

Gabriella Palmieri Sandulli

**V SEMINARIO SUI FONDAMENTI DEL  
DIRITTO EUROPEO  
“LA LIBERTÀ DI COSCIENZA”  
LUMSA 15 ottobre 2013**

1. Desidero, innanzitutto, ringraziare il Rettore Magnifico dell'Università LUMSA, prof. Giuseppe Dalla Torre, per l'invito a partecipare a questo Convegno, che tratta un tema importante e di viva attualità.

Nella mia qualità di componente del Consiglio di Amministrazione della LUMSA ho avuto modo di apprezzare il lavoro costantemente svolto dall'Università per perseguire sempre ulteriori traguardi di eccellenza. In questa finalità si colloca perfettamente anche il Convegno odierno.

Il tema della libertà di coscienza è molto accattivante per il giurista e induce a profonde riflessioni.

Io lo tratterò nell'ottica del tecnico delle norme, senza addentrarmi nelle profonde implicazioni di carattere etico e religioso che lo permeano, rispetto alle quali non ho né la competenza scientifica né il ruolo istituzionale per formulare considerazioni o, addirittura, trarre conclusioni.

Approfitterò dell'osservatorio privilegiato rappresentato dalla mia professione di Avvocato dello Stato e dal ruolo da me attualmente ricoperto di Agente del Governo italiano dinanzi alla Corte di Giustizia e al Tribunale dell'unione europea per affrontare il tema non solo del diritto nazionale, costituzionale e amministrativo, ma anche del diritto europeo.

---

\* Contributo accettato dal Direttore.

2. Ritengo opportuno ricordare che, come osservato dalla dottrina più recente, ma ormai, univoca sul punto, il nostro ordinamento si caratterizza per essere multilivello, nel senso che coesistono il livello nazionale, il livello comunitario e il livello sovranazionale.

Con la locuzione “diritto europeo” si fa sinteticamente riferimento al diritto, ormai, dell’Unione (perché, per quanto sia rimasta, in via di correntezza, la dizione “comunitario”, è più corretto chiamarlo così) e al diritto scaturente dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, (di seguito, anche CEDU) e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Va ricordato, infatti, che sia i neo costituzionalisti, sia i pan-processualisti si sono posti il problema se il nostro ordinamento sia costituzionale multilivello; se sia, appunto, un ordinamento costituzionale che ha un livello nazionale, un livello comunitario o di diritto dell’Unione e un livello che scaturisce dall’adesione dell’Italia alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, con il vincolo, quindi, derivante anche dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo.

Tanto che un recente libro di Diritto Costituzionale è stato significativamente intitolato alla giustizia costituzionale plurale<sup>1</sup>, proprio in riferimento a queste diverse angolazioni.

In realtà, almeno fino a che l’Unione Europea non completerà la sua adesione alla CEDU, al diritto scaturente dalla Convenzione EDU e dalla interpretazione che di essa fornisce la Corte EDU non può essere dato lo stesso valore del diritto comunitario (*rectius* del diritto dell’Unione europea).

Va anche ricordato che la Commissione Europea ha richiesto un parere sull’argomento alla Corte di Giustizia – il numero 2 del 2013 – ed è significativo che sia il secondo parere che la Commissione dell’anno in tema di Trattati che devono essere stipulati dall’Unione Europea; mentre, per esempio, dal 2009 ad oggi, ne aveva richiesto uno soltanto.

Chiede, appunto, la Commissione alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità dell’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

---

<sup>1</sup> A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012.

*Abstract*

**GABRIELLA PALMIERI SANDULLI, 5<sup>th</sup> Seminar on the Fundamentals of European Law “Freedom of conscience” LUMSA 15 October 2013**

The theme of freedom of conscience is discussed not only in terms of European law, but also of Italian constitutional and administrative law.

The general principles of the provisions of the European Convention of Human Rights are examined with reference to constitutional parameters and the content regarding the protection of religious freedom in the context of the Italian Constitution, and with reference to the Recommendation dated 13 June 2013 of the European Parliament; attention is given to the question of crucifixes in schools, ruled by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights with the sentence of 18 March 2011; to issues relating to Law no. 40/2004 on the theme of artificial insemination; and to the issue of marriage between persons of the same gender.

In conclusion, two points for reflection arise: 1) regarding the identification of limits in the regulatory action of States on ethically sensitive and socially significant issues; 2) regarding the “margin of appreciation” of the State with reference to national sovereignty and on the effects of membership of the European Union.

**Parole chiave:** CEDU, diritto dell’Unione europea, libertà di religione, crocifisso, fecondazione assistita, matrimonio fra persone dello stesso sesso

Francesco Paolo Casavola

## **LA CHIESA E LA COMUNITÀ POLITICA NELLA *GAUDIUM ET SPES* 76 E A 50 ANNI DAL CONCILIO\***

Il Concilio va letto in due dimensioni diacroniche: per il tempo raggiunto alla data della sua convocazione e della elaborazione e proclamazione dei suoi documenti; e quindi per la distanza che nei decenni successivi gli eventi della storia stabiliscono ad evocare nuovi significati.

