

**Sentenza n.1714, del Tribunale Supremo Militare di Roma, in data  
25.10.1952**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**In nome del popolo Italiano  
il Tribunale supremo militare ha pronunciato la seguente**

**S E N T E N Z A**

sul ricorso interposto da:

KAPPLER Herbert di Ernst e Kos Paola, nato il 23 settembre 1907 a STOCARDA (Germania), Tenente Colonnello delle SS tedesche ( SS - Obersturmbannfuhrer ); avverso la sentenza in data 20 luglio 1948 del Tribunale militare territoriale di Roma.

Udita la relazione fatta dal Giudice, Dott. Enrico SANTACROCE, Maggior Generale della G.M., Consigliere relatore del Tribunale Supremo Militare;

Udito il P.M. in persona del Dott. Bernardo OLIVIERI, Tenente Generale Militare della G.M., Sostituto Procuratore Generale Militare della Repubblica, il quale ha chiesto il rigetto del ricorso; sono presenti gli Avv. Italo GALASSI e Giuseppe SCHIRO', difensori di fiducia del ricorrente KAPPLER

**FATTO**

KAPPLER, ufficiale superiore delle Schutzstaffeln, durante l'occupazione di Roma da parte delle forze armate tedesche, era il comandante della polizia di sicurezza e del servizio di sicurezza.

Il 24 marzo 1944, militari tedeschi uccidevano trecentotrentacinque persone alle Cave Ardeatine.

Per questo fatto, nel dicembre del 1945, il procuratore militare di Roma promuoveva azione penale contro KAPPLER ed altri.

KAPPLER, a quell'epoca, non era in potere dello Stato italiano.

Nel marzo del 1947 la procura generale militare richiedeva all'Office of the Deputy Judge Advocate Generale G. H.Q. Central Mediterranean Forces la consegna di KAPPLER all'autorità italiana e la sua traduzione a disposizione del tribunale militare territoriale di Roma, dovendo egli rispondere di un reato contro le leggi e gli usi della guerra per l'eccidio delle Cave Ardeatine.

KAPPLER veniva consegnato e tradotto in carcere e nei suoi confronti veniva promossa azione penale anche per un altro fatto, avvenuto poco dopo l'inizio dell'occupazione militare di Roma, il 26 settembre 1943: la forzata consegna di cinquanta chilogrammi di oro da parte della comunità israelitica.

L'istruzione sommaria in ordine ai due fatti si concludeva con il rinvio a giudizio di KAPPLER e di altri militari appartenenti alle forze tedesche coimputati per le uccisioni compiute alle Fosse Ardeatine.

Si contestava a Herbert KAPPLER:

il concorso in violenza continuata mediante omicidio pluriaggravato commesso da militari nemici in danno di cittadini italiani (c.p.m.g., articoli 13, 185 primo e secondo comma; c.p.m.p., articoli 47 n. 2, 58; c.p., articoli 110, 112 n. 1, 575, 577 nn. 3 e 4 in relazione all'articolo 61 nn. 4 e 5, 81 primo capoverso; articolo 1 lettera a) R.D.L. 30 novembre 1942 n. 1365);

l'estorsione pluriaggravata (c.p., articoli 629 prima parte, 61 n. 7 e n. 5 in relazione all'articolo 1 lettera a) R.D.L. 30 novembre 1942, n. 1365).

KAPPLER era accusato di concorso in violenza continuata, per avere, nelle circostanze di tempo e di luogo che già sono state indicate, cagionato la morte di trecentotrentacinque persone, parte militari e parte estranee alle forze armate, in grandissima maggioranza cittadini italiani, che non prendevano parte alle operazioni militari, e ciò in concorso con circa cinquanta militari tedeschi di lui inferiori in grado e da lui dipendenti.

Il concorso negli omicidi, verificatosi in circostanze di tempo e di luogo e di persone tali da ostacolare la difesa pubblica e privata in dipendenza dello stato di guerra era avvenuto con premeditazione e agendo con crudeltà verso le persone.

L'uccisione delle trecentotrentacinque persone - delle quali centocinquantaquattro erano a disposizione del comando di polizia tedesca per inchiesta, ventitre a disposizione del tribunale tedesco in attesa di giudizio, tre dallo stesso tribunale tedesco condannate alla pena di morte ed in attesa dell'esecuzione, sedici dallo stesso tribunale condannate a pene detentive varianti da uno a quindici anni, una dallo stesso tribunale assolta, settantacinque israelite, quaranta a disposizione della questura per motivi politici, dieci a disposizione della questura per motivi di pubblica sicurezza, dieci arrestati in Via Rasella dopo l'attentato di cui subito si dirà, tre non identificate - era stata compiuta a gruppi di cinque, esplodendo alla nuca di ciascuna di esse colpi di arma da fuoco. E l'uccisione era avvenuta senza necessità e senza giustificato motivo, in esecuzione di sanzioni collettive stabilite per l'attentato che era stato commesso il giorno precedente da persone allora ignote a danno di un reparto tedesco.

KAPPLER aveva promosso ed organizzato la cooperazione nel reato, diretto l'attività dei concorrenti, determinato i dipendenti al reato, usando della sua autorità.

KAPPLER HERBERT era accusato di estorsione, per avere, nelle circostanze di tempo e di luogo che pure sono già state indicate, pure approfittando delle minorazioni di difesa dipendenti dello stato di guerra, procurato a sè, a KALTENBRUNNER comandante generale della polizia di sicurezza e ad altri, l'ingiusto profitto di cinquanta chilogrammi di oro, ottenendolo dagli appartenenti alla comunità israelitica nel termine di trentasei ore, mediante minaccia di deportazione in germania di un numero imprecisato di loro.

Il giudizio di merito nei confronti di KAPPLER e di altri coimputati di concorso nella violenza continuata, dei quali non ci si interessa in questa sede, aveva inizio il 3 maggio 1948 e si concludeva con la sentenza del 20 luglio dello stesso anno.

Nel corso del giudizio il tribunale militare emetteva varie ordinanze, delle quali si dirà analiticamente a proposito dei motivi che sono stati presentati riguardo ad esse.

La sentenza del 20 luglio 1948 - tra l'altro - dichiarava KAPPLER responsabile di omicidio continuato preveduto e punito dagli articoli 13, 185 primo e secondo comma del codice penale militare di guerra e 575, 577 n. 3 e 4 in relazione al 61 n. 4 e 5, 82 del codice penale, 47 n. 2 e 58 del codice penale militare di pace e responsabile di requisizione arbitraria preveduta e punita dall'articolo 224 primo e secondo comma del codice penale militare di guerra, in tale senso modificata la rubrica di estorsione pluriaggravata e lo condannava per il primo reato alla pena dell'ergastolo e per il secondo reato alla pena di quindici anni di reclusione ed inoltre all'isolamento diurno per la durata di quattro anni.

KAPPLER, il giorno dopo la pronuncia della sentenza, proponeva contro essa ricorso per annullamento con atto ricevuto dalla direzione delle carceri giudiziarie di Roma, ove era detenuto.

Conviene dire del giudizio espresso dalla sentenza impugnata riferendo in ordine ai due fatti, per i quali è intervenuta condanna, nella loro successione cronologica, cioè cominciando dalla requisizione arbitraria.

In linea di fatto, nel quadro, tratteggiato nei suoi risalti più appariscenti, del comportamento dell'autorità tedesca verso gli israeliti durante l'occupazione di Roma, è risultato chiaramente provato e fuori di ogni contestazione che KAPPLER, il 26 settembre 1943, nel suo ufficio di comandante della polizia tedesca, nel quale aveva convocato, per il tramite dell'autorità italiana di pubblica sicurezza, il Dottor FOA' ed il Dottor ALMANZI, presidenti, rispettivamente, delle comunità israelitica di Roma e delle comunità israelitiche italiane, aveva, di propria iniziativa e senza essere stato autorizzato da autorità superiori, intimato ai due di versare nelle trentasei ore successive cinquanta chilogrammi di oro, appartenenti agli israeliti della Capitale.

Parimenti è risultato fuor di ogni contestazione che l'oro, affannosamente raccolto nel brevissimo termine imposto, era stato consegnato al capitano SCHULZ, sostituto di KAPPLER, che dopo aver tenuto un contegno arrogante ed equivoco durante la pesatura, si era rifiutato di rilasciare ricevuta dell'avvenuto versamento, richiesta al capitano dal Dott. FOA' e dal Dott. ALMANZI.

A dire di KAPPLER, il tributo dell'oro era stato da lui escogitato, in relazione ad una sua personale visione del problema ebraico in Italia, secondo la quale era senza ragione nei riguardi degli israeliti italiani la politica di annientamento, in altre nazioni necessaria, sì che il tributo dell'oro gli appariva come il disarmo della comunità israelitica dell'unica arma pericolosa della quale essa poteva disporre e si era risolto ad imporlo, nella convinzione che, dopo esso, le autorità superiori non avrebbero fatto eseguire in Roma le già preannunciate misure di rastrellamento, che egli riteneva inopportune.

Ma l'imposizione del tributo dell'oro - ancora a dire di KAPPLER - non si era verificata con la minaccia di deportazione di duecento israeliti, nel caso di mancato versamento, sibbene con un circospetto avvertimento dei suoi interlocutori circa il pericolo dei rastrellamenti, che da autorità più alte erano stati divisati.

L'uno e l'altro assunto di KAPPLER non sono stati ritenuti attendibili dalla sentenza.

