

Prefazione

Con la vicenda processuale del Capitano delle SS tedesche Erich PRIEBKE si conclude l'annosa attività processuale legata all'eccidio delle Fosse Ardeatine.

Dalla disamina dei numerosi e complessi procedimenti giudiziari che hanno contraddistinto l'iter processuale si comprende chiaramente le difficoltà a cui sono stati sottoposti gli organi requirenti e giudicanti, per giungere ad un verdetto definitivo a carico dell'imputato Erich PRIEBKE.

Vi è inoltre da evidenziare che, nel corso del processo, il Giudice per le indagini preliminari, su richiesta dei familiari delle vittime dell'eccidio, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma del c.p.m.p., in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 60, in data 22 febbraio 1996, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma c.p.m.p., permettendo agli aventi diritto la costituzione di parte civile dinanzi al procedimento in questione.

Ordinanza del Giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale Militare di Roma, in data 07.12.1995

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

**Tribunale Militare di Roma
Ufficio del Giudice dell'Udienza preliminare**

Il Giudice dell'udienza preliminare all'udienza del 7 dicembre 1995 ha pronunciato la seguente ordinanza nel proc. pen. N. 712/A/94 a carico di Erich PRIEBKE, nato a Berlino (Germania) il 29 luglio 1913, già Capitano delle "SS" germaniche, residente in San Carlos de Bariloche (Argentina), Calle 24 de Septiembre 167, in atto ristretto presso il Carcere militare di Forte Boccea in Roma; imputato di: "CONCORSO IN VIOLENZA CON OMICIDIO CONTINUATO IN DANNO DI CITTADINI ITALIANI" (artt. 13 e 185, co. 1 e 2 C.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575 e 577, nn. 3 e 4 e 61, n. 4 C.p.) per avere, quale appartenente alle forze armate tedesche, nemiche dello Stato italiano in concorso con KAPPLER Herbert ed altri militari tedeschi (già giudicati), con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso ed agendo con crudeltà verso le persone, cagionato la morte di 335 (trecentotrentacinque) persone, per lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo colpi di arma da fuoco, in Roma, località "Cave Ardeatine", in data 24 marzo 1944, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania.

FATTO E DIRITTO

Al termine delle indagini preliminari il P.M. chiedeva il rinvio a giudizio di Erich PRIEBKE per il reato di "concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani" di cui in rubrica.

All'odierna udienza, preliminarmente vengono presentate dai difensori dei soggetti ai quali il reato ha recato danno (ovvero dai successori universali), ai sensi degli artt., 74 ss. c.p.p., dichiarazioni di costituzione di parte civile. Viene inoltre chiesta, ai sensi degli artt. 232, comma 1, n. 2 e 233 c.p.m.g., la trasmissione degli atti, per competenza, all'autorità giudiziaria ordinaria. Sulla seconda questione è emessa, sentite le parti, separata ordinanza. Sulla questione relativa alla ammissibilità della costituzione di parte civile il P.M., preso atto dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiede che la costituzione delle parti civili non sia ammessa e sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.m.p., in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.; i difensori delle persone offese chiedono che le parti civili siano ammesse, ovvero che sia sollevata questione di legittimità costituzionale; i difensori dell'imputato si oppongono, in via principale, alla ammissione della parte civile, in via subordinata non si oppongono alla proposizione della questione di legittimità costituzionale.

2. Secondo l'art. 270 c.p.m.p. "l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno non può essere proposta davanti ai tribunali militari". Dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale molto si è discusso sulla perdurante vigenza di questa disposizione, negata da numerosi organi giudiziari militari, nella considerazione che, ai sensi dell'art. 207 disp. coord. C.p.p., anche nei procedimenti relativi a reati militari si osservano le disposizioni del codice di procedura penale. La controversia è stata infine risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che (con sent. 14 dicembre 1994, Trombetta) hanno affermato l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento penale militare, ritenendo che tale deroga alla normativa comune non sia in contrasto con le linee fondamentali tracciate dal legislatore nel nuovo codice di procedura penale.

Poiché, dopo l'intervento delle Sezioni Unite, la questione non appare suscettibile di ulteriore disamina sul piano interpretativo, questo giudice ritiene debba essere proposta la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 270 c.p.m.p.

La rilevanza della questione, anzitutto, non appare dubbia, dato che, in applicazione dell'art. 270 c.p.m.p. dovrebbe essere emesso un provvedimento con cui viene dichiarata l'inammissibilità nel presente procedimento delle domande di costituzione di parte civile.

La questione appare inoltre non manifestamente infondata per violazione degli artt. 2 e 24 Cost.. E' vero che una analoga questione di costituzionalità è stata ritenuta infondata (Corte cost., 22 febbraio 1989, n. 78), per la ragione che non sussisterebbero "vincoli costituzionali che vietino o impongono l'esperibilità dell'azione civile per le restituzioni ed il risarcimento del danno nel processo penale militare".

E' tuttavia da considerare che il contesto normativo in base al quale la questione va esaminata è mutato con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale (avvenuta dopo la pubblicazione della predetta sentenza della Corte): uno degli obiettivi del nuovo codice è costituito infatti proprio dalla salvaguardia della posizione della persona offesa dal reato (la cui coincidenza non di rado ricorre con la persona del danneggiato determinerà nella fase del processo l'applicazione della disciplina specificamente prevista per le parti private diverse dall'imputato: cfr. Relaz. al prog. prel. del c.p.p., in G.U., 24 ottobre 1988, suppl. ord., p. 41).

E' certo che le principali innovazioni in tema di tutela della persona offesa sono state stabilite dal codice in relazione alla fase delle indagini preliminari (sulla particolare valorizzazione del ruolo della persona offesa, soprattutto nella fase delle indagini preliminari, avutasi con il nuovo c.p.p., cfr. Corte cost. n. 353/1991 e n. 413/1994), ma

ciò proprio perché, in relazione al processo, è con la costituzione di parte civile che la persona offesa si inserisce a pieno titolo fra le parti processuali.

La contemporanea vigenza, per il processo penale militare, delle norme riguardanti i diritti di iniziativa e di intervento della persona offesa (o dei prossimi congiunti di essa nel caso di cui all'art. 90 co.3 c.p.p.) e della norma preclusiva di cui all'art. 270 c.p.p., conduce quindi ad una situazione normativa paradossale: alla persona offesa sono infatti riconosciuti specifici poteri nella fase delle indagini preliminari (es. art. 410 e 413 c.p.p.), mentre invece la stessa persona offesa nelle fasi successive può esercitare (in luogo dei più ampi poteri riconosciuti alla parte civile: cfr. ad es. art. 316 co. 2, 421 co. 2, 493 co. 2, 498 co. 2, 503 co. 1, 504, 523, 576 c.p.p.) esclusivamente, o quasi (cfr. es. art. 428 co. 3, c.p.p.), i diritti previsti in generale dall'art. 90 c.p.p. (presentazione di memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicazione di elementi di prova).

A conferma della sopravvenuta incongruità della disposizione contenuta nell'art. 270 c.p.m.p. va inoltre rilevato che nel processo penale militare non appare precluso l'intervento degli enti o associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato. Anche nel caso, infatti, che i rapporti tra processo penale militare e processo penale comune si ritengano ancora disciplinati dall'art. 261 c.p.m.p. - piuttosto che dall'art. 207 disp. coord. c.p.p. - non è rinvenibile nel codice penale militare alcuna disposizione da cui potersi desumere l'inapplicabilità degli artt. 91 ss. c.p.p.. La disposizione di cui al citato art. 270 c.p.m.p., in particolare, non appare assolutamente suscettibile di una interpretazione analogica tale da implicare, oltre al divieto di costituzione di parte civile, anche il divieto di intervento di enti o associazioni rappresentative degli interessi lesi dal reato. Di conseguenza, all'ente o associazione intervenuto nel procedimento penale militare sono riconosciuti, oltre all'esercizio dei diritti e delle facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato (art. 91 c.p.p.), specifici poteri (cfr. art. 505 e art. 511 co. 6 c.p.p.). In sostanza, mentre nel processo penale comune si è voluto differenziare la posizione degli enti e associazioni riconoscendo a questi poteri meno incisivi di quelli attribuiti alla parte civile, nel processo penale militare, data l'inammissibilità della costituzione di parte civile, l'ente o associazione usufruisce di strumenti di intervento più ampi di quelli della stessa persona offesa (ciò che nel caso di specie non costituisce affermazione meramente teorica ma è coerente con la situazione processuale effettivamente determinatasi).-

La compressione dei diritti di difesa della persona offesa nel processo penale militare (derivante dalla inammissibilità della costituzione di parte civile⁹, e la disparità di trattamento fra persona offesa nel procedimento ordinario e nel procedimento militare, sembrano quindi irragionevoli, anche perché non risultano fondate sulla esigenza di tutela di alcun interesse meritevole di considerazione.

Secondo autorevole dottrina l'esclusione della parte civile troverebbe la sua sola reale ragione nella pretesa dell'istituzione militare di non consentire ad estranei di penetrare all'interno del processo penale militare e di avervi os ad loquendum, a darebbe quindi luogo ad una distorsione palese e macroscopica.

Dopo la riforma della giustizia militare avvenuta a partire dal 1981, palesemente non hanno infatti più attualità le ragioni che hanno portato il legislatore, nel 1941, a stabilire la regola di cui all'art. 270 cit.: ovvero che i tribunali militari si configurerebbero come giudici prevalentemente del fatto, senza capacità per l'apprezzamento di questioni di carattere patrimoniale (cfr. Rel. della Commiss. Reale ai prog. prel. del c.p.m.p. e del c.p.m.g., p.200). Tali considerazioni venivano infatti espresse quando nei tribunali militari la presidenza numerica nei collegi giudicanti era attribuita a ufficiali delle Forze armate e non a magistrati (sulla "evoluzione complessiva dell'ordinamento giudiziario militare di pace, diretta a perseguire l'assimilazione della magistratura militare a quella ordinaria", cfr. Corte cost., 22 febbraio 1995, n. 71).

A conferma del fatto che la situazione normativa oggi sottoposta all'esame della Corte costituzionale è ben diversa, non solo da quella del momento di emanazione dei codici penali, ma anche a quella esistente nel 1989, va ricordato, che nella citata sent. N. 78/1989, la Corte, fra le considerazioni finali e, in certo senso, risolutive, affermava che "ancor oggi, malgrado la legge n.180 del 1981, permangono, infatti, non poche diversità tra il diritto penale sostanziale ordinario ed il diritto penale speciale militare e la specialità del diritto penale sostanziale militare non può non riflettersi sulla specialità del procedimento penale militare (e, per citare soltanto un esempio, vale ricordare la diversità dei parametri per l'obbligatorietà o la facoltatività del mandato od ordine di cattura, tanto più dopo la legge 5 agosto 1988, n. 330)".

Ebbene, va rilevato che, rispetto alla normativa vigente nel momento in cui tali considerazioni venivano espresse, attualmente alcune delle principali diversità del diritto penale sostanziale militare sono state eliminate (v. in ordine al tema più dibattuto negli ultimi anni, concernente l'applicabilità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi per i reati militari e le pene militari, Corte cost., sent. 15 giugno 1995, n. 284), Ancora più significative sono poi le modifiche intervenute con riguardo al processo penale militare. Anzitutto non è dubbio, né è escluso nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 14 dicembre 1994, cit., che le norme del codice di procedura penale ispirate a principi fondamentali del nuovo modello processuale trovano applicazione anche nel processo penale militare. Così, in tema di misure cautelari, a prescindere da qualche affermazione dottrinale, non sono stati espressi dubbi sulla applicabilità integrale delle norme del codice di procedura penale (art. 272 ss. c.p.p.) piuttosto che delle disposizioni di cui agli artt. 313 sg. c.p.m.p. (v. in proposito Cass., 22 marzo 1991, Pagliarini): anche nel presente procedimento, quindi, i provvedimenti in tema di libertà personale dell'imputato sono stati adottati in applicazione delle norme di procedura penale comune. Va aggiunto che la Corte costituzionale, a partire dal 1989, ha dichiarato l'incostituzionalità, a quanto risulta, di tutte le norme speciali attinenti al processo penale militare che sono state sottoposte al giudizio di costituzionalità (cfr. sent. 26 ottobre 1989, n. 429, sull'art. 308 c.p.m.p.; sent. 9 ottobre 1990, n. 469, sull'art. 377 c.p.m.p.; sent. 23 maggio 1990, n. 274, sull'art. 402 c.p.m.p.; sent. 6 luglio 1994, sull'art. 365 c.p.m.p.), così che l'art. 270 c.p.m.p. rimane in sostanza l'unica norma processuale militare, ritenuta ancora vigente, che contenga una significativa deroga alla procedura penale comune.

Va peraltro anche rilevato che l'intervento della parte civile nel processo penale non è limitato strettamente alla valutazione delle questioni di carattere patrimoniale. Basti ricordare che, ai sensi dell'art. 577 c.p.p., la persona offesa, solo se costituita parte civile, può proporre impugnazione, anche agli effetti penali, contro le sentenze di condanna e di proscioglimento per i reati di ingiuria e diffamazione. Inoltre si è ritenuto che sussistono utili margini di intervento della parte civile a tutela dei propri diritti nelle udienze fissate a seguito di richiesta di applicazione di pena ex art. 444 c.p.p., avendo la parte civile interesse a interloquire anche in ordine alle questioni inerenti la congruità della pena o la sospensione condizionale della pena patteggiata (Cass., 26.11.1991, Di Maulo; lo stesso art. 444 è stato d'altro canto dichiarato costituzionalmente illegittimo della Corte cost., sent. n. 443/1990, nella parte in cui non prevede che il giudice possa condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile).

3. la disparità di trattamento nella tutela dei diritti di difesa della persona offesa nei processi penale militare appare poi particolarmente evidente in ordine ai reati, come quello contestato nel presente procedimento, che sono lesivi in modo specifico di interessi della persona, piuttosto che di interessi attinenti al servizio e la disciplina militare.

Il reato di cui all'art. 185 c.p.m.g. è infatti caratterizzato dalla "non estraneità alla guerra" delle cause che hanno determinato l'atto di violenza contro persone civili che non

prendono parte alle operazioni militari. Ciò comporta senza dubbio la qualificazione del fatto come "crimine di guerra" e la applicazione delle norme, sostanziali e di giurisdizione, previste per i reati militari. Non sembra tuttavia, specificamente nei casi in cui la violenza consiste nell'omicidio, che il bene principale protetto sia ravvisabile in un interesse militare, piuttosto che nella vita e nei diritti inviolabili dell'individuo. Ciò è fatto palese anche dal rinvio alle pene previste dal codice penale, con un aumento facoltativo della pena detentiva temporanea.

Appare quindi del tutto privo di giustificazione che mentre nel procedimento per il reato comune di omicidio sia ammessa la costituzione di parte civile i diritto della persona offesa non abbiano una corrispondente protezione nel processo per il reato militare.

Appare così in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza e di inviolabilità del diritto di difesa la disposizione secondo cui il soggetto che subisca una offesa a beni della personalità in conseguenza di un reato militare, non possa esercitare nel processo penale dinanzi al giudice militare tutti i diritti riconosciuti nel processo penale alla persona offesa, ivi compreso quello, che appare il più significativo, concernente la facoltà di costituirsi come parte civile.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n.87;

Solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 del codice penale militare di pace, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, ritenendo tale questione rilevante e non manifestamente infondata;

D I S P O N E

La sospensione del procedimento in corso e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

O R D I N A

che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Roma, 7 dicembre 1995

Seguono le firme

Sentenza n° 60 della Corte Costituzionale, in data 22.02.1996

Repubblica Italiana

**In nome del popolo Italiano
la Corte Costituzionale composta dai signori:**

Avv. Mauro FERRI
Prof. Luigi MENGONI
Prof. Enzo CHELI

Presidente
Giudice
Giudice

Dott. Renato GRANATA	Giudice
Prof. Giuliano VASSALLI	Giudice
Prof. Francesco GUIZZI	Giudice
Prof. Cesare MIRABELLI	Giudice
Prof. Fernando SANTOSUOSSO	Giudice
Avv. Massimo VARI	Giudice
Dott. Cesare RUPERTO	Giudice
Dott. Riccardo CHIEPPA	Giudice
Prof. Gustavo ZAGREBELSKY	Giudice
Prof. Valerio ONIDA	Giudice
Prof. Carlo MEZZANOTTE	Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, del codice penale militare di pace, promosso con ordinanza emessa il 7 dicembre 1995 dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale militare di Roma nel procedimento penale a carico di Erich Priebke, iscritta al n. 914 del registro ordinanze 1995 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 52, prima serie speciale, dell'anno 1995.

Visti gli atti di costituzione di Erich Priebke, di Roberto Massari, di Giuseppe Nobili, dell'A.N.F.I.M., di Nicoletta Leoni, di Anna Rivalta, della Provincia e del Comune di Roma, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella udienza pubblica del 6 febbraio 1996 il Giudice relatore Mauro Ferri;

uditi gli avvocati Enrico Baccino per Erich Priebke, Giancarlo Maniga e Sebastiano Di Lascio per Anna Rivalta, Marcello Gentili e Sebastiano Di Lascio per Nicoletta Leoni, Sebastiano Di Lascio per l'A.N.F.I.M., Paola Severino per Giuseppe Nobili, Rocco Ventre per Roberto Massari, Nicola Lombardi per la Provincia di Roma, Giuseppe Lo Mastro per il Comune di Roma, nonché l'Avvocato dello Stato Plinio Sacchetto per il Presidente del Consiglio dei ministri.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza emessa il 7 dicembre 1995 nel procedimento penale a carico di Erich Priebke, imputato del reato di concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani (artt. 13 e 185, primo e secondo comma, del codice penale militare di guerra, in relazione agli articoli 81, 110, 575, 577, nn. 3 e 4, e 61, n. 4, del codice penale), il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale militare di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, del codice penale militare di pace, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

2. Premette il remittente che in sede di udienza preliminare sono state presentate dalle persone alle quali il reato ha recato danno (ovvero dai loro successori universali) dichiarazioni di costituzione di parte civile, ai sensi degli artt. 74 e ss. del codice di procedura penale.

Posto che sulla base del primo comma dell'art. 270 del codice penale militare di pace "l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno non può essere proposta davanti ai tribunali militari", il giudice a quo osserva che dopo l'entrata in vigore del

nuovo codice di procedura penale molto si è discusso sulla perdurante vigenza di questa disposizione, negata da numerosi organi giudiziari militari.

Detto contrasto giurisprudenziale è stato risolto dalle sezioni unite della Corte di cassazione, le quali, confermandone la vigenza, hanno ribadito l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento penale militare; da qui la rilevanza della questione, dato che, proprio in applicazione della norma impugnata, dovrebbe esser dichiarata l'inammissibilità dei detti atti di costituzione.

3. Sottolinea il giudice militare che, successivamente alla sentenza n. 78 del 1989, con la quale questa Corte ha dichiarato non fondata la medesima questione, il contesto normativo è mutato con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, uno dei cui obiettivi è costituito proprio dalla tutela della posizione della persona offesa dal reato.

Osserva al riguardo il remittente che la contemporanea vigenza, per il processo penale militare, delle norme riguardanti i diritti di iniziativa e di intervento della persona offesa (o dei prossimi congiunti di essa) e della norma preclusiva impugnata conduce alla situazione paradossale che, mentre alla persona offesa sono riconosciuti specifici poteri nella fase delle indagini preliminari, la stessa, nelle fasi successive, può esercitare esclusivamente, o quasi, i diritti previsti in generale dall'art. 90 del codice di procedura penale.

Si rileva, inoltre, che nel processo penale militare non appare precluso l'intervento degli enti, o delle associazioni, rappresentativi di interessi lesi dal reato. Ciò in quanto la disposizione di cui al citato art. 270 non può, ad avviso del remittente, ritenersi suscettibile di una interpretazione analogica tale da implicare, oltre al divieto di costituzione di parte civile, anche il divieto di intervento di detti enti e associazioni. Ne consegue che, mentre nel processo penale comune si è voluto differenziare la posizione degli enti e delle associazioni, riconoscendo ad essi poteri meno incisivi di quelli attribuiti alla parte civile, nel processo penale militare, al contrario, data l'impossibilità per la persona offesa dal reato di costituirsi parte civile, l'ente o l'associazione usufruirebbero di strumenti di intervento addirittura più ampi di quelli della stessa persona offesa (cfr. artt. 505 e 511, comma 6, del codice di procedura penale).

La compressione dei diritti di azione e di difesa della persona danneggiata dal reato nel processo penale militare ed il suo deterioro trattamento appaiono, pertanto, irragionevoli, anche perchè non fondati sulla esigenza di tutela di interessi meritevoli di preminente considerazione.

Inoltre, prosegue il giudice a quo, dopo la riforma della giustizia militare, avvenuta a partire dal 1981, risulterebbe chiaramente inattuale uno dei principali motivi che avevano portato il legislatore, nel 1941, a stabilire la regola di cui all'art. 270: vale a dire che i tribunali militari si configurano prevalentemente come giudici del fatto, non idonei, in quanto tali, a valutare questioni di carattere patrimoniale.

La situazione normativa è oggi ben diversa essendo state eliminate alcune delle principali diversità del diritto penale sostanziale militare, ed ancor più significative sono le modifiche intervenute nel processo penale militare; processo in cui trovano oggi applicazione le norme del codice di procedura penale ispirate a principi fondamentali del nuovo modello processuale, quali, ad esempio, quelle in tema di misure cautelari.

A ciò può aggiungersi, ad avviso del remittente, il fatto che la Corte costituzionale a partire dal 1989 ha dichiarato l'illegittimità di tutte le norme speciali del processo penale

militare che sono state sottoposte al suo esame, così che l'art. 270 rimane in sostanza l'unica norma contenente una significativa deroga alla procedura penale comune.

4. La disparità di trattamento nel diritto di difesa della persona danneggiata dal reato appare poi - prosegue il giudice a quo - particolarmente evidente in ordine ai delitti, come quello contestato nel presente procedimento, che sono specificamente lesivi di interessi della persona piuttosto che di interessi attinenti il servizio e la disciplina militare.

Il reato previsto dall'art. 185 del codice penale militare di guerra è infatti caratterizzato dalla "non estraneità alla guerra" delle cause che hanno determinato l'atto di violenza contro persone civili che non prendono parte alle operazioni militari. Ciò comporta la qualificazione del fatto come "crimine di guerra" e l'applicazione delle norme, sostanziali e di giurisdizione, previste per i reati militari. Non sembra tuttavia, ad avviso del remittente, specificatamente nei casi in cui la violenza consiste nell'omicidio, che il bene sostanzialmente protetto sia individuabile in un interesse militare, piuttosto che nella vita e nei diritti inviolabili dell'individuo.

In conclusione, il giudice a quo ritiene che si ponga in contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza e di inviolabilità del diritto di difesa la disposizione secondo cui il soggetto che subisce un danno a beni della persona in conseguenza di un reato militare non può esercitare nel processo penale dinanzi al giudice militare i medesimi diritti riconosciutigli nel processo penale, primo fra tutti quello, che appare il più significativo, di costituirsi parte civile.

5. - Si è costituito in giudizio Erich Priebke, imputato nel giudizio a quo, il quale ha concluso per la manifesta infondatezza della questione, richiamando in proposito gli argomenti posti a base delle sentenze nn. 78 del 1989 e 106 del 1977 di questa Corte.

6. - Si sono altresì costituiti nel presente giudizio Anna Rivalta, Nicoletta Leoni, Giuseppe Nobili e Roberto Massari, familiari delle vittime delle Fosse Ardeatine, nonché l'A.N.F.I.M., la Provincia di Roma e il Comune di Roma, tutti concludendo per la declaratoria di illegittimità dell'art. 270, primo comma, sulla base dei medesimi motivi espressi dal giudice a quo, e sottolineando, in particolare, che per effetto della denunciata disposizione viene impedito alla persona danneggiata dal reato di partecipare all'accertamento del fatto storico che è fonte e presupposto del suo diritto al risarcimento dei danni, non potendo concorrere né portare il suo contributo di conoscenza e di prove alla formazione del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato.

7. - E' intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata fondata.

Premette la difesa del Presidente del Consiglio che la norma impugnata deve senz'altro ritenersi vigente alla luce della corrente interpretazione giurisprudenziale, per cui la questione sollevata può trovare soluzione solo in sede di giudizio di costituzionalità.

Nel merito, l'Avvocatura sottolinea che, pur essendosi la Corte costituzionale già pronunciata sulla medesima questione, la disamina allora compiuta si era polarizzata sulla portata della norma in relazione agli aspetti salienti emersi in quel contesto; mentre ora sembra necessaria una radicale *reductio ad unitatem* dell'istituto che superi la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare (come la sentenza n. 278 del 1987 di questa Corte aveva osservato), riconducendolo nell'ambito dell'ordinamento generale dello Stato, garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini.

Non i soli fatti costituenti illeciti penali militari, osserva l'Avvocatura, ma tutti gli illeciti penali offendono, prima ancora che i singoli e specifici beni, l'intera collettività.

Circa il contrasto tra la norma impugnata e l'art. 3 della Costituzione, l'Avvocatura rileva che non può negarsi il trattamento fortemente discriminatorio tra il danneggiato dal reato comune ed il danneggiato dal reato militare; disparità di trattamento le cui ragioni giustificatrici non possono più ritenersi valide, sia per i mutamenti del panorama normativo che per i plurimi interventi "demolitori" di questa Corte, per effetto dei quali la norma in questione viene di fatto a restare l'ultimo significativo aspetto di differenziazione tra i due processi.

Condividendo le motivazioni addotte dal giudice a quo a sostegno del progressivo venir meno del carattere di "specialità" del processo militare rispetto a quello comune, e del positivo contributo che la partecipazione della parte civile può dare per giungere celermente all'accertamento della verità processuale, la difesa del Presidente del Consiglio valuta come argomento di scarso pregio l'ulteriore tesi della inidoneità dei tribunali militari, per la presenza di militari di carriera nei collegi, a valutare i fatti nella loro valenza di illeciti civili. Detta presenza, infatti, per effetto della legge n. 180 del 1981, è divenuta ormai minoritaria, per cui, volendo ancora sostenere l'inidoneità di tale collegio, si dovrebbe - a fortiori - negare ingresso all'azione civile anche nei giudizi davanti alla corte d'assise, collegio in cui la presenza di componenti non togati è nettamente maggioritaria.

Se, quindi, non sembra potersi negare - nel complessivo contesto dell'istituto e della sua ratio - che la norma in esame confligga con l'art. 3 della Costituzione, non minore, ad avviso dell'Avvocatura, sembra il suo contrasto con l'art. 24 della Costituzione.

Infatti, non potrebbe più ritenersi decisiva la considerazione, svolta nelle citate precedenti decisioni di questa Corte, per cui la limitazione del diritto di azione del danneggiato è di ordine meramente temporale, sostanziandosi nella mera sospensione del giudizio civile, sino alla definizione del processo penale, stabilita dal secondo comma del cit. art. 270.

Basterebbe osservare che una più coerente ed adeguata evoluzione dell'istituto sposta il suo fulcro dal petitum (liquidazione del danno) alla causa petendi (accertamento dell'illecito), sicché la ratio della possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale finisce per risiedere non più nel principio di economia processuale o di unità della giurisdizione, ma nell'interesse della parte lesa ad essere presente ed a cooperare nell'accertamento del reato.

8. - Hanno depositato memorie aggiuntive Erich Priebke, Anna Rivalta, Giuseppe Nobili e l'Avvocatura generale dello Stato, ribadendo le argomentazioni già svolte ed insistendo nelle conclusioni già formulate.

La difesa di Erich Priebke, in particolare, ribadisce quanto già esposto nell'atto di costituzione, sostenendo che, dal punto di vista costituzionale, qualunque regime giuridico in tema di rapporti tra azione civile e azione penale è legittimo; la scelta, pertanto, è di esclusiva competenza del legislatore, come si evincerebbe anche dal fatto che la sola dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 270 lascerebbe privo di regolamentazione l'istituto della costituzione di parte civile nel processo penale militare.

La medesima difesa insiste, infine, sulla "specialità" del diritto penale militare; specialità che attiene all'aspetto sostanziale della res iudicanda, rappresentato dalla tutela della disciplina e del servizio militare.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale militare di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, del codice penale militare di pace, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Ad avviso del remittente la norma impugnata, secondo cui "nei procedimenti di competenza del giudice militare, l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno non può essere proposta davanti ai tribunali militari", si pone in contrasto:

- con l'art. 3 della Costituzione, in quanto il trattamento deteriore della persona danneggiata dal reato nel processo penale militare, a fronte dell'inesistenza di un analogo divieto nel processo penale ordinario, risulta, nell'attuale contesto normativo, non fondato sull'esigenza di tutela di specifici e preminenti interessi, e quindi privo di razionale giustificazione;

- con l'art. 24 della Costituzione, poiché la denunciata preclusione è suscettibile di comprimere illegittimamente il diritto del danneggiato di agire in giudizio per la tutela delle proprie ragioni.

2. - Questa Corte, dunque, è chiamata a decidere se, ai sensi degli artt. 3 e 24 della Costituzione, possa ritenersi legittima l'attuale diversità di disciplina tra processo penale militare e processo penale ordinario in ordine alla possibilità di esercitare l'azione civile per le restituzioni ed il risarcimento del danno.

La persona danneggiata dal reato, infatti, ove il presunto responsabile sia sottoposto a processo militare, non può in alcun modo esercitare l'azione civile prima che quel processo sia definito, né in sede penale - stante il divieto in esame - né in sede civile, a causa della sospensione obbligatoria del giudizio civile fino all'esito del giudizio penale, disposta dal secondo comma del medesimo art. 270.

Il termine di raffronto costituito dalla disciplina di diritto comune esprime, invece, un principio del tutto opposto, in base al quale il danneggiato dal reato può usufruire subito della scelta tra entrambe le vie, ciascuna delle quali consente l'esercizio immediato del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri interessi.

E' in questi termini, pertanto, che la questione va sostanzialmente esaminata: e cioè in quanto investe il divieto di costituzione di parte civile nel processo penale militare, sotto il duplice significato che tale divieto, nel sistema complessivamente delineato dal codice penale militare di pace, assume in raffronto alle corrispondenti norme di diritto comune; da un lato, quindi, come regola di esclusione del diritto di agire immediatamente in giudizio, dall'altro, come divieto di partecipare attivamente all'accertamento dei fatti in sede penale (se non con i più limitati poteri riconosciuti alla persona offesa), con conseguente impossibilità di avvalersi dei mezzi di prova propri di tale procedimento.

Nella delineata differenza di disciplina i parametri costituzionali invocati assumono entrambi rilievo, e vanno, quindi, esaminati congiuntamente.

3. - La questione è fondata.

Invero, la medesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 del codice penale militare di pace è già stata sottoposta, in passato, all'esame di questa Corte (v. sentt. n. 106 del 1977 e, in particolare, n. 78 del 1989), la quale, ritenendo che la legittimità della

singola norma che ammette od esclude l'esperibilità dell'azione civile nel giudizio penale fosse da valutare "anche e soprattutto in relazione al generale quadro dei rapporti tra le giurisdizioni delineato dal legislatore ordinario" (cfr. cit. sent. n. 78 del 1989), era allora pervenuta a decisioni di non fondatezza.

Sulla base del medesimo criterio, in riferimento al mutamento del quadro normativo a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, ed alla luce dei principi successivamente affermati dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di armonizzazione fra diritto penale militare e diritto comune, si deve ora giungere a conclusioni diverse.

4. - Occorre innanzitutto riaffermare il principio in forza del quale, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, viene superata radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare, ricondotto nell'ambito del generale ordinamento dello Stato, rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini, militari oppure no, di guisa che il diritto penale militare di pace, "non solo non può più ritenersi «avulso» dal sistema generale garantistico dello Stato, ma non va più esaltato come posto a tutela di beni e valori di tale particolare importanza da superare, nella gerarchia dei valori garantiti, tutti gli altri" (v. sent. n. 278 del 1987).

Da un lato, quindi, non può essere impedito, per principio, alla giurisdizione ordinaria di assumere la cognizione di reati militari allorché esistano preminenti ragioni d'interesse generale, dall'altro occorre di volta in volta stabilire se particolari esigenze, beni o valori possano essere considerati preminenti, o sottordinati, rispetto ad esigenze, beni o valori tutelati attraverso la speciale giurisdizione dei tribunali militari di pace (sul punto, v. citt. sentt. n. 278 del 1987 e n. 78 del 1989).

In applicazione di tale principio, questa Corte è intervenuta più volte per armonizzare con i valori costituzionali, in relazione al tertium comparationis costituito dalle disposizioni del diritto penale sostanziale e processuale comune, il processo penale militare e le stesse sanzioni stabilite per alcune fattispecie di reato (cfr. sentt. n. 298 del 1995, nonché n. 49 del 1995, n. 429 del 1992, n. 469 e n. 274 del 1990, n. 503 e n. 49 del 1989).

Ora, ai fini che qui interessano, occorre considerare che, se da un lato la garanzia di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, sancita dall'art. 24 della Costituzione, non eleva a regola costituzionale quella del *simultaneus processus*, dall'altro, l'intervento della parte civile nel processo penale trova giustificazione, oltre che nella necessità di tutelare un legittimo interesse della persona danneggiata dal reato, nell'unicità del fatto storico valutabile sotto il duplice profilo dell'illiceità penale e dell'illiceità civile (v. sent. n. 532 del 1995); si deve rilevare, inoltre, che la salvaguardia della posizione del danneggiato costituisce uno specifico obiettivo del nuovo codice di procedura penale, previsto dal legislatore nella legge di delega 16 febbraio 1987, n. 81 (cfr. art. 2, direttive da n. 20 a n. 28).

Pertanto, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 270 del codice penale militare di pace (la quale, giova ripetere, pone un divieto derogatorio del principio generale di diritto comune) potrebbe essere ritenuta legittima solo ove si riconoscesse una ragionevole giustificazione nella natura propria del procedimento militare, ovvero nella tutela di interessi considerati preminenti (così come, ad esempio, avviene in ordine alla esclusione della parte civile nel processo penale minorile, che ha una sua significativa motivazione nel tutelare "la personalità del minore dalle tensioni che può sviluppare la presenza dell'accusa privata": v. relazione al progetto preliminare delle disposizioni sul processo penale minorile).

5. - Come si è già detto, nel contesto delineato dal nuovo codice di procedura penale (diversamente da quanto avveniva nel codice previgente, cui è riferita la cit. sent. n. 78 del 1989), ed in coerenza con la recente giurisprudenza di questa Corte, tale disparità di trattamento non può oggi ritenersi sorretta da ragionevole ed adeguata giustificazione.

Sono venute meno, infatti, le ragioni che sostenevano la tesi (posta a base della cit. sent. n. 78 del 1989) secondo cui la giurisdizione militare, istituita esclusivamente per la tutela della disciplina e del servizio militare, non avrebbe né motivo né capacità per l'apprezzamento di questioni di carattere patrimoniale, in quanto i tribunali militari si configurerebbero come "giudici prevalentemente di fatto".

Sul punto questa Corte ha già avuto occasione di affermare che l'evoluzione complessiva dell'ordinamento giudiziario militare di pace è diretta a perseguire l'equiparazione della magistratura militare a quella ordinaria; pertanto, essendo la condizione dei magistrati militari oggi del tutto assimilata, per stato giuridico, garanzie di indipendenza ed articolazione di carriera, a quella dei magistrati ordinari (v. sent. n. 71 del 1995), non è più possibile porre in dubbio l'idoneità del giudice militare - il quale nella sua attuale composizione collegiale è formato da una maggioranza di magistrati di carriera - a conoscere degli interessi civili nascenti da reato.

6. - In assenza, quindi, di speciali o preminenti ragioni che giustificano la disciplina in esame, l'attuale differenziazione, nel processo militare, delle modalità di esercizio del diritto di azione e del diritto di difesa non può che ritenersi lesiva degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

La citata decisione n. 78 del 1989 aveva affermato: "nessuna limitazione, se non temporale, del diritto d'azione subisce il danneggiato da reato militare".

Ma se detta "limitazione temporale" era coerente al sistema sotto la vigenza del vecchio codice di procedura penale, il quale anche prevedeva, all'art. 24, la sospensione dell'azione civile fino al definitivo accertamento dei fatti in sede penale, non è più possibile ritenerla legittima ora che il termine di raffronto è costituito dall'attuale codice di procedura penale, il cui art. 75, comma 2, consente l'esercizio immediato dell'azione civile nella sede propria, senza alcuna sospensione sino all'esito del giudizio penale.

Fin dalla sent. n. 55 del 1971, questa Corte ha riconosciuto come componente essenziale del diritto di difesa la disponibilità della prova dei fatti ritenuti idonei a far risultare la fondatezza delle proprie ragioni.

In coerenza con tale principio il legislatore ha mantenuto, anche nel nuovo processo penale, la possibilità di esercitare l'azione civile in sede penale; rimettendo in tal modo allo stesso danneggiato la scelta sull'opportunità di avvalersi degli strumenti di indagine e dei mezzi di acquisizione delle prove propri di questo processo, ovvero di utilizzare, in sede civile, le presunzioni probatorie stabilite dalla legge in determinate materie. Non solo, ma in conseguenza della radicale innovazione consistente nello svolgimento autonomo dei due giudizi, prospettato come regola (e quindi, nella eliminazione della pregiudizialità necessaria del procedimento penale rispetto a quello civile di danno), il legislatore ha ora reso possibile l'esercizio dell'azione civile, immediatamente, sia nel giudizio penale che in quello civile.

7. - In conclusione, in raffronto a tali principi, che nel processo penale ordinario consentono la più ampia tutela della persona danneggiata dal reato, l'esclusione della parte civile dal processo penale militare impedisce, senza alcun ragionevole motivo, l'esercizio del diritto di agire in giudizio, non solo in quanto divieto di partecipare

attivamente all'accertamento dei fatti in sede penale, ma anche come impossibilità di iniziare immediatamente l'azione per le restituzioni ed il risarcimento del danno.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, del codice penale militare di pace.

8. - Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953 n. 87, poiché parte della medesima regola iuris ora dichiarata illegittima è contenuta anche nel secondo comma del medesimo art. 270, il quale - disponendo la sospensione obbligatoria del giudizio civile fino all'esito di quello penale militare - impedisce anch'esso l'immediato esercizio dell'azione civile, e realizza la medesima ingiustificata disparità di trattamento in raffronto alla corrispondente disciplina vigente nel processo penale ordinario (v. cit. art. 75, comma 2), la dichiarazione d'illegittimità costituzionale va estesa al secondo comma dello stesso art. 270.

9. - E' appena il caso di sottolineare, infine, che, in virtù del rinvio esplicitamente operato dall'art. 261 del codice penale militare di pace alle disposizioni del codice di procedura penale, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma impugnata comporta l'automatica applicazione nel processo penale militare delle corrispondenti norme di diritto comune sulla partecipazione della parte civile, e sui suoi diritti, nel giudizio penale, nonché sui rapporti tra azione civile e azione penale.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, del codice penale militare di pace;

dichiara, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 270, secondo comma, del codice penale militare di pace.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 febbraio 1966.

Segue la firma

Ordinanza della Corte Militare di Appello di Roma, in data 29.07.1996

La Corte Militare di Appello di Roma riunita in Camera di Consiglio nelle persone dei signori:

Dott. Marcello RONCA	Presidente
Dott. Giuseppe MONICA	Consigliere
Dott. Mauro ROSELLA	Consigliere
T. Col. E.I. Gianfranco AMADIO	Giudice militare
T. Col. E.I. Andrea PRANDI	Giudice militare

nel procedimento di ricusazione del dott. Agostino QUISTELLI, Presidente del Tribunale militare di ROMA, proposto il 5 luglio 1996 dalla parte civile Giuseppe NOBILI nel procedimento contro PRIEBKE Erich, nato a Berlino (Germania) il 29 luglio 1913, già capitano delle SS, attualmente ristretto presso il Carcere militare di Forte Boccea di

ROMA perché imputato di concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani (art. 13 e 185, co 1 e 2 c.p.m.g. in relazione agli artt 81, 110, 573 e 577 nn. 3 e 4, 61 n.4 c.p.).

OSSERVA

I

Con atto del 3 luglio 1996, depositato nella cancelleria della Corte militare di Appello in data 5 luglio 1996, la parte civile Signor Giuseppe NOBILI dichiarava di ricusare ai sensi dell'art. 37 comma I, lett.a) con riferimento all'art.36 comma I lett. c) c.p.p., il Presidente del Tribunale militare di Roma dott. Agostino QUISTELLI per avere egli manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie in un colloquio avuto con il Generale dei Carabinieri in ausiliaria Francesco MOSETTI.

Assumeva la parte civile che ha proposto la ricusazione di essere venuta a conoscenza dell'episodio solo il giorno 3 luglio 1996, "in occasione della camera di consiglio relativa alla istanza di ricusazione proposta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale militare di Roma".

Il NOBILI allegava la dichiarazione resa dal generale CC. MOSETTI il 21 giugno 1996 alla Procura militare di ROMA, nella quale l'alto ufficiale riferiva che il dott. QUISTELLI, Presidente del Tribunale militare di ROMA, alcuni mesi prima dell'inizio del processo nei confronti del PRIEBKE, commentando con lui l'operato della Procura militare, aveva manifestato alcune personali opinioni in merito al procedimento stesso, affermando che il lavoro portato avanti dalla Procura era inutile, "perché tutt'al più nella condotta dell'ufficiale tedesco si poteva ravvisare un omicidio colposo plurimo". Nell'occasione il magistrato aveva aggiunto che non era il caso di andare a rivangare il passato, trattandosi di persona avanti negli anni.

Il NOBILI allega anche il verbale di spontanee dichiarazioni rese dalla Signora Maria PACE il 16 giugno 1996 presso il Comando Compagnia CC. di ANAGNI nel quale la suddetta aveva riferito di avere saputo dall'avv. DI REZZE, difensore del PRIEBKE, che il Presidente QUISTELLI aveva fatto assicurazioni in tal senso allo stesso difensore.

Il dott. QUISTELLI, l'avv. DI REZZE, e l'avv. DI BIAGIO presentavano memorie e difensive.

La Corte in data 18 luglio 1996 assumeva informazioni direttamente dal generale MOSETTI le cui dichiarazioni, integralmente registrate e trascritte, sono state depositate in cancelleria unitamente agli atti comprovanti la trasferta del dott. INTELISANO in Argentina nell'agosto 1995.

II

L'istanza della parte civile è stata discussa nell'udienza del 29 luglio 1996 nel corso della quale l'avv. DI BIAGIO ha illustrato l'istanza di ricusazione, chiedendone l'accoglimento.

Sono intervenuti gli avv. GENTILI, MANIGA, DI LASCIO che, ulteriormente sviluppando i profili della ricusazione, hanno concluso rimettendosi alle decisioni della Corte.

L'avv. MANCINI, l'avv. LOMBARDI e l'avv. LO MASTRO, esaminando altri aspetti della vicenda, hanno sollecitato l'accoglimento della proposta istanza di ricusazione.

L'avv. DI REZZE ha, poi, concluso chiedendo in primo luogo la inammissibilità della istanza di ricusazione e nel merito il rigetto della stessa per la sua manifesta infondatezza.

III

La Corte rileva preliminarmente che non può essere condivisa la richiesta avanzata dal dott. QUISTELLI volta alla dichiarazione della inammissibilità della ricusazione per mancata apposizione della attestazione di conformità sulla copia della dichiarazione depositata presso la Corte militare di Appello in quanto la legge non prevede tale attestazione.

Il dott. QUISTELLI eccepisce, inoltre, la inammissibilità della richiesta di ricusazione per decorso del termine di cui all'art. 38 co. II c.p.p..

A tal fine fa rilevare che la dichiarazione rilasciata dal generale MOSETTI il 21 giugno 1996 alla Procura militare di ROMA è stata depositata presso la Corte militare di Appello il 24 giugno 1996, cioè nei dieci giorni che hanno preceduto la discussione della prima ricusazione fissata per la Camera di Consiglio del 3 luglio 1996.

Pertanto, l'assunto della parte civile di avere avuto conoscenza della dichiarazione del Gen. MOSETTI solo il 3 luglio 1996 è contestato per la immediata pubblicità ricevuta sulla stampa e in TV nei successivi giorni; inoltre, per il fatto che il difensore del NOBILI è collega di studio dell'avv. MANCINI, altro difensore di parti civili, che aveva presentato memorie difensive entro il 27 giugno 1996 (art. 41 co. III c.p.p. in relazione all'art. 127 co. II stesso codice).

Si potrebbe così ipotizzare la esistenza di un fatto notorio processuale, cioè di un fatto notorio comune a tutti i soggetti partecipanti al processo (tanto più logico in relazione a pluralità di parti civili anche organizzate in associazioni) senza neppure necessità di richiamarsi a quella notorietà a livello nazionale data dai mass-media.

Ritiene invece la Corte che, superando le difficoltà probatorie ricollegabili alla sola autocertificazione della parte civile, sia necessario dare alla richiesta di ricusazione una risposta sostanziale.

Va subito precisato, per quanto riguarda la dichiarazione rilasciata dalla Maria PACE (la quale integrerebbe l'ipotesi di cui all'art. 37 co. I lett. b) c.p.p.) che la stessa è manifestamente infondata per le ragioni di cui all'ordinanza emessa da questa Corte il 3 luglio 1996 e depositata l'8 luglio 1996. Trattasi di persona, infatti, non affidabile per i precedenti giudiziari di truffa e per gli episodi di labilità psichica riferiti dalla stessa figlia, nonché per la netta smentita data all'episodio dal teste di riferimento, avv. DI REZZE.

Invece, la Corte, nell'ambito dell'istruttoria prevista dal comma II dell'art. 41 c.p.p., ha ritenuto opportuno sentire sui fatti lo stesso Gen. MOSETTI, proprio al fine di acquisire ulteriori e più completi elementi di valutazione sull'oggetto del colloquio intercorso tra lui ed il Presidente dott. QUISTELLI. E' così emerso che tale colloquio, già rappresentato alla Procura militare come avvenuto nel novembre - dicembre 1995, in realtà era da riportare più indietro nel tempo, almeno al periodo in cui il Procuratore militare dott. INTELISANO si era recato in Argentina per interrogare formalmente il PRIEBKE, quindi almeno all'agosto 1995.

L'ufficiale ha, poi, chiarito alla Corte che il colloquio con il Presidente dott. QUISTELLI, col quale aveva rapporti di conoscenza da antica data, era avvenuto in occasione di una sua

visita fatta all'ufficio giudiziario militare di Roma, presso il quale egli aveva completato il suo servizio attivo.

Da tale dichiarazione (registrata fonicamente e trascritta) è poi risultato che la conversazione ha avuto un carattere assai meno tecnico-giuridico di quanto si potrebbe supporre alla stregua dello scritto rilasciato il 21 giugno 1996.

L'ufficiale ha precisato, anche, che le manifestazioni verbali del dott. QUISTELLI erano in realtà finalizzate ad una critica, anche severa, nei confronti delle metodologie di lavoro della Procura militare più che all'esame del procedimento PR1EBKE, dei cui atti il dott. QUISTELLI non aveva alcuna conoscenza.

IV

La ricsuzione del Presidente del Tribunale militare di Roma dott. QUISTELLI è stata proposta ai sensi dell'art. 37 comma I lett. a), in relazione alla lettera c) c.p.p. (avere dato consigli o manifestato parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie).

Per una migliore comprensione dell'istituto della ricsuzione e della sua concreta portata operativa è necessario partire dall'art. 25 co. I Costituzione, il quale stabilisce che il giudice deve essere predeterminato per legge; le ipotesi di ricsuzione si configurano, dunque, come norme eccezionali in quanto limitano la normale capacità processuale del soggetto titolare dell'ufficio giurisdizionale.

Ne consegue che i casi di ricsuzione devono essere tassativi non solo nel senso che non possono essere applicati in via analogica, ma anche nel senso che la stessa interpretazione deve essere solo letterale (vd. Cass. Sez. II, CC 5 giugno 1992, FALBO, in Cass. Pen. 1993, doc. 1386, p. 2293).

La ricsuzione è, dunque, uno strumento eccezionale al quale fare ricorso soprattutto nell'ottica delle attività che il giudice è chiamato a porre in essere (ecco perché i motivi di ricsuzione devono essere immediatamente fatti valere, non appena riconosciuti, a pena di inammissibilità).

Con la procedura di ricsuzione il legislatore ha inteso e intende, così, garantire a tutte le parti di un procedimento giudiziario la sostanziale obbiettività e serenità del giudice nell'adempimento della sua funzione giurisdizionale; in tale contesto la ricsuzione tende ad escludere il magistrato dalle sue funzioni di giudice di un determinato processo, trovandosi egli in una delle situazioni espressamente previste dalla legge.

In altri termini con la ricsuzione si garantisce alle parti di un processo la doverosa imparzialità del giudice, il quale deve formare e maturare il proprio convincimento esclusivamente all'interno delle procedure tipiche, seguendo l'itinerario probatorio offertogli dalle parti, rispetto al quale l'anticipazione del giudizio prima della definitiva pronuncia della sentenza ovvero la manifestazione di un parere fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie rappresenta sicuramente un vulnus capace di inficiare la necessaria serenità ed oggettività di giudizio che il magistrato, oltre che avere, deve anche dimostrare di possedere; serenità ed oggettività che esulano nel caso in cui egli manifesti il proprio parere o dia consigli sul procedimento al di fuori delle funzioni giudiziarie.

Occorre, però, subito affermare che la manifestazione di un parere fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie deve concretarsi pur sempre in una attività che si ricollega in senso tecnico con provvedimento che deve essere celebrato.

Come ha avuto modo di confermare la giurisprudenza (vds. per tutte: Cass. Sez.VI, 27 giugno 1985, ric. NICO in Giust. Pen.1986, III, 282, 263 con note; Cass. Sez.I, 14 novembre 1988, ric. COTTI COMETTI, in Giust. Pen. 1989, III, 408, 262) l'ipotesi di ricusazione delineata dall'art. 64 n.2 c.p.p. 1930, che risulta perfettamente eguale a quella prevista dall'art. 36 co.I lett. c) c.p.p. vigente, si realizza attraverso il concorso necessario di due elementi: 1) manifestazione, da parte del giudice di un parere sull'oggetto del procedimento affidatogli; 2) condizione che il parere venga manifestato al di fuori dell'esercizio della funzione giurisdizionale; in entrambi i casi laico con il procedimento che deve essere congiunta considerazione di tali elementi deve essere valutata con riferimento alle concrete circostanze di fatto in presenza delle quali sono state rese le dichiarazioni che hanno realizzato la manifestazione di pensiero dell'agente.

In altri termini la giurisprudenza ha precisato che la condizione che realizza il motivo della ricusazione si perfeziona solo nel caso in cui manifestando il proprio parere fuori del procedimento affidatogli, il magistrato dimostri al di fuori delle proprie funzioni una anticipazione del giudizio sull'oggetto del processo già sottoposto alla sua attenzione; in tale ottica la stessa giurisprudenza precisa ancora che, non si può attribuire alcuna rilevanza "all'apprensione o al senso di sfiducia che una delle parti nutra o assuma di nutrire in ordine alla obiettività del giudicante" qualora tali apprensioni non trovino riscontro nella realtà concreta mostrata dai fatti.

Esaminando, allora, i fatti così come riferiti dal generale MOSETTI alla stregua dei principi sopra individuati, si rileva, innanzi tutto, che le dichiarazioni rilasciate dal dott. QUISTELLI risalgono ad oltre un anno fa, ad un'epoca in cui il procedimento a carico del PRIEBKE si trovava ancora pendente davanti al P.M. nella fase delle indagini preliminari e non era dato sapere (neppure da parte del presidente QUISTELLI) se lo stesso sarebbe sfociato nel dibattimento.

Il tono del colloquio fu poi estremamente amichevole e confidenziale: nell'occasione il dott. QUISTELLI concentrò la sua attenzione piuttosto sul lavoro della Procura, a suo avviso troppo attenta solo a particolari tematiche, che non sul caso specifico del procedimento PRIEBKE portato proprio come esempio dei rilievi mossi all'ufficio di Procura e certamente non come manifestazione di un convincimento giuridico compiutamente maturato.

Infatti, il dott. QUISTELLI, sullo specifico caso PRIEBKE, ha fatto riferimento a giudizi correnti nell'opinione pubblica (spesso enfatizzati da giornalisti di fama) e non ad una analisi di tipo tecnico giuridico; in tal senso, quindi, di nessun rilievo sotto il profilo del concreto impegno di giudizio, considerato che il magistrato ha parlato senza conoscere gli atti, senza alcuna cognizione e consapevolezza delle tematiche che il processo avrebbe potuto suscitare e sulle quali soltanto assume rilievo la pretesa ricusatoria della parte che ha ragione di esigere dal giudice il massimo di obiettività, ma non può certo pretendere che il magistrato non abbia alcuna idea (soprattutto su un fatto di rilievo storico quale è l'eccidio delle ARDEATINE) e che soprattutto non possa manifestarla, come per qualsiasi cittadino, quando le vicende appartengono ancora alla sfera del possibile e non siano state calate nel concreto della sua attività professionale.

Ciò che si vuole sottolineare è la superficialità delle opinioni espresse dal dott. QUISTELLI al generale MOSETTI, che certamente non potevano pregiudizialmente impegnare il

magistrato sui temi del processo che poi si sarebbe trovato a svolgere (ma che al momento apparteneva alla sfera della mera possibilità).

Del resto la tradizionale interpretazione da dare ai concetti di consiglio e di parere esclude che in essi possano essere ricomprese le generiche frasi riferite dal dott. QUISTELLI.

Secondo l'univoco insegnamento di dottrina e giurisprudenza, dare consiglio significa dare suggerimenti od avvertimenti sul comportamento personale che la parte deve tenere nel procedimento sia in ordine alla scelta della difesa, sia in ordine ai mezzi per combattere le deduzioni avversarie; manifestare il proprio parere sull'oggetto del procedimento significa dare un formale giudizio, una opinione su quelle che potranno essere le definitive decisioni sul procedimento o sul modo come potranno essere risolte le questioni giuridiche ad esso connesse.

Come già questa Corte ha avuto modo di notare, scendendo nel merito della dichiarazione resa dal generale MOSETTI, la sostanziale inutilità e superficialità delle opinioni espresse dal dott. QUISTELLI è apparsa confermata dall'esame delle sentenze emesse nel procedimento contro Herbert KAPPLER ed altri, il 20 luglio 1948 dal Tribunale militare di ROMA e dal Tribunale Supremo militare il 25 ottobre 1952, dalle quali non si può prescindere nell'analisi giuridica della posizione del PR1EBKE: tali sentenze, confermando la condanna del principale imputato per il reato di omicidio volontario plurimo per l'uccisione di 335 cittadini italiani, escludono qualsiasi riferimento ad una ipotesi colposa di omicidio.

Analoghe considerazioni sono ricollegabili, altresì, con il valore che alle opinioni del dott. QUISTELLI è stato attribuito dal Procuratore militare dott. INTELISANO e dal sostituto dott. BARONE i quali giustamente non si sono affatto preoccupati di tale manifestazione di pensiero, proprio perché hanno apprezzato la situazione per quella che effettivamente era: una chiacchierata tra conoscenti su una vicenda della quale entrambi non avevano alcuna diretta cognizione di atti processuali e di indicazioni probatorie le quali in un procedimento giudiziario rappresentano i soli elementi capaci di orientare il giudizio.

In tale ottica, quindi, l'accusa rivolta al dott. QUISTELLI di avere anticipato il proprio giudizio e i propri convincimenti sul procedimento PR1EBKE al di fuori del processo, considerata nei termini in cui l'ha riferita il generale MOSETTI, perde ogni connotazione di legittima suspizione, per essere riportata, così come deve essere, nell'alveo di una manifestazione verbale, certamente non sintomatica di una decisione precostituita, che sola legittimerebbe l'ipotesi ricusatoria.

Tutte le indicazioni, sulle quali la Corte si è voluta soffermare, confermano la inesistenza di prove che dimostrino da parte del dott. QUISTELLI una anomala ed irrituale anticipazione del giudizio, sia pure attraverso la manifestazione di un sommario parere al di fuori dello stesso e per tale motivo la ricusazione proposta nei suoi confronti deve essere rigettata.

P.Q.M.

Visti ed applicati gli artt. 37 e segg., 107 c.p.p.; 288 c.p.m.p.; 3 legge 180/1981;

RIGETTA

l'istanza di ricusazione del dott. Agostino QUISTELLI presentata il 5 luglio 1996 dalla parte civile Giuseppe NOBILI;

ORDINA

che la presente ordinanza sia comunicata e notificata dalla Cancelleria ai sensi dell'art. 41 u.c. c.p.p..

Roma, 29 luglio 1996

Seguono le firme

La Corte Suprema di Cassazione - Sezione Prima Penale - con sentenza in Camera di Consiglio in data 15 ottobre 1996, in accoglimento dei ricorsi del Procuratore Generale presso la Corte Militare di Appello e delle parti civili, ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata. Ha dichiarato l'inefficacia di tutti gli atti del giudizio cui si riferisce la dichiarazione di ricsuzione della parte civile Giuseppe Nobili e, per l'effetto, ha dichiarato la nullità della sentenza del Tribunale Militare di Roma in data 1.8.1996.

Ha rigettato il ricorso di Erich Priebke e lo ha condannato al pagamento delle spese processuali.

Segue la firma

Sentenza del Tribunale Militare di Roma, in data 01.08.1996

Repubblica Italiana

**In nome del Popolo Italiano
il Tribunale Militare di Roma composto dai Signori :**

Dott. Agostino Quistelli	Presidente
Dott. Bruno Rocchi	Giudice
Cap.med.E.I. Sabatino De Marchis	Giudice

con l'intervento del Pubblico Ministero in persona del dott. Antonino INTELISANO, e con l'assistenza del funzionario di cancelleria dr. G. VALENTINI ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento penale a carico di: PRIEBKE Erich, nato a Berlino (Germania) il 29 luglio 1913, residente a San Carlos de Bariloche (Argentina), calle 24 de Septiembre 167, già capitano delle "SS" germaniche, detenuto presso il Carcere Militare "Forte Boccea" di Roma, incensurato, presente.

I M P U T A T O
di

CONCORSO IN VIOLENZA CON OMICIDIO CONTINUATO IN DANNO DI CITTADINI ITALIANI (artt. 13 e 185 comma 1° e 2° c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575 e 577, nn. 3 e 4, e 61 c.p.) per avere, quale appartenente alle forze armate tedesche, nemiche dello Stato Italiano, in concorso con KAPPLER Herbert ed altri militari tedeschi (già giudicati), con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso ed agendo con crudeltà verso le persone, cagionato la morte di 335 (trecentotrentacinque) persone, per

lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo colpi di arma da fuoco, in Roma, località "Cave Ardeatine", in data 24 marzo 1944, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania.

Per comodità di esposizione e per rendere più comprensibili gli argomenti che verranno affrontati, la motivazione si svilupperà attraverso una serie di tematiche rispettando l'ordine seguente:

Fatto e diritto

1. L'iter processuale.

Con decreto pronunciato il 4 aprile 1996 dal giudice dell'udienza preliminare, veniva disposto il giudizio dinanzi a questo Tribunale Militare, nei confronti di PRIEBKE Erich, cittadino tedesco, già appartenente alle SS naziste ed in stato di custodia cautelare in carcere, in ordine al reato di concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani, meglio descritto in epigrafe.

È noto che l'imputato (nei cui confronti era già stato emesso il 25/11/1946, dal Procuratore Militare in sede, un ordine di cattura rimasto senza effetto a causa della sua irreperibilità) era stato rintracciato nel maggio 1994 nella cittadina di Bariloche (Argentina), su precisa indicazione del centro "Simon Wiesenthal" di Los Angeles, da un giornalista della rete televisiva americana "ABC", cui aveva rilasciato una breve intervista sulla partecipazione all'eccidio delle Fosse Ardeatine.

Tale circostanza, per il tramite dei "media", veniva subito a conoscenza del Procuratore Militare presso questo Tribunale, che richiedeva ed otteneva dal G.I.P. un'ordinanza di custodia cautelare in carcere nei confronti del PRIEBKE; mentre il ministro di Grazia e Giustizia avviava la formale procedura per giungere all'estradizione dell'imputato dallo Stato argentino.

Dopo un lungo e complesso iter giudiziario, la Corte Suprema argentina concedeva l'estradizione (ravvisando in parte dei fatti addebitati -l'uccisione di 75 membri della comunità ebraica romana- il reato di "genocidio"), e così l'imputato veniva trasferito in Italia il 21 novembre 1995 e veniva associato al carcere militare di Roma- Forte Boccea.

L'8 maggio 1996 iniziava la prima udienza del processo e tra le varie questioni preliminari sollevate dalle parti, sulle quali il Collegio decideva immediatamente con l'ordinanza allegata allo stesso verbale d'udienza, merita particolare menzione quella, sollevata dall'Avv. di parte civile BISAZZA-TERRACINI, relativa al difetto di giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Militare in ordine al reato di "genocidio", ravvisato nei fatti di causa dalla stessa Suprema Corte argentina che aveva autorizzato l'estradizione.

La richiesta di riconoscimento della competenza giurisdizionale della Corte d'Assise non poteva, però, trovare accoglimento giacché il reato di "genocidio" è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con la legge 9 ottobre 1967 n. 962, ossia ventitré anni dopo i fatti di causa, e non era possibile ignorare il chiarissimo precetto contenuto nell'art. 25, comma 2, della Carta costituzionale, che così recita: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Nel corso dell'intero dibattimento, articolatosi in 24 udienze, venivano acquisiti e dichiarati utilizzabili, su richiesta della parte pubblica e di quelle private, a norma degli artt. 238, 468, 495 e 511, c. 5, C.P.P., i documenti più rilevanti del processo celebrato

nel 1948 nei confronti di KAPPLER Herbert e di altri 5 coimputati, nonché numerose altre prove documentali ritualmente indicate o prodotte; venivano esaminati, inoltre, tutti i testi indicati dal P.M. e solo parte di quelli indicati dai difensori delle persone offese, dalle parti civili e dall'imputato, a causa della loro irrilevanza o superfluità, così come chiarito nella ordinanza 10/5/1996; venivano poi, durante l'istruzione dibattimentale, a richiesta delle parti interessate, ammesse prove prima escluse (in ossequio al disposto dell'art. 495, c. 4, C.P.P., peraltro già richiamato nella citata ordinanza del 10/5/1996), nonché nuove prove documentali e testimoniali a mente dell'art. 493, c. 3, C.P.P.

Su iniziativa del Presidente del Collegio giudicante, in armonia con la direttiva dell'art. 73 della Legge Delega per l'emanazione del nuovo Codice di procedura penale, recepita dall'art. 506, c. 1, C.P.P., venivano indicati alle parti i seguenti temi di prova utili per la ricerca della verità:

- acquisizione di copia delle sentenze che risultavano emesse dai tribunali militari delle Forze Alleate, nell'immediato dopoguerra, nei confronti dei Generali KESSELRING, Von MACKENSEN e MAELTZER, dai quali, attraverso la catena gerarchica delle Forze Armate tedesche, era giunto al KAPPLER l'ordine di eccidio a fini di rappresaglia;
- consulenza tecnica di esperti in scienze giuridiche e dell'ordinamento militare tedesco vigente all'epoca dei fatti, per accertare i presupposti e le conseguenze giuridiche del reato militare di disobbedienza commesso in tempo di guerra.

Veniva così accertato che i diretti superiori nella linea gerarchica del KAPPLER erano stati condannati a morte, mediante fucilazione, per aver impartito l'ordine criminoso dell'orrenda strage e che il reato di disobbedienza non comportava, se non in circostanze di particolare gravità, la condanna a morte del militare colpevole (ma questi temi verranno meglio sviluppati nel corso della motivazione).

Nell'ambito della discussione finale veniva sollevata ulteriore eccezione di difetto di giurisdizione dal difensore di parte civile Bisazza Terracini, rappresentante della Comunità Ebraica romana, basata sulla ritenuta mancanza nelle SS naziste dello status di militari e sulla conseguente competenza del giudice ordinario (Corte d'Assise).

Tale eccezione veniva respinta sulla scorta delle considerazioni contenute nell'ordinanza 10 luglio 1996 in atti.

Le parti così concludevano:

- P.M. e parti civili: esclusa qualunque attenuante, riconoscimento della colpevolezza dell'imputato in ordine all'attività di concorso nell'eccidio; P.M.: condanna alla pena dell'ergastolo;
- difensore dell'imputato: assoluzione per difetto di dolo in ordine alla criminalità dell'ordine (così come era stato ritenuto dalla sentenza KAPPLER del 20/7/1948, che aveva assolto altri 5 coimputati dello stesso reato in base ai principi fissati dall'art. 40, u.c., C.P.M.P.); in subordine, ritenuta la sussistenza delle attenuanti generiche e di quella ex-art.59 C.P.M.P., quanto meno equivalenti alla contestata aggravante ex-art. 61, n.4, C.P., esclusa quella della premeditazione, declaratoria di improcedibilità per avvenuta prescrizione del reato.

2. Gli eventi.

I fatti di causa, nel loro nucleo essenziale e più significativo, sono stati già ricostruiti dalla menzionata sentenza emessa dal Tribunale Militare di Roma, il 20 luglio 1948, nei confronti del coimputato KAPPLER Herbert e di altri 5 concorrenti nello stesso crimine di guerra; detta sentenza è stata poi riconosciuta immune da vizi e censure con definitiva pronuncia del Tribunale Supremo militare in data 25 ottobre 1952, che qui di seguito si trascrive nelle parti che più interessano: ""Erano circa le ore quindici del 23 marzo 1944, allorché, all'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 soccorsi, il comandante tedesco della città, Generale MAELTZER, il console tedesco, Dott. MOELLHAUSEN, e, dopo circa mezz'ora, KAPPLER, [Tenente Colonnello delle SS, comandante della polizia di sicurezza e del servizio di sicurezza delle forze armate tedesche che avevano occupato Roma], avvertito dell'accaduto nel suo ufficio di via Tasso.

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 l'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 da 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, perché, 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 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 Militare e gli autori dell'attentato avevano operato, essendo vestiti di abiti civili, senza alcun segno distintivo di appartenenza ad una formazione militare partigiana .

Nella conversazione delle ore 17 dello stesso giorno 23 marzo tra KAPPLER 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 Von MACKENSEN, comandante la 14° Armata tedesca.

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

KAPPLER riferiva gli accordi al Generale Von 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.

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

L'intendimento del comandante della 14^a 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 dato 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 KESSELRING l'ordine di fucilare nelle ventiquattro ore un numero di italiani decuplo del numero dei militari tedeschi morti per l'attentato.

L'evidente incompatibilità tra questo ordine e l'intendimento manifestato dal Generale Von MACKENSEN suggeriva a KAPPLER di comunicare direttamente con il comando del Maresciallo KESSELRING: 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 Von 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, sicché 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 MAELTZER, si recava nell'ufficio del Generale. Era presente anche il maggiore DOBRIK, 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 DOBRIK.

DOBRIK rappresentava al Generale ragioni ostative alla esecuzione della rappresaglia da parte del battaglione da lui comandato, e, a seguito delle eccezioni avanzate, il Generale MAELTZER si rivolgeva telefonicamente al comando della 14° armata, perché all'esecuzione provvedesse un reparto dell'armata.

La testuale risposta del Colonnello HAUSER, con cui il Generale MAELTZER stava comunicando, era: "La polizia è stata colpita. La polizia deve fare espriare".

Il Generale MAELTZER, ripetuta questa frase, ordinava a KAPPLER di provvedere all'esecuzione.

L'ordine del Generale MAELTZER 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 MAELTZER nel corso della procedura eseguita, 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 condannare a morte, ciò, che, invece, si verificava nelle circostanze che subito si espongono.

KAPPLER, congedatosi dal Generale MAELTZER, 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 cervello, 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 KOCHLER: doveva scegliersi in luogo non lontano ed essere una cava i cui ingressi potessero chiudersi, sì da renderla una camera sepolcrale.

KAPPLER, dopo aver dato le disposizioni ora 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 mattinata erano stati arrestati oltre una decina 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 MAELTZER, 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 MAELTZER.

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 italiana di Roma indicava lo stesso numero. KAPPLER stesso, qualche giorno dopo, in presenza del commissario ALIANELLO, riferendo sull'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 San 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 [o più] 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 quei carceri, senza che nessuno comunicasse loro la tragica sorte che li attendeva: ogni avvertimento era parso pericoloso, temendosi che le 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.

Man 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 (AMONN), 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 19. Subito dopo venivano fatte brillare delle mine, per chiudere quella parte della cava nella quale i cadaveri, ammassati 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 perché la lista indicava i nominativi senza numero progressivo, ed era di cinquantacinque persone e non di cinquanta, quante KAPPLER ne aveva richieste.

Senonché, 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.

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 quell'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".

Tale ricostruzione dei fatti viene integralmente recepita e condivisa dal collegio ai sensi dell'art. 238/bis CPP, non essendo peraltro emersi nel corso dell'istruzione dibattimentale [in particolare dalla documentazione ritualmente acquisita, dall'esame dei testi e del coindagato HASS, nonché dalle dichiarazioni dell'imputato], per i naturali limiti derivanti dalla lontananza temporale degli eventi, elementi idonei (ad eccezione di quanto si dirà in seguito) a modificare le sequenze fattuali dell'orribile massacro.

3. La partecipazione del PRIEBKE all'eccidio.

Il concorso dell'imputato, concretatosi nella preparazione e controllo delle liste delle persone da mandare a morte e nella esecuzione dell'eccidio, non può essere messo in discussione.

Lo stesso imputato ha sostanzialmente ammesso, pur contraddicendosi in più occasioni (v. dichiarazioni rese presso il campo di prigionia n. 209 di Afragola il 28/8/1946, nonché quelle rese nel corso del procedimento, dinanzi al G.I.P., nell'udienza preliminare del 3/4/1996 e nei memoriali a sua firma):

- di aver collaborato, per tutta la notte sul 24 marzo, ad esaminare i fascicoli delle persone considerate "meritevoli di morte" in base agli accordi precedentemente presi dal KAPPLER con i suoi superiori;

- di aver personalmente partecipato a due esecuzioni, cagionando direttamente la morte di due persone;

- di aver controllato per quasi tutta l'esecuzione, depennandoli dal relativo elenco, i nominativi di coloro che giungevano sul piazzale delle Cave Ardeatine.

E tali dichiarazioni trovano elementi di obiettivo riscontro nelle affermazioni:

- del coimputato KAPPLER: "Esaminai la lista dei prigionieri insieme con i miei ufficiali, e con il loro aiuto scelsi (...); allo Hauptsturmführer PRIEBKE, e forse anche SCHUTZ, fu comandato di controllare che tutte le persone nell'elenco fossero fatte uscire dalla prigione e condotte sul luogo dell'esecuzione; (.....) Dopo aver sparato il mio colpo, andai fuori e controllai che PRIEBKE verificasse gli elenchi, i preparativi dei generi per far

saltare la grotta e le misure per isolare l'area; (...) I seguenti ufficiali presero parte all'esecuzione: HASS, SCHUTZ, PRIEBKE (deposizione del 4/8/1945, agli atti del processo Von MACKENSEN-MAELTZER); vicino l'autocarro presi in consegna una vittima, il cui nome veniva da PRIEBKE cancellato su di un elenco da lui tenuto; non posso dire se la lista venne tenuta sempre da lui. Mi venne riferito che PRIEBKE fece sempre questo lavoro e che si fece sostituire per poco tempo (deposizione 8/6/1948 di cui al verbale di dibattimento del processo KAPPLER, f. 178);

- del coimputato DOMIZLAFF: "... con le liste KAPPLER non ebbe nulla a che fare. Se ne interessava un certo capitano PRIEBKE" (ud. dib.le 9/6/1948- proc. KAPPLER; pag. 236)

- del coimputato QUAPP, relative alla presenza del PRIEBKE, con l'elenco, nel piazzale ove furono condotte le persone da fucilare (ud. dib.le 11/6/48- f.271)

- del coindagato HASS, rese nell'udienza dibattimentale del 12 giugno 1996.

4. Le cinque vittime fucilate oltre il limite di 330.

Occorre premettere che le liste contenenti i nominativi delle persone da mandare a morte erano parecchie: alcune, compilate negli uffici dell'Aussenkommando di Roma, e contenenti vari nominativi per un totale di 270 persone; un'altra, fornita dalla polizia italiana (c.d. lista CARUSO), contenente i nominativi di cinquanta persone arrestate, a disposizione di detta polizia.

Per la ricostruzione delle modalità attraverso le quali si pervenne alla compilazione di tali famigerate liste, si può fare riferimento (riservando l'analisi critica ad altra parte della sentenza) alle risultanze del processo KAPPLER ed alla motivazione della relativa sentenza, nella quale si legge (P.14): ""alla domanda di quel Generale [Von MACKENSEN], intesa a conoscere su quali persone potevano essere eseguite le misure di rappresaglia, il KAPPLER rispondeva che, secondo gli accordi con il Generale HARSTER, la scelta avrebbe dovuto cadere su persone condannate a morte o all'ergastolo, e su persone arrestate per reati che prevedevano la pena di morte e la cui responsabilità fosse stata accertata in base alle indagini di polizia.

(...) Alle ore 21 il KAPPLER aveva una conversazione telefonica col Generale HARSTER, al quale riferiva che (pag. 16), in base ai dati poco prima fornitigli dalle sezioni dipendenti, egli disponeva di circa duecentonovanta persone, delle quali però un numero notevole non rientrava nella categoria dei "todes wurdige" [meritevoli di morte]. Circa cinquantasette, difatti, erano ebrei detenuti solo in base all'ordine generale di rastrellamento ed in attesa di essere avviati ad un campo di concentramento. Aggiungeva che delle persone arrestate in via Rasella, secondo informazioni dategli poco prima dai suoi dipendenti, solo pochissime risultavano pregiudicate ovvero erano state trovate in possesso di cose (una bandiera rossa, manifestini di propaganda ecc.) che davano possibilità di una denuncia all'autorità giudiziaria militare tedesca. A conclusione della conversazione rimaneva d'accordo col suo superiore d'includere gli ebrei fino a raggiungere il numero necessario per la rappresaglia. (...) Nella stessa serata egli chiedeva al Presidente del Feldgericht [Tribunale Militare tedesco] di autorizzarlo ad includere nell'elenco le persone condannate da quel Tribunale alla pena di morte, a pene detentive... ed, infine, le persone denunciate ma non ancora processate. Quel Presidente autorizzava (...). Nella notte l'imputato, con l'aiuto dei suoi collaboratori, esaminava i fascicoli delle persone considerate todes wurdige sulla base dei precedenti accordi. Alle ore otto del mattino successivo [24 marzo] il numero complessivo dei morti ammontava a 32.

Alle nove, il KAPPLER aveva un colloquio con il commissario di P.S. ALIANELLO, che pregava di chiedere, con la massima urgenza, al vice capo della polizia CERRUTI, se la Polizia italiana era in grado di fornire cinquanta persone.

Il CERRUTI poco dopo gli comunicava che avrebbe mandato da lui il questore CARUSO perché prendesse accordi.

Alle 9.45 il CARUSO, accompagnato dal Tenente KOCH, che in quel tempo svolgeva funzioni di polizia non ben definite [e soprattutto era autore di efferatezza e di raccapriccianti torture nei confronti di appartenenti alla Resistenza, per le quali fu poi condannato a morte e giustiziato nel giugno 1945], si presentava dal KAPPLER. Questi spiegava ai due come, per completare una lista di persone da fucilare in conseguenza dell'attentato di via Rasella, aveva bisogno di cinquanta persone arrestate, a disposizione della polizia italiana, e spiegava i criteri in base ai quali egli aveva già compilato una lista di 270 persone.

A conclusione di questo colloquio si stabiliva che il questore CARUSO avrebbe fatto pervenire al KAPPLER, per le ore 13, un elenco di cinquanta persone. Nell'elenco compilato dal KAPPLER con l'aiuto dei suoi collaboratori, numerosi erano i detenuti per reati comuni e gli ebrei arrestati per motivi razziali; tra gli altri, poi, una persona assolta dal Tribunale Militare tedesco e due ragazzi di 15 anni, dei quali uno arrestato perché ebreo. Alle ore 12.00 circa KAPPLER si recava nell'ufficio del Generale MAELTZER (...) che gli dava l'ordine di provvedere all'esecuzione (...). Il KAPPLER si recava a mensa (pag. 19) [erano circa le 13]. Ivi il Capitano SCHUTZ lo informava di aver appreso poco prima della morte di un trentatreesimo soldato tedesco (...). Il KAPPLER, saputo da quell'ufficiale che nella mattinata erano stati arrestati oltre dieci ebrei, dava ordine a quest'ultimo di includere 10 di questi fra quelli che dovevano essere fucilati (...).

(pag. 22) Le vittime dei primi autocarri provenivano dal carcere di via Tasso, le altre dal carcere di Regina Coeli. Ivi si trovava il Tenente THUNAT, accompagnato dall'interprete S. Tenente KOFLEK, del comando di polizia tedesca di Roma, il quale provvedeva a far avviare alle Cave Ardeatine i detenuti del terzo braccio a disposizione dell'autorità militare tedesca.

Ultimato il prelevamento di questi detenuti, il THUNAT si rivolgeva al Direttore del carcere per avere i cinquanta che erano a disposizione della polizia italiana e che dovevano essere consegnati dal questore CARUSO. Poiché non era giunta la lista, se ne faceva richiesta telefonica al CARUSO, da cui si aveva promessa di un sollecito invio a mezzo di un funzionario. Il tempo trascorreva senza che giungesse tale lista. Il TUNATH telefonava ancora alla Questura e parlava con il Commissario ALIANELLO al quale violentemente diceva che se non si mandava subito l'elenco avrebbe preso il personale carcerario (dich. ALIANELLO, ud. del 26/6/1948). Dopo un po' di tempo il TUNATH, stanco di aspettare, incominciava a prelevare dei detenuti in maniera indiscriminata [appena arrestati -v. lett. Proc. Mil. Roma 9/9/47- documento prodotto il 10/5/1996 dal P.M.- B/1]. Poco dopo, sull'imbrunire, arrivava il Commissario ALIANELLO con una lista di cinquanta nomi, datagli dal questore CARUSO, che consegnava al direttore del carcere. Questi cancellava undici nomi, precisamente quelli indicati con i numeri progressivi da 40 a 49 e con i numeri 21 e 27 e li sostituiva con altri undici nomi relativi a persone che già erano state portate [rectius: prelevate] dal Tenente TUNATH e che non erano comprese nella lista. La cancellatura degli ultimi nominativi della lista era determinata dal fatto che la compilazione di questa era stata fatta iniziando dalle persone ritenute più compromesse, per continuare con quelle che si trovavano in posizione migliore; il depennamento dei nomi indicati con i numeri 21 e 27 veniva effettuato, invece, perché l'una persona era ammalata grave e l'altra non si riusciva a trovarla(...).

(pag. 23) Il giorno successivo, il 25 marzo, il Capitano SCHUTZ e il Capitano PRIEBKE riferivano al KAPPLER che, da un riesame delle liste, risultava che i fucilati erano 335. Il secondo di quegli ufficiali spiegava che la fucilazione di cinque persone in più del numero stabilito da KAPPLER era dovuto al fatto che nella lista del questore CARUSO le vittime non erano segnate con un numero progressivo ed erano cinquantacinque invece di cinquanta (interr. KAPPLER, ud. dell'8/6/1948).

-pag.29 sent.-(.) I motivi addotti dal KAPPLER sulla base delle informazioni a suo tempo fornitegli dal Capitano SCHUTZ e dal Capitano PRIEBKE rispettano in parte la vera causa di tale fucilazione.

Non è esatto, difatti, che le cinque persone fucilate in più siano fra quelle che erano a disposizione della polizia italiana e che esse siano sfuggite al controllo perché la lista di accompagnamento del CARUSO indicava le persone senza numeri progressivi.

In base al riconoscimento delle salme, che si riferisce a 332 persone, è risultato che 49 di esse sono di detenuti che erano a disposizione della polizia italiana e corrispondono a 49 nominativi della lista CARUSO. Per il completamento di questa lista manca un nominativo, quello di De MICCO Cosimo, la cui salma non è stata ancora riconosciuta ed è da presumere sia una delle tre non identificate. Deve ritenersi, pertanto, che le cinque persone in più provengano dai detenuti a disposizione dei tedeschi.

Va poi osservato che non è esatto che la lista di accompagnamento dei 50 detenuti a disposizione della polizia italiana provenisse dall'ufficio del CARUSO, essendo risultato che il commissario ALIANELLO portò due copie della lista CARUSO e di essa una la diede al Direttore del carcere [e una copia di essa è acquisita agli atti del processo KAPPLER, f. 218], l'altra la trattene "".

Queste ultime considerazioni della sentenza KAPPLER sono estremamente importanti per l'analisi critica delle emergenze processuali e per tentare una ricostruzione ragionevole delle tragiche circostanze a seguito delle quali furono passate per le armi cinque persone in più del numero stabilito da KAPPLER.

Per fare luce, anche se non completamente risolutiva, su questo inquietante frammento della già immane tragedia, nessuna indicazione utile è scaturita dalle dichiarazioni dell'imputato, né da quelle del coindagato HASS, del tutto inattendibili sullo specifico episodio, rese all'ud. dibattimentale del 12 giugno 1996.

Due sono le ipotesi astrattamente formulabili in merito:

- 1) quella della colpevole ma involontaria esecuzione esorbitante, determinata dalla erronea inclusione dei cinque nominativi in eccesso [cinquantacinque e non cinquanta] in una lista non numerata e non adeguatamente controllata nel suo ammontare;
- 2) quella del trasporto alle cave di cinque persone eccedenti, assolutamente non indicate in nessuna delle liste regolarmente numerate: con la conseguenziale, inevitabile scoperta dell'errore e la ancora più criminosa volontarietà dell'esecuzione.

Il Collegio ritiene che, nell'impossibilità di delineare con sufficiente e tranquillante certezza gli esatti contorni di ciò che veramente accadde in quel tristissimo epilogo dell'orrendo massacro, la prima ipotesi sia quella che presenta maggiori indici di verosimiglianza.

E l'opinione del collegio è confortata, oltre che dalla motivazione della sentenza del 1948, dalle illuminanti dichiarazioni del KAPPLER all'udienza dell'8-6-1948: "nel corso della mattinata del 25, SCHUTZ e PRIEBKE vennero da me e mi riferirono che, dopo una constatazione, risultavano giustiziati 335 e non 330" (...); "PRIEBKE mi spiegò di aver avuto l'elenco dalla Polizia italiana senza la numerazione delle vittime e che dopo l'esecuzione, nel fare la somma delle varie liste, constatò che la lista italiana conteneva 55 e non 50 [nominativi]; (...) "conosco la copia della fotografia di una lista; mi è stata sottoposta diverse volte ed essa non è quella che nella mattinata del 25 mi fece vedere PRIEBKE".

Ulteriore sostegno deriva anche dall'approfondita analisi delle precise e puntuali dichiarazioni rese dal S.Tenente KOFLEK (che accompagnò, in qualità di interprete, il Tenente TUNATH presso il carcere di Regina Coeli, per prelevare 50 persone arrestate, a disposizione della polizia italiana).

In tale dichiarazione, raccolta dal Pretore di Brunico il 27/12/1947 su richiesta-rogatoria della Procura Militare di Roma (documentazione prodotta dal Pubblico Ministero all'ud. del 10/5/1996 -lett. G-), il KOFLEK, confermando quasi integralmente una precedente dichiarazione del 12 ottobre 1945, resa in Ancona, precisava: "Il Tenente TUNATH mi ordinò di accompagnarlo alle prigioni di Regina Coeli per raccogliervi il numero necessario di prigionieri. Al nostro arrivo ci recammo subito al terzo braccio della prigione, che era sotto il controllo germanico. TUNATH era in possesso di una lista dei nomi dei prigionieri richiesti [a disposizione della polizia e del Tribunale Militare tedesco]. Egli diede questa lista alla guardia tedesca nell'ufficio di quel braccio dicendogli di far uscire i prigionieri dalle loro celle. Non ho visto il Tenente apportare delle modifiche alla lista dei prigionieri, lista che egli teneva in tasca e che consultava col direttore del terzo ramo [braccio] che era un Maresciallo della Schutz-polizei, ragione per cui non era necessaria la mia opera di interprete. Non sono quindi in grado di dare alcuna spiegazione circa la sostituzione dei detenuti BUCCHI e MARCHETTI con i detenuti BONNEMI e CARACCILO giacché io non fui presente alle decisioni prese tra TUNATH e il direttore dell'ufficio terzo, nell'ufficio di quest'ultimo, essendomi io intrattenuto nel corridoio. La guardia e i suoi assistenti cominciarono a chiamare i nomi dei prigionieri, e quando questi rispondevano venivano presi fuori dalle loro celle e riuniti in gruppo. Il primo gruppo di prigionieri ammontava a circa 80 in tutto. TUNATH ordinò quindi che le mani di tutti i prigionieri fossero legate dietro la loro schiena. Ciò fu fatto da uomini delle SS. Quindi il gruppo di prigionieri fu scortato nel cortile della prigione. Contemporaneamente un altro gruppo di prigionieri veniva riunito nel terzo braccio. Questo gruppo assommava a circa 70 persone e i membri di questo gruppo erano trattati nello stesso modo dei membri del primo gruppo. A questo punto TUNATH mi disse di chiedere al direttore delle carceri [l'italiano CARRETTA] di telefonare a CARUSO per accelerare la consegna degli altri cinquanta prigionieri che CARUSO aveva messo a disposizione delle autorità germaniche. Questi prigionieri dovevano essere pure fucilati. CARUSO informò il direttore della prigione di mettere i prigionieri a nostra disposizione, ed io ebbi a tradurre a TUNATH quanto riferito da CARUSO al direttore. TUNATH, quando gli comunicai la risposta di CARUSO, si arrabbiò molto e mi fece tornare con lui all'ufficio del direttore. Il direttore, non ricordo il suo nome, disse a TUNATH che ci sarebbe voluta una telefonata a CARUSO (...) telefonò a CARUSO e quest'ultimo disse che stava mandando uno dei suoi ufficiali alla prigione per accelerare la faccenda. Poco dopo l'ufficiale arrivò con la lista di CARUSO. Mentre io ero nell'ufficio del direttore arrivarono numerose telefonate per la persona [Commissario ALIANELLO] che aveva portato la lista dei cinquanta prigionieri. Costui apportò numerose alterazioni alla lista, cancellando alcuni nomi e sostituendone degli altri. In conseguenza di ciò ebbi l'impressione che doveva esserci della corruzione in giro.

Quando la lista fu pronta i rimanenti cinquanta prigionieri furono condotti fuori della prigione sotto scorta.... e caricati in autocarri chiusi che stavano aspettando.

Io ritornai con TUNATH all'ufficio del direttore della prigione, dove vidi TUNATH firmare qualche cosa che sembrava una ricevuta per i prigionieri portati via dai nostri uomini. Dopo accompagnai TUNATH sul luogo dell'esecuzione. Quando arrivammo lì stava facendosi buio TUNATH riferì a KAPPLER che il trasporto dei prigionieri era finito."''''

Se alle dichiarazioni del KOFLEER si aggiunge, infine, quanto già ipotizzava il Procuratore Militare di Roma il 9/9/1947 (v. lett. diretta alla Proc. Generale Mil.-ufficio procedimenti contro criminali di guerra tedeschi-documentazione prodotta dal P.M. nell'ud. dibattimentale del 10/5/1996 -B/1-), vale a dire che "si doveva all'azione affrettata del TUNATH se furono prelevati 10 o 15 detenuti non compresi nelle liste. Tra questi vi erano 10 detenuti comuni entrati in carcere in quel momento", sembrano verosimili, anche se non verificate con sufficiente certezza, le seguenti congetture:

a) il Tenente TUNATH, in possesso delle liste dei detenuti a disposizione delle autorità tedesche nel 3° braccio del carcere (controllate puntualmente anche dal direttore di tale braccio, Maresciallo della Schutz-polizei), difficilmente poté prelevare persone non comprese nelle liste o modificarne i nominativi, dato che questi dovevano corrispondere tassativamente a quelli inseriti nelle liste in possesso del PRIEBKE o dello SCHUTZ, incaricati della loro verifica al momento dell'arrivo dei prigionieri alle Cave Ardeatine;

b) è più probabile che, innervosito dal mancato invio della "lista CARUSO", il TUNATH abbia iniziato a prelevare qualche detenuto appena associato al carcere e forse non ancora registrato e poi, per una incredibile e tragica fatalità, alcune di queste persone si siano mescolate ed aggiunte a quelle che man mano gli venivano consegnate seguendo le indicazioni della lista "italiana", contenente numerose variazioni rispetto a quella originariamente compilata da CARUSO;

c) l'errore può, dunque, essere stato commesso per la fretta di completare l'ultimo trasporto giacché era ormai pomeriggio inoltrato e la lista era stata consegnata con parecchie ore di ritardo (probabilmente per le difficoltà incontrate dal CARUSO a seguito di pressioni pervenutegli da varie parti);

d) l'unica lista "Caruso" era l'unica che non poteva essere in possesso di PRIEBKE o di SCHUTZ, giacché i nomi delle persone da mandare a morte erano rimasti ignoti fino alle ore 18.00 circa, e non potevano essere né conosciuti né tantomeno registrati da chi già dalle ore 15.00 si trovava sul luogo dell'esecuzione.

Non si può escludere che il TUNATH, non essendo in possesso di alcuna copia della lista "CARUSO" [delle due copie, una rimase ad ALIANELLO e l'altra rimase in possesso del direttore italiano del carcere, e fu sottoscritta dal TUNATH a prova dell'avvenuta consegna dei detenuti -v. motivaz. sentenza KAPPLER, pag.30] e non esistendo allora sistemi di immediata fotocoproduzione documentale, abbia provveduto, in modo sommario e frettoloso, ad approntarne o farne redigere una che non conteneva la progressiva numerazione dei nominativi e che registrava anche le cinque persone erroneamente prelevate in più nel modo in cui si è detto. Forse egli si affidava al diligente controllo delle autorità carcerarie ed al fatto che sarebbe stata del tutto anomala la consegna di un numero di detenuti maggiore di quello (cinquanta) previsto e stabilito dalla Questura italiana; o forse non aveva pensato alle possibili fatali conseguenze di quel suo atto di impazienza, consistente nel prelievo di detenuti appena giunti. Sta di fatto che quella, molto probabilmente, fu la lista che poi venne consegnata a SCHUTZ o a PRIEBKE (e ciò sembra puntualmente confermato dalle dichiarazioni rese da KAPPLER l'8.6.1948 sopra riportate).

Certo è possibile anche ipotizzare, come fanno il P.M. e i difensori delle parti civili, che la presenza di 5 persone eccedenti il numero di 330 sia stata rilevata prima che queste venissero fucilate e che, con deliberata e disumana consapevolezza, esse siano state giustiziate per eliminare dei testimoni "scomodi".

Tale ipotesi si basa sintomaticamente sui seguenti elementi:

a) la dichiarazione resa dal coindagato HASS all'udienza dibattimentale del 12/6/96 nella quale egli fa riferimento ad un errore scoperto con l'arrivo dell'ultimo camion di prigionieri, ed a lui direttamente confidato, il giorno successivo alla strage, dal KAPPLER stesso mediante la frase: "Ho commesso una grande fesseria di far fucilare questi cinque";

b) il fatto che la lista "italiana" ritrovata presso il carcere di Regina Coeli, (l'unica, tra quelle utilizzate nella strage, rimasta in copia, essendosi persa traccia di quelle "tedesche") contenesse solo 50 nominativi progressivamente numerati;

c) un particolare passo della già citata dichiarazione resa dal KOFLER il 27/12/1946:

"Quando arrivammo lì stava facendosi buio. All'arrivo alle cave vidi un gruppo di cinque prigionieri riuniti nello spiazzo davanti all'entrata delle cave. Vidi il Tenente Colonnello KAPPLER che parlava ai cinque prigionieri".

Detta ipotesi, però, appare molto meno verosimile della prima, perché meno di questa resiste ad una attenta analisi probatoria ed alla evidenza logica.

- Le dichiarazioni dell'indagato HASS, infatti:

1) sono del tutto inattendibili perché egli, nel corso dell'esame, si contraddice più volte e riferisce particolari e circostanze che non poté percepire essendo rimasto alle Cave Ardeatine solo nei primi 15 minuti dell'esecuzione.

2) sono di significato non univoco perché quando KAPPLER gli disse di aver fatto una "fesseria", non doveva necessariamente riferirsi ad una sciocchezza volontaria, ma poteva anche voler intendere un errore non voluto;

3) non trovano alcun riscontro oggettivo negli atti processuali.

Tale riscontro non può rinvenirsi in quanto dichiarato dal KOFLER ("vidi il KAPPLER che parlava ai cinque prigionieri") che, per l'estrema genericità del suo significato, non assume nemmeno la valenza di semplice indizio [la frase, peraltro, è: "parlava ai cinque prigionieri" e non "parlava di cinque prigionieri" come, travisando incredibilmente il testo scritto, vorrebbero P.M. e Parti Civ.]; e nemmeno può identificarsi nel riferimento a voci correnti fra le SS che, seppure fossero effettivamente provate, non sarebbero comunque utilizzabili ai sensi dell'art. 194, c. 3, CPP.

- Anche se qualcuno avesse rilevato la presenza di cinque persone oltre quelle indicate dalle liste, non avrebbe avuto nessun senso o utilità sopprimerle: la disumana strage ormai era stata portata a termine e quelle esigenze di segretezza che l'avevano preceduta, per evitare scontate, prevedibili reazioni o ribellioni della popolazione romana, non sussistevano più; anzi, la perversa logica della rappresaglia, (che si sostanzia in una via di fatto finalizzata a terrorizzare la popolazione ed a scoraggiare altri attentati o sabotaggi) esige che alla notizia dell'accaduto fosse data la più ampia diffusione, che l'eccidio fosse conosciuto dal maggior numero di persone: ed è esattamente ciò che

fecero le autorità militari tedesche, facendo pervenire il giorno dopo (25 marzo 1944), a tutti gli organi della stampa romana, la notizia della strage che fu pubblicata immediatamente con grande rilievo.

Ed allora è conseguenziale chiedersi perché mai KAPPLER (l'unico che, comunque, avrebbe potuto impartire l'ordine di sopprimere anche quei cinque testimoni "scomodi") avrebbe dovuto dilatare un atto criminoso di per sé già enorme, assumendosene il grave peso morale e giuridico, quando sarebbe stato del tutto normale e agevole disporre, tutt'al più, la restrizione delle persone "scomode" in apposito luogo, dal quale non potessero comunicare con nessuno e riferire quanto avevano visto. Peraltro ben poco esse avrebbero potuto svelare sui particolari dell'esecuzione, che non sarebbero stati percepibili da chi fosse rimasto in attesa sul piazzale, senza entrare nelle Cave.

E queste argomentazioni trovano diretta conferma in quanto accadde al disertore austriaco Joseph RAIDER che, dopo essere stato portato sul piazzale delle cave per essere fucilato, venne ricondotto di nuovo in via Tasso a causa della sua nazionalità.

Concludendo sul punto, il Collegio ritiene:

che, sia del tutto insufficiente la prova del concorso dell'imputato nella deliberata intenzione di eliminare le cinque persone fucilate in eccesso, non potendosi andare oltre il limite delle mere ipotesi o delle semplici congetture;

che, in ogni caso, l'ordine di uccisione avrebbe dovuto essere necessariamente impartito da KAPPLER ed il concorso dell'imputato nella sua esecuzione sarebbe punibile per le stesse ragioni per cui lo è il concorso nelle altre uccisioni, pur assumendo gli inquietanti e più gravatori caratteri di un cinico e spietato crimine, privo della apparente (e, per quanto si vedrà, del tutto irrilevante) giustificazione della rappresaglia;

che, debbano conseguentemente condividersi, sul punto, le già evidenziate conclusioni della sentenza KAPPLER, e ricondursi ad una imperdonabile negligenza dell'imputato il superamento del già assurdo limite numerico delle vittime; con la conseguenziale sua oggettiva responsabilità ex-art. 82, c. 2, CP, per le ragioni che diffusamente verranno espresse al par 9.

5. Il ruolo del PRIEBKE in via Tasso.

Una delle questioni più ampiamente sviluppate attraverso le testimonianze ammesse su richiesta del P.M. e dei difensori di Parte Civile, è stata quella del ruolo avuto dal PRIEBKE nel carcere di via Tasso e nel compimento delle torture cui venivano sottoposti i malcapitati che cadevano nella rete del IV reparto della polizia di sicurezza tedesca, cui il PRIEBKE apparteneva. Tale reparto era sicuramente diretto dal capitano SCHUTZ (vedi lett. Procuratore Militare del 9/9/47, già citata), al quale fu affidata la responsabilità anche del carcere di via Tasso fino all'arrivo, nel gennaio 1944, del Capitano CLEMENS.

Su questi punti non ci sono dubbi: essi si desumono indirettamente da vari passi della sentenza KAPPLER e trovano conferma in numerose testimonianze di quel processo, che non possono ritenersi inficiate da altre (meno attendibili e di segno opposto) che attribuirebbero all'imputato un ruolo predominante sul capitano SCHUTZ sia nel IV reparto che nel carcere tedesco, a dispetto del grado, dell'anzianità di servizio, dell'organigramma dell'Aussenkommando di Roma.

È certo, anche, che il PRIEBKE era uomo di fiducia di KAPPLER per il suo carattere freddo, preciso, zelante e per il fatto che con lui collaborava anche presso l'Ambasciata tedesca come ufficiale di collegamento e suo vice.

Neppure può revocarsi in dubbio che l'imputato abbia partecipato in più occasioni alla tortura di malcapitati detenuti: lo dicono i testi diretti MANCINI e NAPOLI; lo confermano le testimonianze dibattimentali de relato di Maria Teresa REGARD, di Carla ANGELINI, di Teresa MATTEI, di Peter TOMPKINS, e quella istruttoria resa il 5.12.1946 dal Generale Ettore ARTALE (v. atti prodotti dal P.M. il 10.5.96- lett. U).

Tali testimonianze dirette e de relato, pur non consentendo di delineare con certezza i reali contenuti dei poteri e dell'autorità del PRIEBKE e l'esatta natura, direzione e frequenza delle sevizie dallo stesso compiute sui detenuti, sono abbastanza numerose e convergenti da condurre alla conclusione che il PRIEBKE partecipò alle torture di via Tasso.

Da tali testimonianze, però, non emerge una particolare ferocia o crudeltà dell'imputato nel compiere atti di violenza fisica che, nella loro massima e più esasperata espressione, sono consistiti in pugni al viso o al torace; con molta probabilità egli riteneva che tali metodi delittuosi fossero necessari per ottenere qualche risultato dalla sua funzione di ricerca di elementi appartenenti alla Resistenza e di scoperta dei piani di operazione dei partigiani o di chiunque si opponesse all'occupazione nazista.

Certo, l'aver commesso azioni delittuose che costituivano evidenti reati contro la persona, non favorisce una indulgente valutazione di quella che era la sua personalità durante lo stato guerra; ma, per avere un quadro più completo di quella che era, a quel tempo, la multiforme personalità del Capitano PRIEBKE, sembra utile riportare alcune considerazioni espresse dal Prof. Arrigo PALADINI (in un documento autografo acquisito agli atti nel corso dell'udienza dibattimentale del 15 maggio 1996)- e confermate de relato dalla moglie, Elvira SABATINI, nella stessa udienza: "Sono stato arrestato il 4 maggio 1944 e sono stato detenuto in cella di isolamento fino al 4 giugno 1944, giorno della liberazione. Ero S. Tenente di artiglieria addetto ai servizi segreti del Nuovo Esercito Italiano del Sud, alle dipendenze della V armata americana (...) Il mio Comandante diretto era Peter TOMPKINS che si trovava a Roma dopo lo sbarco di Anzio ed io ero l'unico a conoscenza del suo recapito. Durante la mia detenzione sono stato interrogato quindici volte. Le prime volte sono stato interrogato e massacrato di botte personalmente dal Colonnello KAPPLER e dal Maggiore SCHUTZ, poi per tre volte dal Capitano PRIEBKE. (...) Ricordo perfettamente il modo di interrogare del capitano PRIEBKE che mi ha violentemente colpito al torace con il "pugno di ferro" che usava abitualmente con i prigionieri. A differenza degli altri, il suo linguaggio non era offensivo e volgare e non perdeva facilmente la calma. La sua frase ricorrente era: "mi dispiace signor Tenente, ma lei con me deve parlare; sarà comunque fucilato, ma potrà evitare tante sofferenze a cui non potrà resistere". (...) Ripeteva continuamente: " se lei non parla saremo costretti a fucilare suo padre". Nel terzo interrogatorio, con voce tagliente e fredda, mi comunicò che l'esecuzione di mio padre era già avvenuta (...) In realtà ciò non era vero in quanto mio padre era caduto in campo di concentramento già il 23/10/1943. Ma io non lo sapevo ed anche dopo la liberazione, per oltre due anni, ho creduto che la sua morte fosse stata causata dal mio silenzio.