All'apertura della seconda metà del Novecento la Chiesa cattolica non poteva non prendere atto della scomparsa di quella omogenea *societas* cristiana che aveva dominato l'orizzonte della civilizzazione occidentale dalla fine dell'antichità fino ai secoli premoderni. Il mondo nuovo è quello delle società pluralistiche, che contengono più tradizioni culturali, più religioni, più identità collettive nazionali ed etniche. Il tema da tempo insorto e mai compiutamente risolto era quello di definire una nuova relazione tra lo Stato e la Chiesa cattolica. Nella lunga storia della diffusione del Cristianesimo si erano seguite diverse fasi. La prima era stata quella della estraneità della religione alle ragioni politiche. La seconda, costantiniana, che asserve la fede ai compiti dello Stato, in cui l'imperatore legislatore, formalmente a partire da Giustiniano, governa *Deo auctore*, interprete della divinità. La terza è quella della ricerca di una composizione tra i due poteri, spirituale e temporale, l'uno e l'altro tendenti a stabilire un raggio di effettività territoriale universalistico. La quarta è stata quella del conflitto Stato-Chiesa con le pacificazioni convenute attraverso i Concordati.

Ma al di sotto dei due soggetti intestatari della contesa si era andata svolgendo e affermando una storia della società

---

\* Convegno "Chiesa e comunità politica a cinquant'anni dal Concilio" La Sapienza 16-17 maggio 2014.

europea progressivamente sempre più differenziata e libera rispetto alle pretese regolative totalizzanti dello Stato assoluto dell'*ancien régime*.

Con la civiltà liberale e con il successivo emergere delle democrazie, interlocutori della Chiesa non erano più i sovrani e i loro apparati di governo, ma i corpi elettorali e le loro rappresentanze parlamentari.

Nella misura in cui la Chiesa cattolica ha continuato ad obbedire a quel nucleo della sua missione che guarda all'etica delle società, non sarebbe stato possibile un atteggiamento di indifferenza e di estraneità rispetto alla mutata struttura della politica. Il buon cristiano non poteva più essere il suddito obbediente, ma il cittadino in grado di ottenere leggi non contrastanti con l'etica cristiana. Quel cittadino avrebbe potuto scegliere tra partiti e movimenti politici diversamente ispirati, classisti, interclassisti, nazionalisti. Ma perché la Chiesa ha a lungo resistito fino agli inizi del XX secolo alla formazione dei partiti cattolici? Per non essere trascinata di nuovo nel conflitto con gli Stati? Per riaffermare la diversità degli ordini, spirituale e temporale? Ma allora perché intensificare gli atti di magistero intitolati alla dottrina sociale? E dov'è il confine tra dottrina sociale e attività politica? La presenza maggioritaria di un partito cattolico in Italia nel secolo scorso è stata causa ora di tranquillità ora di oppressione nelle gerarchie della Chiesa, a seconda non solo dei comportamenti dei militanti e dirigenti del partito, ma anche dello stesso associazionismo cattolico. E se una indicazione vuole trovarsi sul significato complessivo dei mutamenti italiani, questa va colta nella contemporaneità del declino della democrazia cristiana e della crescita dell'associazionismo in forme diversificate del laicato cattolico.

Il Concilio contiene una presa d'atto di un tale processo di mutamento cercando di proporre una giustificazione in termini di principio.

Il primo principio è che la Chiesa cattolica in nessuna maniera si confonde con la comunità politica, non è legata ad alcun sistema politico, è insieme "segno e salvaguardia del carattere trascendentale della persona umana" (G.S. 76.1580).

## *Abstract*

### **FRANCESCO PAOLO CASAVOLA, The Church and the political community in the *Gaudium et spes* 76 and 50 years after the Council**

In the mid-20<sup>th</sup> century, the Catholic Church had to come to terms with the disappearance of those homogeneous Christian societies that had dominated Western civilization from late antiquity up to the early modern centuries.

The new world was made up of pluralistic societies with many cultural traditions, different religions, collective national and ethnic identities. The problem was thus to define a new relationship between the State and the Catholic Church: with liberal civilization and the ensuing emergence of the democracy, the electorate and their representatives were its new partners.

The Catholic Church persevered with its ethical mission, it was impossible to be indifferent in the face of the changing political framework. The Council provided acknowledgement of such change, trying to put forward an explanation with certain principles. It confirmed the mutual independence and autonomy of the political community and the Church, by virtue of the “personal and social vocation of the human being.”

The Church still served to express the truth, the good and the beautiful of the human community, peace and the Glory of God.

However, this distinction from the political community did not mean isolation, for separation was not an option. The Church was thus forced to rethink its identity and mission in the new community and as regards human equality and peace among men.

**Parole chiave:** eguaglianza umana e pace, missione della Chiesa

Giovanni Luchetti

## ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL “DIALOGO” DEI GIUSTINIANEI CON LA SCIENZA GIURIDICA DEL PASSATO E SUI MODELLI ISPIRATORI DEL DISEGNO COMPILATORIO TRIBONIANEO

In età giustiniana si verifica un intenso – e del tutto originale – processo di recupero della memoria dei giuristi classici, testimoniato, non solo dalla creazione della raccolta di *iura* – non senza enfasi definita *sanctissimum templum iustitiae*<sup>1</sup> – ma, altresì e a più riprese, dalla legislazione contenuta nel *Codex repetitae praelectionis* e dalle *Institutiones*: in entrambi i casi gli antichi giureconsulti sono infatti assai frequentemente ricordati non solo in termini generici, ma anche attraverso un’ampia serie di citazioni che riguardano singoli *prudentes*<sup>2</sup>.

A questo proposito una più attenta considerazione di alcuni svolgimenti dell’opera di Giustiniano e dei suoi percorsi potrà far emergere in modo più nitido alcune coordinate ideologiche dell’operato dell’imperatore e dei suoi giuristi/compilatori, anche con riferimento al dibattuto tema della *reverentia antiquitatis* e del c.d. classicismo giustiniano<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. *const. Deo auctore*, 5: *Cumque haec materia summa numinis libertate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere...*

<sup>2</sup> Sul punto, da ultima, S. DI MARIA, *La cancelleria giustiniana e l’in-fungibilità dei giuristi classici: l’esempio delle decisiones*, in C. BALDUS - M. MIGLIETTA - G. SANTUCCI - E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento, 2012, p. 575.

