnici, alcuni dei quali presuppongono la conoscenza di determinati principi generali del diritto o di altri istituti, che esigono di essere previamente spiegati, al fine di comprendere correttamente il significato fatto proprio dal Legi-

11) VAN HOVE, Aloïs. *De legibus ecclesiasticis*. Romae: Mechliniae, 1930, vol. 1, t. 2, p. 18: "Iura aliis quaesita quidam intelligunt de aliis quam illis de quibus sermo est in can. 3, scilicet de variis nationibus vi conventionum, communius tamen et rectius vox intelligitur de iuribus alicui tertio acquisitis. Alius seu tertius, iuxta communem modum loquendi canonistarum et theologorum, est quaevis persona physica vel moralis, quae praeiudicium patitur, in casu ex mutatione dispositionis iuris superioris per Codicem, quatenus iura quae possidet alteri personae conferuntur".

12) Cf. CALVO ESPIGA, Arturo. Op. cit., p. 369, nota 60.

13) WÄCHTER, L. Voce Indulto. In: HAERING Stephan; SCHIMITZ, Heribert. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Canónico*. HEREDIA Y VALLE, Pérez de; LLAQUET, José Luis (ed. spagnola). Barcelona: Herder, 2008, p. 459-460: "El término 'indulto' que se utiliza en el CIC en parte como sinónimo de privilegio (compárese c. 312 § 2 con c. 320 § 2), designa un derecho de excepción respecto de una disposición legal otorgado por un titular de la potestad de régimen. En distinción formal respecto del privilegio, el indulto consiste más bien en el perdón de una obligación contenida y, por regla general, carácter limitado".

14) Sull'argomento si possono vedere i lavori di redazione del canone come anche i vari pareri della maggioranza degli autori. Per una diversa opinione si veda: PEPPERONI, Salvatore. *Personae physicae et personae morales nel nuovo CIC*. *Antonianum*, 60, 1985, p. 440-447.

slatore (*ratio legis*). I termini usati sono: *iura quaesita*; *privilegia*; *Apostolica Sede*; *personis sive physicis sive iuridicis*; *in usu*; *expresse revocentur*, a questi bisogna aggiungere alcuni istituti la cui conoscenza è presupposta, come per esempio fatto giuridico, negozio giuridico, atto giuridico, vediamo ora uno per uno, secondo una vera e propria *explicatio terminorum*, ma sempre senza trascurare il contesto, e quindi la natura propria del diritto canonico. In ogni caso, come abbiamo già accennato, ci limiteremo a presentare qui solo quanto attiene ai diritti acquisiti. Infine, va subito notato che il CIC/83 non ha revocato nessun diritto acquisito.

2.1. *Iura quaesita (Diritti acquisiti)*

In genere la maggior parte degli autori hanno inteso ed intendono l'espressione *iura quaesita* come sinonimo di *diritto definitivo*, inviolabile, del quale il titolare non può essere privato, eccetto che ci si trovi in presenza di ragioni di pubblica utilità, di salvaguardia del bene comune, che ne giustificano la revoca e con motivazioni relativamente proporzionate al diritto che si va ad intaccare.¹⁵ Però, gli stessi sottolineano, allo stesso tempo, che il riconoscimento dei diritti acquisiti non ha l'effetto di rendere le leggi intangibili. Dal fatto che in un ordinamento giuridico si siano acquisiti dei diritti, non consegue che lo stesso ordinamento non possa essere modificato da una successiva normativa. Così, per esempio, una legge ha potuto stabilire l'abolizione dei diritti feudali, senza toccare gli effetti già prodotti nel passato per l'esercizio degli stessi diritti. Quindi, si modifica la legge sulla quale si fondano i diritti acquisiti, ma rimane chiaro, in linea di principio, che la nuova legge non produce effetti che nel futuro.

In ogni caso è importante notare subito che i canonisti antichi non si sono preoccupati molto della teoria dei diritti acquisiti, mentre, al contrario, i moderni hanno cercato di enuclearla, riconoscendole una grande importanza.¹⁶ Questo dato è di somma rilevanza e andrà tenuto ben presente in sede di conclusioni. La spiegazione di quanto è successo sembra trovarsi nel fatto che la questione dei diritti acquisiti si è quasi imposta in seguito all'opera di codi-

15) Cf. NAZ, Raoul. Op. cit., col. 1514.

16) Cf. CLAEYS-BOUUAERT, Fernand; SIMÉNON, Guillaume. *Manuale Iuris Canonici ad usum seminariarum*. Gandae: Meester, 1947, n. 145; OJETTI, Benedetto. *Commentarium in Codice Iuris Canonici*. Romae: [s.d.], 1927, vol. 1, p. 57; CAPPELLO, Felice Maria. *Summa Iuris Canonici in usum scholarum concinnata*. Romae: [s.d.], 1961, vol. 1, n. 57.66; VERMEERSCH, Arthur; CREUSEN, Josef. *Epitome Iuris Canonici cum commentaris*. Romae, 1949, vol. 1, n. 93.

ficazione nel XIX sec., negli Stati, e nel secolo XX nella Chiesa. Infatti, le codificazioni degli Stati hanno in molti casi cambiato completamente le leggi precedenti, in quanto frutto di principi costituzionali completamente diversi dai precedenti, mentre, invece, soprattutto la prima codificazione della Chiesa cattolica, pur ponendosi in continuità con la sua tradizione, inaugurava un modo completamente nuovo di “fare diritto” o “amministrare la giustizia”,¹⁷ ponendo con questo, anche in ambito ecclesiale, la questione se le nuove leggi potevano essere applicate retroattivamente a situazioni già fissate prima della loro promulgazione. Inoltre, soprattutto nell’ambito statale, lo stesso problema si poneva anche nel passaggio ad una nuova sovranità di un territorio: il cambiamento di sovranità aveva come conseguenza di sottomettere le situazioni già fissate al regime legislativo del nuovo Stato sovrano ed indipendente?¹⁸ In detto contesto statale è classica la definizione di diritto acquisito come “... conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benché l’occasione di farlo valere non si sia presentata [e che per la legge precedente] entrò a far parte del patrimonio di chi l’ha acquisito”.¹⁹

Anche la maggioranza degli autori che hanno commentato il Codice pio-benedettino, hanno inteso per diritto acquisito qualsiasi diritto di una persona, che questa ha conseguito per aver osservato una legge positiva umana circa un fatto/atto giuridico. Gli stessi, allo stesso tempo, hanno dato un’accezione ampia al termine “legge positiva” intendendola come sinonimo di “norma giuridica” o qualsiasi modo di acquisire un diritto, come per esempio, la consuetudine, il privilegio, il contratto, l’elezione, la prescrizione, ecc.²⁰ Più o meno, come vedremo meglio più avanti, si sono posti sulla stessa scia i commentatori del Codice vigente. Quindi, quando si parla di diritti acquisiti lo si fa sempre nel contesto del diritto umano positivo, inteso come complesso di norme emanate dalla competente autorità umana ed ordinate a regolare i rapporti sociali, in altre parole, si fa riferimento all’*ordinamento giuridico*

17) Cf. LO CASTRO, Gaetano. Liber I: De normis generalibus. *Introducción. Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. Pamplona: EUNSA, 1996, vol. 1, p. 239-243.

18) Cf. NAZ, Raoul. Op. cit., col. 1515.

19) GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. Torino: Unione, 1891, p. 191.

20) Cf. VAN HOVE, Aloïs. Op. cit., p. 17-58; WERNZ, Franz Xaver; VIDAL, Petrus. *Ius canonicum*. Romae: [s.d.], 1938, t. 1, p. 120-129; NAZ, Raoul. *Traité de Droit Canonique*. Paris: Letouzey et Ané, 1946, t. 1, p. 66-73; MICHIELS, Gommarus. *Normae generales Juris Canonici. Commentarius Libri I Codicis Juris Canonici*. Paris-Tornaci-Romae: [s.d.], 1949, vol. 1, p. 67-101; REGATILLO, Eduardo Fernandez. *Institutiones Juris Canonici*. Santander: [s.d.], 1963, vol. 1, p. 43.

di una determinata società. È importante registrare subito anche questo dato per due ragioni. La prima è che rimane in questo modo chiara la differenza con i cosiddetti *diritti innati* o comunque quei diritti che hanno come origine la *legge naturale* o il *diritto divino positivo*. La seconda è che, cosa non trascurabile per le conseguenze che implica, per il diritto canonico molti diritti acquisiti trovano, alla fine, la loro ragion d'essere ed ultima nel *diritto divino*.

Per meglio cogliere la specificità del concetto di diritto acquisito nell'ordinamento giuridico canonico, ci sembra opportuno ricordare previamente, anche se schematicamente, come esso sia stato inteso ed applicato lungo il corso dei secoli. Presenteremo solo i punti fondamentali servendoci essenzialmente dei risultati conseguiti da due illustri studiosi del passato, il D'Angelo ed il Petroncelli, segnalando che quest'ultimo a sua volta ha ripreso molto dal Van Hove. Prima di tutto occorre subito evidenziare, come giustamente è stato osservato,²¹ che tutto il problema verte e si riduce nel determinare gli *effetti della legge nel tempo*. Da qui si comprende perché la questione sui diritti acquisiti e quella dell'irretroattività della legge sono intimamente unite e connesse tra di loro. Infatti, la questione dell'irretroattività delle leggi, da un punto di vista logico (anche se non sempre, come vedremo, questo è seguito nelle varie decisioni riguardo i casi concreti), si pone nella misura in cui ci si trova davanti ad un diritto che una persona *possiede in qualche modo* (solo in atto, per alcuni, o, per altri, come semplice, giusta aspettativa). Va allo stesso tempo notato che entrambe le questioni interessano e possono essere affrontate dal punto di vista dell'interprete o di colui che è chiamato ad applicare la nuova normativa ovvero dal punto di vista del legislatore *che si dà* un principio in ordine alla promulgazione delle nuove leggi. Alla luce di queste premesse possiamo ora vedere come tutta la problematica degli effetti della nuova legge nel tempo, con entrambe le questioni in essa comprese e le differenti prospettive, sia stata affrontata e risolta lungo i secoli.

Per alcuni autori, lo stesso diritto romano mentre afferma esplicitamente il principio dell'irretroattività,²² non allo stesso modo e sempre, sembra perseguire il rispetto dei diritti acquisiti. A conferma di ciò, si ricorda che la stessa legislazione giustiniana, ma anche molte di quelle successive, ebbe, almeno per quanto riguarda le *Istituzioni* e le *Pandette*, forza retroattiva. Ragione per

21) Cf. D'ANGELO, Sosio. Op. cit., p. 4.

22) Come esempi si citano i seguenti testi: "...quum conveniat leges futuris regulis imponete, non praeteritis calumnias excitare" (l. 65, C. 10, 31); "Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit" (l. 7, C. 1, 14).

la quale, per il d'Angelo, *la non retroattività della legge è il principio generale seguito dal diritto romano, mentre la retroattività è l'eccezione.*²³ Altri, invece, sostengono che entrambi i principi fossero presenti a livello generale. Per esempio, il Petroncelli, dopo aver notato che già Cicerone e l'imperatore Anastasio si erano pronunciati ed avevano stabilito il principio dell'irretroattività, ricorda che:

Lo stesso codice di Teodosiano, nel libro I al titolo *'de constitutionibus principium et edictis'*, contenne, quasi a programma di tutta la legislazione, il precetto: *'Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt'*; programma e norma che Giustiniano riprenderà nell'indirizzare al Senato ed al popolo romano la sua collezione, allorché dichiarerà che essa avrà vigore solo: *'... in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive in iudiciis adhuc pendente'*. Allo stesso modo, e pressoché con identiche frasi, il principio si riafferma in altri testi...²⁴

Al di là delle diverse letture è possibile, perciò, arrivare a concludere che il problema si è posto più o meno chiaramente già nel diritto romano e che almeno a livello di dichiarazione di principio era chiara la funzione delle norme giuridiche, cioè di *essere poste per il futuro e quindi, almeno indirettamente ed in generale, rispettose di quei diritti precedentemente acquisiti per aver compiuto quanto la legge in un determinato tempo richiedeva.*

Il principio dell'irretroattività delle norme giuridiche lo troviamo anche presente nel diritto canonico classico,²⁵ anche se in precedenza già elaborato

23) Cf. D'ANGELO, Sosio. Op. cit., p. 7. Altri testi sono citati in un'altra opera di questo autore: *Jus Digestorum*. Roma: Foro Italico, 1927, p. 155-164. Per la non retroattività: 18 C. 4. 20; 29, C. 6. 23; per la retroattività: Costituzioni di Costantino, 3 C. 8. 34 e Giustiniano 27 C. 4. 32 (cf. idem, p. 157).