L'aspetto ed il modo di fare del Capitano PRIEBKE, freddo e compassato, lo ha fatto apparire (...) più umano degli altri ufficiali delle SS. In realtà si tratta di una ferocia più raffinata, meno violenta ma terribilmente sadica. Ne è la prova la menzogna che mi è stata detta nei riguardi di mio padre".

Altre significative considerazioni sulle funzioni dell'imputato sembrano, poi provenire, (in una prospettiva leggermente più favorevole e di segno più sfumato, ma non completamente liberatorio), dalle indicazioni ricavabili da un memoriale dell'avv. GOTTARDI, [difensore all'epoca di molti partigiani] sostanzialmente confermato dalla diretta testimonianza nell'udienza dibattimentale del 16.6.1948: esse sembrano tracciare l'immagine di un ufficiale addetto più alle relazioni con i parenti ed i difensori dei detenuti che alla partecipazione alle torture, più impegnato a rilasciare permessi di colloquio e di consegna del vitto domestico, che ad attuare sevizie.

In definitiva, non si può ritenere che il PRIEBKE fosse il più crudele torturatore di via Tasso, ma neanche si può aderire alla tesi difensiva che lo vorrebbe affiancato al famigerato Capitano SCHUTZ solo per moderarne il temperamento collerico ed intrattabile.

6. L'attentato di via Rasella.

Esso fu un vero e proprio atto di guerra riferibile allo Stato italiano anche se commesso da persone che, secondo il diritto internazionale, non erano legittimi belligeranti. Il collegio condivide pienamente e senza riserve le argomentazioni già espresse dalla sentenza KAPPLER, ribadite in maniera definitiva ed incontestabile, per l'autorevolezza della decisione, dalla pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione (sentenza 9/5/1957).

L'attentato non fu ispirato da finalità personali ma da quella di compiere un atto ostile verso le FF.AA. della Germania, che era in guerra con l'Italia dall'ottobre 1943 ed aveva occupato militarmente gran parte del territorio nazionale.

Non può dubitarsi che esso fosse un atto di guerra dal momento che il legittimo governo italiano aveva incitato coloro che si trovavano nelle zone occupate a ribellarsi alle forze nemiche ed a compiere tutti i possibili atti di sabotaggio e di ostilità per contribuire alla liberazione, così come facevano le forze armate regolari a fianco delle Nazioni Unite.

E neanche dal punto di vista internazionale era contestabile la sua effettuabilità giacché Roma non poteva giuridicamente considerarsi "città aperta" e quindi munita di uno status vincolante per alcuni o tutti i belligeranti.

La dichiarazione che Roma era città aperta fu fatta unilateralmente dal governo italiano agli anglo-americani il 31/07/1943 (prima dell'armistizio), ma non fu mai accettata. Quindi questa dichiarazione, per un principio generale del diritto internazionale, non aveva fatto sorgere nessun obbligo internazionale del governo italiano nei confronti degli anglo-americani.

E tale obbligo non era ravvisabile nemmeno nei confronti della Germania, giacché non solo tale dichiarazione mancò del tutto, ma essa non sarebbe stata neppure possibile: la Germania riconosceva la qualità di governo legittimo solo alla Repubblica Sociale Italiana, negandola al Governo monarchico.

Indubbiamente entrambi i governi (quello legittimo del Re e quello illegittimo della Repubblica Sociale Italiana) avevano interesse a risparmiare alla città di Roma distruzioni ed offese; ma nessuno dei due governi era in grado di assicurare che la città fosse veramente aperta: non quello legittimo, perché non ne aveva il controllo; non quello illegittimo perché considerava i tedeschi come alleati ed esercitava sulla città solo i poteri limitati che le autorità militari tedesche consentivano.

In tale situazione il rispetto di Roma non poteva essere affidato ad un inesistente accordo ma solo alla saggezza dei belligeranti che, da una parte, (tedeschi) dovevano evitare di tenere truppe, comandi, mezzi ed armamenti militari nell'Urbe, dall'altra (anglo-america) dovevano astenersi dal compiere inutili offese aeree che potevano cagionare un irreparabile danno ad un patrimonio culturale appartenente a tutta l'umanità.

Ovviamente gli anglo-america non avevano interesse al rispetto, da parte degli italiani, delle forze e degli obiettivi militari tedeschi che si trovassero all'interno della cerchia urbana; e consideravano ogni atto di ostilità contro quelle forze una partecipazione alla guerra a fianco delle Nazioni Unite: ogni attacco contro i tedeschi aderiva agli incitamenti del governo legittimo ed alle finalità politiche e militari perseguite assieme alle forze alleate e costituiva, perciò, un atto di guerra riferibile a quel governo e, quindi, allo stato italiano.

Anche se la Germania, di fatto, considerava Roma come "città aperta", evitando lo stanziamento o il transito di truppe, occorre considerare che ciò essa faceva solo per finalità di propaganda e non per il rispetto di principi internazionali: voleva così dimostrare agli italiani delle zone occupate la meritoria volontà di risparmiare Roma da attacchi aerei nemici; in effetti, però, essa agiva d'intesa col governo della Repubblica Sociale Italiana e solo dopo vari atti di sabotaggio e vari attentati (come quello contro l'albergo Flora, sede di comandi militari), trasferiva gli uffici militari fuori dalla città ma vi manteneva, sia pure in misura ridotta, truppe come quelle della polizia militare, contro le quali fu diretto l'attentato di via Rasella.

Sicché non può pensarsi che tale volontario comportamento (modificabile in qualsiasi momento) potesse vincolare il governo legittimo italiano, peraltro privo di riconoscimento da parte tedesca.

Dal fatto, poi, che i generali ARMELLINI e BENCIVENGA avevano invitato la popolazione ad astenersi da attentati nella città di Roma, non poteva desumersi che il governo legittimo si fosse impegnato verso la Germania ad impedire ogni atto di ostilità contro i tedeschi. L'invito, infatti, dimostrava solo che essi ritenevano inopportuni gli atti di guerriglia urbana perché potevano provocare la rabbiosa reazione dei tedeschi. Quindi è da escludere che le disposizioni dei suddetti generali potessero rendere l'attentato un atto di guerra non riferibile allo Stato italiano.

In effetti, dopo l'8 settembre 1943, l'Italia si era venuta a trovare in una situazione che non consentiva lo svolgimento di una regolare attività militare da parte delle forze partigiane: tutto era rimesso all'iniziativa ed al coraggio di singoli gruppi, all'attività di forze clandestine che operavano correndo gravissimi rischi e superando grandissime difficoltà data l'enorme sproporzione delle forze in campo. Ed i tedeschi occupanti non potevano ignorare l'ostilità di gran parte della popolazione italiana e le direttive del governo legittimo; sicché non potevano non aspettarsi attacchi improvvisi delle formazioni partigiane che, in assenza di un regolare fronte di guerra, dovevano necessariamente lottare con atti di sabotaggio e con azioni isolate.

Si è già detto che l'attentato di via Rasella fu effettuato da una squadra di partigiani appartenenti ad una organizzazione militare clandestina inquadrata nella Giunta Militare; quest'ultima seguiva le direttive di carattere generale provenienti dal Comitato di Liberazione Nazionale ed aveva il compito di dare impulso unitario all'attività di quelle organizzazioni. In assenza di un capo responsabile di tutte quelle organizzazioni, ognuna di queste agiva in maniera indipendente attenendosi, tramite il proprio capo, solo alle direttive della Giunta Militare (organo collegiale composto dai capi delle sei organizzazioni

che rappresentavano i più importanti partiti politici) con la quale, però, non sussisteva un rapporto organico di subordinazione.

All'epoca dell'attentato il movimento partigiano aveva assunto notevoli proporzioni e si era data una discreta organizzazione, ma non aveva ancora acquistato (come invece avvenne in seguito) quelle caratteristiche che potevano farlo qualificare come legittimo organo belligerante.

In conseguenza di ciò, l'attentato di via Rasella, pur essendo un vero e proprio atto di guerra riferibile allo Stato italiano (confermato dal fatto che, successivamente, lo Stato considerò come propri combattenti i partigiani che avevano compiuto azioni belliche contro i nazifascisti nel periodo dell'occupazione nemica, ed autorizzò la concessione di ricompense al valore militare agli appartenenti ai G.A.P. [Gruppi di Azione Patriottica] ed alle squadre cittadine indipendenti), dal punto di vista del diritto internazionale fu un atto di guerra materialmente illegittimo (art.1 della Convenzione dell'Aia, del 1907).

Esso, infatti, non fu compiuto né dall'esercito regolare né da un corpo volontario che rispondesse ad imprescindibili requisiti: una persona responsabile che lo guidasse e si assumesse la responsabilità degli atti compiuti dai suoi subordinati, segni distintivi fissi e riconoscibili a distanza, armi portate apertamente. E poiché dalla illegittimità internazionale di un atto di guerra riferibile ad uno Stato, sorge nell'organizzazione statale danneggiata il diritto di agire in via di rappresaglia o di sanzione collettiva, occorre approfondire i presupposti giuridici di tali istituti per stabilire se l'eccidio delle Fosse Ardeatine possa o meno ricondursi ad una di queste due misure e trovare in essa giustificazione o legittimazione.

7. La rappresaglia e la repressione collettiva.

In conseguenza di quanto si è appena detto, ossia dello stretto rapporto sussistente fra il movimento partigiano ed il legittimo governo (e quindi lo Stato italiano), l'attentato di via Rasella, essendo atto di guerra riferibile allo Stato italiano ma internazionalmente illegittimo, dava facoltà allo stato occupante che aveva subito quell'atto, di agire in via di rappresaglia, ossia di compiere un'azione per far cessare quella violazione o per scoraggiarne altre.

Secondo la più accreditata dottrina internazionalista, la rappresaglia si fonda sulla necessità di riconoscere allo stato offeso un mezzo di autotutela, consentendogli di colpire qualsiasi interesse dello stato offensore.

La rappresaglia, però, deve essere proporzionata all'atto illecito contro cui reagisce, anche se non deve essere necessariamente dello stesso tipo.

Il principio della proporzionalità non è mai stato posto in discussione dagli studiosi del diritto internazionale, trovando la sua origine negli indefettibili assiomi della razionalità.

E' utile sottolineare che la rappresaglia deve avere come finalità la prevenzione o la repressione, non la vendetta; essa deve tendere alla cessazione o alla non-reiterazione di un'azione lesiva illegittima, e deve sostanziarsi in una reazione diretta a tale scopo e non superiore all'offesa: altrimenti si trasforma in un atto a sua volta ingiusto ed illegittimo, che provoca una spirale infinita di reazioni sproporzionate.

Ciò è confermato dal limite generale all'attività degli Stati fissato dalle consuetudini internazionali e richiamato nel preambolo alla Convenzione dell'Aia del 18 ottobre 1907,

che vieta di colpire i diritti fondamentali stabiliti dallo "jus gentium", dalle consuetudini dei paesi civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica.

Ora, con il massacro delle Fosse Ardeatine si determinò una sproporzione enorme tra l'uccisione di 33 soldati tedeschi e quella di 335 cittadini italiani, sia per l'assurdo numero delle vittime, sia per il danno determinato, nel quadro delle operazioni belliche, dalla soppressione di ben cinque generali, undici ufficiali superiori, ventuno ufficiali inferiori e sei sottufficiali delle FF.AA. italiane.

La rappresaglia, dunque, per il modo e per la misura nella quale fu materialmente attuata, non può che considerarsi illegittima, ed il relativo ordine manifestamente criminoso.

Per completezza di analisi, è opportuno affrontare due questioni storiche molto discusse che, nel corso del dibattimento, si è cercato di riproporre:

1) se siano stati affissi o pubblicati bandi militari che, qualche tempo prima della strage, avvertivano la popolazione romana della ineluttabilità di rappresaglie, con uccisione anche di civili nel rapporto di 10 a 1;

2) se vi sia stato il pubblico avvertimento, rivolto dalle autorità militari tedesche agli attentatori di via Rasella, che, qualora gli stessi non si fossero immediatamente presentati, sarebbe seguita una rappresaglia secondo il rapporto suddetto.

Per quanto attiene al punto 1), è storicamente accertato che lo Stato Maggiore della Wehrmacht aveva emanato un ordine generale di rappresaglia, stabilendo un rapporto di 10 ad 1 per le zone di operazione del fronte occidentale (in quello orientale il rapporto era ancora più grande).

A tale direttiva dei massimi vertici militari tedeschi si raccorda, dunque, il problema dell'eventuale esistenza di bandi militari affissi sui muri di Roma prima della strage.

Non possono ignorarsi al riguardo alcune testimonianze che affiorano dai verbali del dibattimento KAPPLER: come quella del Questore PRESTI Umberto (15.6.1948, p.412): "ricordo che, verso gennaio o febbraio 1944, venne messo un manifesto con il quale si avvertiva la popolazione che in caso di attentato ci sarebbero state rappresaglie di 1 a 10"; o quella di Frigenti Emilio (28.6.1948, p.548): "ci furono altri attentati; ricordo quello di via Tomacelli dove furono colpiti due ragazzi; dopo fu messo un bando il quale diceva che per ogni soldato tedesco ucciso sarebbero stati fucilati 10 italiani; ciò fu il 19 marzo".

Tali testimonianze, trovano riscontro (anche se non completamente attendibile a causa della personalità del dichiarante), nelle parole di BLASI Guglielmo [colui che tradì i "gappisti" rivelando i loro nomi]: "il 19 marzo uscii di casa verso le 10.00 ed in via Modena vidi un gruppo di gente che leggeva un manifesto; mi avvicinai anch'io e vidi che in esso c'era scritto che i tedeschi minacciavano rappresaglie contro i sabotatori con la misura di 10 italiani per ogni tedesco ucciso".

Dal quadro notevolmente indiziante delle dichiarazioni sopra riportate, si desume la probabilità che questi bandi siano stati effettivamente affissi sui muri della città, anche se manca la prova formale e documentale della loro emanazione, del momento della pubblicazione, nonché del loro reale contenuto.

Per quanto riguarda il punto 2), invece, è pacifico che nessun avvertimento della imminente strage pervenne in alcun modo agli attentatori di via Rasella, sia perché ciò è stato chiaramente escluso da tutti i maggiori responsabili della vicenda (da KESSELRING a KAPPLER), sia perché non ce ne sarebbe stato il tempo a causa dell'esiguo intervallo tra l'attentato (compiuto alle ore 15.00 circa del 23 marzo 1944) e la orribile strage, iniziata appena 24 ore dopo lo scoppio della bomba e portata a termine alle 19.30 del 24 marzo 1944.

Ma anche se questa minaccia fosse stata realmente rivolta ai partigiani, non può ritenersi che questi avessero il dovere, quanto meno morale, di presentarsi per evitare il barbaro massacro: ciò avrebbe costituito un pericolosissimo e inammissibile cedimento alla ferocia nazista, che avrebbe potuto paralizzare ogni successiva attività della Resistenza; cedere ad un ricatto del genere, avrebbe comportato la rinuncia ad ogni futura azione di disturbo o danneggiamento dell'apparato bellico tedesco; una eventuale presentazione dei militanti dei G.A.P. avrebbe avallato consecutive inammissibili pretese, incompatibili con la natura stessa delle azioni belliche. L'unica via percorribile dagli attentatori, se un simile avvertimento fosse esistito veramente, sarebbe stata quella di combattere strenuamente, armi in pugno, per impedire il compimento della strage, non certo quella di condannarsi a morte consegnandosi spontaneamente al nemico e pregiudicando irrimediabilmente la lotta di liberazione.

L'eccidio delle Fosse Ardeatine non può nemmeno giustificarsi come repressione collettiva, giacché non ne sussistevano i presupposti stabiliti dall'art. 50 della Convenzione dell'Aia del 1907.

Tale istituto postula, infatti, una attività di ricerca degli autori di un fatto delittuoso a danno delle forze occupanti e l'impossibilità di individuarli. Solo dopo tutto questo è possibile che sorga una responsabilità collettiva della popolazione, a titolo di complicità, secondo i criteri fissati dalle autorità occupanti un certo territorio.

Nessun serio tentativo, però, fu fatto per individuare i responsabili dell'attentato (così come chiaramente evidenziato nella sentenza KAPPLER) né le persone barbaramente trucidate potevano, nella maggior parte, considerarsi responsabili solidalmente con gli attentatori: occorreva, infatti, una stretta relazione tra la popolazione e gli autori dell'attentato, basata su dati spaziali o funzionali (ubicazione, attività, ufficio, servizio); ma tutto ciò deve escludersi per la quasi totalità delle vittime giacché si trattava di persone sicuramente estranee allo scoppio della bomba: sia perché erano da tempo in stato di arresto o detenzione per reati comuni, sia perché avevano la sola colpa di appartenere ad un particolare gruppo etnico o confessionale (si trattava di 75 membri della Comunità israelitica romana).

Inoltre non è risultato che le Autorità tedesche, secondo quanto stabilito dall'art. 50 della citata Convenzione dell'Aia, abbiano emanato norme di diritto interno che fissassero i criteri per l'individuazione di una solidarietà collettiva della popolazione nell'attentato di via Rasella.

Anche partendo dalla ipotesi che il comando della Wehrmacht effettivamente abbia pubblicato l'ordinanza che minacciava la morte di 10 italiani per ogni militare tedesco ucciso con attentati, non potrebbe ignorarsi che tale ordinanza avrebbe dovuto, comunque, indicare anche gli elementi specifici in base ai quali si sarebbe individuata la responsabilità di alcuni membri della popolazione civile: essa, in sostanza, non avrebbe potuto affidare tale individuazione al semplice "status" di cittadino, ma solo ad altri criteri (es. ubicazione, funzione, appartenenza ad associazioni, attività svolta), da cui potesse

desumersi uno stretto rapporto tra alcune persone e gli autori del fatto illecito commesso ai danni dello Stato occupante.

Senza contare che molti dubbi vengono avanzati, dagli studiosi della materia, circa la possibilità che le repressioni collettive possano ricadere su persone e possano comprendere la sanzione della morte.

L'art. 50 della convenzione dell'Aia del 1907, ha, invero, una collocazione sistematica che lo inquadra in una serie di norme (artt.48-53) aventi ad oggetto misure di carattere meramente patrimoniale: esso fa perno sulla sanzione pecuniaria o "d'altra specie", e ciò induce a ritenere che "quell'altra specie" non possa comunque riferirsi a sanzioni riguardanti diritti fondamentali della persona (vita, incolumità fisica, libertà personale) e si riferisca invece a sanzioni patrimoniali diverse da quelle pecuniarie (ad es. requisizione di beni).

D'altra parte, secondo la dottrina più accreditata, la natura stessa della sanzione collettiva è quella di colpire la collettività e non il singolo. E' collettiva la sanzione che incide su di un interesse della collettività e, quindi, colpire gli interessi di una somma di singoli individui non vuol dire ancora incidere sugli interessi della collettività e porre in essere una sanzione collettiva. Esempio tipico di sanzione collettiva è la requisizione di beni mobili dello Stato occupato, come biblioteche, pinacoteche ecc.

Dunque, è arbitrario concepire le sanzioni collettive di guerra come sanzioni che colpiscono più soggetti singoli per il fatto commesso da altri soggetti, interpretandole in senso contrario al generale principio di personalità e di giustizia, secondo cui l'innocente non deve pagare per il colpevole. (v. in proposito anche il regolamento annesso alla Convenzione dell'Aia del 1907).

Quindi il detto art.50 non vieta la vera e propria sanzione collettiva patrimoniale, cioè la confisca o la distruzione di un bene collettivo di una data comunità. Vieta però, categoricamente, che si possano punire, colpendoli nei loro diritti fondamentali (vita, incolumità personale), singoli individui appartenenti ad una comunità, per fatti che essi non hanno commesso.

8. Il reato di omicidio plurimo continuato ex art. 185 CPMG.

La fucilazione delle Cave Ardeatine, dunque, avvenne al di fuori delle condizioni previste dalle norme internazionali per l'attuazione di una rappresaglia o di una repressione collettiva: essa fu un vero e proprio omicidio continuato.

Circa l'esistenza degli elementi costitutivi di tale reato, il Collegio ritiene di aderire (perché esse sono pienamente fondate in punto di fatto e di diritto) alle argomentazioni contenute nella più volte citata sentenza 25 luglio 1948, che qui si riportano, ai sensi dell'articolo 238 bis CPP, per un ovvio principio di economia processuale, nelle loro parti più significative e rilevanti (pag. 54 della motivazione): ""E' risultato pienamente provato che 330 persone furono uccise in conseguenza dell'attentato di via Rasella, mentre le altre 5 furono fucilate per errore. Il movente relativo alla uccisione delle 330 persone, collegato alla guerra, porta ad esaminare il fatto alla stregua dell'ipotesi delittuosa prevista dall'art.185 CPMG, contestato agli imputati, il quale punisce gli atti di violenza e di omicidio commessi, senza necessità o senza giustificato motivo per cause non estranee alla guerra, da militari italiani o nemici a danno di civili nemici che non prendono parte alle operazioni. (...) Per necessità bellica comunemente si intende un pericolo grave ed attuale che impone un determinato comportamento perché un'azione militare, anche di secondaria importanza, abbia successo (.....) Mancando questi presupposti non può

invocarsi la necessità bellica come causa giustificatrice di un comportamento illecito. La situazione determinatasi a seguito dell'attentato di via Rasella non costituiva un pericolo grave ed attuale ai fini delle operazioni militari o per la sicurezza delle truppe tedesche che occupavano Roma. Invero, subito dopo l'attentato una calma assoluta regnava nella città. La sparatoria verificatasi nella prima mezz'ora in via Rasella e nelle vie adiacenti era opera di militari tedeschi e ciò era stato subito chiarito. Nella serata da parte della polizia non veniva segnalato alcun incidente o pericolo. Né può dirsi che il pericolo grave ed attuale fosse costituito dai vari attentati che si erano verificati in precedenza a Roma. E' noto che nelle zone militarmente occupate gli attentati si verificano con frequenza per l'ostilità delle popolazioni contro gli eserciti occupanti. Ciò non costituisce un pericolo grave ed attuale fino a quando non si sia accertato che la popolazione agisce organizzata, sia bene armata e possa svolgere un'azione di particolare rilievo, idonea a modificare l'andamento delle operazioni o di una qualche azione dell'esercito occupante. (...) Pertanto va esclusa la sussistenza di tale situazione, quando risulta chiaro che un'azione contraria all'esercito occupante esaurisce immediatamente quasi del tutto i suoi effetti, e non agisce come causa modificatrice delle operazioni di quell'esercito. (...) Va pure esclusa la sussistenza di un giustificato motivo.

L'attentato di via Rasella giustificava, come s'è detto, un'azione di rappresaglia o di repressione collettiva (...) ma, dato che furono fucilate persone in numero di gran lunga sproporzionato (...) e senza che avessero alcun rapporto di solidarietà con gli attentatori, l'esecuzione delle Cave Ardeatine rimane scissa dalla causa giustificatrice"".

9. La responsabilità del PRIEBKE per concorso nel reato di omicidio continuato in danno di 335 cittadini italiani.

La partecipazione dell'imputato alla preparazione delle liste contenenti i nominativi degli sventurati da mandare a morte, il controllo dell'identità delle vittime che man mano scendevano dagli autocarri che giungevano alle Cave, la personale fucilazione di due persone con un colpo sparato alla nuca, costituiscono evidenze processuali incontestabili.

Non può, pertanto, revocarsi in dubbio che il PRIEBKE abbia dato consapevolmente e volontariamente un contributo causale alla verificazione del criminoso eccidio, e debba perciò ritenersi responsabile del reato a lui addebitato in epigrafe (ossia di concorso nella uccisione di 335 cittadini italiani), sussistendone tutti gli elementi costitutivi, sia materiali che psicologici.

La colpevolezza del PRIEBKE va riferita, a titolo di responsabilità oggettiva, anche alle cinque persone erroneamente (per quanto detto al par. 4) fucilate in eccedenza al numero di 330, in base al disposto dell'art. 82 C.P., che così recita: "Quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere (...). Qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave (...)".

Detto articolo prevede due ipotesi di condotta. Nella prima, si offende una persona diversa da quella che si voleva; nella seconda si offendono sia la prima, cui era diretta l'offesa, sia quella diversa.

In entrambi i casi si tratta di errore che viene ad incidere sulla fase di esecuzione del reato: esso accade quando vi è divergenza tra lo sviluppo dell'avvenimento preveduto e quello verificatosi nella realtà.

Simile divergenza può essere dovuta, inoltre, non solo ad un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, ma anche ad altre cause accidentali ed indipendenti dal fatto dell'agente (come sembra sia avvenuto nella fattispecie in esame).

Nell'ipotesi di aberratio ictus in discorso, riconducibile al 2° comma dell'art.82 C.P., si configura un reato unico giacché il legislatore ha inteso accogliere la teoria tradizionale della "unicità del reato", integrata dal principio della irrilevanza dell'errore accidentale, ed ha creato una autonoma figura giuridica nella quale le offese plurime si pongono come elemento costitutivo di un'unica fattispecie delittuosa, sia sotto il profilo del nesso di causalità che dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato.

9.1. L'ordine e la sua manifesta criminalità.

La difesa dell'imputato ha sostenuto che sarebbe conforme a giustizia la dichiarazione di non punibilità del PRIEBKE per l'esistenza di una causa di giustificazione: l'adempimento di un dovere imposto dall'ordine impartitogli dal Colonnello KAPPLER, suo superiore gerarchico.

Tale tesi, però, non ha fondamento giuridico.

La partecipazione dell'imputato al barbaro massacro non può essere giustificata dalla scriminante prevista dall'allora vigente art.40 CPMP (che, essendo norma sostanziale e non processuale, è tuttora applicabile alla fattispecie in esame, nonostante la sua avvenuta abrogazione in forza dell'art.22, legge 11/07/1978, n.382, e la conseguente espansione, verso i reati militari, dell'esimente di più limitata efficacia prevista dall'art.51, c.3, CP).

Sono carenti, infatti, le condizioni ed i presupposti della sua applicabilità.

Il terzo comma di detto articolo stabilisce che se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore, del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine: esclude, perciò, la responsabilità dell'inferiore per un fatto di reato commesso nell'eseguire un ordine.

Il successivo comma 4, però, dispone che quando il fatto è manifestamente criminoso, l'inferiore deve rifiutarsi di eseguire l'ordine, altrimenti risponde del reato assieme al superiore che tale ordine ha impartito.

Non v'è dubbio che l'ordine del massacro fu manifestamente criminoso e l'imputato ora non può addurre a sua discolta la mancata consapevolezza di tale palese criminalità: qualunque persona media si sarebbe accorta che quella esecuzione così disumana, così barbara, così cinica, per il numero sproporzionato delle vittime, per i criteri che avevano portato alla loro scelta e per le modalità dell'esecuzione, si poneva in contrasto con i più elementari ed imprescindibili principi che regolano il modo di operare dell'uomo in ogni società, sia in tempo di pace che in periodo bellico.

Non si può individuare la manifesta criminalità attraverso parametri diversi da quelli oggettivamente riferibili all'uomo medio, perché altrimenti ogni esecutore di ordini potrebbe sempre sollecitare il dubbio del giudice adducendo la soggettiva non consapevolezza della loro criminalità.

Né potrebbe obiettarsi che sussistevano condizioni particolari (che impedivano all'imputato di percepire, chiaramente e palesemente, tale criminalità) quali: il contesto storico e socio-politico, lo stato di guerra, la delirante ideologia del nazismo, le precedenti

rappresaglie (anche più sproporzionate) compiute dai nazisti in altri paesi d'Europa e forse anche a Roma, l'attentato appena subito e la morte di 33 militari tedeschi.

Tali condizioni e circostanze non possono assolutamente influire su una nozione ancorata a dati di fatto e non a concetti giuridici, ad elementi sintomatici immediatamente percepibili, a dati empirici e non ermeneutici.

È manifestamente criminoso, perciò l'ordine che impone un atto o un'azione che l'uomo medio immediatamente avverte come delittuoso, riferendosi a parametri semplici come l'ordinaria esperienza, la morale corrente ed il senso comune, la coscienza civile ed il normale sentimento di umanità. Opinando diversamente, si giungerebbe alla paradossale non-punibilità del militare che, ad esempio, imbevuto dalla folle ideologia del nazismo (che considerava legittimo e non criminoso l'olocausto degli ebrei) obbedisca all'ordine di uccisione, senza motivo, di un israelita, nella soggettiva convinzione che tale ordine non sia manifestamente delittuoso; mentre lo stesso ordine, agli occhi di qualunque altra persona, apparirebbe oggettivamente, palesamente criminoso e, quindi, la sua esecuzione finirebbe per rendere punibile proprio il militare scervo da deliranti ideologie.

L'aggettivo "manifesto" nel linguaggio corrente significa indubitabile, indiscutibile, chiaro, palese a prima vista, immediato; ed è proprio la solare evidenza, l'immediata rilevabilità che ne costituisce la nota tipica.

Quanto si sostiene è condiviso anche dalla dottrina più autorevole (cfr. VENDITTI -Il diritto penale militare -VI ed. -Giuffrè- pag. 185) secondo la quale "l'ultimo comma dell'articolo 40 CPMP non prevede alcun sindacato di legittimità sostanziale perché il sindacato è un esame, un controllo, una valutazione in fatto e in diritto che può anche rivestire una certa complessità, mentre qui si tratterebbe di situazioni che non richiedono speciali controlli e che palesano per se stesse il loro disvalore penale.

Il pensiero corre spontaneo alle atrocità naziste, ai campi di sterminio, alle stragi di inermi popolazioni civili (...)

Ma qual'è il criterio di determinazione della manifesta criminalità? E' il grado di percezione soggettiva del subordinato o è l'oggettiva estrinsecazione della criminalità in grado tale da essere percepibile dall'uomo medio?

In altre parole: la criminalità deve essere manifesta al subordinato esecutore oppure a chiunque, al tipo medio di cittadino?

E conseguentemente la determinazione deve essere ispirata ad un criterio soggettivo (e quindi concreto) oppure ad un criterio oggettivo (e quindi astratto)? Sembra che la dizione legislativa non lasci dubbi circa il carattere oggettivo di tale criterio, altrimenti la norma sarebbe vanificata e non avrebbe la necessaria funzione di richiamo dell'inferiore alla responsabilità e al dovere di attenzione e di vigilanza.

Occorre però precisare che nella individuazione della manifesta criminalità il criterio oggettivo non può essere esclusivo, ma va combinato con componenti di natura soggettiva dato che la possibilità di valutare la criminalità dell'ordine dipende dalla conoscenza degli elementi di fatto, conoscenza che è diversa in relazione al punto di osservazione dei vari militari.

E può aggiungersi ancora che il requisito della "manifesta criminalità" ha in fondo una funzione sintomatica della consapevolezza, da parte del subordinato, della criminalità del

contenuto dell'ordine: di conseguenza, quando quella consapevolezza risulta aliunde, la funzione sintomatica del "manifesta" viene ad essere vanificata, o quanto meno passa in secondo piano"".

Ma anche se si ritenessero non condivisibili le considerazioni appena svolte, e si considerasse necessario scendere all'analisi dell'atteggiamento psicologico e soggettivo dell'imputato circa la manifesta criminalità dell'ordine ricevuto (così come ha fatto la sentenza del 1948 per KAPPLER e gli altri coimputati), occorrerebbe comunque concludere che il PRIEBKE fu consapevole di tale palese criminalità: perché, seppure le circostanze sopra riferite [precedenti rappresaglie già attuate, appartenenza ad un sistema ideologico-politico perverso, uccisione di 33 militari tedeschi, difficoltà di conoscenza e interpretazione delle complesse norme internazionali in materia] possono avergli ottenebrato le facoltà critiche della ragione, anche se la sua coscienza non ha investito direttamente il nucleo della manifesta delittuosità dell'azione, anche se egli non è stato totalmente ed intenzionalmente consapevole della aperta e palese criminalità dell'eccidio, egli ha comunque accettato il rischio di tale possibilità, non ponendosi eccessive problematiche e mettendo in conto (ma superandola in forza della farneticante ideologia di cui era portatore ed espressione) l'eventualità di partecipare ad una esecuzione di smisurata bestialità.

9.2. Il dovere di disobbedienza all'ordine manifestamente criminoso.

Stabilito che l'imputato accettò comunque il rischio che l'ordine fosse manifestamente criminoso, è consequenziale ritenere che egli dovesse negare esecuzione a quell'ordine, se voleva esimersi da responsabilità penale per concorso con il superiore.

Ma il PRIEBKE poteva disobbedire a KAPPLER?

E quali sarebbero state per lui le conseguenze di tale disobbedienza ?

Secondo la tesi difensiva, l'imputato non avrebbe potuto disobbedire perché:

Secondo la tesi accusatoria, invece, il PRIEBKE poteva e doveva disobbedire all'ordine perché:

a) - il Capitano SCHUTZ, che aveva avuto l'incarico di dirigere l'esecuzione, aveva riunito ufficiali e sottufficiali presenti alle Cave ed aveva detto che "quanti non si sentivano di sparare non avevano altra via di uscita che mettersi al fianco dei fucilandi e che anche essi avrebbero avuto un colpo " (v. pag. 21 sent. KAPPLER);

b) - la legislazione tedesca prevedeva la pena di morte in un simile caso di disobbedienza, così come risultava evidente dalla lettura del codice penale militare di guerra e dai chiarimenti forniti in merito dal consulente tecnico della difesa, ascoltato all'udienza dibattimentale del 3 giugno 1996.

a) -l'art. 47 del codice penale militare tedesco del 1926, in vigore all'epoca dei fatti, prevedeva spazi all'autovalutazione o al sindacato dell'ordine criminoso ricevuto ed in ogni caso il reato di disobbedienza non comportava la pena di morte se non in casi di estrema gravità (ad es. durante un combattimento, in circostanze di estremo pericolo, e così via), mentre l'ordine di partecipazione alla esecuzione non rientrava in tali ipotesi;

b) -il consulente tecnico del Pubblico Ministero, Tenente di vascello Gerhard SCHREIBER, storico, addetto all'archivio militare tedesco delle SS in Friburgo, all'udienza

dibattimentale del 3/6/1996 aveva reso significative dichiarazioni e prodotto sufficiente documentazione per poter concludere che, in molti casi analoghi di disobbedienza anche da parte di ufficiali, nessuno era stato mai punito con la pena di morte ma soltanto con provvedimenti amministrativi più o meno rigorosi (quali la punizione disciplinare, il trasferimento al fronte, la compromissione della carriera) o con condanne a pene lievi.

c) -la minaccia del Capitano SCHUTZ poteva intimorire solo i militari di truppa ed i sottufficiali ma certamente non il PRIEBKE, (suo parigrado, anche se meno anziano) il quale non poteva ovviamente ignorare che la eventuale competenza funzionale per un atto di tale gravità spettava solo al Colonnello KAPPLER.

d) - KAPPLER non aveva mai prefigurato esecuzioni sommarie e rivolto minacce di morte a nessuno dei militari di truppa o degli ufficiali incaricati dell'esecuzione che avessero disobbedito all'ordine di sparare; ciò risultava implicitamente dagli atti del relativo processo, e inoltre:

- dalle dichiarazioni da lui rilasciate al giornalista della RAI, CRESCIMBENI, nel corso di un'intervista del febbraio 1974, ritualmente acquisite attraverso l'ascolto della relativa registrazione, nell'udienza del 12 giugno 1996;

- dal fatto che nulla successe al soldato AMONN, che non ebbe la forza di sparare e svenne, né all'esitante Capitano WETJEN che, con modi camerateschi, fu accompagnato all'interno della grotta ed affiancato dal KAPPLER nel momento drammatico della esplosione del colpo.

A parere del Collegio, la tesi accusatoria è fondata.

Il PRIEBKE (come d'altronde tutti gli altri ufficiali convocati presso le Cave Ardeatine per il terribile massacro) avrebbe dovuto rifiutare di dare esecuzione ad un ordine così obiettivamente criminoso, e, per quanto già detto, soggettivamente recepito come tale attraverso l'indiretta consapevolezza, la volontaria accettazione del rischio di palese illegittimità della strage che si stava per compiere.

Giova sottolineare che le risultanze processuali consentono di stabilire che le possibili conseguenze per l'imputato del rifiuto di partecipare a quell'orribile strage erano:

1) un provvedimento disciplinare e/o il trasferimento al fronte e/o un rallentamento del cursus militare: in tal caso le conseguenze sarebbero state molto lievi e non paragonabili a quelle dell'obbedienza all'ordine palesemente criminoso;

2) il deferimento ai rigorosi Tribunali delle SS: in tal caso egli avrebbe sempre potuto giustificare la disobbedienza con la ritenuta palese criminalità dell'ordine ed ottenere un proscioglimento in base ai principi vigenti nel sistema penale militare tedesco, del tutto identici a quelli del nostro articolo 40 cpm.

In ogni caso, il paragrafo 94 del cod. mil. tedesco, così regolava le ipotesi di disobbedienza: "1)-Chi rifiuta l'obbedienza o parole o azioni o persevera nel disobbedire ad un ordine ripetutamente mantenuto in fatti di servizio, è punito con la consegna di rigore non inferiore a 14 giorni o con il carcere o la detenzione in fortezza. 2)Se il reato è compiuto in operazioni, o costituisce un caso particolarmente grave, allora può essere riconosciuto meritevole di pena di morte o ergastolo o reclusione temporanea da uno a quindici anni".

Da tale lettura si desume chiaramente che l'eventuale disobbedienza, nelle circostanze di causa, sarebbe ricaduta nella previsione del n.1) del par. 94 e solo una errata interpretazione circa la sua "particolare gravità" avrebbe potuto ricondurla all'ipotesi sub 2, sanzionabile però, al massimo, con la reclusione temporanea, scongiurabile, ne caso di un eventuale processo, in base a quanto già accennato alla pagina precedente,n.2).

3) la minaccia di esemplare ed immediata punizione con la morte: in tal caso egli avrebbe potuto recedere dal rifiuto e partecipare all'esecuzione solo per salvare la propria vita, avvalendosi della scriminante dello stato di necessità, prevista da tutti gli ordinamenti giuridici, compreso quello tedesco; in tale ipotesi, infatti, nessuno avrebbe potuto pretendere dal PRIEBKE un comportamento eroico ed il sacrificio della propria vita per evitare di concorrere in una disumana esecuzione.

In tutte le ipotesi appena esaminate il PRIEBKE, dunque, avrebbe avuto una via d'uscita: essa, però, non poteva certamente essere quella di obbedire all'ordine apertamente delittuoso, se non in caso di pericolo attuale per la propria vita; e poiché tale pericolo non si è mai realisticamente profilato, è conseguenziale il suo coinvolgimento nella responsabilità dell'intero eccidio, a titolo di concorso con tutti gli altri esecutori.

10. L'aggravante della premeditazione.

Il Collegio, pur ritenendo sussistenti le contestate aggravanti della premeditazione e della crudeltà verso le persone, considera necessario un approfondito esame dei loro presupposti fattuali e giuridici, al fine stabilire la loro esatta valenza e quanto questa si riverberi sul successivo giudizio di bilanciamento ex-art. 69 C.P.

L'esatta nozione giuridica della premeditazione si attaglia solo marginalmente, e con notevole sforzo interpretativo, al modo di svolgersi dei fatti.

Tale aggravante postula un intervallo di tempo tra l'ideazione e l'esecuzione del delitto, nonché un dolo particolare che si differenzia da quello della semplice riflessione e si sostanzia nel protrarsi della volontà delittuosa.

La giurisprudenza regolatrice ha più volte chiarito che per la premeditazione occorrono due elementi essenziali: l'uno cronologico e l'altro ideologico. Il primo consiste in un apprezzabile intervallo di tempo tra l'insorgenza e l'attuazione del proposito criminoso, intervallo sufficiente a far desistere l'uomo di media moralità dal proposito medesimo, per il prevalere di motivi altruistici su quelli antisociali; il secondo nel perdurare, senza titubanze, della risoluzione criminosa e, quindi, in un quid pluris rispetto alla normale riflessione (Cass., 4/5/1965, D'Amore).

Anche una notte o un tempo più breve possono integrare il richiesto elemento cronologico, il cui perfezionarsi, in detto intervallo temporale, deve essere oggetto di indagine di fatto, adeguatamente motivata (Cass. 20/1/1956, Testa).

Non sembra superfluo sottolineare che il T.S.M. escluse tale aggravante in merito all'uccisione delle dieci persone fatte aggiungere da KAPPLER, per l'immediata contestualità tra la notizia del decesso del 33° soldato tedesco e l'ordine di maggiorazione. ""Nè ha rilevanza - sostenne il T.S.M.- che tra l'ordine dell'uccisione e l'evento dell'uccisione si siano interposte probabilmente alcune ore, essendo tale lasso di tempo imposto da necessità intrinseca all'esecuzione dell'ordine. L'esclusione dell'aggravante è addirittura intuitiva per l'uccisione degli altri cinque(...)"".

E' ovvio, poi, che il problema di tale aggravante non si pose per l'uccisione delle prime 320 vittime giacché si pervenne, per tale fatto, all'assoluzione del KAPPLER e degli altri coimputati, per la non consapevolezza della manifesta criminalità dell'ordine.

Ora non v'è chi non veda la pesante influenza di queste stesse argomentazioni del Tribunale Supremo militare, anche per quanto riguarda la soppressione dei 320 ostaggi iniziali.

Il KAPPLER ebbe dal Generale MAELTZER l'ordine di individuare le persone da fucilare alle ore 17-18 del 23/3/1944 e lo trasferì ai suoi collaboratori chiedendone l'apporto;

in quel momento nè lui nè i suoi subordinati sapevano di dover poi partecipare alla strage, e l'intervallo di tempo fra tale attività di ricerca e l'esecuzione del massacro (circa 20 ore), non sembra essere eccessivamente più lungo di quello "intrinsecamente necessario all'esecuzione dell'ordine", e tale da integrare una premeditazione che sia morfologicamente tra le più gravi.

Il Collegio ritiene, in effetti, che la premeditazione abbia assunto caratteri di non particolare gravità, sia perché la risoluzione criminosa non ha avuto origine solo nella autonoma, diretta e malvagia volizione di coloro che hanno eseguito la strage, ma anche nella determinazione dei superiori in grado, sia perché l'intervallo tra ideazione criminosa e sua attuazione, è molto più prossimo allo spazio temporale "intrinsecamente necessario all'esecuzione dell'ordine", che a quello necessario e sufficiente a far desistere dal proposito delittuoso.

Nè sembra del tutto trascurabile la pronuncia del Supremo Collegio (18/6/1956, Arciere) secondo cui "lo studio del piano aggressivo, la preordinazione dei mezzi... sono elementi di natura accidentale estranei alla nozione della premeditazione, ma possono acquistare un valore sintomatico ai fini dell'applicazione di tale aggravante" e quella (4/1/1943, Scigliuzzo) secondo cui "la premeditazione non va confusa con la preordinazione, la quale si riferisce al modo di esecuzione del disegno criminoso, mentre la premeditazione attiene ad uno stadio anteriore".

Perché, nella concreta fattispecie della quale ci si occupa, lo svolgersi degli eventi, la ricerca dei nominativi e la predisposizione dei mezzi e delle modalità dell'esecuzione, sembrano avere maggiore contiguità con l'attività di preordinazione che con una vera e propria premeditazione.

Non si può, poi, non rimarcare la intuitiva, palmare differenza che esiste tra intenzione omicida autonoma, ferma, radicata nel tempo, (a volte per settimane o per mesi) senza respiscenze o tentennamenti, e l'intenzione omicida imposta (sia pure illegittimamente) ed attuata a distanza di poche ore.

Tutto questo per concludere che la premeditazione addebitabile al PRIEBKE si carica di significati peggiorativi meno intensi di quelli normalmente presenti nel delitto ex-art. 575 C.P., con conseguenti riflessi sulla valutazione comparativa ex-art. 69 C.P.

Del resto lo stesso P.M., forse per una dimenticanza bizzarra ma emblematica, sia in sede di requisitoria finale che di replica, ha menzionato solo l'altra aggravante della crudeltà, trascurando del tutto di esporre la sua opinione circa la sussistenza e la valenza della aggravante in discorso.

11. La crudeltà verso le persone.

Anche questa aggravante sussiste nelle sue componenti essenziali; essa, però, (nonostante il disagio che un tema così drammatico suscita in chi deve occuparsene), deve essere analizzata attentamente e ridimensionata con riguardo alle modalità dell'esecuzione che, a parere del Collegio, non sembrano coincidere pienamente, in punto di fatto, con quelle ritenute nella sentenza KAPPLER.

Nella crudeltà rientrano tutte le manifestazioni, non attuate come strumento di esecuzione del reato, che denotano durante l'iter criminoso l'ansia incontenibile dell'agente di appagare la propria istintività di arrecare dolore; essa rappresenta un di più rispetto ai mezzi necessari per la produzione dell'evento e rivela l'insensibilità dell'agente a qualsiasi richiamo umanitario.

Scopo dell'aggravante è quello di punire più severamente l'omicida per l'assoluta mancanza di sensibilità morale e di pietà, onde occorre avere riguardo alle modalità dell'azione.

Anche se queste ultime furono fissate dal KAPPLER, l'aggravante è addebitabile anche all'imputato a norma dell'art. 118, c.2, C.P., nella originaria stesura anteriore alla modifica operata con l'art.31 della L.7/2/1990 n. 19.

Detta aggravante, infatti, concernendo l'intensità del dolo (art. 70, c.2, C.P.) è valutabile a carico di tutti coloro che concorsero nel reato perché servì ad agevolare l'esecuzione (v. anche Cass., Sez. I, 1980, n. 146044-: "la circostanza di aver agito con crudeltà, pur essendo di natura soggettiva, si estende ai correi qualora sia strumentale rispetto all'evento realizzato").

Ciò posto, nonostante quel barlume di umanità che può rinvenirsi nella raccomandazione del Colonnello KAPPLER di non toccare con la bocca dell'arma la nuca dei fucilandi, non può dubitarsi della presenza di tale aggravante nelle modalità della barbara esecuzione, così efficacemente rievocate a pag. 67 della sentenza KAPPLER: ""E' risultato che le vittime (giunte alle Cave Ardeatine dal Carcere di Regina Coeli quando erano state fucilate oltre cento persone trasferite dal Carcere di via Tasso) erano trattenute ad attendere, con le mani legate dietro la schiena, sul piazzale all'imboccatura della cava, da dove, frammiste con le detonazioni, esse udivano le ultime angosciose grida delle vittime che le avevano precedute.

Esse, poi, entrate nella cava per essere fucilate, scorgevano, alla luce delle torce, i numerosi cadaveri ammucchiati delle vittime precedenti (dich. AMONN)"".

Tali modalità, tuttavia (pur essendo sufficientemente sintomatiche di crudeltà per la grande sofferenza morale imposta alle vittime), alla luce delle risultanze probatorie e delle valutazioni logiche, debbono fermarsi qui e non assumere le tinte oltremodo fosche ed agghiaccianti che sono descritte subito dopo: "Infine, esse venivano fatte salire sui cadaveri accatastati e qui erano costrette ad inginocchiarsi con la testa reclinata in avanti per essere colpite a morte...".

Il Collegio ritiene che non sia incontestabilmente certo che le persone venissero fatte salire sui cadaveri accatastati delle vittime precedenti e, quindi, ritiene che tale aggravante debba essere depurata della sua componente di fatto più raccapricciante, e riportata ad una dimensione che, pur superando il limite di ciò che era necessario per la produzione stessa dell'evento di morte, non trasmoda nella inutile ed esagerata efferatezza.

Nella sentenza KAPPLER si dà assoluto credito alle dichiarazioni dei medici legali ASCARELLI e CARELLA e si considera pienamente convincente la loro tesi (v. sent. pag. 67): ""se i cadaveri delle vittime furono trovati ammucchiati fino all'altezza di un metro [un metro e mezzo] circa, con le gambe genuflesse, così come esse erano nel momento della fucilazione, significa che caddero in quel posto poiché, se presi ed accostati [rectius: accatastati] subito dopo la fucilazione, come affermarono gli imputati, si sarebbero necessariamente stirati nelle gambe dal momento che non avevano potuto ancora acquistare la rigidità cadaverica"".

Il Collegio, pur non svalutandole del tutto, per l'assenza di inconfutabili certezze, ritiene che le conclusioni dei periti non siano completamente condivisibili perché contrastano con le risultanze processuali, con i dati della comune esperienza e con la logica.

Nel dettaglio:

a) -nelle dichiarazioni rese in istruttoria dai due periti non c'è alcun riferimento alle "gambe genuflesse" ritenuto poi fondamentale e decisivo per le loro deduzioni.

Il prof. ASCARELLI riferisce testualmente il 26/9/1945 alle autorità alleate (documentazione prodotta dal P.M. all'ud. del 10/5/1996- lett. S): "Le salme erano ammucchiate nello sfondo di due gallerie... quasi tutti i cadaveri avevano assunto una posizione prona ed erano collocati in più strati, l'uno sull'altro; nella galleria trasversale in tre strati, in quella longitudinale in 4 ed anche in 5 strati (...). Data la posizione delle singole salme nei cumuli.... dati i numerosi strati.... non è possibile che le vittime siano state abbattute a colpi di mitraglia ma (...) [esse furono] singolarmente abbattute (...) la vittima cadeva bocconi e man mano che gli altri condannati sopraggiungevano dovevano per forza essere fatti salire sui corpi dei caduti, altrimenti non potrebbe spiegarsi la stratificazione delle salme e la loro quasi uniforme posizione prona";

mentre il dr. CARELLA, il 4/9/1947 (doc.ne P.M.-ud. 10/5/1996, lett. T), precisa: "(...) il fatto che i cadaveri siano stati rinvenuti ammonticchiati in qualche punto per l'altezza di circa un metro e mezzo, e in più strati, quasi tutti nella stessa posizione, mi fa ritenere, con molta probabilità, che essi siano stati uccisi sul posto stesso in cui furono trovati, e che quindi le vittime siano state obbligate a salire sui cadaveri delle altre vittime precedentemente uccise.

. A meno che, a distanza di qualche ora dalla morte, a rigidità cadaverica già stabilitasi, non siano state sovrapposte le une alle altre, e con un certo ordine".

Il dr. ASCARELLI solo al dibattimento (ud. 16/6/1948, p.438) e, inoltre, nel suo libro "Le Fosse Ardeatine" (l'unico ritualmente acquisito agli atti dibattimentali perché contenente considerazioni medico-legali), precisa: "due enormi cumuli che occupavano uno spazio di circa 5 metri di lunghezza e 3 di larghezza e 1.50 di altezza. Le salme non apparivano distinte ma ammucchiate, sovrapposte, strettamente adese, del tutto irriconoscibili " (pag. 40);

"Quasi a tutti [i corpi] comune la posizione prona. Differenti però ne erano gli atteggiamenti, per il vario grado della contorsione del tronco e per la flessione od estensione delle gambe. Molti però furono i cadaveri che nella suddetta posizione prona, presentarono le gambe flesse sotto l'addome" (pag.. 41); "Si è detto come spesso le salme esumate non si presentavano integre, ma mancanti del capo, degli arti, di porzioni di arti, ecc. (...) alle volte un arto o un frammento di esso si rinveniva con altri frammenti appartenenti ad un diverso corpo: ciò forse a causa delle esplosioni....(pag.53).

Mentre il dr. CARELLA, anche al dibattimento, non parla mai di "gambe genuflesse" ma di "gambe divaricate" (ud. 16/6/1948 p. 450) ed aggiunge considerazioni che lasciano molto perplessi per la loro incredibile superficialità, come: "se ammazzati in luogo diverso è strano che siano stati trovati tutti nella stessa posizione"; "se come dicono gli imputati il trasporto avvenne subito dopo l'esecuzione, avremmo dovuto trovare quasi tutti i cadaveri irrigiditi" [sic]; "ritengo che le vittime furono uccise l'una sull'altra. Se uccise in luogo diverso, non credo che avranno avuto la forza di buttare cadaveri a 7-8 metri di altezza" [sic]; "l'accumulo non potette avvenire, dunque, successivamente".

Basta, poi, guardare le fotografie contenute nel citato libro del dr. ASCARELLI, per rendersi conto del significato che in esso viene attribuito alla locuzione "gambe genuflesse" (v. pag. 58, 37-51) e della situazione riscontrata al momento della riesumazione delle sventurate vittime.

b) -tutti i materiali protagonisti dell'esecuzione hanno riferito,

univocamente e senza contraddizioni, che i cadaveri delle vittime venivano accostati e/o accatastati dopo l'esecuzione in fondo alle gallerie; nessuno ha mai parlato di salite delle vittime, e conseguentemente dei loro carnefici, sui corpi delle persone già uccise;

c)-i dati della comune esperienza e le regole stringenti della deduzione logica permettono di ritenere che:

1) -quando una persona, inginocchiata e con le mani legate dietro la schiena, viene colpita a morte da un colpo alla nuca, cade prona e conseguentemente le gambe si distendono in modo automatico: quindi, dovunque essa venga uccisa (a terra o sul corpo di altre vittime), assume sempre una posizione distesa; in ogni caso, ammesso il ritrovamento di molte vittime con le gambe genuflesse [non di tutte, perciò], andrebbe ricercata altrove la causa di tale posizione (nelle esplosioni cui si riferisce lo stesso ASCARELLI per giustificare lo smembramento di molte salme?) e non nel fatto che esse fossero costrette a salire sui corpi di chi le aveva precedute. I periti, tra l'altro, desumono tale raccapricciante circostanza dal solo fatto che i cadaveri formavano cumuli ordinati di circa un metro e mezzo, trascurando di approfondire l'ipotesi (molto più probabile, ma solo accennata dal dr. CARELLA) che, dopo l'uccisione, i corpi siano stati man mano accatastati per lasciare spazio nelle gallerie (così come assunto dai partecipanti all'eccidio);

2)-è molto improbabile (se non inverosimile) che qualcuno, o addirittura il Colonnello KAPPLER, abbia avuto la folle, balzana idea di procedere in un modo così stupidamente barbaro: sia perché esso sarebbe stato obiettivamente inconciliabile con i ristretti tempi dell'esecuzione, sia perché avrebbe accresciuto smisuratamente le difficoltà della fucilazione. Basti pensare all'enorme, oggettiva difficoltà (se non all'impossibilità) che cinque persone, con le mani legate dietro la schiena, avrebbero dovuto superare per salire tutte insieme, contemporaneamente, su un cumulo di vittime che poteva anche superare il metro; ed a quanto sarebbe stato arduo, per i cinque carnefici che le seguivano, rimanere in piedi su un mucchio di corpi senza vita e sparare un colpo mortale alla nuca, nonostante il precarissimo, instabile equilibrio derivante dall'assurda posizione. Senza contare che tale barbaro modo avrebbe richiesto tempi molto più lunghi rispetto ad una fucilazione eseguita secondo le modalità riferite da tutti i coimputati, e cioè con il sistematico accantonamento verso il fondo della galleria ed il successivo accatastamento di quei poveri corpi.

Ve n'è abbastanza per concludere che appare molto dubbio, in punto di fatto, questo inquietante segmento di crudeltà, e quindi anche questa aggravante, pur sussistendo,

assume connotazioni meno gravatorie di quelle addebitate al correo KAPPLER. Esse influiranno, come si vedrà, nella comparazione con le attenuanti.

12. L'attenuante ex-art. 59 CPMP.

Il reato ascritto, pur nella sua oggettiva ed indiscutibile gravità, appare circostanziato da due attenuanti che si ritengono concedibili all'imputato: quella prevista per l'inferiore che è stato determinato dal superiore a commettere il reato (art. 59, n.1, CPMP, applicabile anche in tempo di guerra per il richiamo contenuto dalla art. 47 cpmg) e quella prevista dall'art. 62/bis CP (attenuanti generiche) richiamato dall'art. 47 CPMP.

È fuori discussione il fatto che l'imputato abbia partecipato all'eccidio, adempiendo all'ordine impartitogli dal Colonnello KAPPLER, comandante del reparto cui apparteneva. Ed è fuor di dubbio che tale ordine, pur non integrando i presupposti della esimente dell'art. 40 CPMP a causa della sua palese delittuosità, abbia determinato il Capitano PRIEBKE a concorrere nella strage delle Fosse Ardeatine.

Per escludere l'attenuante occorrerebbe dimostrare una autonoma, volontaria, indipendente scelta dell'imputato e la sua libera e consapevole decisione di partecipare in ogni caso e ad ogni costo a quell'orribile fucilazione.

Ma di tutto questo non appare alcuna traccia negli atti del processo.

Nessuna risultanza processuale porta a concludere che il Capitano PRIEBKE si sia offerto come volontario complice della strage, oppure a supporre che, anche in assenza di ordini superiori, egli si sarebbe comunque unito ai carnefici per soddisfare un cinico desiderio di vendetta o una improbabile libidine di sangue: egli non aveva parenti o amici tra i soldati deceduti per l'attentato di via Rasella, né i tratti della sua personalità, quali emergono dalle carte processuali, (nonostante la sua partecipazione, nei limiti già visti, alle torture di via Tasso), sembrano delineare l'immagine di un ufficiale portato istintivamente e sistematicamente alla violenza ed alla crudeltà necessarie per proporsi come libero e volontario correo nel massacro.

Né può aderirsi a quanto sostenuto da qualche difensore di parte civile: esisteva una tale convergenza tra il Colonnello KAPPLER ed il suo collaboratore preferito, una tale coincidenza di vedute e di impostazione caratteriale ed ideologica, che l'imputato aderì sicuramente, senza perplessità ed obiezioni, all'ordine del suo carismatico superiore e non fu affatto indotto al reato da questi; di conseguenza egli sarebbe immeritevole dell'attenuante.

A prescindere dalla mancanza di qualsiasi elemento che possa dimostrare l'intima adesione del Capitano PRIEBKE a quell'ordine, è appena il caso di rilevare che anche il KAPPLER non agì sua sponte.

Egli fu incaricato dell'esecuzione non perché si fosse volontariamente proposto al Generale MAELTZER, ma solo perché il Maggiore DOBRIK (comandante del Battaglione "Bozen" falciato dallo scoppio della bomba) aveva avanzato riserve circa l'idoneità fisica e psicologica dei suoi uomini. Inoltre, anche ammettendo affinità elettive e particolari coincidenze della visione generale, morale, socio-politica e militare di due personalità, non può dedursene necessariamente la convergenza di idee anche su singoli atti, specie se di tanta gravità e negatività.

Per concludere, tutto porta a supporre che il Capitano PRIEBKE, se non avesse ricevuto un formale ordine dal superiore, si sarebbe molto volentieri sottratto ad un'azione così moralmente riprovevole e così giuridicamente pericolosa, ed avrebbe certamente evitato di partecipare ad una esecuzione tanto disumana da segnare chiunque per tutta la vita. Ciò è, tra l'altro, confermato dalle stesse dichiarazioni dell'imputato al quale, pertanto, l'attenuante in discorso può essere riconosciuta.

13. Le attenuanti generiche. Finalità e caratteristiche.

L'art. 62/bis C.P. dispone: "Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'art.62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate, in ogni caso, come una sola circostanza...".

Le circostanze attenuanti generiche previste dall'articolo appena trascritto, sono state introdotte nel nostro ordinamento per mitigare, in relazione a circostanze non contemplate specificamente dalla legge, le pene previste per i singoli reati.

Esse rappresentano tutto ciò che il legislatore non ha potuto prevedere in ordine alla individuazione della pena, essendo impossibile concentrare in poche formule l'immensa varietà delle vicende umane. Cosicché spetta al giudice cogliere, nella concretezza di ciascun fatto, nei motivi che lo hanno determinato e nelle circostanze che lo hanno accompagnato, quegli elementi che possono suggerire di attenuare la pena astrattamente indicata dal legislatore.

La Corte regolatrice ha chiarito più volte, ed in modo ormai consolidato, natura, presupposti e limiti di questa attenuante, (il cui carattere saliente è la "atipicità"), emettendo una serie copiosissima di pronunce, delle quali si riportano le più significative:

"Nel nostro sistema penale non esistono ipotesi criminose aprioristicamente incompatibili, per loro natura, con le attenuanti generiche, sicché il beneficio attenuativo non può negarsi a causa della natura e gravità del reato (19/11/1982, Nobile), che è cosa ben diversa dalla gravità del fatto e della condotta criminosa. Non è, poi, di ostacolo alle attenuanti generiche la sola gravità del fatto, ma è necessario tener conto di tutti gli elementi che possono riferirsi oggettivamente e soggettivamente al reato, al modo, all'occasione, al temperamento, al contegno del colpevole" (20/12/1983, Russo):

"L'art. 62/bis CP non individua né specifica le situazioni in presenza delle quali possono trovare applicazione le attenuanti generiche, attribuendo al giudice un ampio potere discrezionale. E', tuttavia, evidente che il giudice può e deve fare riferimento sia ai criteri enunciati nell'art.133 C.P., (norma che comprende tutte le possibili situazioni influenti sulla misura della pena) sia ad elementi e situazioni di fatto particolari (diversi da quelli legislativamente indicati nell'art. 133 C.P.), aventi valore significante per l'adeguamento della pena alla natura ed all'entità del fatto di reato ed alla personalità del reo. Il potere discrezionale del giudice - nonostante la sua ampiezza ed estensione - non è però illimitato: egli ha l'obbligo di indicare i parametri ed i criteri utilizzati e le ragioni che pone a fondamento della concessione di tali attenuanti" (Cass., 1.10.1986 Esposito).

"Il beneficio dell'art. 62 bis C.P. ha una sua ragione autonoma, ravvisabile in situazioni atipiche o nelle stesse molteplici circostanze previste dall'art. 133 C.P. che meritano, nel caso concreto, una particolare considerazione per la specificità della vicenda, o della personalità o del vissuto dell'imputato o altro" (Cass. 15/2/1988, Amodeo).

13.1. Elementi valutabili fuori dell'art.133 C.P.:

la disciplina militare, il tempo di guerra, il contesto storico-politico, i rischi della disobbedienza.

Prima di scendere all'esame concreto delle situazioni di fatto particolari e degli elementi diversi da quelli indicati nell'art. 133 C.P., che il Collegio ritiene di valutare a favore dell'imputato, sembrano opportune alcune considerazioni.

Se qualcuno avesse rifiutato di obbedire all'ordine del Colonnello KAPPLER ed avesse avanzato obiezioni o dubbi circa quel barbaro modo di colpire persone inermi ed estranee ad un attentato che, anche se ritenuto proditorio, rientrava pur sempre nella tragica e fatale logica della guerra; se qualcuno avesse suscitato perplessità circa l'enormità dell'azione che si stava profilando, forse la "rappresaglia" avrebbe avuto una diversa fisionomia, forse sarebbe prevalsa l'originaria idea del Generale Von MACKENSEN di colpire solo le persone condannate a morte o di limitare la reazione tedesca entro limiti e dimensioni molto più ridotte.

Certo, però, ciò non era agevole.

Non era facile per il Capitano PRIEBKE opporsi ad un superiore dalla personalità forte ed ambiziosa come quella di KAPPLER e ad un ordine che proveniva, attraverso i massimi vertici della Wehrmacht, direttamente dallo Stato Maggiore di HITLER; svestirsi dell'ambito mentale, portato all'obbedienza pronta e cieca, che costituiva la struttura portante della rigidissima organizzazione delle SS; non considerare che ordini di rappresaglia, di proporzioni anche più mostruose ed aberranti, erano stati eseguiti nello scenario di guerra di altri paesi europei occupati da nazisti [e forse anche a Roma]; non subire l'angoscioso patema di una denuncia ai Tribunali militari delle SS, estremamente rigidi e fortemente condizionati dalle direttive o dalle decisioni di HIMMLER.

Perché, nonostante sia pacifico che il cod. pen. mil. tedesco non prevedeva per simili disobbedienze la pena di morte, è difficile accettare senza riserve le precisazioni di Gerhard SCHREIBER, consulente tecnico del P.M., secondo il quale le uniche conseguenze sarebbero state di natura amministrativa e non penale.

Non può, infatti, ritenersi del tutto infondato il parere del consulente tecnico della difesa (lo storico e giurista ANGELOZZI GARIBOLDI), secondo il quale le conseguenze di una disobbedienza, in quelle circostanze, sarebbero state alquanto gravi: il rifiuto avrebbe comportato la violazione del giuramento delle SS naziste e sarebbe stato interpretato come un tradimento del sistema, con conseguenze molto negative anche per i familiari dell'indisciplinato ed il suo deferimento ai Tribunali Speciali delle SS, temutissimi per il loro ossequio ai vertici dell'organizzazione politica e per l'applicazione di principi e norme del tutto speciali.

Le deduzioni contenute nel parere del Consulente tecnico della Difesa rinnovano, peraltro, le scansioni argomentative contenute nella relazione dell'avv. Erich Müller (coadiutore tedesco nel dibattimento Kappler, udienza del 6 luglio 1948, pag. 677 del relativo verbale): "un ordine del Führer rappresentava una disposizione emessa senza la compartecipazione del Parlamento e del Governo o di una qualsiasi Autorità legislativa, contro la quale non poteva opporsi alcuna opinione e che doveva essere eseguita senza riserve e senza condizioni da coloro ai quali la disposizione stessa era rivolta. L'ordine del Führer non era legato ad alcuna forma (...) poteva essere impartito per iscritto, verbalmente, direttamente o indirettamente. Un ordine del Führer aveva forza superiore alla legge perché emanava direttamente dalla massima Autorità del III Reich (...). Per ogni tedesco il non adempimento di un ordine del Führer rappresentava andare incontro a severe condanne. In generale la perdita della libertà personale ed in maniera particolare

più severe erano le condanne previste per appartenenti alle "SS" - poiché gli stessi non venivano sottoposti alla giurisdizione ordinaria bensì alla giurisdizione delle "SS" ed ai loro previsti Tribunali speciali -. Per siffatte ragioni gli appartenenti alle "SS" osservavano una disciplina ancora più rigorosa (...). Tra l'altro valeva in Germania il principio, la possibilità e quindi il pericolo, in tali casi, di vedere applicate a carico del trasgressore le norme riguardanti la punizione anche nei confronti dei membri della famiglia: moglie, genitori, figli, fratelli".

La capacità deterrente di quei Tribunali (posti a tutela della ferrea disciplina militare tedesca), già ritenuta notoria dalla sentenza KAPPLER, è, poi, ulteriormente suffragata dal rilievo che, riconoscendo eccessivi spazi al potere di obiezione e di critica dell'inferiore in grado, si attribuirebbero alle FF.AA. naziste ed al totalitario e delirante regime politico che le esprimeva, connotazioni garantistiche e margini di autonomia che, invece, non possedevano affatto.

Al fine di svalutare le considerazioni che precedono, si è evidenziato il parallelismo tra l'apparato nazista e la criminalità organizzata, per negare qualunque valenza attenuante della "appartenenza all'organizzazione": come il "killer" mafioso non può invocare quale attenuante la difficoltà di opporsi alla crudeltà e spietatezza dell'organizzazione di cui volontariamente fa parte, allo stesso modo nessun riguardo può aversi verso chi faceva parte di una perversa e sinistra organizzazione come le SS.

Il paragone, però, è improprio e disomogeneo perché la criminalità organizzata ha come scopo la commissione di reati e si pone come organismo illegale, contra legem, al di fuori della struttura statale, mentre la Wehrmacht e le SS facevano pur sempre parte dell'apparato amministrativo dello Stato tedesco.

Inoltre, anche per l'appartenente alla criminalità organizzata andrebbe sempre valutata, controllata, verificata la sussistenza di ogni circostanza e di quanto altro possa incidere sulla gravità del fatto o sulla concedibilità di eventuali attenuanti; non sarebbe, insomma, possibile una aprioristica esclusione di tale verifica, sulla base della sola appartenenza ad una certa organizzazione, anche se illecita.

Gli elementi desumibili dalle considerazioni che precedono, alla luce di quanto chiarito dalla segnalata giurisprudenza di legittimità, possono ben rientrare nel paradigma normativo dell'art. 62/bis CP. che non consente di trascurare un dato di grandissimo rilievo: questi stessi elementi hanno portato nel 1948, (in epoca, quindi, vicinissima ai terribili eventi ed alle lancinanti sofferenze morali e materiali del massacro) ad assolvere lo stesso KAPPLER, con formula dubitativa, ed altri cinque correi (due ufficiali e tre sottufficiali) con formula piena, nella supposizione che tali elementi provassero sintomaticamente la non consapevolezza della manifesta criminalità della "rappresaglia".

E non tutti erano, come vorrebbero l'accusa e le P.C., ignari e semplici esecutori di ordini: i due ufficiali ed uno dei marescialli si trovavano in una posizione che era sostanzialmente assimilabile a quella del Capitano PRIEBKE e da essa si differenziava solo perché questi aveva svolto il compito, delegato e meramente esecutivo, di controllo delle liste. Si trattava, infatti, del Maggiore DOMIZLAFF (comandante del III reparto dell'Aussenkommando), del Capitano CLEMENS, (cui era stata affidata la direzione del carcere di via Tasso e che aveva attivamente partecipato a quelle torture, tant'è vero che venne incriminato per le gravi lesioni procurate ai detenuti e successivamente prosciolto, per prescrizione dei reati, in data 12/4/1960- atti prodotti nell'udienza 10/5/1996, B/1-), e del Maresciallo QUAPP (che, oltre ad essere stato incriminato assieme al CLEMENS per le stesse torture, aveva partecipato alla formazione delle liste -v. sent. KAPPLER, pag. 65-).

Tali elementi, poi, assumono indubbiamente un significato ancora più pregnante ove si consideri che lo stesso Tribunale Internazionale di Norimberga (che già nell'immediato dopoguerra aveva infranto il tabù dell'obbedienza cieca, condannando molti criminali nazisti che avevano cercato di ripararsi dietro lo scudo dell'ordine dei superiori), nell'art. 8 del suo Statuto aveva stabilito: "Il fatto che l'imputato abbia agito in ossequio all'ordine del suo governo o di un superiore non lo esime da responsabilità, ma può essere preso in considerazione come circostanza attenuante, se il Tribunale accerta che ciò sia richiesto da motivi di giustizia".

A tutto questo non può non aggiungersi il fatto notorio che i generali KESSELRING, Von MACKENSEN e MAELTZER, pur essendo stati riconosciuti dai Tribunali Militari alleati come i maggiori responsabili del massacro (a causa della loro notevole capacità di incidenza sulle caratteristiche e sulla portata della "rappresaglia"), e nonostante fossero stati condannati a morte mediante fucilazione (convertita poi in ergastolo), furono poi destinatari di vari provvedimenti di clemenza -oggi non più concedibili nelle stesse causali- e scontarono pene relativamente brevi (ad esempio, 7 anni il Generale KESSELRING; 6 anni il Generale Von MACKENSEN).

Non si vede, perciò, come tali elementi possano essere esclusi da quell'insieme di tasselli che concorrono a formare l'attenuante ex art. 62/bis C.P. concessa all'imputato.

13.2. Gli elementi valutabili ex-art. 133 C.P.: la gravità del fatto e la capacità a delinquere.

L'art. 133 C.P. fissa i due criteri fondamentali che il giudice deve prendere in esame per la concreta commisurazione della pena:

la gravità del [fatto di] reato e la capacità a delinquere del colpevole.

Esso elenca, poi, tutti quegli specifici elementi che portano ad individuare la concreta gravità del fatto e l'estensione della capacità delinquenziale.

Nel dettaglio:

a) la gravità del fatto-reato si desume da natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e qualsiasi modalità dell'azione, nonché dalla gravità del danno cagionato alla persona offesa e dall'intensità del dolo;

b) la capacità a delinquere si individua attraverso i precedenti penali e, in genere, la condotta e la vita del reo antecedente e contemporanea al reato, nonché attraverso la condotta susseguente al reato, il carattere del reo e le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

E' ovvio che, essendo il reato contestato al PRIEBKE, a causa delle aggravanti, punito con la pena dell'ergastolo (che per la sua stessa natura, non consente la individualizzazione della pena e si pone in antinomia con il precetto costituzionale della finalità rieducativa della sanzione penale - art. 27-), nel caso specifico l'art. 133 C.P. non può esplicitare la sua normale funzione di parametro generale per la graduazione della pena-base.

Ciò non impedisce, però, ma addirittura impone, (per non vanificare una direttiva di fondo dell'ordinamento giuridico, ossia la finalità rieducativa della pena) che i due fondamentali criteri contenuti nell'articolo 133 C.P. siano, almeno, utilizzati per

individuare eventuali altre ragioni di concedibilità della circostanza attenuante prevista dall'art.62/bis C.P.

Naturalmente il primo criterio della gravità del reato non può giocare, in questa ricerca, alcun ruolo positivo per l'imputato: è fin troppo evidente che gli specifici elementi costituiti dalla causale e dalle modalità dell'eccidio nonché dal numero enorme delle vittime, di per sé porterebbero a negare la diminuzione in discorso (fatta eccezione per l'intensità del dolo, che appare pesantemente limitata dalla - sia pur erroneamente ritenuta - coerenza dell'ordine).

Questo primo criterio, però, soprattutto nelle sue componenti oggettive e nel quadro generale dell'art. 133 C.P., si pone in rapporto di relativa subvalenza rispetto all'altro criterio della capacità a delinquere: altrimenti, di fronte ad un reato di particolarissima gravità come quello addebitato a PRIEBKE, non sarebbe mai possibile alcuna attenuazione di pena o concessione di diminuenti, in aperta violazione del principio costituzionale dell'art. 27 (che invece ha, come evidente corollario, la predominante valutazione della attitudine del colpevole a commettere nuovi reati).

Passando al secondo criterio, si è visto che la capacità a delinquere si desume:

- 1) dai precedenti penali e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo antecedente e contemporanea al reato;
- 2) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;
- 3) dalla condotta susseguente al reato;
- 4) dal carattere e dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del colpevole.

Ora, scendendo all'analisi dei singoli elementi che compongono detto criterio, non v'è dubbio che, attualmente, il PRIEBKE è portatore di attitudini delinquenziali molto ridotte e manifesta una capacità a delinquere quasi inesistente.

Solo l'elemento sub 1), infatti, porterebbe al diniego della attenuante in discorso, non potendo ignorarsi che, nel periodo anteriore alla commissione del reato (e poi, presumibilmente, per tutta la durata della guerra), la sua condotta di vita non sia stata né penalmente irrilevante né moralmente ineccepibile.

Ciò si desume dalla sua zelante attività (sia pure collegata a doveri funzionali) di irriducibile ricercatore di appartenenti alla resistenza, di abile scopritore di complotti e congiure contro le forze occupanti e, soprattutto, dalla sua partecipazione alle torture di via Tasso, integrante una vera e propria attività criminosa che si manifestava nella reiterazione di "delitti contro la persona", (attualmente caduti in prescrizione così come già dichiarato, con sentenza in camera di consiglio del 12/4/1960, emessa dal Tribunale Militare di Roma nei confronti del Capitano CLEMENS e del Maresciallo QUAPP).

I successivi criteri, invece, per la loro più attuale e determinante valenza, conducono ad una prognosi favorevole alla concessione dell'attenuante.

In particolare:

- non v'è dubbio che i motivi che spinsero il Capitano PRIEBKE a partecipare al massacro non possono essere individuati in un malvagio ed infamante interesse personale, ma

debbono essere ricondotti al meno gravatorio intento di defilarsi dalle incerte conseguenze di una difficile e problematica disobbedienza;

- è parimenti certo che nella condotta successiva al reato deve ricomprendersi il suo comportamento processuale e la assenza di azioni criminose in un arco di tempo che raggiunge il mezzo secolo.

Anche se il comportamento processuale dell'imputato non è stato tra i migliori possibili, essendo state le sue dichiarazioni solo parzialmente veridiche, (bisogna considerare, però, che si tratta di eventi molto remoti ed alcuni particolari possono sbiadirsi nella memoria di un 83enne), non si può negare che il PRIEBKE ha ammesso di aver personalmente colpito a morte due persone e si è sottoposto all'esame delle parti nel corso delle indagini e dell'udienza preliminare (interrogatorio del GIP in data 25/11/1996 presso il Carcere Militare di Forte Boccea; interrogatorio reso nel corso dell'udienza preliminare del 3/4/1996; entrambi acquisiti, in forma verbalizzata e trascritta, nell'udienza dibattimentale del 7/6/1996).

Vero è che, poi, nel dibattimento egli non ha consentito al suo esame, ma ciò sembra attribuibile alla finalità di evitare defatiganti risposte all'intenso incrociarsi delle domande di oltre 15 difensori di parte civile, piuttosto che all'intento di ostacolare l'accertamento della verità (così come è confermato dalla presentazione di due memoriali da lui sottoscritti).

Il suo contegno difensivo, inoltre, improntato a dignità e pacatezza, non può non essere sintomatico del limitato spessore della sua attuale capacità a delinquere .

E' poi indubitabile che l'imputato, dalla fine della guerra e fino al suo arresto nel maggio 1994, ha mantenuto condotta irreprensibile, astenendosi da qualsiasi azione delittuosa, così come comprovano attestati ufficiali delle autorità diplomatiche argentine e tedesche (v. note in data 5,7 ed 8 giugno 1996 del Ministero degli Affari Esteri - vol. 4° ff. 185-190 degli atti -).

Qualche difensore di parte civile, nel sostenere la non valutabilità di questa "buona condotta", ha evidenziato il fatto che l'imputato, a guerra finita, non potesse certo partecipare ad altre stragi. Ma l'obiezione non ha nessun pregio giacché nulla avrebbe impedito al PRIEBKE (se effettivamente avesse avuto una spiccata e persistente capacità a delinquere) di commettere reati contro la persona, la famiglia, il patrimonio, la pubblica amministrazione, la fede e l'economia pubblica, e così via.

Anche il carattere e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato sono fortemente e positivamente significanti nell'indagine sulla sua attuale ridottissima capacità a delinquere.

E' notorio, ed inoltre evidenziato dagli stessi memoriali dell'imputato e confermato dalle lettere sopra citate, che il PRIEBKE, prima dell'arresto, era un tranquillo pensionato di 81 anni che apparteneva ad una normalissima famiglia piccolo-borghese.

Egli svolgeva una meritoria attività presso una scuola di lingue (frequentata da circa 1000 studenti appartenenti a varie etnie e seguaci di ogni credo religioso) gestita nell'interesse di un'associazione che curava scambi culturali tedesco-argentini.

Non è minimamente provato alcun suo attuale collegamento con associazioni o organizzazioni filo-naziste, o un suo nostalgico attaccamento alla sinistra ideologia che

pure lo aveva coinvolto durante la seconda guerra mondiale. E', anzi, sicuro il suo completo distacco dai trascorsi nazisti, nonostante qualche contatto epistolare col Colonnello KAPPLER ed un incontro amicale col coindagato HASS avvenuto nel 1978-80, attribuibile presumibilmente alla solidarietà che la guerra crea tra alcune persone, piuttosto che ad una comune e persistente matrice ideologica. Non è, infatti, di secondaria importanza la conversione dell'imputato alla religione cattolica (avvenuta nel luglio 1948 presso la parrocchia di Vipiteno (BZ)), con conseguente adesione a fondamentali principi e comportamenti del tutto antitetici rispetto a quelli del nazismo.

(v. lett. Questura di Roma in data 1/6/1994- doc.ne del P.M., H/1, acquisita nell'udienza dib.le del 10/5/1996).

Il PRIEBKE, infine, dopo essere fuggito dal campo di prigionia di Afragola, non si è mai nascosto nel corso del mezzo secolo successivo: ha sempre vissuto in Argentina conducendo le sue attività alla luce del sole, senza mascherare o celare la sua identità e quella dei suoi familiari, senza ricorrere a falsi domicili o segrete dimore; ha viaggiato utilizzando regolare passaporto e qualche volta ha persino soggiornato in Italia, evidenziando la mancanza di qualsiasi vocazione alla latitanza (nonostante l'ordine di cattura emesso nei suoi confronti il 25/11/1946 dal P.M. presso il Tribunale Militare) o alla fuga da eventuali giudizi sulle sue responsabilità.

Indubbiamente egli era convinto, anche alla luce del processo KAPPLER e della avvenuta assoluzione degli altri ufficiali che con lui avevano partecipato al massacro, (nonché delle leggi argentine, che prevedono la prescrizione di qualsiasi crimine dopo 15 anni dalla sua commissione) di non essere più perseguibile; per questo ebbe a rilasciare la famosa intervista televisiva del 1994, ed a ragione di questa sua ingenuità venne arrestato ed estradato in Italia.

Ma è proprio questa ingenuità senile e l'assenza di qualsiasi tentativo di sottrarsi alla detenzione domiciliare in Bariloche, che rivelano un ultimo positivo aspetto della attuale personalità di questo anziano imputato, che ormai rappresenta, per l'inesorabile vittoria degli anni, soltanto la pallida e sfocata immagine dello zelante Capitano delle SS di un tempo, e la cui capacità a delinquere appare oggi molto esigua e francamente poco percettibile. Nessun soggetto rimane sempre uguale a se stesso, ognuno muta assieme alla società ed al periodo storico; e ciò è inevitabilmente avvenuto anche per l'imputato PRIEBKE, a dispetto delle apparenze che, non coincidendo con quelle di un vecchio malfermo e pietoso, hanno fatto pensare ad una inalterata permanenza della sua originaria personalità.

Dalla sola apparenza, però, non può scaturire un giudizio di continuità, incompatibile con mezzo secolo di vicende personali ed eventi storici.

Si ritiene, dunque, per tutte le considerazioni svolte, che le attenuanti generiche previste dall'art. 62/bis C.P. possano essere a lui concesse.

14. La comparazione delle circostanze.

L'art. 69 C.P. regola l'ipotesi in cui il reato risulti circostanziato sia da aggravanti che da attenuanti, e stabilisce che il giudice, in tal caso, deve provvedere a formulare un giudizio di comparazione tra le circostanze riconosciute sussistenti.

Le più significative decisioni della Suprema Corte sul tema hanno chiarito che: "nel sistema penale vigente il criterio generale che il giudice deve osservare nella comparazione delle circostanze è quello risultante dallo schema dell'art. 133 C.P., allo

scopo di ottenere una valutazione complessiva dell'episodio delittuoso che tenga conto della particolare personalità del reo, considerato sotto ogni aspetto sintomatico, e della sostanziale entità della condotta criminosa". (Cass. 19.1.1990, Esposito); "è legittima l'utilizzazione degli stessi elementi di cui all'art. 133 C.P. o anche di uno solo di essi, ai diversi fini della determinazione della pena, del giudizio di valenza ex-art. 69 C.P. e della concedibilità delle attenuanti generiche" (Cass. Sez. I, 84/165637);

"la valutazione di elementi favorevoli alla concessione delle attenuanti generiche ha natura del tutto diversa dalla valutazione finalizzata al giudizio di comparazione, poiché quest'ultimo giudizio è diretto alla determinazione della concreta entità del reato ed all'adeguamento della pena al fatto ed alla personalità del colpevole. Pertanto, non sussiste contraddittorietà di motivazione allorché il giudice di merito, valutata una serie di elementi favorevoli alla concessione delle attenuanti generiche, pervenga, sempre in considerazione degli stessi elementi, ad un giudizio di semplice equivalenza e non di prevalenza con la circostanza aggravante" (Cass. Sez. IV, 1985/174208);

"il giudice, nell'effettuare la comparazione tra le opposte circostanze, può prendere in esame anche elementi diversi da quelli indicati nell'art. 133 C.P., allo scopo di stabilire, nel suo apprezzamento discrezionale, quale incidenza eserciti la suddetta valutazione sulla obiettiva entità del reato. A questo fine egli può anche tener conto della concreta rilevanza degli elementi di fatto che hanno portato all'applicazione delle singole aggravanti e attenuanti, perché questo è uno dei modi, e forse il più efficace, per accertare quale sia il peso rispettivo che esse hanno nella specifica fattispecie, al di là della loro corrispondenza ai relativi modelli legali" (Cass. 13.10.1978, Losco);

"per il corretto adempimento dell'obbligo della motivazione in tema di bilanciamento di circostanze eterogenee, è sufficiente che il giudice dimostri di aver considerato e sottoposto a disamina gli elementi enunciati nell'art. 133 C.P. e gli altri dati significativi, apprezzati come assorbenti o prevalenti su quelli di segno opposto, essendo sottratto al sindacato di legittimità (in quanto espressione del potere discrezionale nella valutazione dei fatti) il supporto motivazionale sul punto, quando sia aderente ad elementi tratti obiettivamente dalle risultanze processuali e sia, altresì, logicamente corretto" (Cass. Sez. I, 1988, N.180654); anche la sola enunciazione dell'eseguita valutazione delle circostanze concorrenti esaurisce l'obbligo della motivazione in quanto, rientrando tale giudizio nella discrezionalità del giudice, esso non postula un'analitica esposizione dei criteri di valutazione" (Cass. Sez. IV, 1990, n. 184914);

"il giudizio di valenza tra le circostanze di segno opposto non richiede l'adozione di espressioni formali, sicché la sua effettuata esecuzione, con i criteri posti a suo fondamento, può implicitamente essere desunta dalla lettura della sentenza" (Cass. Sez. IV, 1989, N. 180855).

Ciò posto, il Collegio, facendo riferimento a quanto già evidenziato con le argomentazioni contenute nei paragrafi 10 ed 11 circa l'effettiva portata delle contestate aggravanti, e avuto riguardo al peso riconosciuto alle attenuanti concesse sub nn.12 e 13, perviene ad un giudizio di equivalenza fra tutte le menzionate circostanze, a seguito della comparazione effettuata a norma dell'art. 69 C.P.

15. La prescrizione del reato.

Il reato di omicidio aggravato, di cui il PRIEBKE è stato riconosciuto responsabile, comporterebbe la pena dell'ergastolo ai sensi del combinato disposto degli artt. 185 c.2, CPMG, 575, 577, nn. 3 e 4 e 61, n. 4, C.P.

Tale reato però, come si è visto, è stato ritenuto circostanziato anche dalle equivalenti attenuanti previste dagli artt. 59, n.1, CPMP e 62/bis C.P.

A seguito di tale bilanciamento il reato è divenuto punibile con la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno (art. 575 C.P.).

Ciò deriva da una corretta ermeneutica giuridica ed è confermato dalla interpretazione giurisprudenziale secondo la quale, in relazione ad un reato punibile in astratto con la pena dell'ergastolo, quando vengono concesse all'imputato circostanze attenuanti, equivalenti alla aggravante che comporta la pena dell'ergastolo, la pena applicabile è quella della reclusione da 21 a 24 anni, prevista per il reato non aggravato.

Al PRIEBKE, dunque, dovrebbe essere irrogata una pena non inferiore ad anni ventuno e molto vicina ad anni trenta di reclusione, tenuto conto della sussistente continuazione di reato e del conseguente aumento di pena previsto dall'art. 81, c.1, C.P.

E questa, sulla base degli argomenti finora esplicitati, sarebbe stata la pena da infliggere all'imputato se egli fosse stato sottoposto a giudizio a pochi anni di distanza dai fatti, e non mezzo secolo dopo.

Ciò non è più possibile giacché, nel frattempo, è decorso un termine lunghissimo che supera abbondantemente quello di vent'anni previsto dall'art. 157, n.1, C.P. per la prescrizione del reato di omicidio.

Tale termine ha iniziato la sua decorrenza il 24 marzo 1944 (data di commissione del reato) ed è stato interrotto dall'ordine di cattura emesso il 25 novembre 1946 dal Procuratore Militare di Roma nei confronti dell'imputato: così dispone, infatti, l'art. 160, c.2, C.P., applicabile nella sua originaria formulazione - nonostante la modifica del 1989 per adeguarlo al nuovo processo penale - giacché trattasi di norma sostanziale sottratta al principio del tempus regit actum.

A mente del 3° comma di detto art. 160 C.P., la prescrizione interrotta comincia a decorrere dal giorno della interruzione e, quindi, il reato risulta essersi prescritto alla data del 25 novembre 1966.

Quello addebitato al PRIEBKE, infatti, almeno formalmente, è un crimine di guerra e non può essere qualificato come "crimine contro l'umanità" al solo fine di renderlo imprescrittibile: ciò è impedito dal fatto che il reato di "genocidio" è entrato nel nostro ordinamento giuridico solo dal 1967 ed il principio di irretroattività della legge penale rappresenta un cardine fondamentale della civiltà giuridica contemporanea, oltre che della Carta Costituzionale della Repubblica Italiana.

P.Q.M.

Visti ed applicati gli articoli 531, comma 1, 532, comma 1, C.P.P.; 261 e 364 C.P.M.P., 47 C.P.M.G.;

D I C H I A R A

non doversi procedere a carico di PRIEBKE Erich in ordine al reato ascrittogli in epigrafe, tenuto conto delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 bis C.P. e 59, n. 1, C.P.M.P., equivalenti alle contestate aggravanti, essendo il reato stesso estinto per intervenuta prescrizione;

O R D I N A

la scarcerazione immediata dell'imputato, se non detenuto per altra causa.

Trattandosi di motivazione particolarmente complessa, indica il termine di novanta giorni per il deposito della sentenza.

Roma, primo agosto millenovecentonovantasei

Seguono le firme

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
15.10.1996

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Suprema di Cassazione Sezione Prima Penale
composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. Francesco SACCHETTI	Presidente
Dott. Renato TERESI	Consigliere
Dott. Anna MABELLINI	Consigliere
Dott. Giovanni SILVESTRI	Consigliere
Dott. Giovanni CANZIO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PRIEBKE Erich n. il 29.07.1913
NOBILI Giuseppe
LANDESMAN Oscar n. il 28.05.1935
LANDESMAN Tamara n. il 26.04.1941
LANDESMAN Alberto n. il 17.06.1938
FRASCATI Romolo n. il 27.04.1923
COMUNE di ROMA (in persona del Sindaco RUTELLI)
AMMINISTRAZIONE PROVINCIALE di ROMA
PROCURATORE GENERALE presso la CORTE MILITARE di APPELLO

avverso ordinanza del 29.07.1996 della Corte Militare di Appello di Roma;
sentita la relazione fatta dal Consigliere dott. Mabellini;
sentito il Procuratore Generale Militare dott. Bonagura che chiede annullamento con rinvio.

La interpretazione dell'art. 37 e dell'art. 36 c.p.p. nella parte richiamata, deve essere condotta non soltanto con riferimento al testo letterale delle parole usate, ma in modo sistematico e teleologico, così da individuare la finalità della norma, alla quale secondo gli artt. 12 e 14 delle Preleggi è necessario riferirsi anche in tema di norme eccezionali. La opinione espressa dal giudice sul tema sottoposto alla sua decisione è considerata quale

causa di riconsunzione dall'art. 37 c. 1 lett. b) e dall'art. 36 c. 1 1lett. c) richiamato dall'art. 37 c. 1 lett. a). La prima norma prevede la riconsunzione del giudice "se nell'esercizio delle sue funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione"; la seconda, dettata in relazione all'obbligo di astensione e richiamata tra i motivi di riconsunzione, recita: "se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie". Il raffronto con la disciplina prevista dal codice precedente porta a rilevare una dilatazione dei casi di riconsunzione dipendente dalle manifestazioni del pensiero del giudice, contemplati solo per le ipotesi ora previste dall'art. 36, lett. c) (l'art. 64 c.1 n.2 c.p.p. 1930 usava la identica espressione concernente i consigli e i pareri espressi "fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie"). ed ora riferiti anche al momento dell'esercizio delle funzioni. La espressione "fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie" è di per se molto ampia, in quanto non ha alcun limite se non quello costituito dall'ambito entro il quale si colloca l'ipotesi considerata dall'art. 37 lett. b). Il coordinamento con tale norma indica che il legislatore ha inteso trarre conseguenze dalla manifestazione del parere del Giudice quale che sia il contesto in cui esso è stato espresso. nell'esercizio delle funzioni giudiziarie o al di fuori di esse. Se poi si considera che il termine "giudiziarie" è più ampio che non "giurisdizionali", non ha veramente spazio la tesi per la quale l'art. 36 lett. c) si riferirebbe a pareri espressi dal giudice che, pur non investito della specifica funzione dello "ius dicere", si trovi comunque nell'ambito dello svolgimento di funzioni che gli sono proprie. La norma comprende inequivocabilmente anche le ipotesi di parere formulato prima dell'inizio di un procedimento penale. Nel caso in esame, in cui è certo che il dr. Quistelli si esprime prima di essere investito del processo, ipotesi alla quale riferirsi è quella ampia prevista dall'art. 36 lett. c), e non hanno alcuna rilevanza sul problema specifico né il momento, né il luogo, né il destinatario della manifestazione del suo parere sul processo Priebke. Il confronto tra l'art. 37 lett. b) e l'art. 36 lett. c) palesa inoltre la differenza tra il "convincimento sui fatti oggetto della valutazione", considerato nella prima norma, e il "parere sull'oggetto del procedimento", contemplato nella seconda, di portata assai più vasta. E' evidente il significato più ristretto, implicante un'analisi ed una riflessione, del termine "convincimento", rispetto al "parere", che indica un'opinione non preceduta necessariamente da un ragionamento fondato sulla conoscenza dei fatti o degli atti processuali. In questa prospettiva è irrilevante che il parere espresso dal dr. Quistelli fosse superficiale, ovvero frutto di una valutazione tecnico-giuridica. La "ratio" dell'assenza di una delimitazione del concetto di "parere" che sia determinata dallo spessore di esso è costituita dallo scopo, evidentemente perseguito dal legislatore del 1988 con la differenziazione creata tra le ipotesi previste rispettivamente all'art. 36 lett. c) ed all'art. 37 lett. b), di conseguire non solo l'imparzialità del magistrato investito del processo, ma anche la manifestazione esteriore della obiettività e serenità che devono caratterizzare la funzione del giudice, e che possono apparire compromesse in conseguenza di una valutazione formulata pur se superficialmente, al di fuori di qualsiasi previsione sulla futura titolarità del processo, in un contesto estraneo alle funzioni giudiziarie. I limiti entro i quali possono trarsi conseguenze in tema di riconsunzione dal "parere" espresso, sono dettati dal legislatore con esclusivo riferimento a quello che ne è il contenuto, che deve riguardare "l'oggetto del procedimento", non importa se in corso o iniziato successivamente. L'espressione, pur ampia, delimita il campo dei pareri considerati alle affermazioni o valutazioni attinenti ad un oggetto specifico, di natura tale da poter essere discusso in un procedimento penale, e dotato quindi di rilevanza giuridica. E' fuori luogo pervenire ad una limitazione del concetto di "parere" con riferimento al principio del diritto alla libera manifestazione del pensiero sancito dall'art. 21 della Costituzione. Al di fuori della situazione prevista dall'art. 37 lett. b), nella quale la espressione del convincimento può essere "indebita", anche il giudice, come qualsiasi cittadino, è libero di esporre il proprio punto di vista su qualsiasi argomento, anche attinente a fatti di rilevanza giuridica sui quali potrebbe trovarsi a dover giudicare. Gli istituti della astensione e della riconsunzione non limitano, ma garantiscono, temperandolo con il diritto della parte alla obiettività del giudice, tale diritto, che una volta esercitato comporta soltanto l'obbligo di astenersi per il magistrato

investito del procedimento. La delimitazione conseguente alla suscettibilità dell'oggetto del parere espresso a costituire "oggetto del procedimento" esclude comunque possa ravvisarsi causa di ricusazione in espressioni generiche, non attinenti ad un caso specifico, formulate nell'ambito di conversazioni su temi generali, o costituenti manifestazione di orientamenti giurisprudenziali. Nel caso in specie il parere espresso dal dr. Quistelli con il gen. Mosetti, nell'ambito di una conversazione che riguardava le iniziative della Procura militare nei confronti di Erich Priebke, verteva sulla ravvisabilità dell'omicidio colposo nella condotta dell'ufficiale tedesco, e sulla inopportunità di rivangare il passato, trattandosi di persona avanti negli anni. E' ininfluente in questa sede qualsiasi considerazione sulla opportunità o inopportunità di tali dichiarazioni in relazione alla probabilità più o meno elevata che il dr. Quistelli dovesse poi partecipare al processo nei confronti di Priebke. Qui rileva soltanto che furono espresse considerazioni relative alla qualificazione giuridica di uno specifico reato addebitato ad una persona determinata, e osservazioni riduttive circa la opportunità dell'azione della Procura, sul tempo trascorso e l'età dell'imputato, in relazione ad un caso che poi divenne oggetto del processo presieduto dal giudice che le aveva formulate. Si tratta di un parere espresso da persona che per la funzione di giudice militare esercitata si presume conoscesse sia il contesto storico in cui il fatto si inquadra, rientrando nel patrimonio di conoscenza pubblica, sia lo specifico problema giuridico determinato dalla uccisione di cinque cittadini in più rispetto ai trentatré oggetto di rappresaglia. Si ravvisa dunque quella specifica attinenza del parere all'oggetto del procedimento che è richiesta dall'art. 36 lett. c). I rilievi sul tempo decorso dal fatto e sull'età dell'imputato costituiscono d'altra parte frequentemente motivo di concessione di attenuanti generiche, e denotano il ridimensionamento del fatto da parte di chi lo esprime. La valenza della espressione "oggetto del procedimento", che va oltre i "fatti oggetto dell'imputazione" considerati nell'art. 37 lett. b), comporta la manifesta infondatezza del rilievo svolto oralmente dalla difesa Priebke circa la irrilevanza di un parere riferibile alle circostanze del reato, al quale ultimo soltanto, e non agli elementi accessori che lo connotano, dovrebbe farsi riferimento, in relazione al termine "fatti" usato dal legislatore. L'osservazione si muove nell'ambito dell'art. 37 lett. b), al quale è estraneo il caso di specie, e tale rilievo esonera da ogni considerazione sulla asserita estraneità delle circostanze del reato all'oggetto dell'imputazione. In definitiva, il parere espresso, così come riferito nell'ordinanza impugnata, rientra sicuramente nella previsione dell'art. 36 lett. c) in quanto verte "sull'oggetto del procedimento", ed ha contenuto tale da suggerire la formazione nel giudice di un orientamento precostituito. Valutazioni ulteriori, dipendenti dall'esito del processo, non sono consentite, dovendosi ricondurre il tema della ricusazione al momento in cui essa fu proposta ed ai motivi adottati a fondamento di essa a norma dell'art. 38 c. 3 c.p.p. Le considerazioni che precedono comportano annullamento dell'ordinanza impugnata in accoglimento dei ricorsi proposti dal Procuratore Generale presso la Corte Militare di Appello e dalle parti civili. Resta superato il secondo motivo del ricorso Priebke, relativo alla manifesta infondatezza della ricusazione proposta. La completa corrispondenza della situazione descritta nella ordinanza impugnata alla specie prevista dall'art. 36 lett. c), richiamato dall'art. 37 lett. a), inquadra il caso in esame tra le ipotesi indicate dall'art. 606 lett. 1) c.p.p. quali presupposto per l'annullamento senza rinvio. In conseguenza della accertata fondatezza della ricusazione proposta, a norma dell'art. 42 c. 2 c.p.p., deve nella specie rilevarsi la inefficacia di tutti gli atti del giudizio al quale la ricusazione si riferiva. La sentenza conclusiva, emessa quale risultato di atti inefficaci risulta affetta da nullità radicale. Il rigetto del ricorso proposto nell'interesse di Priebke comporta a norma dell'art. 616 c.p.p. 1a condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali.

P. Q. M.

in accoglimento dei ricorsi del Procuratore Generale presso la Corte Militare di Appello e delle parti civili, annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata. Dichiara l'inefficacia di tutti

gli atti del giudizio cui si riferisce la dichiarazione di ricusazione della parte civile Giuseppe Nobili e, per l'effetto, dichiara la nullità della sentenza del Tribunale Militare di Roma in data 1.8.1996 Rigetta il ricorso di Erich Priebke e lo condanna al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 15. 10. 1996.