<sup>3</sup> Sul tema, v. ampiamente G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, pp. 151-159; cfr. inoltre R. BONINI, *Introduzione allo studio dell’età giu-*

Appare innanzi tutto circostanza non controvertibile che la cancelleria dell'imperatore bizantino manifesti un'accentuata tendenza a dialogare e a confrontarsi con l'antico sapere dei giuristi, tendenza questa che non trova invece riscontro – se non in modo piuttosto episodico e saltuario – nel consueto *modus operandi* del legislatore pregiustiniano<sup>4</sup>. Assai poco numerose sono infatti le citazioni di *prudentes* contenute nelle costituzioni tardo-imperiali, quasi tutte inserite in contesti normativi che attengono alla storia delle fonti e cioè più esattamente nelle costituzioni che riguardano, in particolare, l'*abolitio* delle *notae* di Paolo e Ulpiano a Papiniano e l'approvazione delle *Pauli Sententiae*, nonché, ovviamente, nella c.d. legge delle citazioni<sup>5</sup>.

---

*stiniana*<sup>4</sup>, Bologna, 1985, pp. 42-46 (= M. TALAMANCA [sotto la direzione di], *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1989, pp. 651-653). Nella più recente letteratura, v. altresì S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, p. 9 e nt. 4; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi classici: l'esempio delle decisioni*, cit., pp. 576-577, nt. 4. Con particolare riferimento al c.d. classicismo pubblicistico dell'imperatore, v. per tutti le osservazioni di S. PULIATTI, *Le riforme costituzionali dal tardo impero all'età bizantina*, in J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia, 2011, pp. 3-9.

<sup>4</sup> Sono relativamente poche infatti, e talvolta derivate dalle *preces* con cui le parti si rivolgevano all'imperatore, le citazioni dei giuristi presenti nei rescritti dell'epoca del Principato e del primo Dominato: cfr. *CI.* 4, 65, 4, 1 (*Alex.*, a. 222); Ulpiano; *CI.* 8, 37 (38), 4 (*Alex.*, a. 222); Ulpiano; *CI.* 3, 42, 5 (*Gord.*, a. 239); Modestino; *CI.* 5, 4, 6 (*Gord.*, a. 239); Paolo; *CI.* 6, 37, 12 pr. (*Gord.*, a. 240); Papiniano; *CI.* 7, 32, 3 (*Dec.* a. 250); Papiniano; *CI.* 6, 42, 16 pr. (*Car.*, *Carin. et Num.*, a. 283); Papiniano; *CI.* 9, 22, 11 (*Diocl. et Max.*, a. 287); Paolo; *CI.* 9, 41, 11, 1 (*Diocl. et Max.*, a. 290); Ulpiano; *CI.* 5, 71, 14 (*Diocl. et Max.*, a. 293); Papiniano. Un caso a parte, ma assai significativo, è quello di D. 37, 14, 17 (Ulp. 11 *ad l. Iul. et Pap.*) in cui si cita un rescritto dei *Divi fratres* ove risultano menzionati Proculo, Meciano e Giuliano. Sul punto, v. le mie *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 257 e nt. 285.

<sup>5</sup> Oltre a *CTh.* 9, 43, 1 pr. = *CI.* 9, 51, 13 pr. (*Const.*, a. 321), *CTh.* 1, 4, 1 (*Const.*, a. 321), *CTh.* 1, 4, 2 (*Const.*, a. 327) e *CTh.* 1, 4, 3 (*Theod. et Valent.*, a. 426), che attengono appunto alla storia delle fonti, v. *CTh.* 4, 4, 3 (*Arc. et Hon.*, a. 393); Scevola; *CI.* 6, 61, 5 (*Leo et Anth.*, a. 473); Giuliano (ma su questo testo e per l'attribuzione della citazione giuliana ai giustiniane, v. E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR.* 40

*Abstract*

**GIOVANNI LUCHETTI, Some remarks on the “dialogue” of Justinian’s compilers with the jurisprudence of the past and the inspiring models of the Tribonian’s compilation plan**

The jurisprudence of the past is mentioned in Justinian’s legislation not only generically, but also by means of a large number of citations relating to individual *prudentes*. This paper focuses on continuous dialogue established by Justinian with the knowledge of the ancient jurisprudence, by underlining the ideological coordinates which had oriented the choices made from time to time by the emperor and his co-workers. Particular attention is dedicated to the dialogue that takes place between Tribonian and Salvius Iulianus, the *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* (*const. Tanta*, 18).

**Parole chiave:** *Reverentia antiquitatis*, classicismo giustiniano, *Quinquaginta decisiones*, *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, compilazione del Digesto, Salvio Giuliano, Triboniano

Vincenzo Turchi

## OBIEZIONE DI COSCIENZA: *NOVA ET VETERA*\*

SOMMARIO: 1. L'obiezione di coscienza "classica" – 2. Obiezione di coscienza, identità, e "diritto alla differenza". Verso un diritto personale? – 3. Obiezioni *secundum legem* ed obiezioni *contra legem* – 4. Obiezione di coscienza e problematiche bioetiche. A proposito di taluni recenti orientamenti critici – 5. In particolare: obiezione di coscienza e procreazione medicalmente assistita in seguito agli interventi della Corte costituzionale – 6. Pluralità delle culture e delle religioni ed obiezione di coscienza

### 1. *L'obiezione di coscienza "classica"*

Nella tradizione giuridica e filosofica Antigone ha rappresentato, da sempre, l'icona del conflitto tra legge naturale e legge positiva<sup>1</sup>. Definita, per questo, «eterna eroina del diritto naturale»<sup>2</sup>, è stata collocata, motivatamente, tra le «epifanie fondamentali e perenni della storia occidentale»<sup>3</sup>, «uno dei punti più alti raggiunti dalla coscienza dell'uomo occidentale»<sup>4</sup>.