Il comportamento dei tedeschi, in quella contingenza, caratterizzato, come si è detto, da arroganza e equivocità e le precise dichiarazioni del Dottor FOA', che ha riferito circostanza particolarmente espressiva dell'odio di KAPPLER verso gli israeliti - l'aver, cioè, KAPPLER, dichiarato che per lui erano nemici tutti gli uomini di sangue ebraico, anche se convertiti al cattolicesimo - hanno indotto il tribunale a giudicare inconsistente la versione di KAPPLER circa l'erronea interpretazione come minaccia di frasi che volevano essere invece cauto avvertimento di pericoli imminenti di rastrellamento.

Infondata ed illogica è apparsa, poi, al tribunale, la spiegazione del movente addotto da KAPPLER

Nell'inviare a KALTENBRUNNER l'oro degli israeliti romani - che, a dire di KAPPLER, nell'inverno del 1945, era ancora nell'ufficio di KALTENBRUNNER stesso - KAPPLER, nella lettera di accompagnamento, segnalava che " gli ebrei romani avevano contatti con gruppi finanziari ebraici all'estero e che si sarebbero potuti sfruttare questi contatti per il servizio informazioni " e, con tale segnalazione, doveva capire che attribuiva agli israeliti di Roma una responsabilità, che, nella valutazione dell'autorità centrale, non poteva non determinare l'adozione, sia pure opportunamente rinviata, delle misure di deportazione e di rigore che,

infatti, anche a Roma vennero attuate, senza che KAPPLER nulla facesse, nonostante i numerosi e autorevoli interventi, perchè fossero mitigate.

In conclusione, spinta alla requisizione dello oro non era stato l'intendimento di salvare vite di israeliti, ma l'ambizione di mettere in rilievo doti di abilità e dedizione alla politica razziale del regime nazista.

In relazione a tale giudizio di fatto la sentenza ha ritenuto KAPPLER responsabile di requisizione arbitraria, perchè il tributo dell'oro è stato da lui imposto, senza autorizzazione e senza necessità, essendo quest'ultima esclusa dalla causale dianzi riferita e dal rilievo che la Germania, nel settembre 1943, si trovava in piena efficienza bellica, tanto da sostenere fortemente l'urto degli eserciti nemici sulle varie fronti, e teneva sotto dominio quasi tutta l'Europa, ed, infine, dal rilievo che, verso la fine della guerra, l'oro requisito da HERBERT KAPPLER si trovava ancora nell'ufficio di KALTENBRUNNER.

Seguendo l'adottato criterio cronologico, si deve ora riferire circa il giudizio della sentenza impugnata in ordine all'uccisione delle trecentotrentacinque persone.

Erano circa le ore quindici del 23 marzo 1944, allorchè, nell'interno della città di Roma, in Via Rasella, all'altezza del palazzo Tittoni, al passaggio di una compagnia tedesca, avveniva lo scoppio di una carica di esplosivo, seguito dal lancio di bombe a mano. Nella compagnia, investita dallo scoppio e attaccata dalle bombe, si determinava lo scompiglio: elementi del reparto, ritenendo che gli autori dell'attentato si trovassero nelle case adiacenti, aprivano disordinatamente il fuoco in direzione delle finestre e dei tetti.

Per l'attentato ventisei militari tedeschi rimanevano uccisi, altri feriti più o meno gravemente.

Alla notizia dell'attentato giungevano sul posto autorità tedesche e funzionari di polizia italiana: tra i primi accorsi, il comandante tedesco della città, generale MAELTZER, il console tedesco, Dott. MOELLUSER., e, dopo circa mezz'ora, HERBERT KAPPLER, avvertito dell'accaduto nel suo ufficio di via Tasso.

Il generale MAELTZER, in preda a visibile eccitazione, manifestava l'idea che si dovessero fucilare sul posto persone arrestate nelle vicinanze e far saltare il blocco degli edifici davanti ai quali era avvenuto l'attentato, con le persone che vi abitavano.

Il console tedesco, per contrastare tale proposito del generale, aveva con costui un vero e proprio diverbio. HERBERT KAPPLER, poco prima di giungere in Via Rasella, s'incontrava con il console, che lo pregava di agire sul generale MAELTZER, che, addirittura furibondo, sarebbe stato capace di commettere una follia.

In quei frangenti era stata subito eseguita da ufficiali e sottufficiali della polizia tedesca una minuziosa perquisizione delle case di Via Rasella e gli abitanti di esse erano stati condotti nella vicina Via Quattro Fontane e allineati lungo la cancellata del palazzo Barberini.

KAPPLER, avvicinato a MAELTZER, parlava dell'accaduto e chiedeva di essere incaricato di quanto concerneva lo attentato, ricevendo risposta affermativa.

Nel corso delle prime indagini venivano raccolte quattro bombe a mano, di fabbricazione italiana, che KAPPLER avvolgeva in un fazzoletto e faceva portare su una macchina della polizia tedesca, che, a dire di KAPPLER, veniva di lì a poco rubata da ignoti.

Dopo aver dato disposizioni circa i fermati, KAPPLER, alle ore 17, si recava al comando tedesco, e, alla presenza del generale comandante, esprimeva la sua opinione circa il modo e circa gli autori dell'attentato.

Costoro dovevano individuarsi in italiani appartenenti a partiti antifascisti: secondo KAPPLER, bombe a mano del tipo rudimentale di quelle da lui osservate venivano di solito usate dai partigiani italiani.

Ma l'effettiva ricerca degli autori dell'attentato non costituiva la prima attività della polizia né di altra autorità tedesca, che, anzi, fino a tarda sera neppure venivano date disposizioni al riguardo e anche dopo che disposizioni venivano date da KAPPLER, le indagini erano condotte in maniera blanda, come quelle che non concernevano lo scopo fondamentale ed immediato che si intendeva perseguire.

Certo è che soltanto dopo la cessazione dell'occupazione militare tedesca i nomi degli autori dell'attentato di Via Rasella divenivano di dominio pubblico e nel corso del presente giudizio si conoscevano particolari circa la preparazione e l'esecuzione dell'attentato.

Questo era stato compiuto da una squadra di partigiani, appartenenti ad un'organizzazione clandestina di resistenza, che operava nel territorio occupato dalle forze militari tedesche.

L'organizzazione in questione era una delle varie organizzazioni di resistenza, e, come le altre, si atteneva, tramite il proprio capo, alle direttive della Giunta Militare, che era un organo collegiale con competenza di coordinamento delle attività militari, emanazione del Comitato di Liberazione Nazionale.

L'attentato di Via Rasella rientrava nelle direttive della Giunta tendenti a indurre i tedeschi al rispetto della posizione di città aperta della Capitale d'Italia.

Gli autori dell'attentato avevano operato, essendo vestiti di abiti civili, senza alcun segno distintivo di appartenenza ad una formazione partigiana.

Nella conversazione delle ore diciassette dello stesso giorno 23 marzo tra KAPPLER HERBERT e MAELTZER., dopo l'indicazione di cui si è detto circa l'attribuzione dell'attentato ai partigiani italiani, veniva in discussione il tema delle misure di rappresaglia da adottare per l'attentato.

La discussione sull'argomento veniva frequentemente interrotta da colloqui telefonici del generale MAELTZER: uno di questi, nel quale ricorreva spesso la parola rappresaglia, avveniva con il generale MACKENSEN, comandante la 14<sup>a</sup> armata tedesca.

KAPPLER, ad un tratto, veniva invitato dal generale MAELTZER a parlare al telefono direttamente con il generale MACKENSEN.

A quel momento, KAPPLER, aveva già trattato dell'argomento con il suo capo gerarchico in Italia, generale HARSTER, e, in colloquio telefonico, aveva concordato con lui quali persone dovevano subire la rappresaglia tedesca.

Secondo gli accordi, le persone dovevano essere scelte tra quelle che erano condannate a morte o all'ergastolo o arrestate per reati punibili con la morte e la cui colpevolezza fosse rimasta accertata nelle indagini di polizia.

KAPPLER riferiva gli accordi al generale MACKENSEN e costui dichiarava che, se fosse stato autorizzato al riguardo, sarebbe stato disposto a dare l'ordine di fucilare dieci delle persone delle categorie anzidette per ogni tedesco morto nell'attentato.

MACKENSEN aggiungeva che per lui era sufficiente che venissero fucilate soltanto le persone disponibili nelle categorie suindicate.

L'intendimento del comandante della 14<sup>a</sup> armata di limitare il numero delle persone da uccidere in risposta all'attentato era superato da circostanze sopravvenute nel pomeriggio di quello stesso giorno.

KAPPLER, che aveva ritenuto opportuno non far cenno di quell'intendimento neppure al generale MAELTZER, da cui si era congedato dopo avergli data assicurazione della compilazione dell'elenco delle persone da mandare a morte, si recava al suo ufficio in Via Tasso.

Ivi, nel tardo pomeriggio, una comunicazione telefonica del maggiore BOEHM, addetto al comando militare della città, lo metteva al corrente che era giunto poco prima a quel comando dal comando del maresciallo KESSERLING l'ordine di fucilare nelle ventiquattro ore un numero d'italiani decuplo del numero dei militari tedeschi morti per l'attentato.

