

Mar/2017



# CAMMINO DIRITTO

Rivista Giuridica

**ISSN 2532-9871**

Cammino Diritto (Periodico online)

**DIRETTORE RESPONSABILE EDITOR-IN-CHIEF**

Raffaele Giaquinto

**VICE DIRETTORE MANAGING EDITOR**

Alessio Giaquinto

**CAPOREDATTORE ASSOCIATE EDITOR**

Ilaria Ferrara

**VICE CAPOREDATTORE ASSISTANT EDITOR**

Giuseppe Ferlisi

Rivista  
Giuridica

## Indice dei contenuti

---

1. - IL CARDINALE EUGENIO PACELLI E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA UMANA TRA SILENZIO FORMALE E OPEROSITÀ

Eleonora Iozzia, pubblicazione mercoledì 8 marzo 2017

2. - LE IMPOSTE INDIRETTE: IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ.

Daniela Mendola, pubblicazione mercoledì 15 marzo 2017

3. - IL DIRITTO DEL NATO DA PARTO ANONIMO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI

Simona Iachelli, pubblicazione giovedì 16 marzo 2017

4. - COMPETENZA, RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA MATRIMONIALE E DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Fiorella Floridia, pubblicazione mercoledì 22 marzo 2017

5. - NE BIS IN IDEM: UNO SCONTRO-CONFRONTO (SENZA FINE?) TRA GIURISPRUDENZA CEDU E NAZIONALE.

Anna Villani, pubblicazione giovedì 23 marzo 2017

---

### COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

---

Angela CUOFANO	<i>Avvocato</i>
Gaspere DALIA	<i>Ricercatore universitario</i>
Rosa MUGAVERO	<i>Ricercatore universitario</i>
Lucio ORLANDO	<i>Avvocato</i>
Andrea SENATORE	<i>Ricercatore universitario</i>
Saverio SETTI	<i>Of Counsel</i>

# IL CARDINALE EUGENIO PACELLI E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA UMANA TRA SILENZIO FORMALE E OPEROSITÀ

*Santa Sede, Secondo conflitto mondiale, Nazismo.*

Eleonora Iozzia - Pubblicazione, mercoledì 8 marzo 2017

Redattore: Giovanni Sicignano

SOMMARIO: 1. L'ascesa al soglio pontificio di Pio XII; 2. Il papa della pace; 3. Operazione Orchestra Nera; 4. Il papa non silenzioso; 5. Scomunicare Hitler; 6. L'imparzialità di Pio XII; 7. L'impegno della Santa Sede nei confronti degli ebrei; 8. Il silenzio di Pio XII; 9. Il papa era a conoscenza della "soluzione finale"? 10. Gli ebrei romani e l'impegno del papa; 11. L'episcopato tedesco di fronte alla Shoah; 12. Il radiomessaggio natalizio del 1941; 13. Il radiomessaggio natalizio del 1942 e la reazione nazista; 14. La Chiesa e la tutela dei diritti fondamentali della persona umana.

## PREFAZIONE

Eugenio Pacelli è oggi comunemente noto come il papa più discusso del '900, l'uomo chiamato a guidare la Chiesa cattolica negli anni terribili della seconda guerra mondiale, ma soprattutto è ricordato come il "papa dei silenzi" per non essersi opposto con una pubblica denuncia allo sterminio degli ebrei. L'accusa più grave che si è mossa al pontefice è, infatti, di non aver mai pronunciato un discorso pubblico in cui condannasse il nazismo e le atrocità di cui si rendeva autore. La memoria di una tra le più importanti personalità del XX secolo è stata oscurata con la creazione una vera e propria "leggenda nera". Pio XII è stato, infatti, dipinto come collaboratore nazista e pontefice algido e avaro, colpevole di un silenzio inescusabile dinanzi alla vicenda che vedeva protagonisti gli ebrei, perseguitati e uccisi dai nazisti. Oggi, la storiografia è divisa tra apologeti e critici di Pio XII, in particolare per ciò che riguarda il suo atteggiamento nei confronti della persecuzione antiebraica, la Shoah. Una divisione che si traduce nell'impegno degli uni a sostenere che Pio XII abbia fatto ciò che poteva e doveva fare, cui si contrappongono gli altri per negare che sia stato così. Si assiste, perciò, a due processi in parallelo in cui all' "assoluzione" ad opera dei primi corrisponde immancabilmente la "condanna" da parte dei secondi.

Ritengo opportuno precisare che con questo lavoro non si aspira a prendere parte a tale discussione, aggiungendo un nuovo anello a una catena già lunga. Meno che mai si intende svolgere un ruolo di mediatore tra le parti, proponendo una sorta di via mediata tra le tesi contrapposte, nelle vesti di giudice o di osservatore spassionato. Altra, infatti è l'ambizione di chi scrive: il problema non è stabilire ciò che il papa avrebbe potuto fare e non ha fatto, o di sostenere che egli ha fatto ciò che doveva perché non poteva fare altrimenti, ma di determinare in primo luogo ciò che egli ha fatto alla luce del contesto nel quale lui e i suoi collaboratori hanno potuto operare. E' solo su questa base, infatti, che si può formulare un giudizio storico, valutare, cioè, quali sono state le conseguenze degli atteggiamenti adottati e delle scelte compiute sul corso degli avvenimenti. Con tale lavoro si vuole ricostruire la personalità dell'uomo chiamato a vestire i panni di Pietro negli anni più tragici della storia dell'umanità.

## 1. L'ASCESA AL SOGLIO PONTIFICIO DI PIO XII

Alla morte di Pio XI, in Vaticano, ci accese il dibattito se il successore di Pietro dovesse essere un uomo diplomatico o irruente e combattivo come il precedente. La Chiesa, in quel momento, aveva indubbiamente bisogno di una persona saggia, che sapesse, altresì, come muoversi sulla scena politica. Il dibattito venne, così, risolto in favore di Eugenio Pacelli, " il diplomatico con maggiore esperienza e più brillante nella piazza[1]".

Pacelli vantava un'ampia esperienza nel campo della diplomazia: nel 1911 fu nominato sottosegretario, nel 1914 segretario agli Affari Straordinari di Stato, successivamente fu nominato nunzio a Monaco e a Berlino e infine dal 1920 al 1938 segretario di Stato.

Il Conclave del 1939 fu un evento di cruciale importanza internazionale in un periodo in cui si profilava il conflitto tra le grandi potenze. Pio XI aveva preso posizione contro il regime in Germania con l'enciclica *Mit brennender Sorge* del 1937 e al momento della sua morte i rapporti con l'Italia fascista erano piuttosto critici .

Pio XI durante il suo pontificato manifestò in diverse occasioni il suo apprezzamento per il cardinale Pacelli, apprezzamento accompagnato da frasi che lasciavano intendere che Pacelli, se fosse salito al soglio pontificio, sarebbe stato un eccellente papa [2]. Subito dopo la morte di papa Ratti, la stampa tedesca aveva intrapreso una campagna per evitare l'elezione di Pacelli, il quale, evidentemente, non poteva essere considerato un "amico" degli esponenti del regime. Il giornale nazista "Das Reich", pochi giorni prima del Conclave, aveva scritto: "Pio XI era un mezzo ebreo, poiché sua madre era una giudea

olandese, ma il cardinale Pacelli è interamente ebreo[3]" .Il 3 marzo del 1939 il "Berliner Morgenpost" fa osservare che "l'elezione di Pacelli non è accolta favorevolmente in Germania, perché egli è sempre stato ostile al nazionalsocialismo"

Il Conclave del 1939 rappresenta il più breve della storia. Secondo alcune indiscrezioni, il cardinale Pacelli ottenne 35 voti al primo scrutinio e 48 al secondo, e al terzo scrutinio ottenne la maggioranza necessaria per diventare papa.

Alle ore 17:27 dalla Cappella Sistina si levò una fumata bianca. In tutta Roma, e poi in tutto il mondo, le campane suonarono a festa. In quel momento al cardinale Pacelli venne eletto Papa. Si sarebbe chiamato Pio, come il papa Pio IX, sotto il cui regno era nato sessantatre anni prima; come il papa Pio X con cui era cominciata la sua carriera ecclesiastica; e infine come Pio XI, che per lui era stato un padre e modello luminoso[4].

L'elezione di Pacelli fu accolta con entusiasmo da ogni Paese europeo, eccetto che dalla Germania nazista, che, infatti, in occasione della sua incoronazione, non inviò alcun rappresentante politico, tuttavia l'ambasciatore tedesco presso la Santa Sede, Diego von Bergen, fece recapitare le congratulazioni di Hitler e di tutto il governo del Reich. Si comprende, dunque, come la nomina di Eugenio Pacelli a pontefice non sia stata ben vista dal regime nazista.

## 2. IL PAPA DELLA PACE

Pio XII, nel momento in cui iniziava il suo pontificato, considerava il problema delle relazioni fra Stato e Chiesa in Germania come centrale per la Santa Sede .Lo disse esplicitamente ai cardinali tedeschi dopo il conclave: "Il problema tedesco è per me il più importante. Intendo riservarmene la trattazione" .

Nonostante le mancate congratulazioni da parte di Hitler, Pacelli decise lo stesso di scrivere al *Fuhrer*. Del resto il protocollo esigeva che ogni nuovo pontefice comunicasse la propria elezione ai capi di Stato di tutte le nazioni con cui la Santa Sede intratteneva relazioni diplomatiche. Successivamente il pontefice assunse alcune iniziative per tentare di avviare un processo di distensione.

Pio XII, infatti, non riprese i rilievi critici mossi al suo predecessore. Si mostrò fin dall'inizio orientato a tentare la strada della pacificazione: "Il mondo deve vedere che noi abbiamo tentato di tutto per vivere in pace con la Germania".

Pacelli amava la Germania, e provava una profonda stima per il popolo tedesco, ciò risulta confermato dalla composizione dell'*entourage* del pontefice, formato quasi completamente da persone di personalità tedesca, tra i quali va menzionata la consigliera del pontefice, suor Pascalina. L'amore che provava per quel popolo gli faceva continuamente tornare alla memoria gli anni trascorsi a Monaco e a Berlino, che considerava gli anni migliori della sua vita. Perciò lo faceva tanto più soffrire- riporta suor Pascalina- l' "infausto sviluppo degli eventi in Germania,avendo sempre sotto gli occhi i tentativi di Hitler di trasformare quel popolo che lui così a lungo aveva avuto modo di conoscere,apprezzare e amare". Tre giorni dopo che Pio XII ebbe ricevuto il triregno, l'esercito tedesco marciava verso la Cecoslovacchia allo scopo di riannettere "le antiche terre imperiali di Boemia e Moravia".Preoccupato dall'avanzata di Hitler, il governo della Cecoslovacchia fu pronto a cedere i territori rivendicati dalla Germania. A partire da quel momento il dittatore in camicia bruna rivolse lo sguardo alla Polonia,con la quale c'erano, ormai da diversi anni, forti conflitti. Hitler, incontrando il suo stato maggiore il 22 agosto del 1939 spiegò il suo piano rispetto alla Polonia, dicendo in quell'occasione:"Ho solo paura che all'ultimo momento qualche canaglia mi proponga un piano di mediazione[5]". Ci fu, infatti chi, a Roma,si impegnò in tutti i modi per cercare una mediazione. Intanto la Polonia si era alleata con l'Inghilterra e la Francia contro un'eventuale aggressione tedesca, mentre la Germania aveva stretto un patto tedesco con la Russia che prevedeva la comune spartizione della Polonia.Il pretesto iniziale era la restituzione della città di Danzica alla Germania e la realizzazione di un corridoio terrestre per raggiungere i territori tedeschi "separati" dal *Reich* .

Il papa - era il 24 agosto- si trovava a Castel Gandolfo quando venne a conoscenza dei piani tedeschi e dell'assenso russo. Egli decise,allora,di parlare alla Radio Vaticana che divenne – e lo sarà sempre più negli anni a seguire- la voce del papa nel mondo. Una frase di quel discorso è passata alla storia: «Nulla è perduto con la pace. Tutto può esserlo con la guerra».

A entrambi i Paesi il 31 agosto pervenne un estremo appello del papa: "Sua Santità supplica, in nome di Dio, i governi della Germania e della Polonia di fare di tutto per evitare qualsiasi incidente e di astenersi dal prendere qualsiasi misura capace di aggravare l'attuale tensione". Nuovamente sembrò aprirsi qualche spiraglio di speranza.

Ma il papa non fu ascoltato. La guerra della Germania contro la Polonia iniziò all'alba del 1 settembre del 1939. La Seconda Guerra Mondiale iniziò, dunque, con una

puntualità sorprendente: l'avevano, infatti, già prevista vent'anni prima alcuni dei protagonisti del Trattato di Versailles.

Pio XII desiderava che l'Italia rimanesse neutrale non soltanto per risparmiare lutti e rovine alla sua nazione, ma anche perché la Santa Sede potesse continuare a svolgere la sua attività, senza trovarsi accerchiata e chiusa tra Paesi in guerra. Mentre le truppe del *Reich* marciavano sulla Polonia, l'Italia aveva ribadito il proprio non interventismo, e Pio XII fece di tutto affinché questo atteggiamento non mutasse.

Ben presto arrivarono in Vaticano le prime notizie sulle brutalità commesse dai nazisti nei territori occupati. Pio XII, in quella situazione, non poteva non mantenersi neutrale per non perdere, in futuro, l'opportunità di fare da mediatore, ma non poteva né tacere né negare la propria solidarietà al Paese invaso.

I tentativi del papa di pervenire alla pace erano tutti falliti.

Il papa aveva cercato di impedire che la guerra scoppiasse, e quando era scoppiata aveva provato a fermarla, cercando, altresì, nel 1940, di mantenere l'Italia neutrale. Il 10 giugno del 1940 l'Italia entra in guerra. Il papa si ritrovava sconfitto. La sola cosa che gli restava da fare adesso era di impegnarsi a rendere più umana la tragedia che si stava svolgendo.

### **3. OPERAZIONE ORCHESTRA NERA**

L'accusa di filo-nazismo mossa a papa Pacelli decade soprattutto a seguito della verità emersa dagli archivi vaticani, secondo cui papa Pio XII avrebbe dato il proprio appoggio al tentativo di rovesciare Hitler. Si tratta di un'operazione messa in atto da alcuni ufficiali tedeschi tra il novembre del 1939 e il febbraio del 1940, i quali presero contatto con il Vaticano per chiedere al papa di fare da tramite tra i congiurati e il governo inglese. Si trattava di ufficiali ostili alla dittatura hitleriana, che volevano instaurare un governo democratico in Germania ridando l'indipendenza ai Paesi occupati dal regime nazista. L'operazione, chiamata "*Orchestra nera*", come nere erano le toghe dei preti tedeschi, non fu portata a termine; i congiurati ci riprovarono qualche anno più tardi, nel 1944. Il capo della resistenza tedesca fu il generale Ludwig Beck, che Pacelli aveva conosciuto bene durante gli anni trascorsi presso la nunziatura di Monaco.

Il coinvolgimento del papa in un'operazione di questo tipo era pericolosissimo: se fosse trapelata la partecipazione di Pacelli, le conseguenze sarebbero ricadute sui cattolici



tedeschi. Il complotto venne organizzato da Hans Oster, un agente dei servizi segreti di Berlino, che era in contatto con alcuni ufficiali dell' "Abwehr", il controspionaggio delle forze armate tedesche. Oster scelse come contatto con il Vaticano un avvocato cattolico bavarese ,Josef Muller, anch'egli già ben conosciuto dall'allora cardinale Pacelli. Il progetto prevedeva che Pio XII,attraverso il rappresentante del governo inglese in Vaticano,d'Arcy d'Osborn,si mettesse in contatto con il primo ministro inglese e cercasse le garanzie richieste .Il papa si consultò con Leiber e con Kaas,ma decise di lasciare completamente all'oscuro la Segreteria di Stato. Dopo appena un giorno di riflessione,il 6 novembre del 1939, il pontefice fece sapere a Muller di essere disponibile a fare "tutto quello che poteva" e incaricava padre Leiber di mantenere i contatti[6]. Il diplomatico inglese,d'Arcy Osborne, incontrò privatamente il papa, che segretamente gli confidò di aver appreso da fonti attendibili su una prossima violenta offensiva tedesca a ovest,che avrebbe potuto anche non verificarsi se i capi militari del complotto fossero riusciti a rovesciare Hitler. Nella nota indirizzata al governo inglese,Osborne scriveva:"Pacelli desiderava passarmi la notizia per pura informazione. Non desiderava minimamente appoggiarla o raccomandarla. Dopo aver ascoltato i miei commenti sulla notizia che aveva ricevuto e mi aveva passato, disse che forse, dopotutto, non valeva la pena portare avanti la cosa,e inoltre mi chiese di considerare la sua comunicazione come se non fosse stata fatta .Tuttavia declinai prontamente, dicendo che rifiutavo di farmi scaricare addosso le responsabilità della coscienza di Sua Santità[7]". Nel dispaccio dell'ambasciatore britannico traspare un certo distacco del pontefice. Con la sua azione e questi contatti, il papa era infatti venuto meno al tradizionale atteggiamento della Santa Sede. L'insistenza del papa sulla segretezza era motivata dal fatto che egli sapeva dell'esistenza di spie naziste in Vaticano[8]. Il 6 febbraio Pio XII convocò nuovamente d'Arcy Osborne in gran segreto. Nella nota spedita il giorno successivo, il diplomatico scriveva che il papa era stato nuovamente avvicinato dai cospiratori, che nel complotto era coinvolto un noto generale tedesco e che l'offensiva a ovest di Hitler era stata posticipata a causa del tempo troppo rigido. Il complotto – va ricordato – prevedeva di deporre Hitler per portarlo davanti a un tribunale, non la sua eliminazione fisica (progetto al quale difficilmente il papa avrebbe potuto aderire), non venne messo in atto.

E' passata alla storia una celebre frase di Pio XII: "Nulla abbiamo lasciato di intentato"; inizialmente questa frase non è stata compresa, ma oggi, a seguito di tutti gli studi sull'argomento, si comprende il senso profondo di quelle parole: il papa aveva partecipato addirittura ad un complotto contro Hitler, questo nella speranza di mettere fine alle atrocità commesse dal regime. Se il Fuhrer ne fosse venuto a conoscenza , è



probabile che si sarebbe vendicato crudelmente sulla Chiesa cattolica in Germania.

Qualche anno dopo, il 20 luglio del 1944, a Rastenburg, nella Prussia orientale, avvenne il più importante attentato contro la vita di Hitler. Si tratta di un episodio che se avesse avuto esito positivo avrebbe cambiato probabilmente il corso della storia, risparmiando migliaia di vite umane. Il complotto fu portato avanti da un gruppo di ufficiali della Wehrmacht, decisi a riscattare l'immagine dell'esercito: l'unico modo era uccidere il *Fuhrer*. Tale operazione fu chiamata "*Valkiria*"; e prevedeva che, in caso di una sommossa, il controllo della situazione interna fosse garantito dall'esercito. Inoltre il colonnello Von Stauffenberg sosteneva che, dopo l'eliminazione di Hitler, fosse il generale **Beck** (che era capo di Stato maggiore dell'esercito fino al 1939, poi dimissionario) a prendere il potere, il quale avrebbe intrapreso una serie di trattative per far uscire il paese dalla guerra. L'occasione propizia per agire si presentò quando il colonnello Von Stauffenberg venne convocato dal *Fuhrer* nella "tana del lupo", insieme ad altri ufficiali, la mattina del 20 luglio. Von Stauffenberg arrivato all'aeroporto di Rastenburg, accompagnato da W. Von Haeften e H. Stieff, si diresse al quartier generale del *Fuhrer* portando con sé una borsa nella quale erano state depositate due cariche di esplosivo. Von Stauffenberg una volta arrivato nel bunker, prese la valigia con gli esplosivi ed entrò in uno spogliatoio, dove collegò i due detonatori a una delle cariche esplosive, senza però attivare anche l'altra, che invece tolse dalla borsa. In ogni caso all'ora stabilita Von Stauffenberg entrò nella baracca dove si teneva l'incontro e consegnò la borsa a Freyend, dicendogli di collocarla vicino al *Fuhrer*. Freyend la poggiò ai piedi del tavolo a pochi metri di distanza da Hitler. Dopo pochi minuti il colonnello Von Stauffenberg lasciò la sala dando l'impressione di aver dimenticato qualcosa. Alle 12:40 ci fu l'esplosione. I due ufficiali pensavano che Hitler fosse stato colpito mortalmente: infatti, mentre lasciavano la "tana del lupo" avendo visto, su una barella, un ferito coperto con l'impermeabile del *Fuhrer*, ne dedussero che egli fosse morto. Purtroppo quella stessa sera i congiurati scoprirono la verità: Hitler era uscito solo leggermente ferito dall'attentato e la sera stessa aveva parlato alla radio.

Nella tarda serata appariva chiaro che il colpo di Stato era fallito.[9]

Quella stessa notte alcuni reparti dell'esercito al comando del generale Fromm circondarono la *Bendlerstrasse*, la occuparono e arrestarono gli ufficiali congiurati, molti dei quali neppure portavano armi. Per i capi della rivolta fu invece immediatamente emessa sentenza di morte, prontamente eseguita nel cortile interno al palazzo.

L'attentato, oltre a non causare il colpo di Stato, inasprì il clima di controllo che la Gestapo e gli altri organi di polizia, avevano sulla popolazione. Oltre 5000 tedeschi furono giustiziati (o costretti ad ammazzarsi come Rommel) dal tribunale del giudice **Reisler**, fino al febbraio 1945.