Ma Antigone rappresenta anche, in questa stessa dimensione archetipica a lei propria, la figura antesignana dell'obiezione di coscienza, nella sua manifestazione più alta e più no-

---

\* L'articolo è destinato agli *Studi in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, in corso di pubblicazione presso le Edizioni Scientifiche Italiane di Napoli. Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, *Antichità e medioevo*, edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Roma-Bari, 2001, p. 19 ss.; Id., *La legge della ragione*, Bologna, 1964, p. 201; F. OST, *Raconter la loi. Aux source de l'imaginaire juridique*, Paris, 2004, tr. it., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007, p. 178.

<sup>2</sup> Così J. MARITAIN, *Man and the State*, Chicago, University of Chicago Press, 1951, tr. it., *L'uomo e lo Stato*, Milano, 1975, p. 100.

<sup>3</sup> M. JASONNI, *La lealtà indivisa. Autonomia soggettiva e sacralità della legge alle origini e nelle tradizioni dell'Occidente*, Milano, 2004<sup>2</sup>, p. 5.

<sup>4</sup> F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 2005<sup>4</sup>, p. 71.

bile, che giunge sino al sacrificio supremo della vita, in nome di una fedeltà superiore, attribuita alla legge che l'uomo trova riposta nella propria coscienza. Legge riconosciuta come assolutamente vera ed universale, dalla quale deriva il risolutivo opporsi al comando ingiusto che l'autorità politica, tralasciando dal suo compito, avesse per avventura a decretare (c.d. obiezione di coscienza "classica")<sup>5</sup>.

E forse vi è di più. In Antigone non vi è solo il conflitto *so-stanziale* tra giusto ed ingiusto, tra ciò che è *contenuto* nel decreto di Creonte e ciò che comandano le leggi degli dei. Vi è anche un conflitto tra diverse sfere di *competenza*: quella del potere politico, appartenente agli uomini, e quella riservata alle leggi divine. Potrebbe essere individuato, qui, un primo "seme" di quella distinzione tra spirituale e temporale, che si sarebbe manifestata in tutta la sua evidenza nel principio dualistico cristiano del «dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio»<sup>6</sup>. Se non si fosse timorosi di utilizzare categorie

---

<sup>5</sup> Sulla figura di Antigone quale emblema dell'obiezione di coscienza, tra i molti, cfr. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino, 1967, p. 137; F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989/2, p. 4; G. MATTAI, *Obiezione e dissenso*, in *Nuovo Dizionario di Teologia Morale*, a cura di F. Compagnoni, G. Pinna e S. Privitera, Cinisello Balsamo, 1990, p. 815; S. VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Torino, 2009, pp. 22 ss. e 132 ss.

<sup>6</sup> Per il nesso, storicamente e concettualmente argomentabile, tra principio dualistico cristiano, laicità dello Stato e libertà di coscienza, cfr. B. MAGGIONI, *La fondazione della laicità nella Bibbia*, in *Laicità problemi e prospettive*, Milano, 1977, p. 39 ss.; F.L. PIZZOLATO, *Laicità e laici nel cristianesimo primitivo*, in *Laicità problemi e prospettive*, *ibidem*, p. 57 ss.; S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna, 2002, p. 238 ss., 271; G. DALLA TORRE, *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo, 2003; O. FUMAGALLI CARULLI, *"A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio. Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Milano, 2006, p. 3 ss. e *passim*; G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo alla teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Roma, 2007<sup>3</sup>, specialmente p. 28 ss.; F. DE GIORGI, *Laicità europea. Processi storici, categorie, ambiti*, Brescia, 2007, p. 16 ss.; G. DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Roma, 2008; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità dello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino,

*Abstract*

**VINCENZO TURCHI, Conscientious objection *nova et vetera***

In the western philosophical and juridical way of thinking, the figure of Antigone has always symbolized the emblematic icon of the conflict between natural law and positive law. For the same reason, the figure of Antigone also represents the archetype of the classical conscientious objection, meaning a refusal of obeying to an unjust law.

Nowadays, however, the conscientious objection – in addition to this classical feature – has acquired the role of recognizing specific identities, which take on different (sometimes conflicting) behaviors in comparison with the majority ones.

Another field in which contemporary conscientious objection particularly arises is the bioethical one. Here, the very important values such as the right to life and conscience's primacy often require to recognize conscientious objection for safeguarding the fundamental human rights. To this end, the author replies to some negative and restrictive leanings concerning conscientious objection, which – in his way of thinking – prove to be worrying, but unfounded.