Seguono le firme

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
10.02.1997

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte di Cassazione Sezione Prima Penale
composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. Francesco Sacchetti	Presidente
Dott. Renato Teresi	Consigliere
Dott. Bruno Rossi	Consigliere
Dott. Giovanni Silvestri	Consigliere
Dott. Giovanni Canzio	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul conflitto di giurisdizione sollevato dal TRIBUNALE MILITARE di ROMA nel procedimento a carico di Erich PRIEBKE (n. il 29.07.1913);

sentita la relazione fatta dal Consigliere dott. Renato TERESI; sentite le conclusioni del P. G. dott. Bruno FRANGINI, nonché le parti civili ritualmente costituite come da verbale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 15.10.1996 la Corte suprema di Cassazione, provvedendo sui ricorsi proposti dal Procuratore generale militare presso la Corte Militare di appello e di alcune parti civili avverso l'ordinanza della predetta Corte in data 29 luglio 1996 con la quale erano state rigettate le dichiarazioni di ricusazione nei confronti del Presidente del Tribunale militare di Roma dott. Agostino Quistelli nel procedimento contro Erich Priebke, così provvedeva:

- a) annullava senza rinvio l'ordinanza impugnata
- b) dichiarava l'inefficacia di tutti gli atti del giudizio cui si riferiva la dichiarazione di ricusazione della parte civile Giuseppe Nobili;
- c) dichiarava la nullità della sentenza pronunciata dal Tribunale militare di Roma in data 1.8.1996;

d) rigettava il ricorso del Priebke nel procedimento definito con la citata sentenza in data 1.8.1996 ad Erich Priebke era imputato:

"di concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani (artt. 13 e 185 co.l I e 21 C.p.m.g, in relazione agli artt. 81 cpv., 110, 575 e 577 n. 3 e 4 e 61 n.4 C.p.) per avere, quale appartenente alle Forze Armate tedesche, nemiche dello Stato italiano, in concorso con Kappler Herbert ed altri militari tedeschi (già giudicati), con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso ed agendo con crudeltà verso le persone, cagionato la morte di 335 (trecentotrentacinque) persone, per lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo colpi di arma da fuoco; in Roma, in località "Cave Ardeatine", in data 24 marzo 1944, durante lo stato di guerra tra l' Italia e la Germania".

A seguito dell'annullamento di cui in premessa il procedimento regrediva alla fase degli atti preliminari al giudizio innanzi ad altro collegio del Tribunale militare di Roma, appositamente costituito.

Con sentenza del 4.12.1996 il Tribunale, provvedendo in sede di atti preliminari al giudizio, rilevava d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione, ai sensi degli artt. 103 Cost. comma 30, 20 Cpp. e 261 C.p.m.p. ed ordinava conseguentemente gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale civile e penale di Roma. Premesso che con sentenza del 21.11.1996 il difetto di giurisdizione era stato già rigettato dal Gup presso lo stesso Tribunale militare nel procedimento promosso separatamente nei confronti di altro coimputato (Karl Hass), destinatario di identica contestazione per gli stessi fatti, il Collegio militare deduceva le seguenti particolari argomentazioni a sostegno della decisione adottata:

1) - l'art. 6 del Decreto legislativo luogotenenziale n. 144/1946, nel dettare le norme processuali dirette a regolare il passaggio dall'applicazione della legge penale militare di guerra a quella di pace, stabilisce testualmente che i tribunali militari di pace sono competenti a conoscere dei reati militari preveduti dal codice penale militare di guerra commessi durante lo stato di guerra, nonché dei reati contro le leggi e gli usi di guerra commessi dagli appartenenti alle Forze armate nemiche. Tale disposizione, ora, in quanto antecedente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, in particolare, a quanto previsto dall'art. 103 comma 3°, doveva considerarsi caducata, avuto riguardo alla immediata precettività della norma costituzionale.

L'abrogazione tacita del citato art. 6, inoltre, conseguirebbe anche all'entrata in vigore della legge 11.12.1985 n.762 (contenente disposizioni dirette alla ratifica ed esecuzione del 1° Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, nonché del 2° Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni stesse) sotto il profilo che il contenuto di quelle disposizioni portava a ritenere l'esclusione di norme speciali quale doveva ritenersi l'art. 6 D.L.L. 144/1946 siccome introdotto in deroga agli ordinari criteri di rimessione dei procedimenti fissati dagli artt. 264 e 265 C.p.m.g.

2) - la carenza di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria militare, poi, conseguirebbe anche - a prescindere dalla ritenuta abrogazione (tacita) del richiamato art. 6 - all'interpretazione dell'art. 103 Cost. comma 3°, in quanto tale disposizione, ad avviso del Tribunale militare, si riferirebbe soltanto alla "Forze armate dello Stato italiano" e ciò avuto riguardo anche all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale tendente a restringere sempre di più l'ambito della giurisdizione militare.

3) - ad identico risultato, secondo il Tribunale, si perverrebbe ancora, pur ritenendo estensibile la disposizione dell'art.103 Cost. comma 3° agli appartenenti alle "Forze

armate straniere", secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con decisione n. 57 del 28.10.1957 (ric. Wagner ed altri).

Il più volte richiamato orientamento della Corte Costituzionale tendente a sottolineare, da un lato, la natura eccezionale della giurisdizione militare, e, dall'altro, il correlato principio secondo cui la giurisdizione normalmente da adire è quella dei giudici ordinari anche nella materia militare (Corte Cost. n. 29/1958 e 4291/1992) porterebbe infatti a ritenere - interpretando ristrettamente l'espressione "Forze annate" - che il criterio di ripartizione in favore dell'autorità giudiziaria militare operi solo e purché la forza armata (o il corpo armato) di appartenenza dell'imputato sia prevista - cioè esista come tale - "al momento del processo".

Tale conclusione, sempre ad avviso del Tribunale, deriverebbe dal principio affermato dalla stessa Corte Costituzionale con la decisione 28 maggio 1987 n. 207 nella quale, avuto riguardo all'entrata in vigore della legge 10 aprile 1981 n. 121 (legge sul Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza) si è ritenuta infondata la questione di illegittimità dell'art. 104 della citata legge, sollevata sotto il profilo della violazione dell'art. 25 Cost.

Il giudice delle leggi, infatti, ha sottolineato nella sentenza in esame che l'espressione "soltanto" -

contenuta nel testo del 30 comma dell'art. 103 Cost. - non sta ad indicare la esclusività della giurisdizione dei tribunali militari in tempo di pace, ma esprime la volontà del costituente che tale giurisdizione resti circoscritta entro limiti in nessun caso oltrepassabili. Da ciò la possibilità che la perdita della qualità di appartenente alla forze annate - che l'imputato rivestiva al momento della commissione del reato - faccia venir meno anche la giurisdizione militare. Sulle premesse che precedono, ora, il Tribunale ha ritenuto che la propria giurisdizione dovesse essere esclusa perché, anche a prescindere dall'effettivo formale inquadramento del Corpo delle "SS" - cui Erich Priebke sicuramente appartenente al momento dei fatti - nelle "Forze armate tedesche", il notorio scioglimento di tale Corpo, nel frattempo intervenuto, aveva fatto venir meno l'attualità dello "status", preesistente, di militare.

4) - sul presupposto, contestato, della persistente legittimità costituzionale dell'art. 6 D.L.L. n. 144/1946 ed avuto riguardo alla pronuncia della Corte Cost. n. 48/1959 che, invece, tale legittimità ebbe a ritenere, il Tribunale ha ancora prospettato (ovviamente in via subordinata) l'opportunità di sollevare nuovamente tale questione "ex officio", alla luce degli incisivi interventi successivamente operati dalla stessa Corte in tema di competenza degli organi giudiziari militari, rispetto ai quali interventi l'art.6 appariva in contrasto con il principio di "ragionevolezza" di cui all'art. 3 Cost.

Ha richiamato al riguardo le sentenze: n.12, '1986 (che ha escluso la giurisdizione militare per i reati di simulata e procurata infermità commessi dagli iscritti alla leva); n. 113/1986 (che si è pronunciata nello stesso senso in relazione agli obiettori di coscienza ammessi a prestare servizio sostitutivo civile); e n. 429/1992 (secondo la quale la giurisdizione militare sarebbe limitata ai soli militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato).

Osservava da ultimo il Tribunale che la declaratoria di difetto di giurisdizione, sul piano processuale, non comportava l'inefficacia degli atti già compiuti nel procedimento in questione in tema di libertà personale.

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale civile e penale di Roma - cui gli atti erano pervenuti a seguito dell'eccepito difetto di giurisdizione, trasmetteva a sua volta gli stessi atti al Gip in sede con richiesta di elevare conflitto di giurisdizione, investendo per la risoluzione dello stesso questa Corte e disponendo - per l'ipotesi che quel giudice fosse di contrario avviso - il rinvio a giudizio dell'imputato innanzi alla Corte di Assise "per le argomentazioni e le fonti di prova già evidenziate dal P.M. presso il Tribunale militare", previa emissione di ordinanza di custodia cautelare in carcere.

Il P.M. sottolineava innanzitutto che ai sensi dell'art. 15 C.p.m.p. la legge penale militare si applica per i reati militari, ancorché scoperti o giudicati quando il colpevole abbia cessato di appartenere alle forze armate dello Stato e' inoltre che, secondo la giurisprudenza di legittimità (Sez. Unite 3.02.1973 n.2 - ric. Allers ed altri e, in precedenza, Sez. Unite 28.10.1950 n.57 ric. Wagener ed altri), non solo la giurisdizione del Tribunale militare era applicabile anche agli appartenenti alle forze armate tedesche - avuto riguardo ad atti criminosi posti in essere da militari delle "SS" ma che la stessa poteva essere esclusa soltanto per fatti riconducibili a mera persecuzione politica o razziale, ovvero per finalità non collegate allo stato di guerra.

Quanto all'assunto concernente l'intervenuto scioglimento del corpo delle "SS" ed al riferimento fatto dal Tribunale militare - alla smilitarizzazione del corpo delle guardie di pubblica sicurezza disposta dalla legge n. 121/1981 nonché alle conseguenziali pronunce emesse dalla Corte Costituzionale, il P.M. ha contestato l'assunto in premessa, osservando che il corpo militare in questione era stato solo diversamente ordinato dopo gli eventi bellici del 2° conflitto mondiale rimanendo peraltro immutate nell'ambito del nuovo esercito germanico, le corrispondenti funzioni di "polizia militare".

E ciò, dopo avere sottolineato che, notoriamente, il corpo in questione, nel periodo in esame, era articolato anche in regolari formazioni militari (dotate persino di divisioni corazzate) ed

utilizzato, pertanto, in nonnali operazioni di guerra in prima linea.

Con ordinanza in data 24. 12.1996 il Gip presso il Tribunale civile e penale di Roma, in accoglimento dell'autonoma richiesta del P.M., ordinava la custodia cautelare in carcere di Erich Priebke.

Con successivo provvedimento del 31.12.1996 lo stesso Gip, richiamandosi integralmente alle conclusioni del P.M. in punto di giurisdizione, sollevava comunque "d'ufficio" conflitto "negativo", ordinando la trasmissione degli atti a questa Corte per la sua risoluzione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Osserva preliminarmente il Collegio che il Tribunale militare ha rilevato d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione prospettando - seppur sotto profili in parte diversi - argomentazioni sulle quali già si sono pronunciati il Tribunale territoriale di Roma con la sentenza n. 631 del 20 luglio 1948 nei confronti di KAPPLER ed altri (processo al quale espressamente fa richiamo il capo di imputazione nei confronti di Erich PRIEBKE - rif. pagg.31/35 di quel primo giudizio), nonché il Tribunale supremo militare con la sentenza n.1714 del 25 ottobre 1952 emessa su ricorso di Herbert KAPPLER (rif. alle corrispondenti pagg.38/45). E' chiaro, ora, che da tali pronunce non deriva preclusione alcuna alla riproposizione delle stesse questioni, come è altrettanto chiaro che non v'è ostacolo alla deliberazione delle questioni prospettate a seguito delle due sentenze già emesse da questa Corte nell'ambito dello stesso procedimento nei confronti Erich PRIEBKE e, precisamente:

a) nella n.2639 del 24.4.1996, con la quale è stata dichiarata l'insussistenza di un denunciato conflitto di giurisdizione;

b) nella n.5293 del 15.10.1996, con la quale - come precisato in premessa - è stata dichiarata, tra l'altro, la nullità della sentenza pronunciata dal Tribunale militare di Roma in data 1.8.1996, emessa in esito al procedimento di primo grado del quale è stata dichiarata anche l'inefficacia di tutti gli atti.

La Corte ritiene peraltro necessario puntualizzare quanto sopra al fine di mettere in evidenza, da un lato - ed avuto riguardo al primo richiamo storico/giuridico cui si sono ripetutamente riferite le parti civili nelle memorie depositate in cancelleria prima dell'udienza - che nel presente conflitto v'è la riproposizione di questioni già comunque affrontate, seppur in altro procedimento - e, quindi, non nuove per la giurisprudenza costituzionale e di legittimità - e, dall'altro, avuto riguardo alle sentenze nn.2639 e 5293 del 1996 - che attraverso le stesse, seppur in modo implicito - si doveva ritenere presupposta la giurisdizione oggi contestata, sebbene tale profilo non abbia formato specifico oggetto delle decisioni in esame, ma che, appare doveroso sottolinearlo, se carente, avrebbe dovuto comportare l'obbligo di un rilevamento d'ufficio, ex art. 20 comma 1° c.p.p.

Tanto premesso, anche per completezza di valutazione, si deve affermare che la decisione nel caso di specie appartiene sicuramente al giudice militare, apparendo prive di pregio tutte le argomentazioni prospettate per sostenere, invece, che essa spetterebbe a quello ordinario. Il difetto di giurisdizione è stato rilevato dal giudice militare sotto i profili che qui di seguito possono essere così riassunti:

1°) interpretazione letterale e sistematica dell'art. 103 comma 3 Cost. e conseguente inefficacia sopravvenuta dell'art. 6 D.L.L. 21 marzo 1946 n.144, atteso il carattere immediatamente precettivo della norma costituzionale;

2°) sopravvenuta inefficacia della citata norma -comunque - per effetto dei principi richiamati nella legge 11.12.1985 n. 762 (ed in particolare dai commi 4 e 7 dell'art. 75 del primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949), che "sembrevano precludere la possibilità, con il richiamo ai principi generalmente riconosciuti, di disposizioni di carattere speciale, quale certamente doveva ritenersi l'art. 6 in questione, siccome introdotto in deroga ai criteri ordinari fissati dagli artt. 264 e 265 c.p.m.g.";

3°) interpretazione, ancora, dei principi fissati dall'art. 103 comma 3° Cost., avuto riguardo, in particolare, all'espressione "appartenenti alle Forze Armate": daintendersi riferita soltanto alle Forze Armate dello Stato italiano, con la conseguenziale non estensibilità della stessa agli appartenenti alle Forze Armate straniere;

4°) sopravvenuta evoluzione della giurisprudenza costituzionale, siccome tendente a sottolineare il carattere eccezionale della giurisdizione militare e ad affermare, invece, che la "giurisdizione normalmente da adire è quella del giudice ordinario anche nella materia militare (argomentazione ex sentenza n.429/1992);

5°) ulteriore evoluzione della stessa giurisdizione costituzionale sullo specifico punto concernente la necessità che lo "status di militare" debba sussistere al momento del processo e che ugualmente, al momento del processo, la "forza armata alla quale è riferita l'appartenenza dell'imputato" sia prevista come tale (argomentazione ex sentenze nn.29/1958, 207/1987, 78/1989 e 429/1992 in relazione, anche, alle disposizioni

contenute nella legge 1° aprile 1981 n.121 sul nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza);

6°) applicabilità dei principi di cui al punto precedente anche per l'ipotesi in cui l'imputato sia un appartenente a forze armate straniere che siano state sciolte, essendo stato soppresso "medio tempore" il corpo delle "SS" nel quale Erich PRIEBKE era inserito e ciò a prescindere dall'inquadrabilità o meno di detta struttura organica nelle forze armate germaniche.

Sui punti nn. 1 e 3

Osserva il Collegio che l'art. 6 del D.L.L. 12 marzo 1946 n. 144 (contenente norme dirette a regolare il passaggio dall'applicazione della legge penale militare di guerra quella di pace) dispone testualmente che "i tribunali territoriale di pace sono competenti a conoscere dei reati militari preveduti dal codice penale militare di guerra commessi durante lo stato di guerra e dei reati contro le leggi e gli usi di guerra commessi dagli appartenenti alle Forze Armate nemiche". La specifica disposizione va letta inserendola nelle premesse del citato decreto e, precisamente, nel quadro delineato dall'art. 1 che così recita: "Con la cessazione dello stato di guerra preveduta dall'art. 1 del decreto legislativo luogotenenziale 8 febbraio 1946 n.49, cessano l'applicazione della legge penale militare di guerra, salvo quanto è diversamente disposto dai codici penali militari e dal presente decreto".

Dal coordinamento delle due norme appare evidente che il decreto legislativo luogotenenziale n.144/1946 - per quanto qui interessa rilevare - da un lato, determina la data alla quale cessa l'applicazione del codice penale militare di guerra, e, dall'altro, indica nei tribunali militari territoriale di pace - già istituiti e regolati dagli artt. 271 segg. del corrispondente codice, in vigore, come l'altro, dal 1° ottobre 1941 - i giudici competenti a conoscere dei reati militari già preveduti dal codice penale militare di guerra commessi durante lo stato di guerra, nonché dei reati contro le leggi e gli usi di guerra, aventi quali autori gli appartenenti alle forze armate nemiche.

Va osservato a tal riguardo, innanzitutto, che trattasi all'evidenza di disposizioni a carattere transitorio, ma non nel senso di eccezionali, né tanto meno di speciali - secondo l'eccezione tecnico giuridica propria di tali espressioni -bensì dirette esclusivamente a fissare con certezza il fisiologico momento dell'operatività dei precostituiti tribunali militari di pace - e la loro competenza a giudicare anche le condotte illecite poste in essere dagli appartenenti alle forze armate nemiche - avuto riguardo all'intervenuta cessazione dello stato di guerra e, quindi, all'altrettanto fisiologica cessazione dell'operatività di quei tribunali il cui funzionamento e la cui giurisdizione erano già regolati, per quanto qui interessa, in particolare, dagli artt. 13, 22, 231, 235 commi 1° e 5°, 251 e 252 c.p.m.g. Sotto tale profilo, ora, non pare possa assolutamente dubitarsi della persistente vigenza del citato art. 6 e della sua altrettanto persistente compatibilità con il sistema costituzionale - ancorché sopravvenuto - dovendosi riconoscere anche al giudice militare, così come a quello ordinario, il carattere di "giudice naturale precostituito per legge" di cui all'art. 25 Cost. avuto riguardo alla "competenza" attribuitagli dalla stessa Carta fondamentale con l'art. 103 comma 3°, seppur circoscritta nei limiti soggettivi ed oggettivi a tal fine precisati. Tali conclusioni, d'altra parte, sono conformi all'orientamento - mai modificato - già espresso dalla Corte Costituzionale con le sentenze 8 aprile 1958 n.29 (in tema di competenza per connessione ed avuto riguardo alla dedotta eccezione di illegittimità dell'art. 8 legge 23 marzo 1956 n.167, ritenuta manifestamente infondata in relazione all'art. 103 comma 3° Cost.) e 15 luglio 1959 n.48 (sullo specifico punto della legittimità costituzionale dell'art. 6 D.D.L.L. 21 marzo 1946 n.144, affermata proprio in riferimento allo stesso art. 103 comma 3°). La sentenza n.48, in particolare, ha preso particolarmente in esame le stesse argomentazioni sviluppate in modo specifico dal

Tribunale militare di Roma per ritenere la propria carenza di giurisdizione e cioè l'asserita abrogazione tacita dell'art. 6 del Decreto luogotenenziale n.144/1946 e, inoltre, la non estensibilità anche agli appartenenti alle Forze Armate nemiche dell'espressione "Forze Armate" contenuta nell'art. 103 comma 3°: e ciò sotto i profili espressamente dedotti dall'indubbio carattere precettivo di tale ultima disposizione e del suo tenore letterale. Ma una lettura compiuta ed attenta della richiamata sentenza porta a rilevare che il Tribunale militare, con la decisione adottata, mostra di stravolgere e persino di ignorare i principi costituzionali ivi affermati e sottolineati. Pronunciandosi nel merito e dichiarando non fondate le questioni prospettate, la Corte Costituzionale ha infatti chiaramente in evidenza il "carattere temporaneo" della giurisdizione dei Tribunali militari di guerra" - richiamando espressamente, tra l'altro, gli artt. 22, 264, 266, 297 e 300 c.p.m.g. - e, correlativamente, la natura transitoria - ma nel senso della "carenza di un vero e proprio carattere innovativo" - della disposizione contenuta nel citato art. 6: siccome inserita, appunto, in un sistema di "preesistenti" norme della legge penale militare. Nell'ambito della specifica questione, poi, ha sottolineato l'insussistenza di qualsiasi contrasto tra l'art. 6 - sul punto in cui attribuisce ai Tribunali militari di pace la competenza per i reati contro le leggi e gli usi di guerra commessi dagli appartenenti alle Forze Armate nemiche - ed il contenuto dall'art. 103 comma 3° che mantiene "sia pure eccezionalmente" la giurisdizione dei Tribunali militari, limitandola "soltanto" agli appartenenti alle Forze Armate, da intendersi per quello dello Stato italiano. E' stato messo in evidenza, infatti, sempre su tale particolare profilo, da un lato, che la categoria dei reati contro le leggi e gli usi di guerra, richiamata nella norma oggetto di specifico esame, "s'inquadrava anch'essa nel preesistente sistema della legge penale militare" - il cui articolo 13, espressamente, prevede l'applicabilità anche "ai militari e ad ogni altra persona appartenente alle Forze Armate nemiche", delle disposizioni contenute nel Titolo IV°, libro terzo del c.p.m.g. e, dall'altro, che lo spirito dell'apparente limitazione alle sole forze armate dello Stato italiano della riconosciuta persistente giurisdizione dei Tribunali militari di cui all'art. 103 comma 3° Cost. andava ricollegato non alle particolari contingenze cui si riferiva l'art. 6, ma al suo collegamento al precedente art. 102: alla necessità, quindi, avvertita dal costituente, di riaffermare il principio dell'unicità della giurisdizione e di disciplinare rigidamente le eccezioni contemplate, appunto, dal "successivo" art. 103 commi 1, 2 e 3. Concludeva pertanto la Corte Costituzionale nel senso che alla luce della problematica affrontata negli artt. 102 e 103, il profilo concernente la particolarissima questione relativa alla competenza per i reati contro le leggi e gli usi di guerra doveva considerarsi del tutto al di fuori di qualsiasi seppur implicita previsione del legislatore costituente: con la conseguente esclusione della limitazione espressa dalla parola "soltanto" (di cui al 3° comma dell'art. 103) a tale ipotesi. Così come emergeva dalla mancata assoluta di qualsiasi riferimento su tale specifico e particolare punto.

Alla luce delle osservazioni e dei richiami che precedono pare quindi il Collegio che debba ribadirsi quanto già prospettato in premessa, confermando la natura ed il carattere non solo processuale del citato art. 6, ma anche sostanzialmente non innovativo, siccome tendente a regolare e ad integrare - nel quadro del sistema vigente - quelle situazioni che, seppur inseribili nella disciplina degli artt. 264, 265 e 300 c.p.m.g. e dell'art. 15 c.p.m.p., potevano dar luogo ad incertezze. In tutto, avuto riguardo, in particolare, ai reati commessi durante il periodo militare e successivamente scoperti, rispetto ai quali il conflitto mondiale appena concluso apriva prospettive del tutto peculiari.

Sui punti nn. 2, 4 e 5

Dopo quanto sopra letto appaiono del tutto inconfidenti anche i rilievi prospettati in relazione ai principi richiamati nella legge n.762/1985 (in particolare dal primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra in materia) ed all'asserita evoluzione della giurisprudenza costituzionale, tendente ad affermare la preminenza della giurisdizione ordinaria, nonché la necessità che lo "status" di militare sussista al momento del processo

e che ugualmente la forza armata alla quale è riferita l'appartenenza dell'imputato sia prevista e permanga come tale.

Al riguardo il Collegio ritiene esaustive le seguenti riflessioni, integrative di quelle già evidenziate:

a) nessuna rilevanza ha nel caso in esame il richiamo alla legge n.762/1985, in particolare sotto il profilo dedotto, tendente a prospettare la tesi - già esclusa della sentenza della Corte Costituzionale n.48/1959 - del carattere di norma speciale dell'art. 6 decreto luogotenenziale n.144/1946, siccome introdotta in deroga agli artt. 264 e 265 c.p.m.g.;

b) del tutto errati appaiono poi i riferimenti alle sentenze della Corte Costituzionale n.29/1958, 207/1987, 78/1989 e 429/1992, in quanto:

b1) la prima, come si è sottolineato in precedenza, si riferisce alla particolare problematica della competenza per connessione e, quanto allo specifico problema da affrontare nel presente giudizio, parte da presupposti di segno totalmente diversi da quelli asseriti dal Tribunale militare territoriale di Roma;

b2) la seconda, pur ribadendo la negazione del carattere esclusivo ed inderogabile della giurisdizione militare -prospettata con riferimento alla smilitarizzazione del Corpo della Guardia di P.S. di cui alla legge n.121/1981 ed all'attribuzione della competenza, anche per i processi pendenti, all'autorità giudiziaria ordinaria- ha sottolineato peraltro, proprio rispetto al diverso principio affermato nell'art. 15 del vigente c.p.m.p., che la differenza trova la sua spiegazione "nell'esplicita previsione contenuta nell'art. 104 della legge citata", di ritenersi, sotto il profilo costitutivo, affatto priva di razionalità avuto riguardo al profondo mutamento che la legge in questione aveva apportato nell'Amministrazione interessata;

b3) la terza, infine, perché la declaratoria di illegittimità costituzionale parziale - pronunciata, tra l'altro, in relazione al denunciato contrasto tra gli artt. 9 r.d.l. m.404/1934 (convertito nella legge n.835 del 1935) e 263 c.p.m.p. con gli artt. 3 comma 1° e 31 comma 3° Cost. - è stata motivata, giustificando l'adottata opzione a favore della giurisdizione del giudice ordinario e del Tribunale per i minorenni in particolare - sulla base di orientamenti e presupposti diversi da quelli che si vorrebbero ritenere assorbenti nella presente denuncia di conflitto. Per quanto qui interessa, infatti, la Corte Costituzionale ha sottolineato che, rispetto alla "specialità dei Tribunali militari " - la cui giurisdizione doveva considerarsi eccezionale (ma, questo, come si è già precisato, rientra nell'interpretazione da sempre data agli artt. 102 e 103 Cost.) - la "specialità dei tribunali per i minorenni" doveva essere intesa quale una "particolare specificazione della giurisdizione ordinaria", alla quale non poteva disconoscersi il carattere di "prevalenza", ai sensi dell'art. 31 comma 2° Cost., atteso il valore costituzionalmente protetto che l'ordinamento giuridico attribuiva all'essenziale finalità del recupero del minore derivante, mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale: con la conseguenziale necessità di favorire lo sviluppo ed il funzionamento dei Tribunali per i minorenni istituiti, appositamente, per tale specifico ed esclusivo compito. Trattasi, pertanto ed all'evidenza, di tematiche e di profili del tutto estranei alla specifica problematica in esame;

b4) la sentenza n. 429/1992, infine, si riferisce anch'essa ad una fattispecie del tutto particolare, essendosi limitata la Corte Costituzionale a dichiarare in detta pronuncia l'illegittimità parziale dell'art. 263 c.p.m.p. per contrasto con l'art. 103 comma 3° Cost. sotto lo specifico profilo della previsione - contenuta nella predetta disposizione del codice militare - secondo la quale erano assoggettate alla legge penale militare tutte le persone

cui è applicabile tale normativa, anziché "i soli militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato": così escludendo dall'assoggettabilità alla giurisdizione militare i "militari in congedo". Ma, a ben vedere, anche qui, la riaffermazione del principio secondo il quale - pur in un'indubbia evoluzione giurisprudenziale - viene ulteriormente ribadito il carattere eccezionale della giurisdizione militare e la conferma del correlato principio secondo cui la giurisdizione ordinaria è da considerare, per il tempo di pace, come la giurisdizione normale, non contrasta affatto con quanto chiaramente sottolineato nella sentenza n.49/1958 che ha affrontato in modo specifico - come si è messo in evidenza sub 1 e 3 - le problematiche concernenti l'interpretazione dell'art. 103 comma 3° Cost., la persistente vigenza e legittimità costituzionale dell'art. 6 D.L.L. n.144/1946 e, conseguentemente, l'applicabilità delle disposizioni contenute negli artt. 15 c.p.m.p. e 13 c.p.m.g., già citati. Il tutto, alla luce dell'espresso richiamo - contenuto nell'art. 6 citato - relativo all'attribuzione ai Tribunali militari della "competenza" a decidere in ordine ai reati commessi contro le leggi e gli usi di guerra da appartenenti alle Forze Armate nemiche, che, come si è già sottolineato, è disposizione ricollegata a norme già preesistenti nell'ordinamento giuridico dello Stato: in particolare agli artt. 13 e 185 c.p.m.g., nonché all'art. 22 stesso codice che così dispone: "con la cessazione dello stato di guerra cessano l'applicazione della legge penale militare di guerra e l'esercizio della giurisdizione penale di guerra, salvo che la legge disponga altrimenti".

E nessuna norma sopravvenuta - come si è visto - ha introdotto modificazioni suscettibili di considerare mutato il quadro normativo indicato, che ha resistito a specifica censura di illegittimità costituzionale.

Sul punto n.6

Come si è già precisato, la denuncia di conflitto è stata prospettata, da ultimo, sotto il profilo che il corpo delle "SS", cui sicuramente apparteneva Erich PRIEBKE, non poteva essere considerato come facente parte organica delle Forze Armate germaniche, avendo struttura e funzioni diverse - e comunque distinte - da quelle vere e proprie dei corpi militari tedeschi.

Si è ritenuto al riguardo di fare riferimento a quanto affermato nella sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga del 30 settembre 1943. Premesso che il richiamo anzidetto - generico e riferito ad altri soggetti - non può certamente fare stato nel presente procedimento, va sottolineato, innanzitutto, che il c.d. dato "storico-giuridico" affermato dal tribunale militare è parzialmente contraddetto dalla notoria operatività degli appartenenti al corpo delle "SS" su tutti i fronti di guerra nel corso del secondo conflitto mondiale; dalla loro organizzazione secondo gli schemi delle vere e proprie formazioni militari e, infine, dalla loro sottoposizione, ai fini militari, al comando tattico dell'esercito come esattamente puntualizzato dal P.M. presso il Tribunale civile e penale di Roma nel trasmettere la sua richiesta al corrispondente GIP e come d'altra parte emerge anche dal testo della richiamata sentenza del "Tribunale militare internazionale" di Norimberga, allegata in copia - con relativa traduzione giurata - dalla difesa della parte civile Di Porto Alberto, in una alla memoria depositata presso la Cancelleria di questa Corte in data 3 febbraio 1997. Ed è appena il caso di rilevare al riguardo che altra è la valutazione delle diverse attività e dei diversi compiti, rispettivamente svolte ed assegnati nell'ambito, della struttura in questione, altra quella da farsi nei confronti dei singoli appartenenti al detto corpo, in relazione alle specifiche operazioni nelle quali intervennero o furono impiegati: il tutto, chiaramente, anche alla luce del principio costituzionale di cui all'art. 27 della Carta fondamentale. In secondo luogo, va ulteriormente messo in evidenza che comunque, nel caso in specie - a differenza di situazioni diverse nelle quali è stata esclusa l'esistenza del nesso eziologico tra lo stato di guerra e la violenza esercitata da "militari appartenenti alle "SS" (cfr. Sez.

Unite 23.3.1973 n.2 ric. Allars ed altri) - detto nesso, nonché il diretto collegamento con l'emanazione di ordini militari attinenti in modo specifico ad azioni inserite nel contesto bellico, risultano inequivocabilmente riconosciuti nel procedimento definito nei confronti di Herbert KAPPLER e di altri al quale - non può essere ignorato - fa espresso riferimento il capo di imputazione formulato nei confronti di Erich PRIEBKE. Ed invero, all'attuale imputato è stato formalmente contestato lo stesso reato ascritto alle persone coinvolte nel processo a suo tempo definito nei confronti di Herbert KAPPLER ed altri: in particolare, "in concorso con i predetti - già giudicati". Non si può pertanto prescindere dalle premesse che precedono, costituenti i presupposti stessi sui quali nel procedimento di merito si è ritenuto di esercitare l'azione penale o, più esattamente, di proseguirla nei confronti di coloro che, già indagati a suo tempo, ebbero stralciato le loro posizioni nel corso dell'istruttoria (cfr. sentenza Tribunale supremo militare 25 ottobre 1952, pag. 64). Resta pertanto del tutto al di fuori dell'ambito della decisione devoluta a questa Corte suprema ogni altra questione che non si riferisca alla condotta specificamente ascritta all'imputato ed al contesto nel quale è stata inserita, con la conseguenza che, ai fini della risoluzione del sollevato conflitto di giurisdizione, è sufficiente ed esaustivo il criterio dettato dagli artt. 1 e 2 c.p.m.p. avuto riguardo alla identificazione delle persone soggette alla legge penale militare, nonché di quelle da ritenere comunque ricomprese nella "denominazione" di "militari".

Il conflitto deve essere pertanto risolto dichiarando che la giurisdizione si appartiene al Tribunale militare e non al giudice ordinario.

P. Q. M.

la Corte di Cassazione, Sez. 1^a penale, visti gli artt. 615 e 32 c.p.p. risolvendo il conflitto dichiara la giurisdizione del Tribunale militare di Roma, cui ordina trasmettersi gli atti, per il giudizio.

Così deciso in Roma in Camera di consiglio il 10.2.1997.

Seguono le firme

Sentenza del Tribunale Militare di Roma, in data 22.07.1997

In nome del Popolo Italiano Il Tribunale Militare di Roma composto dai Signori:

Dott. Luigi Maria FLAMINI	Presidente
Dott. Antonio LEPORE	Giudice
Magg. A.M. Fabio PESCE	Giudice

con l'intervento del Pubblico Ministero in persona del dott. Antonino INTELISANO, e con l'assistenza del funzionario di cancelleria dr. G. VALENTINI ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento penale a carico di:

1) HASS Karl, nato a Elmscherhagen (Kiel) Germania il 5 ottobre 1912, residente ad Albate Brianza (MI), via Antonio Gramsci n. 9, già maggiore delle "SS" germaniche, in atto sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari, assente;

2) PRIEBKE Erich, nato a Berlino (Germania) il 29 luglio 1913, residente a San Carlos de Bariloche (Argentina), calle 24 de Septiembre 167, già capitano delle "SS" germaniche, in atto sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari, assente,

I M P U T A T I

di :

"CONCORSO IN VIOLENZA CON OMICIDIO AGGRAVATO E CONTINUATO IN DANNO DI CITTADINI ITALIANI" (artt.13 e 185, commi 1 e 2 c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575 e 577, nn. 3 e 4, nonché 61,n.4 c.p.), per avere, quali appartenenti alle forze armate tedesche, nemiche dello Stato italiano, in concorso con KAPPLER Herbert ed altri militari tedeschi (alcuni dei quali già giudicati), con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso ed agendo con crudeltà verso le persone, cagionato la morte di 335 (trecentotrentacinque) persone per lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo colpi di arma da fuoco; in Roma, località "Cave Ardeatine", in data 24 marzo 1944, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania.

MOTIVAZIONE E SVILUPPO DELLE TEMATICHE SECONDO L'ORDINE SEGUENTE:

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO;
2. GLI EVENTI;
3. IL RUOLO DEGLI IMPUTATI NEL COMANDO TEDESCO IN ROMA;
4. LA REAZIONE TEDESCA ALL' ATTACCO PARTIGIANO DI VIA RASELLA;
5. LA COMPILAZIONE DELLE LISTE DELLE VITTIME ALLE CAVE ARDEATINE;
6. L'ADEMPIMENTO DI UN DOVERE;
7. LA RESPONSABILITA' DEGLI IMPUTATI IN RELAZIONE AGLI ARTT.13-185-CPMG;
8. LE AGGRAVANTI DELLA PREMEDITAZIONE E DELL' AVER AGITO CON CONCRUDELTÀ VERSO LE PERSONE;
9. LE ATTENUANTI PREVISTE DALL'ART 59 CPMP;
10. LE ATTENUANTI GENERICHE EX ART. 62/BIS CP;
11. L'ART. "L'ART. 23 CPMG ED IL REGIME DI VALUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE CONCORRENTI;
12. L'IMPRESCRITTIBILITÀ DEL REATO;
13. LA DETERMINAZIONE DELLA PENA;
14. L'APPLICAZIONE DEL CONDONO;
15. LA RESPONSABILITÀ CIVILE.

1) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto pronunciato in data 7 marzo 1997 dal giudice dell'udienza preliminare veniva disposto il giudizio dinanzi a questo Tribunale Militare nei confronti di HASS Karl, cittadino tedesco, già appartenente alle "SS" naziste ed attualmente agli arresti domiciliari, in ordine al reato di concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani, meglio descritto in epigrafe.

All'udienza del 14 aprile 1997 si disponeva, ai sensi degli artt. 17 lett. a) e 19 c.p.p., la riunione del processo a carico dell'HASS con quello, pendente nello stesso stato e grado davanti a questo Giudice, a carico di PRIEBKE Erich, imputato del medesimo reato.

In proposito è noto come la Corte di cassazione, con sentenze in data 15 ottobre 1996, provvedendo sui ricorsi proposti dal Procuratore Generale Militare presso la Corte Militare di Appello e da alcune parti civili avverso l'ordinanza della predetta Corte con la quale, in

data 29 luglio 1996, erano state rigettate le dichiarazioni di ricusazione nei confronti del Presidente del Collegio in precedente giudizio, così disponeva:

- a) - annullava senza rinvio l'ordinanza impugnata.
- b) - dichiarava l'inefficacia di tutti gli atti del giudizio cui si riferiva la dichiarazione di ricusazione.
- c) - dichiarava la nullità della sentenza emessa dal Tribunale Militare di Roma in data 1 agosto 1996 nei confronti del PRIEBKE.

Questo Collegio, dinanzi al quale il procedimento era regredito nella fase degli atti preliminari al giudizio, con sentenza in data 4 dicembre 1996 rilevava d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione ai sensi degli artt.103,c.3.Cost.,20 c.p.p. e 261 c.p.m.p. e trasmetteva conseguentemente gli atti alla competente Autorità giudiziaria ordinaria, la quale con provvedimento in data 31 dicembre.1996 sollevava conflitto negativo ordinando la trasmissione degli atti alla Corte di cassazione per la sua risoluzione.

Analogo difetto di giurisdizione era stato rilevato in data 21 novembre 1996 dal G.U.P. presso questo Tribunale Militare nel procedimento a carico dell'HASS.

La Corte di cassazione, con sentenze in data 10 febbraio 1997, risolvendo i conflitti, dichiarava la giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Militare nei confronti di entrambi i sunnominati imputati.

Tra le varie questioni preliminari sollevate dalle parti, e sulle quali il Collegio decideva immediatamente con le relative ordinanze camerale, merita menzione quella posta dall'avvocato di parte civile Bisazza Terracini, relativa ad ulteriore profilo di difetto di giurisdizione di questa Autorità giudiziaria militare poiché nei fatti contestati al PRIEBKE la Corte Suprema della Nazione Argentina, che ne aveva autorizzato l'estradizione in Italia, avrebbe ravvisato il reato di genocidio.

L'eccezione, meramente reiterata anche in sede di conclusioni finali, veniva peraltro non accolta con ordinanza del 24 aprile 1997 per i motivi in essa esposti, tra i quali principalmente quello che il reato di genocidio è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 9 ottobre 1967, n.962, e cioè ventitré anni dopo i fatti di causa, laddove l'art. 25 c.2 della Costituzione afferma che "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso."

Nel corso del dibattimento, articolatosi in venticinque udienze, venivano acquisiti e dichiarati utilizzabili, su richiesta delle parti, atti del processo celebrato nell'anno 1948 a carico di KAPPLER Herbert e di altri cinque coimputati, nonché numerose altre prove documentali ritualmente indicate e prodotte; venivano inoltre esaminati i testimoni indicati dalle medesime Parti.

All'esito il P.M. ha concluso:

per il PRIEBKE: esclusa qualunque attenuante, affermazione della responsabilità penale in ordine al reato ascrittogli e condanna alla pena dell'ergastolo;

per l' HASS: concesse le attenuanti generiche di cui all'art.62 bis. c.p., in giudizio di equivalenza rispetto alle contestate aggravanti, affermazione di responsabilità penale e condanna alla pena della reclusione nella misura di anni ventiquattro.

Le parti civili hanno depositato conclusioni scritte, come da atti allegati ai verbali delle udienze del 27 giugno e del 1°, 3, 4 e 14 luglio 1997.

Il difensore dell'HASS ha chiesto l'assoluzione dell'imputato per difetto di dolo in ordine alla criminalità dell'ordine ovvero, in subordine, ritenuta la sussistenza delle attenuanti generiche nonché di quella di cui all'art. 59.n.1.c.p.m.p., quantomeno equivalenti alle contestate aggravanti, la declaratoria di improcedibilità per avvenuta prescrizione del reato.

I difensori del PRIEBKE hanno concluso per l'assoluzione dell'imputato per aver agito, quanto meno putativamente, in adempimento di un dovere ovvero, in subordine, per la declaratoria di improcedibilità per avvenuta prescrizione del reato attesa la concedibilità, almeno in giudizio di equivalenza rispetto alle contestate aggravanti, delle attenuanti generiche e dell'attenuante ex art. 59 n.1.c.p.m.p..

La difesa del PRIEBKE ha altresì concluso per il proscioglimento dell'imputato sostenendo che nei suoi confronti troverebbe applicazione il combinato disposto dagli artt. 649 e 669 comma 8.c.p.p..

Di tale ultima richiesta occorre immediatamente dare conto, rilevando come in effetti l'art.669 comma 8 c.p.p. afferma che quando per il medesimo fatto contro la stessa persona sono state emesse una sentenza di proscioglimento ed una di condanna, il giudice ordina l'esecuzione di quella di proscioglimento revocando la sentenza di condanna.

Orbene, secondo la difesa, la Corte di Cassazione (Sez. III, ord. 5.ottobre.1996, c. Petrino) ha affermato che di tale norma occorre dare un'applicazione estesa anche al caso di concorso di persone nel reato, laddove per il medesimo fatto uno dei coimputati risulti essere stato condannato mentre l'altro sia stato assolto.

Tale lettura dell'art.669 comma 8,c.p.p., che letteralmente disciplina soltanto il caso di pluralità di sentenze emesse contro la stessa persona, non sarebbe impedita dal divieto di interpretazione analogica poiché ad essa si perviene attraverso un procedimento analogico visibilmente in "bonam partem".

Ciò premesso, la difesa ha sostenuto che, poiché la posizione processuale del PRIEBKE è del tutto eguale a quella di coloro che, coimputati del KAPPLER nel processo del 1948, furono assolti per aver agito in esecuzione di un ordine, un'eventuale affermazione di responsabilità penale nei suoi confronti sarebbe "inutiliter data".

Il PM e le parti civili si sono opposte; queste ultime, in particolare, hanno proposto il rilievo che la situazione nella quale la citata pronuncia della Cassazione è intervenuta è comunque diversa rispetto a quella dell'odierno imputato, poiché in quel caso si trattava di due coimputati nel medesimo reato, dei quali ad uno era stata applicata la pena con il rito alternativo previsto dall'art. 444 e seg. c.p.p., mentre l'altro era stato assolto al termine di ordinario rito dibattimentale.

Il Tribunale, oltre a condividere quanto evidenziato dalle parti civili circa la specificità delle sentenze di cosiddetto "patteggiamento", osserva come la giurisprudenza richiamata dalla difesa non è assolutamente sintomatica di un orientamento costante, avendo la stessa Corte di cassazione in altra decisione stabilito che "l'effetto preclusivo derivante dal giudicato non si esplica nei confronti dei coimputati, neppure se concorrenti nello stesso reato, a cagione dell'autonomia di ciascun rapporto processuale" (Sez. V, sent. 12058 dell'11 dicembre 1995).

In ogni caso, qualsivoglia debba essere l'interpretazione dell'ordinanza della Suprema Corte indicata dalla difesa del PRIEBKE, è evidente che resta intatto il principio secondo cui il divieto di un secondo giudizio, così come sancito dall'art. 649 comma 1 c.p.p., attiene unicamente ad un medesimo fatto per il quale lo stesso imputato risulti essere già stato irrevocabilmente prosciolto o condannato.

In tale ipotesi già il giudice di merito, laddove venga nuovamente iniziato un procedimento penale, deve applicare il principio del divieto del "ne bis in idem sit actio" nelle modalità previste dall'art. 649 comma 2.c.p.p..

Viceversa, l'art.669 comma 8.c.p.p., pur nella estensiva lettura proposta dalla citata ordinanza della Cassazione, non impedisce la celebrazione del giudizio nei confronti del coimputato nel medesimo reato, rispetto al quale altri sia stato assolto, poiché visibilmente ciascuna posizione concorsuale è autonoma e potenzialmente diversa rispetto ad ogni altra.

L'art. 669 comma 8 c.p.p. affida allora, coerentemente, non anche al giudice di merito ma esclusivamente a quello dell'esecuzione il compito di valutare, pur nella interpretazione proposta dalla Suprema Corte, se davvero le diverse pronunce divenute irrevocabili, per così dire, esattamente e totalmente si sovrappongono, in tal caso dando prevalenza esecutiva a quella di proscioglimento.

Sulla base delle suesposte considerazioni deve dunque concludersi che la richiesta difensiva di declaratoria della preclusione di carattere processuale ex art. 669, comma 8 cpp, prima ancora che infondata, è inammissibile in questa sede (così come del resto è implicitamente dimostrato dal fatto che anche la decisione della Corte di cassazione sulla quale la richiesta medesima si fonda è stata adottata in sede di esecuzione).

2) GLI EVENTI

I fatti di causa sono stati già ricostruiti nella sentenza emessa dal Tribunale Militare Territoriale di Roma in data 20 luglio 1948, all'esito del già citato processo a carico del KAPPLER nonché di altri cinque concorrenti nello stesso delitto; sentenza seguita poi da pronuncia definitiva del Tribunale Supremo Militare in data 25 ottobre 1952.

Può pertanto nella ricostruzione degli eventi di causa trascriversi la parte di maggiore interesse di tale ultima sentenza, che il Collegio, ai sensi dell'art.238 bis. c.p.p., recepisce ed integralmente condivide:

"Erano circa le ore quindici del 23 marzo 1944, allorché, all'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. MOELLHAUSEN, e, dopo circa mezz'ora, KAPPLER, avvertito dell'accaduto nel suo ufficio di via Tasso.

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 ed allineati lungo la cancellata del palazzo Barberini. KAPPLER, avvicinatosi a MAELTZER, parlava dell'accaduto e chiedeva di essere incaricato di quanto concerneva l'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 da lì a poco rubata da ignoti.

Dopo aver dato disposizioni circa i fermati, KAPPLER, alle ore 17.00, 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, perché, 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 giudizio si conoscevano particolari circa la preparazione e l'esecuzione dell'attentato.

Questo era stato compiuto da una squadra di partigiani, appartenenti ad una 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 Militare e gli autori dell'attentato avevano operato, essendo vestiti di abiti civili, senza alcun segno distintivo di appartenenza ad una formazione militare partigiana.

Nella conversazione delle ore 17 dello stesso giorno 23 marzo tra KAPPLER 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 Von MACKENSEN, comandante la 14° Armata tedesca.

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

KAPPLER riferiva gli accordi al Generale Von 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.

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

L'intendimento del comandante della 14° 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 dato 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 KESSELRING l'ordine di fucilare nelle ventiquattro ore un numero di italiani decuplo del numero dei militari tedeschi morti per l'attentato.

L'evidente incompatibilità tra questo ordine e l'intendimento manifestato dal Generale Von MACKENSEN suggeriva a KAPPLER di comunicare direttamente con il comando del Maresciallo KESSELRING: 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 Von MACKENSEN, e, correlativamente, rispetto al nuovo ordine, risultava chiara al 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, sicché il numero degli italiani da fucilare era di 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 13.00 dello stesso giorno.

A mezzogiorno, KAPPLER, aderendo a richiesta comunicatagli in mattinata dal Generale MAELTZER, si recava nell'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.

DOBRİK rappresentava al Generale ragioni ostative all'esecuzione della rappresaglia da parte del battaglione da lui comandato, e, a seguito delle eccezioni avanzate, il Generale MAELTZER si rivolgeva telefonicamente al comando della 14° Armata, perché all'esecuzione provvedesse un reparto dell'armata.

La testuale risposta del Colonnello HAUSER, con cui il Generale MAELTZER stava comunicando, era: " La polizia è stata colpita. La polizia deve fare espiare".

Il Generale MAELTZER, ripetuta questa frase, ordinava a KAPPLER di provvedere all'esecuzione.

L'ordine del Generale MAELTZER 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 MAELTZER nel corso della procedura eseguita, 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 condannare a morte, ciò che, invece, si verificava nelle circostanze che subito si espongono.

KAPPLER, congedatosi dal Generale MAELTZER, 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 cervello, 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 KOCHLER: doveva scegliersi un luogo non lontano ed essere una cava i cui ingressi si potessero chiudere, sì da renderla una camera sepolcrale.

KAPPLER, dopo aver dato le disposizioni ora 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 mattinata erano stati arrestati oltre una decina di israeliti.

KAPPLER, allora, ordinava al capitano di includere dieci degli arrestati tra quelli che dovevano essere messi a morte... 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 San Sebastiano. Davanti all'ingresso si trovava 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 li attendeva: ogni avvertimento era parso pericoloso, temendosi che le 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. Man 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 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 (AMONN), 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 19.00. Subito dopo venivano fatte brillare delle mine, per chiudere quella parte della cava nella quale i cadaveri, ammucchiati fino all'altezza di un metro circa, occupavano un breve spazio."

3) IL RUOLO DEGLI IMPUTATI NEL COMANDO TEDESCO IN ROMA

Ampiamente sviluppato in dibattimento è stato il tema del ruolo svolto dal PRIEBKE all'interno del Comando militare tedesco di via Tasso: in particolare è emerso che l'imputato era inquadrato nell'ambito del IV Reparto della Polizia di sicurezza, alle dirette dipendenze del capitano SCHUTZ.

Appare certo, inoltre, che il PRIEBKE si era accattivato la fiducia di KAPPLER, per il quale operava anche come ufficiale di collegamento presso l'Ambasciata tedesca.

Con altrettanta sicurezza può affermarsi che, nonostante quanto sostenuto dal PRIEBKE medesimo nelle sue dichiarazioni spontanee, egli ha partecipato all'arresto ed agli interrogatori di coloro che venivano imprigionati in via Tasso, usando nei loro confronti ed in vario modo violenza. Lo confermano, tra le altre risultanze, le seguenti numerose deposizioni testimoniali:

- all'udienza del 23 maggio 1997, il teste FICCA Luciano, pur affermando di non essere stato colpito, ha ricordato che durante un interrogatorio il PRIEBKE impugnava per la parte più sottile un nerbo di buie con il quale lo minacciava;

- all'udienza del 5 giugno 1997, il teste GIGLIOZZI ha dichiarato che PALADINI Arrigo, il quale era stato detenuto in via Tasso, gli aveva confidato di essere stato sottoposto ad interrogatori da parte del PRIEBKE durante i quali questi lo aveva colpito allo stomaco ed ai genitali usando un pugno di ferro;

- all'udienza del 6 giugno 1997, la teste MATTEI Teresa ha ricordato come la madre, molto amica dell'allora Segretario di Stato del Vaticano monsignor MONTINI, lo aveva supplicato di intercedere presso il KAPPLER al fine di ottenere la liberazione del figlio Gianfranco detenuto in via Tasso: a padre PFEIFFER, incaricato del recapito di una lettera di Papa Pio XII a KAPPLER, questi affermava che il MATTEI era un comunista silenzioso che solo il PRIEBKE con i suoi mezzi chimici e fisici poteva far parlare;

- alla stessa udienza del 6 giugno 1997 la teste REGARD Maria Teresa ha prodotto copia di denuncia inoltrata da Carla ANGELINI, anch'essa detenuta in via Tasso, nella quale costei riferiva di essere stata arrestata dal "Tenente PRIMBEK", riconosciuto successivamente da una fotografia, apparsa nell'anno 1994 sui quotidiani, nell'imputato che all'epoca rivestiva in effetti ancora il grado di Tenente; la stessa teste REGARD ha aggiunto che durante la sua detenzione in via Tasso aveva veduto un giovane che, ricondotto in cella completamente insanguinato e con il volto tumefatto, gli aveva detto di essere stato così ridotto dal "Tenente feroce";

- all'udienza del 23 maggio 1997 la teste SABATINI Elvira, vedova del già citato PALADINI Arrigo, ha confermato "de relato" quanto dal marito scritto in documento autografo, acquisito agli atti, e nel quale così si legge:

"Sono stato arrestato il 4 maggio 1944 e sono stato detenuto in cella di isolamento fino al 4 giugno 1944, giorno della liberazione. Ero sottotenente di artiglieria addetto ai servizi segreti del Nuovo Esercito Italiano del Sud, alle dipendenze della V armata americana (...). Il mio Comandante diretto era Peter TOMPKINS ...che si trovava a Roma dopo lo sbarco di Anzio ed io ero l'unico a conoscenza del suo recapito. Durante la mia detenzione sono stato interrogato quindici volte. Le prime volte sono stato interrogato e massacrato di botte personalmente dal Colonnello KAPPLER e dal Maggiore SCHUTZ, poi per tre volte dal Capitano PRIEBKE. (...) Ricordo perfettamente il modo di interrogare del capitano PRIEBKE che mi ha violentemente colpito al torace con il "pugno di ferro" che usava abitualmente con i prigionieri. A differenza degli altri, il suo linguaggio non era offensivo e volgare e non perdeva facilmente la calma. La sua frase ricorrente era: "mi dispiace

signor Tenente, ma lei con me deve parlare; sarà comunque fucilato, ma potrà evitare tante sofferenze a cui non potrà resistere". (...) Ripeteva continuamente: " se lei non parla saremo costretti a fucilare suo padre". Nel terzo interrogatorio, con voce tagliente e fredda, mi comunicò che l'esecuzione di mio padre era già avvenuta. (...) In realtà ciò non era vero in quanto mio padre era caduto in campo di concentramento già il 23.10.1943. Ma io non lo sapevo ed anche dopo la liberazione, per oltre due anni, ho creduto che la sua morte fosse stata causata dal mio silenzio.

L'aspetto ed il modo di fare del Capitano PRIEBKE, freddo e compassato, lo ha fatto apparire (...) più umano degli altri ufficiali delle "SS". In realtà si tratta di una ferocia più raffinata, meno violenta ma terribilmente sadica. Ne è la prova la menzogna che mi è stata detta nei riguardi di mio padre".

Può sicché con sicurezza affermarsi che il PRIEBKE all'interno del Comando tedesco di via Tasso svolgeva un ruolo di preminente rilievo, partecipando ad operazioni di polizia, arresti, interrogatori, torture. Non ritiene al riguardo il Collegio indispensabile stilare tra gli ufficiali tedeschi di via Tasso una sorta di classifica di demerito e di disonore, all'interno della quale individuare l'esatta posizione in graduatoria del PRIEBKE; appare invece sufficiente, per una ricostruzione della vicenda di causa, l'aver comunque determinato il ruolo dell'imputato che, contrariamente a quanto adombrato dalla difesa, non ha svolto durante il suo servizio in quel Comando solo una sorta di funzione moderatrice rispetto al collerico e caratteriale capitano SCHUTZ.

Diverso appare invece il ruolo svolto dall'imputato HASS: egli infatti dirigeva il sesto reparto delle "SS", e cioè quello cui era affidato il compito di occuparsi dello spionaggio all'estero.

In forza di tale incarico l'HASS, che aveva il proprio ufficio non in via Tasso, bensì direttamente presso la sede romana dell'Ambasciata germanica, nei rapporti con il KAPPLER godeva di una qual certa autonomia funzionale.

Proprio avvalendosi di questo ruolo evidentemente l'HASS ebbe modo di intervenire durante la detenzione in via Tasso del professore Giuliano VASSALLI. Come infatti da quest'ultimo riferito all'udienza del 10 giugno 1997, appunto l'HASS, con il pretesto di doverlo interrogare per le proprie finalità investigative, ne aveva ritardato l'esecuzione; ciò fino a quando il VASSALLI veniva scarcerato, malgrado l'ostinata resistenza di KAPPLER, per ordine diretto del generale WOLFF, Comandante delle "SS" per l'intero territorio italiano.

Ad avviso del Collegio la delineata diversità dei ruoli svolti dal PRIEBKE e dall'HASS nel Comando tedesco di Roma inciderà anche nei modi della loro partecipazione all'eccidio delle Cave Ardeatine: il PRIEBKE, dipendente diretto del KAPPLER, verrà chiamato a collaborare nella preparazione della strage, partecipando a formare gli elenchi dei martiri da passare per le armi e successivamente controllandoli al loro arrivo alle Cave in posizione di assoluta preminenza organizzativa, mentre l'HASS verrà chiamato a partecipare nella sola fase esecutiva avendo il KAPPLER disposto che ogni ufficiale, per dare l'esempio alla truppa, dovesse uccidere almeno un prigioniero.

4) LA REAZIONE TEDESCA ALL'ATTACCO PARTIGIANO DI VIA RASELLA

Molto controversa in sede dibattimentale è stata la questione se l'azione partigiana di via Rasella, per reazione alla quale i tedeschi attuarono l'eccidio delle Cave Ardeatine, possa o meno qualificarsi un atto legittimo di guerra, come tale pienamente riferibile allo Stato

italiano, ovvero un atto di guerra non legittimo, in quanto tale riferibile o meno all'organizzazione statale italiana.

Per come prospettata dalle parti sul punto intervenute, l'importanza dell'argomento in questione sarebbe data dal fatto che se l'azione partigiana del 23 marzo 1944 fosse qualificata come atto illegittimo lo Stato germanico avrebbe potuto ad essa reagire in via di rappresaglia o anche di sanzione collettiva, mentre tali istituti non sarebbero comunque invocabili ove quell'azione venisse qualificata legittima, ovvero in ogni caso non riferibile allo Stato italiano.

In proposito è possibile osservare immediatamente come non spetti a questo Tribunale, neppure "inciderent tantum", operare dell'attacco partigiano di via Rasella una qualificazione giuridica di fatto estranea ai fini del decidere.

Occorre invece esaminare in primo luogo l'istituto della rappresaglia, che secondo la dottrina internazionalista si fonda sulla possibilità di attribuire allo Stato colpito nei propri interessi una capacità di autotutela, preventiva e repressiva, esplicantesi nella aggressione di qualsiasi interesse facente capo allo Stato inadempiente. In tal modo si perviene alla definizione dell'istituto quale volontaria lesione di un diritto o di un interesse giuridico di uno Stato, autore di un illecito internazionale, da parte dello Stato vittima, quale reazione per l'offesa ricevuta.

Emerge allora come la rappresaglia, fondamentalmente, sia una sanzione, cioè una reazione all'atto illecito: la illiceità dell'atto cui si reagisce, secondo tale concezione, attribuisce liceità all'attività sanzionatoria.

Si individua, inoltre, la duplice funzione della rappresaglia: satisfattoria, quando si mira all'adempimento coattivo di una obbligazione non attuata o il risarcimento di un danno; sanzionatoria, quando uno Stato infligge ad un altro Stato, in quanto e perché ha compiuto un illecito, una lesione della sfera giuridica.

Peraltro, secondo la più accreditata dottrina internazionalista, la distinzione tra "soddisfazione" e "sanzione" è solo funzionale, cioè riguarda unicamente lo scopo cui tende la rappresaglia, che comunque in entrambi i casi è atto di sanzione in quanto consiste sempre in una reazione contro la violazione subita.

Può in proposito senz'altro richiamarsi la definizione che dell'istituto in esame propone la legge di guerra approvata con Regio Decreto del 1938 n.1415: in particolare l'art.8 comma 1 stabilisce che "l'osservanza di obblighi derivanti dal diritto internazionale può essere sospesa a titolo di rappresaglia, anche in deroga a questa o ad altra legge, nei confronti del belligerante nemico, che non adempie, in tutto o in parte, a detti obblighi".

Proprio perché la rappresaglia è una risposta ad un illecito, si individuano condizioni per il suo legittimo esplicarsi: occorre che vi sia stata la lesione di un diritto o di un interesse di uno Stato, che può reagire immediatamente o per lo meno tempestivamente, nonché occorre che tale reazione sia proporzionata rispetto al danno subito e che venga attuata senza mai violare le fondamentali, elementari esigenze di umanità e di pubblica coscienza.

Orbene, è evidente che con l'eccidio delle Cave Ardeatine, quale reazione dello Stato tedesco all'attacco di via Rasella, si realizzò una sproporzione inaccettabile tra la morte di trentatré militari germanici e l'uccisione di trecentotrentacinque persone, tra i quali cinque ufficiali generali ed undici ufficiali superiori.

In tal senso, allora, ed almeno sicuramente sotto il profilo del mancato rispetto del requisito della proporzionalità, la rappresaglia delle Cave Ardeatine non può ritenersi legittima.

Del tutto irrilevante, rispetto all'imprescindibile requisito della proporzionalità, è la questione dell'aver l'Autorità tedesca emesso bandi militari che avvertivano la popolazione che, nel caso di attentati contro le forze militari germaniche, sarebbero state uccise persone, anche civili, nel rapporto di 10 a 1. Questione questa in certo qual modo connessa all'altra su un eventuale avvertimento, rivolto dalle medesime Autorità ai responsabili dell'attentato di via Rasella, a presentarsi immediatamente, a pena di rappresaglia da attuarsi nell'ora detto rapporto numerico.

Può dirsi in proposito storicamente accertato che l'esercito tedesco aveva emanato un ordine generale di rappresaglia nella proporzione numerica di 10 a 1, almeno per quanto riguarda il fronte occidentale. Ciò è confermato, tra le altre, dalla deposizione del Questore PRESTI Umberto, come raccolta in data 15 giugno 1948 nel dibattimento KAPPLER.: "Ricordo che, verso gennaio o febbraio 1944, venne emesso un manifesto con il quale si avvertiva la popolazione che in caso di attentato ci sarebbero state rappresaglie da 1 a 10".

Al contrario, è verosimile affermare che nessun avvertimento di presentarsi sia stato rivolto agli attentatori di via Rasella, se non altro perché ne sarebbe comunque mancato il tempo materiale atteso che l'attentato si verificò verso le ore 15.00 del 23 marzo 1944 mentre l'eccidio alle Cave Ardeatine si concluse verso le ore 19.00 del 24 marzo 1944. Ciò, a parte il rilievo che, ovviamente, nel caso in cui gli appartenenti ai GAP si fossero presentati alle Autorità tedesche, si sarebbe determinata al tempo stesso una sorta di paralisi dell'attività partigiana di resistenza al nemico invasore.

Può inoltre aggiungersi che nessun serio tentativo venne effettuato dalle Autorità militari tedesche per cercare di pervenire alla cattura o, quanto meno, all'identificazione dei mandanti e degli esecutori materiali dell'azione partigiana, essendo in maniera incontrovertibile emerso che non solo i tedeschi, ma anche i vari organismi italiani che con loro collaboravano, si occuparono subito e soltanto di preparare l'eccidio delle Cave Ardeatine così da mandare a morte un enorme numero di persone del tutto estranee all'attentato, in quanto già da tempo detenute ovvero colpevoli agli occhi dei loro carnefici per il solo fatto di appartenere alla Comunità Ebraica romana ovvero, infine, in quanto rastrellate ciecamente nelle zone limitrofe alla via Rasella.

Sicché appare carente nella "rappresaglia" attuata dai tedeschi alle Cave Ardeatine, oltre che il requisito della proporzionalità, anche l'ulteriore presupposto della necessità.

Invero, per dottrina unanime, è da ritenersi legittima la rappresaglia solo quando essa appaia necessitata dall'inutile effettuazione di tutte le possibili investigazioni tese alla identificazione e cattura degli autori dell'atto illecito, contro il quale allora lo Stato offeso non ha altra possibilità di reazione se non quella di attuare appunto una rappresaglia.

Passando in secondo luogo all'istituto della repressione collettiva, esso è disciplinato dall'art.50 della Convenzione dell'AJA del 1907. Subito è possibile notare che tale norma si colloca sistematicamente in una serie di prescrizioni (artt. da 48 a 53) che disciplinano misure di natura meramente patrimoniale, sicché è dato pensare che la sanzione collettiva non può comunque colpire persone fisiche, tanto meno sino a sancirne la morte, mentre debba al contrario limitarsi a sanzioni pecuniarie o comunque patrimoniali.

Non può non rilevarsi, poi, che secondo la dottrina tale istituto, proprio per questo denominato come collettivo, non può che colpire collettività e non singole persone: in tal senso, tipico esempio di repressione collettiva è la requisizione dei beni mobili dello Stato quali biblioteche, musei ed altro.

Ma allora, se per nessuno dei due istituti ora esaminati è corretto il richiamo a giustificare l'eccidio delle Cave Ardeatine, si evidenzia come la qualificazione giuridica dell'azione partigiana di via Rasella, nei termini di cui in premessa, è del tutto irrilevante se non addirittura in qualche modo potenzialmente fuorviante .

In altre parole: dinanzi a questo Tribunale è stata esercitata nei confronti degli imputati HASS e PRIEBKE l'azione penale per quanto attiene alla loro partecipazione all'eccidio delle Cave Ardeatine, sicché deve doverosamente essere esaminata la sussistenza dei requisiti, oggettivi e soggettivi , comunque costitutivi dell'imputazione loro elevata alla luce dell'art. 185 c.p.m.g.. Poiché tale ipotesi criminosa, come richiamata dall'art.13.c.p.m.g., prevede la condotta del militare appartenente a forze armate nemiche in danno dello Stato italiano o dei suoi cittadini, purché commessa " senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra", ecco che la valutazione del Collegio deve necessariamente riguardare gli istituti della rappresaglia e della sanzione collettiva.

Ma è altrettanto vero che, una volta che, per i motivi come sopra detti, appaia non giuridicamente corretto il richiamo agli istituti in questione, sarebbe per il Collegio non solo inutile ma anche e soprattutto ultroneo rispetto alla propria sfera di doverosità funzionale, allargare l'indagine valutativa fino ad esaminare una condotta comunque estranea all'imputazione, quale appunto rispetto all'eccidio delle Cave Ardeatine è da ritenersi l'azione partigiana effettuata in via Rasella.

Solo invertendo l'ordine anche logico che il giudice deve osservare al fine di accertare la sussistenza della responsabilità penale degli imputati in merito al fatto-reato loro contestato si dovrebbe pervenire ad affermare l'esigenza di valutare, oltretutto preventivamente, la legittimità di quell'azione partigiana che resta sicché estranea al "thema decidendum".

5) LA COMPILAZIONE DELLE LISTE DELLE VITTIME ALLE CAVE ARDEATINE

Ad avviso del Collegio appare incontestabile che siano state compilate diverse liste dei condannati a morte: alcune vennero formate presso il Comando tedesco sino a comprendere inizialmente un totale di duecentosettanta persone (elevato tale numero a duecentottanta quando il KAPPLER, informato verso le ore 13.00 del 24 marzo 1944 dal capitano SCHUTZ della morte di un ulteriore soldato tedesco, dava l'ordine di aggiungere i nominativi di dieci ebrei arrestati al mattino stesso); altra lista riguardava cinquanta persone a disposizione della polizia italiana e, poiché fornita dalla Questura di Roma, è denominata "Lista Caruso", dal nome del Questore "pro tempore"..

In proposito si può innanzitutto fare riferimento alle risultanze del processo KAPPLER, e precisamente alla parte della motivazione della sentenza del 20 luglio 1948 nella quale si legge:

"Alla domanda di quel Generale (Von MACKENSEN), intesa a conoscere su quali persone potevano essere eseguite le misure di rappresaglia, il KAPPLER rispondeva che, secondo gli accordi con il Generale HARSTER, la scelta avrebbe dovuto cadere su persone condannate a morte o all'ergastolo, e su persone arrestate per reati che prevedevano la pena di morte e la cui responsabilità fosse stata accertata in base all'indagine di polizia.

Alle ore 21.00 il KAPPLER aveva una conversazione telefonica col Generale HARSTER, al quale riferiva che, in base ai dati poco prima fornitigli dalle sezioni dipendenti, egli disponeva di circa duecentonovanta persone, delle quali però un numero notevole non rientrava nella categoria dei "todes wurdige" (meritevoli di morte). Circa cinquantasette, difatti, erano ebrei detenuti solo in base all'ordine generale di rastrellamento ed in attesa di essere avviati ad un campo di concentramento. Aggiungeva che delle persone arrestate in via Rasella, secondo informazioni dategli poco prima dai suoi dipendenti, solo pochissime risultavano pregiudicate ovvero erano state trovate in possesso di cose (una bandiera rossa, manifestini di propaganda, ecc.) che davano possibilità di una denuncia all'Autorità giudiziaria militare tedesca. A conclusione della conversazione rimaneva d'accordo col suo superiore d'includere gli ebrei fino a raggiungere il numero necessario per la rappresaglia. (...) Nella stessa serata egli chiedeva al Presidente del Feldgericht (Tribunale Militare tedesco) di autorizzarlo ad includere nell'elenco le persone condannate da quel Tribunale alla pena di morte, a pene detentive, anziché alla pena di morte, per concessione di circostanze attenuanti inerenti alla persona ed, infine, le persone denunciate ma non ancora processate. (...) Nella notte l'imputato, con l'aiuto dei suoi collaboratori, esaminava i fascicoli delle persone considerate "todes wurdige" sulla base dei precedenti accordi. Alle ore 08.00 del mattino successivo il numero complessivo dei morti ammontava a trentadue.

Il mattino successivo, alle nove, il KAPPLER aveva un colloquio con il Commissario di P.S. ALIANELLO, che pregava di chiedere, con la massima urgenza, al vice capo della polizia CERRUTI, se la Polizia italiana era in grado di fornire cinquanta persone.

Il CERRUTI poco dopo gli comunicava che avrebbe mandato da lui il Questore CARUSO perché prendesse accordi in merito alla richiesta di cinquanta uomini.

Alle 9.45 il CARUSO, accompagnato dal tenente KOCH, che in quel tempo svolgeva funzioni di polizia non ben definite (...) si presentava dal KAPPLER. Questi spiegava ai due come, per completare una lista di persone da fucilare in conseguenza dell'attentato di via Rasella, aveva bisogno di cinquanta persone arrestate, a disposizione della polizia italiana, e spiegava i criteri in base ai quali egli aveva già compilato una lista di duecentosettanta persone.

A conclusione di questo colloquio si stabiliva che il Questore CARUSO avrebbe fatto pervenire al KAPPLER, per le ore 13.00, un elenco di cinquanta persone.

Nell'elenco compilato dal KAPPLER con l'aiuto dei suoi collaboratori, numerosi erano i detenuti per reati comuni e gli ebrei arrestati per motivi razziali; tra gli altri, poi, una persona assolta dal Tribunale Militare tedesco e due ragazzi di quindici anni dei quali uno arrestato perché ebreo. (...) Il KAPPLER si recava a mensa. Ivi, qualche tempo dopo, il capitano SCHUTZ lo informava di aver appreso poco prima della morte di un trentatreesimo soldato tedesco. (...) Il KAPPLER, saputo da quell'ufficiale che nella mattinata erano stati arrestati oltre dieci ebrei, dava ordine a quest'ultimo di includere dieci di questi tra quelli che dovevano essere fucilati. (...) Le vittime dei primi autocarri provenivano dal carcere di via Tasso, le altre dal carcere di Regina Coeli. Ivi si trovava il tenente TUNATH, accompagnato dall'interprete S. tenente KOFLER, del comando di polizia tedesca di Roma, il quale provvedeva a far avviare alle Cave Ardeatine i detenuti del terzo braccio a disposizione dell'autorità militare tedesca.

Ultimato il prelevamento di questi detenuti, il TUNATH si rivolgeva al direttore del carcere per avere i cinquanta che erano a disposizione della polizia italiana e che, secondo precedenti accordi, dovevano essere consegnati dal Questore CARUSO. Poiché ancora non era giunta la lista, se ne faceva richiesta telefonica al CARUSO, da cui si aveva promessa

di un sollecito invio a mezzo di un funzionario. Il tempo trascorreva senza che giungesse tale lista. Il TUNATH telefonava ancora alla Questura e parlava con il Commissario ALIANELLO al quale violentemente diceva che "se non si mandava subito l'elenco avrebbe preso il personale carcerario" (dich. ALIANELLO, ud. del 26 giugno 1948). Dopo un po' di tempo il TUNATH, stanco di aspettare, incominciava a prelevare dei detenuti in maniera indiscriminata. Poco dopo, sull'imbrunire arrivava il Commissario ALIANELLO con una lista di cinquanta nomi, datagli dal Questore CARUSO, che consegnava al Direttore del Carcere. Questi cancellava undici nomi, precisamente quelli indicati con i numeri progressivi da 40 a 49 e con i numeri 21 e 27, e li sostituiva con altri undici nomi relativi a persone che già erano state portate dal tenente TUNATH e che non erano comprese nella lista. La cancellatura degli ultimi nominativi della lista era determinata dal fatto che la compilazione di questa era stata fatta iniziando dalle persone ritenute più compromesse, per continuare con quelle che si trovavano in posizione migliore; il depennamento dei nomi indicati con i numeri 21 e 27 veniva effettuato, invece, perché l'una persona era malata grave e l'altra non si riusciva a trovarla (...)

Il giorno successivo, il 25 marzo, il capitano SCHUTZ e il capitano PRIEBKE riferivano al KAPPLER che, da un riesame delle liste, risultava che i fucilati erano 335. Il secondo di quegli ufficiali spiegava che la fucilazione di cinque persone in più del numero stabilito da KAPPLER era dovuto al fatto che nella lista del Questore CARUSO le vittime non erano segnate con un numero progressivo ed erano cinquantacinque invece che cinquanta. (interr. KAPPLER, ud. dell'8 giugno 1948).

I motivi addotti dal KAPPLER sulla base dell'informazione a suo tempo fornitagli dal capitano SCHUTZ e dal capitano PRIEBKE rispettavano in parte la vera causa della fucilazione.

Non è esatto, difatti, che le cinque persone fucilate in più siano fra quelle che erano a disposizione della polizia italiana e che esse siano sfuggite al controllo perché la lista di accompagnamento del CARUSO indicava le persone senza numeri progressivi.

In base al riconoscimento delle salme, che si riferisce a trecentotrentadue persone, è risultato che quarantanove di esse (erano) di detenuti (...) a disposizione della polizia italiana e corrispondono a quarantanove nominativi della lista CARUSO. Per il completamento di questa lista manca un nominativo, quello di DE MICCO Cosimo, la cui salma non è stata (...) riconosciuta ed è da presumere sia una delle tre non identificate. Devesi ritenere, pertanto, che le cinque persone in più provengano dai detenuti a disposizione dei tedeschi.

Va poi osservato che non è esatto che la lista di accompagnamento dei cinquanta detenuti a disposizione della polizia italiana provenisse dall'ufficio del CARUSO, essendo risultato che il Commissario ALIANELLO portò due copie della lista "CARUSO" e di esse una la diede al Direttore del Carcere, l'altra la trattenne".

Orbene, se tale è la ricostruzione dei fatti, come proposta dalla sentenza del 1948, e che questo Collegio fa propria, deve dirsi che non appare viceversa condivisibile la conclusione cui quel giudice ritenne di dover pervenire, per quanto attiene alla esecuzione di cinque persone in più rispetto al numero di trecentotrenta ordinato in origine dal KAPPLER.

Non convince, infatti, la tesi secondo la quale queste cinque persone vennero passate per le armi per errore e solo a seguito di un'involontaria loro inclusione nelle liste dei morituri.

A sostegno di tale denegata affermazione si citano varie considerazioni, tra le quali in primo luogo quanto dichiarato dal KAPPLER all'udienza dell'8 giugno 1948:

"Nel corso della mattinata del 25, SCHUTZ e PRIEBKE vennero da me e mi riferirono che, dopo una constatazione risultavano giustiziati trecentotrentacinque e non trecentotrenta.(...)PRIEBKE mi spiegò di aver avuto l'elenco dalla polizia italiana senza la numerazione delle vittime e che dopo l'esecuzione, nel fare la somma delle varie liste, constatò che la lista italiana conteneva cinquantacinque e non cinquanta (nominativi); (...) Conosco la copia della fotografia di una lista; mi è stata sottoposta diverse volte ed essa non è quella che nella mattinata del 25 mi fece vedere PRIEBKE".

In secondo luogo si richiamano le dichiarazioni rese in data 27 dicembre 1947 al Pretore di Brunico dal S. tenente KOFLER (il quale, come sopra ricordato, in qualità d'interprete aveva accompagnato il TUNATH al carcere di Regina Coeli per prelevare le persone nominate nella lista CARUSO)":

"Il tenente TUNATH mi ordinò di accompagnarlo alle prigioni di Regina Coeli per raccogliervi il numero necessario dei prigionieri: Al nostro arrivo ci recammo subito al terzo braccio della prigione, che era sotto il controllo germanico. TUNATH era in possesso di una lista dei nomi dei prigionieri richiesti. Egli diede questa lista alla guardia tedesca nell'ufficio di quel braccio dicendogli di far uscire i prigionieri dalle loro celle: Non ho visto il tenente apportare delle modifiche alla lista dei prigionieri, lista che egli teneva in tasca e che consultava col direttore del terzo ramo che era un maresciallo della Schutz-polizei, ragione per cui non era necessaria la mia opera d'interprete. Non sono quindi in grado di dare alcuna spiegazione circa la sostituzione dei detenuti BUCCHI e MARCHETTI con i detenuti BONNEMI e CARACCIOLO giacché io non fui presente alle decisioni prese tra TUNATH e il direttore dell'ufficio terzo, nell'ufficio di quest'ultimo, essendomi io intrattenuto nel corridoio. La guardia ed i suoi assistenti cominciarono a chiamare i nomi dei prigionieri, e quando questi rispondevano venivano presi fuori dalle loro celle e riuniti in gruppo. Il primo gruppo di prigionieri ammontava a circa ottanta in tutto. TUNATH ordinò quindi che le mani di tutti i prigionieri fossero legate dietro la loro schiena. Ciò fu fatto da uomini delle "SS". Quindi il gruppo di prigionieri fu scortato nel cortile della prigione. Contemporaneamente un altro gruppo di prigionieri veniva riunito nel terzo braccio. Questo gruppo assommava a circa settanta persone e i membri di questo gruppo erano trattati nello stesso modo dei membri del primo gruppo. A questo punto TUNATH mi disse di chiedere al direttore delle carceri di telefonare a CARUSO per accelerare la consegna degli altri cinquanta prigionieri che CARUSO aveva messo a disposizione delle autorità germaniche. Questi prigionieri dovevano essere pure fucilati. CARUSO informò il direttore delle prigioni di mettere i prigionieri a nostra disposizione, ed io ebbi a tradurre a TUNATH quanto riferito dal CARUSO al direttore . TUNATH, quando gli comunicai la risposta del CARUSO, si arrabbiò molto e mi fece tornare con lui all'ufficio del direttore . Il direttore, non ricordo il suo nome, disse a TUNATH che ci sarebbe voluta una telefonata a CARUSO (...) telefonò a CARUSO e quest'ultimo disse che stava mandando uno dei suoi ufficiali alla prigione per accelerare la faccenda. Poco dopo l'ufficiale arrivò con la lista di CARUSO. Mentre io ero nell'ufficio del direttore arrivarono numerose telefonate per la persona che aveva portato la lista dei cinquanta prigionieri. Costui apportò numerose alterazioni alla lista, cancellando alcuni nomi e sostituendone degli altri. In conseguenza di ciò ebbi l'impressione che doveva esserci della corruzione in giro.

Quando la lista fu pronta i rimanenti cinquanta prigionieri furono condotti fuori della prigione sotto scorta.....e caricati in autocarri chiusi che stavano aspettando.

Io tornai con TUNATH all'ufficio del direttore della prigione, dove vidi TUNATH firmare qualche cosa che sembrava una ricevuta per i prigionieri portati via dai nostri uomini.

Dopo accompagnai TUNATH sul luogo dell'esecuzione . Quando arrivammo là stava facendosi buio...TUNATH riferì a KAPPLER che il trasporto dei prigionieri era finito."

Ancora il KAPPLER, sempre in data 8 giugno 1948, affermava di non aver riconosciuto in quella mostratagli dal PRIEBKE la lista formata dal Questore CARUSO, come allegata agli atti del processo.

Sicché, secondo tale tesi, sarebbe ragionevole affermare che il TUNATH, mentre non poteva modificare la lista dei detenuti del terzo braccio di Regina Coeli in quanto a disposizione del Comando tedesco (anche considerando che di tale lista era in possesso quanto meno il PRIEBKE, incaricato del controllo all'atto dell'arrivo dei martiri alle Cave Ardeatine), contrariato dal ritardato invio della lista compilata dalla Questura di Roma e pressato dall'esigenza di effettuare l'ultimo trasporto dei prigionieri, abbia prelevato di propria iniziativa persone appena entrate nel carcere. Forse anche per una tragica fatalità, alcuni di costoro vennero confusi ed aggiunti ai nominativi della lista CARUSO. Potrebbe inoltre rilevarsi come il TUNATH non era comunque in possesso di tale lista poiché, come prima evidenziato, il Commissario ALIANELLO, su disposizione del CARUSO, aveva portato al Carcere due copie della lista: di queste una, controfirmata per ricevuta dal TUNATH , era stata trattenuta dalla Direzione del carcere mentre l'altra rimaneva nelle mani dell'ALIANELLO.

Non potrebbe allora escludersi che la lista consegnata al PRIEBKE alle Cave Ardeatine da parte del TUNATH non fosse quella compilata dal CARUSO, bensì fosse un elenco meramente nominativo, e non anche numerico, redatto in maniera sommaria e drammaticamente comprendente anche le persone prelevate, in via autonoma, dallo stesso TUNATH all'atto del loro arrivo a Regina Coeli, la qual cosa spiegherebbe perché il KAPPLER, nelle dichiarazioni sopra riportate, affermava di non riconoscere in quella a suo tempo mostratagli dal PRIEBKE la lista formata dal Questore CARUSO.

D'altra parte, secondo sempre tale opinione, non vi sarebbe stato plausibile motivo per il quale uccidere in esubero queste cinque persone, poiché le esigenze di segretezza che avevano indotto il KAPPLER a far prelevare da Regina Coeli i prigionieri con l'ingannevole intento di essere avviati ai campi di lavoro in Germania (si vedano in proposito le dichiarazioni rese dal teste PELLEGRINI all'udienza del 23 maggio 1997), e ciò anche al fine evidente di evitare possibili sollevazioni della popolazione romana, valevano solo fino alla effettuazione dell'eccidio.

Successivamente infatti alla sua perpetrazione, la logica stessa della "rappresaglia" voleva che di essa venisse a conoscenza l'intera città, tanto è vero che il 25 marzo 1944 il Comando tedesco trasmetteva agli organi di stampa un comunicato ufficiale sull'eccidio da pubblicarsi subito e con grande rilievo.

Affermazione, quest'ultima, che potrebbe trovare un ulteriore riscontro nella deposizione resa all'udienza del 5 giugno 1997 dal teste CECCONI Mario: questi ha infatti affermato che la mattina del 25 marzo 1944, dopo che un ragazzo che lo aveva accompagnato sul posto era già fuggito, veniva allontanato dal piazzale antistante le Cave Ardeatine proprio dal PRIEBKE, mentre numerosi soldati tedeschi vi si esercitavano al fuoco.

Se davvero l'intento era quello di impedire qualsivoglia testimonianza sull'eccidio, non si comprende perché al CECCONI fu consentito di allontanarsi.

Tuttavia, a ben vedere, nessuno degli argomenti così elencati appare convincente.

In primo luogo, la circostanza, che pure può apparire verosimile, secondo la quale il TUNATH, all'atto di prelevare dal Carcere di Regina Coeli i prigionieri della lista CARUSO, e poiché nessuna delle due copie di tale lista gli era stata consegnata, avrebbe per proprio conto formato altro elenco solo nominativo e non anche numerico, in realtà non dimostra nulla poiché lascia del tutto impregiudicata la questione se il PRIEBKE si sia accorto, e prima della loro fucilazione, che alle Cave Ardeatine erano stati condotti cinque prigionieri in più.

A parte il rilievo che forse sul luogo dell'eccidio non furono portate solo cinque persone in più (risulta infatti agli atti del processo KAPPLER che ivi era stato condotto il disertore austriaco RAIDER, riportato poi a Via Tasso in considerazione della sua nazionalità), e pur volendo pensare che il TUNATH abbia consegnato al PRIEBKE una lista meramente nominativa, è inverosimile che né il TUNATH né il PRIEBKE abbiano controllato che il numero dei prigionieri, per ultimo trasportati da Regina Coeli, almeno corrispondesse a quello indispensabile a colmare la differenza tra il numero dei martiri già trucidati ed il totale fissato dal KAPPLER.

Invero sia il TUNATH che il PRIEBKE necessariamente hanno provveduto ad effettuare la conta di tali persone, se non altro per verificare, il primo all'atto del prelevamento dal Carcere, il secondo al momento del loro arrivo alle Cave, che il numero non fosse inferiore al necessario.

Deve sicché ritenersi che vi sia stato un momento in cui il PRIEBKE, quale affidatario delle liste, si è accorto che vi erano cinque prigionieri in più, momento in cui essi vennero collocati in disparte rispetto agli altri in attesa delle decisioni che il KAPPLER avrebbe adottato nei loro confronti. Ecco perché il KOFLER, nella già citata deposizione, così affermava: "Quando arrivammo lì stava facendosi buio. All'arrivo alle Cave vidi un gruppo di cinque prigionieri riuniti nello spiazzo davanti all'entrata delle Cave. Vidi il tenente colonnello KAPPLER che parlava ai cinque prigionieri."

Ma allora queste cinque persone, come già ritenuto dalla sentenza KAPPLER del 1948, erano state già individuate e separate dalle altre, ancor prima che il KOFLER sopraggiungesse alle Cave con l'ultimo trasporto dei prigionieri diretto dal TUNATH. Il che induce a ritenere che tali persone erano state lì portate con precedenti convogli, magari perché tragicamente indotte in inganno dalla speranza di essere avviate ai campi di lavoro e quindi di comunque sottrarsi alla dura prigionia nelle Carceri tedesche.

La qual cosa ulteriormente rafforza il convincimento del Collegio che il PRIEBKE si accorse subito che vi erano cinque prigionieri in più senza attendere, come poi sostenuto, di effettuare il giorno successivo all'eccidio il controllo per così dire ragionieristico e comparativo delle varie liste. Ad ogni modo, indipendentemente dal fatto che cinque persone in più siano state condotte alle Cave Ardeatine dal TUNATH ovvero ancor prima, resta che davvero inverosimile quanto drammatica coincidenza dovrebbe ritenersi quella secondo cui il KAPPLER, che si pretenderebbe ancora ignaro dell'errore numerico, si sarebbe soffermato a parlare (chissà di che cosa ?) proprio con cinque prigionieri. Né si riuscirebbe altrimenti a comprendere perché proprio cinque prigionieri sarebbero stati messi in disparte rispetto agli altri, venendo comunque poi avviati alla morte, tanto più considerando che il barbaro quanto prolungato eccidio stava oramai avviandosi all'epilogo.

Non convince inoltre l'affermazione secondo la quale i tedeschi non avevano interesse ad eliminare pericolosi testimoni. Infatti, è vero che il giorno successivo alla "rappresaglia" il Comando germanico ne diffondeva la notizia, ma è altrettanto vero che il comunicato in questione si limitava ad affermare che, a seguito di un attentato di "comunisti badogliani", appartenenti a tale gruppo di resistenza erano stati fucilati. Nulla sicché si diceva sulla

località in cui l'esecuzione era avvenuta né, tanto meno, si davano informazioni su chi vi avesse materialmente provveduto e con quali esatte modalità.

Non può dunque negarsi che il KAPPLER abbia ordinato al PRIEBKE di far uccidere anche questi cinque prigionieri in più, così cedendo alla criminale tentazione di eliminare persone che, alla fine della guerra, li avrebbero con una testimonianza tanto diretta quanto precisa inchiodati alle loro responsabilità!

Conclusione questa che non può essere contraddetta dal rilievo che il teste CECCONI, lungi dall'essere anch'egli eliminato sul posto, era stato proprio dal PRIEBKE allontanato dalle Cave Ardeatine. Infatti, se il CECCONI (che nella sua deposizione evidentemente confonde la data del 25 marzo 1944, giorno successivo all'eccidio, con quella del 24 marzo 1944) fosse stato eliminato lì per lì senza un apparente motivo, si sarebbe creato un ragionevole allarme nella popolazione delle zone limitrofe, certamente informata del fatto dal ragazzo che lo aveva accompagnato sul posto e che, per suo conto, era già riuscito a fuggire; la qual cosa, ovviamente, non avrebbe certo facilitato l'effettuazione dell'eccidio da parte dei tedeschi.

La volontaria esecuzione dei cinque prigionieri eccedenti il limite dei trecentotrenta risulta, infine, confermata dalle dichiarazioni rese dall'HASS all'udienza del 10 giugno 1996, nel corso del precedente giudizio. Questi ha infatti riferito che il KAPPLER in data 25 marzo 1944, e cioè il giorno successivo alla data dell'esecuzione, gli aveva confidato di aver fatto una grossa fesseria nel far fucilare le cinque persone in più: in particolare, come riferito dall'HASS, il KAPPLER gli aveva raccontato che per errore erano state condotte alle Cave Ardeatine non trecentotrenta bensì trecentotrentacinque persone, e poiché cinque persone in più alla fine c'erano, erano state passate per le armi.

La deposizione dell'HASS non può essere smentita affermando che egli non poteva aver percepito tutto quanto avvenuto alle Cave Ardeatine, non essendosi ivi trattenuto a lungo. Infatti, non solo va ricordato che l'HASS, per sua stessa ammissione, si trattenne sul luogo dell'eccidio dall'inizio delle esecuzioni sino al loro termine, ma va anche osservato che, pur ammettendo, ma per sola ipotesi, che l'HASS ivi si sia trattenuto per molto meno tempo, resta immutata la circostanza che egli, sul punto in esame, riferisce non già quanto da lui direttamente percepito, bensì quanto a lui confidato dal KAPPLER.

E' stato poi affermato che le dichiarazioni dell'HASS sarebbero prive dei riscontri probatori oggettivi indispensabili normativamente; argomento, questo, insussistente ove solo si collochino le affermazioni dell'HASS nell'intero contesto probatorio come sopra evidenziato.

Deve sicché conclusivamente affermarsi che l'uccisione delle cinque persone eccedenti il numero dei trecentotrenta fu posta in essere con piena consapevolezza e che tale consapevolezza fu massima nel PRIEBKE, quale ufficiale che, tenutario delle liste delle vittime e preposto alla formazione dei gruppi che di volta in volta venivano avviati a morte, direttamente rilevò l'eccedenza numerica.

6) L'ADEMPIMENTO DI UN DOVERE

E' noto come in forza dell'art. 40 CPMP (norma sostanziale tuttora applicabile ai fatti di causa malgrado l'art. 22 della legge 11 luglio 1978, n. 382 ne abbia determinato l'abrogazione) la punibilità è esclusa quando si è agito in adempimento di un dovere imposto da un ordine del superiore: laddove un fatto illecito sia commesso in esecuzione di tale ordine, del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine (comma 3). In tale ultima

ipotesi, però, il militare che ha commesso il reato obbedendo al superiore ne risponde penalmente quando l'esecuzione dell'ordine costituisce manifestamente reato (comma 4).

Orbene, per stabilire in forza a quale parametro valutativo possa pervenirsi a determinare il carattere della manifesta criminalità dell'ordine occorre, ad avviso del Collegio, in primo luogo far ricorso ad un criterio oggettivo.

In tal modo, può affermarsi che l'ordine è manifestamente criminoso quando il tipo medio di persona è in grado di avvertirne il disvalore penale, così da pervenire a ritenere anche che l'art. 40 ultimo comma CPMP in realtà non impone all'inferiore un sindacato di legittimità sostanziale, un controllo in fatto e in diritto, bensì disciplina situazioni che, proprio perché manifestamente criminose, non abbisognano di particolari controlli.

In proposito la Relazione al Re sul testo definitivo del CPMP così si esprimeva: "Si è voluto escludere che l'indagine sul contenuto manifestamente criminoso dell'ordine debba essere fatta con criteri esclusivamente soggettivi, cioè in relazione soltanto all'apprezzamento che dell'ordine abbia potuto fare colui che deve eseguirlo. Rimane tuttavia evidente che, quando sia comunque acquisita, in fatto, la certezza della scienza del militare di commettere un reato in esecuzione dell'ordine avuto, ciò dispensa da ogni ulteriore indagine obiettiva sulla palese criminalità dell'ordine stesso".

L'indicato criterio oggettivo, con il suo riferirsi al tipo medio del militare, non può allora non essere integrato da due considerazioni valide sul piano soggettivo.

La prima, secondo la quale, come evidenziato dalla Relazione ministeriale, può prescindersi dalla valutazione oggettiva della criminalità dell'ordine quando essa, anche se non manifesta, sia tuttavia investita dalla consapevolezza dell'agente.

La seconda, in forza della quale non può in ogni caso prescindersi dalla valutazione che ciascun militare, in relazione alle particolarità operative del proprio servizio, può compiere dei vari elementi di fatto da cui dipende la constatazione della criminalità dell'ordine.

Poste queste brevi considerazioni di ordine prettamente teorico, osserva immediatamente il Collegio come nell'odierno processo la tematica dell'obbedienza all'ordine illegittimo sia in realtà invocata del tutto inutilmente.

Invero, i due imputati hanno rilasciato più dichiarazioni intimamente contraddittorie in ordine alla loro partecipazione ai fatti.

A parere del Tribunale, tale contraddittorietà manifesta, in realtà, come entrambi eseguirono l'ordine impartito dal Kappler indifferenti alla criminalità di esso.

Criminalità, è appena il caso di dire, che non deriva soltanto da singole particolari modalità dell'eccidio, dai criteri di inclusione tra i condannati di persone, alcune addirittura di età minore, non aventi nessuna colpa se non quella di abitare in una determinata zona di Roma o di appartenere alla Comunità ebraica, ovvero anche dalla assurda sproporzione rispetto ai militari tedeschi morti in Via Rasella; la criminalità è qui intrinseca al fatto stesso rispetto al quale, allora, quelle singole modalità esecutive si appalesano come suoi meri indici sintomatici, da cogliersi non già sul piano qualitativo della responsabilità penale bensì su quello della sua quantità.

D'altra parte, se così non fosse, non si potrebbe altrimenti spiegare quell'autentico rimbalzo di responsabilità che si verificò tra i vari Comandi militari tedeschi una volta che

l'ordine di eseguire l'eccidio era giunto, tanto da indurre in particolare il maggiore DOBRİK a rifiutare l'esecuzione dell'ordine, pur nella sua qualità di comandante il reparto direttamente colpito da quell'attentato, ancor prima di conoscerne le singole modalità esecutive ed adducendo spiegazioni che al KAPPLER parvero dei meri pretesti.

Allora è del tutto inutile il richiamo all'art. 40 CPMP, così come al paragrafo 47 del Codice penale militare tedesco in vigore all'epoca dei fatti, norma quest'ultima che, nella sua certa applicazione anche agli appartenenti alle SS, dava alla materia una disciplina sostanzialmente analoga.

Inutile perché gli imputati, per loro stessa ammissione, hanno ottemperato all'ordine di partecipare all'eccidio delle Cave Ardeatine non perché convinti della sua legittimità, ovvero perché non consapevoli della sua manifesta criminalità, ma solo perché preferirono anteporre il proprio personale interesse all'esecuzione di centinaia di innocenti.

Si è anche difensivamente affermato che anche ove l'HASS o il PRIEBKE avessero rifiutato di ottemperare all'ordine loro impartito, ciò non avrebbe comunque impedito l'eccidio delle Cave Ardeatine: in tal modo si è proposto l'argomento, non privo di suggestione, secondo il quale la eventuale disobbedienza degli imputati, in quanto priva della capacità di escludere la realizzazione dell'evento, sarebbe stata del tutto influente.

Ma il rilievo, al di là delle apparenze, è privo di fondatezza poiché il dovere di disobbedire all'ordine manifestamente criminoso scatta indipendentemente dal fatto che l'inferiore, disobbedendo, si ponga nelle condizioni di impedire che l'evento comunque si verifichi.

E' evidente, infatti, che il singolo militare non deve obbedire all'ordine criminoso impartitogli, pur quando abbia la consapevolezza che altri sarà disponibile ad ottemperarvi. Diversamente opinando si dovrebbe affermare che, come nel caso di specie, ove un ordine illegittimo venga impartito a più militari, ciascuno di essi sarebbe chiamato ad opporvisi soltanto a condizione che si verifichi una sorta di disobbedienza collettiva.

Ma, a ben vedere, le stesse giustificazioni fornite dagli imputati appaiono intimamente non credibili, anche se riguardate sotto il diverso profilo dello "stato di necessità".

A tal proposito è stato oggetto di approfondita discussione tra le parti il ruolo svolto effettivamente dal KAPPLER. Da un lato si sono richiamate le dichiarazioni rese all'udienza del 6 giugno 1997 dal teste CRESCIMBENI Giuseppe, il quale, autore nell'anno 1974 di un'intervista al KAPPLER, ha dichiarato che questi gli aveva confidato che durante il processo del 1948 aveva mentito affermando, contrariamente al vero, di aver minacciato di morte i suoi collaboratori ove non avessero ottemperato all'ordine dell'eccidio; in tal modo, aveva aggiunto il KAPPLER, aveva creato per i coimputati in quel processo uno stato di necessità sì da impedirne la condanna.

Si è, poi, affermato che dalla sentenza emessa nel 1948 emerge che nessun particolare provvedimento era stato adottato nei confronti del militare AMONN che, profondamente turbato per l'orrido scenario dell'esecuzione, non ebbe la forza di sparare ad un prigioniero così come gli era stato ordinato.

Ed ancora risulta provato che il KAPPLER, informato che il capitano WETJEN esitava nel partecipare all'eccidio, lungi dal contestargli tale condotta, gli si era affiancato in modi camerateschi sino ad accompagnarlo all'interno delle Cave ed a rimanere al suo fianco fino a quando era riuscito a sparare anche lui il suo omicida colpo di pistola.

Dall'altro lato si è contestato che sarebbe del tutto inverosimile identificare nel KAPPLER una sorta di buon padre di famiglia, pronto a discutere con i propri sottoposti qualsiasi loro problema, attento a valutarne ogni possibile obiezione, tanto più nelle specifiche circostanze dell'esecuzione di un eccidio di massa: non è credibile che egli, che pure non aveva esitato a colpire un soldato per il sol fatto di aver versato involontariamente del caffè (v. deposizione di SABATINI Elvira, all'udienza del 23 maggio 1997), avrebbe poi adottato modi assolutamente camerateschi con chi si era rifiutato di sparare.

Ad avviso del Collegio il KAPPLER era ben consapevole dell'enormità, della assoluta disumanità del compito affidatogli. Non era sufficiente, allora, chiedere ad ogni singolo milite di sparare, anche se a freddo, un sol colpo omicida e subito dopo rientrare nell'anonimato, ma al contrario l'entità dell'eccidio imponeva di trattenersi a lungo e di sparare più volte. Egli pertanto non aveva per nulla trascurato l'eventualità che tra gli uomini del suo stesso Reparto si verificassero momenti di sbandamento, di esitazione, di pietà, che avrebbero potuto minarne la compattezza.