#### 4. IL PAPA NON SILENZIOSO

Nel momento in cui Eugenio Pacelli diventava papa era un aperto critico di Hitler e del nazismo. La sua prima enciclica, *Summi Pontificatus*, implorava la pace e rigettava il nazismo. Pubblicata solo poche settimane dopo lo scoppio della Seconda guerra mondiale, la *Summi Pontificatus* afferma che nella Chiesa cattolica "non esiste più greco e giudeo, circonciso e incirconciso": un chiaro rigetto dell'antisemitismo nazista. Come tale essa fu ampiamente riconosciuta soprattutto nella Germania nazista. "Questa enciclica" scriveva il capo Gestapo, Heinrich Muller, "è diretta esclusivamente contro la Germania, sia contro l'ideologia sia riguardo alla disputa tedesco-polacca. E' fuori discussione quanto pericolosa essa sia per le nostre relazioni estere come pure per i nostri affari interni[10]". Aerei alleati lanciarono 88.000 copie dell'enciclica su vari territori della Germania nel tentativo di risollevarne i sentimenti antinazisti.

Per tutta la Seconda guerra mondiale papa Pio XII parlò in favore degli ebrei. Quando apprese delle atrocità naziste in Polonia, egli esortò i vescovi europei a fare tutto ciò che fosse in loro potere per salvare gli ebrei e le altre vittime della persecuzione nazista.

Il 19 gennaio del 1940, su istruzione del papa, la Radio Vaticana e il quotidiano vaticano, L'Osservatore Romano, rivelarono al mondo le spaventose crudeltà dell'incivile tirannia che i nazisti stavano infliggendo agli ebrei e ai cattolici polacchi[11]. La settimana successiva, il "Jewish Advocate" di Boston riferì della trasmissione radiofonica vaticana, lodandone la "chiara denuncia delle atrocità tedesche nella Polonia nazista, dichiarando che esse costituivano un affronto alla coscienza morale dell'umanità[12]".

Nel marzo del 1940, Pio XII ricevette in udienza privata il ministro degli Esteri tedesco, Von Ribbentrop, il solo nazista ai vertici del partito ad aver visitato il Vaticano. In quell'occasione il ministro accusò il pontefice di essersi schierato con gli Alleati, mentre Pio XII iniziò a leggere un foglio nel quale aveva annotato tutte le atrocità che il partito aveva commesso. "Con parole roventi rivolte a Ribbentrop" riportò il New York Times il 14 marzo, Pio XII "è corso in difesa degli ebrei di Germania e Polonia[13]".

Nel giugno del 1942 ,egli parlò contro la deportazione di massa di ebrei della Francia occupata dai nazisti. Ancora,ordinò al nunzio apostolico a Parigi di protestare dinanzi al presidente della Francia di Vichy,maresciallo Henri Petain,contro " gli arresti inumani e le deportazioni di ebrei dalla zona della Francia occupata alla Slesia e a zone della Russia".

Il London Times del 1° ottobre del 1942 lodò esplicitamente Pio XII per la sua condanna del nazismo e per il suo appoggio pubblico alle vittime ebraiche del terrore nazista. I discorsi natalizi di Pio XII, trasmessi a milioni di persone nel mondo attraverso la Radio Vaticana, affrontavano il tema del terrore del nazista,e della “vicinanza” alle vittime ebraiche.

Ogni anno, infatti, il papa approfittava della ricorrenza del Natale per diffondere un radiomessaggio in cui, oltre a pronunciare parole di speranza, faceva il bilancio dell'attività svolta, offrendo spunti di riflessione e proposte concrete per l'avvento della pace. Tuttavia, nel messaggio natalizio del 1942 il pontefice si spinse oltre prendendo una precisa posizione anti-nazista. Il radiomessaggio papale del Natale 1942 fu, infatti, accolto con aperta ostilità dalle potenze dell'Asse, in particolare dalla Germania, e con ostentata freddezza da parte degli Alleati. La parte del radiomessaggio che maggiormente attirò l'attenzione dei politici e della diplomazia fu l'ultima, in cui il Papa trattò della guerra in corso denunciandone le atrocità e, in particolare, la deportazione-sterminio degli ebrei. Dalle fonti esaminate appare con certezza che il papa era «soggettivamente» convinto di aver denunciato al mondo ciò che stava accadendo agli ebrei nei territori sottoposti all'autorità tedesca, di aver parlato «forte» contro gli orrori della guerra e, in particolare, contro i crimini nazisti.

All'epoca,comunque, si pensava che la condanna del papa contro i nazisti avrebbe portato a violente ritorsioni. Anche il critico papale Rolf Hochhuth ha ammesso che Hitler prese in considerazione l'idea di invadere il Vaticano[14]. Lo stesso Hitler dichiarò pubblicamente di volere entrare in Vaticano e di rapire il pontefice. Pio XII nonostante fosse a conoscenza dei piani nazisti per rapirlo non fece mai un passo indietro, era pronto anche ad essere eventualmente deportato in un campo di concentramento. E' noto, infatti, che a un certo punto Hitler progettò di rapire il papa e di imprigionarlo in Alta Sassonia. Il rabbino Dalin riferisce "Abbiamo le minute di un incontro del 26 luglio del 1943, durante il quale Hitler parlò apertamente di invadere il Vaticano. Ernst Von Weizsacker , ambasciatore tedesco in Vaticano,ha scritto di aver

sentito di un piano di Hitler per rapire Pio XII e di aver regolarmente avvertito i responsabili vaticani di non provocare Berlino[15]". L'ambasciatore nazista in Italia, Rudolf Rahn, ha anche descritto uno dei complotti di Hitler per il rapimento, e i suoi tentativi, insieme ad altri diplomatici nazisti, di scongiurarlo. Così, ancora, il generale Karl Otto Wolf, capo delle SS in Italia alla fine della guerra, ha testimoniato di aver ricevuto ordini da Hitler nel 1943 "di occupare al più presto possibile il Vaticano, di catturare gli archivi e i tesori artistici, che hanno un valore inestimabile, e di trasferire il papa, insieme alla Curia, per la loro protezione, in modo che non cadessero nelle mani degli Alleati ed esercitassero un'influenza politica". Wolff tentò nel dicembre del 1943 di dissuadere Hitler dal progetto.

## 5. SCOMUNICARE HITLER

Il comportamento di Pio XII è stato, però, contraddittorio, in quanto nonostante la perseveranza delle sue critiche nei confronti del nazismo, non ha mai scomunicato Hitler né i membri del suo *entourage*. La scelta di Pio XII di non scomunicare Hitler fu dettata dalla necessità di prudenza. Il papa doveva agire con cautela senza mettere in pericolo la vita dei cattolici, e nello stesso tempo era consapevole di dover soppesare le sue parole, soprattutto considerando il fatto che migliaia di ebrei erano nascosti in Vaticano.

Il segretario generale del World Jewish Congress scrisse a don Sturzo affinché suggerisse al papa di scomunicare Hitler. Ma nello stesso tempo Sturzo riteneva che la scomunica fosse un'arma da usare con considerevole attenzione, e così argomentava: "Temo che Hitler risponderebbe alla scomunica uccidendo un maggior numero di persone, a cominciare dagli ebrei[16]". Gli scrittori e gli studiosi che hanno studiato la psicologia di Hitler condividono il punto di vista di Sturzo, ritenendo che ogni provocazione da parte del papa avrebbe avuto come effetto una rappresaglia violenta, la perdita di molte più vite ebraiche (specialmente di coloro che all'epoca erano sotto la protezione della Chiesa) e un'intensificarsi della persecuzione nazista dei cattolici[17]. Scomunicare Hitler sarebbe stato un gesto puramente simbolico, e avrebbe probabilmente causato un aumento delle persecuzioni.

Molti all'epoca temevano che la scomunica papale di Hitler avrebbe incitato il *Fuhrer* a scagliarsi contro la Chiesa e contro gli ebrei in forma ancora più violenta. Questa è una tesi sostenuta da molti ebrei sopravvissuti all'Olocausto come Marcus Melchior, ex rabbino capo di Danimarca, il quale ha affermato che "è un errore pensare che Pio XII potesse avere una qualsivoglia influenza sulla mente di quel pazzo. Se il papa avesse

parlato chiaramente, Hitler avrebbe probabilmente massacrato più di sei milioni di ebrei e forse dieci volte dieci milioni di cattolici, se avesse avuto il potere di farlo[18]". La scomunica di Hitler avrebbe probabilmente avuto delle conseguenze tragiche sia nei confronti dei cattolici sia nei confronti degli ebrei. La reazione del Führer sarebbe stata il massacro di centinaia di migliaia di vittime innocenti..

Papa Pio XII era consapevole che le sue parole non avrebbero fermato l'Olocausto. Egli le misurò in modo da non mettere a rischio le vite che poteva salvare.

## 6. L'IMPARZIALITÀ DI PIO XII

Con il conflitto ormai avviato, il papa non poté più fare molto. Aveva imparato dal suo predecessore Benedetto XV che nei periodi di guerra l'imparzialità è indispensabile affinché la Santa Sede abbia la possibilità di aiutare tutte le vittime del conflitto[19].

Pio XII non giunse mai, durante la guerra, a prendere esplicita posizione contro il nazismo con una scomunica ufficiale. Pio XII aveva avuto una grande scuola, che gli aveva dato modo di collaborare con Benedetto XV durante la Prima Guerra Mondiale. Rispetto al suo predecessore, fu, però, più cauto relativamente al proporre piani per la pace. Era consapevole dell'inutilità di proporre trattati di qualsiasi genere a Hitler. I tentativi di proporre la pace che erano stati fatti da Benedetto XV e da Pacelli, durante i suoi primi mesi nella nunziatura di Monaco, non avevano portato a nulla. Pertanto Pio XII, in occasione del secondo conflitto mondiale, non si illuse di poter proporre la pace a Hitler.

Pio XII sapeva anche, e probabilmente la "scuola" di Benedetto XV era stata assai istruttiva su questo, che ogni volta che il papa deplorava una singola azione di guerra, questo suo messaggio veniva utilizzato dalla parte opposta a fini propagandistici. Era dunque meglio – così decise – rammaricarsi delle azioni di guerra in generale senza entrare nel particolare.

L'azione di Benedetto XV durante la Prima Guerra Mondiale non si era però esaurita nel tentativo di proporre la pace alle parti in conflitto. L'azione più importante, infatti, fu quella che svolse a favore delle persone sofferenti – civili, perseguitati e non, ma anche soldati. Ecco perché Pio XII – sempre sull'esempio del suo predecessore - fin da subito si impegnò a dare prova di imparzialità che gli rendesse possibile offrire un sostegno, un conforto, a tutti i sofferenti. In un discorso pubblico papa Pacelli giustificò la sua posizione: «Il dovere stesso di questo Nostro ufficio non Ci permette di chiudere gli

occhi, quando, precisamente per la salute delle anime, sorgono nuovi e incommensurabili pericoli; quando sulla Europa cristiana si allunga ogni giorno più minacciosa e più vicina l'ombra sinistra dei nemici di Dio».

Nella sua posizione “pubblica”, nei suoi messaggi scritti e nei suoi numerosi interventi proclamati a voce, il pontefice mantenne un equilibrio ed una imparzialità “formale” che scandalizzò abbastanza. Nonostante ciò Pio XII non fu "il papa di Hitler", il fatto che il pontefice fosse amico dei tedeschi non significa che fosse amico anche dei nazisti. Indubbiamente la sua avversione contro il regime fu totale, anche se non lo dimostrò pubblicamente.

Suor Pascalina Lehnert, la religiosa che si occupava da sempre di Eugenio Pacelli, ha raccontato sotto giuramento che già nel 1929, Pacelli, lasciando Berlino per Roma dove sarebbe stato creato cardinale e nominato segretario di Stato, si dimostrava tormentato per il futuro del popolo tedesco. Dalle carte dell'Archivio segreto del Vaticano emerge anche la prudenza del cardinale-segretario di Stato Pacelli verso il regime di Hitler. Il futuro Pio XII correggeva molto scrupolosamente tutti i discorsi che il nunzio apostolico a Berlino ,monsignor Orsenigo, doveva pronunciare alla presenza di Hitler. Dalle bozze che monsignor Cesare Orsenigo inviava a Roma per l'approvazione, il segretario di Stato Pacelli, con l'autorità di Pio XI, cassava tutte le frasi che potevano apparire accondiscendenti verso il führer.

Anche la bozza del discorso per il Capodanno del 1936, fu cassata dal cardinale Pacelli. Qui il monsignor Orsenigo definiva Hitler "Duce del popolo tedesco" aggiungendo: "Noi facciamo voti che il tenace programma di Vostra Eccellenza per diminuire sempre più il numero di coloro che, a causa della grave crisi che ancora incombe sull'umanità, sono costretti a rimanere involontariamente inerti, si realizzi ampiamente, totalmente!". Nella risposta, che Pacelli inviò al nunzio utilizzando un codice cifrato, si ordinava di "annullare" le parole "Duce del popolo tedesco" e di "sopprimere" l'intero periodo elogiativo dell'attività del *Fuhrer*. Anche in occasione del ricevimento per il compleanno di Hitler, il cardinal Pacelli inviò al suo nunzio severe direttive sul comportamento da assumere, prima fra tutti il divieto assoluto di un intervento pubblico durante il ricevimento. Divenuto pontefice della Chiesa di Roma, Pacelli era così preoccupato per le sorti del popolo tedesco, che tentò addirittura di esorcizzare Hitler a distanza, perché convinto che fosse posseduto dal demonio. Questa notizia è stata confermata dal gesuita tedesco Peter Gumpel, che segue la causa di beatificazione di papa Pacelli.

## 7. L'IMPEGNO DELLA SANTA SEDE NEI CONFRONTI DEGLI EBREI

Il pontificato di Pio XII coincise con uno degli eventi storici più gravi e significativi del XX secolo: l'Olocausto. Con tale espressione si indica ciò che nel gergo nazista rappresentava la "soluzione finale della questione ebraica", e più esattamente ci si riferisce alla persecuzione che colpì milioni di persone, in un periodo compreso tra il 1933 (anno in cui Hitler divenne Cancelliere della Germania), e il 1945 (anno della fine della guerra).

Nel 1933 ebbe inizio una vera e propria campagna di boicottaggio delle attività commerciali gestite da ebrei. Nel giro di pochi mesi vennero promulgati diversi decreti - in totale più di 400 - che prevedevano l'esclusione degli ebrei dall'insegnamento, dalle forze armate, dalla magistratura e dalle attività culturali. I bambini ebrei vennero allontanati dalle scuole e venne istituito il numero chiuso nelle università. Vennero proibiti i matrimoni misti, per la salvaguardia della razza ariana.

La situazione peggiorò a partire dal marzo 1938, in seguito all'annessione dell'Austria alla Germania, in quell'occasione altri 185.000 ebrei entrarono a far parte del Reich. I nazisti ritennero la situazione intollerabile, perciò programmarono un'emigrazione forzata degli ebrei. La notte [20] tra il 9 e il 10 novembre 1938 si scatenò in tutta la Germania la furia antisemita contro i negozi e le sinagoghe ebraiche. Quella notte furono attaccati e distrutti centinaia di negozi, uffici e abitazioni di ebrei, sinagoghe e quasi duecento persone furono uccise.

Appare opportuno sottolineare che l'antisemitismo in quegli anni era tollerato. Infatti, non provocò inizialmente alcuno scandalo il fatto che nel 1938 il Governo della Polonia avesse deciso, in un lasso di tempo estremamente breve, di togliere la cittadinanza polacca agli ebrei che non erano tornati da almeno cinque anni in patria. Nel Terzo Reich questo provvedimento rese apolidi 17000 persone. I nazisti - che fin dall'inizio avevano dichiarato il loro antisemitismo - portarono alle frontiere polacche con treni e camion quei 17000 ebrei che avevano appena perso la cittadinanza, ma la Polonia aveva ormai chiuso - per loro - la frontiera [21]. Rispetto agli ebrei perseguitati e deportati nei territori occupati dal Reich, l'azione svolta in loro favore dalla diplomazia della Santa Sede si mosse soprattutto in direzione dei Governi dei Paesi alleati alla Germania, dove esisteva una significativa maggioranza cattolica e un episcopato "combattivo". [22] In una Nota della Segreteria di Stato del 1° aprile del 1943 si legge: "Per evitare la deportazione in massa degli ebrei, che si verifica attualmente in molti Paesi europei, la



Santa Sede ha interessato il nunzio d'Italia, l'interessato di Affari in Slovacchia, e l'incaricato della Santa Sede in Croazia". Il papa, utilizzando i canali della diplomazia vaticana, fece di tutto affinché quei Governi che erano in contatto con la Santa Sede si impegnassero a favore degli ebrei. Inoltre, il papa ripetutamente esortò l'episcopato locale, principalmente quello tedesco, a denunciare con forza gli orrori e le atrocità commesse dai nazisti contro gli ebrei. Gli interventi pontifici presso quei Governi erano finalizzati principalmente a difendere gli ebrei e a garantire l'indissolubilità dei matrimoni misti, facendo riferimento ai Concordati stipulati con quegli Stati.

All'indomani dell'occupazione della Polonia, la Germania aveva replicato alla Santa Sede, che chiedeva l'applicazione del Concordato tedesco ai territori polacchi "inglobati" nel Reich, che esso non poteva essere applicato fuori dalla Germania. La verità era che neppure in territorio tedesco esso era rispettato.

Gli archivi del Ministero degli Esteri del *Reich* attestano periodici interventi del nunzio Orsenigo riguardanti gli ebrei [23]. Ma i rapporti da questi inviati alla Segreteria di Stato evidenziano le difficoltà di dialogo con il *Reich*. Uno di questi, del 19 ottobre del 1942, dice: "Nonostante le previsioni, ho tentato di parlare al ministro degli Affari Esteri, ma come sempre, specie quando si tratta di non ariani, mi fu risposto 'non c'è nulla da fare' [24]. Il nunzio Orsenigo sottolinea che ogni incartamento riguardante gli ebrei "viene sistematicamente o respinto o violato". Nelle parole dei diplomatici vaticani si coglie un senso di impotenza e di sconforto a questo riguardo. L'attività diplomatica svolta dalla Santa Sede in favore degli ebrei non fu però, come a volte si dice, totalmente inutile o inefficace. A volte essa riuscì a "rallentare" le operazioni di deportazione o, quando non poté fare diversamente, a escluderne talune categorie di soggetti.

In Slovacchia la Santa Sede intervenne presso il capo di Stato (che era il sacerdote J. Tiso) perché fossero sospese le operazioni di deportazione degli ebrei di quel Paese, che fino a quel momento avevano interessato 80000 ebrei slovacchi.

In una Nota inviata il 5 maggio del 1943 dalla Segreteria di Stato si deploravano tutte le disposizioni governative le quali - in aperto contrasto con i principi cattolici che non fanno distinzioni di razza - colpivano "gravemente degli uomini nei loro naturali diritti per il semplice fatto che appartengono ad una determinata stirpe". Tale protesta in questo caso ebbe qualche effetto positivo.

La Santa Sede intervenne anche presso il Governo croato, dal quale invece ottenne poco.

Il visitatore apostolico in Croazia fece sapere in Vaticano che il presidente A.Pavelic , "prima dell'attuale ordine agli ebrei di presentarsi agli uffici della Pubblica Sicurezza, lo aveva assicurato di 'rispettare' gli ebrei cattolici o uniti in matrimonio con cattolici". Pavelic inoltre, in quanto cattolico, era meticolosamente controllato dai nazisti.

Circa gli ebrei residenti in territorio francese occupato dagli italiani, il nunzio era stato rassicurato dai responsabili militari che essi non sarebbero stati consegnati alle autorità tedesche. E di fatto si fece di tutto per limitare la deportazione degli ebrei da questi territori.

La Santa Sede agì anche per salvare gli ebrei in Ungheria, nonostante l'assiduo interessamento del nunzio mons. Rotta, con risultati limitati. Dopo l'occupazione nazista di questo Paese, che era uno Stato-satellite del Reich, nel marzo del 1944 iniziarono le deportazioni degli ebrei ungheresi verso la Polonia.

Nel giugno, il papa si rivolse con lettera personale direttamente all'ammiraglio N. Horthy pregandolo "di mettere in opera ogni possibile mezzo affinché in questa nobile e cavalleresca nazione non si estendano né si aggravino le sofferenze, già così aspre, sopportate da tanti infelici a causa della loro nazionalità o della loro razza [...]". Egli inoltre chiese che anche l'episcopato si adoperasse per alleviare le sofferenze degli ebrei. Il Governo, per timore di una pubblica protesta dei vescovi, acconsentì a risparmiare dalla deportazione i soli ebrei cattolici.

## 8. IL SILENZIO DI PIO XII

All'origine della mancata esplicita denuncia delle deportazioni degli ebrei ci sarebbe quanto accaduto in Olanda nel 1942. In seguito all'invasione tedesca del 1940, in Olanda erano entrate in vigore le leggi razziali. Per i primi due anni le discriminazioni avevano riguardato l'estromissione degli ebrei dalle carriere pubbliche, dalle scuole e dagli uffici. Nel 1942 ebbe inizio la persecuzione vera e propria con deportazioni, torture e omicidi. Il 10 luglio, i vescovi cattolici e i capi delle comunità protestanti inviarono al *Reichskommissar* Arthur Seyss-Inquart un telegramma nel quale protestavano per il trattamento riservato agli ebrei. Il commissario del *Reich* rispose dicendo che avrebbe risparmiato gli ebrei cattolici, a patto che fosse dimostrata la loro appartenenza alle comunità ecclesiali prima del gennaio del 1941. La concessione implicava che le Chiese evitassero in futuro ogni intervento in quella materia. Luterani e calvinisti accettarono. Viceversa, l'arcivescovo cattolico di Utrecht, Johannes de Jong, nella sua lettera pastorale

del 26 luglio del 1942 ricordò "il triste destino degli ebrei (...) ,le deportazioni di uomini,donne e bambini innocenti" , pregando per "il popolo di Israele,costretto a subire un tale martirio e persecuzione". L'appello della comunità cristiana suscitò un'impressione enorme. Si trattava di una condanna esplicita della persecuzione degli ebrei, una denuncia chiara e decisa, anche se non menzionava gli aguzzini nazisti. In risposta il commissario del Reich ordinò che fossero rastrellati anche i cattolici olandesi di origine ebraica, come "ritorsione contro la lettera pastorale del 26 luglio". Il commissario dichiarò: "Se il clero cattolico non vuole prendersi la pena di trattare con noi, siamo costretti da parte nostra a considerare i cattolici di puro sangue ebraico come i nostri peggiori avversari,e quindi a deportarli al più presto in Oriente". Secondo alcuni studiosi[25], la vera causa della rappresaglia nazista in Olanda non sarebbe stata tanto la lettura della lettera pastorale,quanto piuttosto il fatto che in quella lettera fossero menzionati esplicitamente il telegramma di protesta e soprattutto la promessa fatta dal commissario tedesco di risparmiare gli ebrei cristiani.