**Parole chiave:** obiezione di coscienza, diritto e la giustizia, diritti umani, bioetica, pluralismo sociale, culturale e religioso

Gabriella Gambino

## **DESIDERARE UN FIGLIO: LINEE PER UNA RIFLESSIONE BIOGIURIDICA SUL “DIRITTO AL FIGLIO” A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA FECONDAZIONE ETEROLOGA\***

*Essere figli: i presupposti per un cambiamento*

La condizione *filiale* è propria dell'essere umano, costituisce cioè la condizione nella quale ciascuno di noi si viene a trovare per venire al mondo. È una condizione strutturalmente legata al fluire del tempo tra le generazioni, che inserisce ogni uomo all'interno di una storia familiare che *radica* la sua identità. L'essere figlio appartiene perciò stesso all'identità dell'uomo: il rapporto con i propri genitori, la consapevolezza di tale rapporto e la capacità di elaborarlo nell'età evolutiva e adulta sono essenziali per costruire l'identità di ogni persona nel corso della sua esistenza.

Per questo le modalità e le situazioni che possono portare alla nascita di ciascun figlio non sono *indifferenti* per il diritto: se compito del diritto è tutelare e garantire l'integrità e il pieno sviluppo dell'*identità* di ciascun essere umano, esso dovrà intervenire in tutte quelle circostanze nelle quali la condizione di figlio abbia bisogno di una tutela, perché senza di essa l'identità del minore potrebbe essere messa seriamente a rischio (nella condizione di abbandono, di figlio disconosciuto, di figlio naturale, di figlio incestuoso, e così via).

Eppure, la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterolo-

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

ga previsto dalla l. 40/2004, ha stabilito che la “tutela dell’embrione [ossia di un figlio] non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione (sent. n. 151 del 2009)” degli adulti.<sup>1</sup> Sebbene abbia riconosciuto che la procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA) coinvolga “plurime esigenze costituzionali”, queste richiedono un “ragionevole bilanciamento che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno”. E pur dichiarando di non voler riconoscere ad alcuno dei valori costituzionali implicati una tutela assoluta, i giudici hanno dato totale preminenza a quelli che realizzano gli obiettivi e le esigenze perseguiti dal Legislatore, ossia “la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità” della coppia (art.1, co. 1).

I valori che hanno ritenuto essere violati dal divieto di fecondazione eterologa, infatti, sarebbero: il *diritto alla genitorialità*, alla *formazione della famiglia con figli*, alla *salute psichica e fisica della coppia*. Il *diritto al figlio*<sup>2</sup> si configurerebbe, in altre parole, come *fondamentale*<sup>3</sup>, e verrebbe leso dalla ulteriore discriminazione che si realizza nei confronti delle coppie che non possono recarsi all’estero per ricorrere alla tecnica eterologa, perché prive delle risorse economiche necessarie.

Tali considerazioni sono state fondate poi, a margine, su di un presupposto evidentemente irrazionale, e cioè sulla con-

---

<sup>1</sup> Corte Cost., sentenza n. 162 del 9 aprile - 10 giugno 2014, (in G.U. 1a Serie Speciale - *Corte Costituzionale* n. 26 del 18-6-2014).

<sup>2</sup> Sul punto, mi sia concesso rinviare a G. GAMBINO, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in *Medicina e Morale*, 2013/2, pp. 311-328.

<sup>3</sup> Puntuali, in proposito, le parole di Giovanni Paolo II al *Giubileo delle famiglie*, il 14 ottobre 2000 a Roma: “Occorre vigilare perché il bene del bambino sia sempre messo al primo posto. A cominciare dal momento in cui si desidera di avere un bambino. La tendenza a ricorrere a pratiche moralmente inaccettabili nella generazione tradisce l’assurda mentalità di un “diritto al figlio”, che ha preso il posto di un giusto riconoscimento del “diritto del figlio” a nascere e poi a crescere in modo pienamente umano. [...] Quanto diversa e meritevole di incoraggiamento è invece la pratica dell’adozione! Un vero esercizio di carità, che guarda al bene dei bambini prima che alle esigenze dei genitori.”

## *Abstract*

### **GABRIELLA GAMBINO, Desiring a child: lines for a biojuridical reflection on the “right to child” starting from the Constitutional Court judgment on heterologous fertilization**

The recent Italian Constitutional Court judgment (Judgment No. 162 of 2014) stating the illegitimacy of the prohibition of heterologous fertilization (law No. 40/2004) has affirmed, for the first time, the *right to have children*, the *right to become parents* and that *to have a family with children*. The Constitutional Court statements impose some observations, full of anthropological implications, that call into question the concept of child as desire, gift or right. In particular, the affirmation of the parents' principle of self-determination related to the desire of children entails the renunciation to the *principle of truth* concerning the biological origins of the child inside the family. In this sense, the principle affirmed by the Court is bound to affect the Italian family law. The principle of self-determination, in fact, is strictly linked with the principle of privacy: however, in Italy privacy – relating to family – has no juridical foundations, given that family is a public institution grounded on the Constitution. Moreover, such a concept of privacy risks to reintroduce, once again, an authoritative conception of family. In this sense, judges are dangerously manipulating concepts through the prism of a *free right* more and more disconnected from the general principles of our juridical order, in the name of “new rights” that not only separate marriage from procreation, but also children from their parents.

**Parole chiave:** fecondazione eterologa, privacy, autodeterminazione, diritto al figlio, biodiritto

Isabella Cortesi

## LA FORMAZIONE DI UN ORDINAMENTO FINANZIARIO NELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Santa Sede, Stato della Città del Vaticano e normativa finanziaria europea – 3. La formazione di un ordinamento finanziario nello Stato della Città del Vaticano – 4. Dottrina sociale della Chiesa e dimensione laica della finanza: una sintesi possibile

### 1. *Introduzione*

Il fenomeno dell'interconnessione dei mercati ha imposto l'esigenza di pervenire a forme unitarie di regolazione, in un processo che, a partire dagli anni Settanta del Novecento, ha coinvolto tutti i paesi aderenti alla Comunità Economica Europea<sup>1</sup>.