L'evidente incompatibilità tra questo ordine e l'intendimento manifestato dal generale MACKENSEN suggeriva a KAPPLER di comunicare direttamente con il comando del maresciallo KESSERLING: in tal modo KAPPLER apprendeva che l'ordine non era del maresciallo ma proveniva " da molto più in alto ". L'ordine, infatti, era stato impartito da Hitler.

Cadeva così la limitazione del numero di italiani da mandare a morte che era nel proposito del generale MACKENSEN, e, correlativamente, rispetto al nuovo ordine, risultava chiara a KAPPLER, già in possesso dei dati raccolti dalle sezioni di polizia dipendenti, l'insufficienza del numero delle persone passibili di morte, secondo i criteri concordati con il generale HARSTER, rispetto al numero necessario per dare esecuzione all'ordine che imponeva il rapporto di dieci a uno.

Da ciò aveva origine, nella sera del 23 marzo, un nuovo colloquio telefonico tra KAPPLER e il generale HARSTER, che si concludeva con la determinazione di completare il numero dei destinati alla morte, traendoli dagli israeliti, non rientranti tra i passibili di morte, ma in potere dei tedeschi, a seguito dell'ordine generale di rastrellamento, in attesa del loro avviamento in campi di concentramento.

Durante la notte sul 24 marzo, alcuni militari tedeschi, tra quelli rimasti gravemente feriti nell'attentato, decedevano.

Al mattino, il numero dei morti tedeschi era trentadue, sì che il numero degli italiani da fucilare era trecentoventi.

Pur con i nuovi criteri di scelta, KAPPLER aveva compilato una lista di duecentosettanta persone e per la differenza di cinquanta persone si rivolgeva alla polizia italiana, richiedendo la consegna del relativo elenco nominativo per le ore tredici di quello stesso giorno.

A mezzogiorno, KAPPLER, aderendo a richiesta comunicatagli in mattinata dal generale MACKENSEN, si recava nello ufficio del generale. Era presente anche il maggiore DOBRİK, comandante del battaglione del quale faceva parte la compagnia che era stata oggetto dell'attentato di Via Rasella.

Dopo essere stato informato dal generale che l'ordine della rappresaglia era stato impartito da Hitler, KAPPLER riferiva al generale circa le liste comprendenti trecentoventi nominativi, correlativi ai trentadue militari tedeschi, fino a quel momento deceduti, e riferiva circa i criteri cui si era informata la scelta dei trecentoventi.

Dopo ciò, il generale, passando all'argomento dell'esecuzione della rappresaglia, dichiarava che essa spettava al maggiore DOBRİK.

Do. rappresentava al generale ragioni ostative alla esecuzione della rappresaglia da parte del battaglione da lui comandato, e, a seguito delle eccezioni avanzate, il generale MAELZER si rivolgeva telefonicamente al comando della 14<sup>a</sup> armata, perchè all'esecuzione provvedesse un reparto dell'armata.

La testuale risposta del colonnello HANSER., con cui il generale MACKENSEN stava comunicando, era: " La polizia è stata colpita. La polizia deve fare espiazione".

Il generale MACKENSEN., ripetuta questa frase, ordinava a KAPPLER di provvedere all'esecuzione.

L'ordine del generale MACKENSEN era un ordine concreto di mettere a morte trecentoventi persone, quelle indicate nelle liste di cui KAPPLER aveva riferito e che il generale aveva approvato in rapporto ai criteri seguiti nella scelta delle persone.

La tassatività dell'ordine circa il numero di trecentoventi persone era insita nella portata logica del suo contenuto, in rapporto alla competenza propria del generale Ma. nel corso della procedura seguita, in rapporto alla possibilità, in concreto manifestatasi, che fossero diversi gli organi competenti rispettivamente alla formazione delle liste e all'esecuzione della rappresaglia, in rapporto, infine, alla prassi militare, secondo la quale gli ordini impartiti agli organi esecutivi sono tassativi, diversamente da quelli che vengono impartiti agli organi direttivi e di comando.

La tassatività dell'ordine circa il numero di trecentoventi persone importava, ovviamente, l'esclusione della facoltà di KAPPLER di aumentare il numero delle persone da mandare a morte, ciò, che, invece, si verificava nelle circostanze che subito si espongono.

KAPPLER, congedatosi dal generale MAELZER si recava al suo ufficio, e, chiamati a rapporto gli ufficiali del suo comando, comunicava che tra qualche ora sarebbe stata eseguita la messa a morte di trecentoventi persone, alla cui esecuzione dovevano partecipare tutti gli uomini dipendenti di nazionalità tedesca, agli ordini del capitano SCHUTZ.

KAPPLER impartiva a costui istruzioni circa il modo dell'esecuzione: per la ristrettezza del tempo, si doveva sparare, a distanza ravvicinata un solo colpo al cervelletto, senza toccare la nuca della vittima con la bocca dell'arma. Il controllo del numero delle persone via via fucilate doveva essere compiuto dal capitano PRIEBKE.

Il luogo dell'esecuzione doveva essere trovato dal capitano KOCHER.: doveva scegliersi in luogo non lontano ed essere una cava i cui ingressi potessero chiudersi, si da renderla una camera sepolcrale.

KAPPLER, dopo aver dato le disposizioni ora riferite, si recava alla mensa, ed ivi, dopo qualche tempo, apprendeva dal capitano SCHUTZ la morte di un altro dei militari tedeschi colpiti dall'attentato e, contemporaneamente, dallo stesso capitano, veniva informato che nella settimana erano stati arrestati oltre una diecina di israeliti.

KAPPLER, allora, ordinava al capitano di includere dieci degli arrestati tra quelli che dovevano essere messi a morte.

Secondo l'assunto di KAPPLER, egli, per avvenuto decesso di un altro soldato, appreso dopo il suo incontro del mezzogiorno con il generale MELTZER, aveva il potere di includere nella rappresaglia altre dieci persone, in conformità del rapporto stabilito dall'ordine di Hitler.

Questo assunto di KAPPLER - già lo si è detto - è stato considerato dalla sentenza infondato, per il suo contrasto con la tassatività, già chiarita, dell'ordine del generale MELTZER.

L'arbitrarietà dell'ordine di inclusione nella rappresaglia di altre dieci persone è stata ritenuta dimostrata anche da circostanze successive, espressive, tra l'altro, della non approvazione di quella iniziativa di KAPPLER da parte dell'autorità a lui superiore: infatti, il comunicato ufficiale dell'autorità tedesca, in ordine all'avvenuta fucilazione, indicava in trecentoventi il numero delle persone fucilate. La stampa di Roma indicava lo stesso numero. KAPPLER stesso, qualche giorno dopo, in presenza del commissario ALIANELLO, riferendo dell'accaduto, ripeteva la stessa indicazione numerica.

Il numero effettivo delle persone fucilate era superiore anche a trecentotrenta. Era, infatti, per circostanze che si diranno più oltre, di trecentotrentacinque.

La fucilazione aveva luogo nel pomeriggio del 24 marzo nell'interno delle Cave Ardeatine, site a circa un chilometro dalla Porta S. Sebastiano. Davanti all'ingresso delle cave si trova un piazzale, sul quale giungevano gli autocarri con le vittime designate.

Erano - come si è detto - indicate in due liste, l'una formata di nominativi di persone a disposizione dell'autorità tedesca, l'altra formata di nominativi di persone a disposizione dell'autorità italiana.

Le prime provenivano dal carcere tedesco di via Tasso; le altre dal carcere giudiziario di Regina Coeli.

Partivano da quelle carceri, senza che nessuno comunicasse loro la tragica sorte che le attendevano: ogni avvertimento era parso pericoloso, temendosi che invocazioni che potessero partire dalle persone del primo autocarro dessero occasione a tentativi di liberazione, al passaggio degli autocarri successivi.

Giunti sul piazzale antistante le Cave, le vittime venivano introdotte nell'interno a gruppi di cinque. Ciascuna di esse aveva le mani legate dietro la schiena, era presa in consegna da un militare tedesco, che l'accompagnava, assieme alle altre di ciascun gruppo, fino al fondo di una prima galleria e là veniva introdotta in una camera laterale e costretta ad inginocchiarsi. Allora, nel modo stabilito da KAPPLER, veniva data la morte da ciascun accompagnatore alla relativa vittima.

I gruppi successivi al primo, stando in attesa all'imboccatura delle Cave, udivano dall'interno, miste alle detonazioni delle armi da fuoco, le grida angosciose di coloro che li avevano preceduti.

Mano a mano che procedevano all'interno della cava, avvicinandosi al posto della fucilazione, le vittime, alla luce di torce, scorgevano i cadaveri ammonticchiati delle vittime prima uccise.

Gli esecutori erano stati riuniti, prima dell'inizio delle fucilazioni, dal capitano SCHUTZ, che aveva spiegato le modalità da seguire ed aveva affermato che coloro che non si sentivano di sparare non avevano altra via che quella di porsi al fianco dei fucilandi.

KAPPLER, assieme a quattro ufficiali, partecipava alla fucilazione del secondo gruppo di cinque. E, più tardi, partecipava alla fucilazione di un altro gruppo.

Uno dei soldati tedeschi, comandato a prender parte alla fucilazione, alla vista dei morti, nella luce delle torce, rimaneva inorridito e sveniva: egli non sparava; un suo commilitone sparava in vece sua.

Le fucilazioni duravano fino alle ore diciannove. Subito dopo venivano fatte brillare delle mine, per chiudere quella parte della cava nella quale i cadaveri, ammonticchiati fino all'altezza di un metro circa, occupavano un breve spazio.