Si può affermare che,dopo la ferma presa di posizione espressa nella lettera pastorale,la persecuzione abbia colpito ancora più duramente gli ebrei. Il papa apprese quanto accaduto dai giornali. Racconta suor Pascalina: "Tornato dall'udienza – erano già le tredici,l'ora del pranzo – il Santo Padre ,prima ancora di andare nella stanza da pranzo,venne in cucina con due grandi fogli scritti a mano e disse:"Voglio bruciare questi fogli. E' la mia protesta contro la spaventosa persecuzione antiebraica. Stasera sarebbe dovuta comparire sull'Osservatore Romano. Ma se una lettera dei vescovi olandesi è costata l'uccisione di quarantamila vite umane, la mia protesta ne costerebbe forse duecentomila. Perciò è meglio non parlare in forma ufficiale e fare silenzio,come ho fatto finora,tutto ciò che è umanamente possibile per questa povera gente". "Santo Padre", mi permisi di obiettare , "non è un peccato bruciare ciò che lei ha preparato? Potrebbe forse essere utile un giorno". "Anch'io ho pensato a questo", rispose Pio XII ,“ma se come sempre si sente dire,i nazisti penetrano qui dentro e trovano questi fogli - e la mia protesta ha un tono ben più aspro di quella olandese – che cosa avverrà dei cattolici e degli ebrei in mano alla potenza tedesca? No,è meglio evitarlo".Il Santo Padre attese finchè i due grandi fogli non furono completamente bruciati e solo allora uscì dalla cucina"[26]. La religiosa, che ha steso queste memorie subito dopo la morte di papa Pacelli, ha confermato il suo racconto sotto giuramento durante la deposizione agli atti del processo canonico. Questa preziosa testimonianza costituisce una prova importantissima a difesa di Pio XII. Dimostra che il silenzio di Pio XII nei confronti della persecuzione ebraica è stato dettato da esigenze di prudenza. Il papa non voleva che

altri innocenti pagassero con il sangue per qualche sua "bella parola"[27].

Per Hitler gli ebrei rappresentavano “il primo nemico mondiale”, come continuavano a declamare le pubblicazioni naziste. L’annientamento degli ebrei era uno dei principali scopi bellici di Hitler, uno scopo che portava avanti con rinnovato e brutale cinismo dopo ogni protesta.

Oggi si torna a parlare di un Pio XII che non fece tutto il possibile per denunciare la persecuzione nazista nei confronti degli ebrei. Secondo alcuni, questo silenzio lo avrebbe in qualche modo reso complice della tragedia dell’Olocausto. Al pontefice è stato rimproverato di non aver rivelato al mondo il terribile segreto del genocidio ebraico da parte nazista; di non aver mai alzato severamente la voce contro “il mito della razza pura”, che ha portato vergognosamente a consumare la più gigantesca opera criminale del Novecento, il simbolo eloquente dell’inciviltà che, secondo i calcoli fatti al processo di Norimberga, contò il massacro criminale di 5.700.000 tra ebrei (ma anche zingari, omosessuali, malati di mente).

La questione dei silenzi della Chiesa sulle atrocità subite dagli ebrei è tra le più spinose e imbarazzanti per la Chiesa di Roma. Essa, da una parte, investe la coscienza dei credenti e, dall’altra, è soggetta alle più svariate reticenze e strumentalizzazioni di parte.

Il dibattito storiografico sui "silenzi" di Pio XII è da sempre molto attivo.

La posizione ufficiale del Vaticano sul problema scagiona ovviamente papa Pacelli; altre posizioni fanno notare che il pontefice intervenne sulla questione indirettamente, ovvero attraverso i nunzi e i vescovi locali, salvaguardando l’imparzialità della Santa Sede; altri ancora sostengono che gli interventi pontifici siano stati inadeguati e insufficienti rispetto alla drammaticità della situazione.

Il 30 aprile del 1943 Pio XII scrisse al vescovo di Berlino, mons. Von Preysing, riferendosi a quanto stava accadendo: "Ciò che da molto tempo giunge ai nostri orecchi circa queste atrocità [...] ci paralizza e ci dà i brividi. Per questo lasciamo alla discrezione degli Ordinari del luogo [i vescovi] di ponderare se e in quale misura incorrere nei rischi di pressioni e rappresaglie nel caso di dichiarazioni e di altre circostanze dettate dal prolungarsi della guerra e dai suoi effetti psicologici, qualora si decidesse di mettere da parte il principio guida dell’ *ad malora mala vitanda* [per evitare mali peggiori]. E’ questo uno dei motivi per cui noi stessi ci tratteniamo nelle nostre dichiarazioni".[28] Pio XII era sicuramente a conoscenza sia delle vessazioni contro gli

ebrei, sia dei piani nazisti sulla "soluzione finale" a danno degli ebrei. Una delle prime comunicazioni che arrivarono in Vaticano è datata 23 novembre 1940: monsignor Mario Besson, vescovo di Losanna, Friburgo e Ginevra, tramite il nunzio pontificio in Svizzera, l'arcivescovo Filippo Bernardini, inviò una lettera a Pio XII esprimendo profonda preoccupazione per le gravi condizioni di migliaia di prigionieri, tra cui ebrei, deportati in campi di concentramento nella Francia sud-occidentale. In questo resoconto sollecitò un appello pubblico da parte del papa contro le persecuzioni e una difesa più attiva, da parte cattolica, dei diritti di tutte le vittime. Anche monsignor Konrad von Preysing, vescovo di Berlino, scrisse a Pio XII, il 17 gennaio 1941, annotando che «Sua Santità è certamente informata sulla situazione degli ebrei in Germania e nei Paesi limitrofi. Vorrei dire che sia da parte cattolica che da parte protestante mi è stato chiesto se la Santa Sede non possa fare qualcosa a questo riguardo, diffondendo un appello in favore di questi sfortunati ».

Il cardinale scrisse più volte al papa. Il 6 marzo 1943, ad esempio, von Preysing chiese a Pio XII di cercare di salvare gli ebrei berlinesi che erano prossimi alla deportazione; la quale, come affermò lui stesso, li avrebbe portati a morte certa: «La nuova ondata di deportazioni degli ebrei, iniziata appena prima dell'1 marzo, colpisce aspramente e particolarmente noi, qui a Berlino. Diverse migliaia di persone sono coinvolte. Sua Santità ha fatto allusione al loro probabile destino nel suo messaggio radiofonico di Natale. Tra i deportati vi sono pure molti cattolici. Non è possibile a Sua Santità intervenire nuovamente per i molti sfortunati innocenti? Per molti è l'ultima speranza ed è il desiderio profondo di tutte le persone per bene ». Il nunzio in Romania, l'arcivescovo Andrea Cassalo, oltre ad informare il Vaticano sulle leggi anti-ebraiche approvate nel Paese, fece appello direttamente al maresciallo Ion Antonescu affinché limitasse le deportazioni pianificate per l'estate del 1942. Addirittura, nella primavera del 1943, si recò nella Transistria, visitando uno dei principali campi di sterminio degli ebrei del periodo. Monsignor Cassulo fu ricevuto dal cardinale Magione e dal papa nell'autunno del 1942.

La preoccupazione principale del pontefice, che fu poi il motivo per cui egli non denunciò pubblicamente gli orrori dell'odio nazista, trova la propria ragion d'essere nel fatto che egli temeva per le sorti dei cattolici. Pio XII temeva che una volta terminata la "soluzione finale" che aveva come vittime innocenti gli ebrei, sarebbe cominciata una nuova fase, che avrebbe visto entrare in scena i cattolici, le nuove vittime del nazismo. Questa fu la ragione principale che frenò l'intenzione di Pio XII di scomunicare Hitler e

denunciare al mondo intero le atrocità di cui si rendevano autori i rappresentanti del partito nazista.

## 9. IL PAPA ERA A CONOSCENZA DELLA "SOLUZIONE FINALE" ?

Altro problema discusso dagli storici è se Pio XII fosse a conoscenza o meno di ciò che stava realmente accadendo in quegli anni nei campi di concentramento e, in particolare, della "soluzione finale" decisa in gran segreto dai capi nazisti nel 1942. Dalle fonti risulta che il papa non sapesse molto: egli sapeva che moltissimi ebrei, senza colpa alcuna e solo a motivo della loro stirpe, venivano trucidati dai nazisti in vario modo. Ma egli non sapeva nulla del genocidio in atto né della "soluzione finale"; fino al 1944 in Vaticano si ignorava perfino l'esistenza di Auschwitz.

Secondo le parole di padre Leiber, che era stato segretario particolare del papa, "Pio XII aveva ignorato sia la 'soluzione finale' sia l'alto numero, 6 milioni, di vittime tra gli ebrei. In Vaticano infatti sino alla fine della guerra, si era parlato di due milioni". Quale fosse, poi, il piano dei nazisti riguardo agli ebrei deportati era per tutti a quell'epoca un vero enigma.

Nel marzo del 1942 l'incaricato della Santa Sede in Cecoslovacchia, mons. G. Burzio, affermava che la deportazione di 80000 ebrei "equivaleva per gran parte di loro a una morte sicura"[29].

Ci si interroga, altresì, cosa sapessero gli Alleati sulla "soluzione finale", certamente più del papa. Sono note le foto e i filmati che fecero gli Alleati quando arrivarono nei campi. Almeno dalla fine del 1944 essi sapevano dell'esistenza dei campi di sterminio e avevano informazioni relative alle loro caratteristiche, poiché gli inglesi avevano scattato foto aeree del campo di Auschwitz. Nell'estate di quell'anno due evasi dal campo di concentramento di Auschwitz erano riusciti a consegnare agli Alleati delle descrizioni dettagliate e delle mappe. La cosa che sconvolge è che, nonostante la consapevolezza delle pratiche che venivano messe in atto in queste strutture, non ci fu mai nessuna azione da parte degli Alleati finalizzata a liberare questo campo, o anche solo a bombardare le camere a gas o la linea ferroviaria che portava al campo. Sembra che non era ancora tecnicamente possibile effettuare bombardamenti di precisione e, inoltre, i campi di sterminio erano troppo lontani dalle basi dei bombardieri americani e britannici, così che non divennero mai un loro obiettivo. Ci si può chiedere, inoltre, se i bombardamenti sarebbero veramente serviti a qualcosa; ma è comunque interessante

notare che non c'è molta propaganda contro gli Alleati in merito a questo. Viene tacitamente dato per scontato che essi – che pure disponevano di aerei,controsospionaggio,mezzi per intercettare informazioni ecc. – non avessero saputo di questa terribile realtà.

## 10. GLI EBREI ROMANI E L'IMPEGNO DEL PAPA

Le deportazioni naziste degli ebrei d'Italia iniziarono il 16 ottobre del 1943,esattamente cinque settimane dopo che l'esercito tedesco ebbe occupato Roma e affidato alle SS le questioni relative alla sicurezza. Ciò che Pio XII fece o non fece in favore degli ebrei romani durante e immediatamente dopo la razzia dell'ottobre del 1943,e durante tutta l'occupazione nazista della città ,rimane fonte di disputa.

Fra gli studiosi dell'Olocausto vi è stata la tendenza ad accettare acriticamente la tesi dei detrattori di Pio XII, secondo cui il papa sapeva in anticipo dell'imminente razzia nazista degli ebrei romani. Secondo molti, infatti, il papa aveva l'obbligo morale di informare gli ebrei e di dar loro il tempo di fuggire.

All'inizio dell'ottobre del 1943,Pio XII si rivolse alle chiese e ai conventi di tutta Italia chiedendo di dare rifugio agli ebrei. A Roma, centocinquantacinque monasteri ospitarono circa cinquemila ebrei durante l'occupazione tedesca,sfidando i fascisti e i nazisti. Non meno di tremila ebrei trovarono rifugio a Castel Gandolfo,residenza estiva del papa. Sessanta ebrei vissero per nove mesi all'università dei gesuiti,la Gregoriana,e molti furono ospitati nelle cantine del Pontificio Istituto Biblico. Lo stesso Pio XII diede rifugio nelle mura vaticane a Roma a centinaia di ebrei senz'altro.

La maggiore autorità sulla razzia nazista degli ebrei romani nell'ottobre del 1943 – egli stesso sopravvissuto al raid – è Michael Tagliacozzo , un ebreo italiano studioso dell'Olocausto,che oggi vive in Israele. Tagliacozzo elogia l'impegno di Pio XII nei confronti degli ebrei; tempo fa in un'intervista dichiarò: "Io so che molti criticano papa Pacelli. Ho sul mio tavolo in Israele una cartella intitolata *Calunnie contro Pio XII* , ma il mio giudizio non può che essere positivo .Papa Pacelli fu il solo che intervenne per impedire la deportazione degli ebrei il 16 ottobre del 1943,ed egli ha fatto moltissimo per nascondere e salvare migliaia di noi".[30]

I cattolici italiani cercarono di salvare la vita degli ebrei fornendo rifugio,carte d'identità false e altri documenti. Molti di questi cattolici furono arrestati dai nazisti e non pochi furono uccisi. Moltissime furono le famiglie che,pur sapendo di rischiare l'uccisione,



accolsero ebrei in casa. Durante l'occupazione nazista di Roma, tremila ebrei trovarono rifugio nella residenza estiva del papa a Castel Gandolfo, di ciò gli ebrei furono profondamente grati a Pio XII. Va anche ricordato che tale opera di salvataggio degli ebrei romani creò non poche tensioni nei rapporti tra Santa Sede e occupati tedeschi, i quali non erano certamente ignari – come fu dichiarato da alcuni gerarchi nazisti al processo di Norimberga – dell'aiuto che la Santa Sede prestava a questi ricercati.

Il papa in un'udienza del 27 dicembre del 1943 al p. G. Martegani, a quel tempo direttore della rivista *Civiltà cattolica*, lamentandosi delle perquisizioni operate nella notte tra il 21 e il 22 dicembre dai nazisti, disse che ormai "non faceva più affidamento nella sicurezza dei rifugi ecclesiastici" [31], e che in ogni caso occorreva essere più prudenti nell'affrontare la questione dei "rifugiati", per non spingere i tedeschi ad azioni generalizzate di perquisizione negli istituti religiosi e nei palazzi di proprietà della Santa Sede.

Nel 1944, dopo la liberazione di Roma ma prima della fine della guerra, Pio XII disse a un gruppo di ebrei romani venuti a ringraziarlo della sua protezione: "Per secoli gli ebrei sono stati ingiustamente trattati e disprezzato. E' tempo che siano trattati con giustizia e umanità, Dio lo vuole e la Chiesa lo vuole. San Paolo ci dice che gli ebrei sono nostri fratelli. Essi devono essere accolti anche come nostri amici".[32]

## 11. L'EPISCOPATO TEDESCO DI FRONTE ALLA SHOAH

Un'analisi particolare merita l'atteggiamento assunto dall'episcopato tedesco rispetto alla persecuzione e allo sterminio degli ebrei nel corso della guerra.

Lo scoppio della guerra aveva causato un progressivo aggravamento della condizione degli ebrei tedeschi. Nel 1941 fu imposto a tutti gli ebrei di età superiore ai sei anni di indossare in pubblico un segno distintivo; il 23 ottobre fu definitivamente sospesa l'emigrazione dalla Germania (l'ultimo treno di ebrei si mosse da Berlino la sera precedente), e il 24 si diede inizio alle operazioni di deportazione sistematica degli ebrei tedeschi verso est.

Ancora una volta, e con maggiore drammaticità e urgenza, la questione di un intervento pubblico in loro difesa fu posta all'episcopato da voci eminenti del cattolicesimo tedesco. E ancora una volta si preferì occuparsi della tutela dei propri fedeli e dell'azione pastorale della Chiesa. In quegli anni all'interno dell'episcopato tedesco dominava una forte reticenza a parlare degli ebrei in pubblico, e questo comportamento trova conferma

in diversi memoriali che vennero presentati dall'episcopato al Governo del *Reich*, i quali non conservano traccia di riferimenti espliciti agli ebrei.

In realtà ci fu un tentativo dell'episcopato tedesco a difesa dei coniugi "ebrei" sposati con non-ebrei (soprattutto cattolici), che sarebbero stati pesantemente colpiti da una legge, che si diceva di imminente pubblicazione. Si trattava di una legge riguardante lo scioglimento dei matrimoni misti, per il quali, in assenza di una decisione in questo senso dei coniugi, era stabilito un intervento di autorità, anche per ciò che riguardava l'assegnazione degli eventuali figli: per il coniuge "non ariano" e per i figli ad esso assegnati veniva prevista la deportazione. Nel novembre del 1942, su sollecitazione di autorevoli membri dell'episcopato, Bertram ne scrisse ai ministri della Giustizia e degli Interni e degli Affari Ecclesiastici del *Reich*. La sua protesta, e la conseguente richiesta di sospendere ogni provvedimento del genere, è decisa e articolata. E' condotta in nome dei principi di umanità e dei fondamentali diritti di vita che vanno riconosciuti anche agli appartenenti ad altre razze, e insieme richiamandosi ai diritti e alle concezioni morali dei cattolici e di tutti i cristiani, che con tali misure sarebbero "feriti nel modo più grave", mentre essi devono poter vivere secondo le loro sacre persuasioni di fede: le migliaia di persone colpite da tali provvedimenti non potrebbero capire un silenzio dei vescovi in merito[33]. Il nodo centrale del problema storico posto dall'atteggiamento assunto dalla Chiesa, in particolare quella tedesca, di fronte alla persecuzione e allo sterminio degli ebrei è da individuarsi nel groviglio di condizionamenti molteplici che lo determinarono, non riconducibili né alla pressione esercitata dal terrore poliziesco, né al timore di aggravare le sofferenze delle vittime.

Quando, con le ordinanze del 1° settembre del 1941, a tutti gli ebrei di età superiore ai sei anni fu imposto di indossare nei luoghi pubblici la stella di David, come contrassegno che mirava a condannarli all'emarginazione e al disprezzo, da più parti fu avanzata ai vescovi la richiesta di emanare ai parroci e ai fedeli un'istruzione pastorale per ricordare i doveri di carità reciproca e di fratellanza cristiana, che evitassero quanto meno incidenti ed episodi di intolleranza e di discriminazioni. L'episcopato tedesco si trovò nell'estrema difficoltà di non riuscire a opporsi con una pubblica denuncia a quanto stava accadendo nei confronti degli ebrei.

Scrivendo a Pio XII, nel giugno del 1942, mons. Grober, arcivescovo di Friburgo, era stato categorico nel riconoscere che l'antisemitismo dei nazisti aveva come scopo la distruzione fisica degli ebrei. Grober sostenne iniziative di soccorso a favore degli

ebrei,nonostante ciò nei suoi interventi pubblici non esitò a riproporre concetti tipici del tradizionale antiebraismo cristiano che in quel contesto non potevano non suonare giustificativi quanto meno di atteggiamenti di passività e di indifferenze per le discriminazioni e deportazioni in corso. Così nella lettera pastorale del marzo del 1941 egli ripeté la tradizionale accusa agli ebrei di essere responsabili della morte di Cristo,aggiungendo che "la maledizione degli ebrei verso se stessi. In una predica del 31 dicembre del 1943,riprendendo concetti già espressi anni prima, ribadì la contrapposizione tra cristianesimo ed ebraismo: "Come lo stesso Cristo si è posto rispetto all'ebraismo contemporaneo lo provano le sue lotte con i farisei e gli scribi e la croce del Golgota.La storia degli apostoli attesta chiaramente che l'odio degli ebrei ha perseguitato i cristiani alle origini del cristianesimo,o meglio che esso percorre in una forma fanatica l'intera storia della Chiesa".[34]

Mons. Berning, vescovo di Osnabruck, affermò nelle sue annotazioni del 5 febbraio del 1942: "Sussiste evidentemente il piano di distruggere completamente gli ebrei". La frase è eloquente, e non lascia adito ad altre interpretazioni,anche se è molto probabile che non tutto ciò che si sapeva nelle alte sfere della Chiesa tedesca sulla persecuzione degli ebrei abbia trovato una precisa e articolata registrazione scritta, per la prudenza e la reticenza con cui un tale tema continuava ad essere trattato. I fatti stessi segnalati da mons. Berning in queste medesime annotazioni impedivano, se guardati spassionatamente, di esprimersi in termini meramente ipotetici. Le domande con cui Berning chiudeva queste annotazioni esplicitano con chiarezza il drammatico dilemma che si poneva di fronte ai vescovi:"Che cosa può succedere?Possono i vescovi levare pubblica accusa dal pulpito contro tutto ciò?"[35].

Sarebbe un errore sostenere che i vescovi non sapessero nulla di preciso o sapessero poco o troppo poco. Tutto ciò che era stato visto compiersi di persecuzioni e violenze, ciò che si era saputo da testimoni oculari e da informazioni dirette di condizioni disumane di vita e di uccisioni di massa, tutto ciò insomma che aveva fatto parte della comune esperienza e che era stato correttamente letto come parte di un piano per sterminare gli ebrei,non poteva restare cancellato d'un tratto.