Ciò risultava coerente, agli albori del fenomeno in parola, con le esigenze imposte dall'espansione di alcuni settori dell'economia, rendendo necessaria la soppressione di ogni restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi finanziari nei paesi appartenenti alla Comunità. Tale esigenza veniva correlata al rapido divenire della realtà economico – finanziaria, il quale avrebbe imposto l'urgenza di garantire, allo stesso tempo, parità concorrenziale e sana e prudente gestione degli intermediari presenti sul mercato<sup>2</sup>.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> “Nel delineato contesto, (...) un ruolo determinante è stato giocato, a partire dalla fine degli anni settanta del novecento, dal diritto comunitario, stante il significativo contributo recato al sistema disciplinare dei rapporti bancari e finanziari dal processo di integrazione economica europea e, dunque, dalle numerose direttive nel tempo adottate dalla Comunità”. Così F. CAPRIGLIONE, *Fonti Normative*, in AA. VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, Seconda edizione, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2010, I, p. 13.

<sup>2</sup> Il passaggio da un mercato “controllato” ad un contesto concorrenziale viene correlato, nella disciplina bancaria e finanziaria, alla funzione garanti-

Alla luce di quanto precede, l'omogeneizzazione normativa in materia finanziaria ha perseguito il raggiungimento di determinati obiettivi intimamente connessi con lo sviluppo ed il benessere degli Stati nazione facenti parte dell'Unione Monetaria Europea, stante il ruolo fondamentale assunto dall'intermediazione di tipo bancario non solo nei settori nevralgici dell'economia, ma anche nella vita quotidiana dei cittadini dei suddetti Stati.

Nel delineato contesto, lo Stato della Città del Vaticano, per mezzo delle istituzioni operanti sul suo territorio, ha progressivamente adeguato le tecniche operative delle sue strutture finanziarie ad un contesto economico in continua evoluzione, pur non ispirandosi, quale Stato Apparato estraneo al processo di unificazione europea, a quegli obiettivi condivisi dagli Stati Nazione appartenenti alla Comunità.

Si fa riferimento, in particolar modo, alla situazione dello Stato della Città del Vaticano quale "enclave" di un altro Stato, l'Italia, condizione che ha determinato, nel corso del tempo, l'adeguamento dell'ordinaria operatività del suo apparato finanziario a quell'evoluzione che, in materia economica, ha plasmato l'agere del settore finanziario italiano – ed europeo

---

stica del patrimonio, a fronte dell'ampliamento del novero di attività svolte dal soggetto banca, secondo una despecializzazione funzionale che ha caratterizzato l'evoluzione della disciplina di settore a partire dalle prime direttive comunitarie in materia. In tale contesto, particolare rilievo è ascrivibile alla direttiva CEE n. 1989/646 che fonda il principio del "mutuo riconoscimento" dal quale consegue la possibilità per gli enti creditizi dei paesi della Comunità di poter operare nei paesi membri secondo il diritto e sotto la vigilanza delle autorità del paese di appartenenza (cd. *home country control*). La stessa direttiva prevede, altresì, un sostanziale ampliamento del novero di attività rientranti nell'operatività bancaria. Il principio dell'*home country control* rafforza la centralità del patrimonio quale elemento in grado di assicurare la stabilità dell'intermediario alla luce della fiducia accordata alla vigilanza ed ai controlli del "paese di origine", favorendo la competitività del sistema finanziario internazionale. In un'ottica di mercato unico, d'altronde, l'inadeguatezza delle normative nazionali rispetto al paradigma comunitario produce l'effetto di spingere gli intermediari non competitivi fuori dal mercato, con potenziali effetti dirimpenti sul sistema economico dei paesi non allineati. Cfr. in tema F. CAPRIGLIONE, *Orientamenti comunitari, ordinamento bancario nazionale e nuova regolamentazione delle istituzioni finanziarie*, in *Ec. e cred.*, 1991, n.1, p. 99 e G. GODANO, *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Milano, 1996, p. 104.

## *Abstract*

### **ISABELLA CORTESI, The creation of a financial regulatory framework in the Vatican City State**

The rationale of financial activity into Vatican City State is deeply linked to the need of fulfilling its institutional objective, which is to ensure the absolute and visible independence of the Holy See in conducting Its Mission worldwide. To this end, Vatican City State – through the financial institutions operating in its small territory – finds itself to have access to international financial markets. Since the introduction of the Euro, this has required the adoption of an *ad hoc* legislation, aimed at combating economic crime and strengthening financial supervision, offering the chance to envisage – for the first time – a Vatican Regulatory Financial Framework, composed by a supreme authority, a supervisory system, overseen entities and a range of authorized financial activities and markets. Consequently, Vatican City State is called to enhance financial regulation through high supervisory standards and consistently to its peculiar institutional system, without jeopardizing the independence of the Holy See. Therefore, while defining the core principles of its financial regulation, Vatican City State has to take into account its peculiar juridical nature and scope, the canonical status of the financial institutions operating in its territory and the sources of its laws, which are hierarchically based upon the Law of God. This opens the possibility to enact a secular financial law system concretely inspired by the Social Doctrine of the Catholic Church, consistently to the Pastoral message of Pope Francis.