24) PETRONCELLI, Mario. Op. cit., p. 4.

25) Ricordiamo che per quanto riguarda la scienza giuridica, almeno così come la conosciamo in occidente, risale alla disciplina intellettuale sviluppata dai giureconsulti romani negli ultimi secoli della Repubblica (dal 218 a. C. fino al colpo di stato di Augusto del 27 a. C.), non senza contatto specifico con la dialettica greca. Come scienza autonoma il diritto canonico si è formato nel XII sec., specialmente con l'opera di Graziano *Concordia discordantium canonum o Decretum*. Fino ad allora il diritto ecclesiale era insegnato come parte della Teologia pratica. Infatti, tradizionalmente le scienze sacre si distinguevano in: 1) teologia storica, in cui si facevano rientrare le scienze bibliche e la storia della Chiesa; 2) teologia sistematica, di cui facevano parte l'apologetica, la dogmatica e la morale; 3) teologia pratica che comprendeva, appunto, il diritto canonico e la pastorale (cf. DEL GIUDICE, Vincenzo. *Nozioni di Diritto Canonico*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 15-17). Tra i fattori più importanti che hanno influito sulla nascita e lo sviluppo della scienza canonica, dobbiamo ricordare il metodo scolastico che, sempre con l'uso della dialettica greca, ha dato inizio allo stesso tempo alla teologia scolastica (v. Abelardo, Pietro Lombardo), ed il modello dello studio scientifico contemporaneo del diritto civile, a partire dalla compilazione giustiniana del *Corpus Iuris Civilis* (iniziato nel 529 e terminato nel 556, è composto: a. Codex [raccolta di leggi precedenti]; b. Digesta [raccolta dei iura/detti dei giureconsulti]. * L'equivalente greco

soprattutto in ambito della teologia morale e pastorale dove veniva evidenziato con forza il rispetto dell'operato di un individuo che aveva agito in ottemperanza alle norme, anche se questo si doveva coniugare con le esigenze della società ecclesiale. Nel *Decretum* abbiamo, per esempio, alcuni testi che affermano la punibilità di un crimine solo in conseguenza di una violazione di una legge determinata ed altri che affermano per il futuro l'applicazione dell'obbligo della castità per coloro che sono costituiti negli ordini maggiori.²⁶ In questi testi, Graziano sembra piuttosto intendere il principio come una *norma per l'interpretazione* più che come una norma di portata generale, cosa che, invece, troviamo chiaramente nelle *Decretali* di Gregorio IX, in particolare in una sua Decretale, inviata all'Arciprete della Basilica di Santa Maria Maggiore, dove è scritto:

Quoniam constitutio apostolicae sedis omnes astringit et nihil debet obscurum vel ambiguum continere, declaramus constitutionem, quam nuper super praeferendis in perceptione portionis maioribus et consuetis servitiis, a minoribus exhibendis, edidimus non ad praeiterita, sed a futura tantum extendi, quum leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis, non ad praeiterita facta trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur.²⁷

Quindi, con una formulazione ed il contenuto quasi uguali a quelle del Codice di Giustiniano.²⁸ In altri testi, contenuti nelle Collezioni successive e che sono entrate a far parte del *Corpus Iuris Canonici* troviamo, oltre ai testi che ribadiscono il *principio dell'irretroattività*, anche significative *eccezioni*.

è Pandette = raccogliere]; c. Institutiones [trattato di diritto ad uso scolastico]; d. Novus Codex [ultime leggi pubblicate]; e. Novelle [nuove Costituzioni].

Durante i secc. XII-XV, la scienza canonistica ha prodotto prima i Decretisti, i commentatori del *Decretum* di Graziano, poi i Decretalisti, i commentatori delle *Decretali* dei romani pontefici, specialmente in seguito alla pubblicazione della collezione delle Decretali di Gregorio IX (redatte dal santo domenicano Raimondo de Penyafort: 1234), divisa in cinque libri: iudex, iudicium, clerus, connubium, crimen, con la divisione di ciascun libro in "titoli". Detti commenti erano prevalentemente esegetici.

Per approfondire la conoscenza delle fonti di questo periodo si consiglia la lettura dei seguenti studi: ERDŐ, Péter. *Storia delle fonti del diritto canonico*. Venezia: Marcianum, 2008; Idem. *Geschichte der Wissenschaft vom kanonischen Recht. Eine Einführung*, Berlin: Lit-Verl, 2006; FERME, Brian Edwin. *Introduzione alla storia del diritto canonico: I. Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*. Roma: Pontificia Università Lateranense, 1998.

26) Cf. C. 3, C. 32, q. 42; C. 4, D. 82; C. 1, D. 31.

27) Cf. C. 13, X, de const., I, 2.

28) Cf. PETRONCELLI, Mario. Op. cit., p. 6 e soprattutto la nota 1, dove sono riportate le valutazioni di vari autori come il Donati, il Falco ed il Van Hove.

Per esempio, nel *Liber VI* troviamo una decretale di Bonifacio VIII che revoca ogni concessione di maggiori facoltà con effetto non solo futuro ma anche retroattivo.²⁹ Successivamente, anche in un testo di Clemente V nel quale si danno disposizioni applicative sulla normativa promulgata dal Concilio Vienese, si stabilisce la semplificazione delle procedure nei giudizi e che queste dovessero applicarsi non solo *ad futura negotia*, ma anche *ad praesentia et adhuc per appellationem pendentia*.³⁰ Dai testi citati, dalla legislazione romana e da quella canonica, emergono quindi, tutta una serie di esempi che la dottrina ed i legislatori successivi faranno propri, anche se in modo diverso in ambito canonistico e civilistico, al fine di elaborare in modo più sistematico il principio dell'irretroattività delle leggi e quello del rispetto dei diritti ormai acquisiti. La domanda che però si presenta subito spontanea è: *quale dei due principi ha svolto il ruolo fondamentale? In altre parole: è stata la preoccupazione di tutelare i diritti acquisiti a far ribadire il principio dell'irretroattività oppure l'esigenza della certezza che la legge può regolare solo i fatti futuri, ha avuto per conseguenza logica il rispetto dei diritti ormai pacificamente acquisiti?*

La canonistica successiva, nei secoli XIV-XVI, si diffonde ampiamente sul tema, svolgendo interessanti riflessioni, ma soprattutto, cosa da sottolineare, in ambito prettamente penale. Vediamo alcuni testi indicativi. Il Beneventano (1250 ca.- ?) nella sua glossa al testo del *Decretum*, afferma: "... *poena, bene dicit pena ex tempore nam culpa ante legem fuit in Chaim et Lamech*" (c. 3, C. 32, q. 4), quindi che Abramo deve essere ritenuto in *colpa* in quanto commise adulterio "... *ante legem scriptam non autem naturalem*". Perciò egli pur essendo in colpa è stato esentato dalla pena, la quale però potrebbe applicarsi retroattivamente come nel caso di Caino e Lamech.³¹ Interessante è anche l'affermazione dell'Ostiense (1210-1271) riguardo il valore di una nuova Costituzione. Infatti, per lui questa si estende anche ai fatti passati, come eccezione alla regola della irretroattività, però solo nella misura in cui si tratta di un diritto naturale o dell'interpretazione di un diritto precedente, quando nella Costituzione si stabilisce la sua applicazione anche ai fatti passati ed ormai conclusi. Affermazioni e conclusioni che egli riprende anche in altre sue opere.³²

29) Cf. C. 4, in VI, de officio legati, I, 15.

30) C. 2, in Clem., de iudicis, II, 1.

31) Cf. PETRONCELLI, Mario. Op. cit., p. 18 e per i riferimenti al testo della glossa, in particolare la nota 3.

32) Cf. *ibid.*, p. 19.

Anche Giovanni Andrea (1270-1348), nei suoi commenti al libro delle *Decretali*, prendendo in esame l'ipotesi di una legge dichiarata retroattiva dal legislatore, si pone la domanda se questa possa applicarsi ad un rapporto già perfetto e finito, quindi se il fatto che un rapporto giuridico, già esaurito per sentenza o transazione, impedisca l'efficacia della nuova legge. La risposta è decisamente negativa. Inoltre, egli nega anche la possibilità che ad una *res iudicata* possa applicarsi una nuova legge, anche se espressamente retroattiva per volontà del legislatore.³³

Con Bartolo (1314-1357) abbiamo un significativo progresso della dottrina sull'argomento. Egli si pone innanzitutto la domanda se uno Statuto può modificare ciò che era stato stabilito da uno Statuto precedente. Rispondendo, distingue e sostiene che mentre sempre uno Statuto può revocare il precedente, non può, invece, essere revocato uno Statuto in pregiudizio *quasi contrahentis*. Quindi, per lui il limite è costituito chiaramente dai diritti che sorgono nei singoli allorché hanno realizzato quanto la legge chiedeva loro per il raggiungimento, per la realizzazione di determinati effetti giuridici. Inoltre, egli conclude che essenzialmente in detta questione, *tutto il problema riguarda l'interpretazione della legge*, non sempre quindi risolvibile a priori, e che rimane, in qualche modo, anche nell'eventualità che il legislatore stabilisca la retroattività della nuova norma. Nel caso che con l'entrata in vigore di una nuova norma, *si ponesse la questione* circa la sua eventuale applicazione al passato, il Bartolo dà i seguenti criteri: a) nel caso di controversie decise, non bisogna applicare la nuova legge; b) invece per quelle già iniziate, o da iniziare, bisogna applicare il diritto anteriore, ma con la nuova procedura; c) che le leggi che stabiliscono le formalità degli atti devono interessare solo gli atti che si producono sotto la loro vigenza.³⁴

Per Baldo degli Ubaldi (1327-1400), invece, in generale le leggi che riguardano un *negozio giuridico*, non debbono disciplinare i negozi che hanno già avuto inizio; al contrario le leggi che riguardano la realizzazione di un negozio giuridico, nella misura in cui questo non si è ancora concluso, è oggetto della nuova legge.³⁵

Vediamo ora un testo significativo non della dottrina, ma proprio "dell'autorità esecutiva" nella Chiesa, che ha inteso disciplinare l'eventuale trattazione di diritti acquisiti. Parliamo delle *Regulae Cancellariae Apostolicae* e spe-

33) Cf. *ibid.*, p. 20.

34) Cf. *ibid.*, p. 21-22.

35) Cf. *ibid.*, p. 23.

cificamente di una intitolata *De non tollendo ius quaesitum per quamcumque commissionem*.³⁶ Essa stabiliva:

Item ne per varias quae pro commissionibus seu mandatis et declarationibus habendis in causis plerumque fiunt suggestiones iustitia postponatur, idem dominus noster decrevit et declaravit suae intentionis fore; quod deinceps per quamcumque signaturam seu concessionem gratias seu literas apostolicas pro commissionibus seu mandatis aut declarationibus et gratiis seu literis huiusmodi etiam si motu proprio, et ex certa scientia per S. Suam emanaverint, vel de eius mandato faciendas, nulli ius quaesitum quomodo libet tollatur.³⁷

Quindi, in questa norma positivizzata della prassi della Curia romana, si stabilisce che in nessun modo una “qualsiasi concessione pontificia” potesse andare contro un diritto acquisito da qualcuno. Nonostante questo, alla luce dello stesso testo e guardando anche sommariamente ai vari interventi da parte della Curia, non è chiaro: prima di tutto che cosa si debba intendere in concreto per “diritto acquisito”; in secondo luogo, in quali casi un atto di un pontefice poteva in qualche modo toccare un diritto acquisito da qualcuno e quindi mettere in dubbio la sua stessa stabilità e forza vincolante. Per questi motivi s’inizia ad inserire in detti documenti, quasi come una clausola “*ad cautelam*”, la seguente frase con contenuto derogatorio *Non obstantibus Nostrae Cancellariae Apostolicae regula de iure quaesito non tollendo alii-que Constitutionibus Apostolicis in contrarium facientibus quibuscumque*.³⁸

36) Dal sec. XIV l’attività della Cancelleria Pontificia era disciplinata da una serie di norme finalizzate a regolare la redazione dei vari documenti contenenti concessioni di privilegi, dispense, benefici e così via. Anche se all’inizio queste regole venivano applicate durante il pontificato del papa che le aveva date o confermate, dal XV sec. sono pubblicate in forma stabile anche se sono state periodicamente aggiornate (cf. ERDŐ, Péter. *Storia della scienza del diritto canonico*: una introduzione. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 130-131).