Il 30 agosto del 1943 una lunga dettagliata lettera di un ebreo di Cracovia,che illustrava con ampi particolari,parte frutto di esperienza diretta,parte attinti da resoconti altrui,lo sterminio in corso nel Governatorato generale,giunse nelle mani del cardinale Bertram. La testimonianza era agghiacciante e suonava come un durissimo atto di accusa contro la

Chiesa tedesca, i cristiani e l'intera società tedesca. Restano sconosciute le reazioni di Bertram. Ma non lascia dubbi sulla sua piena consapevolezza che le deportazioni degli ebrei avevano avuto e avevano come esito lo sterminio ciò che egli scrisse in una lettera del 29 gennaio del 1944 indirizzata ai ministri degli Interi, degli Affari Ecclesiastici e della Giustizia, minacciati con una serie di misure amministrative di venir coinvolti nelle leggi e nelle disposizioni riguardanti gli ebrei: "Tutte queste misure mirano chiaramente a una [loro] separazione alla fine della quale incombe lo sterminio".

Quel rarefarsi, dunque, tra gli atti vescovili, di note e testi sugli ebrei, la loro persecuzione e il loro sterminio, non attesta di per sé la mancanza di conoscenza, ma sembra corrispondere piuttosto a una sorta di allibito silenzio, a uno sconcerto profondo e un'impossibilità interiore di prendere atto della situazione e dire perciò, ai propri fedeli e a tutti, quelle parole che ad alcuni sembrava dovessero essere pronunciate[36].

## 12. IL RADIOMESSAGGIO NATALIZIO DEL 1941

Dall'ottobre del 1939 fino al giugno del 1943, Pio XII non pubblicò nessuna enciclica. Il papa utilizzò i radiomessaggi natalizi per svolgere il suo ministero di pace e per rivolgere la sua parola ai fedeli. Particolarmente significativi risultano i radiomessaggi del 1941 e del 1942 per l'organicità dei temi trattati e anche per l'importanza dei temi svolti.

Nel radiomessaggio del 1941 Pio XII aveva condannato con forza la guerra, iniziata nel 1939 con l'aggressione nazista alla "cattolica" Polonia. Una guerra che, diceva il papa, devasta "terre e case per estese ragioni e [getta] milioni di uomini e le loro famiglie nell'infelicità, nella miseria e nella morte"[37]. In quel messaggio di pace il pontefice condannava, fra l'altro, anche le rovinose distruzioni della guerra aerea, che "rovescia su grandi e popolose città, su centri e vasti territori industriali" il suo carico di morte. Pio XII concludeva il suo messaggio natalizio sottolineando ancora una volta l'atteggiamento "imparziale" della Santa Sede nei confronti del conflitto in atto, non intendendo essa parteggiare per nessuna delle parti in lotta.

Tale atteggiamento, come è noto, ispirò sino alla fine della guerra le posizioni della Santa Sede verso i belligeranti e fu all'origine di alcune incomprensioni tra il papa e chi gli chiedeva (ora gli Alleati, ora le potenze dell'Asse) di intervenire per condannare o denunciare pubblicamente vere, e a volte anche presunte, violazioni del diritto internazionale. "Noi amiamo – disse Pio XII – con uguale affetto tutti i popoli senza nessuna distinzione; e per evitare anche solo l'apparenza di essere mossi da uno spirito

di parte, ci siamo imposti il massimo riserbo; ma le disposizioni contro la Chiesa e gli scopi che esse perseguono, sono tali da sentirci obbligati in nome della verità a pronunciare una parola, anche perché non ne nasca, per disavventura, smarrimento tra i fedeli". Qui il papa fa riferimento (senza però citare la nazione incriminata) alla persecuzione religiosa in Germania, che la guerra, anziché mitigare, aveva al contrario reso più devastante per la Chiesa: "Ci riesce inspiegabile come in alcune regioni disposizioni molteplici attraversino la via al messaggio della fede cristiana, mentre concedono ampio e libero passo a una propaganda che la combatte" [38]. Il papa evitò accuratamente, come fece anche successivamente, di entrare nello specifico dei problemi politico-militari agitati dai belligeranti in quel momento, sebbene le sue simpatie non andassero certamente in direzione dei nazisti. Compito del papa – ripeteva Pio XII – è quello di esortare gli uomini alla pace e consolare, "con l'assistenza morale e spirituale di Nostri rappresentanti o con l'obolo dei nostri sussidi, l'ingente numero di profughi, di espatriati, di emigrati anche tra i 'non ariani'" [39].

### 13. IL RADIOMESSAGGIO DEL '42 E LA REAZIONE NAZISTA

Il radiomessaggio del 1942 si pone in continuità con quello dell'anno precedente: il papa continua con la sua "catechesi" per la pacificazione tra gli Stati, indicando anche criteri per la rifondazione di un nuovo ordine interno delle nazioni, basato sulla legge morale e naturale e non più su pericolose dottrine nazionalistiche.

Pio XII andava elaborando, anno dopo anno, il suo progetto sul futuro assetto sociale post-bellico, una sorta di base comune su cui porre le fondamenta di un consorzio umano che fosse in grado di respingere i pericoli sociali e ideologici che avevano portato al conflitto.

Il radiomessaggio natalizio di Pio XII del 1942 è tra gli atti più significativi e allo stesso tempo più controversi del pontificato di Pio XII. Esso, al tempo in cui fu pronunciato, ebbe una grande eco in tutti i continenti e fu ascoltato e apprezzato anche fuori dal mondo cattolico: quotidiani e periodici di diverso orientamento culturale e politico ne riportarono ampi stralci e commenti, il più delle volte benevoli. Diversa fu invece l'accoglienza che riservarono al messaggio papale i Governi e il mondo della diplomazia: esso fu accolto con aperta ostilità dalle potenze dell'Asse e con ostentata freddezza da quelle Alleate, in particolare dagli inglesi.

Esso, in realtà, rispondeva al desiderio vivissimo – sentito in quel tempo da milioni di

persone appartenenti a entrambi gli schieramenti in lotta – di ascoltare parole di pace, di credere che un nuovo ordine mondiale basato sulla giustizia e sul diritto fosse non solo auspicabile, ma anzi possibile e necessario nell'interesse di tutta l'umanità. Per costruire tale "nuovo ordine" era perciò necessario, diceva il papa, prepararsi a "gestire" il futuro (cioè il dopoguerra) evitando di commettere gli errori del recente passato, come fu, per esempio, quello di imporre ai vinti nel 1918 trattati di pace punitivi.

La parte più attesa del radiomessaggio del 1942 era quella riguardante la denuncia della guerra e dei suoi orrori. Nei testi pubblicati a stampa era così indicata: "Considerazioni sulla guerra mondiale e sul rinnovamento della società".

Il messaggio, com'è noto, era insolitamente lungo e fu interamente pronunciato dal papa la mattina della vigilia di Natale ai microfoni della Radio Vaticana. Il suo stile letterario è difficile e in alcune parti persino involuto, tanto che la sua traduzione in altre lingue incontrò alcune difficoltà.

Nell'ultima parte il papa afferma che la vera causa di "questa guerra mondiale" è di carattere morale. Gli uomini, e tra questi molti cattolici, si sono allontanati dai fondamenti certi che regolano le convivenze nazionali e internazionali e hanno abbandonato la via del bene e della giustizia per inseguire vani sogni di gloria e di potenza: "Ciò che in tempo di pace giaceva compromesso, al rompere della guerra scoppiò in una triste serie di azioni, contrastanti con lo spirito umano e cristiano. Le convenzioni internazionali per rendere meno disumana la guerra, limitandola ai combattenti, per regolare le norme dell'occupazione e della prigionia dei vinti, rimasero lettera morta in vari luoghi, e chi mai vede la fine di questo progressivo peggioramento?". Come si vede, nel suo discorso il papa non esamina le motivazioni o le cause di ordine politico e militare che diedero origine all'immane conflitto; non indica né denuncia responsabilità precise, che pure ci furono, come del resto non lo aveva fatto nei suoi precedenti messaggi: infatti, in tal modo si sarebbe schierato con una delle due parti in lotta e ciò sarebbe stato in aperto contrasto con il principio, sempre osservato, di imparzialità. Ciò non significa però che Pio XII non comprendesse le vere motivazioni "politiche" che stavano alla base di quel conflitto e che fosse indifferente agli esiti della guerra. Egli, in realtà, temeva una vittoria di Hitler, almeno quanto la temevano gli Alleati; anzi sapeva che una vittoria del dittatore tedesco avrebbe fortemente compromesso il futuro del cattolicesimo non soltanto in Germania, ma anche in Europa.

Il 18 febbraio del 1943 il giornale svizzero *Basler Nachrichten* commentando il

radiomessaggio natalizio di Pio XII scriveva: "Una cosa è certa: se tutti gli interventi di Pio XII probabilmente saranno dimenticati, questo messaggio natalizio al contrario sopravvivrà".

Effettivamente nessun altro discorso di papa Pacelli ebbe a quel tempo un eco così grande nel mondo come questo. Esso fu ascoltato, letto e compreso in modo diverso a seconda della sensibilità, della cultura e soprattutto dell'ideologia politica di chi lo recepiva.

Le misure prese dal Governo tedesco nei confronti del messaggio natalizio di Pio XII furono severe: esso fu classificato "sovversivo" e contrario agli interessi nazionali della Germania, per tale motivo ne venne vietata la divulgazione in Germania e nei territori del Reich. La stampa tedesca non riportò nessun passo del messaggio pontificio, ma la sua divulgazione nei territori del *Reich* fu considerata come un "crimine contro la sicurezza dello Stato, passibile di pena di morte". Mons. Orsenigo nel suo Rapporto cercò di minimizzare l'accaduto, come se si trattasse di un incidente diplomatico di poco conto: chi lo leggeva capiva bene, però, che le parole del papa avevano fatto centro e che gli ambienti governativi e diplomatici tedeschi erano irritati con la Santa Sede. I dirigenti del *Reich*, infatti, interpretarono il radiomessaggio come un attacco frontale contro il nazismo. Certamente ad essi non era sfuggito il riferimento che il papa faceva nel suo discorso alla persecuzione e al massacro degli ebrei, né tanto meno il fatto che, denunciando tale massacro, egli aveva apertamente "ripudiato il nuovo ordine europeo del nazionalsocialismo", come recita un rapporto dell'Ufficio Centrale per la Sicurezza del *Reich* del 22 gennaio del 1943. Sempre secondo tale Rapporto, il discorso del papa si presentava come "un lungo attacco a tutto ciò che rappresentiamo": "Dio guarda a tutti i popoli e a tutte le razze come se fossero meritevoli della stessa considerazione. E' chiaro che parla a nome degli ebrei [...]. Qui egli, virtualmente, accusa il popolo tedesco di ingiustizia nei riguardi degli ebrei e si fa portavoce dei crimini di guerra ebrei"[40].

Il Governo del *Reich* non rimase inattivo e considerò una provocazione aperta il contenuto del messaggio del papa: il ministro degli Esteri, J. Von Ribbentrop, incaricò l'ambasciatore tedesco presso la Santa Sede di comunicare a Pio XII il suo pensiero: "da alcuni sintomi parrebbe – dice il comunicato – che il Vaticano sia disposto ad abbandonare il suo normale atteggiamento di neutralità e a prendere posizioni contro la Germania. Sta a voi informarlo che in tal caso la Germania non è priva di mezzi di



rappresaglia". Secondo l'ambasciatore la reazione del papa alla proposta tedesca fu serena e ferma: "Pacelli – egli scrisse – non è più sensibile alle minacce di quanto non lo siamo noi".

La testimonianza del diplomatico attesta la fermezza e la consapevolezza del papa di fronte alle minacce del Governo del *Reich*.

Nonostante il divieto posto dall'autorità tedesca alla divulgazione del radiomessaggio papale ,esso cominciò a circolare clandestinamente, non soltanto all'interno del mondo cattolico, ma anche in quello protestante. La Chiesa e la Gerarchia cattolica tedesca avevano fatto preparare una sintesi del radiomessaggio natalizio da distribuire clandestinamente a ecclesiastici e a dirigenti dei movimenti cattolici.

E' emblematica la vicenda di un radiotelegrafista ,che in quel tempo lavorava presso il quartier generale della *Wehrmacht*, il quale venuto a conoscenza del radiomessaggio natalizio ne fece una copia per sé. Successivamente a causa di un controllo di *routine* gli venne trovata quella copia,e perciò fu accusato di complottare contro la sicurezza dello Stato. Al giornalista che gli chiedeva il motivo per cui aveva corso un rischio così grande rispose semplicemente: "Ho corso quel rischio perché a quell'epoca le parole di Pio XII mi sembravano potessero incoraggiare coloro che proteggevano le popolazioni più minacciate dai nazisti,in particolare gli ebrei" [41].

#### **14. LA CHIESA E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

E' importante notare la posizione assunta dal pontefice circa la tutela dei diritti umani della persona.

Oggi la Chiesa cattolica - in particolare il Magistero papale - manifesta un protagonismo molto accentuato proprio in materia di diritti umani, di diritti fondamentali. Negli ultimi pontificati, gli interventi dei pontefici dedicati alla questione dei diritti si sono ripetuti, sono stati sempre più frequenti e vi è persino qualcuno che ritiene che la Chiesa cattolica costituisca oggi la più importante "agenzia" che, a livello planetario, si occupa della tutela, della garanzia dei diritti umani, richiamando non solo singoli Stati in cui i diritti umani sono violati alla loro osservanza, ma richiamando anche gli organismi internazionali – in primo luogo le Nazioni Unite – ad una pratica dei diritti umani più incisiva e più forte. Dunque, c'è effettivamente un protagonismo della Chiesa cattolica in materia di diritti umani e credo che per capire questo protagonismo, per cercare di rendersi conto delle ragioni e delle modalità con cui avviene, occorra porsi in una

prospettiva storica. Il percorso che la Chiesa cattolica ha assunto nei confronti dei diritti umani è un percorso molto lungo.

Nel XX° nel corso delle due guerre mondiali sono nati movimenti e regimi autoritari, che si muovevano verso il totalitarismo. Ora, questi regimi e questi movimenti hanno una caratteristica che credo vada messa in rilievo, cioè sono regimi e movimenti che pongono come criterio organizzatore della vita collettiva non l'individuo ma delle entità collettive: la Nazione, lo Stato, la Razza, la Classe. Sono le entità collettive, non i singoli, che costituiscono il criterio in base al quale occorre organizzare la convivenza civile. Ciò che è assoluto non è la tutela di sfere di autonomia di singoli, assoluto è l'interesse o la promozione di queste entità collettive, la Nazione, appunto, la Razza e così via.

Vi è una contraddizione tra questi regimi ed i diritti umani, proprio perché questi diritti sono diritti dei singoli, degli individui; i diritti dei singoli, degli individui vengono considerati subordinati, inferiori alle entità collettive che nei regimi autoritari e totalitari hanno un valore assoluto: la Nazione, lo Stato per il fascismo, la Razza per il nazismo, la Classe per il comunismo sovietico. Questi sono gli assoluti da cui discende tutta la configurazione dello stato, non la tutela dei singoli. Ed è perciò evidente che vi è qui una convergenza tra una tradizione dell'intransigentismo cattolico, diffidente verso i diritti politici e civili, e questi movimenti e regimi. La Chiesa comprende che ciò che occorre tutelare è la persona.

Nel radio-messaggio natalizio del 1944 il papa affermava: "La Chiesa ha la missione di annunciare al mondo, bramoso di migliori e più perfette forme di democrazie, il messaggio più alto e più necessario che possa esservi: la dignità dell'uomo, la vocazione alla figliolanza di Dio. Il mistero del Santo Natale proclama questa inviolabile dignità umana con un vigore ed una autorità inappellabile che trascende infinitamente quella a cui potrebbero giungere tutte le possibili dichiarazioni dei diritti dell'uomo".

Nel 1944 ormai si era prossimi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Dunque è evidente la testimonianza di questo brano: la dignità umana è garantita dal fatto che l'uomo è persona, cioè è costruita ad immagine e somiglianza di Dio.

Pio XII, come dimostra il radiomessaggio del '44, era sensibile alla tutela dei diritti umani. Ma ciò che colpisce è il suo silenzio sulla Dichiarazione del '48. D'altra parte, nel dicembre del 1948 le Nazioni Unite proclamano la Dichiarazione universale dei diritti

dell'uomo per fornire appunto una piattaforma di organizzazione democratica della convivenza civile che avrebbe dovuto impedire il ripetersi degli orrori dei totalitarismi, delle tragedie della seconda guerra mondiale.

Il silenzio di Pio XII è dipeso non tanto da disaccordi sui contenuti dei diritti umani, quanto sul fatto che tali diritti non hanno un (esplicito) fondamento teista. E' interessante notare l'atteggiamento della Chiesa cattolica nei confronti della Dichiarazione Universale del '48. Infatti, già da tempo essa aveva difeso i diritti umani contro i vari totalitarismi del XX secolo, e non va dimenticato, inoltre, che - diversamente da quella dell'89 - la Dichiarazione Universale include anche i cosiddetti diritti di "*seconda generazione*", ossia quelli riguardanti l'aspetto economico-sociale che coinvolge e impegna la collettività, mostrando così (almeno implicitamente) di riconoscere la relazionalità dell'uomo. Questi diritti di *seconda generazione* sono stati sollecitati principalmente dai movimenti socialisti e comunisti, che hanno messo in luce che le libertà civili non possono essere esercitate in assenza di adeguate condizioni di vita materiale, ma tali diritti sono stati anche prontamente sostenuti dal pensiero cattolico, che non a caso oggi difende la cosiddetta "indivisibilità" dei diritti dell'uomo.

Il silenzio di Pio XII sarebbe quindi dipeso non nella contrarietà ai contenuti della Dichiarazione universale, ma dal fatto "che tale documento non fa riferimento alla fondazione teista di tali diritti, cioè alla matrice religiosa della dignità dell'uomo". Tale aspetto, a sua volta, è conseguenza forse più del peculiare "contesto politico del dopoguerra", unito forse all'ardente desiderio di non creare inutili divisioni e di giungere ad una base minima comune valida per tutti, che non da un reale intendimento a sostenere tale negazione. Resta comunque che la "mancanza" del fondamento (teista) dei diritti umani costituisce una grave difficoltà, dal momento che "senza la formulazione esplicita del fondamento, i diritti dell'uomo possono arrivare facilmente a una perdita di validità e all'erosione del loro valore perché senza un'antropologia positiva di supporto ... si rischia di far perdere loro universalità e incondizionalità".

#### BIBLIOGRAFIA

- [1] R. J. RYCHLAK, *Hitler ,the war and the Pope*, Our Sunday visitor, 2010 , p. 108
- [2] R. MC INERMY, *The defamation of Pius II*, St. Augustine's ,Press,South Bend (Indiana),2001,p.38
- [3] LAPIDE, *Three popes and the Jews*, Hathorn books, New York, 1967 ,p. 176
- [4] HESEMANN ,*Pio XII*, Edizioni Paoline, Milano, 2009, p. 177
- [5] H. A. JACOBSEN,*Der Weg zur Teilung der Welt*,Koblenz,1977, pp 23-26

- [6] A. TORNIELLI, *Pio XII*, Mondadori, Milano, 2008, p. 341
- [7] *Documenti del Foreign Office* presso il *Public Record Office*, Kew (Gran Bretagna), 800/318/6
- [8] R.A. GRAHAM, *Spie naziste attorno al Vaticano durante la seconda guerra mondiale*, in *Civ. Catt.*, 121 (1970), I, pp. 21-31
- [9] G.SALE, *Hitler, la Santa Sede e gli ebrei*, Jaka book, Milano, 2004, p.259
- [10] R. J.RYCHLAK, *Comments on Susan Zuccotti's Under his very windows*, *Journal of modern italian studies*, VII,2,estate 2000,p. 227
- [11] D. DALIN, *Pius XII and the Jews*, *Weekly standard*, 26 febbraio 2001, p. 34
- [12] M. MARCHIONE, *Consensus and controversy: defending pope Pius XII*, Paulist press, Mahwah (New Jersey), 2001, p. 48
- [13] D. DALIN, *Pius XII and the Jews*, *Weekly Standard*, 2001, p.35
- [14] R. J. RYCHLAK, *Hitler, the war and the pope*, cit., p.264
- [15] D.DALIN, *La leggenda nera del papa di Hitler*, Piemme, Milano, 2008, p.126
- [16] A. SPINOSA, *Pio XII*, Mondadori, Milano, 1992, p. 231
- [17] D. DALIN, *La leggenda nera del papa di Hitler*, cit., p.129
- [18] P. LAPIDE, *Three popes and the Jews*, Hawthorn books, New York, 1967, p. 266
- [19] A.VON TEUFFENBACH, *Pio XII*, Edizioni art, Roma, 2008, p.167
- [20] La notte tra il 9 e il 10 novembre del 1938 è comunemente nota come la "Notte dei Cristalli"
- [21] P.LONGERICH, *Politik der Vernichtung: eine Gesamtdarstellung der nationalsozialistischen Judenverfolgung*, Munchern, 1998, p. 197
- [22] G.SALE, *Hitler, la Santa Sede e gli ebrei*, cit, p. 192
- [23] MICCOLI, *I dilemmi e i silenzi di Pio XII*, Milano, 2000, p.84
- [24] ADSS, vol. VIII, p. 687
- [25] MICCOLI, *I dilemmi e i silenzi di Pio XII*, bit, pp.337-431
- [26] P. LEHNERT, *Ich durfte Ihm Dienen: Erinnerungen an Papst Pius XII*, pp. 148-149
- [27] M. HESEMANN, *Pio XII: il papa che si oppose a Hitler*, Edizioni Paoline, Milano, 2009, p.243
- [28] M. HESEMANN, *Pio XII: il papa che si oppose a Hitler*, cit, p.239
- [29] ADSS, vol. VIII, p. 453
- [30] *Jewish Historian Praises Pius XII's Wartime Conduct*, *Zenit*, 26 ottobre 2000
- [31] ACC, *Diario delle consulte*, 27 dicembre 1943
- [32] D. DALIN, *Pius XII and the Jews*, cit., p.36
- [33] G. MICCOLI, *I silenzi e i dilemmi di Pio XII*, cit, p. 345
- [34] Superfluo, credo, rilevare che frasi come questa erano del tutto ovvie nell'insegnamento cristiano. La questione sta nel fatto che venissero tranquillamente ripetute in quel contesto, senza comprendere il significato che quelle parole potevano assumere in un contesto così tragico. Indizio questo di come nel profondo ci si sentisse "non responsabili" e in qualche modo "non coinvolti" in quelle persecuzioni, di come quelle persecuzioni non apparissero un fatto eccezionale, tale da distaccarsi da quanto era finora accaduto e stava accadendo.
- [35] Berning registrava nei suoi appunti l'interruzione totale delle notizie da certe località dove gli ebrei erano stati concentrati, l'altissima mortalità di altre, la scomparsa di interi convogli, le fucilazioni di massa.
- [36] L'insistenza a parlare pubblicamente, variamente motivata da parte delle persone e dei gruppi coinvolti nell'opera di soccorso agli ebrei o comunque attenti alle loro sorti, si concentra in quei mesi dell'estate del 1943 soprattutto sulla difesa dei matrimoni misti e dei c.d. "Mischlinge", dei figli e dei discendenti di tali unioni. E' una sorta di appello a salvare il salvabile, ma anche il richiamo ad una questione che i vescovi non potevano non sentire di loro specifica competenza, perché riguardava sovente cattolici e matrimoni cattolici; né manca del resto la sollecitazione a denunciare insieme le violenze e le atrocità

commesse contro gli ebrei in generale.