Il giorno successivo, i capitani SCHUTZ e PRIEBKE riferivano a KAPPLER che da un riesame delle liste risultava che i fucilati erano trecentotrentacinque. PRIEBKE asseriva che le cinque persone fucilate in più erano comprese nella lista delle persone a disposizione dell'autorità italiana e che esse erano sfuggite al controllo perchè la lista indicava i nominativi senza numero progressivo, ed era di cinquantacinque persone e non di cinquanta, quante KAPPLER ne aveva richieste.

Senonchè, in base al riconoscimento delle salme, che, al momento del giudizio, era già avvenuto per trecentotrentadue persone, essendo risultato che quarantanove di esse erano persone a disposizione dell'autorità italiana e corrispondevano a quarantanove nominativi della lista italiana, rimaneva esclusa la fondatezza dell'affermazione di PRIEBKE, e, in contrasto con essa, veniva ritenuto che le cinque persone fucilate in più provenivano dal gruppo di detenuti a disposizione dell'autorità tedesca.



Secondo la sentenza, KAPPLER, che aveva ordinato di procedere alle fucilazioni con la massima celerità, non si era curato di controllare l'operato dei due capitani, rispettivamente incaricati di dirigere l'esecuzione e di controllare il numero dei fucilati e non si era curato di vigilare affinché non si verificassero errori, che erano possibili a causa del ritmo accelerato imposto in quella evenienza.

L'errore, espressivo, per l'occasione in cui era occorso, di assenza in KAPPLER e nei suoi collaboratori diretti del più elementare senso di umanità, veniva, per le ragioni surriferite, riportato alla insufficienza ed alla inopportunità delle direttive date da KAPPLER

Costui, avendo partecipato a due fucilazioni, la seconda delle quali quasi al termine dell'intera esecuzione, era a conoscenza delle circostanze di modo nelle quali l'esecuzione avveniva.

Talune circostanze sono, a giudizio del tribunale di merito, dimostrative dell'aver KAPPLER agito con crudeltà verso le persone: sono le circostanze relative al momento dell'attesa della fucilazione e al momento stesso della fucilazione, per la più parte delle vittime.

Condividendo l'affermazione del Prof. ASCARELLI e del Dott. CARELLA, il Collegio ha ritenuto che le vittime siano state fatte salire sui cadaveri ammonticchiati ed ivi costrette ad inginocchiarsi con la testa reclinata in avanti per essere colpite a morte.

L'aver trovato le vittime accatastate fino all'altezza di un metro, con le gambe flesse, come le avevano allo atto della fucilazione, significa - secondo i due medici legali ora nominati - che esse in quel posto erano cadute e non che in quel posto erano stati trasportati cadaveri immediatamente dopo la fucilazione. Se così fosse avvenuto, com'è nell'assunto difensivo, non essendo ancora intervenuta la rigidità cadaverica, si sarebbero dovute trovare le gambe non flesse ma stirate. Occorre ora riferire la valutazione giuridica espressa dalla sentenza impugnata in ordine ai fatti fin qui riassunti.

La motivazione in diritto premette che la Germania, quale Stato occupante del territorio italiano nel quale si è verificato l'attentato di Via Rasella, aveva il diritto di agire in via di rappresaglia, perchè offesa da una violazione del diritto internazionale bellico che va riportata allo Stato italiano, per il rapporto esistente tra tale Stato ed il movimento partigiano, di cui facevano parte gli autori dell'attentato, che non avevano qualità di legittimi belligeranti, e, per ciò, non avevano il diritto di compiere l'atto di guerra che hanno, invece, compiuto.

In relazione a tale premessa, la motivazione distingue la fucilazione di trecentoventi persone da quella di dieci persone, aggiunte per la morte del trentatreesimo soldato tedesco, perchè l'una riporta ad ordine di autorità competente a disporre rappresaglie mentre l'altra si riporta ad iniziativa dell'imputato, che non aveva competenza a disporre rappresaglie.

In relazione alla fucilazione delle trecentoventi persone è stato, però, escluso che essa costituisca rappresaglia, perchè un'azione di rappresaglia, oltre ad incontrare un limite nei diritti che sanzionano fondamentali esigenze, deve essere proporzionata alla violazione subita; e, nel caso, vi è un'enorme sproporzione tra l'attentato di Via Rasella e la fucilazione in questione, sia in rapporto al numero delle vittime, sia in rapporto al danno determinato.

Sempre in relazione alla fucilazione delle trecentoventi persone è stata esclusa la sua qualificazione di repressione collettiva in territorio occupato, a termini dell'articolo 50 del Regolamento annesso alla Convenzione dell'Aia del 1907, occorrendo che la repressione, per essere legittima, sia attuata in base a norme precedentemente emanate e che sia riuscito vano ogni tentativo di individuazione dei colpevoli della violazione che si intende reprimere.

La fucilazione delle trecentoventi persone è stata ritenuta, nella sua materialità, costitutiva del reato contestato a KAPPLER, ma essa non gli è stata attribuita, per il dubbio che KAPPLER non abbia avuto la coscienza e la volontà di obbedire ad un ordine delittuoso.

KAPPLER è stato ritenuto colpevole della fucilazione delle dieci persone da lui aggiunte alle trecentoventi e delle cinque persone uccise in più, nelle circostanze che già sono state indicate.

## DIRITTO

Nell'ordine sistematico, che deriva dalla considerazione della diversa portata dei motivi presentati dalla difesa del ricorrente, è opportuna una distinzione dei motivi stessi in quattro gruppi ( A, B, C, D).

A) Il primo di detti gruppi comprende i motivi che, sotto profili diversi, deducono la nullità dell'intero giudizio.

I. Il primo motivo del suddetto gruppo denuncia l'esercizio da parte del giudice di una potestà non consentita ai pubblici poteri in unico contesto con la violazione degli articoli 12 e 13 del codice penale militare di guerra.

L'originaria formulazione del motivo afferma che l'imputato, prima, al momento e dopo la consegna all'autorità italiana da parte dell'autorità inglese, prigioniero di guerra non " in potere o in custodia dello Stato italiano " non può da questo essere perseguito penalmente per i fatti commessi anteriormente alla sua cattura, l'uno dei quali, cioè la strage delle Fosse Ardeatine, ha avuto per soggetti passivi anche persone non aventi la qualità di cittadini italiani.

Quest'ultimo rilievo, che conviene esaminare preliminarmente, trae lo spunto dal capo di imputazione, nel quale dopo aver indicato il numero degli uccisi, è l'inciso " in grandissima maggioranza cittadini italiani ".

L'inciso, privo di qualsiasi riflesso nella motivazione della sentenza che valga a determinare quali, nella molteplicità dei soggetti passivi, siano stati gli stranieri e di quale cittadinanza, non è sufficiente a dimostrare che almeno per costoro si sia fuori dei limiti del citato articolo 13. Invero, tale articolo, subordina l'applicazione ai militari delle forze armate nemiche delle disposizioni relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra non esclusivamente al " danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano " ma anche al danno di "uno Stato alleato o di un suddito di questo ".

Alla constatazione dell'insufficienza del rilievo si deve aggiungere la constatazione della mancanza d'interesse ad eccepirlo, avendo la sentenza limitato l'affermazione di colpevolezza a quindici omicidi in danno di persone aventi la qualità di cittadini italiani.

Venendo a considerare l'aspetto fondamentale della doglianza, si deve subito rilevare che nella sua originaria enunciazione, essa ripete argomenti dei quali è già stata dimostrata l'infondatezza in occasione di precedenti giudizi di annullamento, vertenti, tra l'altro, su questo stesso tema.

Alla ripetizione degli argomenti altra volta esaminati è sufficiente contrapporre il preciso insegnamento della giurisprudenza regolatrice (v. Sez. Un. Pen. 28 ottobre 1950, ric. Wagener ed altri militari tedeschi), che, affermando con la sua autorità l'esattezza delle conclusioni alle quali era addivenuto questo Collegio (T.S.M. 13 marzo '50 ric. citati), ha stabilito che lo stato di prigioniero di guerra in potere di Potenza alleata non è causa di limitazione dell'esercizio della giurisdizione militare italiana nei confronti di appartenenti a forze armate nemiche dell'Italia per reati contro le leggi e gli usi della guerra commessi anteriormente all'inizio della prigionia di guerra e che le modalità della consegna all'Italia dei suddetti militari sono indifferenti all'esercizio dell'anzidetta giurisdizione.

E' il caso di avvertire che la surriferita risoluzione non è isolata, dacchè la questione è stata decisa nell'identico senso da questo Collegio, per implicito prima (T.S.M. 13 dicembre 1949, ric. P.M.c. Stranch) ed esplicitamente dopo la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (T.S.M., 27 febbraio 1951, ric. Covi).

Peraltro, l'esame della questione non può considerarsi esaurito con il richiamo alla sua risoluzione giurisprudenziale, perchè il motivo è stato oggetto di ulteriore svolgimento in una memoria illustrativa.

Dopo la presentazione del motivo, la legge 27 ottobre 1951 n. 1739, pubblicata nel supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale n. 53 del 1° marzo 1952, ha autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare quattro Convenzioni internazionali firmate a Ginevra l'8 dicembre 1949 (articolo 1) e ha dato piena ed intera esecuzione alle Convenzioni stesse a decorrere dalla data della loro entrata in vigore (articolo 2).