37) PETRONCELLI, Mario. Op. cit., p. 29. Per le diverse formulazioni e numerazioni di questa regola sotto i diversi pontefici, si veda: VAN HOVE, Aloïs. Op. cit., p. 23.

38) Cf. Congregatione Episcoporum et Regularium, *Congregationis SS. Redemptoris super privilegis*, 16-IX-1864, in ASS 1 (1865-1866) 91-96. Ed ancora, per es., nel seguente testo: “...Constitutionibus Pauli III. et Pauli IV, et Pii IV, Praedecessorum nostrorum de rebus Ecclesiae et Camerae non alienandis omni et cuicumque iuri et potestati nostrae Camerae, licet in Legum corpore clauso: Regulae nostrae Cancellariae de iure quesito non tollendo, et quibuscumque aliis Constitutionibus et ordinationibus nostris Apostolicis, nostrorumque Praedecessorum, usibus stylis, consuetudinibus, sententiis, decretis, et rebus iudicatis in similibus casibus, omnique alii rei quae obstat aut quae obstare possit, omnibus et singulis bis, quorum hic formula expressa habetur, et ad verbum inserta ad supradictum solummodo effectum, ample atque expresse derogamus (BENEDICTUS XIV, Dec. *De locationibus et alienationibus herum ecclesiasticarum*, 23-XI-1742, in ASS 1 [1865-1866] 256).

Perciò, la preoccupazione della tutela dei diritti acquisiti porta con sé l'attenzione all'applicazione del principio dell'irretroattività. Per esempio il Menochio (1532-1607) nei suoi *Consilia*, precisamente nel CCXL, afferma che: "... *legis natura est, ut futuris negotiis, non autem praeteritis formam det, lex nova non respicit effectus etiam futuros actus praeteriti ac perfecti [...] lex nova non comprehendit futura, cum ea comprehendendo includeret praeterita, ad quae non extenditur*".³⁹ Nello stesso periodo, le sentenze e le decisioni dei Tribunali e delle Congregazioni romane non fanno altro che applicare lo stesso principio. Infatti:

La Congregazione del Concilio, chiamata a sentenziare, poneva testualmente a base delle sue decisioni, il concetto che vadano rispettati i diritti quesiti di terzi; cioè, pur premesso che ove la legge dichiara di regolare anche i diritti quesiti, questi non possono formare ostacolo all'efficacia della nuova norma, partendo dal punto di vista dell'interesse del singolo, riteneva che normalmente il diritto quesito faccia ostacolo all'efficacia di una norma. Il problema della non retroattività della legge (intendendo, in questo, come legge qualsiasi norma, sia legislativa che amministrativa), si risolveva così nel problema di vedere caso per caso, se il singolo aveva o no 'acquistato' un diritto, e quali elementi occorressero perché tale diritto potersi dirsi 'acquistato'.⁴⁰

La tradizione romanistica e canonistica che abbiamo sommariamente preso in considerazione, sul rispetto dei diritti acquisiti e l'assunzione del principio dell'irretroattività delle leggi, è fatta propria dalla prima codificazione civile moderna, ossia il Codice di Napoleone, che all'art. 2 disporrà: "*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*". Lo stesso affermeranno, generalmente, tutti i successivi Codici dei vari Stati nazionali.⁴¹ Si noti bene, però, che detta norma è stabilita senza la previsione di eccezione alcuna e riguarda direttamente solo il principio di irretroattività. Quindi abbiamo qui solo la chiara affermazione di un principio generale. Invece, nei due Codici della Chiesa latina il principio è assunto in pieno aggiungendo, però, una norma riguardo i diritti acquisiti, ma con la previsione, sia per

39) MENOCHII, Jacobi. *Consiliorum sive Responsorum libri duodecim*, Venetiis 1609: cit. in PETRONCELLI, Mario. Op. cit., p. 30.

40) PETRONCELLI, Mario. Op. cit., p. 30-31. Il corsivo è nostro. L'autore prosegue riportando decisioni e sentenze di altre Congregazioni e Tribunali che applicano lo stesso principio.

41) "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo (Cost. 25)" (Codice Civile Italiano, DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE, Capo I: Delle fonti del diritto, Art. 11 Efficacia della legge nel tempo).

i diritti acquisiti che per l'irretroattività, dell'eccezione: "...*nisi huius Codicis canonibus **expresse** revocentur*" (CIC/17; CIC/83, can. 4) e "... *nisi **nominatim** in eis de praeteritis caveatur*" (CIC/17, can. 10; CIC/83, can. 9). Quindi in questo caso abbiamo una diversa applicazione a livello di tecnica giuridica: l'enunciazione della regola ed allo stesso tempo la possibilità dell'eccezione. Differenza non da poco e che deve essere tenuta ben presente.

Gli autori che hanno commentato i canoni nei due Codici della Chiesa latina, non hanno fatto altro che ripetere il valore di entrambi i principi, ma anche delle relative eccezioni in nome soprattutto del bene comune, anche se ognuno li ha poi giustificati e spiegati secondo la propria teoria ed attribuendo un significato non sempre uguale al bene comune. Notava il Petroncelli, riferendosi in particolare al principio d'irretroattività che detti autori: "... pur approfondendo il problema, hanno avuto più presente la portata del principio pre-giuridico che non di quello giuridico. Essi così hanno dato al principio il valore di limite assoluto all'efficacia della norma, valore che nel campo del diritto positivo il principio non ha".⁴² Ricordiamo questa affermazione in quanto racchiude, secondo noi, l'equivoco principale circa la questione che ci interessa ora direttamente, dei diritti acquisiti e quella correlativa del principio d'irretroattività: se è lecito *distinguere* tra ambito filosofico, teologico, morale (= pre-giuridico) e quello giuridico, e in quest'ultimo tra diritto privato e diritto pubblico, è ugualmente ragionevole arrivare ad una netta *divisione* di campo o di assoluta non relazione? In concreto cosa significa: "... valore che nel campo del diritto positivo il principio non ha"? Di fatto da questa "divisione/separazione", secondo noi, sono partiti i commentatori dei due Codici riguardo i diritti acquisiti. Vediamo subito quelli più significativi al CIC/17.

Il D'Angelo afferma che il can. 4 ed il can. 10 contengono due principi completamente diversi, se non logicamente, almeno giuridicamente. Il primo è una norma transitoria destinata a regolare i rapporti realizzati sotto il precedente ordinamento: la nuova legge non toglie i diritti acquisiti eccetto che non li revoca in modo *espreso* (che può essere quindi sia implicito che esplicito). Il secondo, invece, stabilisce un principio generale, in relazione con il primo, ma da esso indipendente: la legge non ha forza retroattiva, eccetto non lo dica "nominatim", quindi *esplicitamente*. Per questo conclude che:

42) Idem, p. 36.

La forza giuridica agli atti già compiuti sotto il regime antico, al mutarsi di questo, proviene non già dalla legge antica, ormai abrogata, ma per la nuova che estende il suo riconoscimento paranco sull'antica. [... in Diritto Canonico] non basta un *titolo diverso* dalla legge, né la *dipendenza* da un fatto giuridico anteriore, né il dannoso incomodo per stabilire e decidere se ad un dato rapporto, sorto sotto l'ordinamento antico, deve applicarsi o no il nuovo, entrato in vigore posteriormente, oltre al titolo, alla dipendenza e al danno bisogna aver riguardo *allo scopo della legge nuova*. Se detto scopo può raggiungersi senza estendere la efficacia anche sui rapporti costituiti secondo l'antico ordinamento, sarà bene non applicare il nuovo; non così se la legge nuova tende ad uno scopo che non possa, almeno efficacemente, venir raggiunto ovi si l'applicazione totale o parziale dell'antica legge, e ciò in vista del bene pubblico.⁴³

Quindi, per questo autore è lo scopo/fine della legge che risolve la questione se un diritto acquisito è conservato oppure revocato. Scopo/fine generale della legge che non è altro che il bene pubblico, cioè quel bene comune che già san Tommaso ha individuato come il fine di ogni tipo di legge.⁴⁴

Mentre il D'Angelo ha cercato di risolvere il problema applicando la teoria dello *scopo della legge*, il Falco l'ha fatto applicando un'altra teoria, quella *oggettiva o del fatto compiuto*. Per detto autore l'ambito dei diritti acquisiti non è altro che un'applicazione del principio generale dell'irretroattività, per cui:

... il Codice non regola gli atti e fatti anteriori e quindi neppure gli effetti degli atti compiuti e dei fatti compiuti sotto l'impero della legge precedente. [...]. Considerata la questione della irretroattività sotto l'aspetto del diritto soggettivo, manterranno i propri diritti, quantunque il Codice li abbia in generale aboliti per il futuro, coloro che li avevano derivati, non immediatamente dalle leggi anteriori regolanti in generale la capacità, lo stato, le relazioni delle persone e delle istituzioni ecclesiastiche, ma li avevano individualmente acquisiti e conservati in forza di un *atto* o di un *fatto*, sotto l'impero di quella legge. Perciò il principio della integrità dei diritti acquisiti è applicato dal Codice senza eccezione soltanto riguardo ai diritti acquisiti in forza dei concordati (can. 3), mentre riguardo ai diritti acquisiti in forza di

43) D'ANGELO, Sosio. Op. cit., p. 8.

44) Conviene al riguardo, però, ricordare che, tecnicamente parlando, quando si parla di *finis legis* si può intendere: a) il *finis operis*, il fine intrinseco a cui la legge per sua natura tende, cioè l'osservanza; b) il *finis operantis* il fine estrinseco che a sua volta si distingue: 1) in *generalis*, il bene comune; 2) *specialis* o *ratio legis*, il bene peculiare che il legislatore intende per realizzare il bene comune, che non è altro che la causa motivante.

altri titoli, ed anche di privilegi e indulti della Santa Sede, esso pone eccezioni, rendendo cioè retroattive le norme del Codice.⁴⁵

Sulla stessa scia sembra porsi il Michiels, per il quale è il fatto che un *atto* si è completamente realizzato prima dell'entrata in vigore della nuova legge, a determinare che questo è un diritto acquisito ormai patrimonio del soggetto. Invece gli atti solo parzialmente realizzati non possono ritenersi diritti acquisiti. Non si dimentichi che per questo autore *tutti i diritti soggettivi* che non sono innati, sono acquisiti.⁴⁶ Ecco la sua conclusione:

... principium iudicium speciale in canone 4 statutum revera non esse nisi applicationem specialem principii iudicis generalis in can. 10 statuti; in can. 4 legislator directe indicat irretroactivitatis legum codicialium *effectum* relate ad situationem iudicam subjectivam momento promulgationis Codicis ab ejus subditis acquisitam; dum in can. 10 legislator directe statuit ipsam irretroactivitatem legis seu *causam* iudicam, ob quam integra manent jura quaesita ei contraria. *Causa formalis* perseverantiae iurium quaesitorum alicui Codicis canonici aliive legi supervenienti contrariorum non est [...] lex antiqua sub cuius imperio fuerunt quaesita, nec lex nova legi anteriori substituta, sed voluntas positiva legislatoris supremi respective in can. 4 et 10 expressa.⁴⁷

Per il Van Hove è nella natura della legge la sua irretroattività, anche se in diritto canonico questa è *possibile* per ragione del bene pubblico. In ogni caso esclude la retroattività per le leggi proibitive e precettive. Uguale retroattività ammette nel caso che la nuova legge penale sia più favorevole al reo.⁴⁸

Notiamo, infine, che per il Vermeersch quando si parla di diritto acquisito, è sempre sottintesa la relazione con una determinata norma positiva dell'ordinamento giuridico; se questa relazione non si dà, mancherebbe la condizione per poter parlare di diritti acquisiti ed inoltre non dipendendo da una legge, la legge non può toccarli, anche se sempre sono possibili eccezioni.⁴⁹

45) FALCO, Mario. *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, a cura di FELICIANI, Giorgio. Bologna 1992, pp. 159; 161. Il corsivo è nostro.