[37] *Messaggio natalizio del Santo Padre Pio XII a tutti i popoli per una pace giusta e duratura*, in *Civ. Catt.*, 1942 I p. 82

[38] *Messaggio natalizio del Santo Padre Pio XII a tutti i popoli per una pace giusta e duratura*, in *Civ. Catt.*, 1942, I, p. 90

[39] *Allocuzione natalizia del Santo Padre al Sacro Collegio e alla Prelatura romana*, in *Civ. Catt.*, 1942 I 9

[40] Citato in A. RHODES, *Il Vaticano e le dittature: 1922-1945*, Milano, p. 283

[41] *Les soldat allemand puni pour avoir diffusè le message de Pie XII*, in *La Croix*, 21 mars 2012

# LE IMPOSTE INDIRETTE: IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ.

---

*Le imposte sono prelievi coattivi finalizzati al soddisfacimento di un interesse pubblico e rilevano al fine di contribuire alle spese che la Pubblica Amministrazione è chiamata a sostenere per l'adempimento delle proprie funzioni.*

---

**Daniela Mendola** - Pubblicazione, mercoledì 15 marzo 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

**Sommario:** 1. Il prelievo coattivo; 2. In particolare. Le imposte indirette; 3.L'imposta sul valore aggiunto; 4. Conclusioni.

## 1. Il prelievo coattivo

I tributi sono prelievi coattivi di ricchezza effettuati dallo Stato o da altro ente pubblico per il soddisfacimento di un pubblico interesse. Essi si distinguono in: imposte, tasse e contributi. L'imposta è un *quantum* che il contribuente è tenuto a corrispondere allo Stato *ex lege*, al maturare di un determinato presupposto che fa sorgere l'obbligo contributivo. Le imposte non trovano giustificazione in una prestazione di servizi da parte dello Stato e sono dovute a prescindere, per la sola circostanza che la Pubblica Amministrazione per l'adempimento delle funzioni che le competono necessita di entrate che riceve dai cittadini. Diversamente da quanto accade per le tasse. Si tratta di somme che il contribuente corrisponde a fronte di un determinato servizio ovvero al fine di ottenere un beneficio. Si configura una vera e propria correlatività tra la somma di denaro e il servizio reso. A differenza delle imposte soggacenti al principio del sacrificio; le tasse sono sorrette dal principio del beneficio.

Quanto, infine, ai contributi essi sono somme che il contribuente versa nel proprio interesse.

Le imposte si compongono di tre elementi: presupposto d'imposta, base imponibile e aliquota.

Il presupposto d'imposta è un fatto economico che determina il sorgere dell'obbligazione tributaria e la debenza o meno delle somme da parte del contribuente; la base imponibile

rappresenta *il quantum debeatur* e, infine, l'aliquota è il coefficiente in percentuale che va applicato alla base imponibile per determinare l'imposta lorda. Tra gli elementi costitutivi dell'imposta è da rinvenirsi anche il cd. soggetto passivo. Si tratta del soggetto inciso dal tributo, tenuto all'adempimento dell'obbligazione e che, in mancanza, sarà sottoposto all'esecuzione forzata.

Il legislatore ha previsto un minimo legale al di sotto del quale il soggetto è esente dal pagamento delle imposte al fine di evitare un atteggiamento vessatorio nei confronti di quanti si trovino in situazioni di difficoltà economica e, non maturando redditi sufficienti per contribuire alle spese dello Stato, ne sono esentati.

## **2. In particolare. Le imposte indirette.**

Le imposte si distinguono in: imposte dirette e imposte indirette. Le imposte dirette [1], sono imposte che colpiscono una diretta e attuale capacità contributiva. Operano in ossequio al principio di uguaglianza e sono finalizzate a favorire una redistribuzione della ricchezza e ridurre la distanza sociale tra i cittadini. Le imposte dirette soggiacciono al principio di progressività. Ovvero all'aumentare della ricchezza del contribuente aumenta l'imposta da questi dovuta allo Stato. E' imposta diretta per eccellenza l'Irpef, che presenta quale presupposto d'imposta il reddito e opera per scaglioni: l'aliquota d'imposta aumenta all'aumentare della base imponibile. E' da considerarsi anche un'imposta personale perché tiene conto delle condizioni personali e familiari del contribuente, incidendo in misura minima e minore sui contribuenti economicamente meno abbienti.

L'altra categoria di imposte sono le imposte indirette. Esse colpiscono un'indiretta e mediata capacità contributiva. Operano in ossequio al principio di proporzionalità. Vanno applicate in modo proporzionale al presupposto d'imposta. Imposta indiretta per eccellenza è l'imposta di registro che colpisce l'atto oggetto del trasferimento di ricchezza ed è ad esso proporzionale. Non considera le condizioni personali del contribuente perché il presupposto d'imposta, nel caso di specie l'atto, fa da schermo alla capacità contributiva del contribuente.

## **3. L'imposta sul valore aggiunto**

L'Iva [2], acronimo di imposta sul valore aggiunto, è un'imposta indiretta disciplinata dal Dpr. 633/72. Si tratta di un'imposta comunitaria e, altrimenti considerata, un tributo armonizzato [3]. Nasce con l'intento di uniformare la tassazione dei consumi nei Paesi



facenti parte dell'Unione Europea. L'art. 1 del Dpr 633/72 testualmente dispone che "l'imposta sul valore aggiunto si applica sulle cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese o nell'esercizio di arti e professioni e sulle importazioni da chiunque effettuate". Da quanto predetto si evince la sussistenza di tre presupposti: un presupposto soggettivo, un presupposto oggettivo e un presupposto territoriale.

Il presupposto soggettivo è da rinvenirsi nell'imprenditore ovvero esercente arte o professioni. Per esercizio di imprese deve intendersi l'esercizio, ancorchè non esclusiva, delle attività commerciali e agricole di cui agli art. 2135 e 2195 del codice civile, anche se non organizzate in forma di impresa, nonché l'esercizio di attività organizzate in forma di impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c. In altre parole si tratta dell'imprenditore cui si applica la disciplina civilistica. Per esercizio di arti e professioni si intende l'esercizio per professione abituale, ancorchè non esclusiva, di qualsiasi attività di lavoro autonomo da parte di persone fisiche ovvero da parte di società semplici o di associazioni senza personalità giuridica costituite tra persone fisiche per l'esercizio in forma associata delle attività stesse. In particolare *"in tema d'IVA, è soggetto passivo chiunque eserciti un'attività economica che, ai sensi dell'art. 4 della direttiva n. 77/388/CE, oggi sostituito dall'art. 9 della direttiva n. 112/2006/CE, come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, comprende ogni operazione di "sfruttamento" del bene, da intendersi come possibilità di trarre da esso in modo stabile un'utilità sotto forma di corrispettivo, mentre non integra presupposto impositivo la "redditività" dell'attività (Nella specie, la S.C. ha ritenuto dovesse considerarsi soggetto passivo dell'IVA un comune il quale ritraeva una stabile utilità, sotto forma di corrispettivo, dalla concessione della rete locale del gas). (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Toscana, 27/01/2009)[4].* Ciò che rileva, dunque, è l'utilità del bene ovvero la sua produttività. Deve trattarsi di un' idoneità del bene a produrre in modo abituale un'utilità.

Il presupposto oggettivo è rappresentato dalla cessione di beni ovvero prestazioni di servizi ed, infine, il presupposto territoriale atteso che la cessione di beni o prestazioni di servizi devono essere avvenute nel territorio dello Stato. Qualora il contribuente abbia eseguito il pagamento e, questo risulti non dovuto per assenza del presupposto della territorialità avrà diritto al rimborso. In particolare *"in tema di rimborso d'IVA, nel caso in cui il contribuente abbia erroneamente versato l'imposta non dovuta per carenza del presupposto della territorialità, il termine entro il quale va avanzata la richiesta di*

*rimborso è quello biennale, previsto dall'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, e decorre dal momento in cui è stato effettuato il versamento in quanto l'errore in cui il contribuente è incorso legittima l'immediato esercizio del diritto al rimborso, non ostandovi preclusione alcuna.* (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna, 21/09/2009)[5]. La norma in chiusura lascia ampio margine alle importazioni da chiunque effettuate[6].

L'Iva [7] è un'imposta sugli affari, neutrale e plurifase.

E' un'imposta [8] sugli affari perché colpisce le operazioni economiche. E' un'imposta neutrale perché non vi è coincidenza tra il soggetto inciso e il soggetto percosso. L'articolo 18 del Dpr. 633/72 espressamente prevede che "il soggetto che effettua la cessione di beni o prestazione di servizi imponibile deve addebitare la relativa imposta, a titolo di rivalsa, al cessionario o al committente". In altri termini, l'Iva[9] pagata a monte dal cedente o esercente viene addebitata al cessionario o al committente cosicché essa risulti "neutrale" per il soggetto passivo e colpisca il consumatore finale che non ha possibilità alcuna di detrarre l'Iva [10].

Si tratta, infine, di un'imposta plurifase perché colpisce tutte le operazioni economiche poste in essere fino a quando il servizio non viene reso al consumatore finale che non potrà detrarre l'imposta.

#### **4. Conclusioni.**

Le imposte, siano esse dirette o indirette, rappresentano un apporto che il contribuente è chiamato a fornire in virtù di un principio di "solidarietà" di cui all'articolo 2 della Carta Costituzionale. Il cittadino contribuente adempie all'obbligazione nella consapevolezza che le spese che la Pubblica Amministrazione è chiamata a sostenere mediante i contributi dei cittadini sono finalizzate al soddisfacimento dei loro interessi. E' un contributo che risponde al principio di "leale collaborazione" che governa i rapporti tra Amministrazione Finanziaria e contribuente.

#### **Note e riferimenti bibliografici**

[1] *"Una discriminazione può risultare solo dall'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe oppure dall'applicazione della stessa norma a situazioni diverse. In particolare, in materia di imposte dirette, i residenti e i non residenti non si trovano, di regola, in situazioni analoghe, in quanto il reddito percepito nel territorio di uno Stato membro da un soggetto non residente costituisce il più delle volte solo una parte del suo reddito complessivo, concentrato nel luogo della sua residenza, e in quanto la capacità contributiva personale del non*

*residente, derivante dalla presa in considerazione dell'insieme dei suoi redditi e della sua situazione personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei propri interessi personali ed economici, che corrisponde in genere alla sua residenza abituale. Pertanto il fatto che uno Stato membro privi un soggetto non residente di talune agevolazioni fiscali che concede al residente non è di regola discriminatorio, tenuto conto delle differenze obiettive tra la situazione dei residenti e quella dei non residenti per quanto attiene sia alla fonte dei redditi sia alla capacità contributiva personale sia, inoltre, alla situazione personale e familiare. Potrebbe sussistere discriminazione ai sensi del Trattato FUE tra residenti e non residenti solo se, nonostante la loro residenza in Stati membri differenti, fosse accertato che, tenuto conto dell'oggetto e del contenuto delle disposizioni nazionali pertinenti, le due categorie di soggetti passivi si trovano in una situazione analoga”* (Sentenza della Corte di Giustizia, Prima Sezione, del 9 febbraio 2017 - ECLI identifier: ECLI:EU:C:2017:102)

[2] Corte giustizia Unione Europea Sez. IV, 15/02/2017, n. 592/15 in *Pluris* “l’articolo 13, parte A, paragrafo 1, lettera n), della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, che prevede l’esenzione di «talune prestazioni di servizi culturali», dev’essere interpretato nel senso che esso non è dotato di efficacia diretta per cui, in assenza di trasposizione, tale disposizione non può essere direttamente invocata da un organismo di diritto pubblico o da un altro organismo culturale riconosciuto dallo Stato membro interessato, che fornisca prestazioni di servizi culturali”.

[3] Ha la funzione di uniformare l’imposta negli Stati membri, per uniformare il valore delle attività economiche.

[4] Cass. civ. Sez. V, 09/08/2016, n. 16734 in *Pluris*.

[5] Cass. civ. Sez. V, 08/07/2016, n. 13980 in *Pluris*.

[6] Per le importazioni il legislatore non ha approntato alcune limitazioni fornendo una generica indicazione.

[7] Cass. civ. Sez. V, 28/09/2016, n. 19115 in *Pluris* “in tema d’IVA, ai fini del rimborso dell’eccedenza d’imposta, è sufficiente la manifestazione di volontà mediante la compilazione, nella dichiarazione annuale, del quadro “RX4”, sebbene non accompagnata dalla presentazione del modello “VR”, che costituisce solo un presupposto per l’esigibilità del credito, sicché, anche in caso di cessazione d’attività, nella quale non è possibile portare in detrazione l’eccedenza l’anno successivo, una volta esercitato tempestivamente in dichiarazione il diritto al rimborso, non è applicabile il termine biennale di decadenza, previsto dall’art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, ma solo a quello ordinario di prescrizione decennale, di cui all’art. 2946 c.c. (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Lombardia, 20/04/2012)”.

[8] Cass. civ. Sez. V, 31/05/2016, n. 11344 in *Pluris* “ai sensi dell’art. 51 della legge 21 novembre 2000, n. 342, “non è da intendere rilevante ai fini dell’imposta sul valore aggiunto, neppure agli effetti delle limitazioni del diritto alla detrazione, la cessione nei confronti dei comuni di aree o di opere di urbanizzazione, a scomputo di contributi di urbanizzazione o in esecuzione di convenzioni di lottizzazione”, secondo una disciplina che si giustifica in ragione del rilievo che la cessione di aree per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, conclusa in attuazione di una convenzione di lottizzazione, costituisce modalità alternativa all’assolvimento dell’obbligo di pagamento degli oneri di urbanizzazione e non è, pertanto, un’operazione imponibile ai fini dell’IVA; del resto, la convenzione di lottizzazione ha natura di contratto con oggetto pubblico e di accordo endo-procedimentale, strumentale al conseguimento dell’autorizzazione urbanistica o edilizia, per cui manca il rapporto sinallagmatico tra i contraenti, presupposto dell’IVA anche per il diritto comunitario, non essendovi alcun nesso d’interdipendenza contrattuale tra cessioni immobiliari, opere di urbanizzazione, prestazioni e contributi vari”.

[9] Cass. civ. Sez. V, 16/03/2016, n. 5172 in *Pluris* “in tema di IVA, deve tenersi distinta la domanda di rimborso o restituzione del credito d'imposta maturato dal contribuente - da considerarsi già presentata con compilazione nella dichiarazione annuale del quadro relativo che configura formale esercizio del diritto - rispetto alla presentazione altresì del modello apposito (VR), che costituisce - ai sensi dell'art. 38-bis, co. 1, D.P.R. n. 633 del 1972 - solo presupposto per l'esigibilità del credito e, dunque, adempimento per dar inizio al procedimento di esecuzione del rimborso. Ne consegue che, una volta esercitato tempestivamente in dichiarazione il diritto al rimborso, esso non può considerarsi assoggettato al termine biennale di decadenza previsto dall'art. 21 del D.Lgs. n. 546 del 1992, ma solo a quello di prescrizione ordinario decennale ex 2946 cod. civ”.

[10] Cass. civ. Sez. VI - 5 Ordinanza, 27/06/2016, n. 13235 in *Pluris* “l'allineamento della disciplina agevolata sulla prima casa in materia di IVA a quella dell'imposta di registro, che ha introdotto una diversa definizione dei requisiti oggettivi delle case di abitazione, per il cui acquisto a titolo oneroso è possibile usufruire di un'aliquota ridotta, ancorandola solo alla esclusione della categoria catastale A1, A8 e A9, non può trovare applicazione per gli atti negoziali anteriori al 1° gennaio 2014. Ciò tuttavia non impedisce alla disposizione di spiegare effetti ai fini sanzionatori, posto, che, proprio in ragione della disposizione sopravvenuta, la condotta che prima integrava una violazione fiscale non integra più il presupposto per l'irrogazione della sanzione”.

# IL DIRITTO DEL NATO DA PARTO ANONIMO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI

*Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1946 del 25 gennaio 2017, sono intervenute in tema di parto anonimo, risolvendo il contrasto esistente nella giurisprudenza, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013.*

**Simona Iachelli** - Pubblicazione, giovedì 16 marzo 2017  
Redattore: Valeria Lucia

**Sommario:** 1. La disciplina del parto anonimo. 2. Il carattere fondamentale del diritto a conoscere le proprie origini e il problema del suo contemperamento con il diritto della madre a rimanere anonima. 3. Il caso. 4. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

## 1. La disciplina del parto anonimo.

L'Italia, così come la Francia, è uno dei pochi Paesi europei che prevede l'istituto del "parto anonimo", uno strumento volto a garantire alla donna di poter partorire non clandestinamente, ma in condizioni sanitarie adeguate, senza dover subire l'automatica costituzione del vincolo giuridico di filiazione.

In particolare, a livello nazionale, il quadro normativo che disciplina il parto anonimo si fonda sull'**art. 28, comma 7, della Legge 4 maggio 1983, n. 184** (cosiddetta **Legge sull'adozione**), che si inserisce in un contesto normativo di più ampia portata volto a disciplinare il tema dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine. (1)

La scelta di fondo da cui muoveva il legislatore di allora era quella di configurare per l'adottato una nuova famiglia da sostituire in toto a quella di origine per cui era indispensabile non solo recidere qualsiasi legame giuridico e biologico del minore con la famiglia d'origine, ma segretare qualsivoglia informazione circa l'identità dei genitori biologici.

Tale scelta era giustificata dall'obiettivo principale di preservare la serenità del minore e dei nuovi genitori adottivi da possibili interferenze esterne dei genitori biologici nella convinzione che il rapporto di filiazione - e quindi anche quello adottivo per il principio

della *imitatio naturae* -, dovesse fondarsi sul carattere di esclusività del modello genitoriale (2)

Successivamente, la Legge n. 149/2001 (3), modificando l'art. 28 della l. n. 184/1983, ha riconosciuto il diritto di accesso alle informazioni dell'adottato. In particolare, si è stabilito il diritto dell'adottato di essere informato del suo status e il dovere dei genitori adottivi di informarlo, nonché il diritto dell'adottato che abbia raggiunto il venticinquesimo anno di età di accedere, previa autorizzazione del Tribunale, alle informazioni che riguardano le proprie origini e l'identità dei propri genitori biologici.

Con una nuova disposizione del 2003 (4), **il diritto dell'adottato alle informazioni viene invece escluso nel caso in cui la madre biologica abbia deciso di rimanere anonima**, con conseguente preclusione, irreversibile e senza eccezioni, alla conoscibilità del rapporto genitoriale *ex latere matris*.

In tal modo, il legislatore del 2003 ha cercato di operare un raccordo con la disciplina sulla raccolta e divulgazione dei dati sensibili. La norma in rilievo è l'art. 93 del Codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), il quale, pur garantendo la riservatezza dell'anonimato materno quanto al profilo della identificazione della partoriente, diversifica la disciplina a seconda della natura delle informazioni da richiedere in sede di accesso, qualora la madre biologica abbia dichiarato di non voler essere nominata.

Pertanto, a differenza della legge sull'adozione, nella quale il divieto di informazioni appare assoluto e trasversale ove ricorra la scelta del parto anonimo, la legge in materia di protezione dei dati personali opera una distinzione tra dati (informazioni) identificativi della partoriente e le "altre" informazioni cui l'adottato avrebbe comunque diritto di accedere. Si tratta di informazioni relative alla nascita ed alla salute che non permettono l'identificazione della partoriente e che possono essere reperite tramite l'accesso alla cartella clinica e al certificato di assistenza al parto (ora sostituito dall'attestazione di nascita).

In definitiva, la legge esclude il diritto dell'adottato alle informazioni nel caso in cui la madre biologica abbia deciso di rimanere anonima, consentendo all'adottato adulto l'accesso cosiddetto "semplificato" alle informazioni sulle proprie origini, purché la stessa non sia identificabile.