Ecco perché, ricevuto dal generale MAELTZER l'ordine di attuare direttamente la rappresaglia, il KAPPLER convoca una riunione con tutti gli ufficiali da lui dipendenti, al fine non solo di fissarne le ulteriori modalità operative, ma anche per chiedere a ciascuno di essi di sparare un colpo allo scopo di dare l'esempio alla truppa.

La rilevata contraddizione tra i modi comportamentali del KAPPLER e la sua reazione, apparentemente sotto tono, a fronte dell'esitante condotta del WETJEN è tutt'altro che inspiegabile. Invero il KAPPLER in quelle circostanze prudentemente decise, per così dire, di disinnescare la portata "scandalosa" dell'episodio onde evitare che la truppa prendesse atto di quella titubanza.

In tale generale e drammatico contesto gli imputati dichiarano di essere stati minacciati, di aver ucciso solo per sottrarsi al pericolo di essere deferiti ai tribunali delle SS.

Non è vero. Né il PRIEBKE né l'HASS hanno ricevuto alcuna minaccia, tanto meno dal KAPPLER: il primo, il "tenente feroce", uno dei torturatori di Via Tasso, era del KAPPLER un collaboratore tra i più fidati e diretti, tanto da essere chiamato a svolgere alla Cave Ardeatine il compito, tutt'altro che marginale e secondario, di affidatario delle liste dei morituri; il secondo, Capo Sezione Spionaggio, era in evidente rapporto confidenziale con il KAPPLER tanto che questi, il giorno successivo all'eccidio, proprio a lui confida che era stata una "fesseria" l'aver fatto fucilare cinque persone in più.

D'altra parte, osserva il Collegio che l'insussistenza dell'esimente dello stato di necessità va considerata non soltanto con riguardo alla condotta tenuta dagli imputati alle Cave Ardeatine, ma anche sin da quando il Kappler tenne la riunione preparatoria dell'eccidio, verso le ore 12.30 del 24 marzo 1944.

Appare infatti ragionevole ritenere che già da tale momento (che concretizzava una situazione psicologicamente meno impegnativa per manifestare il rifiuto rispetto a quella di intuibile concitazione che si sarebbe verificata più tardi alle Cave Ardeatine) chi avesse avuto delle remore morali, ovvero anche delle perplessità, sul ruolo affidatogli, avrebbe potuto e dovuto manifestarle al proprio superiore.

Al limite del paradosso è, poi, l'affermazione secondo cui gli imputati si sarebbero sentiti minacciati dal capitano SCHUTZ, il quale, sempre pronto ad esibire la collericità del proprio carattere, aveva detto che chi voleva disobbedire alle disposizioni del KAPPLER non doveva fare altro che schierarsi tra i fucilandi. Ma è appena il caso di notare come le affermazioni dello SCHUTZ, per quanto collerico egli potesse essere, e pur volendo

credere, ma sol per un momento, che esse fossero davvero indirizzate all'HASS o al PRIEBKE e non già ai sottufficiali ed alla truppa, non potevano certo intimidire né il pari-grado PRIEBKE né l'HASS, addirittura a lui superiore in grado.

Del tutto irragionevole sarebbe infine affermare che gli imputati si sarebbero sentiti minacciati, per così dire, per implicito dalla struttura in sé delle SS, cui loro stessi avevano volontariamente aderito e nell'ambito della quale avevano raggiunto livelli di così alta responsabilità.

Solo per completezza espositiva deve aggiungersi, infine, che ad impedire in ogni modo l'applicabilità dell'esimente dello stato di necessità si frapporterebbe, ed in modo insuperabile, l'ulteriore ostacolo dell'evidente sproporzione tra il pericolo in ipotesi incombente sugli imputati ed il fatto che essi sarebbero stati costretti a commettere.

7) LA RESPONSABILITA' DEGLI IMPUTATI IN RELAZIONE AGLI ARTT. 13-185 CPMG

L'eccidio delle Cave Ardeatine, avvenuto, come detto, al di fuori delle condizioni previste dal diritto internazionale per l'attuazione di una rappresaglia ovvero di una repressione collettiva, si appalesa nella sua autentica natura di violenza con omicidio plurimo continuato disciplinata dall'art. 185 CPMG, applicabile agli imputati quali appartenenti a forze armate nemiche in virtù dell'art. 13 CPMG.

Tali norme puniscono, infatti, gli atti di violenza e di omicidio commessi da appartenenti alle forze armate nemiche a danno dello Stato italiano ovvero di cittadini italiani che non prendono parte alle operazioni militari, senza necessità o comunque senza giustificato motivo.

Per quanto attiene al primo requisito della necessità così la sentenza KAPPLER del 1948 si esprimeva:

"Per necessità bellica comunemente s'intende un pericolo grave ed attuale che impone un determinato comportamento perché un'azione militare, anche di secondaria importanza, abbia successo.

L'attualità e la gravità del pericolo deve essere preventivamente accertata e determinata. Mancando questi presupposti non può invocarsi la necessità bellica come causa giustificatrice di un comportamento illecito.

La situazione determinatasi a seguito dell'attentato di Via Rasella non costituiva un pericolo grave ed attuale ai fini delle operazioni militari o per la sicurezza delle truppe in Roma. Invero una calma assoluta regnava nella città. La sparatoria verificatasi nella prima mezz'ora in Via Rasella e nelle vie adiacenti era opera di militari tedeschi e ciò era stato subito chiarito. Nella serata da parte della polizia non veniva segnalato alcun incidente o pericolo.

Né può dirsi che il pericolo grave ed attuale fosse costituito dai vari attentati che si erano verificati in precedenza a Roma. E' noto che nelle zone militarmente occupate gli attentati si verificano con frequenza per l'ostilità delle popolazioni contro gli eserciti occupanti. Ciò non costituisce un pericolo grave ed attuale fino a quando non si sia accertato che la popolazione agisca organizzata, sia bene armata e possa svolgere un'azione di particolare rilievo idonea a modificare l'andamento delle operazioni o di una qualche azione dell'esercito occupante. In sostanza, la gravità e l'attualità del pericolo si valuta in relazione all'efficienza che un'azione può assumere nel quadro generale o particolare delle

operazioni. Pertanto va esclusa la sussistenza di tale situazione quando fin dal primo momento risulta chiaro, come avvenne il pomeriggio del 23 marzo, che un'azione contraria all'esercito occupante esaurisce immediatamente quasi del tutto i suoi effetti e non agisce come causa modificatrice delle operazioni di quell'esercito. I soli effetti morali derivanti da un attentato non agiscono subito, ma si proiettano nel tempo e, di conseguenza, escludono l'attualità del pericolo."

Tali considerazioni sono senz'altro condivise dal Collegio, che fa propria anche l'ulteriore tesi, affermata da quel giudice, secondo cui la "necessità", alla quale si riferisce la norma in esame, è la necessità bellica e non lo stato di necessità quale nozione giuridica generale e come tale applicabile ad ogni reato senza bisogno di un suo espresso richiamo da parte del legislatore nella costruzione delle singole ipotesi criminose. Affermazione questa ulteriormente confortata, come peraltro già rilevato nella richiamata sentenza del 1948, dal richiamo che l'art. 185 CPMG, compreso nel titolo dei reati contro le leggi e gli usi della guerra, considera nella causa non estranea alla guerra il movente della condotta criminosa.

Né potrebbe opporsi che, al pari dello stato di necessità, anche la necessità bellica è nozione generale di diritto internazionale, poiché con tutta evidenza il legislatore di guerra del 1941 ha avvertito indispensabile richiamare tale nozione, superflua in una norma internazionale, nella costruzione di una norma di diritto interno.

Allo stesso modo il legislatore si è comportato per quanto riguarda il secondo requisito dell'art. 185 CPMG, quello cioè costituito da un "giustificato motivo". Anche qui, infatti, le cause giustificatrici cui si riferisce la norma incriminatrice sono di diritto internazionale e sono espressamente richiamate al fine di assicurarne l'applicazione nel diritto interno.

Giustificato motivo che peraltro va escluso poiché, come sopra detto, non possono trovare applicazione né l'istituto della rappresaglia né quello della repressione collettiva.

In ordine al reato previsto dagli artt. 13 e 185 CPMG va pertanto affermata la penale responsabilità di entrambi gli imputati.

Prendendo in primo luogo in considerazione la posizione del PRIEBKE, non può dubitarsi che questi abbia con piena coscienza e volontà fornito il proprio contributo causale all'eccidio delle Cave Ardeatine.

Come già rilevato, egli ha partecipato al reato non già in fase meramente esecutiva ma sin dal momento organizzativo. In proposito valgono, al di là di ogni altra considerazione, le parole pronunciate dall'imputato medesimo in data 28 agosto 1946, nel corso dell'interrogatorio svolto nel campo di prigionia alleato di Afragola: "Esaminammo durante tutta la notte gli archivi, ma non potemmo trovare un numero sufficiente di persone per raggiungere il numero richiesto per l'esecuzione". Ed ancora, a provare al di là di qualsivoglia dubbio che il PRIEBKE ha partecipato alle esecuzioni dall'inizio alla fine, si richiama altra parte della medesima deposizione: "Entrai nella Cava con il secondo gruppo, uccisi un uomo con un mitra italiano; verso la fine ne uccisi un altro con lo stesso mitra. Le esecuzioni finirono quando già calava la sera. Nel corso di quella stessa sera alcuni genieri tedeschi vennero alle Cave dopo le fucilazioni e fecero delle esplosioni".

Della piena utilizzabilità dell'atto istruttorio ora richiamato il Collegio non dubita nonostante le perplessità difensivamente espresse, perché, se si ritiene che quelle dichiarazioni furono fatte dal PRIEBKE come prigioniero di guerra e dunque al di fuori di un procedimento penale, esse non concretizzano altro che un documento, come tale acquisibile ex artt. 234 e 237 CPP; se invece si ritiene che esse furono fatte in sede

giudiziaria, l'acquisibilità discende dall'art. 78, comma 1, del D.L.G. 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale) avuto anche riguardo all'assoluta peculiarità della situazione in cui l'atto venne formato (in ordine alla valenza di atti dell'autorità straniera, v. Cass., Sez. I, 23 giugno 1993, causa Nicosia ed altro).

E' appena il caso di dire che, comprensibilmente, il PRIEBKE in altre successive dichiarazioni ha tentato di sminuire la sua partecipazione all'eccidio, ma il quadro della sua responsabilità è con chiarezza delineato, ed inutili sono gli sforzi difensivi per metterlo in ombra.

Sforzi che si sono spinti, non può non notarsi, addirittura ad affermare che l'imputato non si sarebbe accorto che nelle liste dei prigionieri vi erano appartenenti alla Comunità ebraica. E' sufficiente scorrere l'elenco dei caduti e citarne solo alcuni (Anticoli, Astrologo, Coen, Di Castro, Di Consiglio, Di Nepi, Di Porto, Funaro, Limentani, Moscati, Piattelli, Piperno, Sermoneta, Sonnino), per concludere che qualsivoglia appartenente alle SS avrebbe colto immediatamente che si trattava di ebrei, tanto più che sol per un momento si ricordi come alla data del 24 marzo 1944 erano già da tempo iniziate le deportazioni in Germania per l'attuazione della "soluzione finale" della cosiddetta questione ebraica.

Come sopra detto, il PRIEBKE deve, a pieno titolo, rispondere della morte non solo di trecentotrenta persone ma anche delle cinque che, deliberatamente, vennero uccise, a seguito dell'ordine, impartitogli dal KAPPLER, di eliminare testimoni tanto pericolosi.

Con piena coscienza e volontà ha, a sua volta, partecipato all'eccidio anche il coimputato HASS. Invero, ferme le più volte delineate differenze ravvisabili nel ruolo da questi svolto rispetto a quello del PRIEBKE, non può negarsi che anche l'HASS fosse pienamente consapevole della inaudita crimosità di quanto doveva avvenire alle Cave Ardeatine. Pur a voler negare ogni sua partecipazione alla fase di preparazione dell'eccidio, non può viceversa dubitarsi che l'HASS abbia aderito a dare, conformemente a quanto disposto dal KAPPLER, l'esempio alla truppa nella sua esecuzione: a tal punto appariva l'enormità di quanto stava per avvenire che si dovette ritenere necessario che ogni ufficiale, ivi compreso l'HASS, che pure dipendeva dal KAPPLER per esigenze, per così dire, meramente amministrative, prendesse parte personalmente all'uccisione dei prigionieri, onde evitare qualsivoglia titubanza o sbandamento tra i componenti il tragico plotone d'esecuzione.

In tal modo l'HASS non solo è da ritenersi responsabile della morte dei singoli prigionieri da lui personalmente uccisi, ma anche di tutte le altre vittime delle Cave Ardeatine, alla cui esecuzione egli ha apportato un contributo causale idoneo ad essere valutato alla luce dell'art. 110 CP.

La Corte di cassazione ha infatti precisato che "la partecipazione morale nel reato si manifesta indifferentemente con qualsiasi attività che, agendo in via psichica sul proposito criminoso dell'autore, sia sorretta dalla volontà di cooperare nel fatto costituente il reato e rappresenti un contributo causale alla sua verifica. In particolare, non possono escludersi dalle possibili forme di partecipazione morale l'accordo, quale attività di più soggetti convergente al raggiungimento di un risultato di comune interesse e la promessa di aiuto da prestare durante o dopo la commissione del reato, dovendo riconoscersi, nell'una e nell'altra ipotesi, efficienza causale nella verifica dell'evento, sotto il profilo, quanto meno, del rafforzamento dell'altrui proposito criminoso" (SS.UU., 28 novembre 1981, c. Emiliani).

Ciò posto in termini generali, la giurisprudenza ha ritenuto sussistente il concorso morale sia nella partecipazione a riunioni appositamente convocate per essere messi al corrente di iniziative criminose altrui manifestando, sia pure con il silenzio, di approvare dette iniziative e di essere pronto a dare la propria collaborazione (Cass., Sez. I, 10 maggio 1993, c. Algranati), sia nella semplice presenza, purché non meramente casuale, sul luogo del delitto, tutte le volte che "essa sia servita a fornire all'autore del fatto stimolo all'azione o un maggior senso di sicurezza nella propria condotta, palesando chiara adesione alla condotta delittuosa" (Cass., Sez. VI, 8 marzo 1991, c. Jankson e altro).

Ritiene, dunque, il Tribunale che, per le modalità e le finalità con le quali parteciparono all'eccidio, e a prescindere, ovviamente, dalla specifica posizione di chi, come lo SCHUTZ od il PRIEBKE, si attivò in maniera peculiare, gli ufficiali intervenuti assunsero il ruolo di reciproci concorrenti morali.

In questo senso, stante la sostanziale unitarietà della condotta criminosa oggetto dell'accordo ed a prescindere da chi materialmente provvede all'esecuzione, la responsabilità dell'HASS sussiste anche nei confronti delle cinque persone che, secondo la ricostruzione del Collegio, furono eliminate perché testimoni pericolosi.

Risulta, infatti, che nella riunione propedeutica tenutasi verso le ore 12.30-13.00 nel suo ufficio, il KAPPLER rappresentò, tra l'altro, la necessità che il luogo dell'esecuzione fosse una cava tale da poterne chiudere gli ingressi e renderla una camera sepolcrale.

Al di là delle specifiche parole che potranno essere state usate dal KAPPLER, quell'indicazione aveva un significato chiaro: non si dovevano lasciare tracce.

Su queste basi, accettare di partecipare all'eccidio voleva dire, necessariamente, mettere nel conto la possibilità che, per garantire nell'immediato la segretezza dell'operazione, fossero eliminati occasionali testimoni oculari; soltanto in tal modo, infatti, non si sarebbero messe in pericolo quelle esigenze primarie che avevano addirittura condizionato la scelta del luogo dell'esecuzione.

8) LE AGGRAVANTI DELLA PREMEDITAZIONE E DELL'"AVER AGITO CON CRUDELTÀ' VERSO LE PERSONE

Il reato così come contestato ad entrambi gli imputati risulta, nella formulazione dell'Accusa, aggravato dalla premeditazione e dall'aver agito con crudeltà verso le persone, ai sensi dell'art. 577, comma 1, nn. 3 e 4 CP.

Orbene, le rilevate diversità tra la partecipazione dell'imputato PRIEBKE all'eccidio delle Cave Ardeatine rispetto al ruolo che appare svolto dall'HASS, impone al Collegio di distinguere anche in tema di circostanze aggravanti.

Partendo in primo luogo dall'aggravante della premeditazione, è noto come essa presuppone necessariamente due elementi: il primo di natura cronologica, richiedendosi che tra l'insorgere del proposito criminoso e la sua attuazione sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo; il secondo di carattere ideologico, ravvisato nella fermezza della risoluzione criminosa che perdura nell'agente, senza interruzione, fino alla commissione del reato.

Orbene, entrambi questi elementi sono necessari per integrare l'aggravante in esame, poiché quella particolare intensità e qualità del dolo, che appunto concretizza la

premeditazione, è raggiunta solo attraverso il reciproco completamento tra il dato cronologico e l'elemento ideologico.

Superata allora la concezione, per così dire classica, secondo la quale in tema di premeditazione occorre che il reo avesse agito "frigidus pacatoque animo", se non altro perché in forza anche di una comune esperienza non può negarsi che la realizzazione di qualsivoglia reato comunque richiede impegno e concitazione, la premeditazione si appalesa più precisamente quale dolo di proposito, da distinguersi non solo dal cosiddetto dolo di riflessione di assai minore intensità (Cass., Sez. I, 1982, n. 154745), ma anche dalla preordinazione, la quale, inerendo solo alle modalità esecutive del proposito criminoso, non è di per sé indicativa di una intensa riflessione ma semplicemente sintomatica dell' "animus necandi" (Cass., Sez. I, 1987, n. 177402).

Ne deriva, dunque, che per la sussistenza dell'aggravante in questione è indispensabile che ricorra uno spazio temporale tra l'ideazione e l'esecuzione del proposito criminoso, durante il quale esso si rafforza e si consolida, ma anche e soprattutto durante il quale vengono altresì studiate le modalità e predisposti i mezzi esecutivi del reato (Cass., Sez. I, 1995, n. 201739).

Se tale è l'esatta configurazione dell'aggravante della premeditazione, non può negarsi, per quanto in primo luogo attiene all'imputato HASS, che, se risulta provato come questi abbia partecipato all'esecuzione delle Cave Ardeatine, è altrettanto vero che nulla prova in atti che l'HASS sia stato chiamato a predisporre quanto necessario per l'esecuzione del barbaro eccidio.

Riguardo all'HASS sicché appare carente quantomeno l'elemento ideologico indispensabile, come detto, per la sussistenza dell'aggravante in questione.

Essa appare, invece, esattamente richiamata a carico del PRIEBKE. Infatti è con sicurezza emerso che il PRIEBKE ebbe subito notizia che era stata impartita la disposizione di uccidere dieci italiani per ciascuno dei militari tedeschi caduti in Via Rasella. Conclusione, questa, a cui il Tribunale perviene non solo in via meramente ipotetica, basandosi cioè sulla considerazione, peraltro non inverosimile sotto il profilo logico, che dato l'incarico rivestito dal PRIEBKE nel Comando militare tedesco di Via Tasso, egli non poteva non sapere quanto il KAPPLER, suo diretto superiore, aveva deciso, ma anche sulla base di dati probatori certi tra cui in questa sede appare di rilievo la deposizione resa all'udienza del 5 giugno 1997 dal teste CECCONI Mario.

Infatti, secondo tale testimonianza, proprio il PRIEBKE, accompagnato da altro ufficiale, ovviamente non conosciuto dal CECCONI, effettuò alle Cave Ardeatine il preliminare sopralluogo indispensabile per la preparazione dell'eccidio.

Risulta poi inconfutabilmente provato che il PRIEBKE, quale suo stretto collaboratore, cooperò con il KAPPLER nella predisposizione delle liste dei martiri da avviare all'eccidio. Sul punto può richiamarsi quanto lapidariamente sostenuto dalla sentenza del 1948 (fg. 17): "Nella notte l'imputato, con l'aiuto dei suoi collaboratori, esaminava i fascicoli delle persone considerate todeswürdige sulla base dei precedenti accordi".

Sicché per quanto riguarda il PRIEBKE appare concretato non solo l'elemento cronologico del trascorrere tra l'ideazione e l'esecuzione del reato di un lasso di tempo più o meno breve ma comunque apprezzabile al fine di poter l'agente riflettere (Cass., Sez. I, 1991, n. 188000), ma anche il dato ideologico poiché il PRIEBKE, al contrario del coimputato HASS, ha partecipato anche a studiare le modalità ed a predisporre i mezzi del reato.

E' stato sostenuto, al fine di affermare l'insussistenza a carico del PRIEBKE dell'aggravante in esame, che l'ordine di eseguire la rappresaglia venne impartito al KAPPLER non subito dopo l'attentato di Via Rasella bensì poche ore prima dell'effettivo verificarsi dell'eccidio delle Cave Ardeatine, e precisamente quando il maggiore DOBRİK rifiutò di prendervi parte.

Ma tale affermazione, a ben vedere, non impedisce la configurabilità dell'aggravante della premeditazione, sol che si consideri che il KAPPLER, avvalendosi dei suoi più stretti collaboratori, tra i quali come detto sicuramente il PRIEBKE, iniziò a preparare quanto necessario per la materiale effettuazione della rappresaglia ancor prima di sapere chi la dovesse eseguire.

Anzi, da tale rilievo il Collegio trae ulteriori spunti di conferma della sussistenza della premeditazione: aver preparato per altri la barbara esecuzione ed averla poi personalmente eseguita non può non concretare infatti quel rafforzarsi e consolidarsi dell'intento criminoso nello spazio temporale tra l'ideazione e l'esecuzione del reato che, come in premessa ricordato, è ritenuto indispensabile ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 3 CP.

La ritenuta sussistenza dell'aggravante in esame non può, infine, essere contraddetta dal rilievo che il Tribunale Supremo Militare, nella citata sentenza del 25 ottobre 1952, escluse a carico del KAPPLER la configurabilità della premeditazione. Invero, tale valutazione va necessariamente inquadrata nella prospettiva, radicalmente diversa rispetto a quella cui questo Collegio ha ritenuto di pervenire, della affermazione della responsabilità penale del KAPPLER limitatamente all'uccisione di quindici delle vittime: coerentemente allora si esclude l'aggravante ritenendo che l'imputato aveva sì disposto di passare per le armi dieci persone in più rispetto al numero in origine ordinatogli, ma in momento così prossimo all'esecuzione da dover necessariamente escludere - quantomeno - l'elemento cronologico della premeditazione.

L'imputazione elevata ad entrambi gli imputati contempla poi anche l'aggravante prevista dall'art. 61, n. 4 CP per aver agito con crudeltà verso le persone.

E' noto in proposito che affinché tale circostanza sia davvero configurabile necessita che la condotta criminosa, nelle sue specifiche modalità, manifesti un "quid pluris" rispetto agli ordinari mezzi di esecuzione del reato, in quanto la malvagità dell'agente e la sua insensibilità a qualsivoglia richiamo umanitario fa sì che si fuoriesca dal normale processo di causazione dell'evento (Cass., Sez. I, 1993, n. 196417). In altre parole, la sussistenza dell'aggravante in esame è dimostrata dall'emergere della crudeltà, che non ricorre solo quando le modalità dell'azione manifestano la volontà di infliggere alla vittima, per il solo piacere di vederla patire, particolari sofferenze - il che concretizza le caratteristiche delle sevizie - ma anche quando venga provata nel reo l'assenza completa di sentimenti di compassione e di pietà (Cass. Sez. I, 1995, n. 202470).

Nell'eccidio delle Cave Ardeatine indubbiamente tale crudeltà si è manifestata ed in grado di inaudita gravità, come esposto con efficacia dalla sentenza del 1948 a carico del KAPPLER:

"E' risultato, difatti, che le vittime in genere ed a maggior ragione quelle delle quali trattasi (giunte alle Cave Ardeatine dal carcere di Regina Coeli quando erano state fucilate oltre cento persone giunte dal carcere di Via Tasso) erano tratteneute ad attendere, con le mani legate dietro la schiena, sul piazzale all'imboccatura della cava, da dove frammiste con le detonazioni, esse udivano le ultime angosciose grida delle vittime che le avevano precedute. Esse, poi, entrate nella cava per essere fucilate, scorgevano, alla luce

delle torce, i numerosi cadaveri ammassati delle vittime precedenti (Dich. AMONN). Infine, esse venivano fatte salire sui cadaveri accatastati e qui costretti ad inginocchiarsi con la testa reclinata in avanti per essere colpite a morte, come si è accertato dalle dichiarazioni dei medici legali Prof. ASCARELLI e Dott. CARELLA, i quali basano le loro asserzioni su un ragionamento che al Collegio sembra pienamente convincente, e cioè se i cadaveri delle vittime furono trovati ammassati fino ad un'altezza di un metro circa, con le gambe genuflesse, così come esse erano nel momento della fucilazione, significa che caddero in quel posto poiché, se presi ed accostati subito dopo la fucilazione come affermano gli imputati, si sarebbero necessariamente stirati nelle gambe dal momento che non avevano potuto ancora acquistare la rigidità cadaverica."

Queste affermazioni sono senz'altro condivise dal Collegio per quanto attiene all'imputato PRIEBKE, avendo egli come più volte detto svolto nell'eccidio delle Cave Ardeatine un ruolo di rilevante importanza non solo nell'esecuzione ma anche nella preparazione del reato.

Occorre peraltro considerare come sia stato difensivamente sostenuto che le modalità crudeli di esecuzione del reato, lungi dal poter esser colte al livello soggettivo dell'intensità del dolo, atterrebbero esclusivamente al piano oggettivo dell'adempimento dell'ordine: pertanto esse non potrebbero essere invocate a carico del PRIEBKE, quale esecutore di ordini da altri impartiti, bensì più correttamente riguarderebbero la sfera di responsabilità penale di chi quelle direttive ebbe ad emanare.

Tali rilievi, ad avviso del Collegio, non paiono corretti e pertanto non possono impedire l'ascrivibilità al PRIEBKE dell'aggravante in esame. E ciò per due ragioni fondamentali: in primo luogo, l'ordine di eseguire l'eccidio delle Cave Ardeatine non ha trovato nel PRIEBKE (così come nell'HASS) un mero esecutore, bensì esso è stato recepito in spirito di piena condivisione; in secondo luogo, non può non rilevarsi come l'ordine superiormente impartito non si spingeva fino a dettagliarne le specifiche modalità esecutive, le quali pertanto vennero programmate ed eseguite dall'imputato.

Per quanto attiene poi all'HASS, pur avendo egli limitato la sua partecipazione al reato alla sola fase esecutiva, non può per ciò stesso affermarsi che l'aggravante di cui all'art. 61, n. 4 CP non sia a lui applicabile.

Infatti l'HASS, e per sua stessa ammissione, ha ucciso almeno due martiri delle Cave Ardeatine, di cui l'uno nella fase iniziale dell'eccidio e l'altro nella fase terminale.

Non sarebbe esatto allora affermare che l'imputato si è trattenuto alle Cave Ardeatine per soli quindici minuti, per il tempo, cioè, tragicamente necessario ad uccidere le persone assegnategli, bensì è vero che egli è stato lì presente ininterrottamente dall'inizio alla fine.

In tale prolungato periodo di tempo è evidente allora che l'HASS ha percepito, e per intero condiviso, tutte quelle modalità esecutive e realizzative dell'eccidio sopra contestate al coimputato PRIEBKE, sicché l'aggravante in esame appare sussistente anche nei riguardi dell'HASS.

Anche a lui, infatti, appare rimproverabile quella malvagia insensibilità ai richiami umanitari costitutiva dell'aggravante della crudeltà verso le persone.

Riassuntivamente, allora, nei confronti del PRIEBKE appaiono sussistenti entrambe le aggravanti contestate, laddove nei riguardi dell'HASS appare direttamente sussistente la sola aggravante prevista dall'art. 61, n. 4 CP.

Tuttavia anche l'aggravante della premeditazione, avente ai sensi dell'art. 70, comma 1, n. 2 CP natura soggettiva in quanto attinente all'intensità del dolo (Cass., Sez. I, 1994, n. 199812), è da ascrivere all'HASS in virtù dell'art. 118 CP. E' vero che tale norma oggi stabilisce, a seguito della modifica operata dall'art. 3 legge 7 febbraio 1990, n. 19, che le circostanze aggravanti o diminuenti le pene concernenti l'intensità del dolo "sono valutate soltanto riguardo alle persone cui si riferiscono". Ma è altrettanto vero che ai fatti di causa, poiché commessi durante lo stato di guerra, va applicato in forza dell'art. 23 CPMG - come diffusamente si dirà nel capitolo 11- il trattamento sanzionatorio stabilito dalla legge penale militare di guerra, ancorché la legge penale comune contenga disposizioni più favorevoli per il reo.

Di conseguenza l'art. 118 CP deve trovare applicazione non già nel testo attualmente vigente bensì nella sua formulazione originaria, secondo la quale le circostanze soggettive si applicano non soltanto alle persone cui si riferiscono ma anche ai concorrenti nel reato quando siano servite ad agevolare la partecipazione criminosa.

Orbene, non è dato dubitare che la predisposizione delle modalità esecutive del reato realizzata dal PRIEBKE (così come da altri) ha certamente agevolato la commissione del reato da parte dell'HASS, nei confronti del quale, pertanto, l'aggravante in questione deve trovare estensivamente applicazione.

9) LE ATTENUANTI PREVISTE DALL'ART. 59 CPMP

Com'è noto l'art. 59 CPMP prevede due distinte circostanze attenuanti facoltative: la prima concedibile all'inferiore determinato dal superiore a commettere il reato; la seconda a favore del militare che, nella preparazione o nell'esecuzione del reato, ha prestato opera di minima importanza. Entrambe le attenuanti sono, in virtù del richiamo operato dall'art. 47 CPMG, applicabili anche in tempo di guerra.

Per quanto in primo luogo attiene alla diminuzione dell'essere stato l'inferiore determinato al reato da parte del superiore, deve osservarsi che per configurarsi davvero l'altrui determinazione non è sufficiente che altri abbia provocato nel reo la semplice idea del reato, bensì occorre che ne abbia autenticamente creato l'intenzione. In altre parole, è indispensabile che l'attività del superiore sia riuscita a formare nella mente dell'inferiore il proposito criminoso sì da determinarlo all'esecuzione del reato (in tal senso, Cass., Sez. II, 1989, n. 182000).

Sicché il CPMP, con la previsione dell'art. 59, n. 1, ha specificatamente disciplinato quanto la legislazione penale comune valuta a livello di circostanza aggravante nell'art. 112, n. 3 CP, prevedendo un aumento della pena per chi nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone a lui soggette, e correlativamente a livello di circostanza attenuante nell'art. 114, comma 3, CP per chi è stato determinato all'esecuzione del reato.

E' evidente peraltro che la legislazione penale militare, rispetto a quella ordinaria, che prescinde da ogni qualificazione del rapporto sottostante tra i due soggetti, considera come dato qualificante la diversità di posizione gerarchica in forza della quale le facoltà di reazione dell'inferiore determinato risultino attenuate in conseguenza della soggezione psicologica nei confronti del superiore determinante.

Se di tali concetti si fa applicazione nel caso di specie non è dato dubitare che entrambi gli imputati abbiano partecipato all'eccidio solo per adempiere all'ordine impartito da un superiore dotato come il KAPPLER di un'indubbia capacità carismatica, ordine che, pur se delittuosamente impartito, li ha determinati a concorrere nel reato.

Ad impedire l'applicazione dell'attenuante in questione occorrerebbe affermare che l'HASS ovvero il PRIEBKE avrebbero, nell'ambito dei rispettivi ruoli, comunque partecipato al fatto in forza di una loro autonoma, indipendente scelta criminosa.

Al contrario, è di tutta evidenza che l'HASS ha preso parte all'eccidio certo non perché animato da una entusiastica volontà di protagonismo, ma solo perché il KAPPLER aveva dato disposizioni che tutti gli ufficiali, e quindi anche l'HASS, concorressero alla strage per dare l'esempio alla truppa onde evitare in essa esitazioni o sbandamenti.

Alla stessa conclusione è possibile pervenire anche per quanto riguarda il PRIEBKE. E' vero che il ruolo da questi svolto nell'eccidio delle Cave Ardeatine è ben diverso da quello rimproverabile all'HASS: il PRIEBKE, infatti, non si limitò certo, come altri ufficiali tedeschi, ad uccidere due prigionieri sol per dare l'esempio, ma collaborò attivamente, come prima ricordato, a tutte le fasi tragicamente organizzative della strage. Ma ai fini dell'attenuante in esame deve osservarsi che il PRIEBKE ha partecipato al reato con modalità diverse rispetto a quelle dell'HASS in conseguenza delle funzioni da lui svolte all'interno del Comando militare tedesco di Via Tasso.

Sicché tutta l'attività di partecipazione del PRIEBKE nell'eccidio è stata pur sempre determinata in lui dagli ordini ricevuti dal KAPPLER. Non rileva al fine di escludere l'attenuante "de qua" cioè la considerazione che, come peraltro appare ovvio, il KAPPLER una volta che era stato dato proprio a lui il compito di preparare l'eccidio e poi anche di eseguirlo a ragione del rifiuto opposto da altri Comandi, abbia chiamato i suoi più diretti collaboratori (e tra essi il PRIEBKE) a partecipare alla sua organizzazione, disponendo che tutti gli altri ufficiali (e tra essi l'HASS) si "limitassero" ad uccidere due prigionieri.

Del resto, non può non rilevarsi che l'art. 8 dello Statuto del Tribunale Internazionale di Norimberga stabiliva: "Il fatto che l'imputato abbia agito in ossequio all'ordine del suo governo o di un superiore non lo esime da responsabilità ma può essere preso in considerazione come circostanza attenuante, se il Tribunale accerta che ciò sia richiesto da motivi di giustizia".

Per quanto poi attiene all'attenuante prevista dall'art. 59, n. 2 CPMP a favore del militare che ha prestato opera di minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, occorre preliminarmente notare come tale norma, in ciò analogamente a quanto prevede l'art. 114 CP, esclude l'applicabilità dell'attenuante, tra l'altro, quando ricorrano le circostanze del numero di cinque o più concorrenti nel reato (art. 112, n. 1 CP) nonché dell'avere il superiore concorso nel reato con l'inferiore (art. 58 CPMP).

In particolare l'HASS, quale maggiore delle SS tedesche, ha concorso nel reato con più di cinque persone, tra le quali anche il PRIEBKE suo inferiore in grado. Ma in realtà nessuna di queste due aggravanti, né quella dell'art. 112, comma 1 CP né quella dell'art. 58 CPMP, risulta ascritta agli imputati: in particolare, la dizione contenuta nel capo d'imputazione "in concorso con KAPPLER Herbert ed altri militari tedeschi" non può assolutamente intendersi quale contestazione dell'aggravante di cui all'art. 112, comma 1 CP, assolvendo essa alla sola funzione di consentire la contestazione in forma concorsuale di un reato a plurisoggettività eventuale.

Non essendo operante allora lo sbarramento all'applicabilità dell'attenuante inerente la minima importanza nella partecipazione al reato, deve osservarsi come essa è ipotizzabile solo quando l'opera prestata da uno dei concorrenti sia stata non solo minore rispetto a quella degli altri, ma addirittura minima, avendo esplicito una efficacia causale del tutto marginale e quasi irrilevante nella produzione dell'evento (Cass., Sez. I, 1994, n. 198123). E' stato in proposito notato come con tale disposizione si opera una deroga alla

regola generale di equiparazione delle varie forme di concorso di persone nel reato (il cosiddetto principio di equivalenza delle cause sostenuto dalla teoria monistica); proprio il carattere derogatorio della norma in esame ne impone un'interpretazione rigorosa sì da limitarne l'operatività alle sole ipotesi in cui la condotta del correo ha inciso sul risultato finale in maniera del tutto residuale: in altre parole, quando il reato si sarebbe verificato con le medesime modalità, anche senza l'attività di detto concorrente (Cass., Sez. I, 1991, n. 188647).

Così precisato il campo d'azione dell'attenuante di cui all'art. 59, n. 2 CPMP risulta evidente come essa, assolutamente non invocabile a favore dell'imputato PRIEBKE, possa viceversa operare a diminuire la responsabilità del coimputato HASS. Invero, come più volte osservato, mentre il PRIEBKE ha partecipato all'eccidio delle Cave Ardeatine sin dall'inizio della sua fase organizzativa, caratterizzando con la sua condotta criminosa il reato a lui ascritto, ben diverso è stato il ruolo svolto dall'HASS chiamato, su ordine del KAPPLER, ad uccidere come altri ufficiali tedeschi due dei trecentotrentacinque martiri, senza dover in alcun altro modo partecipare alla realizzazione dell'evento criminoso.

Si è notato in premessa come le due attenuanti previste dall'art. 59 CPMP abbiano natura meramente facoltativa: tali s'intendono le attenuanti affidate al potere discrezionale del giudice di merito, essendo questi chiamato dall'ordinamento a concederle solo se, subordinatamente alla sussistenza dei presupposti costitutivi delle circostanze medesime, valuti comunque consigliabile una diminuzione della pena edittale (in tal senso, Cass., Sez. V, 1985, n. 170337).

Orbene nella specie, atteso che come sopra detto sono da ritenersi sussistenti gli estremi delle circostanze dell'essere stati gli imputati determinati al reato dal superiore KAPPLER nonché, a favore peraltro del solo imputato HASS, della minima importanza della sua opera concorsuale, il Collegio ritiene, pur valutando le particolarità del fatto, di poter pervenire a concedere le conseguenti diminuzioni edittali al fine di meglio pervenire ad un più congruo adeguamento della pena in concreto da infliggere ai rei.

10) LE ATTENUANTI GENERICHE EX ART. 62 BIS CP

L'art. 62 bis CP dispone: "Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena".

L'ultrattività della legge penale militare di guerra -di cui si dirà nel successivo capitolo 11-non osta, in linea di principio, all'applicabilità al caso di specie delle circostanze attenuanti generiche. Infatti esse furono introdotte con il DLL 14 settembre 1944, n. 288, e dunque nella vigenza della legge penale militare di guerra, la cui applicazione cessò soltanto in data 15 aprile 1946 in virtù dell'art. 1 del DLL 21 marzo 1946, n. 144. Stante la complementarità tra legge penale militare di guerra e legge penale comune, e poiché l'art. 23 CPMG fa genericamente riferimento alla legge penale militare di guerra, e non già a quella (come integrata dalla legge penale comune) vigente al momento del commesso reato, è fuor di dubbio che le attenuanti in questione possono essere riconosciute anche per reati previsti dal CPMG e posti in essere prima dell'entrata in vigore del DLL 288/44.

Ciò posto, è da ritenersi che le attenuanti generiche, lungi dal costituire una benevola concessione del giudice, costituiscono il riconoscimento di situazioni che, non previste specificamente dall'ordinamento, comunque esigono una particolare considerazione: esse concernono allora situazioni che effettivamente incidono sulla quantità del reato e della capacità a delinquere del reo, sicché il loro riconoscimento consente di pervenire ad una

più efficace valutazione dei parametri di determinazione della pena da applicare in concreto (in tal senso, Cass. Sez. Fer. 1990, n. 185267).

Sarebbe inoltre erroneo ritenere che la concessione delle attenuanti generiche implichi per ciò stesso da parte del giudice una valutazione di non gravità del reato: l'applicazione di tali circostanze infatti è consequenziale al riconoscimento di dati circostanziali che possono giustificare una riduzione della pena anche in relazione a fatti reato di elevata gravità (Cass., Sez. VI, 1991, n. 189245).

Orbene, si osserva come l'art. 133 CP fissa due criteri fondamentali per la concreta determinazione della pena: la gravità del reato e la capacità a delinquere del colpevole.

E' evidente che sotto il primo profilo non possono trarsi elementi di valutazione favorevoli né nei confronti dell'HASS né tanto meno a favore del PRIEBKE: l'enorme numero delle vittime, le modalità dell'eccidio impediscono qualsivoglia valutazione positiva ai fini della concessione delle attenuanti generiche.

Rilevato, però, come già sopra ricordato in premessa, che la concessione delle attenuanti generiche non è per ciò stesso impedita dalla elevata gravità del reato ascritto, occorre esaminare il parametro valutativo della capacità a delinquere.

In dettaglio considerando i vari elementi di valutazione stabiliti dall'art. 133 CP, può osservarsi come per quanto in primo luogo attiene al PRIEBKE l'esame della sua condotta antecedente al reato indurrebbe al diniego dell'attenuante in questione: il ruolo svolto dall'imputato all'interno del Comando tedesco di via Tasso, in particolare gli interrogatori da lui ivi tenuti con largo uso di torture ed altre violenze sia fisiche che morali, induce a ritenere non immune da rilievi critici la sua vita antecedente al reato.

Non così, già sotto tale profilo, per quanto riguarda l'HASS, del quale non è risultata in alcun modo la partecipazione all'attività, autenticamente criminosa, che si teneva in Via Tasso. Anzi, il contributo dato dall'imputato alla liberazione del prof. Giuliano VASSALLI, come da questi personalmente riferito, induce il Collegio a valutazione favorevole alla concessione delle attenuanti generiche.

Le attenuanti in esame peraltro appaiono concedibili anche al PRIEBKE, non meno che all'HASS, sotto i profili dei motivi a delinquere e della condotta susseguente al reato.

Invero, per quanto attiene ai motivi a delinquere, è verosimile pensare che sia il PRIEBKE che l'HASS hanno preso parte al massacro delle Cave Ardeatine non per rispondere ad una sorta di entusiastico quanto delittuoso protagonismo, ma solo perché chiamati ad assolvere ruoli consequenziali alle funzioni da loro più ampiamente esercitate nell'organigramma del Comando tedesco in Roma.

Per ciò che riguarda poi la condotta susseguente al reato è indubbio che in tale concetto rientri non solo l'assenza di azioni criminose ma anche il comportamento processuale degli imputati.

Sotto il primo profilo è indubitabile che dopo la fine della guerra non risultano condotte criminose ascrivibili al PRIEBKE o all'HASS; tanto meno può evocarsi a sfavore di quest'ultimo la militanza nei servizi segreti statunitensi e poi italiani poiché, come appare evidente, tali organismi informativi costituiscono parte della più complessiva struttura statale, sicché sarebbe del tutto arbitrario trarre elementi di sfavore dalla semplice partecipazione ad essi.

Sotto il profilo poi del comportamento processuale, non può negarsi che entrambi gli imputati si sono sottratti all'esame dibattimentale ma ciò di per sé non osta alla concedibilità delle attenuanti generiche (v. per es., Cass. Sez. IV, 22 febbraio 1996, c. Fichera).

Deve invece riconoscersi che sia il PRIEBKE che l'HASS, nelle dichiarazioni rispettivamente rese nelle fasi precedenti al dibattimento nonché nei memoriali da loro prodotti, hanno ammesso di aver personalmente cagionato la morte di due prigionieri, pur in un quadro complessivo volto, in certo qual modo comprensibilmente, a sminuire i propri rispettivi ruoli.

Entrambi gli imputati paiono meritevoli delle attenuanti generiche anche sotto il profilo della valutazione, anch'essa da compiersi ai sensi dell'art. 133 CP, delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

Invero, il PRIEBKE, prima del suo arresto in Argentina, avvenuto nell'anno 1994, risulta aver tenuto una condotta di vita del tutto normale; successivamente alla evasione dal campo di prigionia anglo-americano di Afragola, per cinquanta anni ha vissuto apertamente, senza mai nascondere l'identità sua e dei suoi familiari, viaggiando con regolare passaporto. Evidentemente il PRIEBKE era convinto di non esser più perseguibile non solo in base alla normativa della Repubblica Argentina, in forza della quale ogni reato si prescrive dopo quindici anni dalla sua realizzazione, ma anche in forza della sentenza emessa nel 1948 a carico del KAPPLER, sentenza con la quale questi, non è forse inutile ricordarlo, era stato unitamente ad altri suoi subordinati, assolto per l'uccisione di trecentoventi caduti alle Cave Ardeatine e condannato solo per la morte di quindici tra essi.

L'imputato HASS, dal suo canto, risulta aver assecondato nel lungo dopoguerra la sua propensione a militare nei servizi informativi segreti, venendo da essi fornito di un nominativo di copertura.

Valga anche qui quanto già prima detto: l'aver l'HASS fatto parte dei servizi segreti, in assenza di prove su condotte altrimenti delittuose, non può esser per ciò stesso valutato negativamente, in una sorta di incomprensibile quanto ingiustificata presunzione di reità.

Ritiene inoltre il Collegio che anche l'età avanzatissima degli imputati può assumere rilievo, quale condizione di vita individuale, per considerare ormai affievolita la capacità a delinquere dei colpevoli, avuto riguardo al tempo assai risalente del commesso reato.

Del resto nel vigente ordinamento si rinvergono disposizioni da cui si desume una particolare attenzione all'età elevata dell'indagato o del condannato, quando si tratta di restrizione in carcere. Si fa qui riferimento alla norma che condiziona la custodia cautelare in carcere degli ultrasessantenni ad eccezionali esigenze cautelari (art. 275, comma 4, CPP), ed a quella che prevede la sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare per il condannato ultrasessantenne inabile anche parzialmente (art. 47 ter comma 1, n. 3 legge 26 luglio 1975, n. 354).

Si aggiunga che l'art. 133, comma 1, n. 1 CP individua anche nel tempo dell'azione criminosa un elemento sintomatico della gravità del reato, implicitamente attestando che una data risalente di commissione del reato sfuma necessariamente la rilevanza criminosa di ogni fatto per quanto, come quello di specie, efferato esso sia stato.

D'altra parte, la stessa "ratio" ha evidentemente ispirato il legislatore quando ha recentemente stabilito che il giudice, nel disporre misure cautelari, debba anche tener

conto "del tempo trascorso dalla commissione del reato" (art. 292, comma 2, CPP, come sostituito dall'art. 9, comma 1, legge 8 agosto 1995, n. 332).

Conclusivamente, per tutte le considerazioni sopra svolte, entrambi gli imputati paiono al collegio meritevoli delle attenuanti generiche previste dall'art. 62 bis CP.

11) L'ART. 23 CPMG ED IL REGIME DI VALUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE CONCORRENTI

Il concorso tra circostanze attenuanti e circostanze aggravanti che comportano una pena di specie diversa (quali sono le due ritenute nel presente processo) impone di accertare il regime da applicare nella fattispecie, posto che con l'art. 6 del D.L. 11 aprile 1974, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220 è stato modificato il meccanismo originariamente previsto dall'art. 69, comma 4 CP e vigente all'epoca dello stato di guerra.

E' noto, infatti, che, prima della riforma, le circostanze inerenti alla persona del colpevole e quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato rimanevano escluse dal giudizio di comparazione previsto dal comma 1 dello stesso art. 69 CP; la novella ha invece esteso tale giudizio a tutte le circostanze.

Si tratta, com'è evidente, di un problema di successione di leggi penali che, riguardando la legge penale militare di guerra, va risolto alla luce dell'art. 23 CPMG, il quale, sotto la rubrica "Ultrattività della legge penale militare di guerra", stabilisce che "per i reati preveduti dalla legge penale militare di guerra, commessi durante lo stato di guerra, si applicano sempre le sanzioni penali stabilite dalla legge suindicata, sebbene il procedimento penale sia iniziato dopo la cessazione dello stato di guerra, e ancorché la legge penale militare di pace o la legge penale comune non preveda il fatto come reato o contenga disposizioni più favorevoli per il reo".

Un'interpretazione restrittiva della locuzione "sanzioni penali" potrebbe far ritenere che il legislatore abbia voluto limitare alle sole pene edittali stabilite dalla legge penale militare di guerra il principio di ultrattività posto dal citato art. 23 CPMG.

Ritiene invece il Tribunale che nella nozione di "sanzioni penali stabilite dalla legge penale militare di guerra" debba essere necessariamente ricompreso anche il regime di valutazione delle circostanze, quale elemento normativo funzionale, sia in concreto che in astratto, alla quantificazione della sanzione del singolo reato.

Già sulla base della constatazione di carattere generale da tempo fatta in dottrina - secondo cui le circostanze, venendo ad integrare il precetto primario, assumono "una funzione imprescindibile ai fini di determinare la modificazione della sanzione tipica"- apparirebbe riduttivo limitare il disposto dell'art. 23 CPMG alle sole pene edittali.

Va inoltre rilevato che dallo stesso "corpus" della norma in esame emerge un elemento che suffraga l'interpretazione estensiva.

L'art. 23 CPMG, infatti, si riferisce esplicitamente e soltanto ai "reati preveduti dalla legge penale militare di guerra, commessi durante lo stato di guerra"; ne consegue che restano fuori dal disposto quelli commessi nei casi in cui la legge penale militare di guerra è applicata in tempo di pace (v. artt. 5, 8, 9 e 10 CPMG). Senonché, posto che la legge penale militare di guerra è certamente legge eccezionale, le violazioni del CPMG verificatesi durante l'eventuale vigenza in tempo di pace della legge penale militare di

guerra sarebbero comunque sottoposte al principio di ultrattività in virtù dell'art. 2, comma 4, CP.

In questo quadro, un'interpretazione che limitasse l'ambito di applicazione del già citato art. 23 CPMG alle sole pene edittali previste dal codice bellico non solo renderebbe quella stessa disposizione "inutiliter data" ma addirittura incomprensibile, perché verrebbe a porre una deroga - con riferimento ai reati previsti dal CPMG e commessi in tempo di pace - in realtà poi riassorbita con la disposizione comune contenuta nel codice penale.

Si tratta allora di individuare la funzione che assume in concreto l'art. 23 CPMG nell'ambito di una legislazione penale militare la cui elaborazione, com'è noto, fu occasione di acceso contrasto dottrinario tra chi riteneva necessario riconoscerle carattere di integrale autonomia rispetto alla legge penale comune e chi invece riteneva sufficiente costruirla in termini di mera complementarità.

A parere del Tribunale, l'unico significato che può essere dato alla disposizione in esame è quello di assicurare che i delitti bellici posti in essere durante lo stato di guerra siano puniti sempre in base al sistema sanzionatorio previsto dalla legge penale militare di guerra vigente al momento del commesso reato, fatte salve, ovviamente, le modifiche eventualmente intervenute prima della cessazione dello stato di guerra medesimo.

Soltanto in tal modo, infatti, da un lato si garantisce effettivamente, stante il rapporto di complementarità tra legge penale militare di guerra, legge penale militare di pace e legge penale comune (artt. 19 CPMP e 16 CP), quel principio di ultrattività - "basato su di una suprema necessità di ordine politico-legislativo ed in piena armonia col carattere personale e permanente delle leggi militari belliche (Cass., SS.UU., 28 gennaio 1956, c. Tassoli) - che l'art. 23 CPMG dovrebbe codificare e, dall'altro, assume un senso l'esclusione posta per i reati previsti dal CPMG e commessi in tempo di pace, per i quali, comprensibilmente, il principio di ultrattività riguarderebbe soltanto la norma incriminatrice, in base ai principi generali di cui all' art. 2 CP.

La giurisprudenza ha, del resto, già evidenziato come, in relazione alle situazioni regolate da leggi eccezionali o temporanee, il principio di ultrattività tenda ad assicurare proprio l'omogeneità dei trattamenti sanzionatori.

E' stato infatti affermato che l'applicabilità della legge sotto l'impero della quale il fatto fu commesso si giustifica "in quanto l'ordinamento giuridico del tempo esigeva modalità e termini di repressione che non possono essere variati in applicazione di disposizioni successive, le quali riflettono bisogni nuovi o diversi..." (Cass., Sez. III, 19 gennaio 1950, c. Bianchini) ed il concetto di "modalità e termini di repressione" non può certo essere ridotto, a parere del Tribunale, alla sola pena edittale astrattamente prevista dalla fattispecie incriminatrice ma deve essere necessariamente esteso a tutte quelle disposizioni (come quelle in materia di valutazione delle circostanze del reato) funzionalmente incidenti sulla quantificazione della pena per il singolo delitto.

Le suesposte considerazioni trovano riscontro nel fatto che l'art. 23 CPMG fa riferimento, nella sua parte finale, "a disposizioni più favorevoli per il reo" eventualmente contenute nella legge penale militare di pace o nella legge penale comune; invero, se oggetto della norma fossero state soltanto le pene edittali, non avrebbe avuto senso, dopo aver affermato che si applicano "sempre" le sanzioni penali stabilite dalla legge penale militare di guerra, richiamare genericamente - seppure per escluderne l'applicabilità, - eventuali "disposizioni più favorevoli", utilizzando la stessa locuzione dell'art. 2, comma 3, CP, che pacificamente viene considerato applicabile a tutte le ipotesi di successione di leggi penali di natura sostanziale.

D'altra parte, dai lavori preparatori del CPMG emerge in modo inequivocabile che il legislatore, nel momento in cui poneva l'art. 23, aveva ben presenti proprio gli aspetti sanzionatori connessi ai reati circostanziati.

Infatti, dopo aver rilevato che "la disposizione concernente l'ultrattività della legge penale militare di guerra ribadisce un principio generale (art. 2 CP), che sarebbe applicabile anche nel silenzio della legge speciale", la Relazione al Re afferma che "l'esplicita conferma di questo principio nel codice può non apparire inutile, ove si ponga mente all'orientamento della giurisprudenza dopo la guerra 1915-1918, quando fu ritenuto (con un'interpretazione invero assai liberale) che non potesse più applicarsi l'aggravante del tempo di guerra per i reati commessi in tale periodo ma giudicati dopo la cessazione dello stato di guerra (sentenze del Tribunale supremo di guerra e marina, 12 settembre 1921, ricorr. Cuccia; 19 ottobre 1921, ricorr. Enrietto, ecc.)".

Accertato che l'art. 23 CPMG si riferisce all'intera disciplina (e dunque anche a quella concernente le circostanze del reato) stabilita dalla legge penale militare di guerra ed avente effetti sulla sanzione del singolo reato militare, deve pure sottolinearsi come nel codice penale militare di guerra siano rinvenibili anche apposite disposizioni in materia di concorso di circostanze, quand'anche meramente recettive della normativa comune.

A tale proposito si rileva innanzitutto che il già richiamato art. 19 CPMP stabilisce che le disposizioni di quel codice "si applicano anche alle materie regolate dalla legge penale militare di guerra e da altre leggi penali militari, in quanto non sia da esse stabilito altrimenti".

In ordine alla posizione del codice penale militare di guerra rispetto a quello di pace, inoltre, la giurisprudenza, dopo aver dato atto che al riguardo "si è parlato di complementarità del primo rispetto all'altro; di rapporto di genere a specie tra questo e quello, di norme di rinvio non recettizio, e si è fatto richiamo ai lavori preparatori, che conforterebbero siffatte proposizioni", ha chiarito che "più che i concetti dottrinali, per quanto astrattamente indefettibili, occorre tener presente la realtà giuridica creata dal legislatore", ha evidenziato che "emanato in un unico contesto, il codice penale militare di guerra contiene norme di rinvio a quello di pace, ma per pure esigenze di tecnica legislativa, non già perché le norme che lo integrano siano subordinate alle norme esistenti nell'altro codice" ed ha quindi concluso che "Il rapporto di specie a genere, o meglio di complementarità, è nella forma e nel metodo seguito non nel carattere delle norme, le quali sono autonome nella loro essenza e costituiscono "corpus" altrettanto autonomo, destinato ad operare in campo proprio per spazio e tempo. Bastava seguire, nella codificazione, altri criteri tecnici per fare delle norme dettate per la guerra una più ampia raccolta anche formalmente distinta, e quindi per mutare se non per capovolgere, il rapporto tra i due codici." (Cass., SS.UU. 10 aprile 1954, c. Vedana).

Su queste basi, poiché nella Relazione al Progetto definitivo al CPMP si afferma esplicitamente che con l'art. 52 CPMP (48 del Progetto) si è inteso accettare, in linea di massima, le norme della legge penale comune sul concorso di più circostanze "per disciplinare la tecnica degli aumenti o delle diminuzioni di pena" e che con il primo comma "si richiamano, quindi, implicitamente, le disposizioni degli articoli 63, 64, 65, 68 e 69 codice penale", deve concludersi che la legge penale militare di guerra vigente all'epoca dei fatti di causa stabiliva, in virtù del combinato disposto degli artt. 19 e 52 CPMP, l'applicabilità degli artt. 63 e 69 CP per disciplinare il concorso tra circostanze aggravanti ed attenuanti.

Ne consegue che anche sotto tale profilo il concorso tra circostanze aggravanti che comportano una pena di specie diversa e circostanze attenuanti deve essere nella

fattispecie valutato secondo l'art. 69, comma 4 CP, come vigente all'epoca di applicazione della legge penale militare di guerra, e dunque escludendo il giudizio di comparazione.

Il risultato dell'analisi testé condotta non può essere certo messo in discussione riferendo anche alla materia della legge penale militare di guerra quanto dalla Corte Costituzionale precisato in ordine all'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, che stabilisce la cosiddetta "ultrattività" delle norme penali tributarie.

E' ben vero, infatti, che il giudice delle leggi, con la sentenza 6/78, ha precisato che con quella norma è stato stabilito il principio "tempus regit actum" in relazione alle sole disposizioni penali delle leggi finanziarie relative ai tributi dello Stato e non anche a quelle del primo libro del codice penale che le integrano, ma è appena il caso di osservare che mentre i reati tributari costituiscono una mera legislazione speciale (per cui, come da tempo evidenziato dalla dottrina anche sulla base dell'esegesi del dato normativo, il citato art. 20 L. 4/29 può riguardare soltanto le leggi concernenti i singoli tributi dello Stato), la legge penale militare di guerra è legge eccezionale, in quanto tale dotata di autonomia funzionale e di propria organicità, al di là della tecnica di redazione in concreto adottata dal legislatore (si richiama, a tale proposito, la già citata sentenza della Corte di cassazione, SS.UU., 10 aprile 1954, c. Vedana).

A prescindere, dunque, dalle pur significative diversità dei dati testuali, è comunque evidente che l'art. 23 CPMG e l'art. 20 L. 4/29 pongono il principio di ultrattività nell'ambito di due realtà normative profondamente diverse per presupposti, finalità e natura, per cui non è possibile estendere al primo le precisazioni fatte dalla Corte Costituzionale in ordine alla valenza del secondo.

Le suesposte considerazioni in diritto, in base alle quali nel caso di specie deve procedersi in ogni caso all'applicazione dell'art. 69, comma 4, CP previgente, assorbono, ovviamente, un ulteriore profilo che pure condurrebbe, in concreto, allo stesso risultato.

Osserva infatti il Tribunale che qualora dovesse procedere al giudizio di comparazione tra le circostanze aggravanti ed attenuanti ritenute nel presente giudizio, non potrebbe che valutare prevalenti le prime, entrambe talmente significative da comportare una pena di specie diversa (e addirittura la pena detentiva perpetua) a fronte di circostanze attenuanti che sono concepite dal legislatore o come facoltative (quelle di cui all'art. 59 CPMP) o come discrezionale (quella di cui all'art. 62 bis CP) e, dunque, con una valenza oggettivamente minore di caratterizzazione del fatto criminoso (la giurisprudenza, del resto, ammette pacificamente la subvalenza delle attenuanti generiche - v. Cass., Sez. III, 19 gennaio 1983, c. Stella).

Orbene, la Corte Costituzionale ha già evidenziato come dalla modifica dell'art. 69 avvenuta nel 1974 possano anche derivare conseguenze deteriori (sentenza 168/94) e ciò in effetti si verifica ogniqualvolta il giudice ritenga soccombenti le circostanze attenuanti nei confronti di circostanze aggravanti che comportino la pena dell'ergastolo, perché in tal caso il giudizio di comparazione introdotto con la novella legislativa preclude l'operatività del meccanismo di riduzione della pena detentiva massima previsto dall'art. 65 CP.

Su queste basi, dunque, e a tutto concedere in linea teorica, la precedente normativa andrebbe comunque applicata perché si connota come più favorevole per l'imputato.

12) L'IMPRESCRITTIBILITA' DEL REATO

La sussistenza della circostanza aggravante indicata nell'art. 61, n.4 CP e di quella della premeditazione comporta, ai sensi dell'art. 577, comma 1, nn. 3 e 4 CP, la punibilità con l'ergastolo del reato ascritto e, per ciò stesso, la sua imprescrittibilità stante l'accertata applicabilità nel caso di specie, ex art. 23 CPMG, dell'art. 69 CP nella formulazione antecedente alla novella del 1974.

Al riguardo, osserva preliminarmente il Tribunale come nell'ambito dell'art. 157 CP il legislatore abbia inteso disciplinare due profili, ontologicamente diversi, dell'istituto della prescrizione: da un lato, l'individuazione dei reati soggetti a tale causa di estinzione e, dall'altro, la durata e le modalità di computo del periodo di tempo necessario per il verificarsi della prescrizione medesima.

Il fatto che due siano, per così dire, gli oggetti della disposizione è inequivocabilmente dimostrato dall'interpunzione contenuta nella rubrica dell'articolo, appunto intitolata "Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere".

Ciò posto, va rilevato come il primo comma del citato art. 157 CP, innovando rispetto al precedente Codice Zanardelli - che non prevedeva reati imprescrittibili - chiaramente seppure implicitamente stabilisce l'imprescrittibilità dei reati punibili con la pena di morte (ormai abolita) e con la pena dell'ergastolo.

Si tratta allora di verificare se nel concetto di reati punibili con l'ergastolo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 157, comma 1, CP, debbano essere ricompresi soltanto quelli per i quali la pena perpetua è prevista come pena edittale oppure anche quelli, come il delitto qui contestato, per i quali la punibilità in astratto con l'ergastolo deriva dal riconoscimento di circostanze che comportano una pena di specie diversa, come tali escluse dal giudizio di comparazione ex art. 69, n 4 CP previgente.

A tale proposito si osserva che:

a) le circostanze aggravanti in questione rientrano tra quelle per le quali, ai sensi dell'art. 63 CP, la legge "stabilisce" una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.

Orbene, l'art. 157, comma 1, CP fa riferimento proprio alla pena "stabilita" dalla legge e dunque la stessa identità dei termini utilizzati dal legislatore impone di considerare anche le circostanze di cui trattasi, ai sensi e per gli effetti del citato art. 157, comma 1, CP;

b) nell'art. 157, comma 1, n 1) CP si prevede in venti anni il tempo necessario a prescrivere per i delitti per i quali "la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni".

Ciò posto, poiché, ai sensi dell'art. 23, comma 1, CP, la reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni e considerato che nel sistema originario del codice penale non erano previsti reati con pena edittale superiore ai ventiquattro anni, deve dedursi che nel porre il n 1 del primo comma dell'art. 157 CP il legislatore ha fatto riferimento anche ai reati circostanziati, perché altrimenti avrebbe ragionevolmente usato la locuzione "pena della reclusione pari a ventiquattro anni";

c) qualora, con riferimento al vecchio art. 69 CP, si ritenesse applicabile la prescrizione in caso di concorso di circostanze attenuanti e di aggravanti ad effetto speciale o che comportano pene di specie diversa, si perverrebbe ad effetti paradossali proprio in relazione all'art. 577 CP, richiamato anche nell'imputazione del presente processo.

E' noto, infatti, che tale ultima disposizione prevede al primo comma alcune circostanze aggravanti del reato di omicidio che comportano la pena dell'ergastolo ed al secondo comma ne prevede altre che invece comportano la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni. In siffatto contesto normativo, ricorrendo per entrambe le ipotesi due identiche circostanze attenuanti, si verificherebbe, alla luce del già richiamato art. 65 CP, che le ipotesi più gravi di cui al primo comma dell'art. 577 CP si prescriverebbero in quindici anni (ex art. 157, comma 1, n. 2 CP) e dunque prima di quelle meno gravi di cui al secondo comma dello stesso articolo, prescrittibili in venti anni (ex art. 157, comma 1, n. 1 CP). Risultato palesemente assurdo che non sarebbe potuto sfuggire ai compilatori del codice e che dunque conferma "a contrariis" l'estraneità all'istituto della prescrizione anche dei reati per i quali l'ergastolo si configura soltanto a seguito del riconoscimento di circostanze aggravanti;

d) la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha di recente affrontato, ai fini dell'ammissibilità del giudizio abbreviato di cui agli artt. 438 e ss. CPP, il problema della definizione della categoria dei reati punibili con l'ergastolo (di categoria parla esplicitamente la sentenza 176/91 della Corte Costituzionale) ed ha ritenuto che quel giudizio speciale sia escluso non soltanto quando sia contestato un reato che abbia l'ergastolo quale pena edittale ma anche quando la possibilità della pena perpetua derivi dall'avvenuta contestazione di una circostanza aggravante.

Orbene, non sembra che l'ordinamento possa ammettere due distinte categorie di reati punibili con l'ergastolo, una a fini di diritto processuale ed una a fini di diritto sostanziale.

In conclusione sul punto, ritiene quindi il Tribunale che si sia in presenza di numerosi e convergenti elementi, desumibili sia dalla lettera della norma che da considerazioni logico-sistematiche, per affermare che i reati in astratto punibili con la pena dell'ergastolo sono sempre e comunque imprescrittibili, quand'anche la previsione della pena detentiva massima sia collegata al riconoscimento di circostanze aggravanti escluse dal giudizio di comparazione ex art. 69, comma 4 previgente.

Tale conclusione appare del resto pienamente rispondente alla volontà del legislatore, come emergente dai lavori preparatori.

Infatti, nel motivare la previsione di reati imprescrittibili, la Relazione ministeriale sul progetto del codice penale così testualmente spiegava: "Affinché l'istituto della prescrizione risponda alle ragioni di opportunità politica su rilevate, è necessario che siasi quasi perduta la memoria del fatto criminoso e che l'allarme sociale, da esso suscitato, sia scomparso. Or una così radicale e profonda modificazione di cose non si verifica per i reati atroci e gravissimi, che lasciano nella memoria degli uomini un'orma e un ricordo tanto pauroso da non eliminare mai completamente l'allarme sociale" (Vol. 1, p. 206). La Relazione al Re, inoltre, nel respingere la proposta della Commissione parlamentare di eliminare ogni preclusione alla prescrizione, a sua volta affermava: "La Commissione parlamentare avrebbe voluto che la prescrizione estintiva del reato venisse estesa anche ai delitti punibili con la pena di morte o con l'ergastolo. Data però la gravità eccezionale di simili delitti, è da ritenersi che l'impressione da essi destata nella popolazione non venga mai meno completamente con il decorso del tempo; che sia utile, ai fini della prevenzione, il sapere che tali reati non si estinguono mai, e che torni vantaggioso in ogni tempo. come esempio e come rassicurazione, la condanna." (n. 79).

A parte il rilievo, quand'anche meramente intuitivo, che le parole testé riportate sembrano descrivere con impressionante preveggenza proprio situazioni simili a quella che interessa il presente processo, va notato come la sottolineatura dell'utilità, a fini di prevenzione, del fatto che determinati reati "non si estinguono mai" significa

necessariamente - a meno che non si voglia intaccare in radice la finalità preventiva - che certi delitti, per il solo fatto di essere punibili in astratto con l'ergastolo, ed a prescindere dalla concreta determinazione della pena in ragione di eventuali circostanze attenuanti, sono comunque imprescrittibili.

Sulla base delle suesposte considerazioni deve dunque essere esclusa la prescrizione del reato di cui all'imputazione, stante l'accertata sussistenza delle circostanze aggravanti di cui all'art. 577, nn.3 e 4 CP.

E' appena il caso d'osservare, d'altra parte, che tale imprescrittibilità conseguirebbe anche dall' applicazione dell'art. 69 CP attualmente vigente, una volta riconosciuta la prevalenza delle circostanze aggravanti su quelle attenuanti, così come prospettato nel precedente capitolo.

L'accertata imprescrittibilità del reato, punibile con l'ergastolo, ascritto all'HASS ed al PRIEBKE fa perdere decisività alla tesi, prospettata dal Pubblico Ministero ed esplicitamente condivisa da talune delle parti civili, secondo cui il delitto oggetto di questo giudizio non si può comunque prescrivere, in quanto reato contro l'umanità.

In estrema sintesi, tale impostazione si fonda sull'art. 10, comma 1, Costituzione, in base al quale "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute"; orbene, poiché da più atti internazionali di carattere generale sarebbe desumibile la volontà degli Stati di perseguire i crimini di guerra nonché di affermarne l'imprescrittibilità, ne conseguirebbe l'inapplicabilità di ogni disposizione interna che affermasse la prescrizione di tali tipi di reato.

Benché, come detto, non determinanti ai fini del decidere, il Tribunale ritiene comunque opportune alcune considerazioni sul punto, anche in ragione della novità e della delicatezza dell'argomento.

Va innanzitutto osservato come il diretto collegamento delle norme interne poste dal Titolo IV del Libro III del CPMG "Dei reati contro le leggi e gli usi della guerra" con i principi generali di diritto internazionale sia inequivocabilmente esplicitato negli stessi lavori preparatori del CPMG.

Si legge infatti nella Relazione preliminare che la Commissione ritenne opportuno "inserire nel progetto del codice bellico un titolo speciale sulle violazioni contro le leggi e gli usi della guerra per modo da creare anche per questa delicata ed importante materia un sistema organico di diritto penale militare internazionale, armonizzato ai principi generali del diritto delle genti" (pag. 296) e più avanti si afferma che "se è vero che quasi tutte le Nazioni si preoccupano principalmente di assicurarsi ciascuna il primato nella scoperta dei mezzi più micidiali di lotta, non è men vero, tuttavia, che dovunque, attraverso appunto l'elaborazione del diritto penale internazionale, si vada alla ricerca di mezzi atti ad assicurare l'osservanza delle sacre, naturali leggi di umanità e di civiltà" (pag. 297).

Deve poi rilevarsi come con l'art. 165 CPMG si escludono esplicitamente dal principio di reciprocità i reati concernenti il trattamento dei prigionieri di guerra, degli infermi, feriti, naufraghi e morti, della popolazione civile e dei beni ad essa appartenenti nonché l'abuso di prede belliche, proprio perché fatti "che ledono quei principi di civiltà che stanno a base di tutte le legislazioni progredite" (Relazione al Re, (g), 110).

Se questo è stato lo spirito che ha mosso "ab origine" il nostro legislatore, deve ritenersi che in tale materia debba essere in ogni caso assicurato l'adeguamento dell'ordinamento

giuridico italiano a quelle norme del diritto internazionale che costituiscono principi generali "riconosciuti dalle nazioni civili", secondo la formula che si rinviene nell'art. 38, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. In tale ottica assume senz'altro ruolo precipuo l'art. 10, comma 1 Costituzione, quale norma sulla produzione giuridica da cui consegue "l'adeguamento automatico alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, in riferimento a principi generali ovvero a norme di carattere consuetudinario" (in tal senso, Corte Costituzionale, sent. 168/94).

Ciò posto, deve constatarsi, così come risulta dalla Convenzione adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite con risoluzione 2391 (XXIII) del 26 novembre 1968, "che in nessuna delle dichiarazioni solenni, atti e convenzioni volte a perseguire e a reprimere i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità sono stati previsti limiti di tempo" e va altresì rilevato come nella medesima Convenzione si sia voluto affermare in diritto internazionale "il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, e di assicurarne l'applicazione universale".

Tale atto delle Nazioni Unite rappresenta indubbiamente il punto d'arrivo di un lento ma costante processo internazionalistico (il cui inizio può essere fatto addirittura risalire al Manuale adottato dall'Istituto di diritto internazionale il 9 settembre 1880 nella sessione di Oxford, cosiddetto Manuale di Oxford) teso a reprimere in modo sempre più efficace le violazioni delle leggi e degli usi della guerra ed in tale quadro il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità assume oggettivamente carattere di "jus cogens", in quanto posto a tutela di interessi generali della società internazionale.

Prova di tale cogenza è data dal fatto che non è seriamente ipotizzabile che singoli Stati possano derogare in via pattizia al principio medesimo, se non altro perché, stante l'oggetto della tutela, si porrebbero in contrasto con l'art. 1, punto 3, della Carta delle Nazioni Unite, che si preoccupa di "promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione".

D'altra parte la giurisprudenza ha già precisato che le condotte quali quelle oggetto di questo giudizio (qualificabili anche come infrazioni gravi ai sensi dell'art. 147 della IV Convenzione sulla Protezione delle persone civili in tempo di guerra, adottata a Ginevra il 12 agosto 1949) "sono soggette a repressione ispirata al criterio dell'universalità, in virtù del quale gli Stati s'impegnano alla persecuzione diretta o alla consegna delle persone che hanno commesso le violazioni, indipendentemente dalla loro nazionalità...ed anche se si tratti dei propri sudditi, senza possibilità di esimersi da tale obbligo né unilateralmente né mediante accordi..." (T.S.M., 16 marzo 1954, c. Reder).

In sostanza, la specificità della materia - e basti pensare alla rinuncia alla propria sfera di sovranità in punto di giurisdizione penale cui i singoli Stati accedono ogniqualvolta viene istituito un tribunale militare internazionale per la repressione dei crimini in questione - connota di assoluta peculiarità gli atti internazionali testé indicati rendendoli idonei a recepire ed a fissare ineludibili principi generali, tra i quali quello dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità si pone come strumento rilevante per assicurare in concreto "l'osservanza delle sacre, naturali leggi di umanità e di civiltà".

Il Tribunale rileva, inoltre, come anche la dottrina internazionalista avvalorò il principio dell'imprescrittibilità di tali "delicta iuris gentium", collegandolo all'impossibilità di presumere nei confronti dello Stato che ne è vittima quell'affievolimento nel tempo della pretesa punitiva che invece solitamente si manifesta nei riguardi dei reati comuni e che è alla base dell'istituto della prescrizione.

In effetti, tali delitti costituiscono sempre un "vulnus" all'intima essenza dello Stato perché, a prescindere dai singoli, coinvolgono la popolazione, intesa quale elemento costitutivo del soggetto statale, e ciò, in una proiezione internazionalistica, ben giustifica il perpetuarsi dell'interesse a punire.

Sempre in termini generali, non può, poi, dubitarsi del fatto che il reato ascritto ai due imputati costituisca, sul piano del diritto internazionale, crimine di guerra e contro l'umanità. L'art. 6, comma 2, lett. b) e c) dello Statuto del "Tribunale militare internazionale per la punizione dei grandi criminali di guerra delle Potenze dell'Asse" definiva, infatti, "crimini di guerra" e "crimini contro l'umanità", tra gli altri, "l'omicidio volontario...delle popolazioni civili dei territori occupati" e "l'omicidio volontario...e ogni altro atto disumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra..."; con la risoluzione n. 94 (I) dell'11 dicembre 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite confermava formalmente "i principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto del Tribunale di Norimberga e dalla sentenza di detto Tribunale"; infine, nel giugno-luglio 1950 la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite adottava il testo dei "Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla Sentenza del Tribunale di Norimberga" recependo, al Principio VI, le suindicate ipotesi di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità.

Tale essendo la regolamentazione di diritto internazionale, deve d'altra parte escludersi che nel caso di specie essa non possa comunque operare nel diritto interno in ragione dell' inammissibile retroattività di una norma che comporterebbe una sanzione penale.

Posto, infatti, che già nel 1968, con la citata Convenzione, si perveniva alla formale consacrazione del principio di imprescrittibilità dei crimini in questione e che dunque è al più tardi a quella data che occorre riferirsi per affermare la vigenza della regola internazionale, deve osservarsi che nel 1968, in ogni caso, il reato qui in esame non era prescritto stante l'effetto interruttivo del corso della prescrizione operato dalla sentenza pronunciata il 25 ottobre 1952 dal Tribunale Supremo Militare nell'ambito del processo a carico del KAPPLER, effetto valevole "per tutti coloro che hanno commesso il reato", ai sensi dell'art. 161, comma 1, CP.

Sotto altro profilo, però, il Tribunale rileva come la prevalente dottrina e la giurisprudenza richiedano la declaratoria d'invalidità da parte della Corte Costituzionale di eventuali norme interne contrastanti con quelle generali dell'ordinamento internazionale.

In tale ottica, qualora si ritenesse che il reato contestato all'HASS ed al PRIEBKE fosse prescritto in base all'art. 157 CP, si porrebbe il problema se procedere alla mera disapplicazione della norma interna oppure sollevare eventuale questione di legittimità costituzionale con riferimento al citato art. 10, comma 1, Costituzione.

Nel caso di specie, però, è stata già accertata per altra via la mancata prescrizione del reato e ciò ovviamente assorbe, in concreto, ogni rilevanza dell'ipotetica questione.

Resta che, seppure "ad abundantiam", le suesposte considerazioni di carattere internazionalistico appena svolte assumono comunque un loro significato.

La dottrina, infatti, ha evidenziato come l'art. 10, comma 1, Costituzione rappresenti anche una "norma sull'interpretazione", nel senso che in base ad essa deve essere sempre privilegiata l'interpretazione che renda la normativa interna conforme ai principi internazionali generali.

E' allora evidente che da un punto di vista sistematico tale disposizione costituzionale è in ogni caso elemento di supporto alla ricostruzione interpretativa esposta in precedenza in merito all'art. 23 CPMG e che ha condotto al riconoscimento dell'imprescrittibilità del reato qui contestato, a prescindere dall'esito dello specifico giudizio di comparazione tra le circostanze (aggravanti ed attenuanti) concorrenti.

13) QUANTIFICAZIONE DELLA PENA

Prima di procedere alla puntuale quantificazione della pena nei confronti di ciascuno degli imputati, il Collegio ritiene necessarie alcune precisazioni.

A prescindere da ogni considerazione di carattere etico in ordine all'efferatezza dei fatti posti in essere, il Tribunale non può innanzitutto non tener conto della presenza nel nostro ordinamento di una norma come l'art. 27, comma 3 Costituzione che riserva alla pena una funzione non soltanto meramente retributiva; in relazione ad essa e avuto riguardo a quanto disposto dall'art. 133 CP, l'età degli imputati, unita al lunghissimo tempo trascorso dai fatti, assume un oggettivo, innegabile rilievo nel momento in cui deve essere individuata la pena da irrogare.

Il Collegio rileva inoltre come nel caso di specie la continuazione tra i singoli eventi criminosi si connota con caratteri del tutto peculiari. Al di là, infatti, di ogni formalismo giuridico, non può seriamente negarsi che, nella sostanza, si è in presenza di una condotta sostanzialmente unitaria, sorretta da un unico processo volitivo che assume giuridico rilievo prescindendo dall'entità numerica delle vittime.

Tale constatazione, se da un lato impone di rilevare un'evidente inadeguatezza legislativa nel momento in cui non si prevede un'autonoma fattispecie di reato militare in tempo di guerra riferibile a condotte di eccidio di massa, dall'altro fa apparire conforme a giustizia, nell'attuale quadro normativo, limitare l'aumento di pena per i fatti in continuazione in modo da dare rilievo all'unitarietà di fondo del crimine commesso e nel contempo salvaguardare la proporzionalità della sanzione rispetto a chi, vale a dire il KAPPLER, risulta giuridicamente il principale responsabile.

In sede di determinazione dell'aumento di pena per la continuazione appare inoltre necessario distinguere la posizione dei due imputati stante la loro diversa modalità di partecipazione agli eventi.

Ciò posto, ritiene equo il Tribunale, in applicazione degli artt. 65 e 81 CP, procedere alla seguente quantificazione della pena:

a) per l'HASS: riduzione dell'ergastolo alla pena della reclusione per anni ventuno, in applicazione delle riconosciute attenuanti generiche; ulteriore riduzione ad anni quattordici per la concessa circostanza attenuante di cui all'art. 59, n. 1 CPMP; definitiva riduzione ad anni dieci per la concessa circostanza attenuante di cui all'art. 59, n. 2 CPMP; aumento di otto mesi per la continuazione; pena finale anni dieci e mesi otto di reclusione;

b) per il PRIEBKE: riduzione dell'ergastolo alla pena della reclusione per anni ventuno in applicazione delle riconosciute attenuanti generiche; riduzione ad anni quattordici per la concessa circostanza attenuante di cui all'art. 59, n. 1 CP; aumento di un anno per la continuazione; pena finale, anni quindici di reclusione.

Dall'affermazione di responsabilità penale, come testé determinata, deriva, ai sensi dell'art. 535 CPP, l'obbligo del pagamento delle spese processuali oltre ad ogni altra conseguenza di legge.

14) APPLICAZIONE DEL CONDONO

Premesso che il giudice della cognizione "deve applicare il condono sulla pena da lui inflitta in concreto all'imputato" (Cass., Sez. VI, 185634/90), s'impone, pur in mancanza di richieste difensive al riguardo, di verificare la sussistenza, nel caso di specie, di tale causa di estinzione della pena.

Orbene, avuto riguardo alle disposizioni specifiche o di carattere generale contenute nei vari provvedimenti clemenziali succedutisi dalla data di commissione del reato, ritiene il Tribunale che soltanto a decorrere dal condono concesso con il DPR 4 giugno 1966, n. 432 si possa riconoscere l'applicabilità del beneficio ai due imputati.

Deve infatti osservarsi che mentre l'art. 3, comma 2, del precedente D.P.R. 24 gennaio 1963, n. 5 stabiliva che l'amnistia e l'indulto non si applicavano, oltre che a taluni reati previsti dal CPMP, ai reati previsti dal titolo secondo del libro terzo e dal titolo quarto del libro terzo nonché dall'art. 115 del CPMG, l'art. 4 del già citato DPR 332/66, pur confermando le esclusioni concernenti i reati previsti dal libro terzo, titolo secondo e dall'art. 115 del CPMG, nulla disponeva in ordine a quelli previsti dal titolo quarto del libro terzo del CPMG, che è appunto il titolo relativo ai reati contro le leggi e gli usi della guerra.

Si tratta di modifica significativa che rende inequivoca l'intervenuta volontà del legislatore, pur in presenza di esclusioni oggettive dal condono, di ricomprendere anche tali reati nel beneficio e tale volontà deve ritenersi confermata anche in occasione degli ulteriori provvedimenti indulgenziali (segnatamente, D.P.R. 22 maggio 1970, n. 283; D.P.R. 4 agosto 1978, n. 413; D.P.R. 18 dicembre 1981, n. 744; D.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865; D.P.R. 22 dicembre 1990, n. 394), dato che in nessuno di essi si rinvenivano disposizioni tendenti al ripristino dell'esclusione.

Con riferimento al caso di specie si potrebbe obiettare che l'indulto sarebbe inapplicabile per il fatto che le condotte criminose concretizzano nella sostanza degli omicidi, reati generalmente esclusi dall'ambito di applicazione dei provvedimenti di condono.

Tale tesi non può essere condivisa per due ordini di motivi.

Innanzitutto, l'art. 185 CPMG costituisce un autonomo titolo di reato militare equiparato "quoad poenam" al delitto di omicidio p. e p. dall'art. 575 CP soltanto quando la violenza consiste, appunto, nell'omicidio; orbene, se tale autonoma configurazione di reato è addirittura idonea a comportare il riconoscimento della competenza della giurisdizione militare, ai sensi degli artt. 37 CPMP e 6 DLL 21 marzo 1946, n. 144, davvero non si comprende perché l'ontologica differenziazione dal reato comune di omicidio debba poi scemare in altri momenti applicativi della legge.

In secondo luogo, estendere "in malam partem" gli elenchi di esclusione dal condono di volta in volta formati dal legislatore con riferimento allo specifico "nomen iuris" delle fattispecie interessate, contrasta con fondamentali principi interpretativi.

Sotto altro profilo potrebbe apparire singolare l'applicazione dell'indulto nei confronti di reati per i quali si afferma l'esistenza di principi generali di carattere internazionale tendenti ad affermarne l'imprescrittibilità.

A tale proposito è appena il caso di sottolineare che la prescrizione è una causa di estinzione del reato, che concretizza la rinuncia in radice dello Stato a punire; l'indulto, invece, è una causa di estinzione della pena che presuppone la condanna (e, dunque, l'attuazione della pretesa punitiva dello Stato) rappresentando soltanto un beneficio "ope legis" per il condannato.

Non sussiste dunque alcun contrasto d'ordine logico al riconoscimento dell'indulto ai due imputati.

Per effetto dei suindicati decreti presidenziali, la misura della pena detentiva che deve essere condonata ammonta ad anni dieci.

Il Collegio non può non rilevare l'eccezionale entità della quantità di pena di cui deve essere dichiarata in sentenza l'estinzione a titolo d'indulto ma tale situazione è in un certo senso fisiologica laddove si pensi all'epoca dei fatti (oltre cinquant'anni fa) ed all'alto numero dei provvedimenti clemenziali nel frattempo intervenuti.

Alla declaratoria di condono nei termini suindicati consegue, ai sensi dell'art. 300, comma 4, CPP, l'obbligo di immediata rimessione in libertà dell'imputato HASS, se non detenuto per altra causa, in quanto la pena residuale è inferiore al periodo di custodia cautelare già sofferto nel corso del presente processo.

15) LA RESPONSABILITA' CIVILE

L'affermata responsabilità penale degli imputati impone di decidere, ai sensi dell'art. 538 CPP, sulle domande di risarcimento del danno presentate dalle parti civili.

E' fuori discussione che il reato accertato ha comportato, in rapporto di diretta causalità, danni giuridicamente apprezzabili.

Potrebbe ciononostante dubitarsi della sussistenza delle condizioni per la condanna al conseguente risarcimento alla luce dell'Accordo sottoscritto il 2 giugno 1961 tra l'Italia e la Repubblica Federale di Germania (reso esecutivo con DPR 14 aprile 1962, n. 1263-GU n. 214 del 25 agosto 1962) ed il cui art. 2 così stabilisce: "Il Governo Italiano dichiara che sono definite tutte le rivendicazioni e richieste della Repubblica Italiana o di persone fisiche o giuridiche italiane, ancora pendenti nei confronti della Repubblica Federale di Germania o nei confronti di persone fisiche o giuridiche tedesche, purché derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l' 8 maggio 1945".

Ritiene però il Tribunale che tale atto normativo non possa sprigionare effetti nei confronti dei due imputati, i quali, alla data di entrata in vigore di quel DPR, non risulta avessero pendenti "rivendicazioni e richieste" su istanza delle odierne parti civili e per i fatti di causa.

Il Collegio rileva, inoltre, come nel corso dell'udienza preliminare svoltasi a carico dell'imputato PRIEBKE venne sollevata dal GUP questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, CPMP nella parte in cui vietava l'esercizio dell'azione civile presso il giudice militare.

E' noto che la questione fu risolta dalla Corte Costituzionale con declaratoria di incostituzionalità della suindicata norma.

Orbene, è da ritenere che, se il citato DPR 1263/62 avesse avuto valenza preclusiva all'insorgere di obbligazioni civilistiche a carico degli imputati, il giudice delle leggi avrebbe ragionevolmente dichiarato l'irrelevanza della questione.

Le suesposte considerazioni inducono quindi il Tribunale a condannare gli imputati, in solido, al risarcimento del danno alle parti civili costituite tranne BENATI Stefano, BENATI Nino, LIMENTANI Davide, DI PORTO Alberto, MIELI Emilia, FATUCCI Angelo, MIELI Orietta, MARINO Sergio, la cui costituzione deve intendersi revocata, ai sensi dell'art. 82, comma 2, CPP, non avendo le stesse presentato le conclusioni a norma dell'art. 523 del codice di rito.

Alla luce del numero e della complessità delle situazioni, non possono ritenersi acquisite in questa sede prove certe ai fini di una puntuale liquidazione del danno in favore di ciascuna delle singole posizioni; si provvede, quindi, ai sensi dell'art. 539 CPP, alla sola condanna generica con remissione delle parti davanti al giudice civile.

Quanto alle spese processuali sostenute dalle parti civili, il Tribunale rileva come un certo numero di difensori abbia rinunciato a presentare la nota per spese ed onorari con ciò evidentemente volendo sottolineare la valenza più che altro morale della loro prestazione professionale.

Ciò posto, in ragione sia dell'oggettiva peculiarità della vicenda processuale, sia del fatto che molte parti civili hanno nominato uno stesso difensore, valuta il Collegio equo procedere ad una liquidazione forfettaria degli onorari in ragione di lire un milione per ciascuna delle parti difese, cui vanno aggiunti i diritti nella misura di lire cinquecentomila, le spese, come documentate, più I.V.A. e C.A.P. ai sensi di legge.

Gli imputati vanno dunque condannati in solido al pagamento delle spese processuali in favore delle parti civili nella misura come sopra determinata.

P.Q.M.

Visti gli artt. 81 cpv. e 185 c.p.; 533, 535 e 538 e ss., 544, c.2 c.p.p.; 23 c.p.m.g.; 19, 52 e 261 c.p.m.p.;

D I C H I A R A

gli imputati responsabili del reato continuato ed aggravato loro ascritto e concesse ad entrambi le circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 bis c.p. e 59, n. 1, c.p.m.p. nonché, al solo HASS, quella di cui all'art. 59, n. 2, c.p.m.p.,

C O N D A N N A

- HASS Karl alla pena della reclusione per anni dieci e mesi otto;

- PRIEBKE Erich alla pena della reclusione per anni quindici, nonché entrambi, in solido, alle spese processuali e ad ogni altra conseguenza di legge;

C O N D A N N A

altresì in solido gli imputati al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili costituite, da liquidarsi in separata sede nonché alla rifusione delle spese sostenute dalle parti civili che ne hanno fatto richiesta, che liquida per onorari in lire un milione per ogni soggetto

rappresentato, in lire cinquecentomila forfettarie per diritti; spese come documentate oltre IVA e CAP come per legge;

Visti i DD.PP.RR. 332/66, 283/70, 413/78, 744/81, 865/86, 394/90

D I C H I A R A

parzialmente condonata la pena inflitta agli imputati nella misura di anni dieci;

Visto l'art. 300, comma 4 c.p.p.;

O R D I N A

la remissione in libertà dell'HASS, se non detenuto per altra causa.

Roma, 22 luglio 1997

Seguono le firme

Deposito motivazione entro il 15 settembre 1997.

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
18.09.1997

Udienza in C.C. in data 18.9.1997 - Sent. n. 5033 Reg. Gen. n. 33063/97

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Suprema di Cassazione Sezione Prima Penale
composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. Bruno SACCUCCI	Presidente
Dott. Torquato GEMELLI	Consigliere
Dott. Severo CHIEFFI	Consigliere
Dott. Giovanni SILVESTRI	Consigliere
Dott. Vincenzo Luigi TARDINO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da PRIEBKE Erich, nato a Berlino il 29 luglio 1913. avverso l'ordinanza in data 22 luglio 1997 del Tribunale militare di Roma. Sentita la relazione fatta dal Consigliere Torquato GEMELLI. Lette/udite le conclusioni del P.M. con le quali questi chiede con sentenza in data 22.7.1997 il Tribunale militare di Roma ha ritenuto Erich PRIEBKE colpevole di omicidio aggravato (dalla crudeltà e dalla premeditazione) e continuato, commesso il 24 marzo 1944 in Roma, località "Cave Ardeatine", durante lo stato di guerra fra l'Italia e la

Germania, in danno di 335 persone per lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche e lo ha condannato, in concorso alle attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.) e dell'attenuante di cui all'art. 59 n.1 c.p.m.p. (essendo stato determinato dal superiore Herbert KAPPLER - concorrente unitamente ad altri militari tedeschi - a commettere il reato), alla pena di 15 anni di reclusione, dichiarando condonati 10 anni in virtù di D.P.R. di clemenza succedutisi nel tempo. I giudici hanno indicato "entro il 15 settembre 1997" il termine per il deposito della sentenza. Lo stesso Tribunale, con ordinanza in data 4.8.1997, ha rigettato l'istanza di revoca della misura cautelare, imposta all'imputato, presentata dai difensori, i quali hanno proposto appello deducendo che erroneamente con la pronuncia della sentenza non era stato dichiarato estinto il reato per intervenuta prescrizione e che, comunque, l'esiguità della residua pena da espiare, tenuto anche conto della prevedibile applicazione di benefici penitenziari, costituiva un fatto nuovo idoneo a far ritenere irragionevole l'esistenza del pericolo di fuga, col superamento del "giudicato cautelare" sul punto.

L'ordinanza suddetta è stata confermata dal Tribunale militare di Roma costituito ex art. 310 c.p.p., il quale ha ritenuto inconfidente la questione attinente alla prescrizione, potendo questa essere oggetto soltanto d'impugnazione da proporre avverso la sentenza di condanna suindicata, e persistente il concreto pericolo di fuga del PRIEBKE. I difensori dell'imputato hanno proposto ricorso avverso quest'ultimo provvedimento, emesso in data 22.8.1997, deducendo la violazione degli artt. 299 e 273, nonché dell'art. 274 lett. b) c.p.p. ed altresì vizi di motivazione. Lamentano che, con argomentare apodittico, il Tribunale ha sorvolato sulla questione dell'estinzione del reato quale fatto sopravvenuto che imponeva la revoca immediata della misura coercitiva, sulla base del solo giudizio prognostico della relativa causa estintiva da applicarsi, la cui omissione balzava evidente dal dispositivo della sentenza, che non aveva tratto corretta conseguenza al riguardo dal contenuto del "decisum", che avrebbe dovuto comportare l'estinzione della misura cautelare personale ex art. 300 c.p.p.. Quanto al permanere dell'esigenza cautelare di cui alla lettera b) dell'art. 274 c.p.p., è illogico ritenere irrilevante l'esiguità della pena residua da scontare nell'ipotesi del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, situazione questa che ragionevolmente induce ad una prognosi negativa in ordine al concreto pericolo di fuga; tanto più che è prevedibile un'espiazione ancor più ridotta in virtù dell'applicazione di benefici penitenziari, conseguenti all'irreprezibile comportamento del PRIEBKE, "in vinculis" e agli arresti domiciliari; e che è del tutto illogico il richiamo a precedenti decisioni, attinenti alla sussistenza del pericolo di fuga, pronunciate anteriormente alla celebrazione del giudizio di primo grado quando era ipotizzabile anche una condanna all'ergastolo. Dunque, insussistenza allo stato di concreti elementi da cui possa desumersi una reale, probabile o possibile, preparazione della fuga, non ancorabile certo a richiami all'allarme sociale o al mancato pentimento dell'imputato, fatti inspiegabilmente dal giudice del merito. Chiedono, pertanto, che sia annullata l'ordinanza impugnata. In data 13.9.1997 il difensore dell'imputato ha prodotto documento proveniente dalla Procura federale di Dortmund e attestante il periodo di detenzione trascorso dal PRIEBKE nei campi di prigionia alleati, deducendo che detto periodo sommato a quello trascorso in custodia cautelare dal 9.5.1994 supera la pena di 5 anni che residua dalla complessiva di 15 anni di reclusione inflitta in I grado ed alla quale sono stati applicati vari indulti per un totale di 10 anni: scatta, dunque, il disposto del quarto comma dell'art. 300 c.p.p., con conseguente perdita di efficacia della custodia cautelare. La difesa ha introdotto in sede di legittimità questione non attinente al "thema decidendum" (revoca della misura cautelare), ma all'estinzione di detta misura, con l'irrituale allegazione documentale: questione inammissibile e comunque "ictu oculi" manifestamente infondata non coprendo interamente la custodia cautelare sofferta e la pretesa sommatoria della stessa con un dato disomogeneo, costituito dall'internamento del PRIEBKE nei campi di prigionia di guerra, la pena che residua a seguito degli indulti applicati; sicché, in ogni caso, non potrebbe conseguire l'estinzione della misura cautelare a norma del quarto comma dell'art. 300 c.p.p., non risultando la residua pena irrogata

pari alla durata della custodia già subita. Tanto premesso, il primo comma dell'art. 299 c.p.p. stabilisce, tra l'altro, che le misure coercitive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 c.p.p., norma quest'ultima che impone al giudice anche la prognosi relativa alla sussistenza di una causa di estinzione del reato o della pena, con conseguente divieto in caso affermativo dell'applicazione o, nell'ipotesi dell'art. 299 citato, del mantenimento della misura stessa. Nel caso in esame, da una parte il fatto sopravvenuto è la sentenza di condanna, la cui ingiustizia o erroneità è deducibile non in questa sede cautelare ma in sede di giudizio di cognizione conseguente all'(eventuale) impugnazione, dall'altra - in aderenza a quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n.71/96 - non può farsi valere una concezione rigorosa e astratta dall'autonomia del provvedimento incidentale "de libertate" rispetto a quello di merito, altrimenti si giungerebbe alla conclusione, inaccettabile secondo il principio di gerarchia scaturente dall'ordinamento processuale che prevede la preminenza del giudizio di cognizione su ogni altro di tipo prognostico, che incidentalmente vi si innesti, e non tollera il concorso di due diverse pronunce giurisdizionali sulla responsabilità, con la conseguenza di ritenere possibile la rivalutazione del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza in qualsiasi momento del processo e così anche dopo l'intervento di una sentenza di condanna fondata sul pieno merito e suscettibile di passaggio in giudicato. Sicché, intervenuta sentenza di condanna, il "decisum" è talmente incisivo da assorbire ogni altro giudizio prognostico in materia di misura cautelare personale. Per quanto attiene alla censura relativa alla sussistenza del pericolo di fuga, a parte l'inconferenza dell'eventuale applicazione di benefici penitenziari, inattuale fino alla definitività della sentenza, il costrutto argomentativo dei giudici del merito non si palesa affatto manifestamente illogico: il Tribunale militare, partendo dal presupposto che non necessariamente una pena di non lunga durata è situazione idonea ad escludere la volontà di sottrarsi all'espiazione, ha ancorato l'esigenza in questione alla lunga latitanza del PRIEBKE, sintomatica di probabile intenzione di evitare le conseguenze dell'accertata responsabilità per i gravi fatti commessi, con l'ausilio di "occulte organizzazioni internazionali di matrice nazista che, secondo dati di comune esperienza, hanno agevolato la sottrazione alle ricerche di numerosi criminali di guerra". Tanto più che "la mancanza di elementi indicativi di un pentimento" dell'imputato autorizza ragionevolmente a ritenere l'inflessa "sanzione percepita come ingiusta". E' stata, quindi, data ragione della prognosi negativa inducente a far ritenere che permanga l'esigenza cautelare in questione. Il ricorso, pertanto, va rigettato. Segue l'obbligo del PRIEBKE di pagare le spese del procedimento.

P. Q. M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Roma, 18 settembre 1997

IL GIUDICE ESTENSORE

Torquato GEMELLI

IL PRESIDENTE

Bruno SACCUCCI

**Ricorso del Procuratore Generale Militare presso la Corte
Militare di Appello di Roma, in data 02.10.1997**

**Procura Generale Militare
presso la Corte Militare d'appello**

Ricorso immediato per cassazione avverso la sentenza di condanna del Tribunale militare di Roma, in data 22 luglio 1997, nel procedimento contro HASS Karl e PRIEBKE Erich, imputati del reato di concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani (artt. 13 e 185 c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575 e 577 nn. 3 e 4, e 61 n.4 c.p.).

1. Nella parte in cui concede attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.) ad entrambi gli imputati, per erronea applicazione della legge penale (art. 606, I comma, lett. b, c.p.p.).

Al fine di una corretta interpretazione delle disposizioni degli artt. 2 e 23 c.p.m.g., in tema di successione di leggi penali, si sarebbe dovuto negare l'applicabilità al fatto del marzo 1944 della disposizione dell'art. 62 bis c.p., in quanto entrata in vigore successivamente (art. 2 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944 n.28).

La sentenza non manca, in verità, di dare corrette soluzioni a problemi di successione di leggi penali, di modo che ai fatti del marzo 1944 vengono applicati: l'art. 40 c.p.m.p. (adempimento di un dovere), nonostante l'abrogazione intervenuta nel 1978; l'originario art. 69 c.p. (concorso di circostanze aggravanti e attenuanti, senza tenere conto delle modifiche del 1974; l'originario art. 118 c.p. (valutazione delle circostanze aggravanti e attenuanti), senza considerare la riforma del 1990. Del tutto condivisibile è, del reato, la cadenza argomentativa che sul punto si coglie in sentenza: la legge penale militare di guerra è legge eccezionale, nel significato di cui al IV comma dell'art. 2 c.p.; per legge eccezionale non si intende soltanto quel nucleo essenziale di norme speciali (le incriminatrici e qualche altra) che fanno esplicito riferimento alla situazione eccezionale e contingente, quanto piuttosto l'insieme della normativa, anche di carattere generale, che nei vari profili concorre alla disciplina del fatto preso in considerazione dalla norma speciale; pertanto, il carattere di "ultrattività" (nel senso improprio di cui alla rubrica dell'art. 23 c.p.m.g.), di impermeabilità, per così dire, nei confronti della normativa successiva, sia meno favorevole (nell'art. 185 c.p.m.g. è pur sempre previsto l'omicidio non punibile perché commesso per "necessità" bellica o per "giustificato motivo"), sia più favorevole, senza dubbio compete alle specialissime disposizioni del codice penale militare di guerra; ma altrettanto alle disposizioni del codice di pace, che ai fatti previsti dalla legislazione di guerra si applicano in forza del richiamo dell'art. 19 c.p.m.p., ed anche alle disposizioni del codice penale, che si applicano per il richiamo dell'art. 16 c.p..