46) Cf. MICHIELS, Gommarus. Op. cit., p. 68.

47) Idem, p. 73.

48) Cf. VAN HOVE, Aloïs. Op. cit., p. 37-41; CIPROTTI, Pio. *Lezioni di Diritto Canonico. Parte generale*. Padova: CEDAM, 1943, p. 234.

49) Cf. VERMEERSCH, Arthur; CREUSEN, Joseph. *Epitome Iuris Canonici cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*. Mechliniae; Romae, 1933, vol. 1, p. 90-95. Alla fine della presentazione delle varie teorie, riportiamo la seguente valutazione del Roelker che in parte condividiamo: "The preceding analyses revealed points which can be profitably considered as well as items which should be reject-

I commentatori del CIC/83, in genere, si limitano a ripetere, più o meno, quanto detto dai commentatori del Codice precedente, accogliendo nella maggioranza dei casi la *teoria del fatto passato* (*compiuto, realizzato, applicazione del brocardo *quod factum est in fieri non potest**) come criterio per spiegare l'intangibilità di un diritto acquisito da parte di una norma successiva. Di fatto, partendo dalle medesime parziali prospettive ed assumendo le stesse *incertezze* che abbiamo potuto rilevare nelle varie soluzioni degli autori precedenti, essi si diffondono più che altro, attraverso la presentazione di vari casi e possibilità, nel determinare *se ed in quale misura* una norma successiva interessa e tocca un fatto giuridico di un determinato soggetto, *non ancora finito*. Inoltre, si noti che per la maggioranza di essi il can. 4 non è altro che l'applicazione (nell'economia dei canoni preliminari) del principio generale dell'irretroattività della legge contenuto nel can. 9.⁵⁰

Presentiamo, quindi, in concreto, tra i molti, le posizioni di soli tre autori. Per Otaduy il can. 4 fa propria la posizione classica in materia di irretroattività della legge, cioè "... la posible retroactividad de la ley nueva encuentra su límite en el respecto de los derechos adquiridos en conformidad con la ley anterior".⁵¹ Per diritti acquisiti s'intendono quelli derivanti da un atto legittimamente realizzato in osservanza di una legge. Quindi, puntualizza il nostro autore, non si tratta di mere aspettative (capacità, facoltà, poteri o diritti) previste, contenute e derivate da una legge senza un atto acquisitivo. Affinché si possa parlare di diritto acquisito in senso vero e proprio, bisogna che questo sia parte della sfera giuridica del soggetto in virtù di un atto posto *volontariamente* dallo stesso soggetto o di una qualsiasi altra causa idonea a produrre quell'atto. Il titolo sul quale questo atto si appoggia può essere molto vario:

ed. It is scarcely possible to give a final word regarding acquired rights because both theory and practice will enter into any explanation which might be made. Where theory is emphasized, the practical requirements of law are apt to be forgotten. Where practice is stressed, reason for this practice are not always sufficiently considered. Yet the juxtaposition of theory and practice must be indicated, and it must be indicated in a way that is both logical and legal (E. Roelker, Acquired Rights and the Retroactivity of Laws, in *The Jurist* 4 [1944] 517-518). Dicevamo in parte, in quanto, dal nostro punto di vista, come abbiamo già più volte segnalato, il problema, in questa come in altre questioni giuridiche, sta proprio nel coniugare e mettere in rapporto nel dovuto modo la teoria con la pratica. Sempre più si rivela la verità dei seguenti brocardi latini: 'theoria sine praxis sicut rota sine axis'; 'theoria sine praxi currus sine axi, praxis sine theoria caecus in via'".

50) Cf. CHIAPPETTA, Luigi. *Il Codice di Diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*. A cura di Francesco Catozzella; A. Catta; C. Izzi; L. Sabbarese. Bologna: EDB, 2011, p. 9; OTADUY, Javier. Op. cit., p. 270; anche se quest'ultimo specifica che: "El c. 4 se ocupa del régimen de irretroactividad al que deben someterse lo actos realizados bajo el imperio de la ley anterior al CIC 83; el c. 9 en cambio es aplicable, dentro de esquematismo y simplicidad, a cualquier ley".

51) OTADUY, Javier. Op. cit., p. 271.

una legge, una consuetudine, una prescrizione, l'esercizio della potestà giudiziale o amministrativa, il potere di autonomia dell'interessato. Quindi, il sistema dei diritti acquisiti non sarebbe altro che uno dei mezzi per determinare il limite della retroattività delle leggi e neanche il migliore. Per Otaduy, proprio per questo molti commentatori del CIC/17, come d'altra parte gran parte delle legislazioni moderne, hanno creduto meglio fissare l'attenzione più che sul diritto della persona, sul fatto realizzato che dà origine al diritto e sul ruolo attivo svolto dal soggetto interessato. La ragione di questo cambiamento è da ricercare proprio nella difficoltà di determinare chiaramente il concetto di diritto acquisito. Infatti, se escludiamo i diritti innati o fondamentali, tutto il diritto, com'è stato giustamente notato, o è acquisito o non è diritto. Questa ampiezza o mancanza di limiti del concetto promuove un'applicazione diffusa ed estesa del diritto acquisito, e come conseguenza pregiudica la giusta riforma dell'ordinamento giuridico. Bisogna convenire che ogni sistema concettuale per misurare la retroattività della legge è relativo, e così bisogna valutare i diritti acquisiti. In realtà, nessuna tesi dottrinale astratta, per il nostro autore, può ritenersi pienamente certa in questa area; e senza dubbio tutte sono fonte d'ispirazione e di conoscenza che, ben coniugate, aiutano a chiarire i fenomeni della prassi giuridica. Benché relativo e di efficacia limitata, il sistema dei diritti acquisiti ha a suo favore una consolidata tradizione ed un forte valore morale, che lo rende più utile in ampi ambiti del diritto. Per Otaduy, quindi, il diritto acquisito non sarebbe ogni diritto, il mero diritto. Quest'ultimo si darebbe quando si ha e si vede l'acquisizione da una prospettiva meramente passiva, come la semplice *derivazione* da una legge. Però se si prende un punto di vista più specifico, bisogna considerare anche l'aspetto attivo dell'acquisizione: si tratta di un diritto che si acquisisce, che rimane iscritto alla propria sfera personale, come effetto di un'attività acquisitiva nella quale il soggetto è in ogni caso protagonista (benché non necessariamente e sempre come gestore immediato del fatto). Anche se per il nostro autore è evidente che questo criterio serve poco al fine di qualificare in modo assoluto la natura del diritto acquisito, però offre un aiuto nell'identificarlo nella pratica. Egli sostiene che nessuno dubita, per esempio, che le situazioni giuridiche derivate da un contratto o in generale da un negozio giuridico che procede dall'autonomia delle volontà, generano autentici diritti acquisiti (ma come vedremo più avanti, non sarebbe meglio denominarli "diritti contrattuali"?). All'opposto della "scala" si dovrà affermare che le situazioni giuridiche che strettamente "pendent a lege", cioè che sono concesse direttamente dalla legge senza partecipazione attiva del soggetto (senza un atto proporzionato

per acquisirli) non costituiscono diritti acquisiti. Così per esempio la maggiore età, i diritti e le facoltà annesse alla condizione giuridica del chierico o del religioso, le situazioni giuridiche comprese nel disegno legale di un ufficio o di una istituzione, le relazioni tra gli uffici (come la questione della precedenza), ecc., non possono considerarsi diritti acquisiti, e possono essere toccati dalla nuova legge. Sembra chiaro che entro questi due estremi si dà una gamma di situazioni intermedie che partecipano più o meno dell'uno o dell'altro.⁵²

In breve. Se l'attività del soggetto è determinante al fine di poter parlare di diritto acquisito in senso proprio, è quindi comprensibile la conclusione a cui arriva il nostro autore, per il quale tutte le situazioni che sono concessioni della legge senza partecipazione del soggetto non costituiscono dei diritti acquisiti e possono benissimo essere toccati dalla nuova legge. Questa posizione del resto non è altro che quella assunta, soprattutto in passato, da alcuni Dicasteri della Santa Sede.⁵³

Invece, la posizione assunta dal Bunge parte dalla distinzione tra *diritti acquisiti* e *diritti semplicemente dati*. Per detto autore bisogna intendere per diritto acquisito, il diritto riconosciuto o *concesso per una norma come effetto di un fatto, atto o negozio giuridico* che è alla base del suo possesso. Egli distingue quindi due cause del diritto: 1) mediata, cioè la norma o la legge

52) Sulla stessa scia sembra porsi il commento al can. 4 della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*: "I *diritti acquisiti* sono quelli per i quali si è compiutamente realizzata la fattispecie idonea ad attribuirli al patrimonio del titolare. Risponde ad equità che, in via generale, chi ha conseguito un diritto (e non chi ha una semplice aspettativa) nella vigenza di una determinata normativa non si trovi privato di esso solo perché nuove disposizioni non lo prevedono più o stabiliscono altre condizioni per conseguirlo" (*Codice di Diritto Canonico Commentato*, Milano: Ancora, 2001, p. 98).

53) Infine, Otaduy nota che benché il can. 4 affermi l'operatività del diritto acquisito per le situazioni giuridiche anteriori alla vigenza del CIC/83, lo stesso Codice impiega anche, come è logico, la nozione di diritto acquisito per qualificare situazioni giuridiche sottomesse alla propria autorità. Dall'uso codiciale, quindi, si deduce qualcosa molto somigliante a ciò che indica il can. 4. I diritti acquisiti si rispettano, o meglio, si ha una chiara volontà di rispettarli (cf. cann. 38; 121-123; 192; 326, § 2; 562; 616, § 1; 1196); nell'ambito della funzione amministrativa – non per legge – si prevede la possibilità di lesione legittima di un diritto acquisito (per tanto con autentica retroattività), sempre che esista un'espressa clausola derogatoria (cf. cann. 36, §; 38); il Codice non contiene nessuna clausola che revoca espressamente, e come tale, un diritto acquisito tipico e determinato, benché alcuni dei privilegi espressamente revocati potrebbero essere causa e titolo di diritti acquisiti; esiste un'indicazione codiciale (cf. can. 192) che stabilisce chiaramente, nell'ambito della rimozione dell'ufficio, che il contratto è causa inappellabile dei diritti acquisiti con prevalenza sopra le altre cause; il CIC/83 ammette la nascita dei diritti acquisiti nell'ambito del diritto pubblico proprio dell'organizzazione ecclesiastica, com'è il caso del diritto cumulativo acquisito per la chiesa non parrocchiale ad avere il fonte battesimale (cf. can. 858, § 1), però non sempre considera altre situazioni simili come diritti acquisiti né li rispetta nella loro integrità: per es. che le parrocchie non siano più unite al capitolo dei canonici e quelle che sono tuttora unite ad un capitolo ne siano separate da parte del Vescovo diocesano, come è stabilito nel can. 510, § 1 (cf. OTADUY, Javier. Op. cit., p. 271-272. Alla nota 2, Otaduy riporta in particolare due risposte contenute in AAS 11 [1919] 349-354 e AAS 14 [1922] 527).

che stabilisce il diritto; 2) immediata, cioè il fatto, l'atto o il negozio giuridico al quale la norma ha attribuito la capacità di potere acquisire un determinato diritto "... que hace que una persona determinada se convierta en poseedora de ese derecho definido por la ley. [...] *derecho sudado*, porque es el fruto de un acto o hecho jurídico al que la norma o la ley le asina como efecto la posesión del derecho".⁵⁴ Quindi, per diritto acquisito egli intende un diritto in quanto facoltà posseduta ed esercitata da un determinato soggetto. Invece, per "diritto semplicemente dato" egli intende quel diritto stabilito da una norma dell'ordinamento senza che ci sia stato un fatto o un atto giuridico che determini il suo possesso da parte di un soggetto. La sua conclusione, alla luce della *Regula Iuris* del diritto romano *Quod factum est infectum manere impossibile est* (Novellae 97, c. 1), è che il can. 4 stabilisce come principio generale la permanenza di tutti i diritti acquisiti attraverso *le leggi universali o particolari*. L'eccezione si dà se il legislatore revoca *espressamente*, cioè in modo esplicito o implicito, un determinato diritto acquisito (ma nulla dice sulle ragioni che giustificano l'eccezione, sembrando così che sia la mera volontà del legislatore). Per i diritti acquisiti solo parzialmente o in via di acquisizione, bisognerà verificare se l'atto o fatto giuridico realizzato appartenga alla parte sostanziale, ed in questo caso bisognerà ritenerlo acquisito, altrimenti, se si ha una realizzazione solo per una parte accidentale, non si può ritenerlo tale.