La possibilità per la madre di rimanere anonima, dichiarandolo al momento del parto, è

una soluzione minoritaria in Europa e rappresenta l'eccezione alla regola per cui il vincolo di filiazione materna sorge automaticamente per il solo fatto della nascita.

Tale soluzione è giustificata dall'esigenza di tutelare tanto il diritto alla vita del nascituro quanto il diritto alla salute della madre, evitando le interruzioni di gravidanza e gli abbandoni dei neonati e favorendo l'utilizzo di strutture sanitarie adeguate per il parto.

**Al diritto all'anonimato della madre, tuttavia, si contrappone il diritto a conoscere le proprie origini del figlio**, che rischia comprovate ripercussioni psicologiche dalla totale assenza di informazioni al riguardo.

## **2. Il carattere fondamentale del diritto a conoscere le proprie origini e il problema del suo contemperamento con il diritto della madre a rimanere anonima.**

Il **diritto a conoscere le proprie origini** sorge e riceve forma all'interno del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nazionale ed europeo, che prende avvio dall'idea in virtù della quale il bambino non è più posto su un piano di inferiorità rispetto agli adulti, ma è considerato persona in formazione e, in quanto tale, oggetto di una significativa attenzione da parte del diritto.

Tale diritto trova fondamento, sul piano internazionale, negli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che sanciscono il diritto del figlio di conoscere, nella misura del possibile, i propri genitori (art. 7), considerato quale presupposto necessario per la costruzione dell'identità personale (art. 8), nonché nell'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 1993, che prevede l'obbligo per gli Stati firmatari di conservare con cura le informazioni che detengono sull'origine del bambino, in particolare, quelle relative all'identità della madre e del padre e di assicurare l'accesso del figlio o del suo rappresentante legale a tali informazioni, nella misura in cui sia consentito dalle leggi dello Stato. A tali fonti si aggiunge la Raccomandazione "per il rispetto dei diritti del bambino nell'adozione internazionale", con cui l'Assemblea del Consiglio d'Europa invita gli Stati ad "assicurare il diritto dei bambini adottati a sapere delle proprie origini al più tardi al raggiungimento della maggiore età ed eliminare dalla legislazione nazionale ogni clausola contraria".

La giurisprudenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo** ha svolto un ruolo fondamentale nella costruzione e nel riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini. In particolare, le pronunce con le quali la Corte ha contribuito a delineare il contenuto del diritto in esame sono state rese nel caso **Odièvre c. Francia** (5) e nel



caso **Godelli c. Italia** (6).

In entrambi, l'aspirazione del figlio adottato a conoscere l'identità della madre biologica si scontra con la volontà di quest'ultima di rimanere nell'anonimato.

In particolare, nel caso Odièvre, la Corte di Strasburgo ha salvato la legislazione francese in ragione della reversibilità del segreto materno. A giudizio della Corte, infatti, l'ordinamento francese ha stabilito un equilibrio tra la tutela dell'anonimato della madre biologica e la domanda della figlio concernente le proprie origini, in quanto consente al medesimo di sollecitare, tramite un organo *ad hoc*, la rimozione del segreto sull'identità della propria madre, una volta ottenutone il consenso.

In tal modo, la Corte fornisce un'interpretazione molto chiara delle caratteristiche che la normativa sul parto anonimo dovrebbe avere per essere conforme all'art. 8 della Convenzione, precisando che il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, riconosciuto quale aspetto fondante dell'identità personale, va temperato con il diritto della madre all'anonimato.

La Corte Costituzionale italiana, adita sulla disciplina del parto anonimo nel 2005 (7), ha mostrato tuttavia di non aver recepito l'orientamento della Corte europea: questo atteggiamento, unito all'inattività del legislatore, ha condotto nel 2012 alla condanna dell'Italia (sentenza *Godelli c. Italia*) per il fatto di accordare una preferenza incondizionata alla madre che vuole rimanere anonima.

Ad un anno di distanza, tenendo conto stavolta della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte Costituzionale, con la **sentenza n. 278/2013**, ha modificato la sua posizione, dichiarando la **parziale incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, L. n. 184/1983, che preclude *tout court* al figlio l'accesso alle informazioni sulla madre che ha scelto di partorire nell'anonimato.**

In particolare, **la norma contrasta con i principi costituzionali nella parte in cui non prevede la reversibilità della scelta, mancando nella disciplina italiana una procedura di verifica dell'attuale volontà della madre**, quale la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione.

Secondo l'interpretazione della Consulta, il diritto all'anonimato della madre e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini rappresentano valori costituzionali di primario rilievo. Il primo, quello della madre all'anonimato, si fonda sull'esigenza di

salvaguardare i beni primari della vita e della salute della madre e del neonato, che possono essere posti in pericolo da qualsiasi perturbamento, derivante da situazioni più disparate (personali, sociali, culturali, ambientali e così via), più che sulla preoccupazione di tutelare il suo diritto alla riservatezza. Il secondo, ossia il diritto del figlio a conoscere le proprie origini fa parte del diritto all'identità personale e contribuisce all'armonico sviluppo della personalità, costituendo un *“elemento significativo del sistema costituzionale della persona, come pure riconosciuto in varie pronunzie della Corte europea dei diritto dell'uomo”*,

Per effetto delle modalità di realizzazione, tali diritti incidono l'uno sull'altro, al punto che l'ambito della tutela del diritto all'anonimato della madre non può non condizionare, in concreto, il soddisfacimento dell'opposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origine e viceversa.

Pertanto, la Corte Costituzionale, accogliendo l'impostazione della Corte europea, ha ritenuto che **la soluzione del difficile contemperamento tra i due diritti** in gioco non è rappresentata dalla totale ablazione del diritto della madre, bensì dalla **reversibilità della scelta**. A tal fine, dichiara incostituzionale la normativa italiana nella parte in cui sembra prefigurare una sorta di cristallizzazione o di immobilizzazione, allorché prevede che la manifestazione di volontà prestata una sola volta al momento del parto assuma connotati di irreversibilità tali da espropriare sostanzialmente la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione.

Le considerazioni svolte mettono in luce un'ulteriore questione, oggetto di confronto tra i giudici di merito e di legittimità, concernente **l'opponibilità o meno al figlio dell'anonimato dopo la morte della madre**.

La Cassazione ha più volte affermato che l'anonimato materno di una donna non ha alcuna rilevanza dopo la sua morte.

La decisione sull'irrelevanza dell'anonimato materno, dopo la morte, infatti, si basa sulla diversa posizione dell'anonimato, prima del parto, quando la donna sceglie tra l'aborto e il parto anonimo. Prima della nascita è in gioco il suo diritto alla vita e quello del figlio, mentre, dopo la nascita del figlio, l'anonimato ha la sola funzione di proteggere la donna dalle conseguenze sociali e giuridiche che verrebbero a ripercuotersi sulla persona della madre, fino al termine della vita. Dopo la morte, la donna non può più decidere se revocare la sua scelta di rimanere anonima in relazione al venir meno di quell'esigenza di

protezione che le ha consentito la personale soluzione finora tutelata dall'ordinamento, anche se in contrasto con la responsabilità genitoriale. Poiché dopo la morte non c'è più il soggetto da tutelare non si comprende perché impedire al figlio che non ha conosciuto, né è stato allevato dalla madre, di poter identificare il genitore materno, anche se è stato inadempiente rispetto ai suoi doveri genitoriali. (8)

Secondo la Corte, la *ratio* del venir meno del diritto all'anonimato materno dopo la morte va ravvisata nell'irreversibilità del segreto. La donna che ha scelto l'anonimato può cambiare idea su richiesta del figlio o spontaneamente. Il diritto alla reversibilità del segreto viene, però, a cessare con la morte della madre e, pertanto, non può ritenersi operativo oltre il limite della sua vita, perché la conseguenza della morte della madre che ha partorito in anonimo sarebbe quella di reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l'anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale.

La Corte di Cassazione, sulla base delle argomentazioni sostenute dalla Corte europea e dalla Corte Costituzionale, ha ritenuto **illegittima la tutela dell'anonimato oltre la vita della madre**, in virtù dei principi costituzionali, nonché dei diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., e le Convenzioni di New York e dell'Aja.

### 3. Il caso.

La Suprema Corte di Cassazione, a sezioni unite, con la **sentenza n. 1946 del 2017**, è stata chiamata a pronunciarsi sul delicato tema relativo al **diritto del figlio nato da parto anonimo a conoscere le proprie origini**. Tale intervento è stato determinato dalla richiesta del pubblico ministero intervenuto in un procedimento nel corso del quale un soggetto – **figlio adottivo nato da madre anonima - aveva fatto istanza al Tribunale competente di attivare le procedure per interpellare la propria madre biologica sulla sua volontà** di mantenere l'anonimato o, viceversa, di voler rivelare la propria identità al figlio. Il Tribunale, come la Corte d'appello, avevano rigettato la richiesta del figlio, sulla base della sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013.

In particolare, **la richiesta sottoposta all'esame delle Sezioni Unite pone la questione se la sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013** - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in parte qua, dell'*art. 28, comma 7, L. n. 184 del 1983* - **rimetta la sua stessa efficacia ad un successivo intervento del legislatore** recante la disciplina del procedimento di interpello riservato, in assenza della quale il giudice di

merito, sollecitato dal figlio interessato a conoscere i suoi veri natali, non potrebbe procedere a contattare la madre per verificare se intenda tornare sopra la scelta per l'anonimato fatta al momento del parto; o se, al contrario, il principio somministrato dalla Corte con la citata pronuncia, in attesa dell'organica e compiuta normativa da parte del Parlamento, si presti ad essere tradotto dal giudice comune in regole sussidiariamente individuate dal sistema, ancorché solo a titolo precario.

Nel caso di specie, secondo i giudici di merito (Corte d'appello di Milano), in attesa dell'intervento legislativo e in presenza della espressa previsione, da parte della Corte Costituzionale, di una riserva di legge sul procedimento di interpello riservato della madre anonima, non sarebbe consentita al giudice un'attività giurisdizionale surrogatoria volta a dare immediata attuazione ai diritti costituzionali dei soggetti coinvolti.

Sul punto si registra un contrasto tra i giudici di merito, atteso che mentre alcuni hanno dato immediata attuazione al *dictum* della Corte, delegando il giudice relatore a verificare l'attuale volontà della madre biologica dei soggetti ricorrenti, altri (tra cui la Corte d'appello di Milano), hanno ritenuto che la sentenza della Corte Costituzionale non sia immediatamente efficace, a causa dell'esplicita riserva di legge in essa contenuta.

Per questo secondo orientamento, quindi, il *dictum* della Corte potrebbe trovare applicazione da parte degli organi della giurisdizione ordinaria solo quando si sarà trasformato in diritto positivo ad opera di una conforme regola legislativa.

#### **4. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.**

La Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto fondata la richiesta del pubblico ministero e non corretta l'interpretazione dei giudici di merito (nella specie della Corte milanese).

Secondo gli ermellini, la sentenza n. 278 del 2013 della Corte Costituzionale è una pronuncia di accoglimento che non contiene soltanto l'addizione di un principio, ma anche una regola chiara circa la possibilità d'interpello della madre da parte del giudice su richiesta del figlio.

In particolare, la Corte afferma che **il mancato intervento del legislatore non può giustificare la violazione del diritto del figlio, ormai riconosciuto mediante la declaratoria d'incostituzionalità.**

La norma dichiarata costituzionalmente illegittima – che impediva la possibilità per il figlio nato da parto anonimo di attivare un procedimento finalizzato a raccogliere l'eventuale revoca della dichiarazione originaria da parte della madre naturale – cessa di avere efficacia e non può essere più applicata dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Essa, infatti, produce gli effetti di cui *all'art. 136 Cost.* e dell'art. 30, comma 3, della *L. 11 marzo 1953, n. 87* (sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale), per cui è stata rimossa dall'ordinamento fin dalla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale. Ne discende che il giudice non può negare *tout court* al figlio l'accesso alle informazioni sulle origini per il solo fatto che la madre naturale aveva dichiarato, al momento della nascita, di voler essere celata dietro l'anonimato, perché altrimenti si finirebbe per continuare a dare applicazione al testo dell'art. 28, comma 7, della *L. n. 184 del 1983*, preesistente alla pronuncia della Corte Costituzionale.

Per effetto di tale pronuncia, la disposizione dell'art. 28, comma 7, non è rimasta identica, perché continua ad esistere nell'ordinamento con l'aggiunta di questo principio ordinatore, che fissa un punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e i diritti della madre. Questo punto di equilibrio si sostanzia nella riconosciuta possibilità per il giudice di interpellare in via riservata la madre biologica per raccogliere la sua volontà attuale quando c'è un figlio interessato a conoscere la sua vera origine, ma anche nella preferenza da accordare alla scelta della donna, perché il figlio non ha un diritto incondizionato a conoscere la propria origine e ad accedere alla propria storia parentale, non potendo ottenere le informazioni richieste ove persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

Secondo le Sezioni Unite, la riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce alla normazione primaria e quindi non esclude l'operato del giudice comune, il quale ha un ruolo costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore.

Il giudice è chiamato a individuare e dedurre la regola del caso concreto a lui sottoposto, desumendola dai testi normativi e dal sistema, di cui fa parte anche il principio vincolante dichiarato dalla Corte Costituzionale con la sentenza additiva.

In difetto di ciò, si determinerebbe un deficit di tutela riguardo a un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, mantenendo una situazione di violazione analoga a quella constatata dalla CEDU.

In definitiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione enunciano il seguente principio di diritto: *"in tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la*

*disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte Costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità".*

#### **Note e riferimenti bibliografici**

1) Art. 28, L. 4 maggio 1983 n. 184:

1. *Il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni.*

2. *Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e dell'annotazione di cui all'articolo 26, comma 4.*

3. *L'ufficiale di stato civile, l'ufficiale di anagrafe e qualsiasi altro ente pubblico o privato, autorità o pubblico ufficio debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria. Non è necessaria l'autorizzazione qualora la richiesta provenga dall'ufficiale di stato civile, per verificare se sussistano impedimenti matrimoniali.*

4. *Le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, quali esercenti la potestà dei genitori, su autorizzazione del tribunale per i minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi. Il tribunale accerta che l'informazione sia preceduta e accompagnata da adeguata preparazione e assistenza del minore. Le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e della urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore.*

5. *L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza.*

6. *Il tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritenga opportuno l'ascolto; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare che l'accesso alle notizie di cui al comma 5 non comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente. Definita l'istruttoria, il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste.*

7. *L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo.*

8. *Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irraggiungibili.*

- 2) Bianca Checchini, “ANONIMATO MATERNO E DIRITTO DELL'ADOTTATO ALLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 3, 10709;
- 3) L. 28 marzo 2001, n. 149 (in Gazz. Uff., 26 aprile, n. 96), Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante " Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori ", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile;
- 4) Art. 177 del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196;
- 5) Corte eur. Dir. Uomo, **Odièvre c. Francia** n. 42326/98, del 13 febbraio 2002, in [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr). Nel caso Odièvre, la ricorrente, abbandonata da madre avvalsasi del diritto all'anonimato, in età adulta, aveva cercato di ricostruire le sue origini, ma era venuta a conoscenza solo di informazioni parziali, fra cui la presenza di fratelli e sorelle. Impossibilitata a conoscerne l'identità, la donna si rivolgeva alla Corte europea, che giudicava ragionevole il sistema francese di bilanciamento tra il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini e quello della madre all'anonimato del parto. La legge francese infatti, basata sul principio del consenso, istituisce un ente (il CNAOP) preposto, a richiesta dell'adottato, a mettersi in contatto con la madre naturale rimasta anonima, per ricercarne il consenso a rivelare la sua identità al figlio abbandonato; solo nel caso la donna lo accetti, le sue generalità verranno rivelate, in caso contrario rimarranno sconosciute.
- 6) Corte eur. Dir. Uomo, **Godelli c. Italia**, n. 33783/09 del 25 settembre 2012, in [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr). Nel caso Godelli, la ricorrente, dopo aver attivato un iter amministrativo e giurisdizionale per avere informazioni sull'identità della madre, si vede negare tali notizie in applicazione dell'art. 28, comma 7 della l. 184/1983; adisce dunque la Corte europea per violazione del suo diritto alla vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 Cedu, in quanto tale norma ricomprende il diritto del bambino a conoscere le proprie origini, così come sancito da numerose fonti del diritto internazionale;
- 7) Corte Cost., 16 novembre 2005, n. 425 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it): la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 28, comma 7, della legge sull'adozione;
- 8) Vincenzo Carbone, “*Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*”, in *Corriere Giur.*, 2017, 1, 24;



# COMPETENZA, RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA MATRIMONIALE E DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE

*Le novità introdotte dal Regolamento (Ce) n. 2201-2003 in materia di divorzio, separazione e responsabilità genitoriale. La Commissione Europea propone di far confluire in un unico testo normativo tutta la normativa europea attuale riguardante il diritto internazionale privato del diritto di famiglia.*

Fiorella Floridia - Pubblicazione, mercoledì 22 marzo 2017  
Redattore: Giovanni Sicignano

**Sommario:** 1. Premessa: il regolamento (CE) n. 1347/2000 ed il successivo Regolamento (CE) n. 2201/2003; 2. Il Regolamento (CE) n. 2201/2003. Ambito di applicazione; 2.1. Materia matrimoniale e Responsabilità genitoriale; 2.2. La sottrazione internazionale di minori all'interno dell'Unione Europea; 2.3. Cooperazione tra le autorità centrali e le autorità giurisdizionali; 3. Prospettive di riforma.

**1. Premessa: il regolamento (CE) n. 1347/2000 ed il successivo Regolamento (CE) n. 2201/2003 in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi.**

Il regolamento è un atto giuridico dell'Unione, avente portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri. Questa la nozione di regolamento desumibile dall'articolo 288 del TFUE. Come primo elemento caratterizzante, il regolamento ha portata generale, in quanto possiede il carattere dell'astrattezza e si rivolge a categorie considerate astrattamente e nel loro insieme. Secondo elemento fondamentale è l'obbligatorietà in tutti i suoi elementi. Nessuno Stato membro può applicare un qualsivoglia regolamento in modo incompleto. L'ultimo elemento consiste nella sua diretta applicabilità in tutti i suoi elementi. Questo vuol dire che il regolamento acquista efficacia all'interno di ogni stato membro senza che sia necessario un atto di ricezione o di adattamento da parte di ogni singolo ordinamento (cosiddette norme *self-executing*). Il 29 maggio del 2000 il Consiglio dell'Unione Europea, utilizzando lo strumento del regolamento, approvava il *Regolamento (CE) n.*

1347/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (1). Nell'ultimo periodo storico, l'evoluzione registratasi nel diritto europeo della famiglia è stata notevole. Per comprendere l'evoluzione normativa in materia è opportuno un breve excursus storico. Nel linguaggio giuridico il regolamento n. 2201/2003 viene denominato "Bruxelles II". Questo denota la relativa complessità del percorso normativo attraverso il quale l'Unione Europea è giunta ad occuparsi della responsabilità genitoriale ed i problemi riguardanti gli istituti della separazione e del divorzio. La Convenzione di Bruxelles del 1968 (2) era un testo normativo che si occupava solamente di problemi di diritto processuale internazionale, fissando regole di competenza giurisdizionale e stabilendo il principio del riconoscimento automatico delle sentenze pronunciate negli Stati membri nella materia civile e commerciale. La Convenzione di Bruxelles del 1968 non si applicava tuttavia alla separazione, al divorzio, allo stato e alla capacità delle persone fisiche e quindi, in generale, alle questioni di diritto di famiglia (con l'eccezione degli assegni periodici di mantenimento). Al fine di avere una disciplina maggiormente organica in materia, gli Stati membri adottavano nel 1998 una nuova Convenzione nella quale si introducevano regole uniformi di giurisdizione in materia di nullità del matrimonio, di separazione e di divorzio e si affermava il principio per cui le sentenze pronunciate in tali materie dovevano essere immediatamente riconosciute in tutti gli Stati membri. Il regolamento in esame riprendeva il contenuto della Convenzione, riguardante le stesse materie, che il Consiglio aveva adottato il 28 maggio 1998: la Convenzione non entrò mai in vigore. La Commissione Europa presentava una proposta di trasformazione in regolamento della Convenzione del 1998. Il regolamento (CE) n. 1347/2000 si inseriva nel quadro di un progressivo ampliamento della cooperazione giudiziaria in materia civile ed entrava in vigore il 1 marzo del 2002. Nel secolo scorso la famiglia coniugale è stata per molto tempo considerata la realtà sociale assolutamente dominante, cosicché il bisogno di regolare i conflitti tra genitori al di fuori di quella realtà non era mai stato avvertito. Sullo stesso solco si inseriva la medesima concezione del figlio, inteso non come autonomo soggetto di diritti, ma quasi come una proprietà dei genitori. Nell'ultimo periodo storico la tradizionale concezione di famiglia è entrata fortemente in crisi ed anche la tendenza ad ampliare il ventaglio dei diritti del minore (tra questi, ad esempio, il diritto all'ascolto), hanno mostrato che lo storico approccio era ormai desueto ed anacronistico e per la prima volta in ambito europeo veniva adottata una disciplina che si occupava organicamente della separazione, del divorzio e della potestà dei genitori. Il IV

considerando del regolamento n. 1347/2000 affermava che “*le differenze tra alcune norme nazionali sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento ostacolano la libera circolazione delle persone nonché il buon funzionamento del mercato interno. È pertanto opportuno adottare disposizioni che consentano di unificare le norme sui conflitti di competenze in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori, semplificando le formalità per un rapido ed automatico riconoscimento delle decisioni e per la loro esecuzione*”.