**Parole chiave:** Vaticano, Santa Sede, finanza vaticana, normativa vaticana AML/CTF, ordinamento finanziario vaticano

Matteo Carnì

## CANONISTI ED ECCLESIASTICISTI DELL'ITALIA UNITA. RIFLESSIONI IN MARGINE AD UN RECENTE DIZIONARIO BIOGRAFICO\*

SOMMARIO: 1. Una nobile iniziativa editoriale – 2. Canonisti ed ecclesiasticisti italiani – 2.1. Scienza del diritto ecclesiastico e scuola canonistica laica – 2.2. Magistrati e docenti universitari “cultori” del diritto canonico ed ecclesiastico – 2.3. Canonistica curiale – 3. I “grandi” assenti – 4. Un auspicio a mo' di conclusione

### 1. *Una nobile iniziativa editoriale*

La nostra comunità scientifica può finalmente ostentare il ricco *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, frutto della nobile iniziativa di Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone e Marco Nicola Miletta<sup>1</sup>.

I direttori dei due ponderosi volumi hanno coordinato una folta schiera di studiosi, complessivamente 699 autori, ai quali deve essere manifestata la più viva gratitudine per aver redatto<sup>2</sup> un totale di 2159 schede bio-bibliografiche di giuristi italiani. L'arco temporale coperto va dal XII al XX secolo, avendo come *terminus ad quem* il 31 dicembre 2010, data de-

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI - E. CORTESE - A. MATTONE - M.N. MILETTI, Bologna, 2013.

<sup>2</sup> Il lavoro decisivo si è protratto per quattro anni, dagli inizi del 2009 alla fine del 2012.

Sulle ricerche condotte per la redazione dell'opera si vedano i contributi raccolti in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Lavorando al cantiere del “Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)”*, Milano, 2013.

finita dai direttori come «*arbitraria*» ma che risponde «*esclusivamente ad un criterio pratico*» (p. XIX).

In questo ricco repertorio dei giuristi italiani, dal quasi leggendario Pepo<sup>3</sup> ad Antonio Lefebvre d'Ovidio<sup>4</sup>, troviamo ricompreso anche il *coetus* dei canonisti ed ecclesiasticisti d'Italia, la cui vita accademica e professionale costituisce una delle pagine più belle della nostra storia giuridica.

L'ampio spazio dedicato dal *Dizionario* ai giuristi sussumibili nell'odierno settore scientifico disciplinare che va sotto il nome di IUS/11 (o, che dir si voglia, nel settore 12/C2: *Diritto ecclesiastico e Diritto canonico*, rientrante nell'ambito del macrosettore concorsuale *Diritto costituzionale ed ecclesiastico 12/C*)<sup>5</sup>, è da ascrivere altresì alla variegata composizione del Comitato scientifico dell'opera, tra cui compaiono Orazio Condorelli e Francesco Margiotta Broglio, membri indispensabili, al pari di tutti i componenti, per la definizione della lista dei giuristi da biografare e il relativo calibro, per l'orientamento delle ipotesi di lavoro e per la redazione delle voci (p. XXII).

Nell'economia delle presenti riflessioni, l'attenzione verrà incentrata solamente sui giuristi cultori del diritto canonico ed ecclesiastico, discipline che costituiscono uno dei preziosi cammei della tradizione giuridica dell'Italia post-unitaria.

Esula pertanto dal presente scritto ripercorrere la genesi del diritto ecclesiastico e l'attivazione dei relativi insegnamenti nelle università italiane. Lo stesso dicasi per lo *ius canonicum*, senza mai perdere di vista che le due discipline risultano intimamente connesse, specie con riferimento all'esperienza italiana. Come infatti puntualmente notato da Giovanni Battista Varnier, «[...] attraverso il riconoscimento dell'ordinamento della Chiesa da parte dello Stato, il diritto ecclesia-

---

<sup>3</sup> La relativa voce è stata magistralmente redatta da Ennio Cortese

<sup>4</sup> Giurista deceduto il 5 febbraio 2011, unica eccezione al *terminus ad quem* del 31 dicembre 2010 per l'inserimento dei giuristi biografandi nel *Dizionario*.

<sup>5</sup> Sull'importanza dell'espresso richiamo del *Diritto ecclesiastico* nella denominazione formale del macrosettore 12/C si è soffermato di recente G. RIVETTI, *Diritto ecclesiastico: il futuro dipende dalle origini*, in *Dir. eccl.*, 2012, 1-2, pp. 73-78.

*Abstract*

**MATTEO CARNÌ, Italian canonists and Church-State specialists. Reflections on a recent biographical dictionary**

The present study lists the names of italian canonists and Church-State specialists found in the «*Dizionario biografico dei giuristi italiani*». This significant work offers biographical sketches of the most important italian jurists from the 12<sup>th</sup> to the 20<sup>th</sup> centuries. In this article, the author draws attention to some canonists and Church-State specialists who were not listed in the *Biographical Dictionary*. In its conclusion, the article indicates areas of research for a future reference work on the life and work of italian canonists and Church-State specialists.

**Parole chiave:** diritto canonico, diritto ecclesiastico, giuristi italiani, scienza giuridica italiana

Massimo Stipo

## **GUERRA O DIRITTO? IL DIRITTO UMANITARIO E I CONFLITTI ARMATI, IN RENATO FEDERICI\***

### *1. Premessa*

Non si va da nessuna parte senza sapienza (intesa anche come semplice conoscenza superiore rispetto agli altri). Tanto per emergere all'interno della propria comunità, quanto per prevalere tra popoli nemici, occorre essere più bravi dei propri avversari. È la Storia dei popoli che ce lo dimostra, al di là di ogni possibile dubbio. Ecco perché si parla di arte della guerra e arte del diritto.