Infine, per Calvo Espiga, elementi costitutivi di ogni diritto acquisito sono allo stesso tempo la *norma giuridica* ed il *fatto giuridico*. Il primo è quello fondamentale in quanto è all'origine del diritto oggettivo e soggettivo. La norma dà, però, in molti casi solo uno *ius ad* e niente di più. Invece, il secondo elemento è il fatto giuridico nel quale abbiamo l'applicazione di una norma ad un caso preciso, la sua concreta realizzazione. L'autore sottolinea con forza che bisogna parlare di *fatto* e non di *atto* giuridico, perché ogni fatto, a prescindere se volontario o meno, può dare origine ad un diritto acquisito. Come esempio dà proprio quello della maggiore età, che come abbiamo appena visto è invece citato da Otaduy come esempio di diritto concesso e non acquisito, che si realizza a prescindere dalla volontà del soggetto, ma che una volta realizzato entra a far parte del patrimonio dei diritti della persona

54) BUNGE, Alejandro W. *Las claves del Código*: el Libro I del Código de Derecho Canónico. Buenos Aires: San Benito, 2006, p. 48.

con tutto quello che questo significa.⁵⁵ L'autore conclude affermando che la relazione tra la norma ed il soggetto si stabilisce precisamente in un concreto fatto giuridico, determinato nello spazio e nel tempo. Ragione per la quale il significato proprio del diritto acquisito va ricercato precisamente in detta componente personale che una volta completata, e solo se completata, rende irrevocabile la relazione giuridica dalla quale deriva il diritto acquisito. Per questo, detto autore distingue tra *fatti giuridici semplici*, puntuali, che consistono in un solo atto che una volta realizzato produce un diritto acquisito; e *fatti giuridici temporali o complessi* (per es. la provvisione di un ufficio ecclesiastico che comporta la designazione, la nomina e la presa di possesso), che fino a quando non sono completati producono solo un *diritto acquisito parziale*. Infine, egli affronta la questione della qualificazione giuridica degli effetti legali prodotti per l'esercizio di un diritto acquisito. La sua tesi è che gli effetti legali che derivano inseparabilmente da un fatto giuridico completato, devono essere considerati autentici diritti acquisiti a ragione del diritto acquisito iniziale (per es. il fatto di aver raggiunto la pensione, dà diritto a ricevere la pensione senza che si richieda un ulteriore atto). Per quanto riguarda altri eventuali effetti legali, che non derivano immediatamente e inseparabilmente dal diritto acquisito, questi si produrranno solo nel caso che si ponga un nuovo *atto* giuridico posto in base al diritto acquisito (per es. dal matrimonio legittimamente contratto deriva il diritto all'amministrazione dei beni coniugali, ma questo diritto si potrà esercitare quando per un nuovo e distinto atto si acquisteranno dei beni). Nota giustamente detto autore al termine delle sue riflessioni, che non sembra ci sia molta differenza tra il concetto di diritto acquisito applicato in ambito canonico ed in quelli civilistici. Ebbene, negli ordinamenti giuridici statali il diritto acquisito usualmente si presenta sempre nella prospettiva della relazione tra gli individui e l'Amministrazione giacché, per esempio, i diritti acquisiti che sorgono dal contratto tra particolari soggetti, in pratica, non si considerano comunemente come diritti acquisiti in senso stretto, ma diritti contrattuali che si pongono, in caso di conflitto, nella sfera meramente privata del diritto civile. Infatti, la concettualizzazione che gli ordinamenti secolari hanno dei diritti acquisiti si fonda nella quasi totalità dei casi, nell'opposizione o nel confronto che esiste tra la libertà personale dell'individuo e l'insieme istituzionale dell'apparato amministrativo dello Stato e delle sue intrinseche esigenze. È, alla fine, un utile strumento giuridi-

55) Per es. porre atti che richiedono la maggiore età e che non possono essere messi in discussione per un successivo cambiamento della stessa.

co di difesa della libertà dell'individuo di fronte alla soffocante tendenza delle Amministrazioni pubbliche ad intervenire nell'ambito individuale. Quindi, quando il diritto secolare si riferisce ai diritti acquisiti non li identifica direttamente e primariamente con quelli che derivano dalle relazioni tra particolari soggetti, ma piuttosto intende e si riferisce a quelli che l'individuo pone di fronte lo Stato. Quando il Codice di Diritto Canonico legifera in questo canone sulla relazione tra la norma vigente ed i diritti acquisiti, in conformità alla normativa precedente, di fatto, si riferisce anche ai diritti acquisiti dal fedele di fronte agli organi amministrativi della Chiesa. Ciò implica e manifesta, a nostro avviso che, in questo caso, il CIC/83 ha assunto una concettualizzazione statale e non ecclesiale, della relazione del fedele con le istituzioni della Chiesa. Nel diritto civile, gran parte dell'ordinamento si orienta alla protezione ed alla difesa della stessa struttura dello Stato, incluso di fronte agli stessi cittadini; senza dubbio, nel diritto canonico tutto l'ordinamento deve tendere primariamente e fondamentalmente a garantire e facilitare la salvezza delle anime. Infatti, solo ed in quanto garantisce questa salvezza e sviluppo personale, la norma canonica contribuirà alla protezione delle istituzioni fondamentali della Chiesa. Così pure, questa opposizione tra i diritti del cittadino e la struttura costituzionale dello Stato che, in principio, può aver senso in qualche caso, mai trova giustificazione in ambito ecclesiale. L'articolazione canonica dei diritti acquisiti dovrà rimanere fondata principalmente nella relazione determinata per il rispetto istituzionale alla persona ed alla fede, da un lato, e per la necessità di un continuo progresso di adattamento pastorale della Chiesa a situazioni sempre nuove.⁵⁶

Al termine di questa sommaria carrellata sulle varie posizioni che a livello legislativo, esecutivo e di dottrina sono state prese lungo il corso dei secoli riguardo i diritti acquisiti soprattutto in ambito ecclesiale, ci sembra necessario proporre alcune valutazioni ed una nostra soluzione.

Prima di tutto bisogna notare, come ha giustamente sottolineato qualche autore,⁵⁷ che il diritto canonico ha assunto acriticamente una concezione prettamente "civilista" (diremmo oggi statalista) al riguardo dei diritti acquisiti, vedendoli nella specifica relazione, che si risolve spesso in contrapposizione, tra cittadino e potere/autorità civile. Questa concezione, in un certo senso, è già presente, come abbiamo visto, nel diritto romano e viene fatta propria dai commentatori del Decreto e delle Decretali, ma prima di tutto è

56) Cf. CALVO ESPIGA, Arturo. Op. cit., p. 370-375.

57) Cf. *ibid.*, p. 375.

assunta come principio guida normativo. Con la scelta di avere un Codice per la Chiesa cattolica, nell'accezione moderna del termine, cioè come *legge delle leggi*, detta concezione non sarà altro che fortemente ribadita. Al di là delle varie posizioni, è nostra convinzione che ciò che spiega veramente cosa siano effettivamente i diritti acquisiti, risiede, alla fine, su cosa s'intenda per diritto e conseguentemente per ordinamento giuridico. Il discorso, quindi, sarebbe lungo, ed esula dai limiti del presente studio, però ci sembra importante dire qualcosa, vista a nostro avviso, la loro influenza sulla cultura giuridica in genere, ricordando brevemente quanto detto al riguardo dalle teorie generali del diritto nel XX sec. Alla luce di quanto loro detto, speriamo, sarà più comprensibile la nostra soluzione.⁵⁸ Inoltre, ci sembra opportuno ricordare, nel contesto del diritto oggettivo-soggettivo, le nozioni e le distinzioni di fatto, atto e negozio giuridico, visto che non sempre vengono intesi da tutti allo stesso modo.

2.1.1 Corollario: l'idea di diritto nella cultura moderna e contemporanea

Già alla fine del XVIII sec., ma in particolare lungo il XIX sec., sulla scia del Positivismo, iniziò in campo giuridico quel processo teso a ridurre il diritto a pura scienza giuridica, avulsa da qualsiasi riferimento con la filosofia e la morale, e con l'intenzione di arrivare ad una definizione di che cosa sia il diritto (il *quid iuris* di Kant). Nel corso del XX sec., questo tentativo si concretizzò dando vita a due linee di organizzazione sistematica: 1) la linea dogmatico-formale (o logico-formale) che diede vita alle teorie generali del diritto, cioè la normativa, l'istituzionale e la relazionale; 2) la linea sociologica, con due indirizzi: a) indirizzo empirico, proprio dell'area anglosassone, caratterizzata dalla ricerca sul campo e sul consenso; b) indirizzo sistematico, prevalso in Europa con la scuola francese di E. Durkheim (1858-1917), e la scuola tedesca con M. Weber (1864-1920), che intendeva arrivare attraverso lo studio delle forme e dei livelli della giuridicità alla elaborazione di concetti e principi raccolti in una teoria sociologica generale del diritto. Tenendo presente l'economia del nostro studio, vedremo solo quanto proposto dalle teorie

58) Per la presentazione che segue riguardante le teorie generali del diritto e l'idea di giustizia come oggetto del diritto, abbiamo tenuto presente alcune opere di S. Cotta, come: *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1984; *Il Diritto nell'esistenza: linee di ontogenomologia giuridica*. Milano: Giuffrè, 1985; *Soggetto umano - Soggetto giuridico*, Milano: Giuffrè, 1997; e ovviamente San Tommaso ed il suo trattato sulla legge nella *Summa Theologiae*, I-II, q. 90-108.