La prima delle quattro Convenzioni, relativa al trattamento dei prigionieri di guerra sostituisce nei rapporti tra le Alte Parti contraenti la Convenzione di Ginevra del 27 luglio 1929, relativa alla stessa materia (articolo 135), alla stregua delle cui norme si era formata la riferita giurisprudenza.

La nuova Convenzione, nel capo III riguardante le sanzioni penali e disciplinari, tra le altre disposizioni generali, colloca una norma che non ha rispondenza nella Convenzione del 1929, che stabilisce:

"Les prisonniers de guerre pourvus vivis en vertu de la législation de la Puissance détentricrice pour des actes qu'ils ont commis avant d'avoir été faits prisonniers resteront meme s'ils sont condamnés, au bénéfice de la présente Convention" (articolo 85).

La norma, sopravvenuta alla pronuncia della sentenza impugnata, se applicabile in questo giudizio, potrebbe importare un'attuale difformità della sentenza rispetto ad essa, che questo Collegio, nell'ambito della propria competenza, non potrebbe non rilevare, pur non consistendo la ragione della difformità in un errore di diritto imputabile al giudice di primo grado.

La norma surriferita - secondo l'assunto defensionale - vieta il giudizio in Italia nei confronti dell'imputato, perchè costui, quale prigioniero di guerra di altro Stato, dovendo beneficiare del trattamento stabilito dalla Convenzione anche in caso di procedimento per fatti anteriori alla cattura a termini della legislazione della Potenza detentricrice, neppure poteva essere consegnato ad altro Stato.

L'assunto, come ora si dimostrerà, è infondato, perchè deriva da un'interpretazione che non può essere condivisa.

Questo giudizio circa l'assunto viene premesso, al fine di chiarire l'inutilità in concreto di un esame che sarebbe ovviamente preliminare: se, cioè, non essendo la Germania una delle parti della Convenzione ed avendo dal termine delle ostilità ad oggi una condizione giuridica internazionale quanto mai particolare, siano o non applicabili le disposizioni della Convenzione stessa a un militare tedesco caduto prigioniero durante l'ultimo conflitto mondiale.

Dopo questo avvertimento, venendo all'esame della questione come sopra circoscritta, si deve affermare che i reati contro le leggi e gli usi della guerra commessi anteriormente alla prigionia di guerra sono fuori dell'ambito dell'articolo 85.

La norma non può essere interpretata in un irrealistico isolamento dal sistema del quale partecipa ed alla stregua di arida considerazione letterale che si adagi sul rilievo formale dell'inesistenza di un'espressa esclusione; per converso, deve essere interpretata nell'armonia con le altre norme del sistema ed alla luce chiara del significato tecnico delle sue parole.

Un'interpretazione così intesa, che è la sola giuridicamente valida, deve innanzi tutto sottolineare che il trattamento degli autori di reati della classe di quelli di cui si interessa questo giudizio, è oggetto di espressa considerazione proprio nel sistema delle Convenzioni firmate a Ginevra l'8 dicembre 1949.

Le Convenzioni - che riguardano, rispettivamente: il trattamento dei prigionieri di guerra; il miglioramento della sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi, delle forze armate sul mare; la protezione delle persone civili in tempo di guerra - prevedono determinati fatti quali "infractions graves" e stabiliscono il dovere delle Alte Parti contraenti, siano esse Stati belligeranti o Stati neutrali, di giudicare direttamente o di rimettere ad altra esse per il giudizio gli autori delle infrazioni stesse, quale che sia il luogo nel quale sono state commesse (1<sup>a</sup> Convenzione, articoli 129 e 132; 2<sup>a</sup> Convenzione, articoli 49 e 52; 3<sup>a</sup> Convenzione, articoli 50 e 53; 4<sup>a</sup> Convenzione, articoli 146 e 148).

Le norme ora citate intendono realizzare una tutela degli interessi dell'umanità nella guerra più energica di quella esistente in passato, sviluppando in concreto orientamenti già chiari e precisi attraverso altri particolari settori dell'attività normativa delle Nazioni Unite.

I fatti dei quali tratta questo giudizio, cioè la strage delle Fosse Ardeatine e l'appropriazione dell'oro degli israeliti, se venissero riguardati alla stregua delle norme delle recenti Convenzioni, si configurerebbero, a termini della definizione delle "infractions graves" data dall'articolo 147 della 4<sup>a</sup> Convenzione, come gravi infrazioni a norme internazionali concernenti la protezione delle persone civili in tempo di guerra, consistendo i fatti stessi, rispettivamente, in omicidi intenzionali e in appropriazione di beni non giustificata da necessità militari ed eseguite su larga scala in modo illecito ed arbitrario.

Pertanto, per quanto ha tratto al relativo giudizio, troverebbe applicazione il sistema dianzi indicato, che ha una caratterizzazione quanto mai significativa in relazione alla questione in esame. Infatti, l'ultimo comma dell'articolo 146 della 4<sup>a</sup> Convenzione citata stabilisce:

"En toutes circonstances, les inculpés bénéficieront des garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les articles 105 et suivants de la Convention de Genève du 12 août 1949 relatif au traitement des prisonniers de guerre".

Il richiamo alle norme della Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, nella sua testuale limitazione a quelle tra esse che riguardano le garanzie di procedura e di libera difesa; esclude negli autori dei crimini anzidetti lo stato di prigionieri di guerra, che è correlativo all'integrale trattamento di prigionieri di guerra.

E questa esclusione è coerente al moderno svolgimento del diritto internazionale ed è conforme ai diritti interni più progrediti, compreso quello italiano.

Le stesse ragioni di giustizia e di umanità che ispirano la moderna concezione della prigionia di guerra, caratterizzano il trattamento dei prigionieri come una tutela di coloro che abbiano confermato la propria condotta alle leggi ed agli usi della guerra e non già come uno stato comunque privilegiato di coloro che abbiano tenuto anteriormente alla cattura una condotta contraria a quelle leggi e a quegli usi.

Le considerazioni che precedono concorrono a convincere che l'articolo 85 della Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, non compreso tra gli articoli richiamati dall'ultimo comma dell'articolo 146 della Convenzione relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, non ha la portata che s'indica nel ricorso, ma ha, invece, una portata più ristretta in quanto esclude dagli atti commessi prima della cattura quelli che costituiscono reati contro le leggi e gli usi della guerra.

E tale esclusione è dato dedurre dal testo stesso dello articolo 85, ove si ponga mente che il riferimento alla "Legislation de la Puissance détentrice" non può tecnicamente comprendere i reati anzidetti che nel sistema delle Convenzioni di Ginevra sono considerate nella loro vera essenza di violazioni del diritto internazionale.

Questa distinzione è evidentissima nella stessa formulazione letterale dell'articolo 99 della stessa Convenzione, nella quale si fa riferimento ad atti preveduti come reati "par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international".

In conclusione, l'invocato articolo 85 della recente Convenzione di Ginevra non pone alcun limite, nè di ordine formale nè di contenuto sostanziale, al giudizio in Italia di militari nemici autori di reati contro le leggi e gli usi della guerra, anche se ricevuti da altra Potenza che li deteneva in suo potere.

Le norme relative al trattamento dei prigionieri di guerra - eccettuate quelle relative al rispetto delle garanzie di procedura e di difesa, che devono essere assicurate ad ogni imputato per un principio che trascende le convenzioni particolari - non possono essere applicate a quelle situazioni che non hanno collegamento con l'oggetto di esse e sono considerate, invece, da altre norme internazionali, come avviene per le spie, per i pirati, per le persone che compiono atti di ostilità senza avere la qualità di legittimi belligeranti, oltre che, in genere, per i cosiddetti criminali di guerra.

Per costoro il potere dello Stato di punirli è indipendente dalla prigionia di guerra e può realizzarsi, oltre che attraverso la consegna da parte dello Stato detentore, attraverso il giudizio contumaciale, la presenza nel territorio dello Stato, l'estradizione ed altro.

Il Secondo, nel gruppo dianzi indicato, è il motivo che denuncia il difetto di giurisdizione del tribunale militare, assumendo la violazione dell'articolo 103, ultima parte dell'ultimo comma, della Costituzione della Repubblica, secondo cui i tribunali militari "in tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate". Secondo il motivo, il presente giudizio è fuori del limite oggettivo e fuori del limite soggettivo dell'esercizio della giurisdizione militare in tempo di pace. E' fuori dal primo limite, costituito dalla natura militare dei reati, perchè all'imputato era stato contestato il reato comune di estorsione, rimasto fermo fino alla pronuncia della sentenza impugnata che ha dato al fatto altra definizione giuridica, e precisamente quella di requisizione arbitraria, che, tuttavia, per il momento in cui è intervenuta, non è efficiente ad eliminare l'originaria carenza di giurisdizione.