Giustamente la sentenza respinge ogni interpretazione che spezzi questa complessa unità dell'insieme normativo disciplinante il reato configurato dalla legge di guerra. Si potrebbe aggiungere che una diversa concezione, secondo cui "ultrattive" risulterebbero esclusivamente le norme incriminatrici, sarebbe da condividere soltanto qualora, piuttosto che tout court di "leggi eccezionali o temporanee" (art. 2 citato), si parlasse di "disposizioni penali...e (di) quelle che prevedono ogni altra violazione di legge", come per l'"ultrattività" in materia penale finanziaria dispone l'art. 1 L. 7 gennaio 1929 n.4.

Si viola, dunque, la legge penale con la concessione delle attenuanti (artt. 62 bis) introdotte nel codice penale in epoca successiva al fatto; soluzione, del resto, dissonante anche rispetto ai corretti principi affermati in sentenza.

La soluzione particolare per le attenuanti generiche, diversa da quella adottata per le altre modifiche della legislazione penale, viene peraltro giustificata dal fatto che l'art. 62 bis è stato introdotto dopo il fatto del marzo 1944, ma ancora durante la vigenza della legge penale militare di guerra, la cui applicazione è cessata soltanto il 15 aprile 1946. Si

tratterebbe, dunque, di successione di leggi eccezionali, nel senso che il sopravveniente art. 62 bis, per i richiami degli artt. 19 c.p.m.p. e 16 c.p., viene a far parte del complesso insieme normativo, che per la situazione di eccezione detta una disciplina in parte diversa da quella vigente al momento del fatto; successione in cui -così si ritiene in sentenza - dovrebbe avere piena applicazione il principio della retroattività della legge più favorevole, a norma del III comma dell'art. 2 c.p..

Ritiene, tuttavia, questo ricorrente che né la lettera, né la ratio del citato IV comma dell'art. 2, con cui si vuole salvaguardare l'efficacia intimidatrice della legge eccezionale, consentano distinzioni di sorta nell'ambito della *jus superveniens*, che in ogni caso deve considerarsi non applicabile al fatto in precedenza commesso. Del resto, tra le rare pronunce giurisprudenziali che si conoscono in materia, si coglie proprio un'incondizionata negazione della retroattività della sopravveniente legge eccezionale più favorevole (Cass. 19 dicembre 1941, in Giust. pen. 1942, III, 132 s.).

Ma, anche a voler ammettere deroghe a quest'orientamento, va comunque considerata la dottrina secondo cui l'"ultrattività" viene meno solamente a condizioni particolari, individuate nella sopravvenienza non già di qualsiasi norma penale, bensì di altra "legge intesa a regolare la medesima materia sempre in aderenza allo stato di eccezione e con stretto riferimento ad esso". In questo ambito, altrettanto esplicita è la pronuncia, secondo cui, sempre in caso di successione di leggi eccezionali, il principio della retroattività della legge più favorevole si applica "se la legge posteriore ha carattere soltanto di maggiore organicità rispetto alla prima, allo scopo di rendere la norma aderente alle stesse esigenze di prima" (Cass. 1° marzo 1943, in Giust. pen. 1943, III, 269 c.). E quindi, anche se si dovesse accogliere in materia un orientamento possibilista, non ne potrebbe derivare l'applicabilità retroattiva dell'art. 62 bis c.p., in quanto disposizione che, sia pur introdotta in tempo di guerra, e per ciò compresa nel novero delle "leggi eccezionali" nel significato di cui all'art. 2 c.p., di certo non era precipuamente intesa a regolare la situazione di eccezione.

2. Nella parte in cui concede l'attenuante prevista dall'art. 59, I comma n.1, c.p.m.p. ad entrambi gli imputati, per erronea applicazione della legge penale (art. 606, I comma, lett. b, c.p.p.).

La sentenza in fatto accerta che, a seguito dell'attentato di via Rasella, il ten. col. KAPPLER ha riunito il 24 marzo 1944 gli ufficiali suoi dipendenti, e nell'occasione stabilito, essendo senza dubbio già noto l'ordine del FUEHRER secondo cui doveva procedersi all'uccisione di dieci italiani ogni tedesco, che il ten. PRIEBKE partecipasse all'azione criminosa sin dalla preparazione, mentre il magg. HASS vi concorresse nelle operazioni finali, per essere di esempio alla truppa in un compito tanto gravoso e disumano. Accerta inoltre che nessuna benché minima obiezione v'è stata in quel momento, né successivamente, né da parte di PRIEBKE, né di HASS, e che per ciò il comandante KAPPLER non ha svolto nei loro confronti, a differenza che nella fase finale all'indirizzo del cap. WETJEN, alcuna attività di persuasione all'esecuzione dell'ordine, né di semplice conferma del medesimo; tanto meno li ha minacciati di fucilazione immediata in caso di disobbedienza, né di deferimento al giudizio del Tribunale militare. E la ricostruzione del giudice di primo grado, del reato, è perfettamente congrua ad altre risultanze, pure acquisite in sentenza: PRIEBKE ed HASS erano zelanti ufficiali SS, fedeli ai principi del nazismo, e ben partecipi del Fuehrerprinzip, per cui la disposizione di HITLER non era semplicemente un ordine, bensì assumeva dignità di atto normativo, anzi del vertice delle fonti del diritto.

Per questi passaggi della tragica vicenda, appare evidente che la concessione dell'attenuante della determinazione al reato da parte del superiore denuncia un'erronea applicazione dell'art. 59, I comma n.1, c.p.m.p.

Nella legge penale militare non si è affatto inteso attenuare la responsabilità dell'inferiore per il solo fatto che sia concorso nel reato con il superiore. Il semplice dato del concorso tra superiore e inferiore viene, invece, ad aggravare la responsabilità del superiore (art. 58, I comma, c.p.m.p.).

Nemmeno si è voluto attenuare la responsabilità dell'inferiore per il solo fatto che abbia commesso il reato su ordine del superiore. In tal caso, trattandosi di ordinamento che già conosce singolari fenomeni quali la legittima difesa come attenuante (art. 42, IV comma, c.p.m.p.) e un'attenuante di eccesso doloso (art. 58, I comma, c.p.m.p.), si sarebbe senza difficoltà delineata l'attenuante per l'inferiore che abbia commesso "un fatto costituente reato per ordine del superiore o di altra autorità (art. ex art. 40 c.p.m.p., ora abrogato).

Per aversi la determinazione al reato da parte del superiore non basta, dunque, il mero concorso con lo stesso; ma nemmeno, come dimostra di ritenere la sentenza, che il superiore abbia semplicemente notificato un ordine proprio o altrui a subordinati incondizionatamente partecipi e disposti ad un certo tipo di obbedienza. Occorre, invece, qualcosa di più di una normale espressione dell'organizzazione gerarchica, che porta all'esecuzione senza difficoltà degli ordini legittimi e spesso anche degli ordini costituenti reato. E dunque, per la sussistenza della determinazione che dà vita all'attenuante, è necessario che il superiore si sia trovato di fronte ad un iniziale rifiuto di obbedienza, o anche a qualche obiezione del subordinato, e che per ciò si sia egli indotto, nell'esercizio della sua autorità, ad un'attività di convincimento nei confronti del medesimo. Solo a queste condizioni può dirsi che il superiore abbia determinato l'inferiore, abbia creato in lui l'intenzione di commettere il reato. Del resto, nella fattispecie per molti aspetti analoga dell'aggravante dell'art. 112, I comma n.3, c.p., non si dubita che "...non è sufficiente che sia posta in essere qualsiasi forma di determinazione, ma è necessario che la persona che gode di poteri di autorità, direzione o vigilanza abbia fatto leva proprio su tali poteri per esercitare una vera e propria coazione psicologica sul dipendente, determinandolo così al reato" (Cass., 25 gennaio 1962, Cass. pen., Mass. 62, 1064).

3. Nella parte in cui concede ad HASS l'attenuante prevista dall'art. 59, I comma n.2, c.p.m.p., per inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità o decadenza (art. 606, I comma, lett. c, c.p.p.), e per erronea applicazione della legge penale (art. 606, I comma, lett. b, c.p.p.).

Si concede ad ha HASS l'attenuante della minima partecipazione al reato (art. 59, I comma n.1, c.p.m.p.), nonostante, come nella stessa sentenza si riconosce, ricorrano talune delle condizioni ostative indicate nell'art. 58 c.p.m.p., e più particolarmente le circostanze aggravanti del concorso con inferiore (art. 58, I comma), e del concorso di cinque o più persone (art. 112, I comma n.1, c.p.). Singolare decisione, adottata nella considerazione che le dette due aggravanti non sarebbero enunciate nel decreto che dispone il giudizio.

In verità, nella pur succinta imputazione, che non indica sul punto le disposizioni violate, le due aggravanti risultano ugualmente contestate: la prima in quanto vi è indicato che il magg. HASS è concorso nel reato con l'inferiore ten. PRIEBKE; la seconda perché il reato è descritto come posto in essere in concorso da non meno di cinque persone: KAPPLER, HASS, PRIEBKE e "altri militari tedeschi", e quindi due o più.

Ma, anche volendo prescindere da questi ultimi rilievi, non v'è dubbio che la concessione dell'attenuante sia frutto di un'indebita estensione del principio di garanzia degli artt. 417, 429, 517, 520, 521 e 522, c.p.p., e di inosservanza della basilare disposizione dell'art. 2 c.p.p., secondo cui la cognizione del giudice riguarda ogni questione da cui la decisione

viene a dipendere. Ora, pur essendo vero in caso di mancata contestazione dell'aggravante non se ne può tenere conto per aumentare la pena, la cognizione del giudice, ad ogni altro fine, e quindi anche per la decisione sulla sussistenza di un'attenuante, comunque deve riguardare ogni elemento di fatto influente sulla decisione, compresi quelli corrispondenti ad aggravanti non considerate nel decreto di rinvio a giudizio. Ne sarebbe ugualmente derivata, come nella stessa sentenza si riconosce, la non applicabilità dell'attenuante dell'art. 59, I comma n.2, c.p.m.p.

4. Nella parte in cui non si pronuncia sulle aggravanti previste dagli artt. 58, I comma, c.p.m.p., e 112, I comma n.1, c.p., per inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (art. 606, I comma, lett. c, c.p.p.), e per inosservanza della legge penale (art. 606, I comma, lett. b, c.p.p.).

Come già detto nel n.3, risultavano contestate, sia pur con l'irregolarità dell'omessa indicazione delle corrispondenti disposizioni di legge, ad HASS l'aggravante del concorso con inferiore (art. 58, I comma, c.p.m.p.), e ad entrambi quella del concorso nel reato di cinque o più persone (art. 112, I comma n.1, c.p.). La sentenza non si pronuncia al riguardo, in violazione delle norme degli artt. 1, I comma, e 533, I comma, c.p.p., e con la conseguenza inoltre dell'inosservanza delle legge penale.

Non può, invece, considerarsi contestata a PRIEBKE l'aggravante dell'art. 58, I comma, c.p.m.p., in quanto dall'imputazione non risulta che tra i militari con cui egli è concorso nel reato vi fossero degli inferiori in grado.

5. Nella parte in cui concede ad entrambi il condono nella misura di anni dieci, per inosservanza della legge penale (art. 606, I comma, lett. c, c.p.p.).

La sentenza dichiara condonata la pena inflitta agli imputati nella misura di anni dieci, in applicazione di sei decreti indulgenziali (d.P.R. 4 giugno 1966, n.432; d.P.R. 22 maggio 1970, n.283; d.P.R. 4 agosto 1978, n.513; d.P.R. 18 dicembre 1981, n.744; d.P.R. 16 dicembre 1986, n.865; d.P.R. 22 dicembre 1990, n.934), senza tuttavia fornire una benché scheletrica indicazione sulle modalità di raggiungimento di quel risultato. Totale, del resto, che non è conseguenza automatica di sei provvedimenti di clemenza, dal momento che la maggior parte tra questi prevede la possibilità del condono di un anno, invece che nella misura di anni due.

Il ricorrente, sull'applicabilità dei citati decreti di indulto, e sulla quantità della corrispondente riduzione di pena, ritiene di dover rilevare le seguenti violazioni di legge.

Quanto al decreto del 1966, che è il primo dei provvedimenti indulgenziali che non esclude il condono per ogni reato militare compreso nella categoria "contro le leggi e gli usi della guerra", appare evidente come la concessione del condono per il reato de quo si ponga in violazione dell'art. 2, lett. c, nel quale si escludono i reati previsti dagli artt. 575, 576 e 577 c.p. Non è infatti dato di dubitare, anche a voler prescindere da un minimo di razionalità, che nella previsione rientri anche il plurimo omicidio delle Fosse Ardeatine, in quanto gli articoli citati nel codice comune non forniscono al reato militare dell'art. 185 c.p.m.g. solamente il trattamento sanzionatorio, come vorrebbe il giudice di primo grado, bensì il precetto intero e le aggravanti specifiche, secondo una tecnica ben nota ed adottata anche per altre figure di reato nei codici militari (ad es. artt. 186, 195 224, ecc. c.p.m.p.). Il che si coglie, naturalmente, nel testo stesso dell'art. 185, II comma, che si riferisce all'omicidio e alla lesione grave e gravissima, senza tuttavia delineare, e quindi con richiamo integrativo alle corrispondenti disposizioni comuni, tra cui quelle citate, la cui violazione esclude il condono.

Quanto al decreto del 1970, valgono le medesime considerazioni, che tuttavia conducono al risultato del condono nella misura di un solo anno, anziché due, come disposto dall'art. 6, V comma. Pertanto, la concessione del condono viola quest'ultima disposizione, nella parte in cui viene disposto, eventualmente, nella misura di anni due. Deve notarsi, inoltre, che un'altra violazione può profilarsi in via subordinata: a norma dell'articolo medesimo, II comma, il condono va ugualmente contenuto in un anno, se per il reato viene applicato il precedente indulto del 1966.

Quanto al decreto del 1978, valgono ancora le medesime considerazioni, che però in questo caso approdano, come per il decreto del 1966, alla totale esclusione dal condono. Il combinato disposto degli artt. 6, II comma, e 7, I comma, i quali dunque vengono violati dalla concessione del condono, prevede infatti la esclusione dei reati di omicidio, salvo il caso di sussistenza di taluna delle attenuanti di cui all'art. 62 nn.1 e 2 c.p. Anche in questo caso, si profila poi in via subordinata l'ulteriore inosservanza della legge a norma del medesimo art. 6, III comma: il condono deve essere contenuto in un anno, se per il reato viene concesso un precedente decreto di indulto.

Quanto al decreto del 1981, si tratta negli aspetti qui rilevanti della copia del precedente. Le disposizioni violate con la concessione del condono sono quelle degli artt. 6, II comma, e 7, I comma. Nel III comma del medesimo art. 6 si riproduce inoltre la regola sopra citata, la cui violazione viene proposta in via subordinata, del condono nella misura di un solo anno.

Quanto al provvedimento del 1986, ancora una volta ne risulta l'esclusione del reato de quo, perché compreso nella categoria dell'omicidio. Sul punto, nel decreto compare persino un'interpretazione autentica: nell'art. 8 si esclude l'"art. 575 (omicidio), salvo quanto disposto nel comma 2 dell'art. 6...", e in quest'ultimo si dispone il condono ridotto ad un anno a determinate condizioni "per i reati di omicidio volontario previsti dal secondo comma dell'art. 186 e dal secondo comma dell'art. 195 del codice penale militare di pace". E dunque dallo stesso legislatore sono qualificati di omicidio questi ultimi reati, strutturati rispetto agli artt. 575 e segg. c.p. con la stessa tecnica dell'art. 185 c.p.m.g.; inoltre, la disposizione che li riguarda opera, per lo stesso tenore letterale, in deroga al principio dell'art. 8 in tema di "omicidio". Ne risulta autenticamente stabilita la sussunzione del reato de quo, come di ogni altro configurato con l'integrazione degli artt. 575 e segg. c.p., nel novero dell'omicidio, e quindi nell'ambito della totale esclusione dal condono. La sentenza viola per ciò le citate disposizioni degli artt. 8 e 6, II comma.

Per quanto infine concerne il decreto del 1990, si ritiene di non dover formulare alcuna valutazione critica.

P. Q. M.

Letti gli artt. 569, 570, 606, 623 e 624 c.p.p.;

C H I E D E

che la Corte di Cassazione pronunci l'annullamento, nelle parti impugnate, della sentenza del Tribunale militare di Roma, in data 22 luglio 1997, nel procedimento contro HASS Karl e PRIEBKE Erich, con rinvio del giudizio ad altra sezione del medesimo Tribunale.

Roma, 2 ottobre 1997

IL PROCURATORE GENERALE MILITARE f.f.
Giuseppe Rosin

**Atto di Appello del Procuratore Militare della Repubblica presso
il Tribunale Militare di Roma, in data 27.10.1997**

**Procura Militare della Repubblica
presso il Tribunale Militare di Roma**

**ATTO DI APPELLO
(artt. 261 c.p.m.p., 593 e segg. c.p.p.)**

Il Procuratore militare della Repubblica

appella avverso la sentenza del Tribunale militare di Roma in data 22 luglio 1997, con la quale l'ex maggiore Karl HASS e l'ex capitano Erich PRIEBKE, entrambi già appartenenti alle SS germaniche, sono stati riconosciuti responsabili del reato continuato ed aggravato di concorso in violenza con omicidio in danno di cittadini italiani (artt. 13 e 185, c. 1 e 2, c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575 e 577, nn. 3 e 4, e 61, n.4, c.p.) per l'eccidio delle "Cave Ardeatine" (Roma, 24 marzo 1944), con la condanna di HASS alla pena della reclusione per anni dieci e mesi otto (di cui dieci anni condonati) e di PRIEBKE alla pena della reclusione per anni quindici (di cui dieci condonati), previa concessione ad entrambi delle circostanze attenuanti (art. 62 bis c.p.) e di aver commesso il fatto per essere stati determinati da un superiore a commettere il reato (art. 59, n.1, c.p.m.p.), nonché al solo HASS dell'attenuante di aver prestato opera di minima importanza nella preparazione e nell'esecuzione del reato (art. 59, n.2, c.p.m.p.).

1. Premessa.

La sentenza del Tribunale militare di Roma è caratterizzata da gravi errori di diritto, nonché da ambiguità e contraddizioni, che, pur a fronte dell'affermazione della colpevolezza di entrambi gli imputati, Erich PRIEBKE e Karl HASS, concorrono nella determinazione, in concreto, di pene decisamente incongrue quanto alle rispettive misure.

Il punto focale risulta correlato alla specifica connotazione del fatto al centro del processo, avente indici di eccezionale criminosità in ragione delle modalità di attuazione dell'eccidio: riassuntivamente, l'inaudita crudeltà, tanto più grave in quanto attuata con premeditazione.

L'esistenza di tali circostanze aggravanti è stata riconosciuta dal Tribunale al punto da reputarle idonee, per effetto di argomentate motivazioni tecnico-giuridiche, a determinare il risultato dell'imprescrittibilità del reato contestato, pur a fronte della ritenuta esistenza di circostanze attenuanti, non dichiarate formalmente prevalenti sulle prime, ma, alle quali, di fatto, è stata conferita efficacia poizore. Ne è scaturito un giudizio di comparazione, aprioristicamente e espressamente dichiarato inapplicabile dal Collegio (sulla base di una ritenuta ratio storicamente individuata) e, di fatto, contraddittoriamente utilizzato, mediante un procedimento logico avente notevoli aree di oscurità.

In effetti, la trasposizione sul piano giuridico dell'ineludibile rilevanza delle concrete modalità dell'eccidio, così come puntualmente acclamate nel corso di due dibattimenti (quello del 1948 nell'ambito del processo contro il Tenente Colonnello delle SS tedesche

Herbert KAPPLER e l'altro conclusosi con la sentenza che si impugna) non può sfociare in un risultato tale da "banalizzarlo" e rendere inefficace il contenuto precettivo di disposizioni alle quali il Tribunale conclama fedeltà (segnatamente agli artt. 23 c.p.m.g. e l'art. 69 c.p. nella originaria formulazione).

La cadenza argomentativa del Collegio rimane oscillante in una linea d'ombra in cui l'intento empirico di carattere umanitario nei confronti degli imputati, segnatamente in ragione della loro età avanzata (certamente apprezzabile ma da realizzare nella fase propria e non elusivamente e surrettiziamente in sede di giudizio di comparazione), fa aggio sul rispetto delle norme in materia di circostanze del reato, realizzando il risultato di inaccettabile compromesso.

Peraltro, anche l'iter seguito dal Tribunale per dichiarare l'imprescrittibilità del reato rivela un'evidente macchinosità, di dubbio rigore logico-giuridico, a fronte delle argomentazioni già prospettate sul punto da questo Ufficio, che il Collegio ha ritenuto fondate, ma depotenziate quanto alla loro "decisività" (p. 103 della sentenza), per effetto dell'altra soluzione preferita.

Il risultato obbligato della cadenza argomentativa sostenuta da questa Procura, alla quale sono riservate dal tribunale positive considerazioni (pagg. 104 - 110), non conduce - diversamente da come opina il Collegio - all'alternativa tra la mera disapplicazione dell'art. 157 c.p. e la proposizione di apposita questione di legittimità costituzionale. Invero, la "disapplicazione", come canone ermeneutico ed operativo, rileva nei rapporti tra legge ed atto amministrativo ritenuto incidenter tantum illegittimo, mentre, nel caso in esame, si verte sul rapporto tra due norme di eguale rango formale: una a valenza generale e l'altra speciale. In altri termini, avuto riguardo alla differenza concettuale tra disposizione e norma, si configura un concorso apparente di norme coesistenti - quella incorporata nell'art. 157 c.p. e l'altra, sulla imprescrittibilità, di origine internazionalista e direttamente immessa nel nostro ordinamento per effetto dell'art. 10, c.1, Cost. - che si risolve, sulla base dell'art. 15 c.p., senza la necessità di ricorrere ad interventi della Corte costituzionale. In definitiva, la norma sui reati speciali costituiti da crimini di guerra prevale sulla disposizione, avente portata generale, sicché l'imprescrittibilità opera indipendentemente dall'entità della pena, in ragione della qualificazione formale del fatto di reato.

Contrariamente a quanto si potrebbe ritenere a prima vista, non si tratta di risultato caratterizzato da particolari indici di eccezionalità. L'ordinamento conosce altri casi di reati speciali imprescrittibili, a fronte delle disposizioni generali del codice penale (cfr., sul punto, MANZINI, "Trattato di diritto penale italiano", 1981, col. III, p. 581; per una problematica generale dell'adattamento del diritto interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, CASSESE in "Commentario della Costituzione", col. I, Bologna, 1975, p. 485 e segg.).

In dettaglio, le osservazioni dell'appellante avverso la sentenza risultano dal par. 2 e 3 seguenti.

2. Erronea applicazione di circostanze attenuanti nei confronti di Erich PRIEBKE (artt. 5°, n.1,c.p.m.p. e 62 bisc.p.) e di Karl HASS (artt. 59, n.1 e n.2, c.p.m.p.).

Il Tribunale individua la sussistenza delle aggravanti contestate, sulla base di affermazioni nette di responsabilità, che non possono essere, poi, in sede di valutazione delle attenuanti, obliterate.

In particolare, relativamente al PRIEBKE, la sentenza che l'imputato ha "con piena coscienza e volontà fornito il proprio contributo causale all'eccidio delle Cave Ardeatine" partecipando "al reato non già in fase meramente esecutiva ma sin dal momento organizzativo" (pag.61), essendo chiamato "a collaborare nella preparazione della strage, partecipando a formare gli elenchi dei martiri da passare per le armi e successivamente controllandoli al loro arrivo alle Cave in posizione di assoluta preminenza organizzativa" (pag.25), essendo fra l'altro "affidatario delle liste dei morituri", "compito tutt'altro che marginale e secondario" (pag.56).

Con riguardo all'aggravante di cui all'art. 61, n.4, c.p., il Collegio - dopo aver ribadito il ruolo di rilevante importanza svolto dal PRIEBKE sia nella preparazione sia nella esecuzione dell'eccidio ed aver sottolineato il grado di inaudita gravità in cui la crudeltà si è manifestata - ha ritenuto ascrivibile all'imputato l'aggravante in questione in quanto, in primo luogo "l'ordine di eseguire l'eccidio delle Cave Ardeatine non ha trovato nel PRIEBKE un mero esecutore, bensì esso è stato recepito in spirito di piena condivisione; in secondo luogo, non può non rivelarsi come l'ordine superiormente impartito non si spingeva fino a dettagliarne le specifiche modalità esecutive, le quali pertanto vennero programmate ed eseguite dall'"imputato" (pag.73).

Ad ulteriore conferma del reale convincimento del Collegio sopra richiamato, si deve considerare quanto affermato nel provvedimento impugnato, in ordine all'uccisione delle cinque persone in più rispetto al numero, divisato originariamente, dei soggetti da fucilare.

Il Tribunale ha correttamente ritenuto non verosimile la tesi secondo cui i cinque sventurati furono passati per le armi per errore e solo a seguito di un'involontaria loro inclusione nelle liste. Ha considerato, invece, plausibile che "vi sia stato un momento in cui il PRIEBKE, quale affidatario delle liste, si è accorto che vi erano cinque prigionieri in più" (pag.45), rilevando come debba "afferinarsi che l'uccisione delle cinque persone eccedenti il numero dei trecentotrenta fu posta in essere con piena consapevolezza e che tale consapevolezza fu massima nel PRIEBKE, quale ufficiale che, tenutario delle liste delle vittime e preposto alla formazione dei gruppi che di volta in volta venivano avviati a morte, direttamente rilevò l'eccedenza numerica" (pag.49).

Quanto alla posizione dell'ex maggiore HASS, il Tribunale ha individuato differenze nel ruolo da questi svolto rispetto a quello del PRIEBKE, concludendo che egli era pienamente consapevole dell'inaudita criminalità del programma da realizzare alle Cave Ardeatine (p.63), ma ne afferma la responsabilità (a titolo di dolo eventuale) anche nei confronti delle cinque persone che furono eliminate perché testimoni pericolosi (p.65), evidentemente perché l'ex ufficiale partecipò alla riunione dei capi servizi, tenuta da KAPPLER dopo l'azione partigiana di via Rasella, nel corso della quale venne rilevata l'esigenza della massima segretezza dell'esecuzione (p.66).

Sorprendentemente, però, il Collegio nega l'esistenza per l'HASS dell'aggravante della premeditazione per carenza dell'elemento ideologico (p.68), anche se di tale esclusione non è cenno nel dispositivo. Si tratta di parte delle contraddizioni, sulle quali si tornerà.

E' evidente l'antinomia logica tra la ricostruzione in fatto e l'applicazione per entrambi gli imputati dell'attenuante di cui all'art. 59, n.1, c.p.m.p., specie tenuto conto dell'acclarata intensità del dolo attribuita al PRIEBKE.

L'art. 59, n.1, c.p.m.p., configura, com'è noto, una circostanza meramente facoltativa che richiede una duplice valutazione: la configurabilità della "determinazione" da parte

del superiore e l'opportunità di una diminuzione della pena, considerate le particolarità del fatto e la personalità del reo.

La "determinazione", nel significato, conforme alla ratio legis, di forte coazione psicologica nella genesi del rapporto causale, non può ritenersi sussistente sol perché il fatto è stato commesso sulla base di un ordine impartito dal superiore. E' necessario che sia riscontrabile un'attività del superiore specificamente diretta e risultata idonea a creare nel subordinato il proposito criminoso; attività, fra l'altro, tale da comportare l'applicabilità nei confronti del superiore dell'aggravante speculare prevista dall'art. 112, n.3, c.p..

Infatti, come precisato in ordine alla suddetta aggravante dalla Corte di cassazione (Sez. II, 27 luglio 1989, n.10693), il dato qualificante della determinazione è rappresentato da un comportamento che, al di là di ogni classificazione del rapporto sottostante, abbia consentito la realizzazione di specifici reati, le facoltà di reazione del soggetto "determinato" un forza dell'esercizio di una specifica attività di coercizione, di condizionamento psicologico o comunque di persuasione.

Nel caso di specie, non appare rilevabile una siffatta condotta riferibile al KAPPLER ovvero ad altro superiore. In particolare, in relazione alle dichiarazioni degli imputati di essere stati minacciati e di aver ucciso per sottrarsi al pericolo di essere deferiti ai Tribunali delle SS. il Tribunale afferma: "(...) Non è vero. Né il PRIEBKE, né l'HASS hanno ricevuto alcuna minaccia, tanto meno dal KAPPLER: il primo, il "tenente feroce", uno dei torturatori di via Tasso, era del KAPPLER un collaboratore tra i più fidati (...) il secondo, Capo Sezione Spionaggio, era in evidente rapporto confidenziale con il KAPPLER (...)" (pag.56).

D'altro canto non possono considerarsi "determinati" a commettere il reato soggetti quali il PRIEBKE e l'HASS che, in sede di ricostruzione del fatto sono stati ritenuti non solo, per il rispettivo ruolo direttivo, collaboratori attivi e zelanti del KAPPLER, ma, segnatamente il PRIEBKE, in posizione di relativa autonomia nell'integrare, con disposizioni di dettaglio, la fase esecutiva della prescrizione di servizio ricevuta (p.73 della sentenza).

Appare poi tutt'altro che condivisibile la ritenuta opportunità di diminuzione della pena, atteso che - pur trattandosi di esercizio di un potere discrezionale - il giudice di merito deve tener conto, anche alla luce delle pronunce costanti della Corte di cassazione (Sez. II, 2 agosto 1965, n.126; Sez. I, 20 aprile 1979, n.3847; Sez. II, 9 febbraio 1980, n.2032; Sez. VI, 18 novembre 1989, n.16058), fra l'altro, della gravità e più generale delle "particolarità del fatto", che, nel caso di specie, non sono, ad evidenza, tali da giustificare un giudizio di concedibilità.

Quanto alle attenuanti generiche, relativamente al PRIEBKE, non appaiono, in concreto, sussistere gli elementi positivi indicati dal giudice di primo grado. Emergono, anzi, incongruenza in relazione alle valutazioni già esplicitate dal Collegio in sede di giudizio sulle aggravanti.

Infatti, il Tribunale, nel ritenere applicabili le attenuanti generiche anche al PRIEBKE sotto il profilo dei motivi a delinquere, afferma che l'imputato avrebbe posto in essere la condotta criminosa, perché chiamato ad assolvere un ruolo consequenziale alle funzioni esercitate nell'organigramma del Comando tedesco (cfr. pag.84 dell'impugnata sentenza).

Tali considerazioni non appaiono compatibili con il ruolo di rilevante importanza che, a giudizio del medesimo Collegio, il PRIEBKE avrebbe svolto, fra l'altro, con "spirito di piena condivisione", provvedendo a programmare, oltreché eseguire, con zelo, l'ordine

illegittimo che fu il risultato di una perversa interazione psicologica tra i vari comandi tedeschi di diverso livello, tutti protesi a realizzare la vendetta collettiva a seguito dell'azione partigiana di via Rasella. Al processo di formazione della volontà di procedere alla fucilazione collettiva non fu peraltro estranei il PRIEBKE, come le risultanze processuali hanno inequivocabilmente provato.

Per quanto concerne, poi, l'altro elemento positivo considerato dal giudice di primo grado e cioè la condotta susseguente al reato, va rilevato che il PRIEBKE ha tenuto un comportamento processuale che - contrariamente a quanto dichiarato nella sentenza impugnata - non è stato certamente collaborativo. L'imputato non solo si è - com'era in sua legittima facoltà - sottratto all'esame dibattimentale, ma non ha in alcun modo mostrato il benché minimo segnale di una rivalutazione critica della propria condotta, chiudendosi in un algido e quasi sdegnoso isolamento.

Non è inoltre condivisibile il giudizio positivo in ordine alle condizioni di vita del PRIEBKE, fondato sulla considerazione che l'imputato, prima del suo arresto in Argentina nel maggio del 1994, avrebbe tenuto una condotta normale, vivendo per cinquant'anni senza mai nascondere la propria identità, sia sul rilievo attribuito all'età avanzata del medesimo.

A parte il valore improprio conferito alla ritenuta "normalità", lo stesso Tribunale, nel far riferimento a norme del nostro sistema penale che attribuiscono rilevanza all'età dell'indagato o condannato, richiama disposizioni che, in realtà, o sono dirette ad evitare la misura cautelare della custodia in carcere ovvero attengono alla fase esecutiva, in cui più propriamente devono essere prese in considerazione le condizioni soggettive, in esse compresa l'età del condannato.

Quanto alla ritenuta concedibilità all'HASS dell'attenuante dell'aver prestato opera di minima importanza, appare di tutta evidenza l'erronea applicazione dell'art. 59, n.2, c.p.m.p.

In primo luogo, l'opera prestata da taluno dei concorrenti può ritenersi di "minima importanza" soltanto qualora abbia esplicito un'efficacia eziologica del tutto marginale e quasi irrilevante nella produzione dell'evento (Cass. Sez. I, 11 agosto 1978, n.10693; Cass. Sez. I, 18 marzo 1982, n.2975, Cass. Sez. I, 29 dicembre 1988, n.12886; Cass. Sez. IV, 7 luglio 1993, n.6664).

In tal senso, non può certamente ritenersi di minima importanza la condotta dell'HASS. Egli ha, infatti, posto in essere un contributo senza dubbio essenziale ai fini della sicura e compiuta realizzazione del fatto. Appare, sotto questo profilo, già di per sé rilevante la considerazione che l'HASS, conformemente a quanto disposto dal KAPPLER, fu chiamato a dare l'esempio alla truppa, attraverso la partecipazione personale all'uccisione delle vittime, al fine di evitare qualsivoglia titubanza nell'attuazione dell'efferata esecuzione dell'eccidio, come del reato, sotto un diverso profilo, il Collegio riconosce (p.63 della sentenza).

In ogni caso, a prescindere dalle suesposte considerazioni, va rilevato che la norma dell'art. 59, n.2 c.p.m.p. esclude l'applicabilità dell'attenuante in questione nell'ipotesi in cui sussistano le aggravanti previste dall'art. 58 c.p.m.p. ed, in particolare, per quanto di rilievo nel caso di specie, le aggravanti del concorso con un inferiore (art. 58, c.1, c.p.m.p.) e del concorso di cinque o più persone (art. 112, c.1, c.p.).

Ebbene, il Tribunale espressamente rileva che "l'HASS, quale maggiore delle SS tedesche, ha concorso nel reato di cinque persone, tra le quali anche il PRIEBKE, suo inferiore in

grado. Ma in realtà nessuna di queste due aggravanti, né quelle dell'art. 112, c.1, c.p., né quella dell'art. 58 c.p.m.p. risulta ascritta agli imputati" (pag. 79 della sentenza).

Invero, nel capo di imputazione, le predette aggravanti sono sostanzialmente e chiaramente contestate: oltre al concorso con inferiore, individuabile nel coimputato capitano PRIEBKE, appare infatti esplicitata anche la presenza di più di cinque concorrenti, in quanto si fa riferimento, oltre a KAPPLER, ad "altri militari tedeschi (alcuni dei quali già giudicati)", con rinvio implicito ad una sentenza (che il Tribunale ha ritualmente acquisito agli atti).

Quanto sopra rilevato risulta determinante ai fini dell'applicabilità dell'art. 59, n.2, c.p.m.p.. Infatti, né è essenziale la contestazione formale delle aggravanti in questione, né assume rilevanza alcuna il fatto che non si sia tenuto conto delle predette circostanze nella determinazione della pena: ciò non fa venir meno l'obbligo del giudice di considerare le medesime aggravanti - ove ritenute sussistenti, come nel caso di specie - con l'effetto dell'inapplicabilità dell'attenuante di cui si tratta (con riferimento ad analoga previsione normativa contenuta nell'art. 114 c.p., cfr. Cass. Sez. I, 28 marzo 1969, n.1506; Cass. Sez. I, 23 settembre 1977, n.11103).

3. Erronea applicazione di provvedimenti indulgenziali

Il Giudice di primo grado ha ritenuto applicabili al fatto commesso da entrambi gli imputati i provvedimenti indulgenziali emanati a decorrere dal 1966, sul presupposto della mancata, espressa esclusione del reato militare di cui all'art. 185 c.p.m.g. dal beneficio in questione.

Contrariamente a quanto disposto dall'art. 3 del D.P.R. 24 gennaio 1963, n.5, i successivi decreti di concessione dell'indulto non includono nell'elencazione dei reati esclusi dal beneficio quelli di cui al titolo IV, libro III c.p.m.g.

Da tale rilievo il Tribunale ha tratto il convincimento della mutata volontà del legislatore di ricomprendere anche tali fattispecie penali nel beneficio, "dato che in nessuno di essi si rinvenivano disposizioni tendenti al ripristino dell'esclusione" (pag. 114 del provvedimento impugnato).

Orbene, il Tribunale, pur richiamandosi ai principi generali consolidati in punto di interpretazione delle norme clemenziali, non ha tuttavia rilevato che, nel corso di specie, il rispetto di tali regole interpretative non comporta l'inclusione del reato de quo nel beneficio.

La causa dell'erronea applicazione da parte del giudice di primo grado di alcuni dei decreti indulgenziali indicati deve individuarsi nella omessa considerazione della peculiarità del sistema penale militare, in relazione alla scelta del legislatore di definire molte delle fattispecie penali militari (tra cui quella di cui all'art. 185 c.p.m.g.) attraverso il richiamo integrativo a corrispondenti fattispecie penali comuni. Infatti il sistema del codice penale militare, nella duplice ramificazione "di pace" e "di guerra" - com'è noto - ha recepito, come basilare principio informatore, la complementarità rispetto al codice penale comune. Non si è trattato di opzione eminentemente "ideologica", ma di tecnica legislativa atta a garantire, il più possibile, la realizzazione di un codice "snello". Sintomatica, sotto tale profilo, era l'originaria formulazione dell'art. 264 c.p.m.p., relativa ai cosiddetti reati militarizzati, che costituiva apparentemente una norma ad effetti processuali, ma che, in realtà, aveva una portata sostantiva, espressione concreta di un principio di eterointegrazione del codice penale militare.

In tale quadro è frequente il ricorso alla tecnica legislativa del rinvio ricettizio: le disposizioni richiamate costituiscono il nucleo centrale della fattispecie, che trova complemento, per modalità soggettiva o temporali, nella norma "militare".

E' questo, ad evidenza, il caso dell'art. 185 c.p.m.g.

In particolare, il reato in questione - in applicazione della tecnica legislativa indicata - risulta definito nei suoi elementi costitutivi proprio attraverso il rinvio ricettizio all'art. 575 c.p.. Pertanto il richiamo all'omicidio comune deve considerarsi ontologico e non soltanto quoad poenam, come invece affermato nella sentenza impugnata.

Va a questo punto rilevato che in tre dei sei decreti indulgenziali applicati (D.P.R. 4 agosto 1978, n.413; D.P.R. 18 dicembre 1981, n.744; D.P.R. 16 dicembre 1986, n.865) il legislatore ha espressamente disposto l'esclusione dell'indulto per il delitto di omicidio di cui all'art. 575 c.p.. Dunque, sulla base delle considerazioni sinora effettuate, a tale espressa previsione legislativa consegue l'inapplicabilità dei tre decreti suindicati anche al reato di cui all'art. 185 c.p.m.g. per effetto della stessa peculiare configurazione del sistema penale militare e, pertanto, prescindendo da qualsiasi intervento di assimilazione analogica svolto in via interpretativa.

E' opportuno altresì evidenziare che, anche laddove il legislatore, prima del 1966, ha fatto esplicito riferimento a reati militari previsti dal c.p.m.g. per escluderli dall'indulto, non ha, invero, richiamato specificamente l'art. 185 c.p.m.g., non abbisognevole, per quanto sinora detto, di previsione specifica ulteriore rispetto a quella dell'art. 575 c.p., bensì l'intero titolo IV del libro III, con l'evidente intento di impedire l'applicazione del beneficio ad una serie eterogenea di reati, che, diversamente, sarebbero stati ricompresi nel provvedimento clemenziale.

4. Conclusioni

Sulla base delle considerazioni che precedono, si chiede la riforma della sentenza impugnata, secondo i rilievi formulati, limitatamente ai seguenti capi: concessione delle attenuanti di cui agli artt. 59, n.1, c.p.m.p. e 62 bis c.p. all'imputato Erich PRIEBKE e delle attenuanti di cui agli artt. 59, n.1 e n.2, c.p.m.p. all'imputato Karl HASS; applicazione dei provvedimenti di indulto ad entrambi.

Per l'effetto, si chiede la rideterminazione delle pene già inflitte secondo la corretta osservanza delle norme di legge.

Roma, 27 ottobre 1997

IL PROCURATORE MILITARE DELLA REPUBBLICA
Dr. A. Intelisano

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
16.02.1998

Udienza in Camera di Consiglio in data 16.02.1998
Sentenza n° 962

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Suprema di Cassazione Sezione Prima Penale
composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. Santo Belfiore	Presidente
Dott. Camillo Losana	Consigliere
Dott. Bruno Rossi	Consigliere
Dott. Severo Chieffi	Consigliere
Dott. Giovanni Canzio	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da PRIEBKE Erich, nato a Berlino il 29.7.1913, avverso l'ordinanza del Tribunale militare di Roma in data 5.12.1997.

Sentita la relazione fatta dal Consigliere dott. B. Rossi;

udito il Pubblico Ministero nella persona del dott. V. Garino, che ha concluso per il rigetto del ricorso con le statuizioni consequenziali, la Corte osserva:

Con ordinanza del 5.12.1997 il Tribunale militare di Roma ha respinto l'appello proposto da Erich PRIEBKE avverso il provvedimento in data 5.11.1997, reiettivo dell'istanza di revoca (recte: di declaratoria di perdita d'efficacia) della misura restrittiva cui il predetto è attualmente sottoposto (arresti domiciliari), sull'assunto - per quanto qui interessa - dell'inapplicabilità al caso di specie del disposto dell'art. 300, comma quarto, c.p.p. "in quanto anche sommando i periodi trascorsi in campi di prigionia (dal 13.5.1945 all'agosto 1946), la custodia estradizionale e quella cautelare sofferta fino ad oggi (dal 9.5.1994 in poi) non si perviene all'integrale copertura del periodo di cinque anni, pena in concreto è stata inflitta nel primo grado di giudizio"

Con il proposto ricorso per cassazione il Priebke, per mezzo del suo difensore, deduce vizio di motivazione in ordine alla ritenuta insussistenza delle condizioni per l'applicazione del citato art. 300, c.p.p., sul rilievo che il giudice di merito sarebbe incorso in errore nell'escludere "l'integrale copertura del periodo residuo di detenzione rispetto a quello scontato e a quello coperto dai provvedimenti applicativi dell'indulto", indugendosi, quindi, in una lunga esposizione delle ragioni di tale affermazione e, in particolare, della riferibilità del periodo da lui trascorso come prigioniero di guerra ai fatti per i quali si procede.

Il ricorso non merita accoglimento.

Come esattamente rilevato all'odierna udienza dal procuratore generale militare, dalla pronuncia emessa da questa Corte il 7.5.1997 (n.3229) nei confronti dello stesso Priebke risulta inequivocabilmente che costui per confutare con i motivi di ricorso la tesi della volontarietà della sua sottrazione all'ordine di cattura per il massacro delle "Fosse Ardeatine", aveva sostenuto che al momento della fuga dal campo di prigionia inglese in Rimini, avvenuta nell'agosto del 1946, ignorava l'esistenza del provvedimento restrittivo.

Ciò altro non può significare se non che il periodo trascorso dal ricorrente quale prigioniero delle Forze armate alleate non è riferibile, per ammissione, a tacer d'altro, dello stesso interessato, al titolo di detenzione in discussione.

Ne consegue che la decisione impugnata, ancorché per ragioni parzialmente diverse da quelle indicate dal giudice di merito, è legittima; ciò comporta il rigetto del ricorso con le conseguenze di legge (art. 616, c.p.p.).

Per questi motivi, la Corte, visti gli artt. 127, 606, 616, c.p.p., rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

Roma, 16.2.1998

Il cons. est.
f:to illegibile

Il presidente
Santo Belfiore

Il Collaboratore di Cancelleria
Michelina Romeo

Depositata in cancelleria il 20 giugno 1998

Sentenza della Corte Militare di Appello di Roma, in data
07.03.1998

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Militare d'Appello
composta dai Signori:

Dott. Giuseppe Monica	Presidente
Dott. David Brunelli	Giudice
Dott. Francesco Ufilugelli	Giudice
Cap. Freg. MM Giancarlo Secci	Giudice
Ten.Col.El Claudio Saladini	Giudice

con l'intervento del Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale militare dott. Giuseppe Rosin e con l'assistenza del Collaboratore di Cancelleria Renato Rocca, ha pronunciato in pubblica udienza la seguente

SENTENZA

nel procedimento penale a carico di:

HASS Karl, nato il 5 ottobre 1912 ad Elmscherhagen (Germania), residente ad Albiate Brianza (Milano), elettivamente domiciliato presso il suo difensore avvocato Stefano Maccioni, del foro di Roma, già Maggiore delle "SS" germaniche, libero;

PRIEBKE Erich, nato il 29 luglio 1913 a Berlino (Germania), in atto agli arresti domiciliari, già Capitano delle "SS" germaniche;

in seguito alle impugnazioni proposte del Procuratore generale militare, dal Procuratore militare, dal difensore di Hass e dai difensori di Priebke, avverso la sentenza pronunciata dal Tribunale militare di Roma, in data 22 luglio 1997; ed essendosi costituite come parti civili, nei confronti dell'uno e/o dell'altro degli imputati e per mezzo del difensore rispettivamente specificato, le seguenti:

nei confronti di entrambi gli imputati:

Romoli Luciana, (rappresentata e difesa dall'avvocato Sebastiano Di Lascio, del foro di Roma);

Agnini Ferdinando, Agnini Francesco, Anticoli Ada, Bolgia Rosa, Cacchione Ada, Calderari Lucia, De Angelis Modestino, De Simoni Alba, Di Castro Emma, Di Veroli Agesilao, Di Veroli Emilia, Di Veroli Giacomo, Di Veroli Giovanni, Di Veroli Lazzaro, Frasca Bruno, Galafati Emore, Martella Dina, Mastrogiacomo Giacinto, Spizzichino Giulia, Vittoria Elena, Zerbini Romualdo, (rappresentati e difesi dall'avvocato Marcello Gentili, del foro di Milano);

Ayroidi Antonella, Ayroidi Carlo, Baglivo Simona, Barbieri Franca, Bolgia Giuseppe, Bolgia Rosa, Butera Rosaria, Buttaroni Rosanna, Margioni Giancarlo, Papa Michela, Pappagallo Antonio, Pietrantoni Armando, Polli Maria, Prasca Massimo, Rivalta Anna, Stame Alessandra, Stame Rosina, Stame Teresa, Uttaro Ida, Volponi Sergio, (rappresentati e difesi dall'avvocato Giancarlo Maniga, del foro di Milano);

Comunità Ebraica, (rappresentati e difesi dall'avvocato Oreste Bisazza Terracini, del foro di Roma);

Sed Celestina, Sonnino Giacomo, (rappresentati e difesi dall'avvocato Pietro Nicotera, del foro di Roma);

Canacci Annamaria, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Mancini, del foro di Roma);

Landesman Alberto, Landesman Oscar, Landesman Tamara, (rappresentati e difesi dall'avvocato Pietro Annese, del foro di Roma);

Unione Comunità Ebraica di Roma, (rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Andreozzi, del foro di Roma);

- nei confronti dell'imputato Priebke:

A.N.F.I.M., Ayroidi Isabella, Bernardini Roberto, Campitelli Maurizio, D'Andrea Rinaldo, Gigliozzi Giovanni, Gigliozzi Silvio, Marchetti Giorgio, Marchetti Mauro, Marchetti Marisa, Marchetti Marilena, Marchetti Elide, Marino Sergio, Ninci Marcella, Paggetti Livia, Prosperi Annamaria, Prosperi Gabriella, Prosperi Irma, Savelli Ildebrando, (rappresentati e difesi dall'avvocato Sebastiano Di Lascio, del foro di Roma);

Agnini Aldo (Carla), Angelucci Giulia, Angelucci John Denis, Antinori Adriana, Chiesa Giovanni B., Colombo Coen Carla, De Caro Benito, Fiorentini Celeste, Leoni Nicoletta, Maccaroni Fabio, Ricci Venanzio, (rappresentati e difesi dall'avvocato Marcello Gentili, del foro di Milano);

Angeli Elena, Di Nepi Samuel, Micozzi Domenica, Micozzi Giovanna, (rappresentati e difesi dall'avvocato Giancarlo Maniga, del foro di Milano);

Del Monte Marina, (rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Nicotera, del foro di Roma);

Comune di Roma, (rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Lo Mastro, del foro di Roma);

Werther Avolio, (rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Panetta, del foro di Roma);

Canacci Rosetta, Lecner Jole, (rappresentati e difesi dall'avvocato Tommaso Mancini, del foro di Roma);

Nobili Giuseppe, (rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Paola Di Biagio, del foro di Roma);

Zaccagnini Milena, (rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Falcone, del foro di Roma);

Provincia di Roma, (rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Lombardi, del foro di Roma);

Massari Roberto, (rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Angelo Sodani, del foro di Roma);

Frascati Romolo, (rappresentato e difeso dall'avvocato Bruno Andreozzi, del foro di Roma);

- nei confronti dell'imputato Hass:

Giustiniani Antonio, Giustiniani Carlo, Leonardi Benito, Pasqualucci Ennio, Passarella Milena, Pignotti Angelo, Zauli Franco, (rappresentati e difesi dall'avvocato Sebastiano Di Lascio, del foro di Roma);

Fiorini Mirna, Fiorini Elisabetta, Giustiniani Marco, (rappresentati e difesi dall'avvocato Marcello Gentili, del foro di Milano);

Barisone Giancarlo, Bartoli Giancarlo, Bartoli Stefano, D'Andrea Jole, Elena Vittorina, Luna Wanda, Mancini Riccardo, Tedesco Amedeo, Valentini Alessandra, (rappresentati e difesi dall'avvocato Giancarlo Maniga, del foro di Milano);

Sonnino Grazia, (rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Nicotera, del foro di Roma);

Lecner Jole, (rappresentata e difesa dall'avvocato Antonella Faieta, del foro di Roma);

Canacci Rosetta, (rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Paola Di Biagio, del foro di Roma);

Zaccagnini Milena, (rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Lombardi, del foro di Roma).

Tema della decisione.

1.1. Sentenza gravata di appello.

1.2. Motivi di appello.

2. Dibattimento di appello.

3. Motivi della decisione.

3.1. Procedibilità.

3.2. Fatto.

3.2.1. Ricostruzione degli eventi e sentenza Kappler del 1948

3.2.2. Ordine ricevuto da Kappler.

3.2.3. Persone uccise in eccedenza.

3.2.4. Ruolo degli imputati nell'organizzazione romana delle R.S.H.A e loro modalità di partecipazione all'eccidio

3.3. Diritto.

3.3.1. Art. 185 c.p.m.g.

3.3.2. Necessità o altro giustificato motivo.

3.3.3. Esecuzione dell'ordine: premesse normative.

3.3.4. Esecuzione dell'ordine: inesistenza di una situazione di conflitto di doveri.

3.3.5. Liceità putativa.

3.3.6. Necessità scusante.

3.3.7. Integrazione della fattispecie concorsuale.

3.3.8. Premeditazione.

3.3.9. Crudeltà.

3.3.10. Aggravanti non contestate.

3.3.11. Determinazione del superiore.

3.3.12. Minima importanza.

3.3.13. Attenuanti generiche: applicabilità.

3.3.14. Attenuanti generiche: merito.

3.3.15. Sanzione.

3.3.16. Spese in favore delle parti civili.

1. Con sentenza in data 22 luglio 1997 il Tribunale militare di Roma condannava Karl Hass alla pena della reclusione per anni dieci e mesi otto ed Erich Priebke alla pena della reclusione per anni quindici, avendoli ritenuti penalmente responsabili del reato ascritto loro di «concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani» (artt.13 e 185, commi 1 e 2 c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575 e 577, nn. 3 e 4, nonché 61, n.4, c.p.). Questa l'imputazione: «per avere, quali appartenenti alle forze armate tedesche, nemiche dello Stato italiano, in concorso con Kappler Herbert ed altri militari tedeschi (alcuni dei quali già giudicati), con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso ed agendo con crudeltà verso le persone, cagionato la morte di 335 (trecentotrentacinque) persone per lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo colpi di arma da fuoco; in Roma, località "Cave Ardeatine", in data 24 marzo 1944, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania».

1.1.La motivazione della sentenza è articolata nel modo che segue

1.1.1. Dopo aver sintetizzato le molteplici vicende a cui il processo aveva dato luogo, è presa preliminarmente in esame una richiesta di proscioglimento dell'imputato avanzata dalla difesa del Priebke, basata sul presupposto che nei confronti di costui avrebbe dovuto trovare applicazione il combinato disposto dagli artt. 649 e 669, comma 8, c.p.p.: ciò in quanto la norma che impone al giudice di ordinare l' esecuzione della sentenza di proscioglimento, quando per il medesimo fatto contro la stessa persona sono state emesse una sentenza di proscioglimento ed una di condanna, avrebbe dovuto operare, attraverso un procedimento analogico in "bonam partem", anche nel caso di concorso di persone nel reato, laddove per il medesimo fatto uno dei coimputati sia stato condannato e l'altro assolto.

Ciò premesso, la difesa aveva sostenuto che, data la identità della posizione processuale del Priebke rispetto a quella di coloro che, coimputati del Kappler nel processo del 1948, furono assolti per aver agito in esecuzione di un ordine, un'eventuale affermazione di responsabilità penale nei suoi confronti sarebbe stata "inutiliter data".

Il Tribunale rileva - in conformità con le prospettazioni del p.m. e delle parti civili - che la situazione nella quale la citata pronuncia della Cassazione è intervenuta risulta comunque diversa rispetto a quella dell'odierno imputato, poiché in quel caso si trattava di due coimputati nel medesimo reato, ad uno dei quali era stata applicata la pena con il rito alternativo previsto dall'art. 444 ss. c.p.p., mentre l'altro era stato assolto al termine di ordinario rito dibattimentale, per quindi osservare che il divieto di un secondo giudizio, così come sancito dall'art. 649 comma 1 c.p.p., attiene unicamente ad un medesimo fatto per il quale il medesimo imputato risulti essere già stato irrevocabilmente prosciolto o condannato, mentre l'art. 669 comma 8 c.p.p., pur nella estensiva lettura proposta da una ordinanza della Cassazione segnalata dalla difesa, non impedisce la celebrazione del processo nei confronti del coimputato nel medesimo reato, rispetto al quale altri sia stato assolto, poiché visibilmente ciascuna posizione concorsuale è autonoma e potenzialmente diversa rispetto ad ogni altra. Pertanto, il Tribunale conclude sul punto che la richiesta in questione, prima ancora che infondata, è inammissibile in quella sede.

1.1.2. Per quanto riguarda i fatti di causa il Tribunale si riporta alla sentenza emessa dal Tribunale Militare Territoriale di Roma in data 20 luglio 1948, all'esito del già citato processo a carico del Kappler nonché di altri cinque concorrenti nello stesso delitto; sentenza seguita, poi, da relativa pronuncia definitiva del Tribunale Supremo Militare in data 25 ottobre 1952. In motivazione è conseguentemente trascritta la seguente «parte di maggiore interesse di tale ultima sentenza» che il Collegio, ai sensi dell'art. 238 bis. c.p.p., dichiara di recepire e di integralmente condividere.

«Erano circa le ore quindici del 23 marzo 1944, allorché, all'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 Mältzer, il console tedesco, Dott. Möllhausen, e, dopo circa mezz'ora, Kappler, avvertito dell'accaduto nel suo ufficio di via Tasso.

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 ed allineati lungo la cancellata del palazzo Barberini. Kappler, avvicinato a Mältzer, parlava dell'accaduto e chiedeva di essere incaricato di quanto concerneva l'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 da lì a poco rubata da ignoti.

Dopo aver dato disposizioni circa i fermati, Kappler, alle ore 17.00, 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, perché, 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 giudizio si conoscevano particolari circa la preparazione e l'esecuzione dell'attentato.

Questo era stato compiuto da una squadra di partigiani, appartenenti ad una 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 Militare e gli autori dell'attentato avevano operato, essendo vestiti di abiti civili, senza alcun segno distintivo di appartenenza ad una formazione militare partigiana.

Nella conversazione delle ore 17 dello stesso giorno 23 marzo tra Kappler e Mältzer, 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 Mältzer: uno di questi, nel quale ricorreva spesso la parola rappresaglia, avveniva con il Generale Von Mackensen, Comandante la 14a Armata tedesca.

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

Kappler riferiva gli accordi al Generale Von 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.

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

L'intendimento del comandante della 14a 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 Mältzer da cui si era congedato dopo avergli dato 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 Böhm, addetto al comando militare della città, lo metteva al corrente che era giunto poco prima a quel comando dal comando del maresciallo Kesselring l'ordine di fucilare nelle ventiquattro ore un numero di italiani decuplo del numero dei militari tedeschi morti per l'attentato.

L'evidente incompatibilità tra questo ordine e l'intendimento manifestato dal Generale Von Mackensen suggeriva a Kappler di comunicare direttamente con il comando del Maresciallo Kesselring: 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 Von Mackensen, e, correlativamente, rispetto al nuovo ordine, risultava chiara al 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, sicché il numero degli italiani da fucilare era di 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 13.00 dello stesso giorno.

A mezzogiorno, Kappler, aderendo a richiesta comunicatagli in mattinata dal Generale Mältzer, si recava nell'ufficio del Generale. Era presente anche il maggiore Dobrick, 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 Dobrick.

Dobrick rappresentava al Generale ragioni ostative all'esecuzione della rappresaglia da parte del battaglione da lui comandato, e, a seguito delle eccezioni avanzate, il Generale Mältzer si rivolgeva telefonicamente al comando della 14a Armata, perché all'esecuzione provvedesse un reparto dell'armata.

La testuale risposta del Colonnello Hauser, con cui il Generale Maeltzer stava comunicando, era: "La polizia è stata colpita. La polizia deve fare espiare".

Il Generale Mältzer ripetuta questa frase, ordinava a Kappler di provvedere all'esecuzione.

L'ordine del Generale Mältzer 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 Mältzer nel corso della procedura eseguita, 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 condannare a morte, ciò che, invece, si verificava nelle circostanze che subito si espongono.

Kappler, congedatosi dal Generale Mältzer 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 Schütz.

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 cervello, 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 Köhler: doveva scegliersi un luogo non lontano ed essere una cava i cui ingressi si potessero chiudere, 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 Schütz la morte di un altro dei militari tedeschi colpiti dall'attentato e, contemporaneamente, dallo stesso capitano veniva informato che nella mattinata erano stati arrestati oltre una decina di israeliti.

Kappler, allora, ordinava al capitano di includere dieci degli arrestati tra quelli che dovevano essere messi a morte... 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 San Sebastiano. Davanti all'ingresso si trovava 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 li attendeva: ogni avvertimento era parso pericoloso, temendosi che le 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.

Man 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 Schütz, che aveva spiegato le modalità da seguire ed aveva affermato che coloro che non si sentivano di sparare non avevano altra via che 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 (Amonn), 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 19.00. Subito dopo venivano fatte brillare delle mine, per chiudere quella parte della cava nella quale i cadaveri, ammassati fino all'altezza di un metro circa, occupavano un breve spazio».

1.1.3. Così richiamati i fatti di causa, la sentenza del Tribunale militare di Roma dà conto del tema, ampiamente sviluppato nel dibattimento, circa il ruolo svolto dal Priebke all'interno del Comando militare tedesco di via Tasso, evidenziando in particolare che:

- egli si era accattivato la fiducia di Kappler, per il quale operava anche come ufficiale di collegamento presso l'Ambasciata tedesca.

- l'imputato era inquadrato nell'ambito del IV Reparto della Polizia di sicurezza, alle dirette dipendenze del capitano Schütz nonostante quanto sostenuto dal Priebke medesimo nelle sue dichiarazioni spontanee, egli aveva partecipato all'arresto ed agli interrogatori di coloro che erano stati imprigionati in via Tasso, usando nei loro confronti ed in vario modo violenza; ciò sulla base di numerose deposizioni testimoniali: di Luciano Ficca, che all'udienza del 23 maggio 1997, ricorda che il Priebke durante un interrogatorio lo aveva minacciato impugnando un nerbo di buie; di Giovanni Gigliozzi, che all'udienza del 5 giugno 1997, ricorda che Arrigo Paladini gli aveva detto di essere stato colpito con un pugno di ferro dal Priebke allo stomaco e ai genitali; di Teresa Mattei, che all'udienza del 6 giugno 1997, ricorda come il Kappler ebbe a riferire a padre Pfeifer che Gianfranco Mattei «era un comunista silenzioso che solo il Priebke con i suoi mezzi chimici e fisici poteva farlo parlare»; di Maria Teresa Regard, che all'udienza del 6 giugno 1997, produce copia di una denuncia di Carla Angelini, detenuta in Via Tasso, nella quale costei riferisce di essere stata arrestata dal «tenente Primbek»; di Elvira Sabatini, che all'udienza del 23 maggio 1997, conferma quanto scritto dal marito Arrigo Paladini, in un documento autografo acquisito agli atti, relativamente al modo di fare di Priebke durante gli interrogatori e di un malvagio inganno da costui perpetrato nei suoi confronti.

Diverso appare al Tribunale il ruolo svolto dall'imputato Hass, il quale dirigeva il sesto reparto delle "SS", e cioè quello cui era affidato il compito di occuparsi dello spionaggio all'estero e perciò nei rapporti con il Kappler godeva di una qualche autonomia funzionale. Nota il Tribunale come, proprio avvalendosi di questo ruolo, evidentemente l'Hass ebbe modo di intervenire durante la detenzione in via Tasso di Giuliano Vassalli, teste sentito all'udienza del 10 giugno 1997, il quale ha riferito che appunto l'Hass, con il pretesto di

doverlo interrogare per le proprie finalità investigative, ne aveva ritardato l'esecuzione; ciò fino a quando il Vassali veniva scarcerato, malgrado l'ostinata resistenza di Kappler, per ordine diretto del generale Wolf, Comandante le "SS" per l'intero territorio italiano.

Ad avviso del Collegio la delineata diversità dei ruoli svolti dal Priebke e dall'Hass nel Comando tedesco di Roma aveva inciso anche nei modi della loro partecipazione all'eccidio delle Cave Ardeatine: il Priebke, dipendente diretto del Kappler, era stato chiamato a collaborare nella preparazione della strage, dapprima partecipando a formare gli elenchi dei martiri da passare per le armi e, quindi, controllandoli al loro arrivo alle Cave in posizione di assoluta preminenza organizzativa; mentre l'Hass aveva partecipato alla sola fase esecutiva, avendo il Kappler disposto che ogni ufficiale, per dare l'esempio alla truppa, dovesse uccidere almeno un prigioniero.

1.1.4. Successivamente la sentenza passa ad esaminare la questione se l'azione partigiana di via Rasella, per reazione alla quale i tedeschi attuarono l'eccidio delle Cave Ardeatine, potesse o meno qualificarsi come atto legittimo di guerra, in quanto tale pienamente riferibile allo Stato italiano, ovvero come atto di guerra non legittimo, in quanto tale riferibile o meno all'organizzazione statale italiana. Il Tribunale osserva a tale riguardo che in quella sede non spettava «neppure "incidenter tantum", operare dell'attacco partigiano di via Rasella una qualificazione giuridica», per essere quest'ultima di fatto estranea ai fini del decidere. Infatti, riassunte le caratteristiche generali della rappresaglia come istituto giuridico del diritto internazionale, inteso - anche sulla base anche della definizione offerta dall'art. 8 della legge di guerra italiana (nel testo approvato con r.d. n.1415 del 1938), secondo il quale «l'osservanza di obblighi derivanti dal diritto internazionale può essere sospesa a titolo di rappresaglia, anche in deroga a questa o ad altra legge, nei confronti del belligerante nemico, che non adempie, in tutto o in parte, a detti obblighi» - quale volontaria lesione di un diritto o di un interesse giuridico di uno Stato, autore di un illecito internazionale, da parte dello Stato vittima, quale reazione per l'offesa ricevuta, ed evidenziato come tale reazione debba perciò rimanere proporzionata al danno subito, nonché venir attuata senza mai violare le fondamentali, elementari esigenze di umanità e di pubblica coscienza, si conclude che «con l'eccidio delle Cave Ardeatine, quale reazione dello Stato tedesco all'attacco di via Rasella, si realizzò una sproporzione inaccettabile tra la morte di trentatré militari germanici e l'uccisione di trentotrentacinque persone, tra i quali cinque ufficiali generali ed undici ufficiali superiori» e che pertanto «almeno sicuramente sotto il profilo del mancato rispetto del requisito della proporzionalità, la rappresaglia delle Cave Ardeatine non può ritenersi legittima».

Nè potrebbe in contrario rilevarsi, sempre secondo il Tribunale, come l'Autorità tedesca avesse precedentemente emesso bandi militari che avvertivano la popolazione che, nel caso di attentati contro le forze militari germaniche, sarebbero state uccise persone, anche civili, nel rapporto di 10 a 1, essendo, viceversa, verosimile che nessun avvertimento di presentarsi sia stato rivolto agli attentatori di via Rasella, se non altro perché ne sarebbe comunque mancato il tempo materiale, posto che l'attentato si era verificato verso le ore 15 del 23 marzo 1944 mentre l'eccidio alle Cave Ardeatine si concludeva verso le ore 19 del 24 marzo 1944. Ciò, a prescindere dal considerare che nel caso in cui gli appartenenti ai Gap si fossero presentati alle Autorità tedesche, si sarebbe determinata una sorta di paralisi dell'attività partigiana di resistenza al nemico invasore.

Può inoltre aggiungersi - si legge ancora in sentenza - che nessun serio tentativo venne effettuato dalle Autorità militari tedesche per cercare di pervenire alla cattura o, quanto meno, all'identificazione dei mandanti e degli esecutori materiali dell'azione partigiana, essendo incontrovertibilmente emerso che non solo i tedeschi, ma anche i vari organismi italiani che con loro collaboravano, subito si occuparono esclusivamente di preparare l'eccidio delle Cave Ardeatine così da mandare a morte un enorme numero di persone del

tutto estranee all'attentato, in quanto già da tempo detenute ovvero colpevoli agli occhi dei loro carnefici per il solo fatto di appartenere alla Comunità Ebraica romana ovvero in quanto rastrellate ciecamente nelle zone limitrofe alla via Rasella.

Se ne conclude che «appare carente nella "rappresaglia" attuata dai tedeschi alle Cave Ardeatine, oltre che il requisito della proporzionalità, anche l'ulteriore presupposto della necessità». Neppure, ad avviso del Tribunale, si potrebbe ricondurre l'eccidio delle Cave Ardeatine all'istituto della repressione collettiva, quale disciplinato dall'art. 50 della Convenzione dell'Aja del 1907: in primo luogo tale norma trova sistematica collocazione in una serie di prescrizioni (artt. da 48 a 53) che disciplinano misure di natura meramente patrimoniale, per cui una tale sanzione non potrebbe colpire persone fisiche, e tanto meno sancirne la morte, dovendo, invece, essere limitata all'ambito pecuniario o comunque patrimoniale; in secondo luogo, come la dottrina non ha mancato di evidenziare, tale istituto, è denominato "collettivo" proprio perché può colpire esclusivamente collettività e non singole persone. Ne consegue che tipico esempio di repressione collettiva è la requisizione dei beni mobili dello Stato, quali biblioteche, musei ed altro.

1.1. 5. Il passaggio successivo della sentenza è dedicato alla ricostruzione del tema concernente la compilazione delle liste delle vittime alle Cave Ardeatine. Vi si legge come appaia incontestabile che fossero compilate diverse liste dei condannati a morte: alcune vennero formate presso il Comando tedesco sino a comprendere inizialmente un totale di duecentosettanta persone (elevato tale numero a duecentottanta dopo che il Kappler, informato verso le ore 13 del 24 marzo 1944 dal capitano Schütz della morte di un ulteriore soldato tedesco, aveva dato l'ordine di aggiungere i nominativi di dieci ebrei arrestati al mattino stesso); altra lista riguardava cinquanta persone a disposizione della polizia italiana e, poiché fornita dalla Questura di Roma, è comunemente denominata "Lista Caruso", dal nome del Questore pro tempore. Sul punto, la sentenza fa innanzitutto riferimento alle risultanze del processo Kappler, e precisamente alla parte della motivazione della sentenza del 20 luglio 1948 nella quale si legge quanto segue.

«Alla domanda di quel Generale (Von Mackensen), intesa a conoscere su quali persone potevano essere eseguite le misure di rappresaglia, il Kappler rispondeva che, secondo gli accordi con il Generale Harster, la scelta avrebbe dovuto cadere su persone condannate a morte o all'ergastolo, e su persone arrestate per reati che prevedevano la pena di morte e la cui responsabilità fosse stata accertata in base all'indagine di polizia.

Alle ore 21 il Kappler aveva una conversazione telefonica col Generale Harster, al quale riferiva che, in base ai dati poco prima fornitigli dalle sezioni dipendenti, egli disponeva di circa duecentonovanta persone, delle quali però un numero notevole non rientrava nella categoria dei "todeswürdige" (meritevoli di morte). Circa cinquantasette, difatti, erano ebrei detenuti solo in base all'ordine generale di rastrellamento ed in attesa di essere avviati ad un campo di concentramento. Aggiungeva che delle persone arrestate in via Rasella, secondo informazioni dategli poco prima dai suoi dipendenti, solo pochissime risultavano pregiudicate ovvero erano state trovate in possesso di cose (una bandiera rossa, manifestini di propaganda, ecc.) che davano possibilità di una denuncia all'Autorità giudiziaria militare tedesca. A conclusione della conversazione rimaneva d'accordo col suo superiore d'includere gli ebrei fino a raggiungere il numero necessario per la rappresaglia.(...) Nella stessa serata egli chiedeva al Presidente del Feldgericht (Tribunale militare tedesco) di autorizzarlo ad includere nell'elenco le persone condannate da quel Tribunale alla pena di morte, a pene detentive, anziché alla pena di morte, per concessione di circostanze attenuanti inerenti alla persona ed, infine, le persone denunciate ma non ancora processate.(...) Nella notte l'imputato, con l'aiuto dei suoi collaboratori, esaminava i fascicoli delle persone considerate "todeswürdige" sulla base

dei precedenti accordi. Alle ore 8 del mattino successivo il numero complessivo dei morti ammontava a trentadue.

Il mattino successivo, alle nove, il Kappler aveva un colloquio con il Commissario di P.S. Alianello che pregava di chiedere, con la massima urgenza, al vice capo della polizia Cerruti se la Polizia italiana era in grado di fornire cinquanta persone.

Il Cerruti poco dopo gli comunicava che avrebbe mandato da lui il Questore Caruso perché prendesse accordi in merito alla richiesta di cinquanta uomini.

Alle 9.45 il Caruso, accompagnato dal tenente Koch che in quel tempo svolgeva funzioni di polizia non ben definite (...) si presentava dal Kappler. Questi spiegava ai due come, per completare una lista di persone da fucilare in conseguenza dell'attentato di via Rasella, aveva bisogno di cinquanta persone arrestate, a disposizione della polizia italiana, e spiegava i criteri in base ai quali egli aveva già compilato una lista di duecentosettanta persone.

A conclusione di questo colloquio si stabiliva che il Questore Caruso avrebbe fatto pervenire al Kappler, per le ore 13, un elenco di cinquanta persone.

Nell'elenco compilato dal Kappler con l'aiuto dei suoi collaboratori, numerosi erano i detenuti per reati comuni e gli ebrei arrestati per motivi razziali; tra gli altri, poi, una persona assolta dal Tribunale Militare tedesco e due ragazzi di quindici anni dei quali uno arrestato perché ebreo.(...) Il Kappler si recava a mensa. Ivi, qualche tempo dopo, il capitano Schütz lo informava di aver appreso poco prima della morte di un trentatreesimo soldato tedesco.(...) Il Kappler, saputo da quell'ufficiale che nella mattinata erano stati arrestati oltre dieci ebrei, dava ordine a quest'ultimo di includere dieci di questi tra quelli che dovevano essere fucilati.(...) Le vittime dei primi autocarri provenivano dal carcere di via Tasso, le altre dal carcere di Regina Coeli. Ivi si trovava il tenente Tunath, accompagnato dall'interprete S. tenente Kofler, del comando di polizia tedesca di Roma, il quale provvedeva a far avviare alle Cave Ardeatine i detenuti del terzo braccio a disposizione dell'autorità militare tedesca.

Ultimato il prelevamento di questi detenuti, il Tunath si rivolgeva al direttore del carcere per avere i cinquanta che erano a disposizione della polizia italiana e che, secondo precedenti accordi, dovevano essere consegnati dal Questore Caruso. Poiché ancora non era giunta la lista, se ne faceva richiesta telefonica al Caruso, da cui si aveva promessa di un sollecito invio a mezzo di un funzionario. Il tempo trascorreva senza che giungesse tale lista. Il Tunath telefonava ancora alla Questura e parlava con il Commissario Alianello al quale violentemente diceva che «se non si mandava subito l'elenco avrebbe preso il personale carcerario» (dich. Alianello ud. del 26 giugno 1948). Dopo un pò di tempo il Tunath, stanco di aspettare, incominciava a prelevare dei detenuti in maniera indiscriminata. Poco dopo, sull'imbrunire arrivava il Commissario Alianello con una lista di cinquanta nomi, datagli dal Questore Caruso, che consegnava al Direttore del Carcere. Questi cancellava undici nomi, precisamente quelli indicati con i numeri progressivi da 40 a 49 e con i numeri 21 e 27, e li sostituiva con altri undici nomi relativi a persone che già erano state portate dal tenente Tunath e che non erano comprese nella lista. La cancellatura degli ultimi nominativi della lista era determinata dal fatto che la compilazione di questa era stata fatta iniziando dalle persone ritenute più compromesse, per continuare con quelle che si trovavano in posizione migliore; il depennamento dei nomi indicati con i numeri 21 e 27 veniva effettuato, invece, perché l'una persona era malata grave e l'altra non si riusciva a trovarla (...).

Il giorno successivo, il 25 marzo, il capitano Schütz e il capitano Priebke riferivano al Kappler che, da un riesame delle liste, risultava che i fucilati erano 335. Il secondo di quegli ufficiali spiegava che la fucilazione di cinque persone in più del numero stabilito da Kappler era dovuto al fatto che nella lista del Questore Caruso le vittime non erano segnate con un numero progressivo ed erano cinquantacinque invece che cinquanta (interr. Kappler, ud. dell'8 giugno 1948).

(...) I motivi addotti dal Kappler sulla base dell'informazione a suo tempo fornitagli dal capitano Schütz e dal capitano Priebke rispettavano in parte la vera causa della fucilazione.

Non è esatto, difatti, che le cinque persone fucilate in più siano fra quelle che erano a disposizione della polizia italiana e che esse siano sfuggite al controllo perché la lista di accompagnamento del Caruso indicava le persone senza numeri progressivi.

In base al riconoscimento delle salme, che si riferisce a trecentotrentadue persone, è risultato che quarantanove di esse (erano) di detenuti (...) a disposizione della polizia italiana e corrispondono a quarantanove nominativi della lista Caruso. Per il completamento di questa lista manca un nominativo, quello di De Micco Cosimo, la cui salma non è stata (...) riconosciuta ed è da presumere sia una delle tre non identificate. Devesi ritenere, pertanto, che le cinque persone in più provengano dai detenuti a disposizione dei tedeschi.

Va poi osservato che non è esatto che la lista di accompagnamento dei cinquanta detenuti a disposizione della polizia italiana provenisse dall'ufficio del Caruso, essendo risultato che il Commissario Alianello portò due copie della lista Caruso e di esse una la diede al Direttore del Carcere, l'altra la trattenne».

Tale la ricostruzione dei fatti il Tribunale dichiara di far propria, però affermando di non condividere la conclusione cui il giudice del 1948 ritenne di dover pervenire, in ordine alla esecuzione di cinque persone in più rispetto al numero di trecentotrenta ordinato in origine dal Kappler e cioè che queste ultime vennero passate per le armi per errore e solo a seguito di un'involontaria loro inclusione nelle liste dei morituri. Così argomenta al riguardo testualmente la sentenza.

«A sostegno di tale denegata affermazione si citano varie considerazioni, tra le quali in primo luogo quanto dichiarato dal Kappler all'udienza dell'8 giugno 1948: "Nel corso della mattinata del 25, Schütz e Priebke vennero da me e mi riferirono che, dopo una constatazione risultavano giustiziati trecentotrentacinque e non trecentotrenta.(...) Priebke mi spiegò di aver avuto l'elenco dalla polizia italiana senza la numerazione delle vittime e che dopo l'esecuzione, nel fare la somma delle varie liste, constatò che la lista italiana conteneva cinquantacinque e non cinquanta (nominativi); (...) Conosco la copia della fotografia di una lista; mi è stata sottoposta diverse volte ed essa non è quella che nella mattinata del 25 mi fece vedere Priebke".

In secondo luogo si richiamano le dichiarazioni rese in data 27 dicembre 1947 al Pretore di Brunico dal sottotenente Kofler (il quale, come sopra ricordato, in qualità d'interprete aveva accompagnato il Tunath al carcere di Regina Coeli per prelevare le persone nominate nella lista Caruso): "Il tenente Tunath mi ordinò di accompagnarlo alle prigioni di Regina Coeli per raccogliervi il numero necessario dei prigionieri. Al nostro arrivo ci recammo subito al terzo braccio della prigione, che era sotto il controllo germanico. Tunath era in possesso di una lista dei nomi dei prigionieri richiesti. Egli diede questa lista alla guardia tedesca nell'ufficio di quel braccio dicendogli di far uscire i prigionieri dalle loro celle. Non ho visto il tenente apportare delle modifiche alla lista dei prigionieri, lista

che egli teneva in tasca e che consultava col direttore del terzo ramo che era un maresciallo della Schütz-polizei, ragione per cui non era necessaria la mia opera d'interprete. Non sono quindi in grado di dare alcuna spiegazione circa la sostituzione dei detenuti Bucchi e Marchetti con i detenuti Bonemi e Caracciolo giacché io non fui presente alle decisioni prese tra Tunath e il direttore dell'ufficio terzo, nell'ufficio di quest'ultimo, essendomi io intrattenuto nel corridoio. La guardia ed i suoi assistenti cominciarono a chiamare i nomi dei prigionieri, e quando questi rispondevano venivano presi fuori dalle loro celle e riuniti in gruppo. Il primo gruppo di prigionieri ammontava a circa ottanta in tutto. Tunath ordinò quindi che le mani di tutti i prigionieri fossero legate dietro la loro schiena. Ciò fu fatto da uomini delle "SS". Quindi il gruppo di prigionieri fu scortato nel cortile della prigione. Contemporaneamente un altro gruppo di prigionieri veniva riunito nel terzo braccio. Questo gruppo assommava a circa settanta persone e i membri di questo gruppo erano trattati nello stesso modo dei membri del primo gruppo. A questo punto Tunath mi disse di chiedere al direttore delle carceri di telefonare a Caruso per accelerare la consegna degli altri cinquanta prigionieri che Caruso aveva messo a disposizione delle autorità germaniche. Questi prigionieri dovevano essere pure fucilati. Caruso informò il direttore delle prigioni di mettere i prigionieri a nostra disposizione, ed io ebbi a tradurre a Tunath quanto riferito dal Caruso al direttore. Tunath, quando gli comunicai la risposta del Caruso, si arrabbiò molto e mi fece tornare con lui all'ufficio del direttore. Il direttore, non ricordo il suo nome, disse a Tunath che ci sarebbe voluta una telefonata a Caruso (...) telefonò a Caruso e quest'ultimo disse che stava mandando uno dei suoi ufficiali alla prigione per accelerare la faccenda. Poco dopo l'ufficiale arrivò con la lista di Caruso. Mentre io ero nell'ufficio del direttore arrivarono numerose telefonate per la persona che aveva portato la lista dei cinquanta prigionieri. Costui apportò numerose alterazioni alla lista, cancellando alcuni nomi e sostituendone degli altri. In conseguenza di ciò ebbi l'impressione che doveva esserci della corruzione in giro.

Quando la lista fu pronta i rimanenti cinquanta prigionieri furono condotti fuori della prigione sotto scorta (...) e caricati in autocarri chiusi che stavano aspettando.

Io tornai con Tunath all'ufficio del direttore della prigione, dove vidi Tunath firmare qualche cosa che sembrava una ricevuta per i prigionieri portati via dai nostri uomini. Dopo accompagnai Tunath sul luogo dell'esecuzione. Quando arrivammo là stava facendosi buio (...) Tunath riferì a Kappler che il trasporto dei prigionieri era finito."

Ancora il Kappler, sempre in data 8 giugno 1948, affermava di non aver riconosciuto in quella mostragli dal Priebke la lista formata dal Questore Caruso, come allegata agli atti del processo.

Sicché, secondo tale tesi, sarebbe ragionevole affermare che il Tunath, mentre non poteva modificare la lista dei detenuti del terzo braccio di Regina Coeli in quanto a disposizione del Comando tedesco (anche considerando che di tale lista era in possesso quanto meno il Priebke, incaricato del controllo all'atto dell'arrivo dei martiri alle Cave Ardeatine), contrariato dal ritardato invio della lista compilata dalla Questura di Roma e pressato dall'esigenza di effettuare l'ultimo trasporto dei prigionieri, abbia prelevato di propria iniziativa persone appena entrate nel carcere. Forse anche per una tragica fatalità, alcuni di costoro vennero confusi ed aggiunti ai nominativi della lista Caruso. Potrebbe inoltre rilevarsi come il Tunath non era comunque in possesso di tale lista poiché, come prima evidenziato, il Commissario Alianello, su disposizione del Caruso, aveva portato al Carcere due copie della lista: di queste una, controfirmata per ricevuta dal Tunath, era stata trattenuta dalla Direzione del carcere mentre l'altra rimaneva nelle mani dell'Alianello.

Non potrebbe allora escludersi che la lista consegnata al Priebke alle Cave Ardeatine da parte del Tunath non fosse quella compilata dal Caruso, bensì fosse un elenco meramente

nominativo, e non anche numerico, redatto in maniera sommaria e drammaticamente comprendente anche le persone prelevate, in via autonoma, dallo stesso Tunath all'atto del loro arrivo a Regina Coeli, la qual cosa spiegherebbe perché il Kappler, nelle dichiarazioni sopra riportate, affermava di non riconoscere in quella a suo tempo mostratagli dal Priebke la lista formata dal Questore Caruso.

D'altra parte, secondo sempre tale opinione, non vi sarebbe stato plausibile motivo per il quale uccidere in esubero queste cinque persone, poiché le esigenze di segretezza che avevano indotto il Kappler a far prelevare da Regina Coeli i prigionieri con l'ingannevole intento di essere avviati ai campi di lavoro in Germania (si vedano in proposito le dichiarazioni rese dal teste Pellegrini all'udienza del 23 maggio 1997), e ciò anche al fine evidente di evitare possibili sollevazioni della popolazione romana, valevano solo fino alla effettuazione dell'eccidio.

Successivamente infatti alla sua perpetrazione, la logica stessa della "rappresaglia" voleva che di essa venisse a conoscenza l'intera città, tanto è vero che il 25 marzo 1944 il Comando tedesco trasmetteva agli organi di stampa un comunicato ufficiale sull'eccidio da pubblicarsi subito e con grande rilievo.

Affermazione, quest'ultima, che potrebbe trovare un ulteriore riscontro nella deposizione resa all'udienza del 5 giugno 1997 dal teste Cecconi Mario: questi ha infatti affermato che la mattina del 25 marzo 1944, dopo che un ragazzo che lo aveva accompagnato sul posto era già fuggito, veniva allontanato dal piazzale antistante le Cave Ardeatine proprio dal Priebke, mentre numerosi soldati tedeschi vi si esercitavano al fuoco.

Se davvero l'intento era quello di impedire qualsivoglia testimonianza sull'eccidio, non si comprende perché al Cecconi fu consentito di allontanarsi.

Tuttavia, a ben vedere, nessuno degli argomenti così elencati appare convincente.

In primo luogo, la circostanza, che pure può apparire verosimile, secondo la quale il Tunath, all'atto di prelevare dal Carcere di Regina Coeli i prigionieri della lista Caruso, e poiché nessuna delle due copie di tale lista gli era stata consegnata, avrebbe per proprio conto formato altro elenco solo nominativo e non anche numerico, in realtà non dimostra nulla poiché lascia del tutto impregiudicata la questione se il Priebke si sia accorto, e prima della loro fucilazione, che alle Cave Ardeatine erano stati condotti cinque prigionieri in più.

A parte il rilievo che forse sul luogo dell'eccidio non furono portate solo cinque persone in più (risulta infatti agli atti del processo Kappler che ivi era stato condotto il disertore austriaco Raider, riportato poi a Via Tasso in considerazione della sua nazionalità), e pur volendo pensare che il Tunath abbia consegnato al Priebke una lista meramente nominativa, è inverosimile che né il Tunath né il Priebke abbiano controllato che il numero dei prigionieri, per ultimo trasportati da Regina Coeli, almeno corrispondesse a quello indispensabile a colmare la differenza tra il numero dei martiri già trucidati ed il totale fissato dal Kappler.

Invero sia il Tunath che il Priebke necessariamente hanno provveduto ad effettuare la conta di tali persone, se non altro per verificare, il primo all'atto del prelevamento dal Carcere, il secondo al momento del loro arrivo alle Cave, che il numero non fosse inferiore al necessario.

Deve sicché ritenersi che vi sia stato un momento in cui il Priebke, quale affidatario delle liste, si è accorto che vi erano cinque prigionieri in più, momento in cui essi vennero

collocati in disparte rispetto agli altri in attesa delle decisioni che il Kappler avrebbe adottato nei loro confronti. Ecco perché il Kofler, nella già citata deposizione, così affermava: "Quando arrivammo lì stava facendosi buio. All'arrivo alle Cave vidi un gruppo di cinque prigionieri riuniti nello spiazzo davanti all'entrata delle Cave. Vidi il tenente colonnello Kappler che parlava ai cinque prigionieri."

Ma allora queste cinque persone, come già ritenuto dalla sentenza Kappler del 1948, erano state già individuate e separate dalle altre, ancor prima che il Kofler sopraggiungesse alle Cave con l'ultimo trasporto dei prigionieri diretto dal Tunath. Il che induce a ritenere che tali persone erano state lì portate con precedenti convogli, magari perché tragicamente indotte in inganno dalla speranza di essere avviate ai campi di lavoro e quindi di comunque sottrarsi alla dura prigionia nelle Carceri tedesche.

La qual cosa ulteriormente rafforza il convincimento del Collegio che il Priebke si accorse subito che vi erano cinque prigionieri in più senza attendere, come poi sostenuto, di effettuare il giorno successivo all'eccidio il controllo per così dire ragionieristico e comparativo delle varie liste. Ad ogni modo, indipendentemente dal fatto che cinque persone in più siano state condotte alle Cave Ardeatine dal Tunath ovvero ancor prima, resta che davvero inverosimile quanto drammatica coincidenza dovrebbe ritenersi quella secondo cui il Kappler, che si pretenderebbe ancora ignaro dell'errore numerico, si sarebbe soffermato a parlare (chissà di che cosa?) proprio con cinque prigionieri. Né si riuscirebbe altrimenti a comprendere perché proprio cinque prigionieri sarebbero stati messi in disparte rispetto agli altri, venendo comunque poi avviati alla morte, tanto più considerando che il barbaro quanto prolungato eccidio stava oramai avviandosi all'epilogo.

Non convince inoltre l'affermazione secondo la quale i tedeschi non avevano interesse ad eliminare pericolosi testimoni. Infatti, è vero che il giorno successivo alla "rappresaglia" il Comando germanico ne diffondeva la notizia, ma è altrettanto vero che il comunicato in questione si limitava ad affermare che, a seguito di un attentato di "comunisti badogliani", appartenenti a tale gruppo di resistenza erano stati fucilati. Nulla sicché si diceva sulla località in cui l'esecuzione era avvenuta né, tanto meno, si davano informazioni su chi vi avesse materialmente provveduto e con quali esatte modalità.

Non può dunque negarsi che il Kappler abbia ordinato al Priebke di far uccidere anche questi cinque prigionieri in più, così cedendo alla criminale tentazione di eliminare persone che, alla fine della guerra, li avrebbero con una testimonianza tanto diretta quanto precisa inchiodati alle loro responsabilità!

Conclusione questa che non può essere contraddetta dal rilievo che il teste Cecconi, lungi dall'essere anch'egli eliminato sul posto, era stato proprio dal Priebke allontanato dalle Cave Ardeatine. Infatti, se il Cecconi (che nella sua deposizione evidentemente confonde la data del 25 marzo 1944, giorno successivo all'eccidio, con quella del 24 marzo 1944) fosse stato eliminato lì per lì senza un apparente motivo, si sarebbe creato un ragionevole allarme nella popolazione delle zone limitrofe, certamente informata del fatto dal ragazzo che lo aveva accompagnato sul posto e che, per suo conto, era già riuscito a fuggire; la qual cosa, ovviamente, non avrebbe certo facilitato l'effettuazione dell'eccidio da parte dei tedeschi.

La volontaria esecuzione dei cinque prigionieri eccedenti il limite dei trecentotrenta risulta, infine, confermata dalle dichiarazioni rese dall'Hass all'udienza del 10 giugno 1996, nel corso del precedente giudizio. Questi ha infatti riferito che il Kappler in data 25 marzo 1944, e cioè il giorno successivo alla data dell'esecuzione, gli aveva confidato di aver fatto una grossa fesseria nel far fucilare le cinque persone in più: in particolare, come riferito dall'Hass, il Kappler gli aveva raccontato che per errore erano state condotte alle

Cave Ardeatine non trecentotrenta bensì trecentotrentacinque persone, e poiché cinque persone in più alla fine c'erano, erano state passate per le armi.

La deposizione dell'Hass non può essere smentita affermando che egli non poteva aver percepito tutto quanto avvenuto alle Cave Ardeatine, non essendosi ivi trattenuto a lungo. Infatti, non solo va ricordato che l'Hass, per sua stessa ammissione, si trattenne sul luogo dell'eccidio dall'inizio delle esecuzioni sino al loro termine, ma va anche osservato che, pur ammettendo, ma per sola ipotesi, che l'Hass ivi si sia trattenuto per molto meno tempo, resta immutata la circostanza che egli, sul punto in esame, riferisce non già quanto da lui direttamente percepito, bensì quanto a lui confidato dal Kappler.

E' stato poi affermato che le dichiarazioni dell'Hass sarebbero prive dei riscontri probatori oggettivi indispensabili normativamente; argomento, questo, insussistente ove solo si collochino le affermazioni dell'Hass nell'intero contesto probatorio come sopra evidenziato».

Sulla base di tali argomentazioni il Tribunale giunge quindi ad affermare che «l'uccisione delle cinque persone eccedenti il numero dei trecentotrenta fu posta in essere con piena consapevolezza e che tale consapevolezza fu massima nel Priebke, quale ufficiale che, tenutario delle liste delle vittime e preposto alla formazione dei gruppi che di volta in volta venivano avviati a morte, direttamente rilevò l'eccedenza numerica».

1.1.6. Premesse tali ricostruzioni in punto di fatto, il Tribunale passa a considerare se relativamente alla posizione dei due imputati potesse operare la scriminante dell'adempimento di un dovere in forza dell'art. 40 c.p.m.p., norma abrogata nel 1978 ma evidentemente applicabile ai fatti di causa. Sul punto, dopo aver premesso che l'ordine è da ritenersi manifestamente criminoso quando il tipo medio di persona è in grado di avvertirne il disvalore penale e aver riportato brani della Relazione ministeriale in cui si precisa che si può tuttavia prescindere dalla valutazione oggettiva della criminalità dell'ordine quando essa, anche se non manifesta, sia tuttavia investita della consapevolezza dell'agente, il Tribunale dichiara di ritenere che entrambi gli imputati eseguirono l'ordine impartito dal Kappler «indifferenti alla criminalità di esso». Quanto alla criminalità, si legge nella sentenza che essa «non deriva soltanto da singole particolari modalità dell'eccidio, dai criteri di inclusione tra i condannati di persone, alcune addirittura di età minore, non aventi nessuna colpa se non quella di abitare in una determinata zona di Roma o di appartenere alla Comunità ebraica, ovvero anche dalla assurda sproporzione rispetto ai militari tedeschi morti in Via Rasella; la criminalità è qui intrinseca al fatto stesso rispetto al quale, allora, quelle singole modalità esecutive si appalesano come suoi meri indici sintomatici, da cogliersi non già sul piano qualitativo della responsabilità penale bensì su quello della sua quantità».

Significativo al riguardo - sempre secondo l'opinione del Collegio - «quell'autentico rimbalzo di responsabilità che si verificò tra i vari Comandi militari tedeschi una volta che l'ordine di eseguire l'eccidio era giunto, tanto da indurre in particolare il maggiore Dobrick a rifiutare l'esecuzione dell'ordine, pur nella sua qualità di comandante il reparto direttamente colpito da quell'attentato, ancor prima di conoscerne le singole modalità esecutive ed adducendo spiegazioni che al Kappler parvero dei meri pretesti». Se ne ricava, per lo stesso giudice, che «gli imputati, per loro stessa ammissione, hanno ottemperato all'ordine di partecipare all'eccidio delle Cave Ardeatine non perché convinti della sua legittimità, ovvero perché non consapevoli della sua manifesta criminalità, ma solo perché preferirono anteporre il proprio personale interesse all'esecuzione di centinaia di innocenti».

Quanto all'ulteriore argomento secondo il quale l'eventuale disobbedienza degli imputati, in quanto priva della capacità di escludere la realizzazione dell'evento, sarebbe stata del tutto ininfluenza, il Tribunale ha osservato che esso «è privo di fondatezza poiché il dovere di disobbedire all'ordine manifestamente criminoso scatta indipendentemente dal fatto che l'inferiore, disobbedendo, si ponga nelle condizioni di impedire che l'evento comunque si verifichi. E' evidente, infatti, che il singolo militare non deve obbedire all'ordine criminoso impartitogli, pur quando abbia la consapevolezza che altri sarà disponibile ad ottemperarvi. Diversamente opinando si dovrebbe affermare che, come nel caso di specie, ove un ordine illegittimo venga impartito a più militari, ciascuno di essi sarebbe chiamato ad opporvisi soltanto a condizione che si verifichi una sorta di disobbedienza collettiva».

Neppure può invocarsi, secondo la sentenza, un eventuale «stato di necessità». Si legge sul punto quanto segue. «Né il Priebke né l'Hass hanno ricevuto alcuna minaccia, tanto meno dal Kappler: il primo, il "tenente feroce", uno dei torturatori di Via Tasso, era del Kappler un collaboratore tra i più fidati e diretti, tanto da essere chiamato a svolgere alla Cave Ardeatine il compito, tutt'altro che marginale e secondario, di affidatario delle liste dei morituri; il secondo, Capo Sezione Spionaggio, era in evidente rapporto confidenziale con il Kappler tanto che questi, il giorno successivo all'eccidio, proprio a lui confida che era stata una "fesseria" l'aver fatto fucilare cinque persone in più.

D'altra parte, osserva il Collegio che l'insussistenza dell'esimente dello stato di necessità va considerata non soltanto con riguardo alla condotta tenuta dagli imputati alle Cave Ardeatine, ma anche sin da quando il Kappler tenne la riunione preparatoria dell'eccidio, verso le ore 12.30 del 24 marzo 1944.

Appare infatti ragionevole ritenere che già da tale momento (che concretizzava una situazione psicologicamente meno impegnativa per manifestare il rifiuto rispetto a quella di intuibile concitazione che si sarebbe verificata più tardi alle Cave Ardeatine) chi avesse avuto delle remore morali, ovvero anche delle perplessità, sul ruolo affidatogli, avrebbe potuto e dovuto manifestarle al proprio superiore.

Al limite del paradosso è, poi, l'affermazione secondo cui gli imputati si sarebbero sentiti minacciati dal capitano Schütz, il quale, sempre pronto ad esibire la collericità del proprio carattere, aveva detto che chi voleva disobbedire alle disposizioni del Kappler non doveva fare altro che schierarsi tra i fucilandi. Ma è appena il caso di notare come le affermazioni dello Schütz, per quanto collerico egli potesse essere, e pur volendo credere, ma sol per un momento, che esse fossero davvero indirizzate all'Hass o al Priebke e non già ai sottufficiali ed alla truppa, non potevano certo intimidire né il pari-grado Priebke né l'Hass, addirittura a lui superiore in grado.

Del tutto irragionevole sarebbe infine affermare che gli imputati si sarebbero sentiti minacciati, per così dire, per implicito dalla struttura in sé delle SS, cui loro stessi avevano volontariamente aderito e nell'ambito della quale avevano raggiunto livelli di così alta responsabilità.

Solo per completezza espositiva deve aggiungersi, infine, che ad impedire in ogni modo l'applicabilità dell'esimente dello stato di necessità si frapporterebbe, ed in modo insuperabile, l'ulteriore ostacolo dell'evidente sproporzione tra il pericolo in ipotesi incombente sugli imputati ed il fatto che essi sarebbero stati costretti a commettere».

1.1.7. Sulla base di tutto quanto precede il Tribunale è giunto a ravvisare la responsabilità degli imputati in relazione agli artt. 13 e 185 c.p.m.g. Escluso, infatti, anche richiamando le conclusioni della sentenza del 1948 che l'eccidio delle Cave Ardeatine sia

avvenuto in presenza della «necessità bellica» o comunque di un altro «giustificato motivo» validamente apprezzabile in base al diritto internazionale bellico, il Tribunale ha confermato che tale eccidio rientra nella previsione della citata norma incriminatrice.

Quanto alla specifica posizione dei due imputati si osserva quanto segue. « Prendendo in primo luogo in considerazione la posizione del Priebke, non può dubitarsi che questi abbia con piena coscienza e volontà fornito il proprio contributo causale all'eccidio delle Cave Ardeatine.

Come già rilevato, egli ha partecipato al reato non già in fase meramente esecutiva ma sin dal momento organizzativo. In proposito valgono, al di là di ogni altra considerazione, le parole pronunciate dall'imputato medesimo in data 28 agosto 1946, nel corso dell'interrogatorio svolto nel campo di prigionia alleato di Afragola: "Esaminammo durante tutta la notte gli archivi, ma non potemmo trovare un numero sufficiente di persone per raggiungere il numero richiesto per l'esecuzione". Ed ancora, a provare al di là di qualsivoglia dubbio che il Priebke ha partecipato alle esecuzioni dall'inizio alla fine, si richiama altra parte della medesima deposizione: "Entrai nella Cava con il secondo gruppo, uccisi un uomo con un mitra italiano; verso la fine ne uccisi un altro con lo stesso mitra. Le esecuzioni finirono quando già calava la sera. Nel corso di quella stessa sera alcuni genieri tedeschi vennero alle Cave dopo le fucilazioni e fecero delle esplosioni".

Della piena utilizzabilità dell'atto istruttorio ora richiamato il Collegio non dubita nonostante le perplessità difensivamente espresse, perché, se si ritiene che quelle dichiarazioni furono fatte dal Priebke come prigioniero di guerra e dunque al di fuori di un procedimento penale, esse non concretizzano altro che un documento, come tale acquisibile ex artt. 234 e 237 c.p.p.; se invece si ritiene che esse furono fatte in sede giudiziaria, l'acquisibilità discende dall'art. 78, comma 1, del D.L.G. 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale) avuto anche riguardo all'assoluta peculiarità della situazione in cui l'atto venne formato (in ordine alla valenza di atti dell'autorità straniera, v. Cass., Sez. I, 23 giugno 1993, causa Nicosia ed altro).