generali del diritto. Partiamo da una osservazione previa. Appena la scienza giuridica, elevandosi a teoria generale, affronta il problema della definizione del diritto, nonostante il suo carattere empirico ed il suo fondamento fattuale non si manifesta più univoca della riflessione filosofica sul diritto: abbiamo più teorie generali che di fatto vanificano la pretesa di unicità di tipo scientifico. Le tre maggiori teorie generali (normativa, istituzionale, relazionale), assumono la loro denominazione dalla categoria giuridica che secondo ciascuna di esse, meglio permette di comprendere e definire il diritto. Alla base c'è il tentativo di ridurre ad unità logica il materiale proprio dell'ambito giuridico (leggi, consuetudini, contratti, sanzioni, pene, ecc.), a prima vista così eterogeneo. Di fatto esse assolutizzano un particolare settore dell'esperienza giuridica (privato o pubblico) ed una determinata categoria (norma, istituzione e relazione).⁵⁹ Infatti, la teoria relazionale nasce in ambito privatistico, mentre quelle normative ed istituzionali in ambito pubblicistico. Inoltre, nessuna di queste teorie nega la categoria proposta dalle altre, ma si limita ad inglobarla in una posizione dipendente dalla propria. Per esempio, la teoria normativa non nega che sono parte dell'ambito giuridico "istituzione" e "relazione", ma ritiene che per essere qualificate come giuridiche debbano essere considerate sotto il profilo normativo (per Kelsen, per es. l'istituzione è il risultato delle norme). La teoria istituzionale ritiene giuridiche le norme e i rapporti solo nel contesto di una istituzione giuridica. La teoria relazionale attribuisce giuridicità alle norme ed alle istituzioni solo e nella misura siano riferite ad un rapporto intersoggettivo di obbligo-pretesa. Tra queste teorie, quella che a nostro giudizio, ha di fatto più influenzato l'attuale idea di diritto in generale ed in particolare di diritto acquisito, è quella normativa. Per questa il diritto è essenzialmente norma, cioè regola di condotta, prescrizione obbligatoria di un comportamento. Il diritto, per la maggioranza degli autori che sostengono questa teoria, non è altro che insieme di norme ed è definibile come ordinamento normativo. Questa identificazione tra norma e diritto trova la sua giustificazione nel fatto che la regolarità e certezza proprie dell'ambito giuridico appaiono derivate e stabilite da norme che non sono altro che la concretizzazione più evidente dell'opinione comune delle persone del concetto generico di diritto come comando posto dall'autorità, limitante la libertà del soggetto. La nostra vita è piena di norme il cui rispetto ci salva dai con-

59) Quindi non fanno altro che applicare il metodo proprio delle scienze naturali che qualifica gli oggetti in base all'elemento predominante (v. divisione della natura in regno animale, regno vegetale e regno minerale).

flitti. Quindi per questa teoria è la norma che qualifica come giuridico ogni avvenimento, fatto ed atto, e senza norme non si avrebbe giuridicità. Però a questo punto sorge spontanea la domanda: cosa è una norma concretamente? A questo punto, all'interno dei sostenitori di questa teoria, abbiamo due indirizzi. Alcuni sostengono che la norma è essenzialmente un "comando", mentre altri sostengono l'idea che essa sia principalmente un "giudizio". Tra gli autori dell'idea di norma come comando (concezione imperativista) abbiamo J. Austin (1790-1859) e F. Carnelutti (1879-1945). Per questi, le norme (= diritto) che l'autorità (statale) stabilisce, presuppongono che ci sia uno che comanda ed un altro che obbedisce e la conseguenza della sanzione per colui che trasgredisce di ottemperare al comando. In questa prospettiva il diritto è tale non già perché il suo contenuto è ritenuto giusto, valido dal punto di vista etico e razionale, ma semplicemente perché posto dall'autorità superiore: *ius quia iussum* (e non *ius quia iustum*). A questa concezione del diritto è stato giustamente obiettato che non permette di rendere ragione della peculiare giuridicità, per esempio, della consuetudine e del diritto internazionale (per definizione in ambedue manca la figura dell'autorità che comanda), escludendo così di fatto due sistemi regolativi a livello giuridico, in quanto non corrispondono a questa concezione. A questa difficoltà ha cercato di rispondere il secondo indirizzo di detta teoria, che vede la norma non come comando, ma come giudizio ipotetico. Il maggiore esponente di questo indirizzo è stato H. Kelsen (1881-1973). Per lui il diritto si risolve essenzialmente in un giudizio di tipo ipotetico del seguente tipo: "se è A deve essere B", dove con A si indica il comportamento illecito del consociato e con B la sanzione che il giudice deve applicare. Quindi la coercibilità risulta essere l'elemento fondamentale del diritto e fa sì che abbia un ambito diverso da quello della morale. Infatti, in quest'ultima le regole di condotta sono deducibili nel loro contenuto dal principio primo, mentre nel diritto le norme si connettono tra di loro secondo un sistema di produzione formale stabilito dalla norma fondamentale dell'ordinamento (*Grundnorm*). Ora, anche se questa presentazione della norma, risolve alcuni dei problemi visti nella concezione imperativista (attenuazione della concezione centralista-statalista e possibilità di ammettere la giuridicità del diritto internazionale), per essa il diritto rimane essenzialmente come prodotto del potere che attraverso le norme impone la sua volontà.

Precisamente è questa concezione del diritto che, secondo noi, ha influenzato di fatto, anche prima della sua sistematica teorizzazione, le varie soluzioni proposte lungo i secoli riguardo l'identità dei diritti acquisiti. Di fatto, questa è la nostra impressione, si è sempre rimasti ad un'idea prettamen-

te volontaristica del diritto per la quale è giusto ciò che l'autorità competente comanda o, nella versione moderna e "democratica", ciò che la maggioranza decide debba essere la norma, dimenticando che la legge umana è, invece, essenzialmente "*ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*" (S. Th., I-II, q. 90, a. 4), una "norma normativa", e sarà tale nella misura che sarà traduzione *hic et nunc* della legge naturale.⁶⁰ Solo questa legge sarà portatrice di una giustizia non parziale ma universale in quanto rispetterà l'essere e l'agire di ogni persona e non di qualcuno o di una parte solamente. Non ci sono esigenze del diritto e della morale, ma ci sono solo ed esclusivamente le esigenze della persona, ciò che è "esatto" dalla sua natura. Allora non ha senso, come invece abbiamo visto in molti autori, quell'affannarsi a voler "dividere/contrapporre" tra ciò che è giuridico e ciò che è invece ambito della morale, per giustificare, alla fine, decisioni a livello giuridico che sarebbe impossibile giustificare con un semplice riferimento ai principi della morale. Se l'oggetto della morale è il bene e l'oggetto del diritto è la giustizia, questa, dando a ciascuno il suo, non fa altro che realizzare il *bonum* (appunto oggetto della morale) a livello dei rapporti intersoggettivi. A questo si deve aggiungere che il diritto implica sempre la categoria del dovere, del dovuto, del *debitum* e questo non potrà essere avulso mai dalla morale e dalla sua valutazione.⁶¹ Allora, tenendo presente la definizione di legge di San Tommaso ed allo stesso tempo dette puntualizzazioni, si dovrebbe affermare, che il primo scopo della legge umana è realizzare la giustizia (cioè quel dare a ciascuno il suo che come abbiamo visto è il *finis specialis* o *ratio legis* di ogni legge), senza la quale non potrà mai darsi la pacifica convivenza tra le persone che vivono insieme e quindi il bene comune (che altro non è che il *finis generalis* della legge che permette la pacifica convivenza tra gli uomini: "*Opus iustitiae pax*" [Is 32, 17]).

2.1.2 Corollario: distinzione tra fatto, atto e negozio giuridico in relazione ai diritti acquisiti

Dopo queste precisazioni, ricordiamo ora alcuni aspetti e concetti utili al fine di determinare in che cosa consistono i diritti acquisiti a livello di ordi-

60) Cf. *Summa Theologiae*, I-II, q. 90; 95. Inoltre, si veda: ERDÓ, Péter. Il concordato in Europa. In: SZURÓMI, Szabolcs Anzelm (ed.), *Concordatory Law*. Budapest: Szent István Társaság, 2008, p. 15-26; idem. *Teologia del diritto canonico*. Un approccio storico istituzionale. Torino: Giappichelli, 1996.

61) Cf. PAJARDI, Piero. *Il diritto di esistere*. Milano: Vita e Pensiero, 1992.

namento giuridico. Nel diritto positivo, appunto inteso come complesso di norme che regolano i rapporti sociali, generalmente si distinguono:

a) il diritto oggettivo (*norma agendi* - Law), che va inteso come l'insieme delle norme stabilite dalla competente autorità, che regolano l'organizzazione sociale, le azioni sociali degli uomini. Detto diritto oggettivo comprende: 1) sia l'insieme delle norme o precetti legali che regolano la condotta umana ed in conformità alle quali devono agire i soggetti di una determinata società (e così possiamo parlare di diritto italiano, di diritto tedesco, di diritto canonico, ecc.); 2) sia l'insieme delle norme che regolano specificatamente determinati istituti giuridici (e in questo caso parliamo di diritto matrimoniale, di diritto familiare, di diritto dei chierici, ecc.);

b) e il diritto soggettivo (*facultas agendi* - Right), che è, invece, ogni interesse che scaturisce da una norma di diritto oggettivo di cui la persona può pretendere la tutela. Abbiamo, quindi, una facoltà che il diritto concede ad ogni persona, ad ogni soggetto per agire giuridicamente entro i limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico vigente in una determinata società.⁶² A sua volta nel diritto soggettivo, inteso come facoltà soggettiva, per la maggioranza degli autori, è possibile distinguere: 1) i diritti innati, legati e derivanti dal-

62) Cf. FAVATA, Angelo. *Dizionario dei termini giuridici*. Piacenza: La Tribuna, 1978. Tenendo presente che: "Il discorso sul diritto comincia con una confusione lessicale che deriva dall'ambiguità stessa del termine. Riccardo Oristano rileva opportunamente gli: 'equivoci sempre annidatisi nella distinzione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo', che se toccano sul piano categoriale i sistemi di *civil law*, in senso più ampio, si ricollegano al problema più generale della stessa definizione di diritto. Si è osservato che solo nei sistemi di *common law* si è riusciti a dare un nome diverso a cose diverse; in breve, diritto - *law* - e diritto soggettivo - *right*. Ma il termine *law* è esso stesso ambiguo perché indica, a seconda dei casi, sia il diritto, sia la legge in senso stretto, o *statute*. In ogni caso, la dicotomia è importante; ma si comincia male; in realtà è lo stesso concetto di diritto soggettivo ad essere messo in discussione, visto che si tratta di una prospettiva ottocentesca cara ai pandettisti.

Pufendorf (1632-1694) è stato uno dei primi ad esprimere con chiarezza la distinzione tra diritto oggettivo, inteso come complesso di norme e principi, da un canto e, dall'altro, nel senso soggettivo, ossia di facoltà o potere dell'individuo di fare alcunché concessa o permessa dalle leggi. 'Siccome, egli dice, l'uomo ha il potere di fare tutto ciò che gli deriva dalle sue facoltà naturali, a meno che non sia proibito espressamente da una legge, si ha l'abitudine di dire che la legge attribuisce il Diritto di fare tutto ciò che non è proibito da nessuna sorta di leggi. In questo senso, il Diritto riguarda la nostra libertà; la legge implica invece l'obbligo col quale la libertà naturale viene limitata'. Ma anche questo è discutibile. In realtà diritto oggettivo e diritto soggettivo non sono due entità separate da un compartimento stagno: ma possono essere raffigurate come due entità elastiche compenstrate una nell'altra; l'espansione dell'una comporta la compressione dell'altra. In ogni caso, la categoria del diritto soggettivo è da tempo messa in discussione: ossia *quali siano i suoi limiti e quindi se esista un diritto assoluto*. Non si tratta solo di problema filosofico; il problema dell'*abuso di diritto*, può trovare una soluzione soltanto se si risponde alla domanda se il diritto soggettivo è un diritto assoluto o meno. Nel primo caso è evidente che non può aversi abuso di diritto, mentre nel secondo sembra ragionevole assumere che non può che trattarsi di diritto qualificato, ossia limitato dal dovere inderogabile di solidarietà sociale" (FRANCHIS, Francesco de. *Il diritto comparato dopo la riforma*. Lezioni e appunti di una ricerca per l'insegnamento. Milano: Giuffrè, 2006, p. 201-202).

la nascita. Essi appartengono al soggetto senza che questo abbia fatto niente per ottenerli. E' il caso del neonato o del bambino ad essere nutrito dai suoi genitori.⁶³ Analoghi sono quelli che per il cristiano derivano dal battesimo (cf. per es. cann. 96; 217); 2) i diritti legali, sono quelli concessi dalla legge; 3) i diritti acquisiti, sono quelli che derivano da un particolare "fatto giuridico"⁶⁴ posti sotto l'impero di una legge anteriore, in conformità ad essa, ma al presente modificata o addirittura revocata. Quindi, per diritto acquisito si deve intendere un diritto soggettivo, ormai parte integrante dei diritti di una persona fisica o di una persona giuridica. Perciò, si può parlare in senso stretto di diritto acquisito quando questo deriva da un atto legittimamente realizzato sotto l'impero di una legge precedente. "È acquisito quel diritto, di cui il soggetto è in legittimo possesso per aver posto tutti i requisiti della legge, fondato sui fatti giuridici, cioè nato da azioni umane regolate dalla legge; il soggetto acquista questi diritti per aver posto tutti i requisiti previsti dalla legge; non si tratta di mere capacità o aspettative".⁶⁵ Per molti autori come abbiamo visto, per avere il concetto preciso e tecnico di diritto acquisito è importante tenere presente l'aspetto "attivo" del soggetto interessato. Affinché un diritto possa essere considerato come definitivamente acquisito, è necessario che si abbia un fatto giuridico in forza del quale il soggetto ha attualizzato una facoltà generale che la legge gli riconosceva: come per esempio il consenso matrimoniale. Ma è veramente così? Giustamente è sta-

63) Cf. NAZ, Raoul. Op. cit., col. 1514.