E', inoltre, fuori del secondo limite, costituito dalla qualità di appartenente alle forze armate degli imputati, perchè tale locuzione, adottata dalla disposizione costituzionale, non può che riferirsi alle forze armate dello Stato italiano, con la conseguente esclusione degli appartenenti alle forze armate nemiche. Conviene considerare separatamente i due aspetti del motivo. In relazione al primo aspetto, cioè a quello che riguarda l'originaria contestazione di un reato comune, è opportuno osservare che la normale giurisdizione militare di guerra, i cui limiti sono segnati dall'articolo 232 del codice penale militare di guerra, esclude dal suo ambito i reati comuni degli appartenenti alle forze armate nemiche, essendo l'esercizio di detta giurisdizione nei loro confronti limitato ai reati contro le leggi e gli usi della guerra (articolo citato n.5) e ai reati militari commessi in determinate circostanze spaziali (articolo citato nn.1 e 3), come, ad esempio, il reato di introduzione con travestimento in luoghi di interesse militare (codice citato, articolo 61). Il motivo, in questo suo primo aspetto, presuppone che il giudice militare di pace non sia legittimato alla cognizione di un reato comune neppure in caso di connessione con un reato militare. Per quanto questo presupposto sia assai discusso in dottrina, si deve riconoscere che esso, dopo molte incertezze, è ritenuto esatto dalla più recente giurisprudenza regolatrice, tanto comune che militare, che, però, si differenziano per quanto ha tratto alle conseguenze del presupposto stesso. L'ancor vivo dibattito dottrinale e le accennate incertezze della giurisprudenza autorizzano l'affermazione che la risoluzione del problema non sia ancora definitiva e sicura e che essa meriti ulteriori meditazioni. Ma non è questo il momento di tale nuovo esame, perchè, per altre decisive considerazioni, è certa l'infondatezza della doglianza. Va, intanto, ricordato, seguendo le indicazioni del processo verbale di dibattimento, che, all'atto della trattazione delle questioni preliminari, che comprendevano anche la questione di giurisdizione, dalle parti non fu sollevata eccezione alcuna che riguardasse la contestazione anzidetta: soltanto nella discussione finale, dopo la requisitoria del pubblico ministero che chiese la modificazione della definizione giuridica da reato comune in reato contro le leggi e gli usi della guerra, si concluse dalla difesa con la richiesta di difetto di giurisdizione. In siffatta situazione, essendo esatta la definizione giuridica di requisizione arbitraria, data al fatto dalla sentenza impugnata, e, correlativamente, essendo indiscutibile la legittimità dell'esercizio della giurisdizione militare in relazione alla materia, non vi è altro titolo che un errore iniziale per contestare la legittimità dell'esercizio della giurisdizione militare. Ma l'errore, debitamente corretto nella sede appropriata non può

dar base ad un'eccezione assolutamente sterile, per l'evidente impossibilità di qualsiasi effetto concreto. L'altro aspetto del motivo non è nuovo ed è stato ritenuto infondato, se pure per considerazioni diverse, in occasione di precedente esame (v.cit.sent.Sez.Un.Pen. 28 ottobre 1950 e T.S.M. 13 marzo 1950, in causa Wagener ed altri), concludendosi che la seconda parte del terzo comma dell'articolo 103 della Costituzione non è incompatibile con l'articolo 6 D.Lg.Lgt. 21 marzo 1946 n. 144, che ha stabilito, colmando un'evidente lacuna del codice penale militare di guerra, che i tribunali militari territoriali di pace sono competenti a conoscere dei reati contro le leggi e gli usi della guerra commessi dagli appartenenti alle forze armate nemiche. Tale situazione non contesta che il significato della locuzione "appartenenti alle forze armate" adottata dalla disposizione costituzionale sia quello di appartenenti alle forze armate dello Stato italiano, ma afferma, per altre ragioni, l'applicabilità della disposizione stessa anche agli appartenenti alle forze armate nemiche. Ferma restando la conclusione adottata dalle supreme magistrature, ordinaria e militare, è del caso un'ulteriore considerazione del motivo, con particolare riguardo al concetto da cui è informato. Tale concetto è, se non dichiaratamente, implicitamente, nel senso che, agli effetti dell'assoggettamento delle persone alla giurisdizione militare di pace, si deve avere riguardo alla loro qualità di appartenenti alle forze armate al momento dell'esercizio della giurisdizione. L'esattezza di tale opinione è assai discutibile, come dimostra l'antica e rinnovantesi controversia dottrinale e giurisprudenziale relativa alla questione, cui essa si ricollega, circa il carattere reale e personale della giurisdizione militare. L'opinione riflessa dal motivo è alla base della teoria che attribuisce alla giurisdizione militare carattere personale. Tale teoria è completamente superata dall'altra che, invece, come quella che è istituita per la realizzazione giurisdizionale della tutela degli interessi fondamentali dell'ordine giuridico militare. Questa seconda teoria s'informa, in contrasto con la prima, al concetto, secondo cui, agli effetti dell'assoggettamento delle persone alla giurisdizione militare di pace, si deve aver riguardo alla loro qualità personale al momento del commesso reato. L'esattezza di questo concetto è positivamente certa, per chi abbia chiaro che la particolare posizione che caratterizza l'autore del reato penetra nel contenuto stesso del reato come un vero e proprio elemento del fatto con il quale deve essere concomitante. La suenunciata affermazione si desume dalla stessa struttura della legge penale militare, in rapporto al suo carattere di legge speciale, e, pertanto, per essere il relativo "concetto... di tutta evidenza", secondo dichiara la Relazione al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice penale militare di pace, n. 14, sarebbe stata superflua la sua esplicita enunciazione, che può dare esteriore e formale risalto al principio, ma non può attribuirgli il valore "fondamentale" che esso ripete dalla sua propria essenza e che esattamente gli è riconosciuto dalla citata Relazione, n. 13. E' proprio per tale principio che non è dato dubitare, in tema di assoggettamento alla giurisdizione militare, dell'irrelevanza della cessazione dell'appartenenza alle forze armate al momento della celebrazione del giudizio relativo a reati militari commessi da persone appartenenti alle forze armate al momento del commesso reato.

La decisiva portata del principio ha risalto nel caso particolare che ne occupa, la cui caratterizzazione più rilevante è costituita dal passaggio dalla giurisdizione militare di guerra alla giurisdizione militare di pace, che separa il momento in cui sono stati commessi i reati dal momento in cui è stato celebrato il relativo giudizio.

Trattandosi di reati contro le leggi e gli usi della guerra commessi da militare delle forze armate nemiche, non vi è dubbio che il loro giudice originario fosse il giudice militare, e, precisamente, il tribunale militare di guerra, ma neppure vi può essere dubbio che lo stesso giudice militare sia il loro "giudice naturale", come quello che è istituito previamente ed esclusivamente dalla legge per conoscerne. E dall'essere il giudice militare il giudice naturale di tali reati e dei loro autori deriva l'inderogabilità della giurisdizione militare, tanto di guerra, quanto di pace.

III Si deduce, inoltre, che l'azione penale non poteva essere iniziata, mancando la richiesta ministeriale di cui all'articolo 248 del codice penale militare di guerra.

L'infondatezza del richiamo a tale articolo risulta dal rilievo della data d'inizio dell'azione penale, che è quella del 20 dicembre 1945, cioè in costanza dello stato di guerra. L'inizio dell'azione penale, a quella data, doveva aver luogo in seguito a disposizione del Ministro della

guerra, a termini dell'articolo 6 Decreto legislativo luogotenenziale 26 aprile 1945 n. 310, concernente l'esercizio dei poteri e delle attribuzioni in materia di giustizia militare fino allora devoluti al Capo di Stato Maggiore Generale. E tale disposizione era intervenuta fin dal 27 ottobre 1945.

L'inizio dell'azione penale ha, ovviamente, conservato la sua validità anche dopo la cessazione dello stato di guerra, perchè compiuto a seguito alla disposizione prescritta dalla legge del tempo e perchè nessuna disposizione di legge ne prescrive la rinnovazione. La legittima prosecuzione dopo la cessazione dello stato di guerra dell'azione penale regolarmente iniziata durante lo stato di guerra non può essere oggetto di dubbio ed è, per conseguenza, manifesta la estraneità al caso del richiamo all'articolo 248, non ricorrendo la situazione di tempo ivi testualmente indicata come presupposto di applicabilità delle relative disposizioni.

L'estraneità dell'articolo rispetto al caso comporta l'inutilità dell'esame della tesi difensiva. E', tuttavia, opportuno enunciare tale tesi, secondo cui la parità di trattamento dei militari delle forze armate nemiche e dei militari delle forze armate dello Stato italiano deve consistere in un trattamento penale identico sia per quanto ha tratto al diritto sostantivo sia per quanto ha tratto a quello formale.

Orbene, riguardo a quest'ultimo e relativamente all'inizio dell'azione penale, del quale qui si discute, la parità di trattamento è certa e risulta dalle norme in base alle quali è stata adottata la disposizione di procedere e che sono state sopra citate.

IV In relazione ad ordinanza dibattimentale del 3 maggio 1948 - per la quale era stata fatta espressa riserva d'impugnazione nel processo verbale immediatamente dopo la sua pubblicazione, ma contro la quale non era stata proposta impugnazione con la dichiarazione con cui era stata impugnata la sentenza - si deducono, con tre distinti motivi, tre nullità che si afferma consistere nell'inosservanza di disposizioni concernenti l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato nei casi e nelle forme che la legge stabilisce, e, per ciò, non sanabili in alcun modo e, nel rito militare, deducibili in ogni stato e grado del procedimento e rilevabili d'ufficio, per il testuale disposto dell'articolo 300 del codice penale militare di pace, in relazione all'articolo 185 n. 3 del codice di procedura penale.

a) Una prima causa di nullità non sanabile dell'ordinanza è ravvisata nel mancato accoglimento dell'eccezione di nullità del decreto di citazione, che era stata proposta in relazione al momento della notificazione al difensore dell'avviso del giorno fissato per il dibattimento. L'avviso, che indicava tale giorno nel 3 maggio, era stato notificato il 14 aprile, quinto giorno dalla notificazione del decreto di citazione dell'imputato. Coincidendo il giorno della notificazione dell'avviso con l'ultimo giorno utile per la deduzione delle nullità incorse nell'istruzione sommaria del procedimento, si assumeva allora, proponendo l'eccezione, e si assume ora, contro la decisione negativa su di essa, la violazione dell'articolo 412 in relazione alla disposizione della prima parte dell'articolo 410 del codice di procedura penale.