E' appena il caso di dire che, comprensibilmente, il Priebke in altre successive dichiarazioni ha tentato di sminuire la sua partecipazione all'eccidio, ma il quadro della sua responsabilità è con chiarezza delineato, ed inutili sono gli sforzi difensivi per metterlo in ombra.

Sforzi che si sono spinti, non può non notarsi, addirittura ad affermare che l'imputato non si sarebbe accorto che nelle liste dei prigionieri vi erano appartenenti alla Comunità ebraica. E' sufficiente scorrere l'elenco dei caduti e citarne solo alcuni (Anticoli, Astrologo, Coen, Di Castro, Di Consiglio, Di Nepi, Di Porto, Funaro, Limentani, Moscati, Piattelli, Piperno, Sermoneta, Sonnino), per concludere che qualsivoglia appartenente alle S.S. avrebbe colto immediatamente che si trattava di ebrei, tanto più che sol per un momento si ricordi come alla data del 24 marzo 1944 erano già da tempo iniziate le deportazioni in Germania per l'attuazione della "soluzione finale" della cosiddetta questione ebraica.

Come sopra detto, il Priebke deve, a pieno titolo, rispondere della morte non solo di trecentotrenta persone ma anche delle cinque che, deliberatamente, vennero uccise, a seguito dell'ordine, impartitogli dal Kappler, di eliminare testimoni tanto pericolosi.

Con piena coscienza e volontà ha, a sua volta, partecipato all'eccidio anche il coimputato Hass. Invero, ferme le più volte delineate differenze ravvisabili nel ruolo da questi svolto rispetto a quello del Priebke, non può negarsi che anche l'Hass fosse pienamente consapevole della inaudita criminalità di quanto doveva avvenire alle Cave Ardeatine. Pur

a voler negare ogni sua partecipazione alla fase di preparazione dell'eccidio, non può viceversa dubitarsi che l'Hass abbia aderito a dare, conformemente a quanto disposto dal Kappler, l'esempio alla truppa nella sua esecuzione: a tal punto appariva l'enormità di quanto stava per avvenire che si dovette ritenere necessario che ogni ufficiale, ivi compreso l'Hass, che pure dipendeva dal Kappler per esigenze, per così dire, meramente amministrative, prendesse parte personalmente all'uccisione dei prigionieri, onde evitare qualsivoglia titubanza o sbandamento tra i componenti il tragico plotone d'esecuzione.

In tal modo l'Hass non solo è da ritenersi responsabile della morte dei singoli prigionieri da lui personalmente uccisi, ma anche di tutte le altre vittime delle Cave Ardeatine, alla cui esecuzione egli ha apportato un contributo causale idoneo ad essere valutato alla luce dell'art. 110 c.p.»

Dopo aver citato alcune sentenze della Corte di cassazione relative alla partecipazione morale al reato, il Tribunale giunge così a ritenere «che, per le modalità e le finalità con le quali parteciparono all'eccidio, e a prescindere, ovviamente, dalla specifica posizione di chi, come lo Schütz od il Priebke, si attivò in maniera peculiare, gli ufficiali intervenuti assunsero il ruolo di reciproci concorrenti morali.

In questo senso, stante la sostanziale unitarietà della condotta criminosa oggetto dell'accordo ed a prescindere da chi materialmente provvide all'esecuzione, la responsabilità dell'Hass sussiste anche nei confronti delle cinque persone che, secondo la ricostruzione del Collegio, furono eliminate perché testimoni pericolosi.

Risulta, infatti, che nella riunione propedeutica tenutasi verso le ore 12.30-13 nel suo ufficio, il Kappler rappresentò, tra l'altro, la necessità che il luogo dell'esecuzione fosse una cava tale da poterne chiudere gli ingressi e renderla una camera sepolcrale.

Al di là delle specifiche parole che potranno essere state usate dal Kappler, quell'indicazione aveva un significato chiaro: non si dovevano lasciare tracce.

Su queste basi, accettare di partecipare all'eccidio voleva dire, necessariamente, mettere nel conto la possibilità che, per garantire nell'immediato la segretezza dell'operazione, fossero eliminati occasionali testimoni oculari; soltanto in tal modo, infatti, non si sarebbero messe in pericolo quelle esigenze primarie che avevano addirittura condizionato la scelta del luogo dell'esecuzione».

1.1.8. Quanto alla ricorrenza delle circostanze, il Tribunale ha dapprima considerato l'aggravante della premeditazione. Si premette in sentenza che per la sussistenza della stessa è indispensabile uno spazio temporale tra l'ideazione e l'esecuzione del proposito criminoso, durante il quale esso si rafforza e si consolida, anche e soprattutto perché vengano studiate le modalità e predisposti i mezzi esecutivi del reato. Si afferma quindi che, per quanto attiene all'imputato Hass, se risulta provato che questi ha partecipato all'esecuzione delle Cave Ardeatine, non altrettanto può dirsi in ordine alla prova che il medesimo sia stato chiamato a predisporre quanto necessario per l'esecuzione del barbaro eccidio, escludendosi quindi nei suoi confronti la ricorrenza dell'elemento c.d. ideologico della premeditazione.

Quanto alla posizione del Priebke, a diversa conclusione perviene il Tribunale. A tal riguardo, si legge in sentenza: «è con sicurezza emerso che il Priebke ebbe subito notizia che era stata impartita la disposizione di uccidere dieci italiani per ciascuno dei militari tedeschi caduti in Via Rasella. Conclusione, questa, a cui il Tribunale perviene non solo in via meramente ipotetica, basandosi cioè sulla considerazione, peraltro non inverosimile sotto il profilo logico, che dato l'incarico rivestito dal Priebke nel Comando militare

tedesco di Via Tasso, egli non poteva non sapere quanto il Kappler, suo diretto superiore, aveva deciso, ma anche sulla base di dati probatori certi tra cui in questa sede appare di rilievo la deposizione resa all'udienza del 5 giugno 1997 dal teste Cecconi Mario.

Infatti, secondo tale testimonianza, proprio il Priebke, accompagnato da altro ufficiale, ovviamente non conosciuto dal Cecconi, effettuò alle Cave Ardeatine il preliminare sopralluogo indispensabile per la preparazione dell'eccidio.

Risulta poi inconfutabilmente provato che il Priebke, quale suo stretto collaboratore, cooperò con il Kappler nella predisposizione delle liste dei martiri da avviare all'eccidio. Sul punto può richiamarsi quanto lapidariamente sostenuto dalla sentenza del 1948 (fg. 17): "Nella notte l'imputato, con l'aiuto dei suoi collaboratori, esaminava i fascicoli delle persone considerate 'todeswurdige' sulla base dei precedenti accordi".

Sicché per quanto riguarda il Priebke appare concretato non solo l'elemento cronologico del trascorrere tra l'ideazione e l'esecuzione del reato di un lasso di tempo più o meno breve ma comunque apprezzabile al fine di poter l'agente riflettere (Cass. Sez. I, 1991, n. 188000), ma anche il dato ideologico poiché il Priebke, al contrario del coimputato Hass, ha partecipato anche a studiare le modalità ed a predisporre i mezzi del reato».

Sempre per il Tribunale, per escludere la ricorrenza dell'aggravante in argomento a carico del Priebke, non può eccepirsi che l'ordine di eseguire la rappresaglia venne impartito al Kappler non subito dopo l'attentato di Via Rasella bensì poche ore prima dell'effettivo verificarsi dell'eccidio delle Cave Ardeatine, e precisamente quando il maggiore Dobrick rifiutò di prendervi parte, per essere risultato che il Kappler, avvalendosi dei suoi più stretti collaboratori, tra i quali sicuramente il Priebke, iniziò a preparare quanto necessario per la materiale effettuazione della rappresaglia ancor prima di sapere chi avrebbe successivamente dovuto eseguirla.

Anzi, da tale rilievo il Collegio ha tratto ulteriori spunti di conferma della sussistenza della premeditazione, giacché «aver preparato per altri la barbara esecuzione ed averla poi personalmente eseguita non può non concretare infatti quel rafforzarsi e consolidarsi dell'intento criminoso nello spazio temporale tra l'ideazione e l'esecuzione del reato che, come in premessa ricordato, è ritenuto indispensabile ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 3 c.p. ».

Si rileva, inoltre, in sentenza che «la ritenuta sussistenza dell'aggravante in esame non può, infine, essere contraddetta dal rilievo che il Tribunale supremo militare, nella citata sentenza del 25 ottobre 1952, escluse a carico del Kappler la configurabilità della premeditazione. Invero, tale valutazione va necessariamente inquadrata nella prospettiva, radicalmente diversa rispetto a quella cui questo Collegio ha ritenuto di pervenire, della affermazione della responsabilità penale del Kappler limitatamente all'uccisione di quindici delle vittime: coerentemente allora si escluse l'aggravante ritenendo che l'imputato aveva sì disposto di passare per le armi dieci persone in più rispetto al numero in origine ordinatogli, ma in momento così prossimo all'esecuzione da dover necessariamente escludere - quantomeno - l'elemento cronologico della premeditazione».

La sentenza torna, successivamente, sulla posizione dell'Hass, affermando testualmente quanto segue. «Tuttavia anche l'aggravante della premeditazione, avente ai sensi dell'art. 70, comma 1, n. 2 c.p. natura soggettiva in quanto attinente all'intensità del dolo (Cass., Sez. I, 1994, n. 199812), è da ascrivere all'Hass in virtù dell'art. 118 c.p. E' vero che tale norma oggi stabilisce, a seguito della modifica operata dall'art. 3 legge 7 febbraio 1990, n. 19, che le circostanze aggravanti o diminuenti le pene concernenti l'intensità del dolo "sono valutate soltanto riguardo alle persone cui si riferiscono". Ma è altrettanto vero che

ai fatti di causa, poiché commessi durante lo stato di guerra, va applicato in forza dell'art. 23 c.p.m.g. - come diffusamente si dirà nel capitolo 11 - il trattamento sanzionatorio stabilito dalla legge penale militare di guerra, ancorché la legge penale comune contenga disposizioni più favorevoli per il reo.

Di conseguenza l'art. 118 c.p. deve trovare applicazione non già nel testo attualmente vigente bensì nella sua formulazione originaria, secondo la quale le circostanze soggettive si applicano non soltanto alle persone cui si riferiscono ma anche ai concorrenti nel reato quando siano servite ad agevolarne la partecipazione criminosa.

Orbene, non è dato dubitare che la predisposizione delle modalità esecutive del reato realizzata dal Priebke (così come da altri) ha certamente agevolato la commissione del reato da parte dell'Hass, nei confronti del quale, pertanto, l'aggravante in questione deve trovare estensivamente applicazione».

1.1.9. Il giudice di primo grado passa, quindi, a considerare la ricorrenza della aggravante, pure contestata agli imputati, di aver agito con crudeltà verso le persone (art. 61, n. 4, c.p.). Sul rilievo che nell'eccidio delle Cave Ardeatine si sia manifestata una crudeltà con un grado di inaudita gravità, il Tribunale si è direttamente riportato agli ulteriori seguenti brani della sentenza del 1948 a carico del Kappler.

«E' risultato, difatti, che le vittime in genere ed a maggior ragione quelle delle quali trattasi (giunte alle Cave Ardeatine dal carcere di Regina Coeli quando erano state fucilate oltre cento persone giunte dal carcere di Via Tasso) erano trattenute ad attendere, con le mani legate dietro la schiena, sul piazzale all'imboccatura della cava, da dove frammiste con le detonazioni, esse udivano le ultime angosciose grida delle vittime che le avevano precedute. Esse, poi, entrate nella cava per essere fucilate, scorgevano, alla luce delle torce, i numerosi cadaveri ammassati delle vittime precedenti (dich. Amonn). Infine, esse venivano fatte salire sui cadaveri accatastati e qui costretti ad inginocchiarsi con la testa reclinata in avanti per essere colpite a morte, come si è accertato dalle dichiarazioni dei medici legali Prof. Ascarelli e Dott. Carella, i quali basano le loro asserzioni su un ragionamento che al Collegio sembra pienamente convincente, e cioè se i cadaveri delle vittime furono trovati ammassati fino ad un'altezza di un metro circa, con le gambe genuflesse, così come esse erano nel momento della fucilazione, significa che caddero in quel posto poiché, se presi ed accostati subito dopo la fucilazione come affermano gli imputati, si sarebbero necessariamente stirati nelle gambe dal momento che non avevano potuto ancora acquistare la rigidità cadaverica».

Ciò posto, e con riguardo alla posizione del Priebke, non potrebbe allora dirsi - sempre per il Tribunale - che le modalità crudeli di esecuzione del reato non possono essere invocate a suo carico, quale esecutore di ordini da altri impartiti, per riguardare, invece, esse solo la sfera di responsabilità penale di chi quelle direttive ebbe ad emanare. Infatti: «in primo luogo, l'ordine di eseguire l'eccidio delle Cave Ardeatine non ha trovato nel Priebke (così come nell'Hass) un mero esecutore, bensì esso è stato recepito in spirito di piena condivisione; in secondo luogo, non può non rilevarsi come l'ordine superiormente impartito non si spingeva fino a dettagliarne le specifiche modalità esecutive, le quali pertanto vennero programmate ed eseguite dall'imputato».

Con riguardo alla posizione dell'Hass, rileva, invece, il Tribunale che, pur avendo egli limitato la sua partecipazione al reato alla sola fase esecutiva, ha, per sua stessa ammissione, ucciso almeno due martiri delle Cave Ardeatine, di cui uno nella fase iniziale dell'eccidio e l'altro nella fase terminale, e quindi che egli è stato lì presente ininterrottamente dall'inizio alla fine. In tale prolungato periodo di tempo è evidente, allora, che l'Hass ha percepito, e per intero condiviso, tutte quelle modalità esecutive e

realizzative dell'eccidio sopra contestate al coimputato Priebke, onde l'aggravante in esame appare sussistente - ad avviso del giudice - anche nei di lui confronti.

1.1.10. Quanto alle circostanze attenuanti, il Tribunale ha ravvisato in capo ad entrambi gli imputati la sussistenza di quelle di cui all'art. 59, n. 1, c.p.m.p., relativa all'inferiore che è stato determinato dal superiore a commettere il reato. Premesso che ricorre tale circostanza non quando altri abbia provocato nel reo la semplice idea del reato, ma solo quando l'attività del superiore sia riuscita a formare nella mente dell'inferiore il proposito criminoso, il Tribunale ha affermato che entrambi gli imputati hanno sicuramente partecipato all'eccidio solo per adempiere all'ordine impartito da un superiore dotato come il Kappler di un'indubbia capacità carismatica, ordine che, pur se delittuosamente impartito, li ha determinati a concorrere nel reato. A tale riguardo, così leggesi in sentenza: «è di tutta evidenza che l'Hass ha preso parte all'eccidio certo non perché animato da una entusiastica volontà di protagonismo, ma solo perché il Kappler aveva dato disposizioni che tutti gli ufficiali, e quindi anche l'Hass, concorressero alla strage per dare l'esempio alla truppa onde evitare in essa esitazioni o sbandamenti. Alla stessa conclusione è possibile pervenire anche per quanto riguarda il Priebke. E' vero che il ruolo da questi svolto nell'eccidio delle Cave Ardeatine è ben diverso da quello rimproverabile all'Hass: il Priebke, infatti, non si limitò certo, come altri ufficiali tedeschi, ad uccidere due prigionieri sol per dare l'esempio, ma collaborò attivamente, come prima ricordato, a tutte le fasi tragicamente organizzative della strage. Ma ai fini dell'attenuante in esame deve osservarsi che il Priebke ha partecipato al reato con modalità diverse rispetto a quelle dell'Hass in conseguenza delle funzioni da lui svolte all'interno del Comando militare tedesco di Via Tasso. Sicché tutta l'attività di partecipazione del Priebke nell'eccidio è stata pur sempre determinata in lui dagli ordini ricevuti dal Kappler. Non rileva al fine di escludere l'attenuante "de qua" cioè la considerazione che, come peraltro appare ovvio, il Kappler una volta che era stato dato proprio a lui il compito di preparare l'eccidio e poi anche di eseguirlo a ragione del rifiuto opposto da altri Comandi, abbia chiamato i suoi più diretti collaboratori (e tra essi il Priebke) a partecipare alla sua organizzazione, disponendo che tutti gli altri ufficiali (e tra essi l'Hass) si "limitassero" ad uccidere due prigionieri. Del resto, non può non rilevarsi che l'art. 8 dello Statuto del Tribunale Internazionale di Norimberga stabiliva: "Il fatto che l'imputato abbia agito in ossequio all'ordine del suo governo o di un superiore non lo esime da responsabilità ma può essere preso in considerazione come circostanza attenuante, se il Tribunale accerta che ciò sia richiesto da motivi di giustizia"».

1.1.11. Per quanto concerne l'attenuante prevista dall'art. 59, n. 2 c.p.m.p. a favore del militare che ha prestato opera di minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, il Tribunale rileva preliminarmente che né l'aggravante di aver concorso nel reato con più di cinque persone, né quella di aver concorso con un inferiore, pur sussistendo entrambe, risultano contestate all'imputato Hass, sicché non opera la preclusione rispetto all'applicabilità dell'attenuante in parola prevista nello stesso art. 59, n.2, c.p.m.p. In particolare, la dizione contenuta nel capo d'imputazione "in concorso con Kappler Herbert ed altri militari tedeschi" non può assolutamente intendersi - ad avviso del Tribunale - quale contestazione dell'aggravante di cui all'art. 112, comma 1 c.p., «assolvendo essa alla sola funzione di consentire la contestazione in forma concorsuale di un reato a plurisoggettività eventuale». Ciò posto e passando al merito, il giudice così ha motivato sul punto dell'applicazione dell'attenuante: «risulta evidente come essa, assolutamente non invocabile a favore dell'imputato Priebke, possa viceversa operare a diminuire la responsabilità del coimputato Hass. Invero, come più volte osservato, mentre il Priebke ha partecipato all'eccidio delle Cave Ardeatine sin dall'inizio della sua fase organizzativa, caratterizzando con la sua condotta criminosa il reato a lui ascritto, ben diverso è stato il ruolo svolto dall'Hass chiamato, su ordine del Kappler, ad uccidere come altri ufficiali tedeschi due dei trecentotrentacinque martiri, senza dover in alcun altro modo partecipare alla realizzazione dell'evento criminoso».

1.1.12. Quanto alle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p., il Tribunale ha premesso che l'ultrattività della legge penale militare di guerra non osta, in linea di principio, alla loro applicabilità al caso di specie. «Infatti - si legge in sentenza - esse furono introdotte con il d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 288, e dunque nella vigenza della legge penale militare di guerra, la cui applicazione cessò soltanto in data 15 aprile 1946 in virtù dell'art. 1 del d.lgs.lgt. 21 marzo 1946, n. 144. Stante la complementarità tra legge penale militare di guerra e legge penale comune, e poiché l'art. 23 c.p.m.g. fa genericamente riferimento alla legge penale militare di guerra, e non già a quella (come integrata dalla legge penale comune) vigente al momento del commesso reato, è fuor di dubbio che le attenuanti in questione possono essere riconosciute anche per reati previsti dal c.p.m.g. e posti in essere prima dell'entrata in vigore del d.lgs.lgt. 288/44». Rilevato, altresì, che la concessione delle attenuanti in questione non è per ciò stesso impedita dalla elevata gravità del reato ascritto e valutando il parametro della capacità a delinquere, il Tribunale ha osservato che, per quanto attiene al Priebke, l'esame della sua condotta antecedente al reato indurrebbe al diniego dell'attenuante in questione, stante il ruolo svolto dall'imputato all'interno del Comando tedesco di via Tasso, e proprio per doversi avere riguardo agli interrogatori da lui ivi tenuti con largo uso di torture ed altre violenze sia fisiche che morali (ciò che induce a ritenere non immune da rilievi critici la sua vita antecedente al reato); mentre si può giungere a opposta conclusione per quanto riguarda l'Hass, del quale non è risultata in alcun modo la partecipazione all'attività, autenticamente criminosa, che si teneva in Via Tasso ed essendo, anzi, risultato il contributo fornito dall'imputato alla liberazione del prof. Giuliano Vassalli, come da questi personalmente riferito. Le attenuanti in esame, peraltro, sono tuttavia apparse concedibili, oltre che all'Hass, anche al Priebke, sotto il profilo dei motivi a delinquere, essendosi quest'ultimo indotto al reato non per rispondere ad una sorta di entusiastico quanto delittuoso protagonismo, ma solo perché chiamato ad assolvere un compito nell'ambito delle sue funzioni. Quanto, poi, alla condotta susseguente al reato, rileva il Tribunale che è indubitabile che dopo la fine della guerra non risultano condotte criminose ascrivibili al Priebke come all'Hass; e tanto meno può evocarsi a sfavore di quest'ultimo la militanza nei servizi segreti statunitensi e poi italiani, essendo di tutta evidenza che tali organismi informativi costituiscono parte della più complessiva struttura statale, onde sarebbe del tutto arbitrario trarre elementi di sfavore dalla avvenuta semplice partecipazione ad essi. Si rileva, inoltre e sotto il profilo del comportamento processuale tenuto, che, pur essendo evidente che entrambi gli imputati si sono sottratti all'esame dibattimentale, ciò di per sé non osta alla concedibilità delle attenuanti generiche (v. per es., Cass. Sez. IV, 22 febbraio 1996, c. Fichera), mentre del resto nelle dichiarazioni rispettivamente rese nelle fasi precedenti al dibattimento nonché nei memoriali prodotti dagli imputati, essi hanno ammesso di aver personalmente cagionato la morte di due prigionieri, pur se in un quadro complessivo volto, in un certo qual modo, a comprensibilmente a sminuire i loro rispettivi ruoli.

Infine, sempre a tale riguardo, rileva il Tribunale che entrambi gli imputati paiono meritevoli delle attenuanti generiche anche sotto l'ulteriore profilo della valutazione delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, di cui all'art. 133 c.p.. Invero, il Priebke, prima del suo arresto in Argentina, avvenuto nell'anno 1994, risulta aver tenuto una condotta di vita del tutto normale; mentre, successivamente alla evasione dal campo di prigionia anglo-americano di Afragola, ha, per cinquanta anni, vissuto senza mai nascondere l'identità sua e dei suoi familiari e viaggiando con regolare passaporto, nell'evidente convinzione di non essere più perseguibile. Quanto all'imputato Hass, questi risulta aver semplicemente assecondato nel lungo dopoguerra la sua propensione a militare nei servizi informativi segreti, così venendo da essi fornito di un nominativo di copertura.

Oltre a ciò il Tribunale osserva che anche l'età avanzatissima degli imputati, quale condizione di vita individuale, debba far ritenere ormai affievolita la loro capacità a

delinquere, avuto riguardo al tempo assai risalente del commesso reato e risultando confortato un siffatto rilievo dalle disposizioni contenute nel vigente ordinamento da cui si desume una particolare attenzione all'età elevata dell'indagato o del condannato, quando si tratta di restrizione in carcere (art. 275, comma 4, c.p.p.; art. 47 ter comma 1, n. 3 legge 26 luglio 1975, n. 354).

Aggiunge da ultimo la sentenza che «l'art. 133, comma 1, n. 1 c.p. individua anche nel tempo dell'azione criminosa un elemento sintomatico della gravità del reato, implicitamente attestando che una data risalente di commissione del reato sfuma necessariamente la rilevanza criminosa di ogni fatto per quanto, come quello di specie, efferato esso sia stato», conformemente alla "ratio" ispiratrice della norma in tema di misure cautelari (art. 292, comma 2, c.p.p., come sostituito dall'art. 9, comma 1, legge 8 agosto 1995, n. 332).

In conclusione, per tutte le considerazioni sopra svolte, entrambi gli imputati appaiono al Collegio meritevoli delle attenuanti generiche previste dall'art. 62 bis c.p.

1.1.13. La rilevata sussistenza del concorso tra circostanze attenuanti e circostanze aggravanti che comportano una pena di specie diversa impone, quindi, al Tribunale di accertare il regime da applicare nella fattispecie, dato che con l'art. 6 del d.l. 11 aprile 1974, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220 è stato modificato il meccanismo originariamente previsto dall'art. 69, comma 4 c.p. e vigente all'epoca dello stato di guerra. Il parametro alla stregua del quale risolvere tale problema di successione di leggi penali viene così individuato nell'art. 23 c.p.m.g., il quale, sotto la rubrica «ultrattività della legge penale militare di guerra», dispone che «per i reati preveduti dalla legge penale militare di guerra, commessi durante lo stato di guerra, si applicano sempre le sanzioni penali stabilite dalla legge suindicata, sebbene il procedimento penale sia iniziato dopo la cessazione dello stato di guerra, e ancorché la legge penale militare di pace o la legge penale comune non preveda il fatto come reato o contenga disposizioni più favorevoli per il reo».

Al riguardo si ritiene di non dover adottare un'interpretazione restrittiva della locuzione «sanzioni penali», conseguentemente limitando alle sole pene edittali stabilite dalla legge penale militare di guerra il principio di ultrattività posto dalla norma, bensì che nella nozione di «sanzioni penali stabilite dalla legge penale militare di guerra» deve essere ricompreso anche il regime di valutazione delle circostanze, quale elemento normativo funzionale, sia in concreto che in astratto, alla determinazione in termini quantitativi della sanzione del singolo reato; e ciò non soltanto perché le circostanze, venendo ad integrare il precetto primario, assumono «una funzione imprescindibile ai fini di determinare la modificazione della sanzione tipica» ma in quanto l'art. 23 c.p.m.g., fa esplicito ed esclusivo riferimento ai «reati preveduti dalla legge penale militare di guerra, commessi durante lo stato di guerra» e, pertanto, non anche a quelli commessi nei casi in cui la legge penale militare di guerra è applicata in tempo di pace (v. artt. 5, 8, 9 e 10 c.p.m.g.), sicché un'interpretazione che limitasse l'ambito di applicazione della norma speciale alle sole pene edittali previste dal codice bellico non solo renderebbe quella stessa disposizione "inutiliter data" ma addirittura incomprensibile, perché verrebbe a porre una deroga - con riferimento ai reati previsti dal c.p.m.g. e commessi in tempo di pace - in realtà poi riassorbita con la disposizione comune di cui all'art. 2. c.p. concernente le leggi eccezionali.

Simile rilievo induce il Tribunale a individuare la funzione che assume in concreto l'art. 23 in quella di assicurare che i delitti bellici posti in essere durante lo stato di guerra siano puniti sempre in base al sistema sanzionatorio previsto dalla legge penale militare di guerra vigente al momento del commesso reato, fatte salve, ovviamente, le modifiche eventualmente intervenute prima della cessazione dello stato di guerra medesimo.

«Soltanto in tal modo, infatti, - si legge in sentenza - da un lato si garantisce effettivamente, stante il rapporto di complementarità tra legge penale militare di guerra, legge penale militare di pace e legge penale comune (artt. 19 c.p.m.p. e 16 c.p.), quel principio di ultrattività - "basato su di una suprema necessità di ordine politico-legislativo ed in piena armonia col carattere personale e permanente delle leggi militari belliche (Cass. Sez. un., 28 gennaio 1956, c. Tassoli) - che l'art. 23 c.p.m.g. dovrebbe codificare e, dall'altro, assume un senso l'esclusione posta per i reati previsti dal c.p.m.g. e commessi in tempo di pace, per i quali, comprensibilmente, il principio di ultrattività riguarderebbe soltanto la norma incriminatrice, in base ai principi generali di cui all' art. 2 c.p.».

A supporto di tale interpretazione il Tribunale ha reca: la considerazione generale per la quale il principio di ultrattività tende ad assicurare proprio l'omogeneità dei trattamenti sanzionatori; il riferimento contenuto nell'art. 23 «a disposizioni più favorevoli per il reo» più ampio di quello relativo alle sole le pene edittali; ed i lavori preparatori del codice da cui emerge che il legislatore, nel momento in cui poneva l'art. 23, aveva ben presenti proprio gli aspetti sanzionatori connessi ai reati circostanziati, riferendo di una vicenda interpretativa relativa all'aggravante del tempo di guerra per i reati commessi in tale periodo, ma giudicati dopo la cessazione dello stato di guerra.

Accertato per tali argomentazioni che l'art. 23 c.p.m.g. si riferisce all'intera disciplina (e dunque anche a quella concernente le circostanze del reato) stabilita dalla legge penale militare di guerra ed avente effetti sulla sanzione del singolo reato militare, il Tribunale rileva come nel codice penale militare di guerra siano rinvenibili anche apposite disposizioni, in materia di concorso di circostanze, meramente recettive della normativa comune (artt. 19 e 52 c.p.m.p.) e dalle quali si ricava che la legge penale militare di guerra vigente all'epoca dei fatti di causa stabiliva l'applicabilità degli artt. 63 e 69 c.p. per disciplinare il concorso tra circostanze aggravanti ed attenuanti, dovendosi così escludere il giudizio di comparazione, a fronte di aggravanti comportanti una pena di specie diversa.

A contrario, e sempre per il Tribunale, non può riferirsi anche alla materia della legge penale militare di guerra quanto dalla Corte Costituzionale precisato in ordine all'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, che stabilisce la cosiddetta "ultrattività" delle norme penali tributarie. «E' ben vero, infatti, che il giudice delle leggi, con la sentenza 6/78, ha precisato che con quella norma è stato stabilito il principio "tempus regit actum" in relazione alle sole disposizioni penali delle leggi finanziarie relative ai tributi dello Stato e non anche a quelle del primo libro del codice penale che le integrano, ma è appena il caso di osservare che mentre i reati tributari costituiscono una mera legislazione speciale (per cui, come da tempo evidenziato dalla dottrina anche sulla base dell'esegesi del dato normativo, il citato art. 20 l. 4/29 può riguardare soltanto le leggi concernenti i singoli tributi dello Stato), la legge penale militare di guerra è legge eccezionale, in quanto tale dotata di autonomia funzionale e di propria organicità, al di là della tecnica di redazione in concreto adottata dal legislatore». Ciò significa, quindi, per lo stesso giudice, «che l'art. 23 c.p.m.g. e l'art. 20 l. 4/29 pongono il principio di ultrattività nell'ambito di due realtà normative profondamente diverse per presupposti, finalità e natura, per cui non è possibile estendere al primo le precisazioni fatte dalla Corte Costituzionale in ordine alla valenza del secondo».

Il Tribunale precisa, poi, che le suesposte considerazioni in diritto, in base alle quali nel caso di specie deve senz'altro procedersi all'applicazione dell'art. 69, comma 4, c.p. previgente, assorbono, un ulteriore profilo che pure, in concreto, condurrebbe allo stesso risultato, e cioè che, qualora dovesse, invece, procedersi al giudizio di comparazione tra le circostanze aggravanti ed attenuanti ritenute nel presente giudizio, le prime non potrebbero che essere valutate prevalenti, essendo esse entrambe talmente significative

da comportare una pena di specie diversa (e addirittura la pena detentiva perpetua) a fronte di circostanze attenuanti che sono concepite dal legislatore o come facoltative (quelle di cui all'art. 59 c.p.m.p.) o come discrezionali (quella di cui all'art. 62 bis c.p.) e, dunque, con una valenza oggettivamente minore ai fini della caratterizzazione del fatto criminoso. Su queste basi, conclude il Tribunale che, a tutto concedere in linea teorica, la precedente normativa andrebbe comunque applicata per connotarsi come più favorevole per l'imputato; il giudizio di comparazione successivamente introdotto precluderebbe in concreto, infatti, (dovendosi dichiarare prevalenti le aggravanti) il meccanismo di riduzione della pena detentiva massima previsto dall'art. 65 c.p.

1.1.14. La sussistenza della circostanza aggravante indicata nell'art. 61, n.4 c.p. e di quella della premeditazione comporta, ai sensi dell'art. 577, comma 1, nn. 3 e 4 c.p., la punibilità con l'ergastolo del reato ascritto e, per ciò stesso, secondo il Tribunale, la sua imprescrittibilità stante l'accertata applicabilità nel caso di specie, ex art. 23 c.p.m.g., dell'art. 69 c.p. nella formulazione antecedente alla novella del 1974.

Al riguardo, osserva il Tribunale che nel concetto di reati punibili con l'ergastolo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 157, comma 1, c.p., devono essere ricompresi non soltanto quelli per i quali la pena perpetua è prevista come pena edittale, ma anche quelli, come il delitto contestato agli imputati, per i quali la punibilità in astratto con l'ergastolo deriva dalla sussistenza di circostanze che comportano una pena di specie diversa, e come tali escluse dal giudizio di comparazione ex art. 69, n 4 c.p. previgente.

A tale conclusione si perviene attraverso le seguenti argomentazioni:

«a) le circostanze aggravanti in questione rientrano tra quelle per le quali, ai sensi dell'art. 63 c.p., la legge "stabilisce" una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato. Orbene, l'art. 157, comma 1, c.p. fa riferimento proprio alla pena "stabilita" dalla legge e dunque la stessa identità dei termini utilizzati dal legislatore impone di considerare anche le circostanze di cui trattasi, ai sensi e per gli effetti del citato art. 157, comma 1, c.p.;

b) nell'art. 157, comma 1, n 1) c.p. si prevede in venti anni il tempo necessario a prescrivere per i delitti per i quali "la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni". Ciò posto, poiché, ai sensi dell'art. 23, comma 1, c.p., la reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni e considerato che nel sistema originario del codice penale non erano previsti reati con pena edittale superiore ai ventiquattro anni, deve dedursi che nel porre il n. 1 del primo comma dell'art. 157 c.p. il legislatore ha fatto riferimento anche ai reati circostanziati, perché altrimenti avrebbe ragionevolmente usato la locuzione "pena della reclusione pari a ventiquattro anni";

c) qualora, con riferimento al vecchio art. 69 c.p., si ritenesse applicabile la prescrizione in caso di concorso di circostanze attenuanti e di aggravanti ad effetto speciale o che comportano pene di specie diversa, si perverrebbe ad effetti paradossali proprio in relazione all'art. 577 c.p., richiamato anche nell'imputazione del presente processo. E' noto, infatti, che tale ultima disposizione prevede al primo comma alcune circostanze aggravanti del reato di omicidio che comportano la pena dell'ergastolo ed al secondo comma ne prevede altre che invece comportano la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni. In siffatto contesto normativo, ricorrendo per entrambe le ipotesi due identiche circostanze attenuanti, si verificherebbe, alla luce del già richiamato art. 65 c.p., che le ipotesi più gravi di cui al primo comma dell'art. 577 c.p. si prescriverebbero in quindici anni (ex art. 157, comma 1, n. 2 c.p.) e dunque prima di quelle meno gravi di cui al secondo comma dello stesso articolo, prescrivibili in venti anni (ex art. 157, comma 1, n. 1 c.p.). Risultato palesemente assurdo che non sarebbe potuto sfuggire ai compilatori del codice e che dunque conferma "a contrariis" l'estraneità all'istituto della prescrizione

anche dei reati per i quali l'ergastolo si configura soltanto a seguito del riconoscimento di circostanze aggravanti;

d) la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha di recente affrontato, ai fini dell'ammissibilità del giudizio abbreviato di cui agli artt. 438 e ss. c.p.p., il problema della definizione della categoria dei reati punibili con l'ergastolo (di categoria parla esplicitamente la sentenza 176/91 della Corte Costituzionale) ed ha ritenuto che quel giudizio speciale sia escluso non soltanto quando sia contestato un reato che abbia l'ergastolo quale pena edittale ma anche quando la possibilità della pena perpetua derivi dall'avvenuta contestazione di una circostanza aggravante. Orbene, non sembra che l'ordinamento possa ammettere due distinte categorie di reati punibili con l'ergastolo, una a fini di diritto processuale ed una a fini di diritto sostanziale».

La conclusione a cui si perviene fa, sempre secondo il Tribunale, perdere decisività alla tesi, prospettata dal pubblico ministero ed esplicitamente condivisa da talune delle parti civili, secondo cui il delitto oggetto di questo giudizio non si può comunque prescrivere, in quanto reato contro l'umanità. Nella sentenza si dà conto anche di tale prospettazione ricavandosene un supporto interpretativo alla anzidetta conclusione delle imprescrittibilità cui come sopra si perviene.

In sintesi, si rileva che la Convenzione adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite con risoluzione 2391 (XXIII) del 26 novembre 1968 ha solennemente affermato in diritto internazionale «il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità»; che tale atto delle Nazioni Unite rappresenta indubbiamente il punto d'arrivo di un lento ma costante processo internazionalistico (il cui inizio può essere fatto addirittura risalire al Manuale adottato dall'Istituto di diritto internazionale il 9 settembre 1880 nella sessione di Oxford, cosiddetto Manuale di Oxford) teso a reprimere in modo sempre più efficace le violazioni delle leggi e degli usi della guerra; e che in tale quadro il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità assume oggettivamente carattere di "jus cogens", in quanto posto a tutela di interessi generali della società internazionale.

Il Tribunale rileva, inoltre, come anche la dottrina internazionalista avvalorò il principio dell'imprescrittibilità di tali "delicta iuris gentium", collegandolo all'impossibilità di presumere nei confronti dello Stato che ne è vittima quell'affievolimento nel tempo della pretesa punitiva che invece solitamente si manifesta nei riguardi dei reati comuni e che è alla base dell'istituto della prescrizione. In effetti - viene precisato in sentenza - tali delitti costituiscono sempre un "vulnus" all'intima essenza dello Stato perché essi, a prescindere dai singoli, coinvolgono la popolazione, intesa quale elemento costitutivo del soggetto statale, e ciò, in una proiezione internazionalistica, ben giustifica il perpetuarsi dell'interesse a punire.

Ciò premesso e posto che il reato ascritto ai due imputati costituisce, sul piano del diritto internazionale, crimine di guerra e contro l'umanità, deve escludersi per il Tribunale che nel caso di specie la regolamentazione internazionalistica non possa comunque operare nel diritto interno in ragione dell'inaffidabile retroattività di una norma che comporterebbe una sanzione penale poiché nel 1968 - anno in cui non è più seriamente dubitabile la vigenza della regola internazionale in questione - il reato contestato non era prescritto a causa dell'interruzione della prescrizione operata dalla sentenza pronunciata il 25 ottobre 1952 dal Tribunale supremo militare a carico del Kappler, effetto valevole «per tutti coloro che hanno commesso il reato», ai sensi dell'art. 161, comma 1, c.p.

Ciò nonostante, qualora si volesse ritenere che il reato contestato all'Hass ed al Priebke sia prescritto in base all'art. 157 c.p., si porrebbe per il Tribunale il problema se

procedere alla mera disapplicazione della norma interna oppure sollevare eventuale questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 10, comma 1, Costituzione.

Conclusivamente, essendo però stata già accertata per altra via la mancata prescrizione del reato, tale questione assume rilevanza, pur residuandone, sempre secondo il Tribunale, una decisiva conferma della anzidetta conclusione, una volta considerato come l'art. 10, comma 1, Costituzione rappresenti anche una "norma sull'interpretazione", nel senso che in base ad essa deve essere sempre privilegiata l'interpretazione che renda la normativa interna conforme ai principi internazionali generali.

1.1.15. In ordine alla commisurazione della pena, si legge nella sentenza quanto segue: «Prima di procedere alla puntuale quantificazione della pena nei confronti di ciascuno degli imputati, il Collegio ritiene necessarie alcune precisazioni. A prescindere da ogni considerazione di carattere etico in ordine all'efferatezza dei fatti posti in essere, il Tribunale non può innanzitutto non tener conto della presenza nel nostro ordinamento di una norma come l'art. 27, comma 3 Costituzione che riserva alla pena una funzione non soltanto meramente retributiva; in relazione ad essa e avuto riguardo a quanto disposto dall'art. 133 c.p., l'età degli imputati, unita al lunghissimo tempo trascorso dai fatti, assume un oggettivo, innegabile rilievo nel momento in cui deve essere individuata la pena da irrogare. Il Collegio rileva inoltre come nel caso di specie la continuazione tra i singoli eventi criminosi si connota con caratteri del tutto peculiari. Al di là, infatti, di ogni formalismo giuridico, non può seriamente negarsi che, nella sostanza, si è in presenza di una condotta sostanzialmente unitaria, sorretta da un unico processo volitivo che assume giuridico rilievo prescindendo dall'entità numerica delle vittime. Tale constatazione, se da un lato impone di rilevare un'evidente inadeguatezza legislativa nel momento in cui non si prevede un'autonoma fattispecie di reato militare in tempo di guerra riferibile a condotte di eccidio di massa, dall'altro fa apparire conforme a giustizia, nell'attuale quadro normativo, limitare l'aumento di pena per i fatti in continuazione in modo da dare rilievo all'unitarietà di fondo del crimine commesso e nel contempo salvaguardare la proporzionalità della sanzione rispetto a chi, vale a dire il Kappler, risulta giuridicamente il principale responsabile. In sede di determinazione dell'aumento di pena per la continuazione appare inoltre necessario distinguere la posizione dei due imputati stante la loro diversa modalità di partecipazione agli eventi. Ciò posto, ritiene equo il Tribunale, in applicazione degli artt. 65 e 81 c.p., procedere alla seguente quantificazione della pena:

a) per l'Hass: riduzione dell'ergastolo alla pena della reclusione per anni ventuno, in applicazione delle riconosciute attenuanti generiche; ulteriore riduzione ad anni quattordici per la concessa circostanza attenuante di cui all'art. 59, n. 1 c.p.m.p.; definitiva riduzione ad anni dieci per la concessa circostanza attenuante di cui all'art. 59, n. 2 c.p.m.p.; aumento di otto mesi per la continuazione; pena finale anni dieci e mesi otto di reclusione;

b) per il Priebeke: riduzione dell'ergastolo alla pena della reclusione per anni ventuno in applicazione delle riconosciute attenuanti generiche; riduzione ad anni quattordici per la concessa circostanza attenuante di cui all'art. 59, n. 1 c.p.; aumento di un anno per la continuazione; pena finale, anni quindici di reclusione».

1.1.16. Successivamente il Tribunale si occupa, pur in assenza di richiesta delle parti, di verificare la sussistenza della specifica causa di estinzione della pena costituita dal condono. Sul punto, avuto riguardo alle disposizioni specifiche o di carattere generale contenute nei vari provvedimenti clemenziali succedutisi dalla data di commissione del reato, il Tribunale ritiene che soltanto a decorrere dal condono concesso con il d.P.R. 4 giugno 1966, n. 432 si possa riconoscere l'applicabilità del beneficio ai due imputati. Così motiva la sentenza.

«Deve infatti osservarsi che mentre l'art. 3, comma 2, del precedente d.P.R. 24 gennaio 1963, n. 5 stabiliva che l'amnistia e l'indulto non si applicavano, oltre che a taluni reati previsti dal c.p.m.p., ai reati previsti dal titolo secondo del libro terzo e dal titolo quarto del libro terzo nonché dall'art. 115 del c.p.m.g., l'art. 4 del già citato d.P.R. 332/66, pur confermando le esclusioni concernenti i reati previsti dal libro terzo, titolo secondo e dall'art. 115 del c.p.m.g., nulla disponeva in ordine a quelli previsti dal titolo quarto del libro terzo del c.p.m.g., che è appunto il titolo relativo ai reati contro le leggi e gli usi della guerra. Si tratta di modifica significativa che rende inequivoca l'intervenuta volontà del legislatore, pur in presenza di esclusioni oggettive dal condono, di ricomprendere anche tali reati nel beneficio e tale volontà deve ritenersi confermata anche in occasione degli ulteriori provvedimenti indulgenziali (segnatamente, d.P.R. 22 maggio 1970, n. 283; d.P.R. 4 agosto 1978, n. 413; d.P.R. 18 dicembre 1981, n. 744; d.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865; d.P.R. 22 dicembre 1990, n. 394), dato che in nessuno di essi si rinvenivano disposizioni tendenti al ripristino dell'esclusione. Con riferimento al caso di specie si potrebbe obiettare che l'indulto sarebbe inapplicabile per il fatto che le condotte criminose concretizzano nella sostanza degli omicidi, reati generalmente esclusi dall'ambito di applicazione dei provvedimenti di condono. Tale tesi non può essere condivisa per due ordini di motivi. Innanzitutto, l'art. 185 c.p.m.g. costituisce un autonomo titolo di reato militare equiparato "quoad poenam" al delitto di omicidio p. e p. dall'art. 575 c.p. soltanto quando la violenza consiste, appunto, nell'omicidio; orbene, se tale autonoma configurazione di reato è addirittura idonea a comportare il riconoscimento della competenza della giurisdizione militare, ai sensi degli artt. 37 c.p.m.p. e 6 d. lgs. lgt. 21 marzo 1946, n. 144, davvero non si comprende perché l'ontologica differenziazione dal reato comune di omicidio debba poi scemare in altri momenti applicativi della legge. In secondo luogo, estendere "in malam partem" gli elenchi di esclusione dal condono di volta in volta formati dal legislatore con riferimento allo specifico "nomen iuris" delle fattispecie interessate, contrasta con fondamentali principi interpretativi. Sotto altro profilo potrebbe apparire singolare l'applicazione dell'indulto nei confronti di reati per i quali si afferma l'esistenza di principi generali di carattere internazionale tendenti ad affermarne l'imprescrittibilità. A tale proposito è appena il caso di sottolineare che la prescrizione è una causa di estinzione del reato, che concretizza la rinuncia in radice dello Stato a punire; l'indulto, invece, è una causa di estinzione della pena che presuppone la condanna (e, dunque, l'attuazione della pretesa punitiva dello Stato) rappresentando soltanto un beneficio "ope legis" per il condannato».

In base a tali considerazioni, il Tribunale giunge a determinare «la misura della pena detentiva che deve essere condonata ammonta ad anni dieci», rilevando altresì che l'eccezionale entità della quantità di pena di cui deve essere dichiarata in sentenza l'estinzione a titolo d'indulto «è in un certo senso fisiologica laddove si pensi all'epoca dei fatti (oltre cinquant'anni fa) ed all'alto numero dei provvedimenti clemenziali nel frattempo intervenuti»; alla declaratoria di condono nei termini suindicati consegue, ai sensi dell'art. 300, comma 4, c.p.p., l'immediata rimessione in libertà dell'imputato Hass, in quanto la pena residuale viene conseguentemente a risultare inferiore al periodo di custodia cautelare già sofferto nel corso del processo.

1.1.17. Accertata la penale responsabilità degli imputati, il Tribunale rileva, quanto alle domande di risarcimento del danno presentate dalle parti civili, essere fuori discussione che il reato accertato ha comportato, in rapporto di diretta causalità, danni giuridicamente apprezzabili e che neppure potrebbe dubitarsi della sussistenza delle condizioni per la conseguente condanna al risarcimento degli stessi alla luce dell'Accordo sottoscritto il 2 giugno 1961 tra l'Italia e la Repubblica Federale di Germania (reso esecutivo con d.P.R. 14 aprile 1962, n. 1263, in Gazz. uff. n. 214 del 25 agosto 1962, ed il cui art. 2 così stabilisce: «Il Governo Italiano dichiara che sono definite tutte le rivendicazioni e richieste della Repubblica Italiana o di persone fisiche o giuridiche italiane, ancora pendenti nei confronti della Repubblica Federale di Germania o nei confronti di

persone fisiche o giuridiche tedesche, purché derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l' 8 maggio 1945»), giacché tale atto normativo non può sprigionare effetti nei confronti dei due imputati, i quali, alla data di entrata in vigore di quel d.P.R., non avevano a loro carico pendenti «rivendicazioni e richieste» da parte delle attuali parti civili e per i fatti di causa.

Si rileva, anzi, che nel corso dell'udienza preliminare svoltasi a carico dell'imputato Priebke venne sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, c.p.m.p. nella parte in cui vietava l'esercizio dell'azione civile presso il giudice militare, questione risolta dalla Corte Costituzionale con declaratoria di incostituzionalità della suindicata norma; conseguentemente si evidenzia che ciò non sarebbe stato possibile per difetto di rilevanza nel giudizio a quo laddove il citato d.P.R. 1263/62 avesse avuto valenza preclusiva all'insorgere di obbligazioni civilistiche a carico degli imputati.

Il Tribunale passa, pertanto, a condannare in solido gli imputati al risarcimento del danno alle parti civili costituite tranne Benati Stefano, Benati Nino, Limentani Davide, Di Porto Alberto, Mieli Emilia, Fatucci Angelo, Mieli Orietta, Marino Sergio, la cui costituzione deve intendersi revocata, ai sensi dell'art. 82, comma 2, c.p.p., non avendo le stesse presentato le conclusioni a norma dell'art. 523 del codice di rito, rimettendo le parti davanti al giudice civile, ai sensi dell'art. 539 c.p.p., ai fini di una puntuale liquidazione del danno in relazione a ciascuna delle singole posizioni.

1.1.18. Conclusivamente, il Tribunale militare di Roma, con la citata sentenza, previo riconoscimento ad entrambi gli imputati delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62 bis c.p. e 59, n.1, c.p.m.p., nonché, al solo Hass, di quella di cui all'art. 59, n.2, c.p.m.p. ha condannato

- Hass Karl alla pena della reclusione per anni dieci e mesi otto;
- Priebke Erich alla pena della reclusione per anni quindici;

nonché entrambi, in solido, alle spese processuali e ad ogni altra conseguenza di legge, e, altresì, al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili costituite, da liquidarsi in separata sede.

Ha infine dichiarato parzialmente condonata la pena inflitta agli imputati nella misura di anni dieci.

1.2. Avverso detta sentenza ha proposto ritualmente ricorso immediato per cassazione il Procuratore generale militare presso questa Corte e altresì hanno proposto, sempre ritualmente, appello il Procuratore militare di Roma, i difensori degli imputati e un difensore delle parti civili.

1.2.1. Nel primo degli indicati atti di impugnazione, che si converte in appello ai sensi dell'art. 580 c.p.p., il Procuratore generale militare contesta innanzitutto la legittimità della concessione delle attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p., rilevando che, coerentemente con la più volte conclamata "ultrattività" della legge penale militare di guerra sancita negli artt. 2, comma 4, c.p. e 23 c.p.m.g., il Tribunale non avrebbe dovuto applicare le suddette attenuanti, previste da normativa (art. 2 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n.28) entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto. Posto che, come ha avuto ben presente il Tribunale, l'ultrattività non si riferisce soltanto alle norme incriminatrici, ma alla «complessa unità d'insieme normativo disciplinante il reato configurato nella legge di guerra», per l'impugnante non può giustificarsi l'applicazione anzidetta sul rilievo che l'art. 62 bis c.p. è stato introdotto pur sempre nel periodo di

vigenza della legge penale militare di guerra e che il principio della retroattività della legge penale più favorevole può essere invocato nel caso di successione di leggi penali eccezionali. Infatti, «né la lettera, né la ratio del citato IV comma dell'art. 2, con cui si vuole salvaguardare l'efficacia intimidatrice della legge eccezionale» consentirebbero la proposta distinzione. In ogni caso, soggiunge l'impugnate, anche a voler ammettere la deroga, essa non dovrebbe valere nel caso in esame, perché non si tratterebbe di una successione fra leggi eccezionali, bensì della sopravvenienza di una norma «non precipuamente intesa a regolare la situazione di eccezione».

Nello stesso atto si contesta poi la concessione ad entrambi gli imputati dell'attenuante prevista dall'art. 59, comma 1, n.1, c.p.m.p., rilevandosi che tale circostanza non trova applicazione per il solo fatto che l'inferiore sia concorso nel reato con il superiore e neppure che l'inferiore abbia commesso il reato su ordine del superiore. Occorre, secondo il Procuratore generale, che «il superiore si sia trovato di fronte ad un iniziale rifiuto di obbedienza, o anche a qualche obiezione del subordinato, e che per ciò si sia egli indotto, nell'esercizio della sua autorità, ad un'attività di convincimento nei confronti del medesimo», giacché «solo a queste condizioni può dirsi che il superiore abbia determinato l'inferiore», creando in lui l'intenzione di commettere il reato.

Altro motivo d'impugnazione riguarda la concezione all'imputato Hass dell'attenuante di cui all'art. 59, comma 1, n.2, c.p.m.p., relativa alla minima partecipazione al reato. Rileva l'impugnante che a ciò è di ostacolo l'essersi verificate talune delle condizioni indicate nell'art. 58 c.p.m.p., particolarmente le circostanze aggravanti del concorso con inferiore e del concorso di cinque o più persone, non potendosi disconoscere tale ostacolo - come invece ritiene il Tribunale - sol perché le due circostanze non risultano enunciate nel decreto che dispone il giudizio. Sul punto, si osserva che, pur non indicandosi, nella succinta imputazione, le disposizioni violate, tali due aggravanti risultano invero contestate: «la prima in quanto vi è indicato che il magg. Hass è concorso nel reato con l'inferiore ten. Priebke; la seconda perché il reato è descritto come posto in essere in concorso da non meno di cinque persone: Kappler, Hass, Priebke e "altri militari tedeschi", e quindi due o più». Comunque, si aggiunge, anche a voler negare che vi sia stata una regolare contestazione delle due aggravanti ostative, ciò comporterebbe esclusivamente l'impossibilità di un correlativo aumento di pena, posto che «la cognizione del giudice, ad ogni altro fine, e quindi anche per la decisione sulla sussistenza di un'attenuante, comunque deve riguardare ogni elemento di fatto influente sulla decisione, compresi quelli corrispondenti ad aggravanti non considerate nel decreto di rinvio a giudizio».

In coerenza a quanto come sopra richiamato si impugna, quindi, con lo stesso atto, la sentenza del Tribunale militare di Roma per non essersi essa pronunciata sulle aggravanti sussistenti e contestate nella forma indicata (ad entrambi, quella dell'art. 112, comma 1, n. 1, c.p.; al solo Hass, quella dell'art. 58, comma 1, c.p.m.p.).

Come ultimo motivo di impugnazione deduce il Procuratore generale l'erronea applicazione del condono nella misura di anni dieci. In primo luogo, con riferimento ai decreti indulgenziali del 1966, del 1970, del 1978, del 1981 e del 1986, si nota che in tali provvedimenti viene escluso il condono per i reati previsti negli artt. 575, 576 e 577 c.p. e che l'esclusione non può che riguardare «il plurimo omicidio delle Fosse Ardeatine, in quanto gli artt. citati nel codice comune non forniscono al reato militare dell'art. 185 c.p.m.g. solamente il trattamento sanzionatorio, come vorrebbe il giudice di primo grado, bensì il precetto intero e le aggravanti specifiche, secondo una tecnica ben nota ed adottata anche per altre figure di reato nei codici penali militari (ad es. artt. 186, 195, 224, ecc. c.p.m.p.)». Peraltro, si osserva, nel decreto del 1986 si rinverrebbe una interpretazione autentica al riguardo, disponendosi il condono ridotto ad un anno a determinate condizioni «per i reati di omicidio volontario previsti nel secondo comma dell'art. 186 e dal secondo comma dell'art. 195 del codice penale militare di pace», ciò

che confermerebbe che per il legislatore quelli indicati, come gli altri per i quali si usa la stessa tecnica, sono pur sempre reati di omicidio, per i quali (dato l'espresso rinvio operato all'interno nel decreto) varrebbe l'esclusione generale dal condono (cfr. artt. 6 e 8 del decreto). In secondo luogo e in subordine, l'impugnata sentenza violerebbe i decreti indulgenziali, salvo quello del 1966, in ordine al "quantum" del condono; sul punto la sentenza, sempre ad avviso dell'impugnante, non fornisce «una benché scheletrica indicazione sulle modalità di raggiungimento di quel risultato» (anni dieci), e, comunque, se ne deduce che in essa non si è tenuto conto del fatto che, dopo la prima applicazione, il condono andava semmai applicato ogni volta nella misura ridotta di un anno, proprio per aver trovato applicazione per lo stesso reato il provvedimento indulgenziale precedente.

1.2.2. L'atto di appello del pubblico ministero di primo grado non coinvolge ulteriori punti della decisione, attenendo i motivi proposti alle medesime questioni sollevate dal Procuratore generale. Quanto alle attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p., se ne contesta, nel merito, l'applicazione all'imputato Priebke, negando che sussistano «gli elementi positivi indicati dal giudice di primo grado». In particolare, quanto ai motivi a delinquere, l'affermazione che il Priebke abbia commesso il reato perché chiamato ad assolvere un ruolo consequenziale alle funzioni esercitate nell'organigramma del Comando tedesco appare all'appellante in contrasto con il ruolo di rilevante importanza che lo stesso Collegio ravvisa in capo all'imputato, quale programmatore oltretutto esecutore dell'eccidio; quanto alla condotta susseguente al reato, fa notare l'appellante che il suo comportamento processuale non è stato certamente collaborativo e che egli «non ha in alcun modo mostrato il benché minimo segnale di una rivalutazione critica della propria condotta, chiudendosi in un algido e quasi sdegnoso isolamento», mentre sarebbe, d'altra parte, improprio il richiamo a norme di diversa natura e funzione che riservano un trattamento di favore a persone di età avanzata.

Sul punto dell'attenuante di cui all'art. 59, comma 1, n.1, c.p.m.p., l'appellante, richiamando giurisprudenza relativa alla corrispondente previsione del codice comune, osserva che il dato qualificante della determinazione è rappresentato da un comportamento che abbia consentito la realizzazione di specifici reati coll'attenuare le facoltà di reazione del soggetto "determinato" in forza dell'esercizio di una specifica attività di coercizione, di condizionamento psicologico o comunque di persuasione; fa altresì notare che «non possono considerarsi "determinati" a commettere il reato soggetti quali il Priebke e l'Hass che, in sede di ricostruzione del fatto sono stati ritenuti non solo, per il ruolo rispettivo, collaboratori attivi e zelanti del Kappler, ma, segnatamente, il Priebke, in posizione di relativa autonomia nell'integrare, con disposizioni di dettaglio, la fase esecutiva della prescrizione di servizio ricevuta».

Quanto all'attenuante di cui all'art. 59, comma 1, n. 2, c.p.m.p., oltre ai profili già evidenziati dal Procuratore generale in ordine alla sussistenza delle condizioni ostative alla sua applicazione, si rileva, in fatto, che l'Hass ha «posto in essere un contributo senza dubbio essenziale ai fini della sicura e compiuta realizzazione del fatto» in quanto «fu chiamato a dare l'esempio alla truppa, attraverso la partecipazione personale all'uccisione delle vittime, al fine di evitare qualsivoglia titubanza nell'attuazione dell'efferata esecuzione dell'eccidio».

In ordine al profilo dell'erronea applicazione dei provvedimenti indulgenziali, si rileva che altresì il Tribunale, ritenendo non oggettivamente escluso dai benefici il reato contestato, ha ommesso di considerare il peculiare rilievo della complementarità del sistema penale militare, in forza del quale il richiamo della norma penale comune dell'art. 575, ad opera dei suddetti decreti, non potrebbe che essere recettizio, cioè «ontologico e non soltanto "quoad poenam"».

In forza di tali considerazioni il Procuratore militare di Roma conclude chiedendo la riforma della sentenza impugnata, limitatamente ai punti suindicati, con conseguente rideterminazione della pena inflitta.

1.2.3. La difesa di Karl Hass propone appello chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, ed in via principale, l'assoluzione dell'imputato «per aver agito per ordine del suo superiore, o comunque per non essersi potuto sottrarre all'esecuzione dell'ordine stesso»; in subordine, il proscioglimento per intervenuta prescrizione, previa declaratoria della prevalenza o equivalenza delle riconosciute attenuanti sulle contestate aggravanti.

A fondamento della richiesta principale l'appellante adduce il tenore della decisione del Tribunale militare territoriale di Roma del 1948 a carico del Kappler e di altri militari tedeschi partecipanti all'eccidio, e in particolare le conclusioni a cui era giunta quella sentenza in ordine alla posizione di quei militari tedeschi - ritenuta analoga a quella di Hass - i quali «non avevano svolto alcuna attività in merito all'attentato, ma erano stati riuniti qualche ora prima dell'esecuzione per ricevere l'ordine di partecipare a questa e quindi assieme agli altri erano stati condotti alle Cave Ardeatine», evidenziando che tale conclusione fu nel senso di escludere «che essi avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo» con riferimento alle dieci persone che Kappler fece fucilare al di fuori dell'ordine ricevuto e alle cinque fatte fucilare per errore, una volta considerato che «gli imputati appartenevano a un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, dove assai facilmente si acquistava un abito mentale portato all'obbedienza pronta, tenuto presente che il timore di una denuncia ai tribunali militari delle S.S. quanto mai rigidi ed ossequienti al volere di Himmler, non poteva non diminuire la loro libertà di giudizio, valutata infine la circostanza che gli imputati erano ignari della esatta situazione che portava alla fucilazione delle Cave Ardeatine, mentre erano a conoscenza che ordini aventi lo stesso contenuto di quelli ad essi impartito da Kappler spesso erano stati eseguiti in zone di operazione». Ritiene, quindi, l'appellante che la diversa conclusione cui è pervenuto il Tribunale militare di Roma con la sentenza appellata, a distanza di cinquanta anni dal fatto, non sia giustificata dal mutamento del quadro probatorio, soprattutto in relazione alla valutazione dell'elemento soggettivo del reato contestato all'Hass, eccedendo altresì la contraddittorietà del ritenere, da un lato, che l'Hass fu solo un esecutore materiale estraneo alla fase preparatoria ed organizzatoria dell'eccidio e, dall'altro, la percezione da parte di costui della manifesta criminalità dell'ordine ricavandola dalle modalità dell'azione. Il Tribunale avrebbe altresì errato negando almeno in punto di dolo la necessità che avrebbe spinto gli imputati esecutori ad agire, ed in ciò disattendendo le testimonianze rese sul punto dal Domilzloff e dal Clemens nel processo del 1948, vale a dire la natura ferrea della disciplina vigente all'interno delle S.S., elemento a proposito del quale l'appellante si riporta ad una copiosa documentazione prodotta e segnatamente ad una consulenza storico-giuridica redatta dal prof. Seidler.

In subordine, l'appellante contesta l'applicazione nel caso in questione dell'art. 23 c.p.m.g. in quanto comportante l'esclusione del giudizio di bilanciamento tra aggravanti e attenuanti ai fini della prescrizione ed estensione all'Hass, ai sensi dell'art. 118 vecchio testo c.p., dell'aggravante della premeditazione riconosciuta sussistente per il solo Priebke. Rileva, in proposito, che il richiamo operato dall'art. 185 c.p.m.p. alle «pene stabilite dal codice penale» equivale ad un rinvio integrale alla disciplina ordinaria e quindi anche al regime della retroattività della legge più favorevole, contenuto nell'art. 2, comma 3, c.p. Comunque che, anche a opinare diversamente, la regola della ultrattività sancita dall'anzidetto art. 23, dovrebbe ritenersi operante con riferimento esclusivo alle pene edittali e non già alle norme della parte generale del codice penale applicabili per solo effetto della complementarità, così come riconosciuto dalla Corte costituzionale in materia di leggi finanziarie e a proposito dell'art. 20 l. n.4/1929. La distinzione, proposta dal Tribunale sul punto, tra legge eccezionale (legge penale militare di guerra) e legge speciale (leggi finanziarie) non sarebbe rilevante al fine di giustificare la portata più

generale dell'art. 23 c.p.m.g. A tali considerazioni conseguirebbe la possibilità di dar corso al giudizio di bilanciamento tra l'unica aggravante riconosciuta in capo all'Hass - quella di cui all'art. 61 n. 4 c.p., rimanendo, invece e per effetto del nuovo testo dell'art. 118 c.p., inestensibile quella della premeditazione - e le circostanze attenuanti riconosciute dallo stesso Tribunale (artt. 59, n. 1 e 2, c.p.m.p. e 62 bis c.p.); e ad un simile giudizio non potrebbe che sortire - a differenza di quanto opina il Tribunale - il risultato minimo della equivalenza tra gli elementi in comparazione. Al riguardo, infatti, per l'appellante il Tribunale medesimo sembra non aver considerato che tra gli elementi di cui all'art. 133 c.p., utilizzabili anche a tal fine, il criterio della gravità del reato è subvalente rispetto al criterio della capacità a delinquere, poiché, a voler diversamente ritenere, «di fronte ad un reato di particolare gravità come quello addebitato all'Hass, non sarebbe mai possibile alcuna attenuazione di pena o concessione di diminuenti, in aperta violazione del principio costituzionale dell'art. 27 Cost.».

Alla conclusione dell'imprescrittibilità - ad avviso del medesimo appellante - non potrebbe nemmeno pervenirsi adottando l'altra strada interpretativa, cui pure il Tribunale mostra credito, dell'avvenuto recepimento da parte del diritto italiano del principio internazionalmente sancito della imprescrittibilità dei crimini di guerra. In primo luogo, infatti, andrebbe negato alla regola della imprescrittibilità dei suddetti crimini, sancita in alcune convenzioni internazionali, il carattere di norma consuetudinaria capace, ai sensi dell'art. 10 Cost. di filtrare automaticamente nell'ordinamento italiano; in secondo luogo, anche a voler ritenere un tale carattere, la norma si porrebbe in irrimediabile contrasto con l'art. 25 Cost., proprio per pretendersene una applicazione retroattiva nel caso di specie.

1.2.4. La difesa di Erich Priebke formula un più articolato ventaglio di richieste di riforma della sentenza impugnata. In via principale, si chiede il proscioglimento dell'imputato «perché l'azione non poteva essere iniziata per la pregressa esistenza di una sentenza assolutoria definitiva per medesimi fatti»; in subordine, l'assoluzione «per aver agito in esecuzione di un ordine legittimo o, quantomeno nella convinzione della legittimità dello stesso»; in ulteriore subordine, la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, una volta eliminate le circostanze aggravanti o, comunque, ritenute le stesse almeno equivalenti alle concesse attenuanti; in estremo subordine, l'applicazione delle attenuanti nella misura massima e l'irrogazione della pena nella misura minima.

Quanto alla richiesta principale, si parte dal rilievo della assoluta sovrapposibilità, dal punto di vista oggettivo dell'imputazione contestata nel 1948 al Kappler e agli altri subordinati, da una parte, e quella oggetto di accertamento nel presente procedimento, dall'altra, e dalla contestuale affermazione secondo la quale il giudicato non costituisce soltanto uno «strumento inteso ad assicurare la certezza del diritto dal punto di vista soggettivo» ma è anche «espressione di tutela del valore costituito dall'esistenza di una coerenza logica tra diversi giudizi», ed è, perciò, volto anche a prevenire conflitti teorici «e, cioè, decisioni logicamente incompatibili con quella appunto coperta da giudicato». Tale ulteriore funzione sarebbe ravvisabile nei rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo o civile, essendo «sicura» in materia «l'efficacia del giudicato penale favorevole anche nei confronti dell'asserito concorrente nell'azione di danno che, per ipotesi non giudicato in sede penale, venga ad essere attinto da azione civile o da giudizio amministrativo». Nel vigente ordinamento processuale la non accettabilità del c.d. conflitto teorico di giudicati sarebbe correlabile alla previsione dell'art. 630, lett.a), c.p.p., mentre il conflitto pratico andrebbe risolto in base all'art. 669 c.p.p., da cui deriverebbe che «nell'ipotesi in cui l'azione penale sia stata esercitata sulla base di apprezzamenti dei fatti inconciliabili con quelli posti a base di altra sentenza irrevocabile, non potrà non determinarsi l'impromovibilità dell'azione penale, per difetto di interesse giuridico a chiedere la sentenza di condanna e, quindi, ad instaurare un procedimento che sarebbe fatalmente destinato ad abortire in sede di revisione». Questa opinione sarebbe

confortata da una recente sentenza della Corte di cassazione in tema di inconciliabilità tra una sentenza di applicazione pena e altra di assoluzione pronunciata nei confronti dei concorrenti nel reato in relazione al quale era stata applicata pena a richiesta. Ciò posto, nel caso di specie la semplice lettura del capo di imputazione ascritto al Priebke rivela trattarsi del medesimo fatto già giudicato nel 1948 dal Tribunale militare di Roma, per cui una sentenza di condanna nei suoi confronti non potrebbe che fondarsi su una rivalutazione non consentita di quel fatto. Né potrebbe obiettarsi, come fa invece la sentenza impugnata, che il principio stabilito dalla Corte di cassazione è valido solo per il contrasto fra una sentenza dibattimentale di proscioglimento e una sentenza di patteggiamento perché, quest'ultima è dall'ordinamento destinata a produrre i medesimi effetti di una sentenza di condanna.

Quanto alla illustrazione della prima richiesta subordinata, si osserva innanzitutto che la sentenza impugnata ha errato nel concludere con sicurezza che l'imputato ha avuto un ruolo di preminente rilievo nell'effettuazione degli interrogatori violenti presso il Comando di Via Tasso, omettendo di considerare sia che alle medesime conclusioni non giunse la Commissione alleata incaricata, in epoca prossima ai fatti, di individuare i responsabili di quelle torture, sia il contenuto delle testimonianze rese a discarico quale quella del teste Guzzo, ed avendo, invece, dato immotivatamente peso solo ad altre risultanze dibattimentali.

Analoga critica alla ricostruzione dei fatti muovono i difensori in ordine al ruolo del Priebke nelle attività preparatorie dell'eccidio. In particolare, si sostiene che risulta agli atti che, quand'anche quest'ultimo avesse preso parte alla preparazione delle liste, una sua correlativa sua potestà decisionale al riguardo andrebbe esclusa alla stregua delle dichiarazioni rese dal Kappler e dal Quapp nel loro interrogatorio dibattimentale del 1948 e che, comunque, «a partire dal momento dell'attentato di via Rasella e fino all'arrivo delle persone destinate alla fucilazione nelle Cave Ardeatine (ove al Priebke è riservato il mero "spoglio" delle liste) non è mai dato rinvenire (...) una qualsivoglia forma di partecipazione dell'imputato alle altre attività per così dire "preparatorie" dell'eccidio».

Inoltre si contesta la ritenuta utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'imputato alle autorità alleate nel campo di prigionia di Afragola, rilevando, da un lato, che è erroneo ritenerne la natura documentale, poiché si tratterebbe pur sempre di «derogare ai principi generali che governano il transito dibattimentale delle dichiarazioni rese dall'imputato con specifico riferimento ai fatti per cui è processo», non essendo conferente il richiamo all'art. 237 c.p.p., poiché si tratta di dichiarazioni rese dal Priebke in stato di prigionia su sollecitazione delle autorità alleate, e d'altro lato, che anche a voler riconoscere invece a tali dichiarazioni la natura di atto assunto da autorità giudiziaria straniera, acquisibile ex art. 78 disp. att. c.p.p., dovrebbe, ad ogni conseguente effetto, essere considerata la mancata partecipazione del difensore nel momento in cui esse vennero rese.

Da ultimo, si contesta «la ricostruzione operata con riferimento alla uccisione di cinque persone in più rispetto al numero di trecentotrenta ordinato, in origine da Kappler, giudicando apodittica l'affermazione della sentenza impugnata relativa alla inverosimiglianza della ricostruzione che della stessa vicenda ha offerto la sentenza del 1948. In particolare si pone in risalto che se la conta dei predestinati fosse stata fatta all'atto del prelevamento dal Carcere, se non altro per verificare che il numero non fosse inferiore a quello voluto, non sarebbero giunte sul luogo cinque persone più del necessario e che non è verosimile la supposta necessità di eliminare cinque testimoni scomodi, stante che analoga necessità non fu ritenuta sussistere per il disertore Reider, il quale - come nota la stessa sentenza - dapprima fu portato sul posto e poi ricondotto in Via Tasso. Si rileva, sul punto, che comunque manca la prova che della presenza delle cinque persone in più ci si accorse nel periodo in cui il Priebke teneva le liste e che egli abbia fornito un contributo alla uccisione delle medesime.

Quanto alla relativa valutazione giuridica, gli stessi appellanti contestano la conclusione cui è giunta la sentenza, di escludere che il loro assistito potesse rappresentarsi come legittimo l'ordine di eseguire la rappresaglia. In particolare rilevano che ciò non può ricavarsi dalle dichiarazioni rese dall'imputato e che una cosa è ritenere che egli si sia reso conto della «estrema odiosità» del compito assegnatogli, un'altra è concludere che egli si sia reso conto della «illegittimità dell'ordine», mentre, anche a tale specifico riguardo, valgono tuttora le conclusioni cui sul punto è giunta la sentenza del 1948 circa la posizione (del tutto analoga a quella del Priebke) dei coimputati del Kappler, avendo il più recente dibattimento semmai potuto rafforzare «l'opinione di una provenienza primaria dell'ordine di rappresaglia da Hitler».

Si osserva, comunque, che troppo superficialmente viene affermato nella sentenza lo stesso carattere illegittimo della rappresaglia, giacché la ritenuta sproporzione «certamente possibile ad affermarsi alla luce della semplice considerazione aritmetica, appare invece insussistente ove si tenga presente che la stessa (...) viene ad essere esclusa in ragione della "casistica" formatasi nei diversi Tribunali internazionali nel dopoguerra», a tale riguardo richiamando un parere del prof. Seidler in atti.

Quanto, poi, alla ritenuta insussistenza dello stato di necessità, si evidenzia, da un lato, che è «conforme a realtà e a logica che il mantenimento della disciplina in una struttura militare» abbia necessitato «di una risposta tanto più pronta, tanto (rectius: quanto) più il mantenimento della struttura medesima venga posto in discussione da appartenenti alle "superiori gerarchie"» e senza che la remota pregressa adesione dell'imputato Priebke alle S.S. possa configurarsi come volontaria causazione del pericolo; d'altro lato, che non vi sarebbe stata sproporzione tra il pericolo e l'offesa cagionata, stante l'incombenza della minaccia di fucilazione per coloro che si fossero sottratti all'ordine.

In ulteriore subordine si deduce l'insussistenza delle contestate aggravanti. In particolare, e quanto alla premeditazione, se ne sostiene «la sicura non estensibilità all'imputato ... anche a prescindere dall'attuale formulazione dell'art. 118 c.p.» poiché costui, non avendo partecipato ai momenti decisionali che hanno caratterizzato la preparazione e l'esecuzione dell'eccidio non ha dimostrato quella pervicacia del proposito criminoso, nella riflessione maturata con riferimento alle modalità di realizzazione del fatto, che rende maggiormente punibile il reato e altresì non oggettivamente una circostanza intrinsecamente soggettiva, ancor prima della riforma del 1990. Tali rilievi a prescindere da quelli ulteriori relativi alla pretesa ultrattività della precedente formulazione della norma, che l'atto d'appello sviluppa nel punto relativo alla prescrizione.

Quanto alla circostanza dell'aver agito con crudeltà, essa non sussisterebbe con specifico riferimento alla posizione del Priebke, il quale non ebbe alcuna parte nelle scelte circa le modalità, pur orrende, di esecuzione dell'eccidio.

Richiesta ancora subordinata di riforma della sentenza concerne la ritenuta imprescrittibilità del reato. Si rileva, in proposito, che il richiamo all'art. 23 c.p.m.g. è inconferente, stante il tenore letterale della norma relativo alle sole pene edittali e non anche agli elementi di concretizzazione della sanzione quali le circostanze e che, anche a voler ritenere applicabile la normativa precedente al 1974, giudicata più favorevole dopo aver operato un giudizio di prevalenza delle aggravanti, l'imprescrittibilità reato del quo non potrebbe conseguire perché l'ergastolo non è comunque pena che derivi dalla previsione edittale, cioè «pena stabilita dalla legge» per tale reato, non potendosi qualificare come imprescrittibile un reato sol perché in concreto si ritenga sussistente un'aggravante comportante una pena di specie diversa.

Come richiesta estremamente subordinata si denuncia «l'assoluta ingiustizia della pena irrogata», dovendosi comunque pervenire alla declaratoria di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, in virtù dell'irreprensibile condotta serbata dall'imputato negli oltre cinquanta anni dalla commissione del fatto.

1.2.5. Questa Corte, infine, con ordinanza in data 17 dicembre 1997, ha interpretato come atto di appello un'istanza a firma dell'avv. Oreste Bisazza Terracini, il quale, difensore di alcune parti civili già costituitesi in primo grado, chiede che la sopra illustrata sentenza venga corretta nella parte in cui leggesi (p. 118) che la costituzione delle parti civili Davide Limentani, Alberto Di Porto, Emilia Mieli, Angelo Fatucci, Orietta Mieli e Sergio Marino «deve intendersi revocata, ai sensi dell'art. 82, comma 2, c.p.p., non avendo le stesse presentato conclusioni a norma dell'art. 523 del codice di rito» e, quindi, nulla disponendo in ordine al risarcimento del danno anche a favore delle persone suindicate.

2. Il dibattimento di appello si è svolto, nella sola contumacia dell'imputato Hass, dal 27 gennaio 1998 alla data odierna, in cui hanno avuto complessivamente luogo dieci udienze, ad alcune delle quali l'imputato Priebke ha espressamente rinunciato a comparire.

Nella prima udienza questa Corte ha dichiarato inammissibile, perché presentato fuori termine, l'appello come sopra proposto da alcune delle parti civili, rappresentate e difese dall'avv. Bisazza Terracini.

Nell'udienza del 29 gennaio è stata rigettata un'istanza avanzata dalla difesa dell'imputato Priebke di rinnovazione parziale del dibattimento per procedere all'esame del teste Maria Pia Ales o Maria Pia Fonzi.

Non è stata chiesta né è stata data lettura di atti del giudizio di primo grado o di atti compiuti nelle fasi precedenti.

Le parti hanno illustrato le proprie conclusioni e le hanno formulate come segue.

Il Procuratore generale militare ha chiesto che in parziale riforma dell'appellata sentenza gli imputati vengano entrambi condannati alla pena dell'ergastolo, previa esclusione di ogni circostanza attenuante.

I difensori delle parti civili si sono associati alle richieste del procuratore generale, presentando conclusioni scritte ed allegando relativa parcella.

La difesa di Hass ha chiesto che, in riforma dell'appellata sentenza l'imputato venga, in via principale, assolto dal reato ascrittogli per aver agito per ordine del suo superiore o comunque per non essersi potuto sottrarre all'esecuzione dell'ordine stesso; ed, in via subordinata, prosciolto dichiarandosi non doversi procedere essendo il reato estinto per prescrizione, tenuto conto delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 bis c.p.; 59, n. 1 e 2, c.p.m.p.

La difesa di Priebke, ha dichiarato di riportarsi a quanto esposto nell'atto di impugnazione.

3. I motivi di appello proposti dalla difesa sono infondati. I motivi di appello proposti dalla pubblica accusa sono fondati nei limiti di cui alla motivazione che segue. La sentenza impugnata deve essere pertanto parzialmente riformata, limitatamente alla pena da irrogare ad entrambi gli imputati.

3.1. Questione da esaminare in via preliminare è quella contenuta nell'appello proposto dai difensori del Priebke, già sollevata e respinta in primo grado, relativa alla esistenza di una preclusione processuale che imporrebbe a questa Corte l'immediata declaratoria di improcedibilità nei confronti degli odierni imputati. Tale preclusione sarebbe rappresentata dalla sentenza pronunciata il 20 luglio 1948 dal Tribunale militare territoriale di Roma nei confronti di Herbert Kappler e di altri cinque ufficiali e sottufficiali tedeschi che avevano preso parte all'eccidio delle Cave Ardeatine, ed intervenuta sulla base di una imputazione valutata dagli appellanti come «assolutamente sovrapponibile dal punto di vista oggettivo» rispetto a quella oggetto dell'odierno processo. Come sopra riportato, l'atto di appello si diffonde sul punto, proponendo una argomentazione volta, in sostanza, a dimostrare l'esistenza di un collegamento funzionale fra tre norme del codice di rito: l'art. 630 lett. a), l'art. 649, comma 1, e l'art. 669, comma 8. Per effetto di esso, quando la presenza di una sentenza irrevocabile di assoluzione si fonda sui medesimi fatti che vengono imputati ad altre persone in modo tale che l'eventuale condanna di queste non potrebbe che determinare un c.d. conflitto teorico di giudicati - cioè la situazione descritta nell'art. 630, lett. a) -, l'ordinamento conoscerebbe un rimedio preventivo atto a scongiurare l'obbligo di celebrare un processo inutile, al termine del quale l'eventuale sentenza irrevocabile di condanna sarebbe destinata alla caducazione ex art. 669, comma 8: rimedio consistente nella declaratoria di improcedibilità ex art. 649. Simile congegno non troverebbe ostacolo letterale nella formulazione di queste ultime due norme, che inequivocabilmente e pur sempre si riferiscono a più processi intentati nei confronti della medesima persona, giacché sarebbe possibile una loro estensione analogica "in bonam partem" per via dell'identità di ratio sottesa alle due fattispecie, e non essendo altrimenti giustificabile una diversità di disciplina.

La costruzione esegetica proposta è indubbiamente suggestiva e trova anche parziale conferma in una recente decisione delle Corte di cassazione (Sez. III, 10 luglio 1996, Petrino, citata nell'appello e precedentemente nella stessa sentenza impugnata). Ciò nonostante, questa Corte si ritiene dispensata dall'accertare la piena fondatezza della conclusione ultima a cui perviene - e, cioè, che il "ne bis in idem" opera anche nei confronti del concorrente nel medesimo reato - poiché nel caso di specie non ravvisa la sussistenza delle relative premesse. Invero, come riconoscono gli appellanti, il problema sorge quando un «cartolare» confronto del fatto posto a base della sentenza assolutoria con quello oggetto dell'imputazione preannuncia la sicura instaurazione di un conflitto teorico di giudicati (inconciliabilità dei fatti di base) laddove il giudice della cognizione dovesse pervenire al giudizio di penale responsabilità; in questo caso sarebbe, all'evidenza, in primo luogo logico porsi il problema di estendere l'area operativa del giudicato dall'ambito formale della certezza del diritto dal punto di vista soggettivo a quello della coerenza logica tra giudizi, quali ne siano i destinatari specifici.

Nel caso di specie, però, non si ravvisa una tale situazione. Non tanto per il rilievo - piuttosto formale - che si legge nella sentenza impugnata, secondo cui «ciascuna posizione concorsuale è autonoma e potenzialmente diversa rispetto ad ogni altra», perché pur in presenza di tale autonomia potrebbero prospettarsi situazioni di inconciliabilità rilevanti ex art. 630, lett. a), c.p.p.; ma in quanto perché l'esito di quel confronto «cartolare» invocato dalla difesa - lo stesso che in sede di revisione darebbe luogo al giudizio rescindente - non configura inequivocabilmente la prospettiva del conflitto teorico. Agli odierni imputati viene contestato di essere concorsi nell'eccidio delle Cave Ardeatine insieme con altri militari, alcuni dei quali giudicati precedentemente. La sentenza del 1948 non contiene la ricostruzione di alcun fatto, che sarebbe logicamente incompatibile con l'affermazione di responsabilità degli odierni imputati in base alle contestazioni sopra esposte; in tale sentenza si legge, infatti, che il fatto storico si è verificato, che la sua realizzazione non trovava alcuna giustificazione sul piano oggettivo e che quindi si trattava di un fatto oggettivamente illecito. Quanto, poi, alla posizione dei singoli concorrenti, mentre uno di essi (il Kappler) veniva condannato, essendone stata

affermata la penale responsabilità, gli altri venivano assolti in punto di dolo. Non si vede, allora, quale preclusione possa derivare mai da una tale pronuncia irrevocabile, la quale, sulla premessa dell'oggettiva illiceità del fatto di concorso contestato, ha diversificato la posizione dei singoli concorrenti. Sotto questo profilo, l'odierno processo, lungi dall'essere precluso, rappresenta l'ideale prosecuzione e, al contempo, un completamento di quello a suo tempo celebrato, e proprio per fare esso riferimento alla specifica posizione di altri due concorrenti nello stesso fatto all'epoca giudicato illecito.

Sicché, il confronto con la sentenza irrevocabile del 1948 non impedisce di procedere oltre, fermo restando che di volta in volta questo giudice dovrà accertare che singoli accertamenti o valutazioni non si pongano in contrasto con il precedente giudicato, e quindi che siano processualmente consentiti.

3.2.1. L'esame del merito propone subito il tema del controllo probatorio da operare sulla ricostruzione degli «eventi» contenuta nella citata sentenza del 1948, recepita definitivamente nella sentenza del Tribunale supremo militare in data 25 ottobre 1952. La sentenza impugnata fa propria la narrazione degli eventi presente in tale ultima sentenza, che, ai sensi dell'art. 238 bis c.p.p., dichiara di recepire e di condividere integralmente.

Vero è che la difesa ha rilevato, nella discussione orale, una contraddizione tra la declaratoria di inammissibilità della questione di rito testé esaminata e il pieno recepimento con efficacia probatoria della sentenza del 1952, a sua volta recettiva delle acquisizioni fattuali operate nella sentenza del 1948, come premessa per l'affermazione della penale responsabilità degli odierni imputati; ma, la denunciata contraddizione non sussiste per le stesse ragioni sopra evidenziate, essendosi rilevato che il tenore di tali precedenti lascia spazio ad acquisizioni e ricostruzioni aggiuntive pur se complementari, con riferimento alle posizioni di Hass e di Priebeke.

Va piuttosto osservato in via generale, ad avviso di questa Corte, che, intanto, il materiale probatorio ricavabile ex art 238 bis c. p.p. non può derivare, per forza di cose, da una sentenza in sé, cioè dalle narrazioni e dai ragionamenti induttivi ivi contenuti, i quali non costituiscono «prove» ma statuizioni giudiziali sulle prove e che quindi ciò che propriamente filtra nell'odierno processo con valore probatorio sono le stesse prove raccolte nel processo che hanno dato luogo alla sentenza richiamata.

A prescindere da questa puntualizzazione, comunque, nel caso specifico, il recepimento della ricostruzione in fatto degli eventi di base contenuta nelle due sentenze precedenti sopra citate non può avvenire in modo «integrale», perché alla luce del vaglio critico da operare pur sempre ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p. (contenente una regola di giudizio richiamata espressamente dall'art. 238 bis), essa si dimostra bisognosa di alcune rettificazioni ed integrazioni. In particolare ciò scaturisce da un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo perché le due precedenti sentenze contengono una narrazione di quanto accaduto a Roma il 23 e il 24 marzo 1944, indubbiamente ricavata dal materiale probatorio disponibile all'epoca, ma spesso senza fornire indicazione delle specifiche relazioni tra fatti accertati e evidenze probatorie utilizzate, cosa che rende arduo il confronto fra il ragionamento seguito dal giudice e le sue fonti; in secondo luogo perché sono sopravvenute alcune risultanze probatorie che impongono una attenta riconsiderazione di alcuni punti o passaggi di quella narrazione.

3.2.2. Uno di questi ultimi particolarmente meritevole di approfondimento è quello concernente la ricostruzione della dinamica di formazione e di veicolazione dell'ordine ricevuto dal Kappler relativo alla uccisione degli «ostaggi» italiani a titolo di «rappresaglia» per l'uccisione dei soldati tedeschi in Via Rasella. A tale proposito la sentenza del 1948 (come riassunta nella sentenza del 1952 del Tribunale supremo

militare) prende in esclusiva considerazione quanto riferito dal Kappler nella lunga deposizione dibattimentale iniziata il 31 maggio 1948. Le relative dichiarazioni, tuttavia, non sempre si accordano con le risultanze dei processi a carico di Kesselring (p. 273 ss. del vol. IV del fascicolo per il dibattimento), di Mackensen e Mältzer (p. 364 ss. del vol. IV del fascicolo per il dibattimento) e con le sopravvenute dichiarazioni del teste Dietrich Beelitz, assunte per rogatoria in data 30 novembre 1995 dalla Procura di Dortmund (di cui alla lett. "t" dell'ordinanza in data 24 giugno 1997 del Tribunale militare di Roma, relativa all'utilizzabilità degli atti).

Non va sottaciuto che la possibilità di stabilire come siano andate realmente le cose è compromessa dal fatto che le versioni fornite provengono da diretti interessati e, quindi, possono risentire della preoccupazione di dover sminuire in qualche modo, se non di scansare, personali responsabilità per i noti eventi. Ciò nondimeno, è senz'altro preferibile dar conto di eventuali divergenze insanabili, piuttosto che avallare acriticamente delle supposte "verità" di cui si dispone. In particolare, l'insieme delle risultanze di cui sopra consente solo di dubitare circa l'esatto contenuto dell'ordine di fucilazione degli «ostaggi italiani», circa la sua provenienza, circa la sua esecutività, circa le modalità con cui è stato veicolato al Kappler. Ciò in base alle seguenti considerazioni.

Nell'unico colloquio telefonico tra Kappler e Mackensen avvenuto nel pomeriggio del 23 dopo le ore 17, i due concordarono di limitare la rappresaglia ai condannati a morte o all'ergastolo ed agli arrestati per reati per i quali era prevista la pena di morte, la cui responsabilità fosse stata accertata in base alle indagini di polizia, essendosi espresso il comandante la XIV armata nel senso che se non si fosse raggiunto un numero di persone sufficiente nell'ambito di tali categorie, egli si sarebbe «accontentato» della fucilazione di un numero inferiore a quello risultante dal rapporto da uno a dieci, salvo dichiarare falsamente ai superiori di aver comunque rispettato tale proporzione. Ciò risulta dalle concordi dichiarazioni dei due interlocutori e dalla testimonianza Beelitz. V'è da aggiungere che, sino a questo momento, l'interessamento del Kappler alla vicenda, come organo di polizia, era giustificato dalla ritenuta necessità di reperire i morituri nell'ambito delle categorie suddette, di per sé importante la piena collaborazione tra polizia di sicurezza e organi militari (al riguardo il Kappler riferisce esservi stato, infatti, un accordo di carattere generale tra Harster, capo delle SS in Italia, e Kesselring, Comandante militare supremo della Wehrmacht per il Sud-Ovest).

Senonché, i termini dell'accordo mutarono sensibilmente quando il Kappler, a suo dire, ricevette, attorno alle ore 20 della stessa giornata, una telefonata dall'ufficio del Mältzer (interlocutore il magg. Böhm) con la quale si comunicava che entro 24 ore doveva comunque essere fucilato un numero di italiani decuplo rispetto al numero dei tedeschi morti, conformemente ad un ordine di Kesselring. Il Kappler, resosi conto che non si trattava della stessa misura concordata con il Mackensen, dichiara di aver allora telefonato al comando dell'OBSW e di aver parlato con un ufficiale il quale gli avrebbe sia confermato il tenore dell'ordine che rivelato come esso provenisse non già da Kesselring, ma da «molto più in alto». Dichiara, altresì, di non aver mai parlato direttamente con il Kesselring, avendo rinunciato a tale contatto e a ogni tentativo di proporgli una «esecuzione diversa», tipo quella concordata con il Mackensen, dato che l'ordine proveniva presumibilmente dallo stesso Hitler.

La versione di Kappler non concorda, però, con quanto riferito dal teste Beelitz, oltretutto con quanto dichiararono a suo tempo Kesselring e Mackensen. Il primo, ufficiale di stato maggiore dell'OBSW e uomo di fiducia di Kesselring, sostiene che solo alle successive ore 23 pervenne l'ordine di Hitler, trasmesso dal gen. Jodl, di fucilare comunque dieci «ostaggi» italiani per ogni soldato tedesco ucciso, aggiungendo che «l'organizzazione è affidata alla polizia politica (SD)» e che la comunicazione era «esecutiva fino al 24 marzo 1944». Su tale punto ribadisce che «non fu ordinato: "eseguire entro 24 ore"» e dichiara

di aver capito allora che l'armata sarebbe rimasta ormai al di fuori della faccenda, avendo esclusivamente il compito di trasmettere l'ordine. Ricorda che Mältzer «ricevette un ordine separato, di tenersi completamente al di fuori della cosa».

Kesselring ebbe, invece, a dichiarare al processo di Roma contro Mackensen e Mältzer di aver ricevuto contemporaneamente l'ordine di Hitler e una comunicazione telefonica di Kappler, in cui costui si manifestava soddisfatto di poter fornire il numero di coloro che dovevano essere fucilati oltre a quelli che erano stati regolarmente condannati a morte, con ciò palesando di conoscere già l'ordine di Hitler. Mackensen, dal canto suo, si era dichiarato convinto di aver sempre ordinato l'uccisione di persone che altrimenti sarebbero state comunque uccise, e ciò solo dopo aver avuto assicurazione dalle SS della disponibilità di un numero di morituri comunque in misura tale che potesse essere rispettata la proporzione di uno a dieci.

Analoga assicurazione, peraltro, aveva ricevuto il console Möllhausen quando, recatosi a suo dire «a trovare Kappler nel suo ufficio» la sera del 23, ebbe da costui la seguente risposta di fronte all'invito a non consegnare al plotone di esecuzione degli innocenti: «tutti coloro che verranno designati, saranno o già condannati a morte, o, colpevoli al punto tale da essere sicuri candidati alla morte. Passerò la notte ad esaminare coscienziosamente caso per caso. Non ci saranno ingiustizie» (in «La carta perdente. Memorie diplomatiche 25 luglio 1943- 2 maggio 1945», Roma, 1948, p. 223, acquisito agli atti come da ordinanza in data 24 giugno 1997, lett. "z").

Sulla base di tali risultanze, e pur considerando che ognuno cerca comprensibilmente di scansare da sé le principali responsabilità, si possono fare alcune osservazioni in ordine a quanto sintetizzato. La versione degli accadimenti fornita da Kappler non può pienamente convincere. In primo luogo, dopo l'accordo per una soluzione "morbida" intervenuto con Mackensen, sarebbe stato logico che, a fronte della comunicazione dell'ordine più rigido avuta da Böhm (collaboratore diretto di Mältzer) e riferibile a Kesselring, Kappler avesse nuovamente contattato Mackensen o, comunque, lo stesso Kesselring, quantomeno per manifestare a costoro le difficoltà per raggiungere il numero richiesto, oltretutto nel breve tempo stabilito. Kappler invece, e sempre a suo dire, così come si era accontentato di parlare con Böhm, egualmente evitò di parlare con Kesselring; ovvero - se si vuol credere a quest'ultimo - rappresentò a costui addirittura che non aveva alcuna difficoltà ... ad eseguire l'ordine alla lettera! Prende allora corpo la possibilità che il Kappler, avendo constatato che i capi della Wehrmacht - e segnatamente Mackensen - propendevano per una linea "morbida", abbia voluto evitare ulteriori personali contatti con costoro una volta ricevuto l'ordine direttamente dal quartier generale di Hitler. Anzi, non è neppure da escludere che egli si sia fatto parte diligente, attraverso i capi delle SS, per fare in modo di ricevere direttamente tale ordine senza passare per la linea di comando della Wehrmacht. Ciò spiega perché egli conoscesse il tenore dell'ordine di Hitler prima che ciò fosse noto all'OBSW, e perché in quell'ordine si incaricava dell'esecuzione - non solo della redazione delle liste - la polizia di sicurezza, cioè Kappler stesso. Di conseguenza, è estremamente probabile che l'ordine proveniente dal quartier generale di Hitler, sollecitato dallo stesso Kappler, anche per il tramite del gen. Harster, avesse seguito un duplice canale: direttamente, attraverso la linea occulta SD; per via gerarchica, attraverso la Wehrmacht. Ciò che accadde in seguito, alle ore 12 del 24 marzo, nella stanza del Mältzer - con il Dobrick e l'Hauser che declinano l'offerta di eseguire il massacro - fu dunque il risultato di una "sceneggiatura" orchestrata dallo stesso Kappler, il quale sapeva già dalla sera prima di dover provvedere in prima persona, e con la massima urgenza per evitare ulteriori ostacoli, alla esecuzione dell'eccidio.

Che egli fosse in questo stato d'animo è provato non solo dalla circostanza che l'ordine di Hitler conteneva anche la designazione degli incaricati, ma dal fatto che - a detta dello stesso Kappler - alle nove del mattino il comandante delle SS di Roma incontrò il magg.

Hass - odierno imputato - e conversando con costui gli disse «che la ruota che girava poteva essere fermata se ci veniva in mano l'attentatore oppure una offerta della popolazione» e che al riguardo egli avrebbe «preso come spunto, per non fare la rappresaglia, anche una minima collaborazione» (v. dich. all'udienza del 7 giugno 1948 del Tribunale militare territoriale di Roma, f. 153 del verbale). Ciò dimostra che, prima ancora delle ore 12, il vero dominus dell'esecuzione del massacro era Kappler con le sue SS e che la Wehrmacht era stata bypassata già la sera precedente, non appena aveva mostrato atteggiamenti più cauti ed equilibrati.

Non solo, ma vi è anche un'altra prova del fatto che Kappler fosse a conoscenza del dovere di eseguire la fucilazione prima delle ore 12. Nella sua narrazione riferisce che, dopo aver ricevuto tale ordine dal Mältzer, riuniva i suoi uomini e comunicava loro l'incombente, impartiva le istruzioni per il massacro, incaricava Köhler di recarsi alle Cave Ardeatine in ispezione, attendeva il ritorno di costui (dopo circa 50 minuti ciò avvenne), si recava alla mensa (anche se non per mangiare), ivi apprendeva della morte del trentatreesimo soldato tedesco e conseguentemente disponeva per l'inserimento nelle liste di altri dieci ebrei prontamente dichiarati disponibili. Non poche attività, se si considera che egli dichiara di essere uscito dall'ufficio del Mältzer alle 12,30, di essersi recato a mensa alle 13 e di aver avviato il primo camion della morte da Via Tasso alle 14 («e forse più tardi»).

Due ore tra il ricevere l'incarico e passare ad eseguirlo sembrano davvero poche! Soprattutto avrebbe dovuto richiedere del tempo l'invio in ispezione del Köhler e di ufficiali del Genio alle Cave Ardeatine, e di un tempo sicuramente incompatibile con la scansione proposta dal Kappler. Probabilmente l'ispezione alle Cave era stata effettuata sin dal mattino, ma ciò Kappler non l'ammette perché sarebbe come ammettere che già sapesse di essere il designato da Hitler. Solo che a collocare l'ispezione delle Cave alla mattina non soccorre esclusivamente la logica, ma anche il teste Cecconi, il quale, all'udienza dinnanzi al Tribunale militare di Roma, in data 5 giugno 1997, dichiara di aver visto due ufficiali tedeschi ispezionare le cave la mattina del giorno 24. Con ciò sappiamo non solo che il Kappler conosceva anzitempo l'integrale ordine di Hitler, ma che non aveva perso tempo ad organizzarsi, comunicando quanto meno a due suoi ufficiali (Hass e Köhler) la notizia della designazione.

A parte ciò, lo zelo poi mostrato dal Kappler e dai suoi aguzzini nell'esecuzione del folle ordine dimostra di per sé quanto esso fosse, senza la benché minima remora, condiviso dagli esecutori. Il Kappler non oppose la minima difficoltà di fronte ai suoi superiori militari, non inventò il minimo pretesto per ritardare l'esecuzione, eppure ne avrebbe potuti trovare a volontà; finì, persino, per comportarsi in maniera opposta a quanto concordato con Mackensen: invece di uccidere un numero di persone inferiore a quanto poi dichiarato ufficialmente, riuscì a farne massacrare quindici di più, salvo nascondere a lungo la scomoda eccedenza. Eppure, già la sera stessa del tragico giorno 24, mostrò di essere un fine interditto - stando a quanto lui stesso dichiara (udienza 8 giugno 1948, f. 185 del verbale) - allorquando concepì l'idea di opporsi con decisione al pazzesco piano, che il Wolff gli aveva manifestato, di far evacuare da Roma tutti gli uomini di età compresa tra i 15 e i 65 anni. Così egli si esprime: « Io ero fermamente deciso di non far condurre tale piano alla conclusione. L'ordine sarebbe dovuto pervenire da Wolf, da Kesselring e dal Führer, ma io non l'avrei eseguito. Non mi sarei rifiutato apertamente perché un altro l'avrebbe eseguito. Così in quella notte decisi di sabotare l'ordine».

Come si vede, ben altro atteggiamento rispetto a quello mostrato dinnanzi all'ordine di eseguire il massacro degli innocenti delle Cave Ardeatine - forse perché con l'evacuazione da Roma della popolazione maschile anche lui avrebbe dovuto lasciare tale città che prediligeva -, che la dice lunga sul potere e sul cinismo di Kappler, incompatibile con la

versione di sé che egli cerca di accreditare nella ricostruzione delle vicende relative all'ordine di esecuzione della strage.