Il regolamento (CE) n. 1347/2000 si occupava solamente della responsabilità dei genitori nelle sole ipotesi di azioni proposte da genitori (uniti in matrimonio) contestualmente ad una domanda di divorzio, di separazione personale o di annullamento del matrimonio.

## **2. Il Regolamento (CE) n. 2201/2003. Ambito di applicazione.**

A distanza di non meno di due anni, il 27 novembre del 2003, il Consiglio dell’Unione Europea approvava un nuovo regolamento normativo: *il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*. Il regolamento n. 2201/2003 recepisce sostanzialmente il contenuto del regolamento n. 1347/2000, per quanto attiene alle sentenze di nullità del matrimonio, di separazione e di divorzio, estendendo la normativa comunitaria a tutte le decisioni relative alla responsabilità genitoriale. Il testo normativo attualmente vigente, al pari di quello precedente, affronta però il problema della responsabilità genitoriale solo da un punto di vista processuale. Il regolamento contiene norme concernenti la competenza, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni civili di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio (“materia matrimoniale”). Esso non si occupa dei motivi di divorzio, la legge applicabile ai procedimenti di divorzio (3), né questioni accessorie quali le obbligazioni alimentari (4) e gli effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali. In relazione al campo di applicazione *ratione materiae*, il regolamento si occupa dei soli procedimenti civili, a carattere giudiziario o non giudiziario, instaurati in uno Stato membro. Ne rimangono esclusi i procedimenti riferiti ad unioni non matrimoniali, i provvedimenti che confermano il vincolo coniugale e quella parte dei procedimenti concernenti gli aspetti patrimoniali o personali che discendono dalla sentenza di scioglimento del matrimonio. Per quanto concerne i limiti *ratione personae*, due sono i titoli alternativi, che giustificano l’applicazione del regolamento in materia matrimoniale: cittadinanza (facendo riferimento al diritto nazionale di ciascuno Stato membro) e residenza dei

coniugi (nozione resa sulla base dell'ordinamento europeo).

## 2.1. Materia matrimoniale e Responsabilità genitoriale

Le norme del regolamento che si occupano della materia matrimoniale sono gli artt. 3 e ss.. Per quanto riguarda le controversie matrimoniali, l'articolo 3 fornisce una serie di criteri di collegamento alternativi, senza alcuna gerarchia. Il regolamento non esclude competenze giurisdizionali multiple ma promuove la coesistenza di più giudici competenti di pari rango (5). In poche parole l'articolo 3, infatti, rappresenta un compromesso tra un approccio tradizionale ed uno più attento allo stretto collegamento tra Giudice, parti e controversie, anche in relazione alla notevole facilità che caratterizza le crisi dei matrimoni transazionali. Altro criterio di collegamento "speciale", in aggiunta a quello previsto dall'articolo 3, è disposto dall'articolo 5:

### *Conversione della separazione personale in divorzio*

*"Fatto salvo l'articolo 3, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è altresì competente per convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione di detto Stato".*

Infine per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale, non è necessario il ricorso ad alcun procedimento affinché una decisione resa in uno Stato membro sia riconosciuta in qualsiasi altro Stato dell'Unione. In pratica, questo aspetto è importantissimo perché, se una persona decide di contrarre un nuovo matrimonio dopo un divorzio, per attestare il proprio stato civile, dovrebbe essere sufficiente produrre la decisione stessa alle autorità competenti dello Stato membro in cui si celebrerà il nuovo matrimonio. In materia di responsabilità genitoriale il regolamento n. 2201/2003 predispone un sistema completo di titoli di giurisdizione (6). Per quanto concerne la responsabilità genitoriale, il regolamento si occupa delle norme sulla competenza (capo II), sul riconoscimento e l'esecuzione (capo III) e sulla cooperazione tra autorità centrali (capo IV). Il regolamento non stabilisce l'età massima dei minori che rientrano nel suo ambito applicazione e sul punto lascia ampia libertà a ciascun ordinamento dei diversi Stati membri. La nozione di "responsabilità genitoriale" è definita dall'articolo 1, paragrafo 2:

*2. Le materie di cui al paragrafo 1, lettera b), riguardano in particolare:*

- a) il diritto di affidamento e il diritto di visita;*
- b) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi;*

- c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano;*
- d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;*
- e) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.*

Ai sensi dell'articolo 8 la competenza "generale" delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente sussiste alla data di proposizione della domanda, salvo quanto disposto dagli artt. 9, 10 e 12. L'articolo 10 stabilisce la giurisdizione in materia di sottrazione dei minori. Detta norma è quella che viene indicata come "dinamica della giurisdizione" in caso di trasferimento illecito di un minore in un luogo diverso da quello della propria residenza abituale. Con la locuzione "dinamica della giurisdizione" ci riferisce ai mutamenti del foro competente che conseguono a determinati esiti del giudizio di riesame, ricordando che l'articolo 10 non si applica soltanto agli esiti del giudizio di riesame, limitandosi a designare, al contrario, il foro speciale che opera in presenza di episodi di sottrazione di minori. Sulla materia in esame, è utile sottolineare che il regolamento non contiene una nozione di "residenza abituale". Tale nozione deve essere intesa ed interpretata in modo autonomo, sulla base delle circostanze di fatto che caratterizzano la situazione specifica del minore. In merito sarà opportuno attenzionare qualche pronuncia della Corte di Giustizia sull'argomento. Nella sentenza pronunciata il 2 aprile 2009 nella causa C-523/07, A (7), la Corte ha sottolineato che la "residenza abituale" di un minore deve essere stabilita sulla base delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie. Nel caso in esame, i minori interessati si erano trasferiti assieme ai genitori da uno Stato membro ad un altro ed erano stati presi a carico poco dopo il trasferimento. La Corte ha aggiunto che oltre alla presenza fisica di un minore in uno Stato membro, si devono considerare altri fattori idonei a dimostrare che tale presenza non è in alcun modo temporanea od occasionale e che la residenza del minore denota una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare. La Corte aveva concluso che spetta al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore. Sempre affermando quando deciso nella precedente sentenza, la Corte nella sentenza pronunciata il 22 dicembre 2010 nella causa Mercredi (8), ha sottolineato che la nozione di "residenza abituale" ai sensi degli articoli 8 e 10 del regolamento deve essere effettuata alla luce del contesto nel quale si inseriscono le disposizioni del regolamento e dell'obiettivo da esso perseguito, in particolare, in base a quanto emerge dal dodicesimo "considerando", secondo il quale le regole di competenza da esso accolte si informano all'interesse superiore del minore e, in particolare, al

criterio di vicinanza. La procedura riguardante il riconoscimento e l'esecuzione in materia di responsabilità risulta dal combinato disposto degli articoli 21, 23-29 del regolamento in esame. Ogni parte interessata può chiedere che una decisione emanata da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, sia o non sia riconosciuta e dichiarata esecutiva in un altro Stato membro (*exequatur*). Le decisioni che riguardano il profilo della responsabilità genitoriale abbisognano di un'apposita procedura di *exequatur*, disciplinata espressamente dal regolamento. La procedura in esame è necessaria per quanto concerne l'esecuzione di sentenze di separazione con provvedimenti accessori relative ai figli minori ma non per quanto riguarda l'esecuzione di decisioni in materia di diritto di visita e di alcune decisioni sul ritorno del minore. L'autorità giurisdizionale può rifiutarsi di dichiarare esecutiva la decisione soltanto nelle ipotesi elencate dall'articolo 23. Ciascuna delle parti può proporre opposizione contro la decisione, in base alle regole procedurali contenute ed elencate dall'articolo 33 e ss. del regolamento n. 2201/2003.

## **2.2. La sottrazione internazionale di minori all'interno dell'Unione Europea**

Nell'ambito del panorama normativo attuale, in tema di sottrazione internazionale dei minori bisogna ricordare la Convenzione dell'Aia del 1980 e soprattutto quanto disposto dagli articoli 60 e 62 del regolamento 2201/2003. La Convenzione dell'Aia è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e continua ad essere applicata nei casi di sottrazione di minori. Bisogna sottolineare che le norme del regolamento prevalgono su quelle materia della Convenzione dell'Aia del 1980 nella misura in cui queste riguardano materie disciplinate dal regolamento stesso. Per capire l'interazione tra i due testi normativi in questione, bisogna sottolineare quanto disposto dal considerando 17 del regolamento:

*“ In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenere immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980, quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'articolo 11. I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati. Tuttavia, una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. Se la decisione implica il rientro del minore, esso dovrebbe avvenire senza che*

*sia necessario ricorrere a procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione nello Stato membro in cui il minore è trattenuto”.*

Negli ultimi anni la cooperazione internazionale tra magistrati esperti in diritto di famiglia è notevolmente aumentata. In moltissimi paesi sono stati nominati magistrati in grado di agevolare le comunicazioni giudiziarie e fornire consulenza e sostegno ai colleghi nazionali e degli altri stati membri. Per quanto riguarda i principi fondamentali in tema di sottrazione di un minore, in linea di principio le autorità giurisdizionali di uno Stato membro d'origine conservano la competenza in caso di illecito o mancato trasferimento del minore; per contro le autorità giurisdizionali dello Stato membro richiesto devono assicurare il ritorno immediato del minore, in tal senso, entrambe le autorità collaborano fra di loro. Nel caso in cui il giudice dello Stato membro richiesto decide di non disporre il ritorno del minore in base ai motivi indicati dall'articolo 13 del regolamento, esso deve trasmettere immediatamente una copia del provvedimento contro il ritorno, al giudice dello Stato membro d'origine. Se il giudice d'origine adotta una decisione che prevede il ritorno del minore, tale decisione è immediatamente eseguibile nello Stato membro richiesto senza necessità di *exequatur*. Nel tutelare il minore in un procedimento così delicato, il regolamento all'articolo 11, paragrafi 2 e 5, ha introdotto la possibilità per il minore e la parte richiedente il diritto di essere ascoltati. L'autorità giurisdizionale è tenuta ad assicurare che il minore possa essere ascoltato, a meno che non lo ritenga inopportuno in relazione alla sua età e maturità. L'articolo 11, paragrafo 3 del presente regolamento prevede in capo all'autorità giurisdizionale di procedere ***“al rapido trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nella legislazione nazionale”***, in caso contrario non più tardi di sei mesi dopo aver ricevuto la domanda di ritorno del minore. Da ultimo, bisogna evidenziare che le autorità degli Stati membri contraenti, nel caso in cui un minore è trasferito illecitamente, ai sensi della Convenzione dell'Aia, devono compiere sforzi adeguati ed efficaci per garantire il ritorno del minore, non fare tutto quello che è possibile in tal senso, costituisce violazione dell'articolo 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita familiare) (9).

### **2.3. Cooperazione tra le autorità centrali e le autorità giurisdizionali**

Le norme che si occupano di disciplinare la cooperazione tra autorità centrali e giurisdizionali sono gli artt. 53 ss.. Il ruolo svolto dalle autorità centrali è fondamentale nell'applicazione di tale regolamento. Infatti, è specificatamente previsto che le autorità centrali siano integrate nella rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale. I



relativi compiti delle suddette autorità sono elencate dall'articolo 55:

#### **Articolo 55**

##### ***Cooperazione nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale***

*“Le autorità centrali, su richiesta di un'autorità centrale di un altro Stato membro o del titolare della responsabilità genitoriale, cooperano nell'ambito di cause specifiche per realizzare gli obiettivi del presente regolamento. A tal fine esse provvedono, direttamente o tramite le autorità pubbliche o altri organismi, compatibilmente con l'ordinamento di tale Stato membro in materia di protezione dei dati personali:*

*a) a raccogliere e a scambiare informazioni:*

*i) sulla situazione del minore;*

*ii) sugli eventuali procedimenti in corso; o*

*iii) sulle decisioni adottate relativamente al minore;*

*b) a fornire informazioni e assistenza ai titolari della responsabilità genitoriale che chiedono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul loro territorio, relativamente in particolare al diritto di visita e al ritorno del minore;*

*c) a facilitare la comunicazione fra le autorità giurisdizionali, in relazione soprattutto all'attuazione dell'articolo 11, paragrafi 6 e 7, e dell'articolo 15;*

*d) a fornire informazioni e sostegno utili all'attuazione dell'articolo 56 da parte delle autorità giurisdizionali;*

*e) a facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera*

Un ruolo importante svolto dalle autorità centrali di un singolo Stato membro è previsto dall'articolo 56, nel caso di collocamento dei minori in istituto od in una famiglia affidataria in un altro Stato membro. Nei casi transfrontalieri, il giudice dello Stato richiedente può procedere soltanto previa approvazione da parte dell'autorità competente dello Stato richiesto. Per operare nel modo richiesto dal presente regolamento, le autorità centrali devono essere dotate di risorse finanziarie ed umane per poter adempiere i loro compiti ed il personale deve ricevere una formazione adeguata in merito al funzionamento del regolamento ed anche in relazione alla Convenzione dell'Aia del 1980. Anche la formazione linguistica è importante, così come la formazione comune con magistrati, avvocati ed altre figure interessate al funzione del regolamento in esame.

### **3. Prospettive di riforma**

Il 30 giugno 2016, la Commissione europea presentava una proposta di revisione del regolamento (CE) n. 2201/2003 (10). La relativa proposta voleva porre rimedio ad alcune criticità del testo normativo in esame. La Commissione auspicava di far confluire l'intero testo normativo in un regolamento completamente nuovo, rimanendo invariate le attuali norme volte a disciplinare gli istituti del divorzio, separazione personale e

annullamento del matrimonio, introducendo, viceversa, una serie di novità sul terreno dei procedimenti in tema di responsabilità genitoriale e di sottrazione. Il testo risultante dalla prospettata rifusione mira essenzialmente a regolamentare in un unico testo normativo tutte quelle novità legislative che l'Unione Europea ha introdotto negli ultimi anni in tema di diritto internazionale privato della famiglia: in particolare, i regolamenti relativi alle obbligazioni alimentari, alla legge applicabile a separazione e divorzio, nonché, recentemente, ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Le novità sono le seguenti:

1. Viene istituita una procedura autonoma per il collocamento dei minori a carattere transnazionale. A tal fine, è stabilito un termine di otto settimane per lo Stato membro investito della richiesta di collocamento.
2. Viene inserita una norma ai sensi della quale, al minore capace di discernimento (“who is capable of forming his or her own views”), deve essere data la possibilità “reale ed effettiva” di esprimere liberamente le proprie opinioni durante il procedimento che lo interessa.
3. Si prevede l'abolizione della procedura di *exequatur* per tutte le decisioni concernenti la responsabilità genitoriale (art. 30 e seguenti).. L'abolizione dell'*exequatur* è accompagnata da tutele procedurali volte a garantire il diritto del convenuto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale sancito nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (articoli 40-42).

In una prospettiva *de jure condendo* sarebbe auspicabile, inserire in un unico testo normativo tutti gli istituti riguardanti il diritto internazionale privato del diritto di famiglia, con una particolare attenzione alle unioni di fatto, ai matrimoni tra persone dello stesso sesso e risolvere il problema delle adozioni. In materia non esiste una regolamentazione precisa ed esaustiva. Il legislatore europeo dovrebbe con audacia prendere posizione su una realtà abbastanza variegata e priva di un testo normativo ad hoc: sarebbe giusto dare tutela ai diritti di ogni cittadino europeo, perché in questo caso non esiste un'Europa a due, tre, quattro velocità. Esiste solo una velocità: vedere riconosciuti i propri diritti ed avere un'adeguata tutela al riguardo.

#### **Note e riferimenti bibliografici**

(1) Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, 29 maggio 2000, in GUCE 30.06.2000 L

160/19.

(2) Convenzione di Bruxelles del 27 settembre del 1969, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile, commerciale e protocollo, disponibile al sito <http://eur-lex-europa.eu>.

(3) Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, 20 dicembre 2010, in GU L 343 del 29.12.2010, pag. 10.

(4) Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008, in GU L 7 del 10.01.2009, pag. 1.

(5) Corte Giustizia, 16 luglio 2009, in G-168/08, László Hadadi / Csilla Márta Mesko, in <http://eur-lex.europe.eu>.

(6) E. M. Magrone, Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza, in Guida al diritto, Diritto comunitario e internazionale, 2005, I, 19 ss.

(7) Sentenza del 2 aprile 2009, causa C-523/07A.

(8) Sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-497/10PPU.

(9) Sentenza del 29 luglio 2003, causa Iglesias Gil/ Spagna.

(10) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-411-IT-F1-1.PDF>.

# NE BIS IN IDEM: UNO SCONTRO-CONFRONTO (SENZA FINE?) TRA GIURISPRUDENZA CEDU E NAZIONALE.

*Nel nostro sistema giuridico processual-penale esiste un fondamentale principio di civiltà giuridica, ossia il divieto, per qualsiasi soggetto, di essere sottoposto due volte al processo penale per il medesimo fatto di reato. Il presente contributo analizza il ne bis in idem in ambito sovranazionale e interno e passa in rassegna la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e del giudice nazionale che hanno contribuito, nel tempo, a dare concretezza al suddetto principio generale.*

Anna Villani - Pubblicazione, giovedì 23 marzo 2017  
Redattore: Ilaria Ferrara

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Il problema dell'applicabilità del divieto al sistema del doppio binario: il caso Grande Stevens contro Italia e la sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia; 3. Nozione di "medesimo fatto" e applicabilità del divieto *de quo* al concorso formale di reati; 4. Conclusioni

## 1. Premessa

L'imputabilità di un soggetto deve necessariamente sottostare ad un principio cardine dell'intero sistema giuridico, sia sovranazionale che interno, ossia il principio del cd. *ne bis in idem*, consistente nel divieto di sottoporre due volte a processo uno stesso individuo per un medesimo fatto di reato. Tale principio, in particolare, è previsto in primo luogo a livello sovranazionale. L'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU[1], rubricato "*Diritto di non essere giudicato o punito due volte*", recepito anche dall'art. 50 della Carta di Nizza[2], infatti, stabilisce che gli Stati firmatari hanno il divieto di perseguire un soggetto una seconda volta per un reato per il quale sia già stato precedentemente giudicato con sentenza definitiva.

Il primo problema che si è posto con riguardo all'articolo in parola è stata la qualificazione della "sanzione penale" ai fini dell'applicazione di siffatto divieto. La giurisprudenza di Strasburgo, allora, a partire dal 1976, ha utilizzato i **cd. criteri Engel**. Per qualificare un'accusa come di matrice penale ed applicare, conseguentemente, il divieto di *ne bis in idem*, occorre aver riguardo essenzialmente a tre fattori. In *primis*, la

qualificazione che lo Stato convenuto dà all'illecito contestato. Tale indicazione, tuttavia, ha solo un valore formale e relativo, poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa. In secondo luogo, infatti, occorre guardare alla natura "sostanziale" dell'illecito commesso, ossia se esso abbia ad oggetto la violazione di norme poste a tutela di interessi di una data formazione sociale o della collettività in generale. In ultimo, si deve considerare il grado di severità della pena che rischia la persona interessata, in quanto sono da valutare come "penali" solamente le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni.

Innanzitutto, quindi, sarà "penale" la sanzione che sia qualificata tale dalla norma o, in mancanza, si deve guardare alla natura, scopo e gravità della sanzione per come *a priori* prevista, e non per come concretamente inflitta[3]. Questi criteri sono alternativi, ma possono essere anche utilizzati cumulativamente, laddove necessario alla qualificazione dell'accusa come "penale"[4].

Vista la previsione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, ci si è chiesti, allora, se in caso di contrasto tra la normativa italiana e l'art. 4 del Protocollo 7 Cedu, il giudice italiano possa disapplicare direttamente la norma italiana, come stabilito dalla Consulta n. 170 del 1984 per i regolamenti comunitari e le direttive autoesecutive, oppure debba promuovere il giudizio di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma della Costituzione, il quale impone al legislatore il rispetto, nell'attività di produzione legislativa, degli obblighi internazionali, sempre che non sia possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma interna. La soluzione adottata dalla giurisprudenza è quest'ultima in quanto - come affermato dalla Corte Costituzionale nelle famose sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 e ribadito nella sentenza 80/2011 - la CEDU non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico in un sistema più vasto in grado di emanare norme vincolanti per le autorità interne degli Stati membri. Di guisa che, nel caso di contrasto tra la norma interna e quella della CEDU e nell'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma interna, occorrerà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., con la norma Cedu quale norma interposta. Tale assunto non muta con l'avvento dell'art. 50 della Carta di Nizza, che, come anticipato, recepisce i dettami dell'art. 4 del Protocollo 7

Cedu ed alla quale il Trattato di Lisbona ha conferito lo stesso valore giuridico dei Trattati UE, ma non ha comportato un mutamento della collocazione della CEDU nel sistema delle fonti[5].

A tal fine, sono noti i principi della famosa sentenza **Fransson**[6], con la quale la Corte di Giustizia si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale relativo all'ambito di applicazione del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta di Nizza e art. 4 Prot. 7 Cedu. La fattispecie riguardava un soggetto che era già stato sanzionato dal punto di vista tributario per omissioni in tema di obblighi dichiarativi IVA e veniva ora sottoposto a procedimento penale per frode fiscale aggravata in relazione al medesimo fatto. In quell'occasione, la Corte ribadiva la differenza di ampiezza dell'art. 50 della Carta di Nizza rispetto all'art. 4 Prot. 7 Cedu. Mentre la giurisprudenza di Strasburgo afferma che il principio di *ne bis in idem* sancito nel protocollo n. 7 osta a provvedimenti che infliggono una duplice sanzione, amministrativa e penale, per gli stessi fatti, impedendo di avviare un secondo procedimento quando la prima sanzione sia divenuta definitiva, la Corte di Giustizia ha stabilito che il principio di *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta di Nizza “*non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale*”. L'art. 50 della Carta, afferma la Corte, “presuppone che i provvedimenti già adottati nei confronti dell'imputato ai sensi di una decisione divenuta definitiva siano di natura penale”, da valutare alla luce dei criteri Engel. Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali parametri, se il cumulo di sanzioni tributarie e penali sia compatibile o meno con la Carta e se sia effettivo e dissuasivo o eccessivamente punitivo per il soggetto. Inoltre, la Corte ha ribadito che in caso di disposizioni nazionali in contrasto con la Carta di Nizza, il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione, disapplicando qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante procedimento costituzionale.