Secondo l'assunto, la deduzione delle nullità incorse nell'istruzione sommaria nel termine indicato dall'articolo 401 del citato codice è stata impedita dal ritardo della notificazione dell'avviso al difensore del giorno fissato per il dibattimento.

La tesi enunciata attribuisce all'avviso suindicato una funzione particolare in rapporto alla deduzione delle nullità incorse nell'istruzione sommaria. La notificazione dell'avviso stesso, che il cancelliere deve fare al difensore senza ritardo, sarebbe, secondo la tesi proposta, integrativa della notificazione all'imputato del decreto di citazione, dovendo consentire al difensore la deduzione delle nullità già dette nel termine di giorni cinque che appunto decorrono da quello della notificazione del decreto di citazione, per la testuale indicazione dell'articolo 401.

La tesi difensiva non può essere condivisa, perchè l'avviso al difensore non ha la funzione particolare che le viene attribuita, naturalmente in aggiunta ad altre che gli sono proprie nella fase degli atti preliminari al giudizio e che non vengono ora considerate. L'inesistenza di una

relazione tra l'avviso al difensore e la deduzione delle nullità incorse nell'istruzione sommaria risulta dall'assenza di connessione tra l'articolo 410 e l'articolo 401.

La disposizione della prima parte dell'articolo 410 detta la disciplina di un atto preliminare al giudizio che è in tutto comune ai procedimenti con istruzione sommaria ed a quelli con istruzione formale. Per questi ultimi, la deduzione delle nullità in questione non ha relazione alcuna con la fase degli atti preliminari al giudizio, come si rileva dalla relativa disciplina contenuta nell'articolo 377 in relazione all'articolo 372.

Il confronto di tale disciplina con quella della stessa materia nell'istruzione sommaria è espressivo, attraverso le differenze del rispettivo contenuto, più che del diverso grado, del diverso modo di tutela dell'interesse dell'imputato all'assistenza del difensore nell'una e nell'altra istruzione per quanto concerne la deduzione delle nullità.

Invero, il termine stabilito per tale deduzione è suscettibile di proroga nell'istruzione formale e non lo è, invece, in quella sommaria, ed inoltre nella prima decorre dalla notificazione di un particolare avviso ai difensori e nella seconda dalla notificazione del decreto di citazione. Quest'ultima differenza è manifestamente ostativa a che si ritenga l'accennata integrazione della notificazione del decreto di citazione con quella dell'avviso al difensore di cui si discute. L'integrazione delle due notificazioni importerebbe una decorrenza del termine da altro momento rispetto a quello stabilito dall'articolo 401, con effetto tuttavia assai diverso da quello indicato nel motivo.

Invero la tardività della notificazione dell'avviso al difensore, impedendo la decorrenza del termine, non menomerebbe affatto l'assistenza del difensore all'imputato agli effetti della deduzione delle nullità incorse. L'estraneità della funzione attribuita dal motivo all'avviso al difensore è in rapporto ai caratteri propri dell'istruzione sommaria, ed è dimostrata dalla stessa disciplina dell'atto, formulata in modo letteralmente identico a quella che era nell'abrogato codice di procedura penale, rispetto al quale neppure poteva porsi la questione qui discussa. Le suesprese considerazioni, inducono, pertanto, ad escludere che possa parlarsi di un ritardo della notificazione dell'avviso che abbia menomato l'assistenza della difesa, che, d'altronde, non ha in nessun momento indicato quali eccezioni di nullità istruttorie avrebbe voluto dedurre nel termine legale, in tal modo dimostrando di non avere un concreto interesse a che la notificazione dello avviso in questione avvenisse in un momento anteriore a quello nel quale è effettivamente avvenuta. In relazione al supposto ritardo, la dimostrazione di un effettivo pregiudizio sarebbe stata necessaria, data la sanabilità della nullità che deriva dal ritardo, che ha un solo limite nelle nullità indicate dall'articolo 300 del codice penale militare di pace, che siano incorse nell'istruzione.

b) Una seconda causa di nullità non sanabile dell'ordinanza è ravvisata nel mancato accoglimento dell'eccezione di nullità del decreto di citazione, che era stata proposta in relazione al mancato deposito in cancelleria durante il termine per comparire degli atti relativi al procedimento penale contro C. e di altri atti, dai quali risultano circostanze inerenti ad uno dei fatti che è oggetto di questo procedimento. La deduzione, per quanto concerne gli atti diversi da quelli del procedimento relativo a C., è priva di specificazione e questa non è neppure deducibile dall'esame del processo verbale di dibattimento. Pertanto, essa, per la parte anzidetta, non può essere presa in considerazione. La deduzione, per la parte residua, cioè per quanto concerne gli atti del procedimento penale relativo a C., è infondata. Tali atti, infatti, non sono stati in nessun momento oggetto di un provvedimento che fosse idoneo a farli considerare parte integrante di questo procedimento, avendo formato soltanto oggetto di richiesta e successiva restituzione ad altra autorità giudiziaria. La difesa, in relazione all'interesse ora dichiarato, aveva la facoltà di sollecitare il richiamo degli atti stessi, ma tale facoltà non ha in nessun momento esercitato. Pertanto, la violazione della disposizione del primo capoverso dell'articolo 410, non ricorre nel caso. Il deposito degli atti in cancelleria durante il termine per comparire ha la sua ragione di essere nella esigenza di consentire alle parti l'esercizio, tra l'altro, delle facoltà indicate dall'articolo 407 n. 4, che riguardano, ovviamente, gli atti del procedimento che si riferisce all'imputato citato per il giudizio e non gli atti di un diverso procedimento, che, per una qualsiasi attinenza, sono stati oggetto di una temporanea allegazione e di una successiva legittima trasmissione ad altra autorità giudiziaria.



c) Una terza causa di nullità non sanabile dell'ordinanza è ravvisata nel mancato accoglimento dell'eccezione di nullità del decreto di citazione, che era stata proposta in relazione alla mancata notificazione dell'avviso della nomina e dell'avviso del giorno fissato per il dibattimento al coadiutore tedesco del difensore, che l'imputato aveva scelto nel momento prescritto in fase di atti preliminari al giudizio. Il motivo, nello svolgimento della deduzione, sostiene che è stato violato l'articolo 2 del Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 2 ottobre 1947 n. 1144, concernente la difesa degli appartenenti alle forze armate tedesche imputati di reati contro le leggi e gli usi della guerra, ed assume al riguardo che le notificazioni, di cui si lamenta l'omissione, sono obbligatorie in rapporto alla figura giuridica del coadiutore tedesco, il cui ufficio integra quello del difensore e, come tale, deve essere oggetto della stessa tutela processuale. L'assunto non può essere condiviso nei termini nei quali è enunciato. Le disposizioni del decreto dianzi citato manifestano con chiarezza che l'ufficio del coadiutore tedesco è oggetto di una tutela diversa da quella propria dell'ufficio del difensore, che è un diritto per l'imputato ed un dovere per il giudice che deve assicurare all'imputato la difesa con l'osservanza di tutte le disposizioni che garantiscono le sue manifestazioni essenziali. L'ufficio del coadiutore non è obbligatorio in nessun caso ed, anzi, è escluso nel caso di difensore di fiducia che conosca la lingua dell'imputato. L'articolo 2 del decreto, che si pretende sia stato violato, disciplina l'esercizio della facoltà dell'imputato di nominare un coadiutore del difensore, ma non dispone che l'ufficio provveda a partecipare la nomina all'interessato nè che provveda a dargli avviso del giorno fissato per il dibattimento.

L'articolo, infatti, si limita a richiamare alcune disposizioni dell'allora vigente articolo 354 del codice penale militare di pace, ma non richiama le altre dello stesso codice, contenute negli articoli 356, 359 secondo comma - successivamente abrogato - e 361, primo comma, tuttora in vigore, che riguardano, tra l'altro, le notificazioni al difensore degli avvisi in questione.

La mancata notificazione degli avvisi è, dunque, rispondente al sistema di legge, che manifestamente ha inteso affidare alle cure dell'imputato e del suo difensore la partecipazione al coadiutore dell'intervenuta nomina e la comunicazione ad esso del giorno fissato per il dibattimento.

Le considerazioni suesposte sono decisive per la dimostrazione dell'inconsistenza della deduzione difensiva.

Essa, peraltro, ha ignorato l'intero svolgimento della questione nel giudizio di merito, che è palesemente dimostrativo della cura rivolta dal giudice all'assicurazione dell'intervenuto anche del coadiutore tedesco.

Risulta, invero, dal verbale di dibattimento che, dopo la pronuncia dell'ordinanza di cui si tratta, il presidente, constatata la mancata comparizione dei coadiutori, sulla istanza della difesa, cui non si opponeva il rappresentante del pubblico ministero, ordinava il rinvio del dibattimento ad altra udienza, nella quale compariva il coadiutore nominato da un coimputato del ricorrente, che, a seguito di istanza del difensore di quest'ultimo, veniva ammesso a svolgere le sue funzioni anche per costui che lo accettava - dice il verbale - anche come avvocato.