Analoghe considerazioni si ricavano dalle memorie del console Möllhausen (p. 222 del libro sopra citato) il quale, dopo aver espresso i propri dubbi circa la provenienza dell'ordine di «rappresaglia», scrive quanto segue: «Comunque, che ciò sia stato suggerito dagli uni piuttosto che dagli altri, sta di fatto che Kappler accettò l'ordine senza fare obiezioni».

Peraltro nella sua fluviale deposizione dinanzi al Tribunale militare territoriale di Roma, Kappler stesso dichiara anche di ritenere l'ordine ricevuto perfettamente legale e di averlo eseguito in quanto convinto di ciò, tanto è vero che «più di una volta, quando l'ordine fu ritenuto illegale non fu da me eseguito» (udienza del 4 giugno 1948, f. 126 del verbale; analogamente, udienza del 7 giugno 1948, f. 161 del verbale).

Né è difficile scorgere quale interesse potessero avere il Kappler e la sua banda all'esecuzione della strage, con la portata, la rapidità e le modalità che in concreto l'hanno tragicamente caratterizzata. L'attentato di Via Rasella si era risolto in un danno trascurabile sul piano militare, considerata anche la scarsa importanza operativa del Btg. Bözen, ma costituiva un "vulnus" imperdonabile alla specchiatezza del profilo del Kappler come ufficiale in carriera, un colpo che poteva rivelarsi decisivo al suo prestigio di spietato ed efficiente controllore del territorio: alla prova di inefficienza in cui esso si era platealmente risolto doveva necessariamente ed immediatamente far seguito una prova di grande efficienza operativa, che, tra l'altro, gli avrebbe consentito di togliere di mezzo senza ulteriori "lungaggini" scomodi personaggi della resistenza romana, data l'impercorribilità, soprattutto in tempi tanti ristretti, della strada alternativa rappresentata dalla cattura dei responsabili dell'attentato.

Dunque, l'ordine formalmente ricevuto da Kappler alle ore 12 del 24 marzo 1944 dal gen. Mältzer era di dubbio contenuto, di dubbia portata e di dubbia operatività, dubbi tutti autonomamente sollevabili dal destinatario, a cui erano ben presenti, ma maliziosamente lasciati irrisolti.

A ciò si aggiunga che trattavasi persino di un ordine di dubbia provenienza, giacché la riferibilità alla persona di Hitler che tutti tendono, per ovvi motivi non disinteressatamente, ad accreditare non sembra facilmente coniugabile con i tentennamenti e le incertezze registrate. Si pensi alla risposta che il Beelitz riferisce di aver dato a fronte del preteso primo ordine di un Hitler - contestualmente definito «furioso» per l'accaduto - di uccidere almeno trenta italiani per ogni tedesco: «Io obiettai che questa richiesta non sarebbe mai stata accettata dal gen. Kesselring. In seguito a ciò, il Gen. Freiherr von Buttler ordinò che si sarebbe dovuto comunicare immediatamente quali provvedimenti l'OBSW avesse giudicato come necessari». Si pensi, inoltre, alla anomalia di un ordine avente come destinataria la polizia politica e trasmesso per i canali della Wehrmacht, che non si erano certo dimostrati rigidi ed acquiescenti.

A fronte di tante incertezze, sta l'atteggiamento risoluto del Kappler, il quale, lungi dal frapporre facili ostacoli, soltanto in poche ore era stato in grado di mettere in piedi un perfetto ingranaggio di morte che avrebbe dovuto, oltre che vendicare il sangue tedesco versato, reintegrare la sua immagine di efficiente e fedele servitore del Führer.

Egli approfitta delle incertezze dei suoi superiori per cucirsi un ordine sufficientemente spietato, ma anche suscettibile di una astratta «copertura» giuridica, quale quello «impartitogli» dall'ingenuo quanto irriflessivo Mältzer. In questo senso si spiega perché nelle numerose conversazioni telefoniche si fosse riferito ambigualmente a liste di

«Todeskandidaten» o a «todeswürdige», come mai si sia attivato per ricevere l'avallo dei giudici militari (udienza del 4 giugno 1948, f. 129 ss.); e come mai, in definitiva, egli finisce per eseguire un ordine non corrispondente né a quello riconducibile a Hitler, che si riferiva indistintamente a «ostaggi italiani», né a quello di Mackensen, che invece si riferiva a condannati a morte, pur se in proporzione numerica inferiore.

3.2.3. Altro punto da rimettere a fuoco nella ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza del 1948 riguarda la spiegazione del perché risultassero uccise alle Cave Ardeatine cinque persone in più rispetto alla voluta proporzione di uno a dieci. Anche su tale questione il Tribunale militare territoriale di Roma recepisce acriticamente quanto riferito dal Kappler, concludendo che la morte delle cinque persone fosse da rimandare alla «straordinaria negligenza» dei capitani Schütz e Priebke, i quali «preposti alla direzione dell'esecuzione ed al controllo delle vittime, nella frenetica foga di effettuare l'esecuzione con la massima rapidità, non s'accorsero che esse erano estranee alle liste fatte in precedenza» e che di tale «errore» il Kappler venne a conoscenza solo il successivo giorno 25, allorquando il Priebke ebbe a riferirglielo.

La versione, evidentemente dettata dalle legittime aspirazioni difensive del Kappler, già appariva intrinsecamente poco credibile, non solo perché in contrasto con il fanatismo delle SS di effettuare una accurata conta dei morti in modo da rispettare scrupolosamente l'agghiacciante proporzione, ma soprattutto perché la riferita relazione del Priebke al Kappler era apparsa infondata persino agli stessi giudici del 1948. Infatti, il Priebke si sarebbe accorto dell'eccedenza solo sulla base di un successivo «riesame delle liste» a seguito del quale egli aveva constatato che la lista italiana proveniente dal Caruso, non contrassegnata da numeri progressivi, conteneva 55 nominativi e non 50; tuttavia, era risultato ai giudici che in base al riconoscimento delle salme, avvenuto allora già per 332 persone, 49 di esse erano persone a disposizione dell'autorità italiana e corrispondevano a 49 nominativi della lista italiana, sicché all'evidenza conseguiva che le cinque persone fucilate in più dovevano provenire dal gruppo di detenuti "a disposizione" dell'autorità tedesca.

Cio nonostante quei giudici non respingevano integralmente la versione fornita dal Kappler; anzi, sulla base di essa, la sentenza in punto di diritto qualifica l'uccisione di tali persone imputabile al Kappler solo in forza dell'art. 82 c.p., in quanto determinata da un «errore» riconducibile alle «insufficienti ed inopportune direttive» da questi impartite per l'esecuzione. E' appena il caso di notare che, anche a voler seguire la ricostruzione del fatto come ora sintetizzata, si sarebbe dovuto parlare di «errore» solo in senso improprio, attenendo esso non alla eziologia dell'evento, e quindi ad una «causa» rilevante ex art. 82 c.p., ma ai motivi a delinquere; tale «errore» non avrebbe in ogni caso inciso sulla pienezza del dolo degli agenti, dal momento che la morte delle cinque persone in questione sarebbe pur sempre stata provocata con coscienza e volontà dai concorrenti, a nulla rilevando in punto di dolo che essi avessero l'intenzione di ucciderne in numero inferiore.

Ma, a prescindere da ciò, è la stessa spiegazione dei fatti che non convince. Sul punto, la sentenza impugnata (v. sopra, § 1.1.5), sulla base di una riconsiderazione logica delle emergenze probatorie già disponibili nel 1948 e di una dichiarazione dell'imputato Hass resa all'udienza del 19 giugno 1996 in occasione del primo processo celebrato dinanzi al Tribunale militare di Roma, giunge alla ben diversa conclusione che il Kappler, informato dal Priebke della presenza di cinque persone in più, abbia ordinato anche l'uccisione di costoro, «cedendo alla tentazione di eliminare persone che, alla fine della guerra, li avrebbero con una testimonianza tanto diretta quanto precisa inchiodati alle loro responsabilità!». Gli appellanti giudicano tale conclusione «assolutamente irragionevole» e, con riferimento alla posizione del Priebke, rilevano che comunque, per giungere a ritenere costui responsabile anche della morte di tali persone, occorrerebbe dimostrare

«che ciò non avvenne nel periodo in cui il Priebke non teneva le liste» e «quale sarebbe stato il contributo fornito dall'imputato» al riguardo, sul piano materiale o morale.

Questa Corte ritiene pienamente convincenti le diffuse argomentazioni che la sentenza impugnata illustra a supporto della conclusione sopra riferita, cui integralmente si riporta.

Quanto osservato in contrario dagli appellanti non appare consistente. Infatti, si fa notare che se la conta dei predestinati fosse stata fatta all'atto del prelevamento dal carcere, se non altro per verificare che il numero non fosse inferiore a quello voluto, non sarebbero giunte sul luogo cinque persone in più del necessario, ma tale osservazione non è determinante.

Innanzitutto - come rileva il Tribunale - risulta per certo che una persona in più giunse alle Cave, dal momento che il disertore austriaco Reider, caricato sull'autocarro in Via Tasso, venne poi fatto rientrare in quel carcere una volta scopertane la nazionalità; in secondo luogo, è ben possibile che oltre alle persone indicate nelle liste tedesche, e segnatamente nella famigerata Judenlist, fossero salite sui carri della morte altre persone perché convinte che sarebbero state avviate a lavorare in Germania o comunque per non separarsi dai propri cari. Pertanto si può ritenere che vi fu un controllo al momento della spedizione unicamente teso a evitare che potessero giungere alle Cave persone in numero non sufficiente e che vi fu un analogo controllo in occasione dell'ultimo e decisivo appello a cui era stato preposto ed attese il Priebke.

Neppure è decisivo il rilievo che, diversamente, i cinque sarebbero stati risparmiati, come avvenne per Reider. Infatti, costoro, individuati dai criminali come in sovrannumero, erano ormai indissolubilmente legati alla sorte di coloro che già erano stati trucidati, per comunanza di cittadinanza, e comunque di fede politica o religiosa, o di amicizia se non di parentela, sicché se si fossero salvati avrebbero avuto un ben maggiore interesse che non il Reider a propagare la notizia del massacro e a narrare le modalità disumane con le quali era stato svolto.

Resta confermata, quindi, la conclusione cui sul punto è pervenuta la sentenza impugnata, in difformità rispetto alla ricostruzione dei fatti operata nel 1948.

3.2.4. Occorre ora incentrare l'indagine in fatto circa il ruolo che i due imputati svolgevano nell'organizzazione romana delle SS (più esattamente R.S.H.A.) e circa le conseguenti modalità della loro partecipazione all'eccidio.

La sentenza impugnata (sopra § 1.1.3) approfondisce autonomamente, rispetto ai risultati cui erano approdati le sentenze del 1948 e del 1952, l'aspetto relativo allo specifico ruolo degli imputati all'interno del Comando militare tedesco di Via Tasso, giungendo alla conclusione che il Priebke vi svolgeva «un ruolo di preminente rilievo, partecipando ad operazioni di polizia, arresti, interrogatori, torture», mentre l'Hass aveva il proprio ufficio altrove e «godeva di una qual certa autonomia funzionale» nei riguardi dell'ufficio comandato dal Kappler. Da tale accertamento la sentenza impugnata ricava un diverso modo di partecipazione dei due imputati all'eccidio delle Cave Ardeatine, sul presupposto che, essendo l'organizzazione e l'esecuzione del massacro opera del Comando di Via Tasso, il ruolo operativo che i due imputati avevano all'interno di esso non avrebbe potuto che riflettersi nel caso specifico. In particolare si conclude che «il Priebke, diretto dipendente del Kappler, verrà chiamato a collaborare nella preparazione della strage, partecipando a formare gli elenchi dei martiri da passare per le armi e successivamente controllandoli al loro arrivo alla Cave in posizione di assoluta preminenza organizzativa, mentre l'Hass verrà chiamato a partecipare nella sola fase esecutiva».

La difesa del Priebke ha contestato, per un verso, tale ricostruzione del ruolo dell'imputato nel Comando di Via Tasso e, per altro verso, il fatto che egli, oltre a partecipare all'eccidio in qualità di tenentario delle liste, vi avesse svolto mansioni in posizione di assoluta preminenza organizzativa, sin dalla fase preparatoria.

A tale proposito e preliminarmente il Collegio, su una eccezione contenuta nell'atto di appello della difesa del Priebke, deve esaminare la utilizzabilità nei confronti del Priebke della sua dichiarazione redatta in lingua inglese e sottoscritta dal medesimo in data 28 agosto 1946 nel campo di prigionia alleato in Afragola (lett. "a" dell'ordinanza in data 24 giugno 1997 del Tribunale militare di Roma). Sul punto, rileva questo giudice che - contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata - la dichiarazione in parola non può essere acquisita come documento proveniente dall'imputato ex art. 237 c.p.p. perché trattasi di dichiarazione di scienza effettuata non per motivi e in occasione sicuramente extraprocessuale, ma in risposta a un preciso "input" investigativo, anche se non ancora univocamente direzionato nei suoi confronti, in previsione comunque di un possibile impiego processuale. Ciò si ricava senza dubbio dalla proposizione con cui si apre l'atto, specificamente sottoscritta, circa l'avviso ricevuto di non essere obbligato a dire alcunché e che ogni cosa detta avrebbe potuto costituire prova («may be given in evidence»).

Quindi, dovendo considerare la dichiarazione in questione vero e proprio atto processuale compiuto da autorità giudiziaria straniera, occorre verificare se sia esatta la conclusione della sua acquisibilità, cui è pervenuta comunque la sentenza impugnata in base all'art. 78, comma 1, disp. att. c.p.p. Ad avviso del giudice di primo grado a tale conclusione non osta «l'assoluta peculiarità della situazione in cui l'atto venne formato»; a conforto viene citata una sentenza della Corte di cassazione (Sez. I, 23 giugno 1993, Nicosia, m. 194.580), in cui però si precisa che «la validità degli atti dell'autorità straniera va valutata secondo i criteri dettati dalle norme processuali vigenti nello Stato in cui gli atti vengono assunti, salvo che queste si pongano in contrasto con i diritti fondamentali della persona e non assicurino il diritto di difesa dell'imputato».

Secondo Corte, a prescindere dalla valutazione sul contenuto della norma in base alla quale è stata raccolta la dichiarazione del Priebke, la circostanza che l'atto in questione venne sicuramente redatto sia in assenza di un difensore che in una situazione di prigionia impone di concludere che esso è stato formato proprio in violazione del diritto di difesa dell'imputato, essendo la presenza del difensore, per di più in una situazione del tutto anomala ed incerta quale la prigionia di guerra, condizione essenziale per il rispetto di tale diritto. A fronte di un simile rilievo, non è convincente per la utilizzabilità dell'atto la pur perspicua considerazione formulata dal procuratore generale militare nella sua requisitoria, secondo la quale in materia processuale vige la regola "tempus regit actum", sicché, dato che all'epoca era consentito l'interrogatorio dell'imputato da parte della polizia giudiziaria senza la presenza del difensore in base alle stesse norme dell'allora vigente codice di procedura penale italiano, nessuna violazione sarebbe riscontrabile. Va, infatti, obiettato che, da una parte, l'affermazione di quel principio non è senza deroghe, proprio in materia di salvaguardia del diritto di difesa e dei diritti fondamentali della persona, dall'altra, che l'acquisizione avverrebbe pur sempre in forza del vigente art. 78 citato e in un processo celebrato nella vigenza di regole che non consentono in alcun caso quel tipo di assunzione probatoria senza la presenza del difensore. Si deve pertanto concludere, sul punto, che, in accoglimento dell'eccezione difensiva, della dichiarazione in questione non si può tenere alcun conto in questa sede.

Ciò posto e venendo al merito, ritiene il Collegio che dal materiale probatorio individuato dal giudice di primo grado, dalle deposizioni del Kappler, dalle stesse dichiarazioni - utilizzabili - del Priebke e dell'Hass, si possa senz'altro pervenire alla conclusione che il

Priebke era, se non il principale, uno degli uomini di massima fiducia del Kappler nella organizzazione romana delle SS.

Ciò si ricava in primo luogo da quanto riferisce lo stesso imputato nel suo esame all'udienza preliminare in data 3 aprile 1996: «Io sono stato mandato da Berlino, nel febbraio del '41, come ufficiale di collegamento all'ambasciata tedesca di Roma, nell'ufficio di Kappler perché lui era solo ed io dovevo aiutarlo nel lavoro che era di tipo amministrativo; da lì viene detto che sono il secondo di Kappler; eravamo solamente in due ... quando è caduto il governo Badoglio l'ambasciata ha chiuso e si è formato il comando». Entrato nella polizia politica nel dicembre del 1936, come funzionario criminale, il Priebke svolge una brillante carriera anche grazie alla sua conoscenza delle lingue straniere; nel 1937 diventa Commissario nel ramo delle SS, con il grado di tenente; nel 1941 viene trasferito a Roma, come secondo di Kappler, risultando quindi avere con costui il più risalente rapporto di servizio. Di Kappler egli diviene «amico» e continua a sentirlo come tale anche nel periodo della sua detenzione in Italia, in espiazione dell'ergastolo (p. 28 della trascrizione dell'esame del Priebke all'udienza preliminare).

All'epoca dei fatti, quando l'ufficio «burocratico» del Kappler è già da tempo diventato un «comando» di polizia di sicurezza, dotato di numerosi ufficiali e organizzato in settori, corrispondenti ai settori organizzativi di tutte le R.S.H.A., il Priebke - promosso capitano nel 1943 - è assegnato all'ufficio IV (polizia politica) alle dipendenze del pari grado Cap. Schütz; tale ufficio si trovava in Via Tasso e da esso dipendeva il carcere sito nello stesso comprensorio (così nelle dichiarazioni del Kappler, rese il 4 agosto 1947, in sede di interrogatorio in istruttoria, f.19). A detta dello stesso Priebke, il Kappler gli assegnò il «compito ... di stare al fianco del Cap. Schütz per le relazioni con i privati, perché il capitano aveva un carattere irascibile e Kappler voleva evitare qualunque suo contatto con il pubblico italiano» (dichiarazioni spontanee all'odierna udienza). Lo Schütz era infatti noto per la sua arroganza e collericità, doti che agli occhi del Kappler lo rendono imprevedibile all'esterno; il Priebke, ben più controllato e freddo, oltretutto conoscitore della lingua italiana, era quindi la persona ideale per stemperare il clima in caso di necessità: un compito delicato che il Kappler assegna al suo collaboratore più fidato e che la dice lunga su quale fosse la reale gerarchia nell'organizzazione poliziesca di Via Tasso.

Nello svolgimento della sua attività presso quell'ufficio e in particolare nella conduzione del carcere Priebke svolse sicuramente un ruolo di primissimo piano quanto alle torture inferte ai prigionieri politici. Oltre alle concordanti ed eloquenti dichiarazioni elencate nella sentenza impugnata, sono anche da menzionare la dichiarazione di Ettore Artale resa l' 11 novembre 1946 (confermata il 5 dicembre 1946, dinnanzi al p.m., p. 1557 atti p.m.), il quale attribuisce al Priebke il comando delle carceri di via Tasso, aggiungendo «di queste sevizie ritengo costui direttamente responsabile», le testimonianze Ficca (udienza del 23 maggio 1997), il quale riferisce di essere stato interrogato da Priebke a Via Tasso sotto l'implicita minaccia dell'uso di un frustino, Tompkins (udienza del 5 giugno 1997), il quale riferisce di aver saputo da due partigiani che il Priebke picchiava, e Pellegrini (udienza del 23 maggio 1997), che pure riferisce di analoghe voci circolanti nel Carcere di regina Coeli.

A fronte di simili emergenze, scarsamente significativi sono gli elementi invocati dalla difesa. Il teste Guzzo (udienza 10 giugno 1997) esclude che, durante la sua detenzione, il Priebke direttamente usò nei suoi confronti violenza o sevizie; ma tale dichiarazione, in quanto tale, non può togliere attendibilità alle molte altre di segno contrario, per non essere con quelle logicamente inconciliabile. Egualmente dicasi per la relazione della Commissione alleata incaricata di individuare i responsabili delle torture di Via Tasso, la quale, non menzionando il Priebke, nemmeno può avere la forza di escludere, ove tale prova sia altrimenti ricavabile, che anche egli vi fosse coinvolto.

Del resto, rimane logicamente inconcepibile che il comandante di fatto di quel carcere non fosse a diretta conoscenza di cosa vi accadesse «istituzionalmente» e d'ordinario, e quanto meno non avallasse per ciò solo l'operato dei carcerieri.

Comunque, il tema della partecipazione del Priebke alle torture di Via Tasso non è oggetto di specifico accertamento in questo processo. Quanto emerso a tale riguardo è però più che sufficiente per comprovare il ruolo che l'imputato svolgeva nell'organizzazione romana delle SS e la sua figura di uomo di fiducia del Kappler. La prova su tale tematica non è automaticamente ricollegabile alla prova del ruolo che il Priebke ricoprì nell'esecuzione dell'eccidio delle Cave Ardeatine; ma si tratta, pur sempre, di un elemento significativo quanto al perché egli ricoprì quel ruolo così delicato ed importante, secondo ciò che pacificamente risulta dalle altre prove in atti. Va registrata, quindi, al riguardo piena coerenza tra la figura del Priebke, che è possibile delineare in generale con riferimento alle mansioni ricoperte di polizia repressiva, e quello che lo stesso fu chiamato a realizzare il 23 e il 24 marzo del 1944 e tale coerenza esonera di per sé dal dover ricercare ulteriori elementi di spiegazione.

Per quanto concerne le attività del Priebke in relazione all'eccidio va rilevato quanto segue. In primo luogo, il Priebke collaborò con il Kappler e altri ufficiali nella predisposizione delle liste. Egli lo fa capire nel suo stesso esame all'udienza preliminare del 3 aprile 1996, quando, pur negando in risposta a domanda diretta («la lista fu fatta da Kappler, Schütz e i sottufficiali della sezione quarta, loro hanno fatto la lista sicuri della storia politica di tutti i prigionieri», p. 38 della trascrizione), dice anche che Kappler «alle ore 8 (le 20 del 23 marzo) ha riunito tutti gli ufficiali e ha detto che sia lui, che tutti noi, dovevamo fare una lista per eventuali vittime». Del resto, sarebbe ben strano che delle liste si dovessero occupare tutti gli uomini della polizia politica ad eccezione di Priebke, cioè di uno dei principali collaboratori del Kappler, responsabile del carcere e artefice di molti interrogatori. Si consideri che il Kappler, per la predisposizione delle liste, dovette ricorrere a tutte le bande fasciste che conosceva, oltre che infine alla polizia italiana, sicché appare davvero poco probabile che si sia potuto permettere di esentare il Priebke da tale incombenza. Egli, invero, dice nella deposizione del 4 agosto 1945, unita agli atti: «Esaminai la lista dei prigionieri insieme con i miei ufficiali e con il loro aiuto» e tutto porta a credere che tra costoro ci fosse necessariamente anche il Priebke.

Ve ne è conferma diretta nelle dichiarazioni dell'Hass, all'udienza del 12 giugno 1996: alla domanda «chi predispose le liste?», egli rispose «Priebke, Kappler stesso. Kappler più in base a nomi ricevuti da fuori... da Caruso, per esempio, dalle autorità militari, dalla prigione privata dei fascisti». E' infatti plausibile che il Kappler impiegasse il proprio tempo per ricavare altrove i nomi, avendo lasciato ai suoi collaboratori la redazione della lista degli "interni".

La difesa dell'imputato, nell'atto di appello, fa notare che anche ammessa una attività in tal senso del Priebke, andrebbe comunque esclusa in capo al medesimo una potestà decisionale in ordine alla formazione delle liste in argomento, essendosi semmai trattato di «attività di mera ricerca delegata e della quale si sarebbe potuto addirittura ignorare la finalità». Quest'ultima eventualità appare incompatibile con le stesse dichiarazioni sopra riportate dell'imputato, oltre che col comune buon senso; quanto alla qualificazione del profilo collaborativo, è evidente che esso si svolse nell'ambito del ruolo che già competeva al Priebke ed è altrettanto evidente che il suo «aiuto» dovette risultare per ciò molto indispensabile per colui (il Kappler) al quale competeva il momento decisionale, non essendoci - data anche la ristrettezza del tempo a disposizione - grande spazio operativo, in linea di massima, per non accogliere le «proposte» dei principali collaboratori e comunque dovendole tenere nella massima considerazione.

Il successivo giorno 24, dopo la riunione operativa di tutti gli ufficiali, il Priebke venne incaricato della «tenuta» delle liste, nel senso che fu fatto responsabile della rispondenza delle persone da avviare a morte e poi effettivamente uccise con i nominativi risultanti da tali liste. Talmente assorbente fu per lui questo compito che egli viene sempre associato, nelle varie deposizioni, alla tenuta delle liste. Emblematica la deposizione di Domizlaff all'udienza del 9 giugno 1948, il quale, dopo aver detto che Kappler con le liste non aveva nulla a che fare, aggiunge: «Se ne interessava un certo capitano Priebke». E ancora Hass (udienza del 12 giugno 1996) alla domanda «non ha visto se c'era qualche persona addetta agli elenchi?» risponde: «Era Priebke, sì» (p. 6 della trascrizione).

Questi se ne cominciò ad interessare concretamente già prima di raggiungere le Cave Ardeatine. Dice Kappler nella dichiarazione del 4 agosto 1945: «Allo Hauptsturmführer Priebke, e forse anche a Schütz, fu comandato di controllare che tutte le persone nell'elenco fossero debitamente fatte uscire dalla prigione e condotte al luogo dell'esecuzione».

Una volta raggiunto il luogo deputato al massacro, il Priebke svolge la "delicata" mansione di chiamare singolarmente i morituri, che, scendendo dai camion, venivano avviati all'interno delle grotte e di "cancellarli" dalle liste man mano che venivano uccisi. Così dichiara all'udienza preliminare: «Il controllo era che si chiamava e si tracciava una linea sul nome» (p. 23 della trascrizione). Precisa però sia che egli svolse il compito in questione solo sino alle cinque del pomeriggio, allorché tornò in Via Tasso, e solo fino a quando si erano effettuate al massimo 130 esecuzioni; sia che egli passò la lista e il relativo compito di controllo al Clemens.

Ma tali precisazioni, comprensibilmente fornite per cercare di attenuare la propria responsabilità, si presentano contraddette dalle dichiarazioni del Kappler. «La lista era tenuta da Priebke. Non posso dire se la lista venne tenuta sempre da lui; mi venne riferito che Priebke fece sempre questo lavoro e che si fece sostituire per poco tempo» (udienza 8 giugno 1948, p. 178 del verbale). Per Kappler è, in sostanza, Priebke il responsabile delle liste, il suo referente al riguardo; tant'è che a costui attribuisce la pretesa scoperta dei cinque ostaggi uccisi in più.

Eloquente anche la dichiarazione di Johannes Quapp, sottufficiale coimputato nel processo Kappler, all'udienza dell'11 giugno 1948: «Non posso dire se, quando giunsi, avevano già fucilato gli ultimi o la seconda metà del primo camion. Si procedette così: a me vennero dati cinque uomini; essi furono condotti in un piazzale; lì c'era Priebke con un elenco; man mano che gli uomini venivano chiamati si depennavano dalla lista» (udienza dell'11 giugno 1948). Anch'egli lega la presenza del Priebke alla tenuta della lista.

Conferma della presenza del Priebke sino al termine dell'eccidio è ricavabile dalle dichiarazioni di Kofler (12 ottobre 1945, confermate davanti al Pretore di Brunico il 27 dicembre 1947). Questi riferisce che quando giunge alle Cave con il carico di detenuti provenienti da Regina Coeli, e quindi soltanto all'ultimo («stava facendosi buio»), erano presenti sia Priebke che Hass.

Le dichiarazioni dello stesso Priebke (p. 30 della trascrizione dell'esame del 3 aprile 1996), da cui si ricava che egli era presente quando tornò il Kappler e quando costui affrontò e risolse il «problema» delle perplessità del Wetjen a prendere parte alle esecuzioni (su cui infra, § 3.3.4), confermano la circostanza in questione, dato che l'episodio si è svolto sicuramente nella seconda parte del pomeriggio, cioè dopo le ore 18 (cfr. p. 4 della dichiarazione di Kappler in data 4 agosto 1945).

Anche Hass associa sempre il Priebke alla tenuta delle liste. Dal suo esame del 12 giugno 1996: «Arrivò un camion inviato da Via Tasso, dalle prigioni italiane; scaricava i detenuti. Priebke aveva un elenco in mano e controllava i nomi e le persone» (p. 6 della trascrizione). E ancora: «La persona che caricava i detenuti o in Via Tasso o in altri posti dove erano, era lui a caricare le persone, forse anche con l'elenco dato da Caruso, per esempio; caricava e portava il primo trasporto fino alle Fosse Ardeatine. Lì c'era Priebke con la copia o il doppione della lista; faceva scendere la gente e cancellava quelli che erano scesi. Non so quanti trasporti ha dovuto fare» (p. 9 della trascrizione). Del resto, la versione di Hass relativamente alle cinque persone uccise in più non comprese «nell'elenco di Priebke» descrive questi come presente al momento in cui Kappler, una volta arrivato l'ultimo trasporto, diede la disposizione di uccidere anche costoro (cfr. p. 9 della trascrizione).

Non si sa se e quale parere eventualmente il Priebke espresse a proposito di tali uccisioni non programmate, di fronte alla domanda di Kappler «Cosa faccio di questi cinque che hanno visto tutto?» (esame Hass, loc. ult. cit.), a lui rivolta (esame Hass, cit. p. 19); tuttavia è certo, quanto meno, che egli percepì la disposizione impartita al riguardo dal Kappler, ed è presumibile che fosse stato proprio lui, in qualità di responsabile delle liste, a segnalare l'inconveniente e quindi sia stato proprio lui il destinatario di quella disposizione. Si legge nel verbale di interrogatorio di Hass davanti al p.m., in data 6 giugno 1996: «Kappler diede ordine a Priebke di procedere nei loro confronti all'esecuzione» (p. 3).

L'unico periodo di tempo in cui il Priebke non tenne le liste fu quindi, verosimilmente, quello in cui si cimentò in prima persona nelle uccisioni, così come convenuto nella riunione con i «suoi uomini» che il Kappler aveva indetto alle ore 12 (sul punto si noti che Hass dichiara che la riunione si svolse il 23 sera: cfr. p. 3 della trascrizione dell'esame svoltosi all'udienza del 12 giugno 1996). Egli stesso confessa di aver personalmente ucciso due uomini, «come tutti gli ufficiali» (p. 30 della trascrizione dell'esame del 3 aprile 1996).

In conclusione, per quanto riguarda la posizione del Priebke, risulta che egli, collaboratore di fiducia e della prima ora del Kappler, «aiutò» costui in tutte le fasi dell'eccidio, preparatorie ed esecutive, anche provvedendo ad uccidere personalmente due uomini, per dare l'esempio alla truppa ed evitare che questa manifestasse incertezze e tentennamenti, pregiudizievoli del buon esito di tutta l'operazione.

Più sfumata è indubbiamente la posizione dell'Hass. Ciò dipende principalmente dal fatto che costui non era un diretto collaboratore del Kappler. Egli, giunto a Roma soltanto il 25 luglio 1943, dirigeva l'ufficio VI del Comando romano della R.S.H.A., a cui era demandato il Servizio informazioni politiche. Con Kappler aveva un rapporto pressoché paritario, perché egli dipendeva direttamente dal gen. Schelleberg, in servizio a Berlino. Nelle sue dichiarazioni del 6 giugno 1996 egli esclude una qualsiasi dipendenza dal Kappler, ma la circostanza, negata dal Kappler che invece lo annovera tra i «suoi uomini» (cfr. interrogatorio del 4 agosto 1947), non è verosimile. E' plausibile soltanto che, data la specificità del servizio informativo, l'Hass godesse di una relativa autonomia. In ogni caso egli riscuoteva una notevole stima da parte del Kappler: risulta, per esempio, che con costui ebbe il colloquio "confidenziale" delle ore 9 del 24 (riferito nel § 3.2.2) e l'ulteriore "confidenza" della mattina del 25 relativamente alla «fesseria» commessa nell'aver ordinato l'uccisione dei cinque testimoni.

I suoi compiti, dunque, nell'organigramma romano non concernevano torture, interrogatori, arresti, ma si attuavano per mezzo di rapporti informativi e contatti di vario tipo. Si trattava di attività "lato sensu" spionistiche che l'Hass continuerà a svolgere, in

varie direzioni e anche per incarico dei servizi segreti italiani, per molti anni dopo la fine della guerra.

Ciò nondimeno egli partecipò alla esecuzione della strage, non solo uccidendo (almeno) due persone «come tutti gli ufficiali» e come da lui stesso, non senza reticenze e ripensamenti, confessato, ma trovandosi presente, con l'autorevolezza del suo grado e delle sue funzioni, nei momenti più significativi. Innanzitutto, alla riunione operativa con gli ufficiali, che egli sembra collocare alla sera del 23 marzo (p. 3 della trascrizione dell'esame in data 12 giugno 1996), e in cui non espresse alcuna voce di dissenso o qualche perplessità; all'inizio dell'esecuzione («Ero tra i primi», p. 4 trascrizione esame in data 12 giugno 1996). Rimase sul posto fino alla fine, o comunque vi tornò in seguito, nonostante egli lo neghi (dichiara di essere rimasto lì in tutto per 15 minuti). Infatti, che sia stato presente in occasione dell'uccisione delle cinque persone in più lo si ricava dalla precisione con cui racconta l'episodio, che non potrebbe essergli derivata esclusivamente dal successivo colloquio con il Kappler e dal fatto che la seconda uccisione diretta da parte degli ufficiali - che egli eseguì - fu sicuramente disposta dal Kappler solo dopo l'episodio del rifiuto di Wetjen (v., tra le altre, deposizione Domizlaff all'udienza del 9 giugno 1948: «Fu deciso che gli ufficiali sparassero una seconda volta»).

A conforto di tale conclusione vi è la dichiarazione Kofler del 12 ottobre 1945, già citata, il quale arrivò sul posto con l'ultimo carico di martiri, accompagnando il Tunath: lì vide, tra gli altri, Hass e Priebke.

Conclusivamente, Hass è presente alle Cave Ardeatine per un periodo ben superiore ai quindici minuti che egli ammette, non con specifici compiti operativi, quali quelli assegnati a Schütz o a Priebke, ma con il generico scopo di sovrintendere all'operazione (forse anche per riferire ai suoi capi gerarchici). Del resto, se gli ufficiali erano tutti incaricati di dare l'esempio alla truppa, è impensabile che potessero svolgere tale incombenza limitando la presenza sul campo al tempo strettamente necessario per compiere le uccisioni loro demandate; non solo la diretta partecipazione alle uccisioni, ma anche la presenza costante e vigile, stante il clima di tensione che inevitabilmente si era instaurato, doveva garantire la necessaria "pressione" sulla truppa al fine di realizzare compiutamente il macabro rituale.

3.3.1. Compito di questa Corte è ora quello di procedere alla qualificazione giuridica dei fatti come ricostruiti dai giudici del 1948, con le correzioni e integrazioni di cui si è parlato nei precedenti paragrafi. Il parametro normativo alla cui stregua valutare la condotta tenuta dagli odierni imputati nella partecipazione all'eccidio delle Cave Ardeatine è costituito - conformemente all'imputazione - dall'art. 185 c.p.m.g. L'integrazione della fattispecie ivi delineata deve essere verificata attraverso un duplice passaggio, che concerne dapprima la riconducibilità del fatto collettivo dell'eccidio all'ipotesi di concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani e successivamente la specifica attribuibilità del reato così qualificato ai due odierni imputati.

La prima operazione è facilitata dal fatto che si tratta di terreno già interamente percorso dalle sentenze del 1948 e del 1952 (quest'ultima in sede di legittimità), che contengono sul punto una conclusione in senso affermativo.

Nessun dubbio che le uccisioni come sopra descritte rappresentino altrettante ipotesi di violenza consistente in omicidio consumato il cui possibile soggetto attivo è anche un militare delle forze armate nemiche, ex art. 13 c.p.m.g.

Nemmeno è da dubitarsi che la norma in questione (art. 185 c.p.m.g.) si applichi in luogo di quella che incrimina il delitto di omicidio nel codice penale comune (art. 575 c.p.),

operando in materia il principio di specialità. Elementi specializzanti di tale norma sono la qualità del soggetto attivo e la circostanza che il fatto deve essere posto in essere «per cause non estranee alla guerra». Si tratta, come è noto, di due requisiti che, in generale durante un conflitto armato tra Stati, legittimano l'uso della violenza, consistendo per definizione la guerra nell'uso della violenza e essendo a ciò specificamente abilitati i militari appartenenti agli Stati in conflitto nella loro qualità di «legittimi belligeranti», in quanto tali, organi degli Stati stessi. E' altresì noto che la regola della liceità - oggi, "tollerabilità", in taluni casi - della violenza bellica tra Stati, attuata per mezzo di legittimi belligeranti, non vale se la stessa non è esercitata secondo le regole del diritto bellico e, segnatamente, se - come dice la norma in questione con terminologia ora superata - suo oggetto sono «privati nemici, che non prendono parte alle operazioni militari». Era questa una acquisizione del diritto internazionale, già all'epoca dei fatti di causa, così recepita dal legislatore italiano. E' appena da aggiungere che, ove difetti nella specie anche uno dei due indicati elementi specializzanti, si deve applicare la norma comune che incrimina l'omicidio.

3.3.2. La specialità della regolamentazione si compendia nella presenza nella fattispecie speciale di una sfera tipica di liceità descritta dall'espressione «senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo»; ricorrendo tali estremi, la regola della liceità della violenza bellica - secondo il nostro legislatore, all'epoca comprensibilmente "titubante" - torna ad espandersi.

La «necessità» cui la norma fa riferimento è la « necessità militare» o «necessità delle operazioni militari», clausola spesso presente nelle norme di diritto bellico, con funzione autorizzatoria, e che secondo le più recenti convenzioni in materia, in linea con esigenze di maggiore incisività della normazione, rileva solo se «imperiosa» o «ineluttabile».

Essendo la funzione della scriminante in parola quella di consentire in taluni casi l'uso della violenza anche nei confronti di coloro che non prendono parte alle operazioni militari, è chiaro che essa non può essere assunta in un significato ampio, quale sinonimo di «convenienza» militare, né in senso soggettivo, giacché la clausola finirebbe in tal caso per vanificare la portata e la operatività in concreto del divieto. L'eliminazione della popolazione civile dello Stato nemico da parte dell'esercito occupante sarebbe, infatti, sempre «conveniente» per le operazioni militari, indubbiamente costituendo la più diretta «soluzione» di tutti i problemi che comporta l'occupazione militare di un suolo straniero; d'altra parte, se si rimettesse la valutazione della ricorrenza della necessità ai comandanti di tale esercito, per il solo fatto che la violenza è stata in concreto esercitata «per cause non estranee alla guerra» si riscontrerebbe una logica presunzione di necessità. Non può essere evidentemente questo il significato della norma in questione, neppure se ci si riporta all'epoca in cui fu emanata.

I «casi» in cui la necessità sarebbe ammessa a legittimare la violenza contro la popolazione civile sono quelli in cui la situazione concreta è connotata dall'essere obiettivamente imposta dalla «causa di guerra». Ciò è ravvisabile solo quando il soggetto passivo del reato, pur non prendendo direttamente parte alle «operazioni militari», svolge una attività ad esse collegata e in favore di una delle parti in conflitto, ovvero viene a trovarsi in una condizione di tale legame concreto con i belligeranti - in violazione della regola della necessaria distinzione tra belligeranti e popolazione civile - da non poter non essere coinvolto nelle azioni militari.

A seguito dell'attacco di Via Rasella le truppe germaniche di stanza nella città di Roma si sono trovate di fronte all'esigenza di prendere misure di sicurezza per evitare il rischio di nuovi attacchi; ma l'adozione della disumana misura intimidativa e repressiva prescelta non è in alcun modo riconducibile alla necessità nel senso ora illustrato, non risultando provato alcun legame degli «attentatori» (possibili) con la popolazione civile romana - la

quale, al più, provava comprensibile e fisiologico rancore nei confronti dell'occupante - ovvero, meno che mai, con le persone clandestinamente e barbaramente trucidate nelle Cave Ardeatine. Come esattamente ha posto in rilievo la sentenza del 1948 - richiamata su questo punto dalla sentenza impugnata - una situazione necessitata non vi è «fino a quando non si sia accertato che la popolazione agisca ben organizzata, sia bene armata e possa svolgere un'azione di particolare rilievo idonea a modificare l'andamento delle operazioni o di una qualche azione dell'esercito occupante». L'attacco di Via Rasella, il primo di tal genere, era rimasto un episodio isolato, sicché non si potevano avere elementi per ritenere che vi fosse quella condizione di resistenza organizzata e diffusa capillarmente che potesse destare pericolo e costituire il fondamento di una necessità ad esso correlata.

Si può, perciò, concludere sul punto che, a fronte dell'azione di Via Rasella - che in questa sede non si valuta sul piano giuridico, né meno che mai su quello dell'opportunità politico-militare, ma immediatamente ritenuta dall'occupante opera di non militari e per di più realizzata in territorio non costituente zona operativa (Roma era stata dichiarata «città aperta» per atto unilaterale dello Stato italiano) -, persone aventi la qualifica di militari hanno posto in essere una operazione contro parte della popolazione civile inerme del territorio occupato, non solo militarmente non necessitata, ma che neppure poteva assumere, per le specifiche modalità adottate, un qualche crisma di «militarità», fosse anche di facciata.

Tale operazione, tra l'altro veniva realizzata in assoluta segretezza, in un luogo che si voleva rimanesse ignoto, e con modalità studiate e finalizzate a non lasciar tracce degli accadimenti (si era pensato, per esempio, che il microclima molto umido delle cave avrebbe favorito la decomposizione dei corpi in tempi relativamente brevi), senza quindi che essa potesse assurgere ad un qualche monito rivolto ai partigiani e alla stessa popolazione civile, e relativo ad un futuro che, peraltro, già appariva come estremamente incerto (è noto che gli Alleati erano da tempo sbarcati ad Anzio).

E' altresì da escludere che ricorresse un altro «giustificato motivo» scriminante. Quanto alla pretesa giustificazione secondo la quale con l'eccidio sarebbe attuato una forma consentita di rappresaglia, come da disposizioni di carattere generale impartite dai tedeschi a tutte le popolazioni dei territori occupati, è sufficiente richiamare in questa sede quanto statuito dal giudice speciale di legittimità nel 1952. Il Tribunale supremo militare, pur giudicando «l'attentato di Via Rasella, alla luce delle norme di diritto internazionale, ... un atto di ostilità a danno di forze militari occupanti, commesso da persone che non hanno la qualità di legittimi belligeranti», ha escluso ogni possibile riferibilità allo Stato italiano di tale atto, proprio in quanto posto in essere da persone «che operano a proprio rischio nei riguardi del nemico» e quindi non coperte da immunità organica, negando che una relazione giuridicamente rilevante possa sussistere tra costoro e lo Stato italiano sol perché questo si giova dell'«aiuto dall'esterno all'attività di resistenza svolta nel territorio occupato», ovvero, si può aggiungere, sol perché tolleri l'esistenza di corpi volontari non osservanti le condizioni richieste per avere la qualifica di legittimi belligeranti. Non sussistendo tale estremo, la popolazione civile dello Stato italiano giammai avrebbe potuto essere legittimamente considerata soggetto passivo della ipotizzata rappresaglia.

Del resto, alle istituzioni dello Stato italiano nemmeno si sarebbe potuto rimproverare un difetto di controllo del territorio e quindi un illecito omissivo, essendo ciò esclusivamente imputabile alle istituzioni dello Stato occupante, così massicciamente presenti e alacramente operanti nella città di Roma.

La sentenza impugnata e la sentenza del 1948 hanno, poi, diffusamente dimostrato che comunque sarebbe difettato il requisito di proporzionalità delle pretesa rappresaglia.

Basta aggiungere a quelle esatte considerazioni il rilievo che, anche ammesso che all'epoca non sussistesse un divieto inderogabile di sottoporre la popolazione civile alla rappresaglia bellica, il requisito in parola, comunemente accettato, avrebbe comunque dovuto correlarsi all'illecito contro il quale si intendeva reagire piuttosto che ad una eventuale finalità dissuasiva. Una proporzionalità commisurata alla finalità dissuasiva, infatti, non potrebbe fungere da limite ad una rappresaglia bellica esercitata contro la popolazione civile del territorio occupato, per la ragione che non sarebbe ipotizzabile alcun limite in tal senso; diversamente se il requisito limitativo si commisura al tipo di illecito da sanzionare, perché un confronto tra l'attacco di via Rasella e il massacro delle Cave Ardeatine rappresenta allora un caso di «rappresaglia» esemplarmente non proporzionata.

Neppure il fatto ascritto ai due imputati potrebbe ritenersi giustificato a titolo di esecuzione di pena collettiva nei confronti della popolazione. Infatti, prima ancora di far difetto il requisito previsto dall'art. 50 del Regolamento sulle leggi e gli usi della guerra terrestre, approvata all'Aja nel 1907 e vigente all'epoca (quello, cioè, consistente in una «responsabilità solidale» della popolazione per fatti individuali, come esattamente dimostrato dalla sentenza del 1948), manca radicalmente nel caso concreto la possibilità di qualificare l'eccidio come «peine collective, pécuniaire ou autre». Sul punto, valgono le trancianti argomentazioni presenti nella sentenza impugnata, che, interpretando l'art. 50 citato conformemente agli orientamenti della dottrina, ha rilevato che le pene in questione avrebbero dovuto essere per lo più pecuniarie, ma, anche a volerle intendere connotate da più gravi modalità attuative, in nessun caso avrebbero potuto attingere singole persone.

Le sintetiche considerazioni che precedono confermano, dunque, che nessuna necessità di fatto o giuridica può essere invocata - sulla base del diritto internazionale ed interno vigente all'epoca, e a maggior ragione sulla base di quello vigente oggi - per qualificare come lecito l'eccidio di cui al capo di imputazione.

3.3.3. Un esame approfondito va effettuato con riguardo all'accertamento degli estremi necessari ai fini dell'imputazione soggettiva del fatto illecito sinora ricostruito ai suoi autori materiali. Su questo punto, infatti, la sentenza del 1948 ha differenziato le posizioni del Kappler da una parte e dei suoi subordinati dall'altra, sicché questo giudice - come preannunziato nel § 3.1. -, quand'anche condividesse i criteri di valutazione impiegati in quella occasione, non potrebbe accontentarsi di recepire quelle conclusioni, sia perché riferite ad altri concorrenti, sia perché, appunto, non omogenee.

La tematica è pressoché integralmente occupata dal problema del possibile rilievo giuridico da assegnare al profilo dell'esecuzione di un ordine. Su di esso si appuntano non solo le differenziate valutazioni della sentenza nei confronti di Kappler e altri, ma anche i motivi di appello formulati dai difensori di entrambi gli imputati a supporto delle richieste assolutorie sopra sintetizzate.

Al riguardo, come è noto, trova applicazione ai fatti di causa l'art. 40 c.p.m.p., non essendovi di ostacolo l'intervenuta abrogazione di tale norma da parte della l. 11 luglio 1978, n. 378. L'art. 40 fissava infatti la regola della normale irresponsabilità del militare esecutore di un ordine costituente reato, sempre che tale carattere non fosse manifesto.

Tale regola e la relativa eccezione erano in linea non solo con quanto stabilito nel codice penale militare tedesco (§ 47), ma con quanto già stabilito in generale dall'art. 51 c.p. Questa norma, attualmente applicabile anche in relazione ai reati militari, prevede, sì, l'opposta regola della normale responsabilità dell'esecutore dell'ordine illegittimo (comma 3: «Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine»), ma anche la relativa eccezione

(comma 4: «Non è punibile...») per il caso in cui la legge non consenta all'esecutore «alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine». Poiché, indubbiamente, l'ipotesi descritta non poteva in primo luogo riferirsi se non al militare, costituendo il rapporto di gerarchia militare quello che maggiormente esprimeva la condizione di c.d. supremazia speciale, l'art. 40 citato, più che una disciplina speciale, conteneva in realtà uno sviluppo e una precisazione della disciplina dettata in generale, anche per quanto riguarda l'indicata eccezione alla regola dell'irresponsabilità. Anzi, è sintomatico che gran parte dei commentatori dell'art. 51 precisassero, in relazione al comma 4, che la regola della non punibilità trovava un limite ontologico nella manifesta criminalità dell'ordine, come sancito appunto nell'art. 40.

Per altro verso, l'art. 40 non venne derogato dall'art. 8 dello Statuto istitutivo del Tribunale di Norimberga, che, sancendo la non scusabilità dell'ordine, semplicemente sottraeva al giudice il compito di verificare la sua concreta manifesta illiceità e la presumeva come assolutamente sussistente nei casi in cui l'illecito ordinato ed eseguito fosse un crimine di guerra o comunque sottoposto al giudizio del Tribunale. Tale regola di giudizio si fondava evidentemente sulla essenza stessa dei crimini di guerra, i quali, ponendosi a tutela di valori fondamentali di carattere assoluto riconducibili all'intera umanità, e quindi prescindenti da qualsivoglia particolaristica angolazione, presentano come caratteristica ontologica una immediata evidenza e un elevatissimo contenuto di disvalore.

Per quanto concerne, comunque, la regola della normale scusabilità dell'esecuzione di un ordine vincolante, essa prendeva in considerazione le situazioni in cui l'ordine impartito al militare, o comunque alla persona soggetta ad altrui potestà o soggezione, comportava per costui la primaria necessità giuridica di dover eseguire quanto richiesto anche se si fosse trattato di alcunché di illecito. Ora, sul presupposto che in queste situazioni non sembrava potersi "esigere" dal militare un comportamento diverso da quello tenuto, l'ordinamento consentiva che il fatto illecito materialmente realizzato o agevolato non venisse imputato al soggetto a titolo di dolo.

Questa essendo la disciplina dell'esecuzione dell'ordine come causa di esclusione del dolo, applicabile all'epoca dei fatti, occorre verificare la ricorrenza, nella specie, di quella situazione di inesigibilità di un comportamento diverso da parte degli esecutori capace di condurre alla conclusione della mancata integrazione della fattispecie soggettiva. Essa suppone che sul subordinato gravi un conflitto di doveri dall'esito soggettivamente scontato, data l'impossibilità giuridica di agire diversamente, che il subordinato è costretto a subire, proprio in quanto soggetto chiamato "soltanto" e semplicemente ad eseguire l'ordine: la sua condotta apparirà allora non riprovevole, e quindi non meritevole di pena, perché la forte pressione psicologica nella quale egli agisce - al medesimo non rimproverabile - non autorizza a ritenere che la sua volontà si sia formata seguendo un normale processo motivazionale.

Questo riconoscimento, tuttavia, suppone che l'esecutore si sia previamente rappresentato il confliggente dovere di agire diversamente ed abbia ritenuto di non dovervi ottemperare per la preponderante cogenza del dovere di eseguire l'ordine: l'incombenza dell'ordine lo costringe a tenere un comportamento presumibilmente contrario a quello che egli avrebbe tenuto se fosse stato libero di scegliere se agire o non agire in quel determinato modo.

Conferma di ciò si ricava dallo stesso tenore dell'art. 51 c.p., nel cui alveo, come accennato, si sviluppa la disciplina dell'art. 40. Infatti, la situazione descritta nel comma 4, relativa a colui che legalmente non ha alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine, suppone l'inapplicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui al precedente comma 3, relativa a colui che per errore abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo;

suppone, cioè, nell'esecutore l'avvenuta percezione del carattere illegittimo dell'ordine, o, perlomeno di una tale. Del resto, l'esclusione legale del potere del «sindacato» non significava annullamento della possibilità di fatto di formulare ogni valutazione sulla legittimità o illiceità dell'ordine e quindi alla cancellazione della sua rilevanza; significava più esattamente esclusione della possibilità giuridica di disobbedire a fronte di un ordine illegittimo o illecito, o anche soltanto di discutere sulla sua esecutività.

La norma dell'art. 51, comma 4, come sviluppata dall'art. 40 c.p.m.p. mirava, del resto, a salvaguardare sopra ogni altra l'esigenza dell'obbedienza agli ordini militari, conferendo all'inferiore la più ampia garanzia di impunità in parallelo con l'esclusione del suo potere-dovere di disobbedire.

Il previsto limite della manifesta criminalità dell'ordine verificandosi il quale l'inferiore aveva, invece, il dovere di disobbedire, non si fondava tanto - come talvolta si crede - sulla «riconoscibilità» esterna della illegittimità anche per chi sarebbe legalmente "cieco", come il militare. Se fosse stato così, infatti, si sarebbe ammessa una responsabilità più colposa che dolosa, ravvisandosene il fondamento, evidentemente, sul fatto che l'esecutore non avrebbe prestato attenzione alla criminalità dell'ordine, pur essendo essa manifesta e quindi percepibile all'uomo medio. Senonché, anche in questo caso avrebbe operato, in assenza di espressa deroga, il terzo comma dell'art. 51 c.p., che rende rilevante l'errore, e salva eventualmente la punibilità per colpa, sempre che si fosse potuto richiamare in materia il disposto dell'art. 59, comma 4, ultima parte, c.p.

La punibilità dell'esecutore che abbia agito nonostante la manifesta criminalità dell'ordine stava ad indicare che la pretesa all'obbedienza non poteva spingersi oltre un certo limite, quello dell'incoercibilità dei doveri della coscienza. Stante la manifesta «criminalità» e quindi l'altissimo livello di «illegittimità» dell'ordine, non potendosi più imporre l'obbedienza comunque a causa dell'intollerabile grado di compressione richiesto dei doveri della coscienza, la legge imponeva la disobbedienza comunque, eliminando in radice la configurazione di un conflitto di doveri in capo al subordinato e rendendo così perfettamente esigibile il comportamento astensivo.

La mancata astensione, in una situazione di assenza di conflitto, eclissava la problematica dell'esecuzione dell'ordine, giacché l'esecutore consapevole, il quale, dovendo disobbedire, invece si attivava, agiva al di fuori della rilevanza giuridica obiettiva dell'ordine, così divenendo pienamente corresponsabile al pari del superiore.

Non si trattava, dunque e a ben vedere, di una regola di imputazione soggettiva del reato, ma di una norma che tracciava il limite obiettivo della vincolatività dell'ordine. In tal senso, vigeva una disciplina non dissimile da quella odierna, secondo la quale, esplicitamente, «il militare al quale viene impartito un ordine ... la cui esecuzione costituisca comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine» (art. 4, comma 4, l. 11 luglio 1978, n. 382).

Riassumendo: l'esecuzione dell'ordine vincolante illegittimo comportava la non punibilità a titolo di dolo dell'inferiore che non si fosse comunque rappresentato tale illegittimità, ovvero che, essendosela rappresentata, avesse risolto il conflitto di doveri nel senso della esecuzione e sempre che tale conflitto non fosse venuto meno dato il carattere di manifesta criminalità dell'ordine. Come si vede, dunque, la coscienza della criminalità dell'ordine lasciava spazio alla non punibilità, a condizione che si fosse instaurato quel conflitto di doveri in capo all'esecutore, di cui si è detto.

3.3.4. Ritene il Collegio che se si legano tali premesse normative alle ricostruite risultanze fattuali si deve concludere che non ricorre in capo ai due odierni imputati

alcuno degli elementi che possono portare alla non punibilità. Essi, infatti, si sono trovati ad agire in completa adesione all'ordine ricevuto e senza subire alcuna coartazione della volontà, essendosi riscontrato nei fatti come vi sia stato un pieno accordo tra chi dapprima impartì l'ordine (Hitler, Kesselring,?) e chi poi lo fece proprio (Kappler) imprimendogli in via esecutiva, col tramite dei subordinati (tra cui Hass e Priebke), la cadenza dell'immediatezza e ineguagliabili caratteri di efferatezza e disumanità.

Si è visto sopra (§ 3.2.2.) come tale "ordine" prese via via corpo e si consolidò per l'inusitato zelo di chi era chiamato ad eseguirlo, ma il quadro probatorio a disposizione impone di ritenere che analoga ansia da parte di subordinati di andare oltre persino quanto richiesto dal superiore caratterizzò, purtroppo, anche tutte le fasi attuative. In questa tragica corsa alla realizzazione di una efficiente ferocia gli imputati Hass e Priebke svolsero, così come programmato, gli specifici compiti operativi loro demandati con la massima disponibilità e prontezza, senza che mai il dubbio o gli imperativi della coscienza minassero l'una o l'altra. Essi, più che ritenere l'ordine «giusto» e conveniente, subito si prodigarono, in accordo tra loro e con tutti i superiori, per realizzarlo con quelle modalità. Nessun conflitto tra ordine e coscienza è emerso; l'ordine qui non incombe sull'inferiore facendo soccombere gli imperativi della coscienza. Esso costituisce il semplice presupposto per agire, l'ombrello sotto il quale nascondere il piano criminoso e cercare di giustificare l'illecito.

In questo quadro, non è pensabile che la questione relativa alla integrazione della fattispecie soggettiva del reato contestato - paradigmaticamente consistente in un crimine di guerra - possa essere in qualche modo condizionata dall'immanenza di un ordine in capo agli incaricati della esecuzione. Il comportamento degli esecutori e la loro totale adesione psicologica a quanto veniva richiesto - per ideologia o «abito mentale», ovvero per calcolo di convenienza - esclude senz'altro un loro atteggiamento di militari «vinti» da tale irresistibile richiesta.

Neppure è possibile aderire ad un ragionamento che viene affacciato nella sentenza del 1948 e ripreso nelle prospettazioni della difesa nel presente processo. Si legge in quella decisione, a supporto della conclusione secondo la quale per i subordinati del Kappler si escludeva «che essi avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo», che tra l'altro «gli imputati appartenevano ad un'organizzazione rigidissima, dove assai facilmente si acquistava un abito mentale portato alla obbedienza pronta». Simile rilievo, più che portare, come vorrebbe il Tribunale militare territoriale di Roma, ad escludere la rappresentazione della criminalità dell'ordine, va preso in considerazione quando si deve valutare la possibilità dell'instaurazione del conflitto di doveri, nei termini sopra indicati; se ne potrebbe ricavare, infatti, l'idea che il descritto abito mentale, la disciplina rigidissima, nonché - si può aggiungere - la vigenza di istruzioni, circolari o regolamenti dettanti regole feroci circa la condotta della guerra, in aperto spregio del diritto internazionale vigente e dei più elementari principi di umanità, avessero indotto negli imputati una spiccata insensibilità ai valori fondamentali che li rendeva pregiudizialmente impermeabili all'esigenza di mettere in discussione qualsivoglia ordine. Simile condizione avrebbe determinato una sorta di "incapacità" giuridico-penale, tale da sottrarre le loro condotte alle normali regole di valutazione.

Le implicazioni di questo ragionamento sono evidentemente confliggenti con le stesse ragioni di esistenza del diritto penale e più in generale con la dimensione della giuridicità, la quale suppone dei criteri valutativi capaci di imporsi a tutti gli esseri umani aventi certe caratteristiche e con personalità non minata da particolari patologie. Se, infatti, un gruppo di individui per motivi e secondo modalità che la storia ha solo in parte chiarito, decide di modificare i parametri di riferimento della giuridicità come conseguenza dell'avvenuto cambiamento degli imperativi della morale e dei canoni della convivenza

degli uomini, compito del diritto è quello di opporsi a tali operazioni, pena la sua stessa negazione, cioè la sconfitta dei valori per la tutela dei quali vive e viene applicato.

Se quindi, per effetto dello stravolgimento delle coscienze che implicò il nazismo, si determinò la non configurabilità di quel conflitto di doveri a cui le norme ricollegano la non punibilità dell'esecutore, il giudice deve solo prendere atto della non ricorrenza del presupposto della non punibilità, piuttosto che affermare una regola di giudizio che implica una modificazione degli stessi presupposti normativi. Il diritto penale è qui chiamato ad una "prova di resistenza", dal cui esito dipende la verifica di quella capacità di "indirizzo" comportamentale che gli viene demandata.

E' verosimile che oggi si possa esprimere questo ordine di considerazioni solo grazie alla distanza temporale che separa il presente processo dagli eventi, e che quindi quella che viene stigmatizzata come una anomalia generatrice di ingiustizie, rappresenti invece l'occasione per una riflessione più matura sulle implicazioni giuridiche degli eventi stessi. I giudici del 1948, invero, ebbero la possibilità di ricostruire i fatti con ben maggiore immediatezza, anche se si è visto come quelle narrazioni fossero in alcuni punti lacunose; tuttavia, quanto alla valutazione giuridica, essa potrebbe essere risultata eccessivamente tributaria della temperie culturale di un'epoca che aveva appena chiuso i conti con l'ideologia del nazismo e che per batterla e superarla aveva dovuto in qualche modo "legittimarla" come avversaria.

3.3.5. Escluso, comunque, che sulla posizione degli imputati possa aver inciso, nel senso di escludere il dolo, la dimensione della "vincolatività" dell'ordine ricevuto, va esaminato l'altro aspetto relativo alla possibile "putatività" di una causa di liceità. A questa conclusione giunsero, come accennato, i giudici del 1948 con riferimento ai subordinati del Kappler, sulla base della considerazione «che gli imputati erano ignari della esatta situazione che portava alla fucilazione delle Cave Ardeatine mentre erano a conoscenza che ordini aventi lo stesso contenuto di quello ad essi impartito dal Kappler spesso erano stati eseguiti in zone d'operazioni».

Anche sotto questo profilo occorre, però, giungere a conclusioni diverse per quanto concerne i due odierni imputati. Priebke, braccio destro di Kappler, conosceva perfettamente la situazione relativa alla esecuzione della c.d. rappresaglia, perché sin da quando Kappler fece rientro nel suo ufficio in Via Tasso fu chiamato a collaborare nella predisposizione delle liste. In tale posizione egli si rese conto delle modalità attraverso le quali furono compilate, essendosi rappresentato dapprima il vano tentativo di inserirvi solo condannanti a morte e poi la progressiva caduta di ogni criterio paralegale, sino all'inserimento degli ebrei, come «male minore»(!). Lo stesso Hass, in qualità di capo reparto, interessato dal Kappler sin dalla mattina del 24 alla vicenda delle c.d. rappresaglia ebbe modo di conoscere tutti gli elementi che rendevano chiara l'inoperatività di qualsivoglia causa di giustificazione, a cominciare dalla modalità di formazione delle liste. Invero, la progressiva rinuncia ad una parvenza di copertura legale, stante l'insufficienza del numero di condannati a disposizione, non poteva che fungere, per entrambi gli imputati, da indicatore dell'abbandono via via sempre più evidente di ogni possibile giustificazione "legale" al crimine che si accingevano a commettere, sì che il dolo, seppure eventualmente non presente sin dall'inizio sotto questo profilo, è sicuramente sopravvenuto almeno al momento della definitiva formazione dei criteri di scelta dei fucilandi. Ambedue gli imputati erano poi venuti a conoscenza dei rifiuti opposti da Dobrick e da Hauser e delle perplessità manifestate dai comandanti militari nell'effettuazione della strage. Hass fu addirittura invitato a non immischiarsi dal suo referente berlinese. Del pari incontrovertibile è, poi, la piena rappresentazione dell'illeceità della condotta nella uccisione dei cinque testimoni dell'eccidio non compresi nelle liste, di cui si resero perfettamente conto non solo Priebke, che la fece eseguire, ma anche Hass, che assistette alla scena.

Altro elemento rivelatore della illiceità dell'eccidio dovette essere per entrambi gli imputati l'assoluta segretezza con cui esso avvenne e in cui fu mantenuto, apertamente contrastante con la funzione della rappresaglia.

Infine, la stessa inumanità delle concrete modalità di attuazione della strage, tali da imporre agli aguzzini la necessità di stordirsi coll'ubriacarsi, per continuare nel massacro e comunque per provare a dimenticare quello che avevano fatto (dichiarazione Ammon in data 13 ottobre 1945, confermata innanzi al Pretore di Brunico in data 27 dicembre 1947; dichiarazione Kofler, citata), fu eloquente indice rivelatore della barbarie compiuta. Su di essa gli imputati hanno avuto persino ampia possibilità di riflettere nel lungo tempo (circa un'ora e mezzo: cfr. deposizione Johannes Quapp all'udienza dell'11 giugno 1948, f. 286 del verbale, il quale parla di una «grande interruzione») in cui dovettero attendere l'arrivo del camion che, ormai al buio, trasportava i detenuti a disposizione dell'autorità italiana. Del resto, non mancò la diffusione del disgusto e del malcontento presso la truppa (v. interrogatorio Borante Domizlaff all'udienza dell'8 giugno 1948, f. 228 del verbale), se Kappler stesso parla di una «grande depressione spirituale» (udienza 8 giugno 1948, f. 181 del verbale). Tali sentimenti, se non direttamente provati dai due imputati, furono certamente avvertiti e dovettero imporre la piena consapevolezza dell'enormità della strage, durante il notevole lasso di tempo in cui essa ebbe luogo.

In forza di quanto precede, si può dunque concludere che come nessun ordine influì in misura giuridicamente rilevante sulla condotta degli imputati, così non sono emersi segnali di una sia pur colposa carente rappresentazione dei paradigmatici elementi di illiceità di tale condotta da parte degli imputati stessi.

Tali conclusioni indubbiamente divergono da quelle a cui sono giunti i giudici del 1948, relativamente alle posizioni degli imputati in quel processo, ma tale diversità è riconducibile, da un lato, ad un approfondimento degli accertamenti fattuali, dall'altro, all'adozione di criteri valutativi inerenti la sussistenza del dolo che a questa Corte sono sembrati più rispondenti allo schema normativo. L'approfondimento fattuale ha consentito innanzitutto una precisa messa a fuoco della condotta tenuta dagli odierni imputati, che è apparsa caratterizzata da evidenti connotati di specificità, nell'ambito dell'attività concorsuale delittuosa con il Kappler, che impongono comunque un autonomo apprezzamento giudiziale. Del resto, lo stesso approfondimento, ha imposto, come si è visto, precisazioni in relazione al ruolo svolto dallo stesso Kappler nella vicenda, sia quanto alla dinamica della formazione dell'ordine e alla individuazione dei termini del suo contenuto, sia quanto alla vicenda della morte delle cinque persone non comprese nelle liste.

C'è da riflettere, sulla scorta delle sollecitazioni della difesa e in linea con quanto preannunciato nel § 3.1., se una simile operazione di «rilettura» sia consentita a questo giudice, in particolare se le conclusioni suddette siano compatibili con gli accertamenti fattuali ricavabili dalla sentenza del 1948, divenuti intangibili e quindi destinati a costituire pietra di paragone per un eventuale giudizio di revisione della presente sentenza. Evidenti ragioni di economia processuale e di giustizia sostanziale si ritiene, infatti, impedirebbero a questo giudice di adottare soluzioni suscettibili di integrare i presupposti di un «conflitto teorico di giudicati», rilevante ex art. 630, lett. a) c.p.p.

Il potenziale punto di emersione di tale conflitto è rannodato attorno a quanto stabilito dal giudice del 1948 sulla posizione del Kappler. Nel dispositivo della sentenza in questione si legge che il Kappler viene dichiarato responsabile del reato di omicidio continuato che gli veniva contestato, quindi dell'omicidio di tutti i 335 martiri delle Cave Ardeatine; se, infatti, egli fosse stato assolto, così come si ricava dalla motivazione, per l'omicidio di 320 delle 335 persone uccise, ciò si sarebbe dovuto specificare nel dispositivo, ove pure, relativamente ad un secondo capo di imputazione, fu apportata una

«modificazione della rubrica». In assenza di corrispondente modificazione o di espressa declaratoria di assoluzione quanto al capo di imputazione relativo alla strage delle Cave Ardeatine può, quindi, sorgere il dubbio che sulle conclusioni presenti nella motivazione della sentenza, secondo le quali «non può affermarsi con sicurezza che il Kappler abbia avuto coscienza e volontà di obbedire ad un ordine illegittimo» si sia formato un giudicato con effetto di accertamento. Il contrasto evidente tra dispositivo e motivazione venne già rilevato dal Tribunale supremo militare con la sentenza del 1952, ma non dette luogo ad annullamento, giacché, pronunciandosi il giudice di legittimità esclusivamente su ricorso dell'imputato, fu scorta corrispondenza tra l'una e l'altra parte della sentenza «perché il dispositivo adottato è sorretto da idonea motivazione, cioè da quella parte della motivazione che concerne la dimostrazione della responsabilità per omicidio continuato» delle 15 persone in eccedenza, rilevandosi altresì che «la parte della motivazione che riguarda il dubbio ... non ha riflesso alcuno sul dispositivo di condanna». Tali conclusioni possono far pensare che l'effetto di accertamento si sia verificato solo con riferimento alla parte della motivazione contenente la condanna, e che, con riguardo all'altra parte, essa si sia "volatilizzata" all'interno del più ampio dispositivo di condanna.

Ma, a parte questi rilievi formali, la sentenza del 1948 non si condivide non tanto per la ricostruzione in fatto - pure carente e integrata come sopra anche grazie alla sopravvenienza di nuove prove - quanto per l'illogica valutazione di quelle emergenze. Infatti, lo stesso ragionamento posto da quel giudice a base del dubbio sul dolo avrebbe dovuto essere coerentemente esteso alla ritenuta tassatività dell'ordine ricevuto dal Mältzer, ben potendosi prospettare l'idea che il Kappler - secondo quella logica - si reputasse non solo facultizzato ma addirittura obbligato ad ampliare di dieci unità il numero dei giustiziandi; se si dubita che il Kappler avesse piena coscienza dell'illegittimità dell'ordine ricevuto, come si fa a non dubitare, a più forte ragione, che egli non pensasse legittimamente di poter applicare la proporzione matematica di uno a dieci in relazione alle mutate premesse di fatto? In tal modo sarebbe caduta anche la possibilità di imputare la morte delle restanti cinque vittime sulla base dell'art. 82 c.p., che suppone l'illecito doloso di base, sicché l'assoluzione per insufficienza di prove avrebbe dovuto coerentemente involgere l'intero capo di imputazione.

Tale illogicità rivela, invero, la fallacità intrinseca del ragionamento. Per giungere alla conclusione dubitativa in questione la sentenza del 1948 utilizza gli stessi parametri sopra indicati che hanno portato all'assoluzione piena dei subordinati del Kappler, in più aggiungendo che «il modo crudele dell'esecuzione .. costituisce un elemento obiettivo di prova circa la coscienza dell'illegittimità dell'ordine ... ma non è da escludere che quelle modalità siano collegate, più che ad una volontà cosciente circa l'illegittimità dell'ordine, ad uno stato d'animo di solidarietà verso i tedeschi morti». A parte il rilievo che le stesse considerazioni potevano svilupparsi in relazione alla posizione dei subordinati, che invece sono stati assolti - immotivatamente, dunque - con formula piena, così sedimentando illogicità a illogicità, è agevole rilevare che un Kappler, pur se improbabilmente accecato d'odio, sarebbe stato allo stesso modo in grado di apprezzare i segnali della chiara illegittimità del suo agire che la realtà prepotentemente ma inutilmente gli inviava, non fosse altro perché era stato testimone diretto delle perplessità del Mackensen e del Kesselring, nonché dei rifiuti di Dobrick ed Hauser.

A fronte di questi gravi rilievi critici che possono essere formulati alla sentenza del 1948, ritiene il Collegio che né sul piano formale né su quello sostanziale possa comunque emergere da essa una preclusione alla precisazione delle emergenze fattuali e alla adozione di differenti regole di giudizio nel presente procedimento a carico di concorrenti nello stesso reato, così come sinora concretate.

3.3.6. Per completare l'indagine sul dolo degli odierni imputati, si può affermare che come non sussisteva la necessità giuridica di agire in adempimento dell'ordine, nemmeno

si può ravvisare l'esistenza di uno stato di necessità di fatto, rilevante ai sensi dell'art. 54 c.p. ai fini della esclusione della responsabilità. Sul punto la sentenza impugnata dà conto rettamente delle risultanze probatorie, e la conclusione è coerente con quanto emerge circa la assoluta mancanza di momenti coercitivi nella preparazione ed esecuzione della strage, riguardanti gli ufficiali che formavano lo staff direttivo alle dipendenze del Kappler. Egli così descrive il suo sodalizio: «Tra me ed i miei compagni non esisteva alcuna distanza. Con loro dividevo gioie e dolori»; così descrive la riunione organizzativa: «Tutti i comandanti disponibili erano intorno a me. Raccontai loro che dovevamo fare l'esecuzione, feci comprendere l'importanza del fatto e che avremmo dovuto uccidere 320 persone....In quel rapporto dissi che mi rivolgevo a loro come amico. ...Tutti erano d'accordo con me che per il mantenimento della disciplina, tutti i comandanti dei nuclei dovevamo partecipare con almeno un colpo alla esecuzione...Se qualcuno si fosse rifiutato l'avrei ascoltato e avrei discusso» (deposizione ud. 7 giugno 1948, f. 164 s. del verbale).

Così, in effetti, fece quando se ne presentò l'occasione. E' ancora Kappler che parla: «Seppi quando andai per la seconda volta che qualcuno si era rifiutato di fare l'esecuzione. Questi era Wetjen. Seppi pure che i plotoni erano in istato di agitazione ed erano corse delle parole come queste: "Lui impartisce gli ordini e non li esegue". Nell'interesse di Wetjen e della disciplina, parlai con lui, non lo rimproverai, non gli comandai nulla. Gli feci solo presente quale effetto avrebbe avuto la sua condotta, nei riguardi dei suoi uomini. Lui mi espose il suo stato d'animo e gli chiesi se era in grado di eseguire gli ordini se fossi rimasto al suo fianco. Mi rispose di sì ed allora superai me stesso e mi posi ancora nel plotone d'esecuzione» (deposizione all'udienza dell'8 giugno 1948, f. 180 del verbale).

Non occorrono altre dimostrazioni, ad avviso del Collegio, data anche l'importanza del narratore. Il Kappler si fidava ciecamente dei suoi "uomini", tant'è che lasciò le Cave per un lungo periodo di tempo; e si trattò di fiducia ben riposta, se è vero che, a parte l'episodio del Wetjen, nessuno - e meno che mai l'Hass o il Priebe - approfittò dell'assenza di colui «che aveva impartito l'ordine» per tentare di salvare qualche innocente o di alleviarne la sofferenza.

Vero è che l'organizzazione e l'esecuzione della strage non sono passate né potevano passare attraverso alcun momento autoritativo all'interno dello "staff" dirigenziale capitanato dal Kappler e di cui facevano parte i due attuali imputati. Il pieno accordo dei partecipi era la condizione assolutamente indispensabile per il buon esito dell'operazione, perché a fronte del suo carattere impareggiabile di criminalità manifesta, qualsiasi obiezione, seppur velata, qualsiasi esitazione o incertezza avrebbe comportato il rischio del fallimento. Un simile livello di adesione psicologica e di convinta partecipazione, che non si può in nessun caso ottenere con la minaccia della punizione e con la conseguente costrizione eteroindotta, solo le SS potevano fornirla: qui non era la disciplina militare a imporsi, ma la coscienza di essere partecipi di un organismo criminoso spietato che non si voleva fermare di fronte a nessun ostacolo, né giuridico né morale.

Come, a ben vedere, si registrò una sostanziale autoassunzione dell'incarico da parte del Kappler, a fronte dell'equivoca veicolazione di un ordine nei suoi confronti, corrispondente autoassunzione dei compiti direttivi è data riscontrare da parte dei "suoi" uomini, la cui completa ed incondizionata disponibilità costituì il volano operativo indispensabile per portare a termine senza "inconvenienti" il feroce disegno criminoso.

Sintomatico il comportamento del Tunath: egli, a fronte dello stallo che stava registrando nel Carcere di Regina Coeli quanto al reperimento dei cinquanta martiri designati dalla polizia italiana, lungi dal «riferire» ai superiori, con zelo incomparabile minacciò di caricare sul camion della morte gli stessi secondini in servizio al Carcere (dichiarazione

Alianello all'udienza del 22 giugno 1948 del Tribunale militare territoriale di Roma, f. 523 del verbale).

In questo quadro, non ha senso parlare di esecuzione di ordini vincolanti, come non ha alcun peso l'interrogativo circa la forza motivante delle conseguenze pratiche ed immediate in caso di rifiuto di obbedienza. Nessuna minaccia - soprattutto tale da porre immediatamente in pericolo la vita o l'integrità fisica della persona - fu fatta dal Kappler o dai suoi diretti collaboratori al gruppo direttivo di ufficiali delle SS romane, così come dimostrato compiutamente nella sentenza impugnata, perché nessuna minaccia occorre fare, né sarebbe stata pensabile.

In particolare, è chiaro che le minacce profferite dallo Schütz nei confronti di eventuali riottosi erano sicuramente rivolte ai sottufficiali e alla truppa per la semplice ragione che gli ufficiali si erano già manifestati «tutti d'accordo» con il Kappler nel corso della riunione operativa e che essi dovevano sparare per dare l'esempio. Dalla fucilazione di un ufficiale riottoso - magari così "carismatico" ed importante come Hass e Priebke - sarebbe venuto, più che un esempio, un incitamento alla rivolta; come dimostra il caso Wetjen un rifiuto così significativo richiedeva più il guanto di velluto di Kappler che non il bastone di Schütz.

3.3.7. Gli imputati Hass e Priebke, nell'ambito dell'accordo criminoso sopra ricostruito, ricoprirono - come visto - un diverso ruolo nelle varie fasi della strage, accomunati però dall'aver entrambi sicuramente cagionato di mano propria l'uccisione di due delle 335 persone che furono messe a morte nelle Cave Ardeatine. Tuttavia ambedue sono da ritenere allo stesso modo responsabili delle morti non direttamente cagionate, esattamente attribuite loro a titolo di concorso.

Per il Priebke valgono le considerazioni contenute nella sentenza impugnata. Evidente il suo contributo causale alla realizzazione di tutte le uccisioni, fornito dapprima nella fase della preparazione dell'eccidio per quanto concerne la predisposizione delle liste e la diligente opera collaborativa di seguito posta a tutto servizio dell'orrendo disegno perpetrato dall'«amico» Kappler e dai suoi superiori. Egli si segnala come uno dei pilastri su cui la banda di criminali ha potuto contare sul piano operativo. Controlla il carico dei detenuti da Via Tasso, in qualità di responsabile delle carceri; fa il contabile della strage; ne coordina la dinamica in qualità di tenentario delle liste; riceve e verosimilmente fa eseguire l'ordine della uccisione delle cinque persone in più rispetto al numero prestabilito. Non si tratta di concorso morale, ma di effettivo spiegamento di energie verso la realizzazione del piano comune predisposto da tutti i concorrenti, supportato costantemente dal dolo, cioè dalla piena rappresentazione e volizione di tutti gli accadimenti e di tutte le uccisioni, rispetto alle quali egli ha avuto un ininterrotto dominio finalistico.

Né si tratta di mera coscienza e volontà della condotta non sostenuta da quegli elementi di «conoscenza» del significato della strage nella logica della guerra e della occupazione. In qualità di "braccio destro" del Kappler egli era perfettamente a conoscenza della portata della «rappresaglia», di tutte le sue modalità esecutive, in particolare dei criteri di selezione dei morituri. Egli ha senz'altro avuto la possibilità di percepire in pieno l'incommensurabile disvalore che connotava l'eccidio, di riflettere sull'abnorme criminalità di quanto era stato richiesto loro e di quanto andavano eseguendo, ma ciò non gli ha impedito di agire con quella freddezza, lucidità e convinzione che, ancora, a distanza di cinquanta anni, traboccano dal racconto degli accadimenti che egli propone.

Né minore coinvolgimento è dato riscontrare nella posizione dell'Hass. Egli non per un caso si trovava alle Cave Ardeatine, ma per svolgervi quel ruolo a cui era stato chiamato nel corso della riunione del Kappler con i suoi accoliti, e su cui non risulta aver avuto

alcunché da obiettare. Hass poteva dialogare con il Kappler, dare consigli, esprimere eventuali perplessità, ergersi ad ascoltato interlocutore. Ma ciò, evidentemente, sarebbe stato percepito da costui come un intralcio alla marcia della «ruota che girava» e che Kappler stesso aveva messo in moto; sicché, lungi dal seguire quantomeno i consigli del suo superiore berlinese, che lo aveva scongiurato di «non immischiarsi» in quella faccenda, Hass "cavalca la tigre" e, se non per pura convinzione, quanto meno per freddo calcolo opportunistico, recita efficacemente la parte riservatagli.

Né è a dire, come profilato nei motivi di appello che lo concernono, che egli «ignora(..va) completamente la portata dell'ordine e soprattutto la composizione delle liste». Tale rilievo è smentito dalla ricostruzione in fatto sopra operata (v. § 3.2.4), segnatamente dal suo ruolo di confidente del Kappler e di attento osservatore-informatore della realtà romana. Egli percepisce in pieno il disvalore del crimine che si stava commettendo e, seppure non vi reciti una parte di primo attore, pone in essere, oltre alla diretta uccisione di almeno due persone, un comportamento che va ben al di là del contributo causale minimale alla realizzazione di tutte le restanti uccisioni. La sua presenza sul luogo - e prima ancora la sua presenza alla riunione degli accoliti - non rappresenta una mera spinta rafforzatrice nei confronti degli incerti, eventualmente integrante i discutibili profili del c.d. concorso morale, così come opina il giudice di primo grado; si tratta di una presenza importante, incumbente e significativa, ai fini dell'esigenza di esemplarità che il «delicato» caso richiedeva, coerentemente a quanto programmato a tavolino. Le stesse dirette uccisioni da lui operate si pongono come fatto esemplare nei confronti della truppa e quindi forniscono, nell'ambito del piano criminoso concordato, un contributo determinante a tutte le altre uccisioni.

Si consideri al riguardo, peraltro, che la necessità dell'esempio, individuata "a tavolino" nelle riunioni preparatorie, venne concretamente verificata nel corso dell'esecuzione dei crimini, a tal punto che il "secondo giro" di uccisioni per mano degli ufficiali presenti, tra cui gli imputati, fu concordato, nel concreto svolgersi degli accadimenti, dopo aver constatato il malumore della truppa e l'atteggiamento recalcitrante del Wetjen.

Con ciò, non si intende affermare che il contributo in tal modo fornito dall'Hass si pone come "conditio sine qua" non di tutti i restanti omicidi; è tuttavia noto che la causalità materiale nel concorso di persone non può essere ricostruita - a parere concorde di giurisprudenza e dottrina - in termini rigidamente condizionalistici, come per il reato a esecuzione monosoggettiva, dovendosi ritenere penalmente rilevante anche il contributo di agevolazione (per tutte, con particolare chiarezza: Cass. Sez. VI, 26 maggio 1988, D'Andria, in Giust. pen., 1989, II, 294; Sez. I, 18 aprile 1988, Maricca, in Cass. pen., 1990, 841) o comunque il contributo caratterizzato "ex ante" da sicura idoneità a favorire l'evento o a renderlo più probabile (per tutte: Cass. Sez. V, 9 maggio 1986, Giorgini, in Giust. pen., 1987, III, 217; Sez. I, 11 marzo 1991, Cantone, in Cass. pen., 1993, 44).

Nel caso in esame la complessiva condotta tenuta dall'Hass si presenta come sensibilmente più importante di un contributo solo potenziale, trattandosi di un contributo materiale di agevolazione che ha concretamente facilitato la commissione dell'eccidio. Egli va pertanto giudicato, al pari del Priebeke, penalmente responsabile di tutti gli omicidi ascrittigli a titolo di concorso - non solo di quelli cagionati di mano propria -, sussistendone i prescritti requisiti.

Ambedue sono responsabili per la uccisione delle cinque persone in più non rientranti nell'accordo criminoso, perché, seppure non programmate, quelle morti rientravano nella logica dell'azione rapida e clandestina, destinata a rimanere tale. Le specifiche attività concorsuali dei due imputati dispiegano la loro efficacia anche su quelle morti in modo non dissimile rispetto a quelle programmate; la ricostruzione dei fatti ha del resto mostrato che di esse i due imputati sono stati concretamente e pienamente consapevoli.

3.3.8. La sentenza impugnata dichiara sussistente nei confronti del solo Priebke la contestata aggravante della premeditazione, ex art. 577, n. 3, c.p.; nei confronti dell'Hass giunge, invece, ad estenderla ai sensi dell'art. 118 c.p., nel testo previgente rispetto alla novella del 1990, in quanto circostanza soggettiva che è servita ad agevolare la commissione del reato da parte dell'imputato. Al riguardo, l'appello in favore dell'Hass contesta l'operatività in materia del vecchio testo dell'art. 118, attraverso l'art. 23 c.p.m.g.; mentre l'appello redatto nell'interesse del Priebke chiede che venga dichiarata l'insussistenza dell'aggravante in questione, siccome applicabile solo nei confronti dei concorrenti che hanno dimostrato una maggiore pervicacia del proposito criminoso e quindi non del Priebke, il quale non avrebbe partecipato ai momenti decisionali che hanno caratterizzato la preparazione e l'esecuzione dell'eccidio.

Giurisprudenza e dottrina hanno precisato, ormai con sufficiente chiarezza, che l'essenza della premeditazione va ravvisata nella persistenza del dolo nel tempo; tale connotazione, secondo la quale la premeditazione sarebbe la forma più intensa del dolo, giustificerebbe l'aggravante in quanto la realizzazione dell'evento costitutivo del reato scaturirebbe da una costante e matura riflessione, da lucidità e pieno governo del proprio comportamento (Cass. Sez. I, 18 giugno 1993, Paioni, in Cass. pen., 1995, 2152) che denoterebbe una più elevata capacità criminale. Trattandosi di una connotazione interiore, non rilevabile direttamente dall'esterno, la premeditazione deve essere desunta da fattori dotati di valore sintomatico, tra i quali funge da cornice il c.d. elemento cronologico, consistente in un apprezzabile intervallo di tempo tra risoluzione ed azione. All'interno di tale intervallo temporale un altro elemento dal quale si ricava solitamente la sussistenza della premeditazione è la c.d. macchinazione, cioè l'accurata predisposizione dei mezzi per l'attuazione del disegno criminoso da parte dell'agente.

Tuttavia, mentre l'intervallo temporale, sulla cui durata minima non si possono naturalmente stabilire indicazioni vincolanti, è estremo oggettivo connesso all'essenza della premeditazione, la macchinazione rappresenta soltanto un possibile dato estrinseco capace di segnalare la maggiore concentrazione del dolo, non però un indispensabile requisito oggettivo della fattispecie. In altri termini, ove vi sia macchinazione o preordinazione, da essa può desumersi la prova della premeditazione; ma ove non si via, la prova della persistenza dolosa può ricavarsi altrimenti (su tali posizioni, per tutte, Cass. Sez. I, 15 marzo 1993, Ardito, in Cass. pen., 1994, 2695).

Ciò posto, nella fattispecie concorsuale la premeditazione, come dato contrassegnante l'intensità del dolo dei singoli concorrenti, può sussistere in alcuni e non sussistere in altri; il giudice deve procedere al relativo accertamento sulla base dei normali indici sintomatici. In particolare, può accadere che il singolo concorrente non abbia partecipato alla fase preparatoria del delitto, ma si sia giovato dell'altrui attività strumentale, all'interno di un definito piano criminoso. Simile situazione non esclude di per sé la configurabilità del dolo di premeditazione, se altrimenti ricavabile; può ben darsi, per esempio, che egli si rappresenti in modo pieno l'altrui attività di macchinazione e si rappresenti la propria condotta accessiva a tale attività, sicché potrebbe ben dirsi che il concorrente abbia fatto propria anche tale attività nell'ambito della ripartizione concorsuale dei compiti delittuosi.

Nel caso concreto, con riguardo alla posizione del Priebke, non sorgono dubbi in ordine alla sussistenza dell'aggravante. Si è visto che la sua attività di collaborazione in funzione dell'effettuazione dell'eccidio si è materializzata già prima che prendesse corpo l'idea di una sua diretta partecipazione e, in particolare, della sua stessa materiale uccisione di due persone. La preordinazione del delitto precede in tal caso la specifica assegnazione dei compiti ai singoli concorrenti: la persistenza del dolo si ricava, in relazione a tutte le uccisioni, dal significativo intervallo temporale tra l'inizio dell'attività collaborativa mirata (preparazione delle liste) e la materiale effettuazione delle uccisioni, nonché dall'insieme

del comportamento tenuto dal Priebke durante tale intervallo, incondizionatamente dispiegato nell'ottimizzazione degli sforzi per la positiva riuscita della criminale operazione. Non mancò in lui, certamente, la possibilità temporale di riflettere sul crimine che stava contribuendo a realizzare; l'aver fornito con continuità, costanza ed efficienza simile contributo consente di escludere che, a fronte del significativo intervallo di tempo fra ideazione ed esecuzione, egli abbia maturato qualsivoglia dubbio capace di infrangere la graniticità della sua risoluzione criminosa. Né la pretesa assenza in capo al Priebke di poteri decisionali in ordine all'esecuzione dell'eccidio - dedotta nell'atto di appello - può incidere sulla persistenza del dolo, giacché un conto è il ruolo oggettivamente ricoperto all'interno della "societas sceleris", altro conto è l'atteggiamento costante e maturo del proposito criminoso, il quale può sussistere o no a prescindere da quello che è chiamato a fare il concorrente.

Con riguardo alla posizione dell'Hass, il ragionamento del giudice di primo grado non può essere condiviso. E' possibile che egli rimase sostanzialmente estraneo alla fase preparatoria dell'eccidio, ma da questo fatto non si può dedurre l'assenza nel medesimo di un dolo significativamente persistente. Si è accennato che la prova della premeditazione non necessariamente deve pervenire dall'esistenza di una attività preparatoria del delitto e che, comunque, sarebbe valutabile in tal senso l'atteggiamento del concorrente che si limita a giovare dell'altrui attività di macchinazione; ciò - si badi - non determinando una «forza espansiva» della premeditazione altrui che andrebbe ad oggettivarsi e quindi a comunicarsi al concorrente in virtù del testo previgente dell'art. 118 c.p., ma semplicemente fungendo da elemento probante della persistenza del dolo in capo al concorrente in questione.

Si è sopra ricostruito il comportamento dell'Hass relativamente ai fatti di causa e si è visto che almeno a partire dal mattino del giorno 24 egli venne informato dal Kappler della necessità di dar corso all'eccidio e dei preparativi che in tal senso si stavano compiendo, e che egli venne a conoscere, al più tardi nella riunione degli ufficiali delle ore 12, quale fosse il ruolo a lui demandato. Hass si prefigura, pertanto, tutta la fase preparatoria dell'eccidio, le modalità concrete della «ruota che girava» e si inserisce utilmente in quella organizzazione, quanto meno con qualche ora di anticipo sul momento in cui egli venne chiamato a «fare la sua parte». Il dolo investe non solo le condotte di materiale uccisione poste in essere, ma ha ad oggetto la sua partecipazione a tutte le altre uccisioni, in quanto rappresentazione della propria condotta concorsuale; egli ha il tempo di maturare una profonda riflessione sull'intera portata dell'operazione, sul suo contenuto di disvalore - opportunamente richiamato al riguardo dal superiore berlinese - sul ruolo che è chiamato a svolgere all'interno della macchina operativa. La risoluzione ad agire, che si forma evidentemente quando nel corso della riunione degli ufficiali egli non fa presente alcuna obiezione, sia pure più per cinico calcolo opportunistico che per intima convinzione o per ideologica aspirazione, passa indenne attraverso un periodo non lungo, ma egualmente congruo, in cui tutti i motivi inibitori avevano già potuto prendere corpo e ha così modo di sottoporsi ad una significativa verifica, al termine della quale, evidentemente, tale risoluzione ad agire esce rafforzata e matura, pronta a tradursi in atto.

Non solo, occorre sempre tener presente che tra la prima e la seconda uccisione di mano propria trascorre un periodo di tempo sicuramente non inferiore alle due ore. Durante tale intervallo l'Hass - ma il rilievo varrebbe, se ce ne fosse bisogno, anche per il Priebke -, dopo aver subito l'impatto psicologico della prima diretta uccisione, assiste impassibile al procedere della carneficina, al momentaneo rifiuto del Wetjen, al malcontento degli uomini delle SS in assenza del Kappler: tutto ciò non gli ha impedito di procedere alla seconda uccisione, l'esecuzione della quale non può che essere il prodotto della maturata elaborazione psicologica dei dati di realtà fino ad allora dal medesimo compiutamente percepiti.

La ritenuta sussistenza dell'aggravante della premeditazione anche in capo all'Hass consente, ovviamente, di non affrontare la questione, cui si è fatto cenno, della eventuale comunicabilità di tale circostanza in base al vecchio testo dell'art. 118 c.p.

Infine, va rilevato che è giuridicamente irrilevante stabilire se la premeditazione, come sopra accertata in capo ad entrambi gli imputati, sussista anche rispetto alle uccisioni non preventivate dei testimoni, eventualmente in linea con quanto statuito dal Tribunale supremo militare nel 1952, che la negò con riferimento alla posizione del Kappler: trattandosi, invero, di reato continuato è sufficiente accertare che l'aggravante sussiste in relazione ad almeno una delle violazioni attuative del medesimo disegno criminoso e a tale conclusione si giunge senz'altro alla stregua di quanto precede.

3.3.9. L'impugnata sentenza ha esaurientemente motivato in relazione alla sussistenza a carico di entrambi gli imputati dell'aggravante dell'aver agito con crudeltà verso le persone, di cui agli artt. 61, n. 4, e 577, comma 1, n. 4, c.p. La difesa del Priebke, nell'atto di appello, rileva in contrario che si deve escludere la sussistenza di tale aggravante in capo a costui, non essendogli attribuibili «scelte in ordine alle modalità di esecuzione che (...) furono, successivamente alla comunicazione dell'ordine, assunte dal solo Kappler e, solo successivamente a tale momento, nelle primissime ore del pomeriggio, comunicate ai suoi subordinati».

In giurisprudenza si asserisce che ricorre l'aggravante in questione quando «si infliggono sofferenze che oltrepassano i limiti del normale sentimento di umanità» (così, Cass. Sez. III, 5 giugno 1985, Lombardo, in Cass. pen., 1986, 1930; analogamente, da ultimo, Cass. Sez. I, 7 marzo 1996, Flore, m. 204.071). Per concludere affermativamente sull'avvenuto superamento di tali limiti nell'esecuzione della strage - come già riconosciuto nella sentenza del 1948, richiamata sul punto dalla sentenza impugnata - basta leggere la relazione dei medici legali sulle modalità di rinvenimento dei cadaveri delle vittime, ovvero trascrivere le poche righe della sentenza del Tribunale supremo militare del 1952, nella parte in cui conferma la sussistenza dell'aggravante in parola. Al avviso di quel giudice, «la manifestazione dell'eccesso di malvagità, in cui consiste la crudeltà, è nella stessa materialità del fatto, caratterizzato, nella concezione e nell'esecuzione, da una spietatezza e da una insensibilità morale di macroscopica evidenza: una strage enorme, compiuta su gruppi di innocenti, privati di qualsiasi assistenza, ignari della loro tragica sorte sino al momento del loro arrivo all'ingresso della grotta, nel cui interno, in uno scenario orrendo, la messa a morte ha luogo in circostanze così terrificanti da far svenire uno dei componenti del plotone di esecuzione e da reclamare, per vincere la riluttanza dei più, l'esempio degli ufficiali».

Quanto alla posizione dei due odierni imputati, è chiaro che aver contribuito a porre in essere una simile strage, così visibilmente connotata da crudeltà, significa aver fatto proprie anche tali modalità attuative contrarie al senso di umanità, a prescindere dal ruolo che si sia ricoperto nelle individuazione o deliberazione di esse. Ciò che conta - a parte il ruolo svolto "a tavolino" nell'elaborazione del disegno criminoso - è che tali modalità si appalesarono subito agli imputati, i quali, agendo in quel contesto, non solo le "recepirono", ma contribuirono a realizzarle, così che è la loro stessa condotta ad essere contrassegnata da quelle modalità. Non si assiste, in altre parole, ad un fenomeno di trasmissione oggettiva di quelle modalità crudeli, giuridicamente concepibile solo ove all'aggravante in parola si assegnasse - come taluno fa - natura oggettiva, ma semplicemente ad una condotta concorsuale anche soggettivamente marcata dalla crudeltà, con specifico riferimento alla volontà colpevole dei due odierni imputati.

Del resto tutti i dati sopra richiamati a supporto delle conclusioni inerenti la consapevolezza dell'illiceità della condotta e la persistenza del dolo integrante la premeditazione, fondati sui «segnali» di spiccata crudeltà della strage, univocamente

conducono a ritenere sussistente anche tale specifica aggravante, così immediatamente caratterizzante il grado della colpevolezza degli imputati.

3.3.10. Non possono essere applicate nella specie, invece, le aggravanti dell'essere concorso l'imputato con un inferiore (art. 58, comma 1, c.p.m.p.), nei confronti dell'Hass, nonché dell'essere concorse nel reato cinque o più persone (art. 112, comma 1, n.1, c.p.), nei confronti di entrambi, come espressamente richiesto nell'atto di impugnazione del Procuratore generale militare. Tali aggravanti, infatti, non risultano ritualmente contestate attraverso l'indicazione degli articoli di legge a cui si riferiscono, sicché, seppure verosimilmente sussistenti nella specie, di esse non si può tener alcun conto. L'art. 429 c.p.p., regolando le modalità dell'imputazione, richiede l'enunciazione delle circostanze aggravanti e l'indicazione dei «relativi articoli di legge» nel decreto che dispone il giudizio, a pena di inefficacia della contestazione o di nullità parziale del decreto (il comma 2 parla di nullità "tout court" evidentemente riferendosi soltanto all'enunciazione del fatto e alla indicazione degli articoli di legge ad essi relativi, ma dovrebbe trattarsi di nullità parziale relativamente alla aggravanti, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 522, comma 2, c.p.p.).

Neppure risulta con chiarezza l'enunciazione delle aggravanti in questione, nel senso che, se gli estremi di fatto in cui consistono possono anche ricavarsi implicitamente dal tenore letterale del capo di imputazione, dallo stesso non emerge che tali estremi rilevano in quanto integranti delle ipotesi circostanziali; onde, proprio per tale equivocità, sarebbe stato comunque indispensabile il riferimento degli articoli di legge ad esse relative. In mancanza di tale riferimento e della chiara enunciazione richiesta dalla legge ritenere contestate le aggravanti indicate dall'impugnante significherebbe violare il diritto di difesa; non si potrebbe concludere per la sussistenza delle medesime senza incorrere nella sanzione processuale prevista dall'art. 522 c.p.p.

3.3.11. Contrariamente a quanto deciso dal giudice di primo grado, non ricorre ad avviso di questa Corte, per entrambi gli imputati, l'attenuante della determinazione al reato da parte del superiore, di cui all'art. 59, n. 1, c.p.m.p. Rileva sul punto la sentenza impugnata (v. sopra § 1.1.10) che gli imputati hanno partecipato all'eccidio «solo per adempiere all'ordine impartito da un superiore dotato come il Kappler di un'indubbia capacità carismatica» e non «in forza di una loro autonomia, indipendente scelta criminosa», in particolare che l'Hass non fu certo motivato «da una entusiastica volontà di protagonismo» e che il Priebke ha partecipato all'eccidio «con modalità diverse rispetto a quelle dell'Hass in conseguenza delle funzioni da lui svolte all'interno del Comando militare tedesco di Via Tasso».

E' subito agevole notare come tali affermazioni cozzino con quanto sopra ricostruito circa la rilevanza giuridica dell'ordine criminoso e circa la sua concreta forza motivante la condotta dei due imputati (v. § 3.3.4), per cui occorre verificare se, nonostante quelle conclusioni, vi sia spazio per l'applicazione dell'attenuante in questione.

Tale previsione normativa trova corrispondenza nell'attenuante stabilita dal codice penale comune all'art. 114, comma 3, sancita in favore di chi, senza essere non imputabile, è stato determinato a commettere il reato avendo meno di 18 anni o trovandosi in stato di infermità o di deficienza psichica (art. 112, comma 1, n.4, c.p.), nonché comunque da persona esercente nei suoi confronti «autorità, direzione o vigilanza» (art. 112, comma 1, n.2, c.p.). Evidente la ratio di queste norme: merita un attenuazione della pena, in parallelo con il diminuito grado di colpevolezza, chi è stato indotto alla commissione del reato solo a cagione dell'abuso di una posizione di soggezione o di minorazione psichica in cui versava il concorrente da parte di altri.