64) Propriamente parlando, dal punto di vista giuridico, bisogna intendere per "fatto giuridico", ogni avvenimento al quale siano collegate dal diritto conseguenze giuridiche relative alla nascita, modificazione ed estinzione di un diritto. Esso può essere: 1) naturale o involontario, come per es. la nascita, la morte, un'alluvione, un terremoto, ecc.; 2) volontario, detto anche "atto giuridico". Questo a sua volta si distingue in: A) lecito, e può consistere in 1) atti materiali (per es. costruzione di una casa); 2) negozi giuridici (per es. contratto, testamento, riconoscimento di un figlio); 3) atto giuridico puro (per es. l'intimazione di pagamento ad un debitore); B) illecito (per es. il furto, l'omicidio, ecc.). Quindi, il "fatto giuridico" è, in senso lato, ogni avvenimento che produce un qualche effetto giuridico; il "negozio giuridico" si ha quando gli effetti previsti dalla legge sono voluti dal soggetto; l'"atto giuridico", invece, si ha quando gli effetti si producono in forza della legge a prescindere dall'intenzionalità del soggetto (per es. nel caso di un Decreto per l'acquisizione del domicilio, ecc.).

65) SALACHAS, Dimitrios; SABBARESE, Luigi. *Codificazione latina e orientale e i canoni preliminari*. Città del Vaticano: Urbaniana University Press, 2003, p. 221. Ed ancora più chiaramente afferma il prof. Otaduy: "No se trata por tanto de expectativas (capacidades, facultades, poderes o derechos) previstas o contenidas en dicha ley sin que medie un acto de adquisición; el derecho adquirido (*ius quaesitum firmum*) queda ligado a la esfera jurídica de la persona en virtud de un acto procedente del despliegue de la actividad del sujeto o de cualquier otra causa idónea para producir ese acto. El título en que ese acto se apoya puede ser muy variado: una ley o una costumbre, la prescripción, el ejercicio de la potestad judicial o administrativa, o el poder de autonomía del interesado (OTADUY, Javier. Op. cit., p. 271). Onestamente questa posizione "tradizionale" non ci convince.

to notato che anche la lesione di aspettative costituisce la lesione di un diritto acquisito.⁶⁶ Le situazioni giuridiche che dipendono strettamente dalla legge non farebbero, per la maggioranza della dottrina, sorgere diritti acquisiti, come per esempio la maggiore età o il diritto di precedenza,⁶⁷ che perciò possono essere toccati dalla nuova legge. Ma ciò è sempre vero e giusto?

Conclusionione

Tenendo presenti le differenti distinzioni fin ora viste, alla luce dell'analisi storica e della dottrina degli autori è possibile perciò affermare che il diritto acquisito, per la canonistica, si ha con la contemporanea presenza dei seguenti elementi che lo costituiscono: 1) la legge o norma giuridica, che ne è la causa efficiente; 2) il fatto giuridico posto dal soggetto idoneo in accordo con la legge, che altro non è che il titolo per acquisire il diritto. Il primo elemento costitutivo è la legge o la norma giuridica in quanto causa sia del diritto oggettivo che del diritto soggettivo. Infatti, è la norma che dà alla persona la capacità giuridica di porre gli atti necessari per acquisire determinati diritti. Questa capacità giuridica del soggetto ad acquisire dei diritti è di per sé abituale per cui cessa con il cessare della norma che la concede. La norma, per il solo fatto di essere vigente in relazione alla persona, dà titolo alla stessa persona ad un diritto a conseguire o a beneficiare delle possibilità che la norma offre o propone, ma niente di più: cambiata ad un certo momento la norma, cambia la relazione giuridica e di conseguenza la relazione giuridica del soggetto del diritto.

Il secondo elemento costitutivo del diritto acquisito è, come detto, il fatto giuridico che realizza in concreto la norma a ciascun caso specifico. Per fatto giuridico bisogna intendere un fatto esterno (giuridico in quanto alla sua

66) Al riguardo il Naz giustamente afferma: "On le distingue encore traditionnellement de l'expectative, simple droit en espérance, non encore incorporé, dans un patrimoine. Pour traditionnelle qu'elle soit, la distinction entre le droit acquis et l'expectative n'en est pas moins artificielle. *En effet, priver quelqu'un d'une expectative, c'est lui causer un préjudice, c.-à-d. léser un droit. Il n'y a donc pas de différence essentielle entre le droit acquis et l'expectative*, et l'emploi de cette distinction ne semble pas être autre chose qu'un procédé didactique aidant à dégager la notion de droit acquis. M. de Vareilles-Sommières, dans un article de la *Revue critique*, 1893, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, a mis au défi le 'plus délié des civilistes' de donner des définitions satisfaisantes du droit acquis et de l'expectative. Nul n'a relevé le défi, et nul ne le relèvera, ajoute M. Planiol, car la classification est artificielle et vicieuse, et ni l'une ni l'autre de ces deux catégories ne présente un seul caractère qui lui soit propre et la différencie" (cf. NAZ, Raoul. Op. cit., col. 1514-1515: il corsivo è nostro).

67) Questa, come abbiamo sopra visto, è stata anche la posizione presa da alcuni Dicasteri romani: Cf. AAS 11 (1919) 349-354; 14 (1922) 527.

percezione sociale e pubblica), prescritto da una norma (giuridico nella sua stessa sostanza costitutiva), posto in conformità con l'ordinamento giuridico (giuridico perché posto secondo le modalità d'esecuzione). Si parla di fatto giuridico e non di atto giuridico, perché alle volte, per acquisire un diritto, si richiede un semplice accadimento o un atto meramente materiale, mentre altre volte, al contrario, si richiede esplicitamente un atto propriamente umano, cioè libero e volontario, diretto all'acquisizione di un corrispondente diritto.⁶⁸

L'esigenza di un fatto giuridico nella conformazione del diritto personale, in modo tale che passi da un semplice diritto soggettivo ad un determinato diritto personale, effettivo e concreto, introduce un nuovo elemento nella relazione giuridica stabilita tra la norma e il soggetto personale, alla quale ci siamo riferiti sopra. La relazione tra la norma ed il soggetto si stabilisce riguardo ad un fatto giuridico concreto, determinato a livello di spazio e di tempo. Quindi, la relazione giuridica che viene a crearsi tra la norma ed il soggetto, comporta in questo caso un elemento, il fatto, che sebbene sia tipificato e regolato per la stessa norma, una volta posto, la trascende nel senso che, anche nel caso di cambiamento della norma, non è possibile cambiare il fatto. Per questi motivi, la sostanza del diritto acquisito non risiederebbe principalmente nel fatto dell'irretroattività della legge, ma piuttosto nel comportamento della persona interessata che una volta compiutamente realizzato, rende irrevocabile la relazione giuridica che produce il diritto. Quindi per il fatto che uno abbia compiuto la maggiore età in base alla legge vigente che ne stabiliva il raggiungimento al diciottesimo anno di età, rimane "acquisito" (come anche rimarrebbero validi tutti gli atti posti in forza della capacità di agire acquisita con la maggiore età) e non potrebbe essere messo in discussione da una legge successiva che portasse a ventuno gli anni per essere maggiorenne.⁶⁹ Perciò, anche se la maggiore età è un diritto legale, il fatto che qualcuno, per il passare del tempo, lo abbia raggiunto, comporta una acquisizione del patrimonio giuridico della persona.

Precisamente per il ruolo fondamentale che nella determinazione dei diritti svolge il fatto giuridico, questo deve essere giuridicamente completo, deve essere terminato. Si danno fatti giuridici semplici, e perciò puntuali, che consistono in un solo atto: realizzato questo, si produce il fatto giuridico. Però esistono anche fatti temporali o complessi. Il fatto giuridico temporale consi-

68) Cf. CALVO ESPIGA, Arturo. Op. cit., p. 370-371.

69) Cf. *ibid.*, p. 372, nota 64.

ste nel trascorso di un determinato tempo, trascorso il quale, si ha il fatto giuridico, altrimenti si dà solo un'aspettativa. È per esempio il caso della consuetudine e della prescrizione, dove si esige il trascorrere di un determinato tempo. Il fatto giuridico complesso, invece, comporta la realizzazione di vari atti successivi, separati per determinati spazi di tempo: si produce il fatto giuridico, una volta scaduto il termine e posto l'ultimo atto. Infatti, nel frattempo esiste solo una specie di diritto acquisito parziale, come conseguenza di ciascun atto parziale posto, giacché unicamente l'atto conclusivo produce un autentico diritto acquisito.⁷⁰ Al riguardo l'esempio più chiaro è dato nel diritto canonico dalla provvisione dell'ufficio. In questo fatto è possibile distinguere vari atti successivi: a) la designazione della persona idonea, tramite la presentazione, l'elezione o la postulazione; b) la nomina, che può darsi in diversi modi: libera collazione, istituzione, confermazione, ammissione o semplice accettazione; c) il possesso nei casi in cui il diritto lo richieda.⁷¹

70) Così il beneficiario non ha un vero e proprio diritto acquisito sul suo beneficio se non dopo averne preso possesso.

71) L'applicazione della regola della non retroattività della legge e del rispetto dei diritti acquisiti si applica ad ipotesi diverse. 1) L'acquisizione del diritto comporta una successione di atti distribuiti in uno spazio determinato. Alcuni di questi atti sono stati posti prima del Codice, ma rimangono altri da realizzare dopo il 1918. L'interessato non ha ancora dei diritti acquisiti. Gli atti restanti dovranno dunque essere conformi al Codice. E' il caso della prescrizione: i termini saranno di trent'anni e non più di quaranta come prima del Codice. Il fatto giuridico necessario all'acquisizione di un diritto può dipendere tanto da una serie di atti indipendenti gli uni dagli altri da porsi, in uno spazio di tempo indeterminato, che da atti che sono reciprocamente in rapporto di causa ad effetto. Nel caso di atti indipendenti, se sono stati posti prima della nuova legge, conservano il loro valore e non devono essere ripetuti. Quanto agli eventuali atti rimanenti, essi saranno regolati dalla nuova legge. Così un religioso che ha fatto la professione semplice prima del Codice non la deve ripetere, ma egli non ha un diritto ad emettere la professione perpetua secondo la legge precedente, dovrà invece emetterla seguendo la nuova legge. Invece, nel caso che gli atti costitutivi di un fatto giuridico necessari all'acquisizione di un diritto sono in una relazione di causa ed effetto, il soggetto ha un diritto acquisito a proseguire la realizzazione dell'affare in conformità alla legislazione sotto la quale ha iniziato. Solo la forma degli atti sarà regolata dalla legge nuova (can. 14, § 1, 2° *CIC/17*). È il caso della provvisione di un beneficio: tutti gli atti che la costituiscono sono interdipendenti, quindi, sono completati secondo la legge in vigore all'inizio del processo di provvisione, salvo la forma. 3) Benché il fatto giuridico generatore di diritto acquisito non risulti direttamente dalla legge, ma da un titolo d'origine contrattuale, gli effetti del contratto restano sottostati alle condizioni fissate dal contratto che è legge tra le parti, anche se la legislazione relativa a quel contratto cambierà. 4) Le conseguenze di un diritto acquisito che poggia su un titolo legale sono distinte da questo diritto come l'effetto dalla causa. In caso di cambiamento della legge, queste conseguenze dovranno essere regolate dalla legge in vigore quando esse si sono prodotte. Così i fidanzamenti conclusivi prima del 1918 erano sanzionati per un'azione giudiziaria. Ma quest'azione non può essere più esercitata dopo il 1918 perché essa è una conseguenza che il Codice non ammette più (Comm. Interpr., 2-3 giugno 1918).