Ancora in tema di partecipazione del coadiutore al giudizio, questo Collegio reputa conveniente significare la propria adesione al provvedimento con cui il Presidente ha rigettato l'istanza del ricorrente tendente ad ottenere anche in questa fase il coadiutore tedesco.

La motivazione del provvedimento adottata in data 11 c.m., in conformità delle conclusioni del rappresentante della Procura Generale Militare, rileva che la lettera e lo spirito del decreto 2 ottobre 1947 n. 1144 limitano l'ufficio del coadiutore al solo giudizio di merito. Il rilievo, suffragato da acute osservazioni, è pienamente convincente.

B) In relazione al capo della sentenza che ha condannato per il reato di violenza continuata contro abitanti del territorio occupato mediante omicidio aggravato da premeditazione e da

crudeltà e da approfittamento di circostanze minoratrice della privata difesa, sono stati presentati dieci motivi.

Inoltre sono stati presentati quattro motivi concernenti ordinanze dibattimentali del 18 giugno e del 6 luglio 1948, per le quali era stata fatta riserva di impugnazione immediatamente dopo la loro pubblicazione ma contro le quali non era stata proposta impugnazione con la dichiarazione d'impugnazione della sentenza.

Nessuno dei motivi concernenti le ordinanze non impugnate deduce nullità non sanabili, e che, per ciò, sopravvivono anche all'omissione dell'impugnazione. Essi, infatti, censurano le ordinanze per difetto di motivazione delle statuizioni adottate in ordine a richieste difensive attinenti ad alcuni mezzi di prova relativi al fatto contestato.

Tali censure non possono essere prese in considerazione incontrando un insormontabile ostacolo nella mancata impugnazione delle ordinanze che hanno definito i relativi incidenti dibattimentali, per il testuale disposto del primo capoverso dell'articolo 200 del codice di procedura penale.

Pertanto, l'esame deve essere limitato ai motivi che riguardano la sostanza.

1) Il primo motivo deduce la violazione del capoverso dell'articolo 477 e dell'ultima parte dell'articolo 445 del codice di procedura penale, affermando la modificazione essenziale del fatto ritenuto in sentenza rispetto a quello contestato.

Si sostiene al riguardo che la sentenza, attribuendo all'imputato l'iniziativa personale dell'uccisione di quindici delle trecentotrentacinque persone, uccise, secondo la enunciazione del fatto nel capo di imputazione, "nell'esecuzione di sanzioni collettive", ha, per imprevedibile modificazione intervenuta, pregiudicato la difesa, che, a termini dell'imputazione, non poteva essere orientata se non all'allegazione delle discolpe che possono valere ad escludere la punibilità di un esecutore di ordini del superiore, quale era, appunto, la posizione contestata formalmente.

L'assunto è fondato su un'arbitraria ed infondata interpretazione dell'enunciazione del fatto nel capo d'imputazione.

Questo, lungi, dal riferire all'imputato una posizione di esecutore di ordine superiore, gli contesta il promovimento e l'organizzazione della cooperazione nel reato, la direzione dell'attività dei concorrenti, la determinazione dei dipendenti con l'uso della sua autorità.

Il richiamo alla commissione del fatto "nell'esecuzione di sanzione collettiva" è inequivocabilmente inteso a definire i trecentotrentacinque omicidi attuazione di una esecuzione in massa e non già a contrapporre all'esecutore dell'ordine altri che l'ordine abbia dato.

A proposito di questo motivo, è fuor di luogo indugiare a stabilire se la definizione sia giuridicamente esatta o non, essendo sufficiente rimarcare che dal contesto del capo d'imputazione esula qualsiasi formale indicazione di una posizione particolare dell'imputato, alla quale sia da ricollegare una determinazione logica della sua difesa che possa dirsi superata dal conclusivo giudizio di merito.

La limitazione della colpevolezza dell'imputato a quindici dei trecentotrentacinque omicidi contestatogli nell'unitarietà della loro continuazione non costituisce modificazione del fatto in tema di correlazione tra sentenza ed accusa, ma è, invece, coerente espressione della valutazione compiuta dell'intera materia di fatto contestata.

Tale valutazione si è risolta con l'esclusione della responsabilità dell'imputato in ordine a trecentoventi dei trecentotrentacinque omicidi e con la affermazione di responsabilità per i

quindici omicidi residui, senza mutamento della loro fisionomia giuridica di delitto continuato, quale era contestato.

2. Il secondo motivo deduce la violazione dell'articolo 475 n.3 del codice di procedura penale per mancanza di motivazione in ordine all'attribuzione all'imputato della iniziativa personale dell'uccisione di quindici persone.

Il motivo muove alla sentenza la censura del travisamento dei fatti in ordine alle circostanze nelle quali l'imputato ha ordinato che dieci altre persone venissero aggiunte alle trecentoventi, a seguito della notizia da lui avuta della morte di un trentatreesimo soldato tedesco.

Si assume, a questo proposito, che l'ordine di HITLER aveva stabilito che la rappresaglia avvenisse nel rapporto di dieci italiani per ogni tedesco e che la completa attuazione della rappresaglia avvenisse ad opera del servizio di sicurezza, cioè dell'imputato, si che è in contrasto con la realtà la diversa ricostruzione dei fatti in sentenza, nella parte che ha ritenuto che l'imputato fosse un mero esecutore dell'ordine del Generale MAELTZER, che aveva bloccato nel numero non più variabile di trecentoventi la misura della rappresaglia ordinata da HITLER.

Il motivo indica le ragioni di tale contrasto con la realtà nella mancata ammissione a testimoniare di KESSERLING, MACKENSEN e MAELTZER. e nell'esclusione dei testimoni già ammessi BECLITZ, HARSTER e HAUSER - già separatamente censurate a proposito delle ordinanze dibattimentali - nel travisamento di dichiarazioni dell'imputato che, riguardo al colloquio del mezzogiorno del 24 marzo con il Generale MAELTZER, aveva affermato che costui gli aveva comunicato che per ordine di HITLER spettava all'imputato non la mera esecuzione ma l'intera attuazione della rappresaglia, nell'illogicità, infine, della ricostruzione data in sentenza, fondata sull'affermazione inconsistente ed incoerente dell'ordine limitativo della rappresaglia a trecentoventi persone.

In conclusione, questa doglianza sostiene che la distruzione segnata dalla sentenza tra l'uccisione delle trecentoventi persone e l'uccisione delle altre dieci aggiunte per la morte di un trentatreesimo soldato tedesco, viziate per le surriferite ragioni e fondata su labili argomentazioni, non ha ragione di essere: all'uccisione delle altre dieci persone si deve estendere l'efficienza discriminatrice dell'ordine di HITLER e tale efficienza deve essere piena, per l'insindacabilità da parte dell'imputato dell'ordine stesso, per la suprema autorità da cui era stato impartito e per l'indisponibilità da parte dell'imputato di elementi tecnici idonei a consentire la valutazione della situazione militare e l'incidenza dell'attentato di Via Rasella sulla situazione militare. L'indicazione del contenuto del motivo contiene nel suo stesso testo la prima e fondamentale dimostrazione dell'inconsistenza della doglianza.

Il travisamento dei fatti, con cui si qualifica il vizio attribuito alla sentenza, non viene riferito ai fatti giudizialmente accertati, ma viene, invece, riferito a fatti rimasti estranei al giudizio, per effetto delle ordinanze dibattimentali non impugnate con la sentenza. L'inammissibilità della persistenza della critica delle ordinanze è corollario dell'acquiescenza alle loro statuizioni implicite nella mancata impugnazione.

Dal che deriva che non è consentita la critica della sentenza che sia fondata esclusivamente sulla critica delle ordinanze non impugnate.

L'esclusiva riproduzione della critica delle ordinanze non impugnate è sterile di effetti nella critica della sentenza, che, per essere accolta, deve riuscire alla dimostrazione di un vizio logico o giuridico che sia intrinseco alla sentenza.

Il motivo, forse intuendo l'esigenza di questa dimostrazione, afferma che la sentenza è illogica là dove ritiene che MAELTZER avesse bloccato l'ordine nel numero non più variabile di trecentoventi fucilandi.

Ma l'affermazione non indica la regola logica rispetto alla quale il suddetto giudizio sia difforme e una tale indicazione non è evidentemente possibile, perché l'affermazione, in sostanza, non è che il riflesso conclusivo dell'intera impostazione del motivo, secondo cui la realtà e la logica devono ricercarsi al di fuori dell'indagine giudiziale, perché questa è caratterizzata da una limitazione di cui si recrimina l'ingiustizia senza avere impiegato l'agevole strumento predisposto dalla legge per consentire la rimozione.

Occorre, pertanto, concludere per l'intangibilità in questa sede del giudizio sul fatto, con la conseguenza dell'inutilità dell'esame della parte del motivo che riflette l'insindacabilità dell'ordine di HITLER, perché, a prescindere dalla rispondenza o non ad esattezza dell'assunto dell'insindacabilità, non è in relazione con l'ordine l'uccisione dei dieci aggiunti ai trecentoventi.

**IL RELATORE**

f.to Santacroce

**IL PRESIDENTE**

f.to Boncompagni