L'arte della guerra e l'arte giuridica si trovano ben custodite nella bottega degli attrezzi da lavoro delle caste e dei popoli dominanti. La superiore capacità giuridica e l'abilità bellica aiutano la fortuna e, per il Federici, formano i caratteri sui quali si ergono le categorie privilegiate. Le classi e i popoli dominanti hanno a disposizione questi due meccanismi per imporre le proprie scelte sociali, politiche ed economiche e per suscitare rispetto all'interno e all'esterno della propria comunità di appartenenza.

Le caste dominanti avrebbero costruito due officine una per la produzione di mezzi giuridici e un'altra per forgiare quelli bellici. Uno per usi pacifici e l'altro per usi violenti. Uno per gli utilizzi quotidiani e l'altro per quelli eccezionali.

Quindi guerra e diritto sarebbero i due mezzi operativi delle classi dominanti, e tra loro alternativi. Come il giorno e la notte. Si tratta di una tesi completamente nuova. Nessuno aveva ragionato su questa ipotesi. Entrambi i meccanismi

---

\* Le riflessioni che seguono nascono dalla lettura di R. FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati. Affinché i cittadini non vengano alle armi*, Editoriale Scientifica, Napoli, III edizione, 2013, pp. 370.

rappresentano la continuazione della politica, come le braccia, le gambe, le mani e i piedi lo sono della mente. Il diritto è la continuazione della politica con i mezzi appropriati. Tanto è vero che von Clausewitz definì la guerra come la prosecuzione della politica con “altri” mezzi.

Se si cerca un antesignano di Federici questo è von Clausewitz e un altro è Santi Romano, e prima di loro Cicerone; e, se vogliamo, Sofocle, Platone, Hobbes, Rousseau, Kant, Marx e tanti altri; ma non uno in particolare. Nessuno di questi studiosi era stato così esplicito: in Platone, Cicerone, Kant si trova l’idea dell’alternativa tra mezzi pacifici e mezzi bellici; in Santi Romano la individuazione della pluralità degli ordinamenti giuridici, in Sofocle il dissidio tra l’ordinamento di origine sacrale e quello terreno, magnificamente descritto nell’Antigone. In Rousseau la ricerca dei poteri legittimi e l’idea di rivoluzione e altrettanto in Marx. E così via.

Il libro è dedicato ai Padri fondatori delle Comunità europee. Nell’appendice della terza edizione si trova allegato il saggio “Affinché i cittadini non vengano alle armi”. In origine elaborato per gli studi in onore del prof. Claudio Rossano<sup>1</sup> ed ivi pubblicato con il titolo: *Ne cives ad arma veniant*.

Si può intuire fin da ora che la lettura di questo saggio risulta particolarmente utile per stabilire correttamente i rapporti tra il diritto e le altre scienze sociali: politica, sociologia, economia, religione, filosofia, storia. “*Guerra o diritto?*” costituisce una sorta di ponte di collegamento tra le scienze morali e sociali: le allaccia. Ma, nel contempo, segna i confini; attribuisce ad ogni disciplina il proprio ambito e la propria funzione.

Ne deriva l’individuazione di una nuova idea per accertare la funzione degli ordinamenti giuridici, tanto da mettere in discussione la fondatezza di quella classica, secondo cui il diritto è l’arte del buono e dell’equo: *Jus est ars boni et aequi* (Digesto, I,1.1.). In effetti, ci si può domandare: il diritto è veramente l’arte del buono e dell’equo? Nella Storia, giustizia e diritto sono stati la stessa cosa? Oppure: assai spesso e in molte

---

<sup>1</sup> R. FEDERICI, *Ne cives ad arma veniant*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, vol. I.

*Abstract*

**MASSIMO STIPO, War or Law? Humanitarian Law and armed conflicts, in Renato Federici**

Law is the instrument used by the ruling class in order to prevent and solve controversies and, may, thus, vary according to time and geography. Law is the continuation of politics by civilised means. War is radically alternative to law, and is used by all those who want to impose their own views resorting to all means. War is the continuation of politics by violent means. The category of “war” does not exclusively comprise civil wars, but also armed revolutions and rebellions.

Law is compared to sunlight, war to nocturnal darkness. When it’s day, Law is in power. At night, Law is obscured and wanes: something else takes over sunlight, namely, war. One may attempt to reject Federici’s thesis by appealing to the existence of something like Law of War, whose conceptual legitimacy is precisely what Federici wants to challenge. If a Law of War can really exist, then Federici’s thesis won’t work. Federici is, thus, forced to demolish the three pillars on which the very notion of Law of War rests: *jus ad bellum*, *jus in bello* and *jus post bellum*. The last part of the book (and also of this review) is devoted to this task, which Federici accomplishes successfully.

“Law of War” is a mistaken construct. The only form of Law which is enforceable even in the darkness of wartime is humanitarian law, which, however, is but a dim beacon, its only goal being that of preserving human lives and alleviating the suffering and the destructions produced by wars. There are no judges or referees in wars: reckonings come last, after war is over. Those who have lost are due to pay the bill. Von Clausewitz as well as Santi Romano may be legitimately seen as Federici’s precursors. In earlier times, Cicero. And possibly also Sophocles, Plato, Hobbes, Rousseau, Kant, Marx, and many others. However, none of these authors had put forward

so neatly the thesis that war and law are mutually exclusive instruments in the hands of the ruling class.

**Parole chiave:** diritto e politica, diritto e economia, diritto e religione, diritto e sociologia, pluralità degli ordinamenti giuridici, diritto umanitario