Ciò posto a livello sovranazionale, lo stesso principio del *ne bis in idem* è previsto anche nel nostro codice di rito, all'art. 649 c.p.p.[7].

A livello nazionale, il nostro legislatore, diversamente da altri Paesi dove il divieto di *bis in idem* è costituzionalizzato (Stati Uniti, Canada, Messico, Argentina, India), prevede, all'art. 649 del codice di rito, il divieto del doppio giudizio, tranne le due ipotesi di cui agli artt. 69 co. 2 c.p.p. (erronea dichiarazione di morte dell'imputato) e 345 c.p.p.

(intervento della condizione di procedibilità, prima inesistente), nel caso in cui lo stesso soggetto sia stato già condannato o assolto con sentenza definitiva passata in giudicato per lo stesso fatto[8].

Il principio del *ne bis in idem* è frutto dell'abbandono del sistema inquisitorio a favore di quello accusatorio e mira ad evitare la duplicità delle decisioni e che il soggetto sia sottoposto alla potestà punitiva dello Stato senza termini.

L'ambito applicativo della norma processuale, inizialmente legato all'irrevocabilità della sentenza di condanna, è stato poi esteso anche ai casi di assenza di un provvedimento irrevocabile, laddove la duplicazione dello stesso processo sia comunque incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale. Le S.U. Penali[9], infatti, hanno affermato che la preclusione del "*ne bis in idem*" giustifica la dichiarazione di impromovibilità dell'azione penale anche in presenza di provvedimenti decisori diversi da quelli indicati nell'art. 649 c.p.p., come la pronuncia di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p.. Il giudicato penale si caratterizza, infatti, per l'indifferenza del contenuto della decisione; non importa l'accertamento positivo o negativo del reato, ma la sentenza penale in sé e per sé, che rileva, pertanto, come fatto giuridico in senso stretto. La pronuncia penale ha una valenza prettamente processuale, che vieta di passare dal giudizio di cognizione a quello di esecuzione se già si è stati processati, di guisa che pare più corretto parlare, anziché di giudicato, di preclusione, che si distingue dal giudicato perché non assicura un bene della vita, ma risolve la questione dedotta in maniera irrevocabile e definitiva. È questo il significato da attribuire alla nozione di irrevocabilità dell'art. 649 c.p.p., nel senso di statuizione definitiva della controversia.

L'art. 649 c.p.p., dunque, costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento, dando linfa a un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica *regiudicanda*, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di **principio generale** dell'ordinamento, come affermato già nel 2005 nella sentenza Donati[10].

## **2. Il problema dell'applicabilità del divieto al sistema del doppio binario: il caso Grande Stevens contro Italia e la sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia.**

Orbene, presupposto logico-giuridico dell'operatività del *ne bis in idem* convenzionale di cui all'art. 4 Protocollo 7 CEDU è l'identità del fatto oggetto degli addebiti, ossia



l'identità della condotta materiale. Si è posto in evidenza come, in realtà, l'art. 4 succitato non vieta l'apertura contemporanea di due diversi procedimenti per lo stesso fatto, ma vieta beninteso la pendenza contemporanea degli stessi, ovvero sanziona la mancata interruzione di uno nel caso l'altro divenga definitivo[11].

La tematica relativa al divieto di *bis in idem*, che ha alimentato un continuo proliferare di pronunce sia della Corte Edu che della giurisprudenza nazionale, ha riguardato in particolare due settori: quello relativo ai reati tributari e quello relativo agli abusi di mercato.

Per quanto concerne la normativa interna sul *market abuse*, che comprende le ipotesi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, essa è contenuta nel T.U.F. (D. Lgs. 80/1998), agli artt. 180-187.

L'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato sono puniti attraverso il cd. sistema del doppio binario. Il cumulo punitivo si evince dall'inciso iniziale dell'art. 187-*bis* TUF, ma anche dalla previsione del concorso di procedimenti accertativi, che devono procedere parallelamente benché in autonomia, vietando al riguardo l'art. 187-*duodecies* che si sospenda l'accertamento amministrativo, nonché il successivo giudizio di opposizione di cui all'art. 187-*septies*, per il fatto che sia pendente un procedimento penale vertente sui medesimi fatti o su fatti che, rispetto a quelli in contestazione, rivestano carattere di pregiudizialità.

Tale sistema prevede la predisposizione sia di una sanzione penale (reclusione e multa) applicata dal giudice penale, sia di una sanzione amministrativa di tipo pecuniario applicata dalle autorità amministrative individuate a livello nazionale, ossia, in Italia, la Consob, l'autorità preposta alla vigilanza ed alla tutela del pubblico risparmio.

È proprio con riguardo all'applicabilità del sistema del doppio binario che si evidenzia precipuamente l'influenza dei principi CEDU sulla disciplina del *market abuse*. Su tale questione è intervenuta nel 2014 la Corte Europea di Strasburgo nel famoso caso **Grande Stevens contro Italia**, affermando il contrasto tra il doppio binario sanzionatorio ed il principio del *ne bis in idem* convenzionale. Si è sollevato, all'indomani della sentenza Grande Stevens, il problema della compatibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio del *market abuse* col divieto convenzionale del *ne bis in idem*. In altre parole, ci si chiede se il divieto di cui all'art. 4 Protocollo 7 Cedu si applichi anche al caso in cui un soggetto venga punito per lo stesso fatto sia con sanzioni

penali che amministrative, come nel caso degli abusi di mercato.

Orbene, l'influenza dei dettami della sentenza Grande Stevens sul principio in parola si vede nell'adeguamento del legislatore nazionale alla normativa comunitaria, rispetto al quale deve garantire il rispetto del *ne bis in idem*.

La Direttiva 2014/57 intervenuta a modificare il sistema degli abusi di mercato, infatti, prevede che, nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della stessa, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali e amministrative non violi il principio del *ne bis in idem*.

Di guisa che, nel caso di disciplina nazionale contrastante con i principi CEDU, atteso il valore di norma interposta *ex art. 117, co. 1, Cost.* della CEDU nel sistema delle fonti, il giudice nazionale, come già anticipato, non deve disapplicare la norma interna violativa del diritto CEDU, bensì scegliere la strada del giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., sempre che non sia possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma interna, come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale.

È proprio ciò che è avvenuto nel sistema di *market abuse*, laddove la Corte di Cassazione Penale, con ordinanza n. 1782/2015[12], ha sollevato una duplice questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU.

La prima questione riguarda l'art. 187-*bis*, comma 1, TUF, oggetto di censura nella parte in cui fa «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché prevedere una clausola di sussidiarietà del tenore «Salvo che il fatto costituisca reato». Si vorrebbe cercare di evitare il *bis in idem*, prevedendo le sanzioni penali per i fatti di *insider trading* primario *ex art. 184 TUF* e lasciando quelle amministrative solo per i fatti di *insider trading* secondario *ex art. 187 bis TUF*, non penalmente sanzionati, data la perfetta sovrapponibilità tra i fatti oggetto delle due norme (*rectius* “stesso fatto”).

L'altra questione di legittimità costituzionale, formulata in linea rigorosamente subordinata rispetto alla prima e richiedente una pronuncia additiva, riguarda, per l'appunto, l'art. 649 c.p.p., norma indiziata di illegittimità nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui «l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla

quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi protocolli», natura di sanzione penale che, nel caso dell'ordinanza di rimessione, era stata attribuita alla sanzione irrogata dalla Consob per l'abuso di mercato oggetto di causa. Con la conseguenza che nel caso di conclusione definitiva del procedimento amministrativo sanzionatorio *ex art. 187 bis TUF*, ci sarebbe l'obbligo di proscioglimento nel processo penale in corso per il medesimo fatto, *ex art. 649, co. 2, c.p.p.*

Ma la Consulta n. 102/2016 si è pronunciata non entrando nel merito e dichiarando inammissibili le questioni di incostituzionalità sollevate dalla Cassazione.

In altre parole, il problema del doppio binario e della compatibilità col divieto di *bis in idem* sussiste laddove si conferisca natura sostanzialmente “penale” - alla luce degli “Engel criteria” delineati dalla giurisprudenza CEDU - alla sanzione irrogata dall'autorità amministrativa, come affermato dalla Cassazione nel succitato caso.

Dunque, alla luce della sentenza Grande Stevens, il legislatore e il giudice nazionali hanno dovuto fare i conti con i dettami della pronuncia in parola, per evitare di imbattersi in continue violazioni del diritto convenzionale in tema di divieto di *bis in idem*. Il problema, a questo punto, non è tanto l'*an* dell'adeguamento al sistema sovranazionale, bensì il *quomodo*[13]. In questo, il giudice nazionale dovrebbe porre fine a tutti i procedimenti penali in tema di abuso di mercato, laddove i medesimi fatti siano già stati giudicati dalla Consob con provvedimenti definitivi. Il procedimento incardinato davanti alla Consob, infatti, pur essendo “formalmente amministrativo”, ha sostanzialmente natura penale e, quindi, deve sottostare alla garanzia convenzionale del divieto del *bis in idem*.

C'è anche chi[14], in dottrina, sostiene la diretta applicabilità dell'art. 50 della Carta di Nizza in caso di contrasto tra la normativa interna e le disposizioni Cedu. L'art. 50 in parola, infatti, è diritto primario dell'Unione e come tale, direttamente applicabile, avendo come contenuto minimo quello dell'art. 4 Protocollo 7 Cedu, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo. A conferma, vi è l'art. 52 par. 3 della Carta[15], laddove il richiamo alla Cedu deve intendersi come comprensivo anche dei protocolli alla stessa, tra cui il Prot. n. 7, nonché dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU della stessa Convenzione e dei protocolli, interpretazione che fissa il livello minimo di tutela del diritto al *ne bis in idem* anche nell'ambito del diritto dell'Unione; il contenuto di tutela dell'art. 50, in altre parole, è uguale a quello assicurato dall'art. 4

Prot. 7 CEDU.

Inoltre, la materia dell'abuso di mercato è una materia "eurounitaria", disciplinata, per quanto riguarda le sanzioni amministrative, nel Reg. n. 596/2014/UE e, per quanto riguarda le sanzioni penali, nella Dir. n. 2014/57/UE. Ciò determina, come stabilito dall'art. 51 della Carta di Nizza, l'applicabilità dei diritti e delle garanzie riconosciute dalla Carta, tra le quali, appunto, quella relativa al *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della stessa[16].

Ma l'incalzare incessante della giurisprudenza Cedu sul tema del *ne bis in idem* non si è arrestato nemmeno nei tempi più recenti. I principi espressi dalla sentenza Grande Stevens sono infatti, in parte, stati messi in discussione, in tema di reati tributari, dalla sentenza della **Grande Camera della Corte Edu del 15 novembre 2016** nel caso **A e B c. Norvegia**, riguardante due contribuenti norvegesi che lamentavano di essere stati puniti due volte, con il sistema del doppio binario sanzionatorio penale e amministrativo, per il medesimo illecito tributario, relativo al sistema delle sovrattasse. In questa pronuncia vengono confermati gli "Engel criteria" per la valutazione della natura "penale" della sanzione, criteri ritenuti alternativi e non cumulativi, nonché la nozione di "stesso fatto" così come definita dalla Corte Edu, nel senso di medesimo fatto storico-naturalistico, come meglio si preciserà in seguito. Ciò che cambia è la regola dell'interruzione del procedimento ancora in corso quando sia divenuto definitivo l'altro sul medesimo fatto. Si stabilisce, infatti, che la violazione del *ne bis in idem* convenzionale di cui all'art. 4, Prot. 7 Cedu, è esclusa, ed i distinti procedimenti sanzionatori - penale ed amministrativo - possono esaurirsi entrambi, quando tra essi sussiste una "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*". Tale connessione è presente, secondo la Grande Camera, quando i due procedimenti non solo in astratto, ma anche in concreto, perseguono *scopi complementari* ed hanno ad oggetto *differenti aspetti della medesima condotta antisociale*. Per evitare di incorrere nel divieto convenzionale, occorre che i due procedimenti proseguano in modo da evitare ogni forma di duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, attraverso un'interazione tra le autorità competenti che permetta di utilizzare l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento anche nell'altro e che la sanzione applicata nel procedimento che diviene definitivo per primo sia tenuta in considerazione in quello che diviene definitivo per ultimo, di modo che la sanzione complessiva risulti *proporzionata* per il soggetto, nonché, al contempo, *efficace e dissuasiva*. Inoltre, tra i procedimenti deve esserci una connessione, oltre che sostanziale, di tipo temporale, ossia una

contestualità cronologica che, però, non sta a significare che essi devono procedere simultaneamente dall'inizio alla fine.

In presenza di questa connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti, dunque, non sussiste violazione del divieto convenzionale del *bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, anche se la sanzione amministrativa assuma natura sostanzialmente "penale" ex art. 7 Cedu, in base ai criteri Engel. È questa l'importante affermazione della pronuncia in esame e che manifesta una rottura coi principi della sentenza Grande Stevens.

### **3. Nozione di "medesimo fatto" e applicabilità del divieto *de quo* al concorso formale di reati**

Altro problema che si è posto con riguardo al divieto di *bis in idem* e che ha visto un acceso contrasto tra giurisprudenza Cedu e nazionale relativamente all'ambito di applicazione dello stesso è quello del **concorso formale di reati**. Occorre evidenziare in primo luogo che, a differenza dell'art. 669 c.p.p., l'art. 649 c.p.p. non menziona il concorso formale tra le ipotesi alle quali applicare il *ne bis in idem*. Il problema riguarda il caso in cui sussista un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato oggetto del nuovo procedimento penale. Per giurisprudenza nazionale consolidata, si è sempre escluso che l'art. 649 c.p.p. si applicasse al concorso formale di reati, sul presupposto dell'assenza di un elemento indefettibile, ossia il "medesimo fatto", in quanto i reati in concorso formale presentano, normalmente, eventi giuridici diversi. Il concorso formale, infatti, si caratterizza per una unica condotta dalla quale possono scaturire diversi eventi giuridici penalmente rilevanti. Non viene violato, allora, il *bis in idem* se si inizia un nuovo processo penale per quella parte di fatto giuridico diverso da quello già oggetto di giudicato. Il giudicato formatosi in relazione ad uno degli eventi giuridici non impedisce l'azione penale in riferimento all'altro evento scaturito da quella medesima condotta. Questo perché la giurisprudenza nazionale interpreta la nozione di "medesimo fatto" in modo del tutto diverso rispetto alla giurisprudenza Cedu, ossia come fatto giuridico e non come fatto storico.

Infatti, il problema dell'applicabilità del divieto di *bis in idem* al concorso formale comporta la risoluzione di una questione preliminare, ossia quella relativa all'esatta qualificazione della nozione di "medesimo fatto". La vicenda dalla quale trae origine la rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. relativamente al concorso formale di reati inizia con l'ordinanza del 24/07/2015 del Gip di Torino

relativa al procedimento *Eternit-bis*, che dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico così come delineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nella fattispecie, il soggetto lamentava la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, relativamente alla nozione di "*idem factum*" così come interpretata dalla Corte EDU, nel senso di "identità di condotta" e, quindi, chiedeva che il giudice *a quo* pronunciasse sentenza di non luogo a procedere. Si contestava, per converso, la diversa interpretazione data dalla costante giurisprudenza nazionale, ormai diventata diritto vivente, la quale aderiva ad una nozione di "*idem legale*", comprensivo di condotta, evento e nesso di causalità. La **Corte Costituzionale**, investita della questione, con **sentenza del 21/07/2016 n. 200**, afferma *in primis* che né dall'art. 4 Prot. 7 Cedu, né dalla giurisprudenza Cedu - a partire dalla sentenza *Zolotoukhine* 2009 - è possibile dedurre una nozione di "medesimo fatto" ristretta alla sola condotta, ma che nulla esclude che vi possa rientrare anche l'oggetto fisico su cui ricade la condotta e finanche l'evento, inteso in senso naturalistico. In altre parole, il fatto cui fa riferimento il divieto di *bis in idem* è sicuramente il fatto storico - naturalistico e giammai quello dovuto all'inquadramento giuridico, ossia l'*idem legale*, in quanto il divieto di *bis in idem* è da comprendersi tra i principi generalissimi di civiltà giuridica, grazie al quale "l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto", sicchè ancorare il medesimo fatto all'*idem legale* vorrebbe dire togliere forza al suddetto principio generale dell'ordinamento, in quanto l'incertezza sulla valutazione del fatto giuridico andrebbe a ripercuotersi sull'applicazione del divieto in parola, minando le garanzie che lo stesso offre all'individuo. Si accoglie, allora, la nozione di *idem factum*, l'unica, a detta della Consulta, compatibile con la Costituzione e con la Cedu, sposata dalla giurisprudenza di legittimità a decorrere dalla già più volte citata pronuncia delle SS.UU. del 28 giugno 2005, n. 34655, ossia il fatto storico-naturalistico, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi di condotta, evento, nesso. Con la precisazione che il rilievo di questi elementi, contrariamente a quanto erroneamente ritenuto dal giudice rimettente, non determinerebbe l'accoglimento di una nozione giuridica del "medesimo fatto", in quanto l'evento non avrebbe rilevanza in termini giuridici, ma soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente. Da tale concezione di "medesimo fatto" inteso quale fatto storico, materiale, comprensivo anche dell'evento in senso naturalistico, la Consulta ne fa discendere

l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. – per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu quale norma interposta- nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. Di guisa che il giudice dovrà confrontare il fatto storico oggetto di giudicato penale col fatto storico alla base della nuova imputazione del p.m..

#### 4. Conclusioni

Dalla panoramica appena descritta emerge la difficoltà di tracciare con certezza l'esatto ambito di applicazione de divieto di *bis in idem*, ancora attualmente racchiuso in una continua disputa tra giurisprudenza Cedu e nazionale, alla quale non è estranea la Corte di Giustizia, investita di plurime questioni pregiudiziali sull'interpretazione del diritto dell'Unione, con particolare riguardo alla previsione dell'art. 50 della Carta di Nizza, in riferimento soprattutto alla materia dei reati tributari e del *market abuse*. Ancora una volta, dunque, viene in rilievo l'arduo compito dell'interprete di trovare il giusto raccordo ed equilibrio tra la giurisprudenza nazionale ed europea, compito reso ancora più complicato dal difficile dialogo tra la Corte Edu e la Corte di Cassazione sul problema del rapporto tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale. Allo stato, il già complicato quadro d'insieme è arricchito dalla recente sentenza della Grande Camera della Corte Edu nel caso A e B c. Norvegia, la quale, come visto, ha affermato principi diversi rispetto a quelli affermati in passato dalla Corte di Giustizia e solo in parte aderenti a quelli della stessa Corte EDU nel caso Grande Stevens.

#### *Note e riferimenti bibliografici*

[CHINE'- FRATTINI- ZOPPINI, Manuale di diritto penale, Terza edizione, Nel Diritto Editore](#)

FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, Zanichelli, Bologna, 2012

FIMIANI P., Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia

MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, Cedam, Milano, 2007

ROMANO M., Commentario sistematico al codice penale, Giuffrè, Milano, 2004

Santise M., Coordinate ermeneutiche di diritto penale, Aggiornamento 2015, Giappichelli Editore- Torino

VIGANO' F., Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu), 30 giugno 2014.

VIGANO' F., A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato, 17 febbraio 2016.

[1] La disposizione citata afferma che: *"1. Nessuno può essere perseguito o condannato*



penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.”.

[2] “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.”.

[3] Cfr. CEDU sent. causa C-199/92 del 1999 Huls/Commissione; sentenza 8 giugno 1976 Engel ed altri contro Paesi Bassi, serie A n. 22, par. 82; sentenza 21 febbraio 1984 Ozturk c. Germania, serie A n. 73, par.53; sentenza Lutz contro Germania, serie A n. 123, par. 54.

[4] Cfr. sentenza Iussila contro Finlandia n. 73053/2001.

[5][5] Corte Cost. 80/2011.

[6] sentenza CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson.

[7] “L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345.

Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.”.

[8] Nella stessa logica dell'art. 649 c.p.p. si muove l'art. 669 c.p.p. il quale dispone che, in caso di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre.

[9] Cassazione penale, SS.UU., sentenza 28/06/2005 n° 34655.

[10] Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655.

[11] Così affermato già a partire dalla nota pronuncia della Grande Camera Corte EDU nel caso Zolotukhine vs Russia, resa in data 10/2/2009 e confermato dalla sentenza Grande Stevens contro Italia.

[12] Anche la Sez. Tributaria della Corte di Cassazione, con ordinanza 950/2015 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *ter* TUF, dichiarata inammissibile dalla Corte Cost. 102/2016.

[13] F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu)*, 30 giugno 2014.

[14] F. VIGANO', *op. cit.*

[15] “Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.”.

[16] A tal riguardo, si segnalano le ordinanze della Sez. Tributaria n. 20675/2016 e della II Sez. Civ. nn. 23232 e 23233 del 2016, che hanno formulato distinte questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia, in riferimento all'interpretazione dell'art. 50 della Carta di Nizza. In particolare, ci si chiede se la previsione dell'art. 50 debba essere interpretato nello stesso senso dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU ed alla luce della giurisprudenza della Corte Europea e, quindi, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile e se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi del diritto dell'Unione in relazione al principio del "ne bis in

idem", in base all'art. 50, come sopra interpretato.