Quindi, da quanto evidenziato, è possibile concludere che un diritto riconosciuto per una legge o un privilegio — ma che i terzi non se ne sono ancora appropriati per un fatto giuridico unilaterale o contrattuale — non possono essere considerati come dei diritti acquisiti. Al contrario, quando il fatto giuridico è pienamente realizzato al momento della promulgazione della nuova legge, il diritto che ne risulta de-

Un'ultima questione riguardante i diritti acquisiti è data dalla qualificazione giuridica degli effetti legali prodotti dall'esercizio di un diritto acquisito. Senza dubbio, devono considerarsi gli effetti legali, che derivano direttamente da un fatto giuridico già completo, autentici diritti acquisiti a motivo del diritto acquisito iniziale. Però, si danno altri effetti legali che non derivano immediatamente dal diritto acquisito, ma che sorgeranno da un nuovo atto giuridico posto sulla base del diritto acquisito. Questi secondi effetti si possono considerare come diritto acquisito solo quando il nuovo atto giuridico, possibile sulla base della capacità che proviene dal diritto acquisito iniziale, si realizza.⁷²

Alla luce di quanto sopra abbiamo cercato di presentare, ci sembra evidente l'influsso operato dal positivismo giuridico nella redazione del canone per la parte che riguarda i diritti acquisiti, e quindi ad una forse esagerata preoccupazione alla tutela ed alla coerenza dell'ordinamento giuridico canonico in sé, più che l'attenzione alle persone ed alla realizzazione della giustizia. Questo è un aspetto che riemerge in varie parti del Codice vigente e soprattutto è una tentazione molto diffusa ai nostri giorni nell'ambito amministrativo e giudiziale della Chiesa. Dato, a nostro sommesso avviso, preoccupante in quanto non permette di evidenziare la natura propria del diritto ecclesiale. Infatti, nell'eterna dialettica tra le formalità giuridiche⁷³ e la verità (che nell'ambito del diritto non è altro che la giustizia), il diritto canonico non potrà avere che un'unica ed esclusiva opzione: la verità e la giustizia!

Quindi, dallo studio fin qui svolto, ci si rende conto che non è possibile cogliere lo specifico del concetto di diritto acquisito nell'ordinamento canonico, se non alla luce di quanto la tradizione canonica ha inteso come diritto, legge e bene comune. In modo particolare il concetto di legge, da sempre colta come un comando della ragione (pratica), imposto da chi ha la com-

ve essere considerato come pienamente acquisito, ed il suo valore non dovrà essere messo in discussione per effetto di una disposizione contraria della nuova legge. Si noti, infine, che l'età e la capacità dei soggetti dovranno essere determinate in base alla legge in vigore al momento dove si pone la questione da risolvere (cf. NAZ, Raoul. Op. cit., col. 1516-1517).

72) Cf. CALVO ESPIGA, Arturo. Op. cit., p. 373.

73) Questo aspetto merita una chiarificazione in quanto spesso e volentieri è fonte di equivoci con non poche conseguenze negative. Le varie formalità giuridiche sono dei mezzi utili e spesso necessari per conseguire la certezza del diritto, ma la certezza non è il fine del diritto e per essa non si può sacrificare il vero fine del diritto che è la giustizia. Quando si enfatizza ed assolutizza l'importanza delle formalità, spesso e volentieri si scivola nel mero formalismo (inteso come rigida assolutizzazione delle formalità che ignora la verità e la giustizia) che di fatto vanifica ed addirittura sovverte e tradisce il senso stesso della presenza delle formalità giuridiche nei vari ordinamenti giuridici.

petente autorità nella comunità, con l'intenzione di obbligare all'osservanza. Una legge che ha come caratteristiche di vincolare la condotta di colui al quale è stata data, di ordinarne e misurarne gli atti. Per questo, la legge deve comandare ciò che è giusto, retto e che è possibile far compiere ed osservare da parte della comunità, non solo fisicamente ma anche moralmente. Le leggi che richiedono comportamenti "esigenti" si giustificano solo se richieste dal bene comune o si tratti di norme che riguardano uno stato di vita particolare. La legge deve essere necessaria, o almeno utile, per raggiungere il fine della comunità, altrimenti non sarebbe né giusta né razionale ed i sudditi non sarebbero tenuti ad osservarla perché la ragione che obbliga, propriamente parlando, è la realizzazione della giustizia per il bene comune, mentre ciò che è completamente inutile, non conduce al fine. Anche se il Legislatore deve considerare sempre le circostanze dei luoghi e delle persone (cf. cann. 5, § 1; 31, § 1), le leggi sono date direttamente e principalmente per la comunità e non per i singoli (cf. can. 29). Il soggetto immediato della legge è la comunità, la cui vita intende regolare ed il cui bene comune vuole preservare e promuovere. La legge cerca l'uniformità di comportamento, cioè non tiene conto delle condizioni particolari dei singoli. Per soddisfare le necessità, le situazioni o le condizioni particolari dei singoli ci sono gli atti amministrativi singoli. In questo senso la legge è astratta.

L'altro aspetto riguarda il concetto di bene comune di una comunità. Che cosa bisogna intendere per bene comune nella e per la Chiesa? Esso è uguale a quello dello Stato?

Il bene che persegue la Chiesa è la salvezza delle anime, che deve essere inteso in senso personale nelle relazioni intersoggettive all'interno della comunità (cf. can. 1752),⁷⁴ la santificazione dei fedeli (cf. can. 210). Ora, quando si afferma che la legge canonica persegue il bene comune, s'intende quello pubblico sociale. Così le comunità, le varie persone giuridiche pubbliche, hanno come fine l'edificazione della Chiesa e la salvezza del mondo (cf. can. 573, § 1), la missione salvifica (cf. can. 207, § 2). Quindi, il bene comune, o fine di realtà è un fine corrispondente alla missione della Chiesa, che trascende il fine dei singoli, ma non può non includerlo e non tenerlo costantemente presente e perseguirlo (cf. can. 114, § 1). Queste comunità perseguono il bene

74) Facendo attenzione al fatto che il principio della salvezza delle anime è un principio di diritto pubblico e non va ristretto all'ambito meramente privatistico (cf. ERDŐ, Péter. *Salus animarum suprema lex*. In: AGRESTINI, Silvano; CECCARELLI MOROLLI, Danilo (ed.). *Ius Ecclesiarum vehiculum caritatis*. Atti del Simposio Internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, Città del Vaticano, 19-23 novembre 2001. Città del Vaticano: LEV, 2004, p. 573-585).

pubblico (cf. can. 116, § 1). Per questo motivo il bene comune o pubblico è essenziale alla legge.⁷⁵

Perciò, il problema è capire che da una parte esiste il bene comune della Chiesa che va inteso come pubblico che si oppone a privato, ma non a personale; dall'altra che il bene comune nella Chiesa include inseparabilmente il bene del singolo fedele. È quindi importante cogliere la specificità del bene comune nel diritto canonico che lo distingue da quello in uso nelle comunità politiche dove si ha una concezione piuttosto "quantitativa": il bene dello Stato, della maggioranza su quello dei singoli. Per cui una certa contrapposizione, almeno a livello di possibilità, tra i due beni in gioco si dà quasi sempre. Cosa che non dovrebbe darsi nella Chiesa che non è una società naturale come lo Stato, ed ha una sua precisa fondazione teologica del diritto, della legge e del bene comune. Una conferma di quanto abbiamo cercato di esporre la possiamo trovare nelle *Regulae Iuris*, cioè in quelle massime che hanno colto e riassunto la sapienza e la specificità del diritto canonico. Queste possono non poco aiutare a cogliere e chiarire la specificità dei diritti acquisiti nell'ordinamento canonico, che potranno essere correttamente intesi solo se colti come diritti da riconoscere, perché acquisiti in ossequio ai principi del-

75) Cf. GARCÍA MARTÍN, Julio. *Le Norme Generali del Codex Iuris Canonici*, Venezia: Marcianum Press, 2016, p. 71-93; CHIAPPETTA, Luigi. Op. cit., p. 14-21.

Quanto detto in riferimento al bene comune deve però essere correttamente inteso alla luce della natura specifica della Chiesa. "Poiché la Chiesa come società è segno della presenza salvifica di Cristo che opera in essa, il bene comune della Chiesa deve essere considerato innanzitutto sotto l'aspetto teologico per comprendere ed attuare il bene comune giuridico. Cristo è il principio del bene sia comune che dei singoli, in quanto tutti i beni della Chiesa sono doni di Cristo. Il bene comune nella Chiesa, allora, non è soltanto l'ordine esterno di essa come società giuridicamente organizzata, ma considerato nella sua natura teologica, come diceva Paolo VI, raggiunge un mistero divino, quello della vita della grazia, che tutti i cristiani chiamati a ad essere figli di Dio vivono nella partecipazione alla vita trinitaria. Essendo il bene comune, nella sua essenza teologica, la partecipazione alla vita della grazia di comunione con Dio e con i fratelli, in cui consiste la salvezza, a questo livello coincide con il bene del singolo. La comunione ecclesiale, infatti, spirituale e nello stesso tempo visibile (cf. LG 8a), richiede la definizione del bene comune esterno giuridico, come complesso delle condizioni e delle istituzioni che permettono la realizzazione propria ai singoli fedeli e alla comunità. [...] Il bene comune giuridico o esterno è strumentale rispetto al bene comune interno teologicamente inteso, in quanto è il perseguimento di quest'ultimo che perfeziona la persona umana sotto l'aspetto sia naturale che soprannaturale e tutta la comunità dei credenti (cf. GS 26a) (GHIRLANDA, Gianfranco, voce *Diritto canonico*, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, Cinisello Balsamo [MI] 1996, p. 352-353). Ed ancora: "... il fine soprannaturale dell'uomo è fondamentalmente *personale*: esso non è né individuale né puramente sociale. Non è un fine individuale, perché l'uomo più che un individuo è persona, e quindi non può essere *condotto* autoritariamente al suo fine: è lo stesso fedele che deve conseguirlo attraverso l'uso responsabile della sua libertà. E non è neppure un fine meramente sociale, perché non è il Popolo di Dio – considerato esclusivamente come collettività, indipendentemente dai suoi componenti – che tende a questo fine: è ogni battezzato, ogni fedele concreto, che è personalmente chiamato a conseguirlo" (HERRANZ CASADA, Julián. *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 119).

la legge naturale che esige il rispetto di quanto compiuto secondo verità e giustizia, e non semplicemente perché concessi da parte di una autorità che ne ha il potere.⁷⁶ Questo dato, come abbiamo visto, era pacificamente acquisito nella prassi e nella dottrina tradizionale canonistica, è stato recepito solo in parte nelle opere di codificazione del 1917 e 1983, dove la previsione dell'eccezione della revoca dei diritti acquisiti in caso di espressa disposizione dei canoni attesta, a nostro sommo avviso, l'influsso della mentalità positivista. Al limite sarebbe stato più coerente e logico parlare, in determinati casi e situazioni, di possibile sospensione e non di revoca.

76) Come, per es.: 15. *Odia restringi, et favores convenit ampliari* (Conviene restringere le cose odiose ed ampliare quelle favorevoli); 30. *In obscuris minimum est sequendum* (Nelle questioni oscure, deve essere seguita la soluzione meno severa (minimale).); 88. *Certum est, quod is committit in legem, qui legis verba complectens, contra legis nititur voluntatem* (È certo che viola la legge chi, pur seguendone le parole, va contro la volontà della stessa legge) (in *Liber Sextus Bonifatii VIII*, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. FRIEDBERG, t. II, Lipsiae 1881, coll. 1122-1124).