Qualche chiarimento richiede invece l'impiego del termine «determinazione» ricorrente in materia. Ad avviso del Collegio, non può condividersi l'opinione, talvolta affacciata in dottrina e giurisprudenza, secondo la quale la «determinazione» si differenzerebbe dall'«istigazione» per essere la prima condotta tale da far sorgere "ex novo" il proposito criminoso e la seconda condotta tale da semplicemente rafforzare un proposito già presente, ma incompleto od in itinere. Tale distinzione non solo appare concretamente problematica, ma è anche arbitraria, dal momento che non si vede alcuna ragione logica per escludere l'attenuante in favore di colui che sia stato "semplicemente" istigato alla commissione del reato, trovandosi in una delle situazioni sopra indicate, e, corrispondentemente, per non applicare l'aggravante di cui agli artt. 111 e 112, comma 1, nn.3 e 4, c.p. a colui che abbia "semplicemente" istigato la persona in questione.

Più probabile che con l'espressione «istigazione» il legislatore abbia voluto indicare una condotta di partecipazione (morale) al reato, mentre con l'espressione «determinazione» abbia invece designato una condotta di approfittamento di una posizione di supremazia e della condizione di minorazione della capacità di resistenza psicologica di una persona. In altri termini, con l'istigazione siamo sul campo delle forme di partecipazione al reato, con la determinazione si attua un approfondimento del grado di colpevolezza dei singoli concorrenti. Maggiore è quello del determinatore, non perché ha fatto sorgere un proposito criminoso prima insussistente, ma perché ha abusato di una posizione di supremazia che gli ha consentito di vincere minori resistenze; più attenuato il grado di colpevolezza del soggetto determinato, non perché senza la determinazione altrui egli non avrebbe commesso il reato, ma perché la sua minorata capacità a fronte dell'abuso rende meno riprovevole la deliberazione di commettere il reato, comunque assunta.

Solo così si spiega perché il termine «determinazione» è sempre associato alla descritta condizione del soggetto determinato, mentre, se avesse riferimento al tipo di incidenza sulla deliberazione criminosa sarebbe concepibile nei confronti di chiunque.

Ciò posto, non si tratta di verificare se senza l'ordine di Kappler o di Kesselring, o di Hitler, i due odierni imputati, di loro iniziativa avrebbero o no commesso gli omicidi ascritti loro, perché tale problematica eziologica è estranea alla dimensione tutta soggettiva dell'attenuante in parola, ad integrare la quale occorre rilevare una volontà colpevole meritevole di minor riprovevolezza. Questa è verosimilmente la ragione per la quale l'attenuante è meramente facoltativa, spettando al giudice non già un riscontro meccanicistico, ma un giudizio di meritevolezza in cui non può che giocare un ruolo decisivo lo stesso livello di gravità del fatto determinato. Infatti, più quest'ultimo fatto si presenta corredato di contrassegni di gravità e odiosità, maggiori sono le contropinte che deve vincere l'inferiore che si determini a commettere il reato e corrispondentemente minore è la possibile incidenza dello stato di soggezione indotto dalla differenza di grado.

Esclusa, dunque, la praticabilità di una prospettiva causale-meccanicistica, va rilevato come nella vigenza dell'art. 40 c.p.m.p. poco spazio residuava per l'applicazione dell'art. 59, n. 1, c.p.m.p. in presenza di un ordine del superiore la cui esecuzione costituisse reato. Infatti, normalmente - come si è visto - l'inferiore non rispondeva dell'esecuzione dell'ordine illecito, essendo inesigibile il comportamento disobbediente. Lo spazio per la responsabilità a titolo di concorso con il superiore era riconducibile ai casi di criminalità manifesta in cui il conflitto di doveri in capo all'inferiore non si realizzava per il venir meno del dovere di obbedienza.

Ma in tali casi, così come sfuma la prospettiva dell'ordine giuridicamente vincolante, si disperde anche la possibilità di reperire uno spiraglio per l'applicazione della attenuante della determinazione attuata per il tramite dell'ordine. Se, ad onta della palese criminalità della prestazione richiesta, l'inferiore si motiva all'azione, non si può parlare

dello sfruttamento di una posizione di minorazione psicologica da parte del superiore, ma di una sua piena collaborazione su base paritaria al reato in concorso.

Il rilievo dell'ordine e della «determinazione» che tramite questo si realizza resta confinato nella sfera meccanicistica, nel senso che nello svolgimento dell'attività militare la gran parte delle prestazioni è fisiologicamente ricollegabile ad una volontà superiore, poco o punto spazio essendovi per l'iniziativa del singolo, e non impinge la sfera della colpevolezza, che resta integra nonostante la obiettiva riconducibilità della condotta del concorrente all'ideazione criminosa del superiore.

Evidentemente, nell'impianto originario del codice l'attenuante in questione trovava spazio applicativo in altre situazioni, in cui l'influenza del superiore, la sua autorità, la sua qualità, la sua posizione gerarchica avessero indotto l'inferiore alla commissione del reato, a prescindere dal ricorso all'ordine.

Queste valutazioni ricavabili dalla sistematica delle norme trovano riscontro nel caso concreto, dove - come si è detto - più che un ordine si individua un accordo criminoso tra gli ufficiali delle SS per la realizzazione di un risultato di comune appetizione. Essi agirono come un sol uomo e tale sincronismo nella commissione di un così efferato crimine non si può ottenere ricorrendo all'abuso della posizione derivante dal grado militare, ma solo se vi è assoluta identità di intenti e comune sentire.

Né un ruolo, sotto questo profilo, può giocare quell'«abito mentale» di appartenente alle SS, attorno a cui la sentenza del 1948 ha costruito addirittura conclusioni assolutorie. L'abito mentale non rappresenta una tunica di Nessò in cui il sottoposto si trova improvvisamente ad essere avvolto. Esso si cuce giorno dopo giorno, rispondendo in un certo modo alle sollecitazioni e agli interrogativi che la vita propone, e con ciò scegliendo liberamente e comunque non sempre cedendo di fronte ad ostacoli insormontabili. Il possesso di un abito dissonante rispetto ai valori di umanità universalmente riconosciuti, come non esclude la responsabilità, così non la può attenuare, perché inevitabilmente l'uomo infine agisce pur sempre in conformità all'abito che egli si è consapevolmente prescelto.

L'obiezione, più volte risuonata nelle parole dei difensori degli imputati, che così facendo si fonda la responsabilità non sul comportamento tenuto ma sulla personalità dell'individuo, sulla condotta della vita, giungendo alla scorciatoia di una colpa d'autore, è solo un suggestivo espediente dialettico, se opposto nel caso di specie. Qui, oggetto del giudizio di colpevolezza, sia con riguardo all'"an" sia con riguardo al "quantum", è il fatto commesso dagli imputati, la gravità del quale può trovare semmai nella coerenza con l'abito mentale dell'autore una qualche spiegazione. Con ciò non si sposta l'oggetto del giudizio di colpevolezza dal fatto all'autore, o al tipo d'autore, ma semplicemente si colloca il primo nel secondo per constatare come quella spiegazione non potrebbe mai divenire una giustificazione o una ragione di attenuazione della responsabilità, così come, del resto, non è consentito che diventi una ragione di aggravamento.

In conclusione, siccome gli imputati trovarono in sé medesimi e nel loro abito mentale - il che è lo stesso - la forza per commettere il delitto al quale erano chiamati, senza che il Kappler o i suoi superiori dovessero abusare del loro grado per convincerli, non essendovi «determinazione» rilevante non vi è ragione per muovere nei loro confronti un più tenue giudizio di colpevolezza e quindi per applicare l'attenuante dell'art. 59, n. 1, c.p.m.p., invece ritenuta sussistente dal giudice di primo grado.

3.3.12. Nei confronti del solo imputato Hass la sentenza impugnata applica anche l'attenuante di cui all'art. 59, n.2, c.p.m.p., relativa al militare che «nella preparazione o

nella esecuzione del reato ha prestato opera di minima importanza» (v. sopra § 1.1.11). Tale attenuante sarebbe inapplicabile per il Procuratore generale militare e per il Procuratore militare impugnanti, in quanto ricorrerebbero le condizioni ostative dell'essere concorso l'imputato con un inferiore (art. 58, comma 1, c.p.m.p.), nonché dell'essere concorse nel reato cinque o più persone (art. 112, comma 1, n.1, c.p.), condizioni queste espressamente previste dalla seconda parte della disposizione che prevede l'attenuante in questione. Anche a prescindere dalla contestazione formale di tali circostanze aggravanti ostative - cosa che peraltro per gli impugnanti è «sostanzialmente e chiaramente» avvenuta, «sia pure con l'irregolarità dell'omessa indicazione delle disposizioni di legge» - le situazioni indicate, risultanti dal capo di imputazione, rileverebbero per la loro semplice sussistenza in concreto.

Quanto alla ritenuta contestazione «sostanziale» delle circostanze aggravanti che sarebbero ostative all'applicazione della attenuante della minima importanza, si richiama la conclusione negativa raggiunta nel § 3.3.10.

Quanto alla non necessità di una formale contestazione degli estremi di fatto posti a base di tali aggravanti, ai fini dell'applicabilità dell'attenuante in parola, le argomentazioni contenute nell'atto di impugnazione paiono fondate. In particolare, mentre ai fini dell'aumento della pena - effetto tipico delle aggravanti - è richiesta una formale contestazione della circostanza, ad altri fini il potere di accertamento fattuale del giudice non incontra ostacoli diversi da quello della giuridica rilevanza. Del resto, la seconda parte del n. 2 dell'art. 59, così come la corrispondente disposizione contenuta nell'art. 114, comma 2, c.p., eccettua «i casi indicati nell'articolo precedente», facendo un richiamo dei fatti ivi descritti. La portata "contenutistica" della eccezione legislativa è confermata dal rilievo che la dottrina e la giurisprudenza sono solite parlare di incompatibilità espressa tra la fattispecie della minima importanza e quelle delineate nelle indicate previsioni aggravatrici, come se il legislatore avesse preso atto di un dato "ontologico".

Non trattandosi quindi di stabilire se ci si trovi di fronte ad uno sbarramento, per così dire, pregiudiziale, il Collegio ritiene di non doversi comunque pronunciare sulla questione posta nei termini indicati nell'impugnazione, giacché per altra via giunge al medesimo risultato di non poter, comunque, considerare applicabile nei confronti dell'imputato Hass l'attenuante della minima importanza.

Invero, l'impugnata sentenza è incorsa nell'errore di valutare a tal fine il contributo fornito da Hass nella collettiva effettuazione dell'eccidio, giungendo alla conclusione che egli è stato «chiamato, su ordine del Kappler, ad uccidere come altri ufficiali tedeschi due dei trecentotrentacinque martiri, senza dover in alcun altro modo partecipare alla realizzazione dell'evento criminoso». Senza esaminare nel merito questa conclusione, che peraltro si pone in contrasto con quanto sopra rilevato circa le modalità di partecipazione all'eccidio da parte di Hass (v. § 3.3.7) e che comunque non dà conto del perché tali limitate modalità di partecipazione rappresentassero un contributo di minima importanza alle uccisioni effettuate da altri, l'errore consiste nella valutazione dell'eccidio come unico fatto criminoso. Si tratta di una valutazione non dovuta a disattenzione nella stesura della motivazione, ma di una scelta consapevole da parte del giudice di primo grado, il quale in altra parte della sentenza rileva «come nel caso di specie la continuazione tra i singoli eventi criminosi si connota con caratteri del tutto peculiari. Al di là, infatti, di ogni formalismo giuridico, non può seriamente negarsi che, nella sostanza, si è in presenza di una condotta sostanzialmente unitaria, sorretta da un unico processo volitivo che assume giuridico rilievo prescindendo dall'entità numerica delle vittime» (cfr. p. 111 s.).

Tale prospettiva sarebbe autorizzata, "de iure condito", se fosse presente nel sistema una norma che punisce in quanto tale l'eccidio in massa della popolazione civile; la mancanza

di una simile norma, stigmatizzata dal giudice di primo grado come «evidente inadeguatezza legislativa», avrebbe dovuto sconsigliare l'adozione dell'indicata soluzione, che presta il fianco alla critica della commistione tra necessità di applicazione del diritto vigente e aspirazione ad una razionale riforma della legislazione.

In base al diritto vigente, oggi come all'epoca dei fatti, l'eccidio delle Cave Ardeatine integra niente altro che il contestato reato di concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di 335 «privati nemici», per cui applicare in particolare la disciplina della continuazione è doveroso per il giudice. Del resto non è neppure corretto parlare di «unico processo volitivo», dato che ogni singola uccisione fu supportata da una autonoma deliberazione di agire, dal superamento dei motivi a trattenersi dall'azione (controspinta criminosa), anche se si trattava di percorrere un terreno già "arato" dalle singole omologhe deliberazioni attuate dai compartecipi. In questa maggiore "facilità" della deliberazione criminosa è vista, infatti, la ragione del trattamento favorevole riservato al reato continuato rispetto al concorso materiale di reati, ma senza che si possa parlare di unicità volitiva (come nel codice Zanardelli), in luogo del più esatto concetto di unicità del «disegno criminoso».

Non è per mero «formalismo», ma in applicazione del diritto vigente che nel caso "de quo" si riscontrano più azioni, più eventi e più volontà colpevoli, sia pure unificate a titolo di continuazione.

Ciò posto, il concorrente che, come Hass, esegue di mano propria due uccisioni non potrà mai essere considerato, con riferimento ai due delitti di omicidio di cui è autore materiale, partecipe di minima importanza, avendo invece, come è evidente, fornito un contributo assolutamente primario alla realizzazione degli eventi costitutivi. Il fatto che poi, in relazione agli altri omicidi, possa aver svolto un contributo non decisivo - ma non è così - potrà assumere semmai rilievo ai fini della determinazione dell'aumento sanzionatorio conseguente alla riconosciuta continuazione degli episodi criminosi, ma non giustificare l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 59, n. 2, c.p.m.p. anche per il reato «più grave», tale essendo quello (o quelli) in cui il concorrente ha operato come autore principale.

Per questa via è da ritenere erronea la concessione all'imputato Hass dell'attenuante in esame, a prescindere dalla eventuale incompatibilità denunciata nell'atto di impugnazione del Procuratore generale.

3.3.13. Anche quanto alle c.d. attenuanti generiche, di cui all'art. 62 bis c.p., concesse dal giudice di primo grado ad entrambi gli imputati, vengono sollevati due distinti ordini di questioni: uno relativo all'applicabilità dell'istituto ai fatti di causa, uno relativo alla fondatezza dell'avvenuta applicazione. In tal caso non essendovi profili di interferenza tra i due ordini di questioni, se ne impone una trattazione separata.

Secondo il Procuratore generale militare all'applicazione delle circostanze attenuanti osterebbe l'avvenuta introduzione della norma che le prevede in epoca successiva alla commissione del fatto (l'art. 62 bis è stato introdotto nel codice penale dall'art. 2 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n.28). L' art. 23 c.p.m.g., infatti, sancendo il carattere «ultrattivo» delle legge penale militare di guerra, in linea con la regola dell'art. 2, comma 4, c. p., riferita più in generale alle leggi eccezionali o temporanee, determinerebbe la «impermeabilità» dell'intera disciplina penale del fatto vigente nel marzo 1944 rispetto a qualsiasi modificazione successivamente intervenuta, riguardi essa non solo la legge penale militare di guerra, ma anche la legge penale militare di pace e la legge penale comune, non solo le scelte di incriminazione o le comminatorie edittali, ma anche tutti gli

altri istituti, comprese le circostanze, che determinino o possano determinare in concreto la misura della sanzione penale, sia essa più o meno favorevole all'imputato.

Un'unica deroga sembrerebbe al più consentita - si legge nell'atto di impugnazione -, ma solo se la legge successiva è «legge intesa a regolare la medesima materia sempre in aderenza allo stato di eccezione e con stretto riferimento ad esso», condizione questa che non ricorrerebbe per le circostanze attenuanti generiche, la cui introduzione in tempo di guerra «di certo non era precipuamente intesa a regolare la situazione di eccezione».

La questione era stata esaminata dal Tribunale, ma risolta in modo meno drastico. Nella sentenza impugnata grande spazio è dedicato all'interpretazione dell'art. 23 c.p.m.g., con particolare riferimento al regime di valutazione delle concorrenti circostanze (p. 87 ss.). Si dà atto che tale norma costituisce attuazione del principio ricavabile dal comma 4 dell'art. 2 c.p., si conclude dopo un ampio percorso argomentativo che l'effetto «ultrattivo» deve essere necessariamente esteso «a tutte quelle disposizioni (...) funzionalmente incidenti sulla quantificazione della pena per il singolo delitto», ma quanto alle attenuanti generiche se ne sancisce l'applicabilità «poiché l'art. 23 c.p.m.g. fa genericamente riferimento alla legge penale militare di guerra e non a quella (come integrata dalla legge penale comune) vigente al momento del commesso reato». In altri termini, ciò che resterebbe impermeabile al passaggio dallo stato di guerra allo stato di pace non sarebbe la (intera) disciplina penale vigente al momento del fatto, ma la (intera) disciplina penale vigente al momento del passaggio stesso.

Si contengono, dunque, il campo almeno tre possibili versioni della cosiddetta ultrattività della legge penale militare di guerra: quella più restrittiva, che la vedrebbe limitata alle sole comminatorie penali fisicamente contenute in tale legge, sulla falsariga di quanto si ritiene in relazione all'art. 20 l. 7 gennaio 1929, n.4, per le leggi finanziarie; quella più estensiva che leggerebbe nell'art. 23 c.p.m.g. la cristallizzazione della ferrea regola del «tempus regit actum» per i fatti commessi in tempo di guerra; quella intermedia che consentirebbe comunque la successione della norma penale più favorevole avvenuta durante lo stato di guerra.

L'art. 23 assolve una chiara funzione di garanzia dell'effettività dell'applicazione delle norme penali vigenti per il tempo di guerra, che altrimenti rischierebbe di venir frustrata a fronte della regola generale dell'applicazione comunque della legge più favorevole al reo in caso di successione di leggi penali. Tale disposizione è stata dettata da una duplice preoccupazione del legislatore del 1941: da un lato che l'aver costruito la legge penale militare di guerra come una legge ad applicabilità condizionata - o, come talvolta si dice, normalmente vigente ma "in frigorifero" - determinasse una vicenda di vera e propria «successione di leggi penali» nel succedersi di fattori "scongelandi" e "congelanti"; d'altro lato, in collegamento con la prima preoccupazione, che la materia non fosse già riconducibile all'ipotesi del comma 4 dell'art. 2 c.p., occorrendo quindi una più chiara esplicitazione.

Verosimilmente si trattò di preoccupazione infondata, una volta verificato che il sistema di applicazione condizionata - anche laddove la condizione possa sussistere o no in uno specifico arco temporale e riferirsi ad un complesso normativo articolato come la legge penale militare di guerra - non determina, comunque, un problema di intertemporalità, ma semplicemente dà luogo ad un fenomeno di coesistenza di norme, regolabile con i consueti criteri della specialità e della sussidiarietà.

In ogni caso, nella norma dell'art. 23, anche se letta come corollario di quella di cui all'art. 2, comma 4, c.p., non si potrebbe trovare la conclamazione ferrea della regola del "tempus regit actum", non solo perché ultronea rispetto alla ratio ispiratrice, ma anche

perché non lo consentirebbe il tenore letterale della norma stessa. Essa sancisce la regola della cosiddetta ultrattività solo con riferimento ai reati «commessi durante lo stato di guerra» e quindi non anche nelle altre situazioni condizionanti l'applicazione della legge penale militare di guerra (es. corpi di spedizione all'estero ex art. 9 c.p.m.g.); inoltre - come esattamente rileva il tribunale - riferisce il limite temporale dell'effetto stabilito al momento successivo alla «cessazione dello stato di guerra», così rimettendo la disciplina della (vera) successione di leggi durante lo stato di guerra alle regole generali.

La soluzione patrocinata nel ricorso del Procuratore generale militare contrasta, dunque, con quanto stabilito dall'art. 23 e potrebbe essere sostenuta solo riferendo la pretesa completa «impermeabilità» direttamente all'art. 2, comma 4, c.p. Simile prospettazione non è, tuttavia, condivisibile perché, da un lato, oblitera il disposto dell'art. 23, nel quale il legislatore ha integralmente rassegnato la materia della intertemporalità connessa alla vigenza della legge penale militare di guerra, d'altro lato, si fonda su un presupposto, quale la qualifica di legge eccezionale riferita alla legge penale militare di guerra, tutt'altro che pacifica, nella sua conclamazione e comunque nella sua portata.

In conclusione, sul punto, se anche si volesse ritenere accettabile per coerenza interna la soluzione "intermedia" patrocinata dal giudice di primo grado, per la quale l'ultrattività riguarderebbe non solo le comminatorie penali, ma tutte le disposizioni comunque regolanti il momento applicativo della sanzione, non può invece condividersi l'interpretazione proposta dal Procuratore generale comportante l'inapplicabilità ai reati contestati delle circostanze attenuanti generiche.

3.3.14. L'applicazione di tali attenuanti va invece esclusa nel merito nei confronti di entrambi gli imputati.

L'art. 62 bis c.p. autorizza il giudice a prendere in considerazione circostanze «diverse» da quelle tipiche, «qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena». L'operazione a cui è chiamata questa Corte deve prescindere dalle svariate riserve critiche formulate nei confronti di tale norma e prendere semplicemente le mosse dal rilievo che trattasi di esercitare un potere discrezionale di commisurazione «in senso lato», riguardando la misura della sanzione da irrogare con possibile effetto extraeditale, ma anche «a senso unico», essendo facultizzata la ricerca giudiziale solo in funzione di attenuazione delle conseguenze sanzionatorie. La norma scandisce due momenti dell'operato del giudice: quello della «ricerca» degli elementi favorevoli e quello della «valutazione» degli elementi eventualmente reperiti.

La prima attività non incontra limiti di sorta, potendo avere ad oggetto sia modalità concrete del fatto di reato, sia indicazioni relative alla persona del reo, sia elementi di natura processuale. La seconda attività deve invece essere inevitabilmente esercitata secondo dei parametri logico-normativi; in particolare occorre, nel silenzio del legislatore, che il giudice soppesi l'elemento di per sé e anche in comparazione con altri e che nel far ciò tenga conto della destinazione specifica di tale valutazione, consistente come detto nella individuazione di una sanzione adeguata (per tali indicazioni metodologiche, Cass. Sez. I, 23 giugno 1989, Arbore, in Cass. pen., 1991, 1767; Cass. Sez. IV, 10 ottobre 1988, Boncore, in Cass. pen., 1990, 604).

In tale delicato procedere va esclusa la fondatezza di operazioni trancianti, in un senso e nell'altro: così, la sola gravità oggettiva del fatto, di per sé, non può costituire elemento invalicabile per la concessione dell'attenuante in parola, e, d'altra parte, non sarebbe neppure consentito operare la diminuzione sol che si rinvenga, tra i molteplici elementi di rilievo, un unico dato eventualmente favorevole al reo.

Va del pari escluso, tuttavia, che il giudice debba procedere necessariamente ad una sorta di comparazione di elementi simile a quella descritta nell'art. 69 c.p., perché l'effetto sancito dall'art. 62 bis è pur sempre «a senso unico», e ben potendo l'attenuante ritenuta sussistente eventualmente soccombere nella sede propria del giudizio di bilanciamento.

Ciò premesso, per quanto riguarda la «ricerca» di simili elementi attenuanti indefiniti nel caso concreto, la Corte si riporta ai risultati a cui è giunto il giudice di primo grado, non essendo emerso dai contributi delle parti in questa sede processuale alcun elemento già non valutato da quel giudice.

La sentenza impugnata individua un primo elemento favorevole ai rei nei «motivi a delinquere» che hanno assistito la loro condotta, sul rilievo che essi «hanno preso parte al massacro delle Cave Ardeatine non per rispondere ad una sorta di entusiastico quanto delittuoso protagonismo, ma solo perché chiamati ad assolvere ruoli consequenziali alle funzioni da loro più ampiamente esercitate nell'organigramma del Comando tedesco in Roma». Discutibile, però, appare l'affermazione in sé, essendosi dimostrato, al contrario, che Hass avrebbe potuto trovare un qualsiasi pretesto per sottrarsi all'operazione e che Priebke ha assolto i compiti di fiducia assegnatigli con lo zelo pari al "credito" che lo circondava, di essere il braccio destro di Kappler, e comunque non già per supina e "minimale" obbedienza; del tutto indimostrato, invece, è il tasso di "positività" dell'elemento rinvenuto, giacché l'assolvimento di «ruoli consequenziali alle funzioni», anche ammesso che di questo si sia trattato e che ciò non possa essere considerato un motivo abietto o riprovevole - quale invece è l'«entusiastico e delittuoso protagonismo» -, non costituisce un motivo a delinquere meritevole o apprezzabile. Prima ancora, quindi, di sottoporre alla valutazione un simile elemento, si deve concludere che esso non possa rientrare nel novero delle circostanze «diverse» oggetto di interesse.

Analogamente dicasi per la condotta di vita antecedente al reato, che con riguardo al solo Hass il giudice di primo grado sembra prendere in positiva considerazione. Egli, si precisa, non ha partecipato in alcun modo «all'attività, autenticamente criminosa, che si teneva in Via Tasso». In effetti non risulta alcun diretto coinvolgimento dell'Hass nei crimini che si perpetravano nella prigione nazista - altro conto è escludere che egli non fosse consapevole di ciò -, ma tale affermazione equivale ad escludere un possibile elemento negativo nella valutazione della vita anteatta, non, come si vorrebbe, ad averne trovato uno positivo.

Quanto alla condotta susseguente al reato, invece, l'assenza di condotte criminose giuridicamente ascrivibili ai due imputati, costituisce un possibile elemento favorevole, in base a consolidata giurisprudenza.

Il Priebke, infatti, risulta aver vissuto in Argentina senza nascondere la propria identità e senza commettere ulteriori reati; l'Hass risulta aver lavorato per i servizi informativi segreti, venendo in qualche modo regolarmente fornito di un nominativo di copertura.

Accanto a questo rilievo, il Tribunale prende in considerazione il comportamento processuale degli imputati, rilevando come il fatto che si siano sottratti all'esame dibattimentale non osti alla concessione delle attenuanti generiche e come costoro abbiano comunque «ammesso di aver personalmente cagionato la morte di due prigionieri, pur in un quadro complessivo volto, in certo qual modo comprensibilmente, a sminuire i propri rispettivi ruoli». Sotto questo riguardo va anche notato che la difesa del Priebke nella discussione orale innanzi a questa Corte ha sollecitato a considerare positivamente la confessione sottoscritta dall'imputato nel campo di prigionia alleato in Afragola.

I rilievi contenuti nella sentenza impugnata sono da condividere, ma non portano alla conclusione che il comportamento processuale dei due imputati sia un elemento da poter valutare in senso positivo ai fini delle attenuanti generiche, dal momento che, pur non denotando scorrettezze, non segnala neppure alcun significativo profilo collaborativo. In particolare, entrambi gli imputati hanno ammesso i fatti che risultavano già ampiamente provati, quali la loro partecipazione alla strage e la personale uccisione di due martiri, negando altresì fatti che "aliunde" sono stati provati, come la presenza dell'Hass durante l'intera l'esecuzione dell'eccidio, o comunque nei momenti più importanti, e la pressoché costante tenuta delle liste da parte del Priebeke, nonché il ruolo di costui all'interno del comando di Via Tasso e nella predisposizione delle liste. Quanto alla pseudoconfessione del Priebeke in Afragola, è stata sopra dichiarata inutilizzabile (§ 3.2.4.) e quindi il suo contenuto non può venir esaminato neppure in questa sede e in "favor rei"; del resto sarebbe incongruo non tener conto di quel documento per il rischio che non sia riprodotto di una spontanea dichiarazione proveniente dall'imputato e poi valutarne positivamente l'esistenza a riprova di una valida e genuina collaborazione processuale.

L'ultimo elemento rinvenuto dal Tribunale consiste nell'«età avanzatissima degli imputati» che dovrebbe condurre alla conclusione di una «ormai affievolita» loro capacità a delinquere, «avuto riguardo al tempo assai risalente del commesso reato». Tale elemento, ad avviso del giudice di primo grado, ha un rilievo autonomo rispetto a quello della condotta susseguente al reato, come dimostrerebbero norme del codice di procedura penale dettanti condizioni di favore per le persone anziane e comunque tenendo conto «del tempo trascorso dalla commissione del reato». Non v'è dubbio che ciò debba essere tenuto presente dal giudice, perché trattasi di connotazioni del tutto peculiari sul piano processuale, potenzialmente traducibili in elementi favorevoli agli imputati.

Passando dalla «ricerca» alla «valutazione» dei dati, emerge, dunque, che oggetto dell'apprezzamento discrezionale del giudice è, in sostanza, il trascorrere del tempo dalla commissione del reato in assenza di un giudizio processuale sulla responsabilità penale degli imputati, i quali - forse incolpevolmente - hanno inteso tale passaggio del tempo come inequivocabile sintomo di un oblio giudiziario in cui era caduta la loro vicenda processuale. Orbene, si è visto come questo elemento che in maniera singolare caratterizza l'odierno processo abbia intanto potuto indurre una più matura riflessione sulla valutazione giuridica degli accadimenti, mentre, di per sé, non è idoneo a determinare alcun effetto favorevole diverso dalla prescrizione dei reati. Il passaggio del tempo dal commesso reato è un dato processualmente neutro; l'età che gli imputati hanno raggiunto a causa di esso è circostanza che richiede l'adozione di specifiche misure processuali di favore che il codice puntualmente prevede, ma rappresenta un dato pressoché insignificante ai fini della commisurazione della pena (anche in senso lato).

Che l'età avanzatissima riduca la «capacità a delinquere» è, intanto, proposizione sostenibile in astratto solo ove si identifichi quest'ultima con la pericolosità sociale, la quale rileva più che ai fini della commisurazione della pena, ai fini di eventuali misure di sicurezza. Ciò non esclude che si possa tener conto anche della ridotta pericolosità sociale e di una attendibile prognosi di non recidiva quale elementi con cui riempire di contenuto la generica disposizione dell'art. 62 bis, ma a questo scopo ne occorre, comunque, una valutazione comparata con gli altri fattori idonei a incidere sulla commisurazione della pena (in tal senso, Cass. Sez.I, 17 marzo 1984, Guner Cuma, in Riv. pen., 1984, 974).

Analogamente dicasi per il dato concernente la non commissione da parte dei due imputati di ulteriori reati durante il lungo periodo in questione e, in generale, per la condotta di vita dagli stessi tenuta dopo la fine della guerra.

La comparazione a cui si deve procedere - come accennato - ha lo scopo di stabilire non se prevalgano gli elementi negativi o quelli positivi, ma quale sia il "peso" relativo degli

elementi positivi individuati nell'ambito di tutte le risultanze attinenti al fatto e alla personalità degli imputati onde stabilire se essi emergano dal coacervo dei dati disponibili illuminando il complesso di realtà esaminato in modo apprezzabile. Solo ove si riscontri un simile "peso" si può ritenere che l'elemento o gli elementi considerati siano «tali da giustificare una diminuzione della pena».

Ad avviso di questa Corte il trascorrere del tempo senza la commissione di ulteriori reati e l'età avanzatissima dei due imputati appaiono dati del tutto marginali e trascurabili se collocati a contrasto con il barbaro eccidio di cui essi sono stati riconosciuti responsabili, e la cui inaudita gravità è complessivamente valutabile a questi fini in tutta la sua portata, non essendovi di ostacolo la scomponibilità nei singoli episodi di omicidio propria del reato continuato (così, Cass. Sez. Un., 15 marzo 1996, Panigoni, m. 203.978). Ma, se anche si potesse prescindere dai connotati oggettivi di inaudita gravità del fatto commesso, è la stessa valutazione della capacità criminale dei due imputati ad escludere che i dati come sopra rinvenuti non possano fondare la diminuzione in questione.

Gli indici di rilevazione della capacità a delinquere di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p. mostrano infatti come la tendenza criminosa dei due imputati manifestata nel delitto perpetrato sia pienamente radicata nella personalità degli autori, come tale delitto "appartenga" pienamente al loro modo d'essere e non costituisca un mero incidente di percorso. Si consideri come Hass abbia avuto ampie possibilità di sottrarsi all'esecuzione richiestagli e come invece sia rimasto insensibile ai segnali di manifesta disumanità che la realtà dell'eccidio conclamava, sicché non si può che ravvisare in un bieco opportunismo la motivazione che lo ha spinto all'azione; tale opportunismo lo si ritrova, del resto, nella sua ulteriore condotta di vita, nel corso della quale ha messo a disposizione i propri servizi per le cause più disparate, in una torbida condizione di semiclandestinità del tutto incompatibile con le esigenze di un riscatto limpido e lineare delle proprie colpe. In tale ottica si può spiegare anche l'episodio della sua collaborazione per la liberazione del prof. Vassalli, di cui è menzione nella sentenza appellata (p. 84), e che quindi non può assurgere a quel peso riconosciutogli dai giudici di primo grado.

Si consideri come Priebke abbia mostrato nel fatto commesso quella "glacialità" di carattere che lo aveva fatto emergere tra i collaboratori del Kappler e che lo rendeva il più simile al capo, l'obbedienza agli ordini del quale non era necessità eteroindotta, ma profondamente calata nel "comune sentire", nella "condivisione delle gioie e dei dolori". La spinta criminosa che mostra Priebke è frutto della immarcescibile certezza di essere nel "giusto", prima che soltanto nel "doveroso" e di questa professione di fede, non ignobilmente celata, ma perversamente proclamata, egli riempie con coerenza la propria vita, sino ad oggi. La sua età avanzatissima è in questo senso un valore profondamente negativo, giacché, seppure oggi egli non abbia per ovvie ragioni la medesima «pericolosità criminale» mostrata allora, mantiene completamente inalterata la sua «capacità a delinquere», intesa come capacità riflettente del fatto commesso nella personalità dell'autore.

Gli anni, in conclusione, sono passati inutilmente per Hass e Priebke, la cui vita vissuta appare la cinica conferma della ineguagliabile malvagità esibita nella commissione del reato; lungi dal poter essere invocati ai fini di una attenuazione della loro colpa, rappresentano la riprova della meritevolezza della massima pena.

3.3.15. La pena stabilita dalla legge per il reato del quale i due odierni imputati sono stati riconosciuti responsabili è l'ergastolo. Il comma 2 dell'art. 185 c.p.m.g. richiama infatti le pene stabilite dal codice penale per l'omicidio, dovendosi intendere il richiamo non limitato alla sola pena prevista per il reato base, ma esteso all'intero regime circostanziale speciale che correda l'incriminazione del delitto di omicidio nel codice comune. Sussistono, nel caso di specie, le due aggravanti contestate le quali comportano

la pena detentiva perpetua (art. 577, nn. 3 e 4, c.p.). Non sussiste, invece, alcuna circostanza attenuante, dovendosi - come visto sopra - per questa parte riformare la sentenza di primo grado.

La comminatoria dell'ergastolo per il reato contestato e accertato con la presente sentenza esclude l'intervento in materia della prescrizione, prevista dall'art. 157 c.p. come causa estintiva del reato per il quale la legge commina una pena detentiva temporanea. Nessun rilievo può acquistare il fatto che l'ergastolo consegua nel caso in esame solo come effetto della sussistenza di circostanze aggravanti, non essendo anche contemplato per la figura base del reato di omicidio. Il comma 2 dell'art. 157 stabilisce infatti che per determinare il tempo necessario a prescrivere si tiene conto dell'aumento massimo stabilito per le circostanze aggravanti; applicando tale regola si perviene alla conclusione che nel caso di specie non ha luogo la prescrizione, non risultando determinato il tempo necessario a prescrivere quando la pena stabilita dalla legge per il reato consiste nell'ergastolo.

L'ergastolo viene applicato per la più grave delle violazioni commesse dai due imputati, per tale intendendosi uno dei delitti commessi da costoro come esecutori materiali.

Ad avviso di questa Corte la pena così individuata non può subire ulteriori inasprimenti per effetto della continuazione.

In primo luogo, infatti, la disciplina contenuta nell'art. 72 c.p., che prescrive un periodo di isolamento diurno in aggiunta alla pena dell'ergastolo, a titolo di aumento da applicare «al colpevole di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo» o comunque «nel caso di concorso di un delitto che importa la pena dell'ergastolo, con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni», si deve ritenere letteralmente riferita al solo caso del concorso materiale di reati e non anche al caso del reato continuato, in cui il colpevole commette «più violazioni» della medesima o di diverse disposizioni di legge. Né vale obiettare che in tal modo non si può determinare l'aumento previsto dall'art. 81 c.p. («fino al triplo»), non potendosi proporzionalmente aumentare la pena detentiva perpetua, perché se il legislatore avesse voluto prevedere anche in questo caso un aumento o un aggravamento della pena lo avrebbe specificamente previsto con norma analoga a quella dell'art. 72. In mancanza di tale norma non è consentita alcuna estensione analogica e si deve piuttosto pensare che la rinuncia all'aggravamento della pena per il reato continuato quando per la violazione più grave è previsto l'ergastolo sia una modalità di espressione del più favorevole regime del c.d. cumulo giuridico come sostitutivo del c.d. cumulo materiale conseguente al concorso dei reati.

In secondo luogo, se anche si volessero ritenere non decisive tali argomentazioni e concludere nel senso opposto (così Cass. Sez. I, 21 aprile 1993, Feliciangeli, m. 193.730), occorrerebbe prendere atto che la disposizione dell'art. 72 c.p. è comunque inapplicabile per i reati militari, in quanto derogata da quella contenuta nell'art. 54 c.p.m.p. In detta disposizione si prevedeva che al colpevole di più reati puniti con l'ergastolo si applicasse la pena di morte. Caduto il riferimento alla pena di morte per effetto dell'art. 1, comma 1, d.l. 22 gennaio 1948, n.21, in relazione ai reati militari previsti nel codice penale militare di pace, esso è oggi pure caduto in forza dell'art. 1 l. 13 ottobre 1994, n. 589 in relazione ai reati militari previsti dal codice penale militare di guerra; resta, tuttavia la deroga alla norma comune, che oggi è quindi in senso favorevole al reo, dovendosi intendere operata la sostituzione della pena di morte con l'ergastolo. A nessun'altra conclusione potrebbe, infatti, giungersi, non avendo il legislatore provveduto né ad un esplicito richiamo dell'art. 72 c.p., né ad una esplicita abrogazione della norma speciale, né all'introduzione di un diverso regime autonomo. Che, infine, la caducazione operata con la citata legge del 1994 si applichi ai fatti di causa in forza dell'art. 2, comma 3, c.p., è conclusione pacifica,

una volta escluso che possa ostarvi il già menzionato art. 23 c.p.m.g., il quale sancisce l'«ultrattività» della legge penale militare di guerra rispetto al passaggio nella legge di pace e a scapito delle disposizioni più favorevoli in questa contenute, non, comunque, l'immodificabilità della legge penale militare di guerra anche in tempo di pace. Per queste ragioni gli imputati Hass e Priebke vanno condannati alla pena dell'ergastolo, nonché alle spese del secondo grado di giudizio, ai sensi dell'art. 592, comma 1, c.p.p., con ogni altra conseguenza di legge.

3.3.16. Ai sensi dell'art. 541 c.p.p. gli imputati devono essere altresì condannati alla rifusione delle spese del giudizio di appello sostenute dalle parti civili. Esse sono liquidate in solido limitatamente alle costituzioni di parte civile avvenute nei confronti di entrambi gli imputati, mentre sono liquidate a carico di ciascun imputato nei casi di costituzione di parte civile avvenute nei confronti di uno solo di essi. Nella liquidazione che segue, anche a mente del disposto dell'art. 100; comma 3, c.p.p., si è tenuto conto, innanzitutto, della previa sussistenza delle relative delle procure speciali espressamente conferite ai difensori anche per il presente grado di giudizio e, quindi, delle parcelle da questi ultimi presentate. Non sono, pertanto, state tenute in considerazione tutte le ulteriori parcelle presentate da difensori delle parti civili che risultano sprovvisti di procure speciali per il presente secondo grado di giudizio.

A ciascuno dei seguenti difensori, inoltre, sono stati liquidati gli importi sotto specificati, oltre che sulla base della tariffa professionale e della parcella, in correlazione al numero delle parti civili rispettivamente rappresentate e difese, e dovendo essere ognuno di tali importi complessivi riferito a queste ultime in parti uguali tra di loro:

- avv. Sebastiano Di Lascio (difensore di n. 26 parti civili, come in intestazione, oltre che dell'A.N.F.I.M., che ha, però, rinunciato alla rifusione delle spese per il giudizio di appello) £. 6.468.750 (sessione in studio, £. 62.500; esame e studio, £. 50.000; partecipazione a sei udienze, £. 2.700.000; 5% x 26 di 2.812.500, 3.656.250);

- avv. Marcello Gentili (difensore di n. 35 parti civili, come in intestazione) £. 8.620.000 (corrispondenza, £. 30.000; sessione in studio £. 100.000; esame e studio, £. 100.000; partecipazione a cinque udienze £. 2.250.000; 5% x 35 di £. 2.480.000, £. 4.340.000; cinque trasferte [£. 30.000 h x 12 h x 5], £. 1.800.000);

- avv. Giancarlo Maniga (difensore di n. 33 parti civili, come in intestazione) £. 9.924.500 (corrispondenza, £. 30.000; sessione in studio, £. 100.000; esame e studio, £. 100.000; partecipazione a sei udienze, £. 2.700.000; 5% x 33 di £. 4.834.500; sei trasferte [£. 30.000 h x 12 h x 6], £. 2.160.000);

- avv. Domenico Panetta (difensore di n.1 parte civile, come in intestazione) £. 680.000 (corrispondenza, £. 30.000; sessione in studio, £. 100.000; esame e studio, £. 100.000; partecipazione a una udienza, £. 450.000);

- avv. M.Paola Di Biagio (quale difensore della parte civile Giuseppe Nobili) £. 1.130.000 (corrispondenza, £. 30.000; sessione in studio, £. 100.000; esame e studio, £. 100.000; partecipazione a due udienze, £. 900.000);

- avv. Nicola Lombardi (quale difensore della parte civile Milena Zaccagnini) £. 1.580.000 (corrispondenza, £. 30.000; sessione in studio, £. 100.000; esame e studio, £. 100.000; partecipazione a tre udienze, £. 1.350.000);

- avv. Bruno Andreozzi (quale difensore della parte civile Frascati Romolo) €. 1.580.000 (corrispondenza, €. 30.000; sessione in studio, €. 100.000; esame e studio, €. 100.000; partecipazione a tre udienze, €. 1.350.000).

A ciascuna delle somme totali liquidate deve essere aggiunto il 10% per rimborso forfettario delle spese generali, il 2% per Cassa Avvocati e il 20% per I.V.A.

P. Q. M.

Visti gli artt. 536, 541, 544 comma 3, 592, 597, 598 e 605 c.p.p., 19 e 261 c.p.m.p., 1 e segg. legge 7 maggio 1981 n. 180;

in parziale riforma della sentenza impugnata, escluse per entrambi gli imputati le circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 bis c.p. e 59 n. 1 c.p.m.p. e, per l'imputato Hass, anche quella di cui all'art. 59 n. 2 c.p.m.p.,

CONDANNA

Karl Hass ed Erich Priebke alla pena dell'ergastolo e, in solido, alle spese del secondo grado di giudizio, con ogni altra conseguenza di legge;

CONDANNA

i medesimi, singolarmente ed in solido limitatamente alle costituzioni di parte civili nei confronti di entrambi gli imputati, alla rifusione delle spese del giudizio di appello sostenute da queste ultime, nelle seguenti misure complessive:

parti rappresentate e difese dall' Avv. Sebastiano Di Lascio lire 6.468.750;

parti rappresentate e difese dall'Avv. Marcello Gentili lire 8.620.000;

parti rappresentate e difese dall'Avv. Giancarlo Maniga lire 9.924.500;

parti rappresentate e difese dall'Avv. Domenico Panetta lire 680.000;

parti rappresentate e difese dall'Avv. M. Paola Di Biagio lire 1.130.000;

parti rappresentate e difese dall'Avv. Nicola Lombardi lire 1.580.000;

parti rappresentate e difese dall'Avv. Bruno Andreozzi lire 1.580.000,

oltre 10 % per rimborso forfetario spese generali, 2 % per Cassa Avvocati e 20 % per i.v.a.; ciascuna di tali somme è determinata avute presenti le procure conferite anche per il presente grado di giudizio, le note spese presentate e sulla base di quote commisurate al numero delle parti rappresentate;

DISPONE

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 36 c.p. la pubblicazione per estratto della presente sentenza sui quotidiani "Corriere della sera" e "Il Messaggero".

Conferma nel resto l'impugnata sentenza.

Deposito della sentenza entro il 15 aprile 1998.

Così deciso in Roma il sette marzo millenovecentonovantotto.

IL GIUDICE ESTENSORE
David Brunelli

IL PRESIDENTE
Giuseppe Monica

**Requisitoria del Procuratore Generale Militare presso la Corte
suprema di Cassazione, in data 16.11.1998**

PRECLUSIONE PER PREGRESSO GIUDICATO SUI MEDESIMI FATTI

I ricorsi di entrambi gli imputati lamentano la mancata applicazione del disposto contenuto nell'art. 669, comma 8, c.p.p.. Tale norma disciplina le ipotesi di sentenza di proscioglimento e di sentenza di condanna pronunciate per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona. I ricorrenti invocano l'applicazione analogica del principio con riferimento alla sentenza del 1948 che riguarda sì un medesimo fatto, ma soggetti diversi: la Corte avrebbe pertanto dovuto emettere una decisione di improcedibilità ; ciò alla luce anche di una recente affermazione in tal senso della terza sezione di codesta Corte (10 luglio 1996, c. Petrino).

Per quanto riguarda HASS , la questione non aveva formato oggetto di appello e pertanto in questa sede dovrebbe ritenersi inammissibile; tuttavia, qualora venisse accolta per il PRIEBKE e sussistendo identità di posizione e di ricostruzione fattuale, l'improcedibilità dovrebbe estendersi anche al coimputato.

I ricorrenti evidenziano il fatto che la sentenza del tribunale militare territoriale di Roma del 1948 condannando KAPPLER aveva assolto gli altri militari tedeschi che si trovavano nella stessa situazione processuale dei due attuali imputati, nei confronti dei quali non potrebbe dunque essere oggi pronunciata sentenza di condanna, configurandosi altrimenti un conflitto teorico di giudicati.

La sentenza impugnata, invece esattamente esclude (pag. 90) che possa configurarsi un conflitto teorico di giudicati in quanto la sentenza del 1948 ha sanzionato la oggettiva illiceità del fatto, pronunciando le assoluzioni solo sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Per giungere a tali conclusioni la Corte militare di appello inizialmente afferma che "il confronto con la sentenza irrevocabile del 1948 non impedisce di procedere oltre, fermo restando che di volta in volta questo giudice dovrà accertare che singoli accertamenti o valutazioni non si pongano in contrasto con il precedente giudicato e quindi che siano processualmente consentiti"; procede poi a un riesame delle prove raccolte nel processo del 1948 sostenendo che quella sentenza non fornisce indicazioni delle specifiche relazioni tra fatti accertati ed evidenze probatorie utilizzate, cosa che rende arduo il confronto tra il ragionamento seguito dal giudice e le sue fonti e che sono sopravvenute alcune risultanze probatorie che impongono una attenta riconsiderazione di alcuni punti o passaggi di quella narrazione. (pag. 93).

Gran parte della sentenza impugnata è pertanto dedicata alla riconsiderazione della dinamica della formazione e della veicolazione dell'ordine ricevuto da KAPPLER : dopo aver riesaminato le deposizioni rese nel 1948, afferma che l'insieme delle risultanze di cui

sopra consente solo di dubitare circa l'esatto contenuto dell'ordine di fucilazione... la sua provenienza, la sua esecutività, le modalità con cui è stato veicolato a KAPPLER... la versione fornita da KAPPLER non può pienamente convincere... prende allora corpo la possibilità che il KAPPLER... è estremamente probabile che l'ordine... sollecitato dallo stesso KAPPLER ... ciò che accadde in seguito... fu dunque risultato di una sceneggiatura orchestrata dallo stesso KAPPLER.... (pagg. 97 ,98).

I ricorrenti evidenziano l'ipotesi della ricostruzione operata in sentenza, la quale prosegue poi analizzando lo zelo dimostrato da KAPPLER e le ritenute motivazioni del suo agire.

Questa parte della motivazione, anche se in alcuni punti contraddittoria, non evidenzia la manifesta illogicità lamentata. Inoltre scarsa rilevanza ai fini dell'accertamento della responsabilità a carico degli attuali imputati riveste la ricostruzione della condotta e del dolo in capo a KAPPLER fintanto che tali elementi non si riverberino in qualche modo sulla condotta e sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo relativi a questi ultimi.

La motivazione potrebbe ritenersi opinabile anche nella parte in cui afferma essere intrinsecamente poco credibile la decisione del 1948 relativamente al presunto "errore " nel conteggio delle vittime: tuttavia la sentenza di primo grado, alla quale la decisione impugnata fa rinvio (pagg. 45, 46, 47, 48, 49) non evidenzia la manifesta illogicità censurabile. Occorre infatti rilevare che sul punto sono state altresì valutate emergenze non sussistenti nel 1948, quali la deposizione CECCONI e soprattutto la dichiarazione di HASS (pag. 118 sentenza impugnata) secondo il quale KAPPLER diede ordine a PRIEBKE di procedere alla fucilazione delle cinque persone che erano state condotte sul luogo dell'esecuzione in eccedenza rispetto al numero previsto.

Il motivo di ricorso appare a questo requirente infondato nonostante la giurisprudenza citata dalla difesa di PRIEBKE (sentenza 10 luglio 1996, Cassazione pen. III sez.) nella quale è valutato il caso del compartecipe nel reato che venga assolto per ragioni estensibili anche al primo : è evidente che, nel caso di specie, ferma la ricostruzione dei fatti peraltro ammessa dagli stessi imputati, si tratta di operare l'accertamento della sussistenza del dolo in capo singolarmente a ciascuno di loro, senza che a tale accertamento possa essere opposta alcuna preclusione, dovendo essere comunque valutata l'estensibilità o comunanza dei motivi di assoluzione.

DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE (APPARENTE, ILLOGICA, OMESSA CONSIDERAZIONE DI CIRCOSTANZE DECISIVE E TRAVISAMENTO DEI FATTI) - difesa PRIEBKE

Il ricorrente evidenzia, in un'ottica difensiva, l'opinabilità della ricostruzione effettuata dalla Corte Militare di Appello con riferimento ai seguenti punti:

1. la derivazione dell'ordine dell'eccidio;
2. la mancata considerazione di circostanze che confermano l'effettivo svolgimento dei fatti con riferimento all'uccisione delle cinque persone oltre al numero previsto : in merito lamenta irragionevolezza della motivazione quanto alla ritenuta possibilità -senza alcun appiglio probatorio - che siano saliti sui camion che trasportava coloro che erano stati avviati all'esecuzione persone estranee alle liste, ipotizzando trattarsi di familiari di coloro che già erano stati fatti salire, che non volevano separarsi da loro, o persone che ritenevano di essere portate a lavorare in Germania ;

3. l'affermazione, indimostrata, che il PRIEBKE si accorse delle cinque persone in più e che decise ugualmente di farle fucilare, nonché l'illogicità dei motivi che l'avrebbero spinto a tale decisione;
4. la indimostrata potestà decisionale del PRIEBKE, non avendo la Corte tenuto conto delle dichiarazioni di KAPPLER nonché del fatto che il comando dell'operazione era stata affidato ad altri ,così come la scelta della località e il prelevamento dei detenuti a Regina Coeli.

Si tratta, effettivamente, di ricostruzione dei fatti in gran parte basata su ipotesi e indizi, ma agganciata a emergenze processuali valutate nel merito dalla corte d'appello e pertanto sottratta alle censure di legittimità, non essendo palesemente emersa la necessaria manifesta illogicità.

ERRONEA INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE IN PUNTO SUSSISTENZA DELLA SCRIMINANTE DELL'ADEMPIMENTO DEL DOVERE (ART.40 C.P.M.P.).

STATO DI NECESSITÀ QUANTOMENO PUTATIVO.

Le difese di entrambi gli imputati lamentano l'erroneità dell'interpretazione data al concetto di manifesta criminalità dell'ordine, nonché contraddizioni e affermazioni non supportate da prove e omissioni di valutazione di prove e argomenti evidenziati nell' atto di appello.

Così non sarebbero state prese in considerazione le deposizioni di DOMIZLAFF, il quale riferì che KAPPLER alla riunione preparatoria parlò ai subordinati del tribunale delle SS, che tutti sapevano durissimo anche contro i familiari del colpevole (argomentazione già contenuta nell'appello). Inoltre le minacce dello SCHUTZ sono state interpretate come esclusivamente rivolte ai sottufficiali e alla truppa, senza una prova in tal senso; parimenti non sarebbe stato tenuto conto di quanto riferito dal consulente di parte relativamente a condanne alla pena di morte per rifiuto di obbedienza irrogate a militari tedeschi nell'ottobre 1941, nell'estate 1944 e nell'aprile 1945.

Neppure, ai fini dell'eventuale riconoscimento dello stato di necessità putativo, sarebbe stato considerato il breve lasso di tempo (24 ore) intercorso tra la ricezione dell'ordine e l'esecuzione dello stesso ; inoltre la sentenza, al fine di escludere la sussistenza della scriminante, evidenzia solo il fatto che KAPPLER convinse il WEJTEN (il quale in un primo tempo si era rifiutato) a partecipare alle uccisioni.

La sentenza, dopo aver correttamente escluso la sussistenza della necessità militare e del giustificato motivo (pagg. 123 e seguenti), richiamando in parte la sentenza del 1948, con ampia motivazione - anche se con alcune contraddizioni e omissioni - ha escluso la sussistenza delle scriminanti con una valutazione di merito non manifestamente illogica e perciò non censurabile in questa sede. Il fatto che le minacce di SCHUTZ siano state ritenute rivolte solo ai sottufficiali e alla truppa è correttamente ricavato dalla considerazione che gli ufficiali si erano dichiarati in precedenza tutti d'accordo a dare l'esempio, partecipando personalmente alle uccisioni.

AGGRAVANTI DELLA PREMEDITAZIONE E DELL' AVER AGITO CON CRUDELTÀ

Sul punto la sentenza appare correttamente motivata e i motivi di ricorso conseguentemente infondati.

In particolare, mentre la prova della ferma risoluzione criminosa perdurante nell'animo può essere logicamente ricavata per il PRIEBKE dalla sua partecipazione ad attività preparatoria quale la formazione delle liste, confermata dal coimputato HASS , e per quest'ultimo dalla persistenza del dolo nella fase esecutiva alla quale ha partecipato con l'uccisione di due prigionieri, con un intervallo di alcune ore tra le due esecuzioni ; per entrambi inoltre la premeditazione può essere ricollegata - come si esprime la sentenza - alla loro stessa dichiarata adesione all'ordine criminoso.

Per quanto riguarda l'aver agito con crudeltà, l'aggravante non può certo essere esclusa, come vorrebbero i ricorrenti, sulla base della considerazione che nella condotta da loro tenuta non è ravvisabile quid pluris rispetto alle modalità di esecuzione consegnate agli stessi nel momento in cui l'ordine è stato impartito: è bensì vero che dalla stessa sentenza (pag. 16) si ricava il fatto che il KAPPLER ha impartito dettagliate istruzioni circa il modo dell'esecuzione; ciò tuttavia non significa che gli esecutori delle uccisioni non si siano resi conto e non siano stati perfettamente consapevoli della evidente crudeltà delle stesse.

D'altro canto non si può sostenere che, essendo state impartite precise modalità operative, l'ordine sul punto sarebbe stato impeditivo di difformi comportamenti quando risulta accertato, nella stessa sentenza impugnata, che proprio l'ordine non doveva essere eseguito perché la sua esecuzione era manifestamente criminosa.

MANCATA CONCESSIONE ALL'HASS DELL'ATTENUANTE DELLA MINIMA PARTECIPAZIONE AL FATTO (ARTICOLO 59 N. 2 C.P.M.P.)

Pienamente condivisibile appare la motivazione per quanto riguarda la ritenuta non necessità di formale contestazione dei fatti ostativi alla concessione dell'attenuante e, soprattutto, l'affermazione che l'imputazione non riguarda un unico, inesistente, reato militare di ECCIDIO, bensì i fatti integrano il reato di omicidio plurimo. Pertanto con riferimento alle due uccisioni compiute personalmente dall'imputato non si può certo parlare di minima partecipazione al fatto; mentre il contributo fornito per tutti gli altri omicidi (con la presenza sul luogo e l'esempio) sarà esclusivamente valutabile sotto il profilo dell'aumento di pena per la continuazione.

MANCATA CONCESSIONE DELLE CIRCOSTANZE ATTENUANTI GENERICHE

Entrambi gli imputati lamentano erronea applicazione della legge penale e manifesta illogicità della motivazione, per avere la sentenza ritenuto non applicabile l'attenuante, in violazione della relativa disciplina e utilizzando un argomentare manifestamente apodittico e illogico.

I ricorrenti analizzano dettagliatamente le motivazioni della sentenza evidenziando contraddizioni e illogicità argomentative.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che la concessione o il diniego delle attenuanti generiche rientra nel potere del giudice di merito. Quindi questi non è tenuto a un'analitica valutazione di tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli, dedotti dalle parti o ricavabili dagli atti del procedimento, ma è sufficiente l'indicazione di quelli ritenuti rilevanti e decisivi (Cassazione penale Sez. prima 22 maggio '92, Ventre)... la negazione delle attenuanti generiche risulta adeguatamente motivata alla sola condizione che il giudice, a fronte di specifica richiesta, indichi delle plausibili ragioni a sostegno del rigetto (Cassazione penale Sez. prima 19 ottobre '92, Gennuso); tuttavia (persino nel caso di patteggiamento) al giudice incombe pur sempre l'obbligo di una motivazione congrua e

comunque immune da vizi logici e giuridici in ordine alla delibazione dell'applicabilità delle circostanze (Cassazione penale, Sez. II, 2 giugno 1995, Leoni).

Il grande margine di discrezionalità che, nella sua valutazione di merito, consente al giudice di primo e secondo grado di valutare, positivamente o escludendone ogni rilevanza, altre circostanze diverse da quelle espressamente indicate nel codice, non esime il giudice stesso dall'obbligo di formulare una motivazione logica, coerente, non contraddittoria e corretta sotto il profilo dell'interpretazione della norma.

Vediamo brevemente le argomentazioni contenute nella sentenza.

In primo luogo, sotto il profilo della cosiddetta "ultrattività" della legge penale militare di guerra, la corte militare di appello correttamente conclude per l'applicabilità astratta dell'attenuante in quanto la stessa è stata introdotta nell'ordinamento nel 1944, in epoca successiva al fatto contestato, ma quando la legge penale militare di guerra era ancora applicata e vigente.

Esclude, poi, la fondatezza di operazioni trancianti, in un senso o nell'altro (pag. 175) : "... la sola gravità oggettiva del fatto, di per sè, non può costituire elemento invalicabile alla concessione dell'attenuante in parola...".

La corte militare di appello esamina, quindi, i singoli elementi favorevoli elencati dalla sentenza di primo grado escludendo valenza alla considerazione che gli imputati avevano preso parte al massacro non per entusiastico delittuoso protagonismo, ma solo perché chiamati ad assolvere ruoli consequenziali alle funzioni da loro più ampiamente esercitate nell'organigramma del comando tedesco in Roma: ciò in quanto sarebbe, secondo la Corte, del tutto indimostrato il tasso di positività di tale elemento.

Altri elementi erano stati considerati positivamente del giudice di primo grado:

1. la condotta susseguente al reato, stante l'assenza di successive condotte criminose giuridicamente ascrivibili ai due imputati, essendo il PRIEBKE vissuto in Argentina senza nascondere la propria identità e senza commettere ulteriori reati e avendo l' HASS lavorato per i servizi informativi segreti;
2. il comportamento processuale degli imputati i quali, anche se si sono sottratti all'esame dibattimentale, hanno comunque ammesso di aver personalmente cagionato la morte di due prigionieri, pur in un quadro complessivo volto a sminuire i propri rispettivi ruoli;
3. l'età avanzatissima degli imputati.

Tutti questi elementi sono stati dalla sentenza impugnata valutati addirittura negativamente.

Così, in ordine al primo elemento, si legge: " si consideri come l' HASS abbia avuto ampie possibilità di sottrarsi all'esecuzione richiestagli e come sia invece rimasto insensibile... sicché non si può che ravvisare in un bieco opportunismo la motivazione che lo ha spinto all'azione ; tale opportunismo lo si ritrova, del resto, nella sua ulteriore condotta di vita, nel corso della quale ha messo a disposizione i propri servigi per le cause più disparate, in una torbida condizioni di semi clandestinità del tutto incompatibile con le esigenze di un riscatto limpido e lineare delle proprie colpe. in tale ottica si può spiegare anche l'episodio della sua collaborazione per la liberazione del professor Vassalli...".

Per quanto riguarda il PRIEBKE la sentenza così argomenta: " si consideri come egli abbia mostrato nel fatto commesso quella glacialità di carattere che lo aveva fatto emergere... l'obbedienza agli ordini non era necessità eterodotta ma profondamente calata nel comune sentire... la spinta criminosa che mostra è frutto della immarcescibile certezza di essere nel giusto prima che soltanto nel doveroso e di questa professione di fede ... perversamente proclamata egli riempie con coerenza la propria vita... la sua età avanzatissima e' in questo senso un valore profondamente negativo giacché mantiene completamente inalterata la sua capacità a delinquere intesa come capacità riflettente del fatto commesso nella personalità dell'autore. gli anni, in conclusione, sono passati inutilmente per Hass e Priebke , la cui vita vissuta appare la cinica conferma della ineguagliabile malvagità esibita nella commissione del reato; lungi dal poter essere invocati ai fini di un'attenuazione della loro colpa, rappresentano la riprova della meritevolezza della massima pena.."

Poco prima (pag. 180) la Corte afferma: " gli indici di rilevazione della capacità a delinquere... mostrano infatti come la tendenza criminosa dei due imputati manifestata nel delitto sia pienamente radicata nella personalità degli autori, come tale delitto appartenga pienamente al loro modo d'essere e non costituisca un mero incidente di percorso."

Tale motivazione in primo luogo contrasta con la giurisprudenza che afferma che " ... la mancanza di resipiscenza, ancorché rilevata dal comportamento processuale, può giustificare il mancato riconoscimento delle attenuanti generiche in quanto confermativa di una personalità negativa e non in quanto espressione di scelte difensive di per sé non valutabili siccome riconducibili all'esercizio del diritto di difesa. (Cassazione penale, Sez. prima, 14 ottobre 1993, Contino).

In secondo luogo, e principalmente, le tesi sostenute in sentenza, mentre sotto alcuni profili si rivelano mere congetture supportate solo da ipotesi e possibili ricostruzioni ma non da prove, evidenziano complessivamente quella manifesta illogicità censurabile in questa sede.

Infatti, mentre la sentenza inizialmente afferma che non è sufficiente la sola gravità del fatto per negare la concessione delle richieste attenuanti generiche, subito dopo esclude ogni valenza positiva a elementi che secondo costante giurisprudenza dovrebbero invece essere favorevolmente valutati, solo perché sempre ricollegati e riferiti (con un metodo interpretativo a volte sganciato da prove e supportato solo da mere congetture o ipotesi) alla gravità dei fatti contestati.

Così non si comprende perché la certezza di essere nel giusto, il fatto che l'obbedienza agli ordini non era necessità eterodotta ma profondamente calata nel comune sentire, la coerenza di vita, la stessa tesi difensiva degli imputati di aver obbedito a un ordine ritenuto legittimo - anche se smentita dall'interpretazione correttamente data all'ambito di operatività della scriminante dell'adempimento del dovere - debbano essere valutati quali elementi negativi ai fini della concessione delle attenuanti generiche.

Lo stesso discorso vale per gli ulteriori elementi della mancata successiva commissione di altri reati, dello stesso trascorrere il tempo, e, per l'imputato HASS, della condotta di vita antecedente al reato (elemento escluso dalla Corte, ai fini di una positiva valutazione, sulla base della considerazione che manca la prova che l'imputato non fosse consapevole dei crimini che si perpetravano nella prigione nazista) e dell'aver lavorato per i servizi informativi segreti (valutata quale una torbida condizione di semi clandestinità del tutto incompatibile con l'esigenza di un riscatto limpido e lineare delle proprie colpe per avere l'imputato messo a disposizione i propri servizi per le cause più disparate - quali non si

dice): tutti elementi che secondo il comune sentire dovrebbero rivestire una valenza positiva, ma che sono stati in sentenza illogicamente ribaltati in negativo in quanto tutti agganciati alla cosiddetta figura del "tipo d'autore", non prevista dall'ordinamento giuridico italiano.

In sentenza infatti si legge: " gli indici di rilevazione della capacità a delinquere... mostrano infatti come la tendenza criminosa dei due imputati manifestata nel delitto perpetrato sia pienamente radicata nella personalità degli autori, come tale delitto "appartenga" pienamente al loro modo d'essere e non costituisca un mero incidente di percorso...". In tale ottica si spiegano le ulteriori affermazioni - che non possono essere condivise : " la sua età avanzatissima è in questo senso un valore profondamente negativo giacché... egli mantiene completamente inalterata la sua "capacità a delinquere" intesa come capacità riflettente del fatto commesso nella personalità dell'autore."

Questo requirente ritiene pertanto che sul punto i ricorsi debbano essere accolti.

MANCATA CONCESSIONE DELL' ATTENUANTE DI CUI ALL'ARTICOLO 59,N. 1,C.P.M.P.

I ricorrenti eccepiscono erronea interpretazione della legge e difetto di motivazione in ordine alla mancata concessione dell'attenuante, prevista nel codice penale militare, per l'inferiore che è stato determinato dal superiore a commettere il reato.

La sentenza esclude la concessione di detta attenuante principalmente sulla base dell'attribuzione al termine DETERMINAZIONE di un significato diverso rispetto a quello corretto.

A pag. 161 si legge: " più probabile che il legislatore con l'espressione... determinazione abbia invece designato una condotta di approfittamento di una posizione di supremazia e della condizione di minorazione della capacità di resistenza psicologica di una persona... maggiore è il grado di colpevolezza del determinatore (rispetto all'istigatore) non perché ha fatto sorgere un proposito criminoso prima insussistente, ma perché ha abusato di una posizione di supremazia che gli ha consentito di vincere minori resistenze... più attenuato è il grado di colpevolezza del soggetto determinato non perché senza la determinazione altrui egli non avrebbe commesso il reato, ma perché la sua minorata capacità a fronte dell'abuso rende meno riprovevole la deliberazione di commettere il reato, comunque assunta... non si tratta di verificare se senza l'ordine i due odierni imputati di loro iniziativa avrebbero o no commesso gli omicidi ascritti loro perché tale problematica è estranea alla dimensione tutta soggettiva della attenuante in parola, ad integrare la quale occorre rilevare una volontà colpevole meritevole di minor riprovevolezza... se, ad onta della palese criminalità della prestazione richiesta, l'inferiore si motiva all'azione, non si può parlare dello sfruttamento di una posizione di minorazione psicologica da parte del superiore, ma di una sua piena collaborazione su base paritaria al reato in concorso... il rilievo dell'ordine e della determinazione che tramite questo si realizza resta confinato nella sfera meccanicistica, nel senso che nello svolgimento dell'attività militare la gran parte delle prestazioni è fisiologicamente ricollegabile ad una volontà superiore, poco o punto spazio essendovi per l'iniziativa del singolo, che non impinge la sfera della colpevolezza, che resta integra nonostante la obiettiva riconducibilità della condotta del concorrente all'ideazione criminosa del superiore... evidentemente nell'impianto originario del codice l'attenuante trovava spazio applicativo in altre situazioni, in cui l'influenza del superiore, la sua autorità, la sua qualità, la sua posizione gerarchica avessero indotto l'inferiore alla commissione del reato, a prescindere dal ricorso all' ordine... in conclusione, siccome gli imputati trovarono in se medesimi e nel loro abito mentale la forza per commettere il delitto al quale erano chiamati senza che i superiori dovessero abusare del loro grado per convincerli, non essendovi determinazione rilevante non vi è ragione per

muovere nei loro confronti un più tenue giudizio di colpevolezza e quindi per applicare la attenuante."

La sentenza sul punto appare confusa e contraddittoria.

Infatti, mentre da un lato limita l'ambito operativo della attenuante ai casi in cui il superiore, per determinare l'inferiore alla commissione di un reato, abbia fatto uso della sua influenza, autorità e qualità carismatiche, a prescindere dall'emanazione di un ordine, e afferma che nella fattispecie in esame più che di esecuzione di ordine si è trattato di accordo criminioso, dall'altro lato in precedenza aveva evidenziato le qualità carismatiche di comandante del KAPPLER nonché il fatto che PRIEBKE forse il suo braccio destro e quindi particolarmente a lui sottomesso.

Infine giurisprudenza e dottrina non richiedono, quale presupposto necessario per la sussistenza dell' attenuante in parola, che sia stato posto in essere alcun abuso del grado da parte del superiore.

D'altro canto il superiore per determinare l'inferiore a commettere un reato quale mezzo più efficace ha dell'ordine gerarchico utilizzato, come evidenzia la sentenza, ripetitivamente in tutte le attività quotidiane, il quale crea l'abitus mentale alla pronta esecuzione?

In giurisprudenza è stato evidenziato, trattando dell 'aggravante prevista dall'art. 112, n. 3, codice penale, che per la sua configurabilità occorre che tra i due compartecipi esista un vincolo di subordinazione di natura materiale e non puramente sentimentale poiché l'essenza dell'aggravante sta nell'influenza del superiore sul subordinato, influenza che costituisce un plus di fronte alla determinazione psicologica normale (Cassazione, 9 gennaio 1948, Multori); che il dipendente abbia commesso l'azione illegittima in conseguenza della preoccupazione delle rappresaglie che avrebbe potuto esercitare contro di lui l'istigatore. (Cassazione Sez. n. III, 30 novembre 1957, Daneri); parimenti, sotto il profilo dell'applicabilità dell'attenuante prevista dall'ultimo comma dell'articolo 114 codice penale, è stato affermato che, perché tale circostanza sia applicabile, occorre che sia provata la altrui determinazione al delitto, per la quale non basta l'aver provocato la semplice idea del reato ma occorre che il determinatore abbia fatto sorgere l'intenzione criminiosa, facendo superare all' agente ogni dubbio in proposito (Cassazione penale, Sez. n. VI, 9 gennaio 1990, Cucumazzo); per l'altrui determinazione non basta che altri abbia provocato la semplice idea del reato ma occorre che ne abbia creato l'intenzione, cioè è necessario che con i mezzi posti in essere sia riuscito a formare nella mente altrui il proposito criminioso e a determinare, in definitiva, l'esecuzione del reato (Cassazione penale Sez. n. II, 2 febbraio 1989, Del Bono).

La stessa interpretazione in chiave critica della ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza del 1948, operata dalla sentenza impugnata, consente comunque di ritenere che vi fu un ordine di procedere alla "rappresaglia" proveniente dal vertice dell'organizzazione militare tedesca, recepito e trasmesso da KAPPLER ai suoi subordinati i quali, per inclinazione personale e per appartenenza a una struttura rigidamente gerarchizzata, hanno dato esecuzione all'ordine anche se manifestamente criminioso, e perciò vengono oggi ritenuti responsabili del crimine commesso: in tale situazione non si può logicamente escludere che gli inferiori siano stati determinati dal superiore a commettere il reato per il quale viene affermata la loro penale responsabilità .

Ne consegue la fondatezza del motivo di ricorso.

PRESCRITTIBILITA' DEL REATO

Entrambi i ricorrenti lamentano la mancata concessione di circostanze attenuanti, la quale avrebbe comportato la prescrizione del reato.

La sentenza di primo grado - richiamata sul punto dalla decisione impugnata - ha ritenuto di evidenziare due distinti argomenti.

Il primo - ritenuto decisivo - è relativo all'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 69 codice penale nella formulazione vigente al momento della cessazione dello stato di guerra.

La tesi è pienamente condivisibile. Pertanto, in presenza di circostanze aggravanti che stabiliscano una pena di specie diversa - le riconosciute aggravanti della premeditazione e della crudeltà - è escluso il giudizio di bilanciamento tra queste ultime e le eventuali circostanze attenuanti.

Da queste esatte conclusioni il tribunale ricava la imprescrittibilità del reato contestato in quanto punibile in concreto con la pena dell'ergastolo.

Quest'ulteriore passaggio non può essere condiviso per le seguenti considerazioni.

L'art.577, n. 3 e 4,c.p., configura due circostanze aggravanti, entrambe ritenute dal giudice di I° grado sussistenti, che comportano singolarmente la pena (di specie diversa) dell'ergastolo; l'art. 63, comma 4,c.p., prevede che in caso di concorso di circostanze che stabiliscono pene di specie diversa si applichi soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave, ma che il giudice possa aumentarla. Prevedendo entrambe le aggravanti la pena dell'ergastolo, l'aumento facoltativo ricollegato alla seconda aggravante non risulta applicabile essendo la pena perpetua insuscettibile di aumento: ci troviamo così in presenza di uno dei casi "inerzia" della circostanza.

Non può pertanto sorgere alcun problema di bilanciamento con circostanze attenuanti eventualmente riconosciute.

Concludendo, il giudice di primo grado non ha tenuto conto del fatto che l'articolo 157c.p., al terzo comma, dispone: "nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69"; e quest'ultimo articolo, al suo quinto comma (ante riforma) prevedeva: "in tal caso (cioè quando il bilanciamento era escluso per la presenza di circostanze statuenti una pena di specie diversa) gli aumenti e le diminuzioni di pena si operano a norma dell'articolo 63..."; nel terzo comma di quest'ultima norma si legge : "quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa... l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non si opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzi detta."

Pertanto, qualora si ritengano concedibili circostanze attenuanti, dovendo le stesse operare, ai fini della prescrizione, sulla pena dell'ergastolo stabilita dalla circostanza aggravante ad effetto speciale, in esecuzione del disposto contenuto nell'articolo 65, n. 2,c.p., la pena in concreto da valutarsi per calcolare il tempo necessario per la prescrizione diventa quella della reclusione da 20 a 24 anni: con conseguente prescrizione della reato nel termine di 20 anni.

In adesione a tale interpretazione la giurisprudenza infatti, ha più volte affermato che "in caso di omicidio colposo aggravato ai sensi del primo capoverso dell'articolo 589 codice penale (misura della pena determinata in modo indipendente da quella ordinaria del

reato) e commesso prima dell'entrata in vigore del DL 99/1974, la concessione delle attenuanti generiche rende applicabile, ai fini del computo della prescrizione, la precedente disciplina normativa più favorevole al reo, la quale consentiva la riduzione del termine prescrizionale a 5 anni" (Cassazione penale, Sez. n. IV, 18 dicembre 1982, Campitelli).

Il secondo argomento, sviluppato dalla sentenza di I° grado per escludere la prescrittibilità del reato e richiamato dalla Corte di appello, si riferisce alla immediata operatività interna delle norme internazionali in materia di imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, senza la necessaria emanazione di una norma statutale che ne recepisca i contenuti. Pur nella consapevolezza che si tratta di una tesi non pacifica, questo Ufficio ritiene che il principio comunque possa essere invocato, con la conseguente imprescrittibilità del reato contestato ai due imputati.

RICORSO DELLA PARTE CIVILE

Il difensore di una parte civile propone ricorso contro la parte della sentenza relativa alla rifusione delle spese del giudizio di appello, negate al ricorrente sul presupposto della mancanza di una procura speciale per la fase di gravame .

L'articolo 100 comma 3 c.p.p. dispone che la procura vale solo per la fase nella quale è stata conferita, quando nell'atto non è espressa volontà diversa: il ricorrente afferma che nella procura speciale conferitagli in primo grado c'era il riferimento al procedimento, e pertanto, secondo costante giurisprudenza (Cassazione penale, Sez. n. VI, 8 marzo 1994; Cassazione civile, 27 giugno 1988, 4326) la procura stessa poteva ritenersi estesa anche al grado di appello in quanto è sufficiente che il difensore sia designato con locuzioni quali "la presente procedura", " per la presente causa" e simili.

La tesi appare fondata e si chiede l'accoglimento del ricorso.

CONCLUSIONI DEL P.G.M.

RIGETTO PER INFONDATEZZA DEI RICORSI DEGLI IMPUTATI RELATIVAMENTE AI PUNTI:

1. preclusione per pregresso giudicato;
2. difetto assoluto di motivazione, omessa considerazione di circostanze decisive e travisamento dei fatti;
3. mancata applicazione delle scriminanti dell'adempimento del dovere e dello stato di necessità putativo;
4. contestazione delle aggravanti della premeditazione e dell'aver agito con crudeltà;
5. mancata concessione all'imputato Hass della attenuante della minima partecipazione al fatto;

Annullamento con rinvio della sentenza impugnata per nuovo esame in punto concessione delle circostanze attenuanti di cui agli articoli 62 bis C.P. e 59,n. 1,C.P.M.P.;

ESCLUSIONE DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO.

ACCOGLIMENTO DEL RICORSO DELLA PARTE CIVILE

in punto spese di giudizio.

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
16.11.1998

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Suprema di Cassazione Sezione Prima Penale
composta dagli III.mi Sigg.:

Dott. SACCHETTI Francesco	Presidente
Dott. GEMELLI Torquato	Consigliere
Dott. ROSSI Bruno	Consigliere
Dott. CANZIO Giovanni	Consigliere relatore
Dott. DELEHAYE Enrico	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

- 1) HASS Karl, nato a Elmscherhagen (Kiel - Germania) il 5.10.1912
- 2) PRIEBKE Erich, nato a Berlino (Germania) il 29.7.1913

avverso la sentenza della Corte militare d'appello in data 7 marzo 1998 che, in parziale riforma di quella 22 luglio 1997 del Tribunale militare di Roma, condannava entrambi gli imputati alla pena dell'ergastolo per il reato di "concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani" (artt. 13 e 185, co. 1 e 2, c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575, 577, nn. 3 e 4, 61 n. 4 c.p.), in Roma località Cave Ardeatine il 24 marzo 1944.

Visti gli atti, la sentenza denunciata e il ricorso;

Udita in pubblica udienza la relazione fatta dal Consigliere, dott. Giovanni Canzio;

Udito il P.M. in persona del sostituto Procuratore Generale militare, dott. Vittorio Garino, il quale ha concluso: per l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, limitatamente al diniego delle attenuanti generiche e dell'attenuante prevista dall'art. 59 n. 1 c.p.m.p., e per il rigetto nel resto dei ricorsi degli imputati; per l'accoglimento del ricorso della parte civile Roberto Massari e per la condanna degli imputati alla rifusione delle spese sostenute dalla medesima parte civile nel giudizio di secondo grado;

Uditi i difensori delle parti civili: avv. P. Nicotera, avv. Domenico Panetta, avv. Sebastiano Di Lascio, avv. Marcello Gentili, avv. Giancarlo Maniga, avv. G. Lo Mastro, avv. Bruno Andreozzi, avv. Paolo A. Sodani;

Uditi i difensori degli imputati: avv. Alberto Pisani per Karl Hass; avv. prof. Carlo Taormina e avv. Giosué Bruno Naso per Erich Priebke.

F A T T O

1.- I tragici eventi di cui è causa sono stati ampiamente ricostruiti nei diversi giudizi di merito celebrati dal dopoguerra ad oggi, secondo percorsi di lettura sostanzialmente omogenei in linea di fatto, ma che devono essere necessariamente rammentati - sia pure in sintesi - in questa sede.

Alle ore 15 del 23 marzo 1944 all'interno della città di Roma, in via Rasella, al passaggio di una compagnia di polizia tedesca del battaglione "Bozen" avveniva lo scoppio di una carica di esplosivo accompagnato dal lancio di bombe a mano: all'esito dell'attentato, opera di una squadra di partigiani italiani appartenente all'organizzazione clandestina di resistenza contro le forze militari occupanti, perdevano la vita trentadue soldati tedeschi.

Il ten. col. delle SS Herbert Kappler, comandante dell'Aussenkommando della polizia e del servizio di sicurezza di via Tasso durante l'occupazione di Roma da parte delle forze armate tedesche, giunto poco dopo sul posto con i suoi diretti collaboratori, ebbe immediato incarico dal gen. Maeltzer, comandante tedesco di Roma, di occuparsi dell'attentato; ma la ricerca e la punizione degli autori dell'attentato non costituì la fondamentale attività dell'autorità militare o di polizia, perché nel corso di una conversazione svoltasi alle ore 17 fra il Maeltzer e il Kappler, interrotta da colloqui telefonici con il gen. von Mackensen, comandante della 14a armata, si discusse esclusivamente del tema delle misure di rappresaglia da adottare mediante fucilazione di un non ancora definito numero di persone disponibili - fra quelle che erano state condannate a morte o all'ergastolo o arrestate per reati punibili con la morte: c.d. "todeswurdige" -, fino al limite di dieci di esse per ogni militare tedesco deceduto; il Kappler fu incaricato di preparare l'elenco di tali persone.

Ritornato in ufficio ed appreso che dal m.llo Kesslerling era giunto l'ordine - impartito "da molto più in alto", forse addirittura da Hitler - di fucilare entro 24 ore un numero di cittadini italiani decuplo di quello dei soldati morti, il Kappler ebbe una conversazione telefonica col gen. Harster, conclusasi con la determinazione di integrare l'ancora insufficiente numero dei destinati a morte con cinquantasette ebrei detenuti in base a un precedente rastrellamento e in attesa di avviamento ai campi di concentramento; nella notte il Kappler, con l'aiuto dei suoi collaboratori, compilò una lista di duecentosettanta persone e la mattina successiva fece richiesta alla polizia italiana di preparare una seconda lista - denominata "Caruso" dal nome del questore dell'epoca - di altre cinquanta persone, scelte fra i detenuti a disposizione di quella polizia, onde raggiungere il numero di trecentoventi fissato per la rappresaglia.

Nel corso di un incontro svoltosi alle ore 12 del 24 marzo nell'ufficio del gen. Maeltzer, a seguito delle difficoltà frapposte dal magg. Dobrik del battaglione Bozen e dal col. Hanser del comando della 14a armata all'esecuzione della rappresaglia con i propri uomini, fu ordinato al Kappler di provvedere ad essa nel numero di trecentoventi persone indicate nelle liste.

Il Kappler, riuniti a rapporto gli ufficiali, dispose che tutti gli uomini del suo comando partecipassero all'esecuzione agli ordini del cap. Schutz, mediante l'esplosione di un solo colpo di pistola alla testa di ciascuna vittima, mentre il cap. Priebke fu incaricato del controllo del numero delle persone via via fucilate e il cap. Kochler di trovare una cava idonea per l'esecuzione, i cui ingressi si potessero chiudere in modo da trasformarla in camera sepolcrale; ciascuno degli ufficiali avrebbe dovuto eseguire personalmente almeno una uccisione a fini d'esemplarità per la truppa; informato poco dopo del sopravvenuto decesso di un altro soldato tedesco, il Kappler dispose d'includere nell'elenco altri dieci ebrei arrestati quella mattina.

La fucilazione ebbe luogo a partire dal pomeriggio fino alla sera del 24 marzo all'interno delle Cave Ardeatine: nell'antistante piazzale giungevano gli autocarri con le vittime, provenienti - quelle della lista tedesca - dal carcere di via Tasso e - quelle della lista "Caruso" - dal carcere di Regina Coeli; le operazioni erano dirette dal cap. Schutz, il quale avvertì i militari della truppa che quanti non si sentivano di sparare non avevano altra via d'uscita che mettersi accanto alle vittime designate; cinque soldati tedeschi prendevano in consegna cinque vittime, le accompagnavano in fondo alla cava debolmente illuminata da torce, le costringevano a inginocchiarsi - col passare delle ore anche sopra i cadaveri accatastati di coloro che le avevano preceduti - con la testa reclinata in avanti e ciascuno di essi sparava un colpo di pistola alla nuca della persona in consegna; i cadaveri, trasportati da alcuni soldati, venivano ammassati fino all'altezza di un metro, in fondo alla cava, alla vista di coloro che entravano subito dopo avere sentito le grida e gli spari; ciascuno degli ufficiali partecipò personalmente almeno ad un'esecuzione; il soldato Amons, inorridito dallo spettacolo, svenne e non ebbe la forza di sparare, sostituito a tal fine dai suoi commilitoni; l'esitante soldato Wetjen fu accompagnato dallo stesso Kappler all'interno della cava; i nomi delle vittime venivano cancellati di volta in volta dall'elenco tenuto dal cap. Priebke, rimasto sul posto fino alle ore 19 quando ebbe termine l'eccidio; ciascuno degli ufficiali eseguì personalmente almeno due uccisioni per dare l'esempio alla truppa; subito dopo alcune mine fatte brillare chiusero l'accesso alla cava.

I morti furono complessivamente trecentotrentacinque, quindici in più rispetto ai trecentoventi corrispondenti al fissato parametro di dieci a uno; cinque di essi, condotti sul luogo dell'eccidio insieme con gli altri trecentotrenta, vennero individuati e collocati in disparte nel piazzale antistante dove furono visti dal ten. Kofler parlare col Kappler; mentre il disertore austriaco Raider, pure condotto sul luogo della rappresaglia, fu ricondotto a via Tasso in considerazione della sua nazionalità.

Il giorno successivo lo Schutz e il Priebke riferirono al Kappler che erano state fucilate cinque persone in più, sostenendo che la lista "Caruso" comprendeva cinquantacinque anziché cinquanta persone; ma ciò non corrispondeva al vero perché, in base al successivo riconoscimento delle salme, il numero dei detenuti a disposizione della polizia italiana risultò esattamente di cinquanta, sì che le cinque persone in più dovevano essere a disposizione del comando tedesco; in quello stesso giorno i giornali italiani pubblicarono il comunicato relativo all'attentato di via Rasella ed alla fucilazione di dieci "comunisti badogliani" per ciascuno dei trentadue soldati tedeschi morti; solo a seguito del successivo dissotterramento si scoprì il reale numero delle persone uccise, trecentotrentacinque anziché trecentoventi.

2.- Nell'immediato dopoguerra, all'esito d'istruttoria sommaria, venne disposto il rinvio a giudizio del ten. col. H. Kappler e degli ufficiali di grado inferiore Domizlaff, Clemens, Quapp, Schutze e Wiedner - pure in servizio presso il medesimo comando militare - per rispondere del reato di concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani di cui agli artt. 13 e 185, co. 1° e 2°, c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 112 n. 1, 575, 577, nn. 3 e 4, 61 n. 4 e 5 c.p., e per il Kappler con le ulteriori aggravanti previste dall'art. 112 n. 2 e 3 c.p., "... perché, quali appartenenti alle forze armate tedesche, nemiche dello Stato italiano, in concorso tra loro e con circa 40-50 militari delle SS tedesche, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, senza necessità né giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e in esecuzione di sanzioni collettive stabilite per un attentato commesso il 23.3.1944 in via Rasella a Roma, cagionavano, mediante colpi d'arma da fuoco esplosi con premeditazione, cinque per volta, alla nuca di ogni vittima, la morte di trecentotrentacinque persone, in grandissima maggioranza cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, e precisamente n. 154 persone a disposizione dell'Aussenkommando sotto inchiesta di polizia, n. 43 persone a disposizione del tribunale militare tedesco - 1 assolta, 23 in attesa di giudizio, 16 condannate a pene detentive temporanee e 3 alla pena di

morte -, n. 50 persone a disposizione della questura fermate per motivi politici o di p.s., n. 10 persone arrestate nei pressi di via Rasella, n. 3 persone non identificate e n. 75 ebrei, in Roma località Cave Ardeatine, il 24 marzo 1944".

Il tribunale militare territoriale di Roma, dopo avere ricostruito analiticamente le vicende dell'attentato partigiano di via Rasella del 23 marzo 1944, nel quale rimanevano uccisi 33 soldati tedeschi, e della reazione dell'esercito occupante mediante la citata esecuzione collettiva presso le Cave Ardeatine nel giorno successivo, qualificato illegittimo il ricorso alla "rappresaglia" per l'enorme sproporzione fra le conseguenze dell'attentato e il numero delle vittime, in assenza altresì di necessità bellica o di giustificato motivo, effettuava (quanto alla posizione di vertice gerarchico del Kappler e alla relativa "indagine sul dolo" dell'imputato) una distinzione tra la fucilazione di trecentoventi persone, corrispondenti all'ordine dato dal gen. Maeltzer di uccidere dieci italiani per ogni soldato tedesco ucciso - trentadue al momento dell'ordine -, quella di ulteriori dieci persone, ordinata direttamente dal Kappler dopo essere stato informato del sopravvenuto decesso di un soldato tedesco, e quella infine di altre cinque persone eccedenti l'originaria lista delle vittime, distinzione di cui appare opportuno riportare alcuni passaggi motivazionali.

"... L'ordine di uccidere trecentoventi persone in relazione a trentadue morti, pur essendo illegittimo in quanto quelle fucilazioni costituivano degli omicidi, non può affermarsi con sicura coscienza che tale sia apparso al Kappler...", ovvero che questi "... abbia avuto coscienza e volontà di obbedire a un ordine illegittimo...", in considerazione dello "stato d'animo di solidarietà verso i tedeschi morti", dell'"abito mentale portato all'obbedienza pronta formato nell'organizzazione delle SS dalla disciplina rigidissima", della circostanza che ordini analoghi in precedenza erano stati eseguiti in varie zone d'operazione, della circostanza che il comando, proveniente dal gen. Maeltzer, potesse risalire addirittura a un ordine del Fuehrer.

Piena era invece la responsabilità del Kappler per la fucilazione di altri dieci ebrei - costituenti dieci omicidi volontari continuati - da lui autonomamente disposta dopo avere appreso della sopravvenuta morte di un soldato tedesco senza avere ricevuto alcun ordine in proposito: egli agì "arbitrariamente e illegalmente nell'intento di porre in rilievo la sua personalità come quello di chi adotta pronte, energiche e spregiudicate misure", onde accrescere "il suo prestigio davanti ai capi nazisti", rinvenendosi "la causale nella sfrenata e aberrante ambizione dell'uomo... permeato fino all'exasperazione di nazismo".

La fucilazione delle altre cinque persone, prelevate in più del numero stabilito fra i detenuti a disposizione dei tedeschi, fu dovuta invece ad un "errore", perché "... il cap. Schutz e il cap. Priecke, preposti alla direzione dell'esecuzione e al controllo delle vittime nella frenetica foga di effettuare l'esecuzione con la massima rapidità, non s'accorsero che esse erano estranee alle liste fatte in precedenza ...", sì che "la loro uccisione si riporta alle insufficienti ed inopportune direttive date dal Kappler per un'esecuzione in grande massa e alla straordinaria negligenza di quei due capitani": il Kappler, oltre che dei dieci omicidi volontari suindicati, risponde anche di questi 5 omicidi a titolo di aberratio ictus ex art. 82, co. 2°, c.p.

Il Kappler veniva pertanto condannato, con sentenza di data 20.7.1948, alla pena dell'ergastolo per gli indicati omicidi volontari continuati e pluriaggravati dall'aver agito con crudeltà verso le vittime, con premeditazione e con approfittamento di circostanze minoratrici della privata difesa, nonché ai sensi degli artt. 47 n. 2 e 58 c.p.m.p.

Quanto alla posizione degli altri cinque imputati, che avevano ricevuto ordine dal Kappler di partecipare all'esecuzione collettiva di cittadini italiani conseguente all'attentato partigiano, osservava il tribunale che: taluni, sebbene avessero presenziato alle prime

indagini come il Domzilaff e il Clemens, ovvero avessero collaborato nella compilazione delle liste come il Quapp, "non erano a conoscenza di tutti gli elementi di fatto noti al loro superiore e tanto meno del contenuto dei colloqui che questi aveva avuto con le autorità superiori"; altri, come lo Schutze e il Wiedner, "erano stati riuniti qualche ora prima dell'esecuzione e assieme ad altri erano stati condotti alle Cave Ardeatine"; loro "non sapevano che dieci persone venivano fatte fucilare al di fuori dell'ordine ricevuto né intervenivano in quell'attività che doveva determinare per errore la morte di cinque persone".

Tenuto conto dell'appartenenza ad un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, dell'abito mentale portato alla pronta obbedienza, del timore di una denuncia al tribunale militare delle SS, e considerato che questi imputati "erano ignari dell'esatta situazione che portava alla fucilazione mentre erano a conoscenza che ordini aventi lo stesso contenuto spesso erano stati eseguiti in zone d'operazioni", il tribunale riteneva dovesse escludersi che loro "avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo" e, con la medesima sentenza, li assolveva "per avere agito nell'esecuzione di un ordine di un superiore".

Il tribunale supremo militare, pur rettificando la motivazione della prima decisione sulla "rappresaglia" per l'attentato partigiano - nel senso di escluderne in radice la legittimità da parte dell'esercito tedesco occupante -, ne confermava la ricostruzione fattuale della vicenda e le valutazioni, in punto sia di "dubbio circa la coscienza e la volontà dell'imputato di obbedire ad un ordine criminoso per quanto ha tratto alla fucilazione dei trecentoventi" che di responsabilità per l'uccisione delle altre quindici persone; e pertanto, nonostante l'esclusione dell'aggravante della premeditazione per quest'ultimi delitti ("per l'immediata contestualità tra la notizia del decesso del 33° soldato e la deliberazione di aggiungere altre dieci persone all'elenco delle vittime" e, quanto all'uccisione degli altri cinque, per l'esecuzione "commessa in continenti dell'intera strage"), con sentenza in data 25.10.1952, divenuta irrevocabile il 19.12.1953 a seguito di declaratoria d'inammissibilità del ricorso per cassazione, respingeva il ricorso del Kappler.

3.- Herbert Hass e Erich Priebke - maggiore e, rispettivamente, capitano delle SS germaniche - sono stati infine chiamati a rispondere davanti al tribunale militare di Roma del reato di "concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani", di cui agli artt. 13 e 185, commi 1° e 2°, c.p.m.g., in relazione agli artt. 81, 110, 575, 577 nn. 3 e 4, 61 n. 4 c.p., in concorso con Herbert Kappler ed altri militari tedeschi (alcuni dei quali già giudicati con le summenzionate sentenze), "per avere cagionato la morte di trecentotrentacinque persone, per lo più cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo di colpi d'arma da fuoco, in Roma, loc. Cave Ardeatine, in data 24 marzo 1944 durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania".

Il tribunale, pur affermando di condividere integralmente la ricostruzione degli eventi riportata nelle decisioni passate in giudicato riguardanti Kappler e gli altri cinque ufficiali del comando tedesco - recepite ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. -, ribadita la tesi dell'illegittimità della rappresaglia contro la popolazione civile a seguito dell'attentato partigiano di via Rasella per difetto dei presupposti della proporzionalità e della necessità, escludeva in premessa l'effetto preclusivo della res judicata formatasi in quel diverso giudizio nei confronti degli odierni imputati, pure concorrenti nel medesimo reato, attesa l'autonomia di ciascuna posizione concorsuale e di ciascun rapporto processuale.

Sono stati innanzi tutto identificati i ruoli rispettivamente svolti dall'Hass e dal Priebke all'interno del Comando militare tedesco di Roma (il primo, quale dirigente del 6° reparto delle SS cui era demandato il servizio informazioni politiche col compito di occuparsi dello spionaggio all'estero, con proprio ufficio e relativa autonomia funzionale presso

l'Ambasciata germanica; il secondo, alle dirette dipendenze del ten. col. Kappler e del pari grado cap. Schutz nell'ambito del 4° reparto dell'Aussenkommando della polizia politica e del servizio di sicurezza di via Tasso, ufficiale di collegamento con l'Ambasciata germanica, uomo di massima fiducia del Kappler nell'organizzazione romana delle SS, partecipe personalmente ad operazioni di polizia repressiva, arresti, interrogatori, torture di coloro che venivano imprigionati nel carcere tedesco di via Tasso) e nella realizzazione dell'eccidio delle Cave Ardeatine (il Priebke collaborò alla preparazione dell'eccidio, mediante la formazione e la tenuta degli elenchi dei prigionieri, e alla loro uccisione, "in posizione di assoluta preminenza organizzativa", mentre l'Hass venne informato dal Kappler e chiamato a partecipare alla riunione operativa con gli ufficiali la mattina del 24 marzo, presenziò alla fase dell'esecuzione, dall'inizio alla fine, mediante la personale uccisione di almeno due prigionieri per dare l'esempio alla truppa).

Si è poi affermato - secondo una rilettura delle medesime risultanze probatorie del processo Kappler condotta alla luce delle dichiarazioni successivamente rese dal teste Cecconi e dall'imputato Hass (il Kappler gli aveva raccontato la mattina del 25 marzo che per errore erano state portate 335 anziché 330 persone e "poiché cinque persone in più alla fine c'erano, erano state passate per le armi") - che l'uccisione delle cinque persone eccedenti il numero dei trecentotrenta fu posta in essere, al fine di "eliminare testimoni pericolosi" e non "lasciare tracce", con piena consapevolezza, massima del Priebke, affidatario delle liste e preposto dall'inizio alla fine alla chiamata e alla formazione dei gruppi di cinque persone avviate, l'una dopo l'altra, a morte e alla loro cancellazione dalle liste in corrispondenza dei nominativi ivi segnati.

Il tribunale, escluse le cause di giustificazione dell'adempimento di un ordine gerarchico - per il suo contenuto intrinsecamente e manifestamente criminoso - e dello stato di necessità - quantomeno per l'evidente sproporzione fra il pericolo in ipotesi incombente su di essi e il fatto commesso -, dichiarava con sentenza in data 22.7.1997 gli imputati colpevoli di concorso nel delitto di violenza con omicidio continuato e pluriaggravato dalla crudeltà e dalla premeditazione (quest'ultima ascrivibile al solo Priebke, ma estensibile all'Hass a norma dell'art. 118 c.p., applicabile nella formulazione previgente la novella del 1980 in forza del principio di ultrattività della legge penale militare di guerra sancito dall'art. 23 c.p.m.g.).

Ritenute sussistenti per entrambi gli imputati l'attenuante dell'art. 59 n. 1 c.p.m.p. per essere stati determinati dal Kappler, superiore gerarchico, a concorrere nella commissione del reato, e le attenuanti generiche, nonché per il solo Hass anche quella della minima importanza nella partecipazione al reato di cui all'art. 59 n. 2, c.p.m.p., quel giudice escludeva la possibilità di procedere al giudizio di comparazione fra esse (dovendosi apprezzare in quel caso la subvalenza delle attenuanti) ed applicava l'art. 69 co. 4° c.p. nella formulazione previgente la novella del 1974 in forza della citata ultrattività della legge penale di guerra.

Affermata quindi l'imprescrittibilità del reato, siccome astrattamente punibile con la pena dell'ergastolo e configurabile come crimine di guerra contro l'umanità secondo il diritto internazionale, l'Hass veniva condannato alla pena di anni 10 e mesi 8 di reclusione e il Priebke a quella di anni 15 di reclusione, pene parzialmente condonate nella misura di anni 10, oltre al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili e alla rifusione delle relative spese di difesa.

4.- La corte militare d'appello, in accoglimento del gravame della pubblica accusa e in parziale riforma della citata decisione di primo grado, escluse per entrambi gli imputati le attenuanti di cui agli artt. 62-bis c.p. e 59 n. 1 c.p.m.p. e per l'Hass anche quella di cui all'art. 59 n. 2 c.p.m.p., li condannava alla pena dell'ergastolo, oltre la rifusione delle

spese sostenute dalle parti civili, con esclusione delle parcelle presentate da difensori sprovvisti di procura speciale per il giudizio d'appello.

La corte recepiva la narrazione degli eventi contenuta nelle citate decisioni del 1948 e del 1952 con alcune rettificazioni e integrazioni necessitate dal sopravvenire di risultanze probatorie, ad esempio in tema di: ruolo e posizione dei due imputati all'interno dell'organizzazione romana delle SS e modalità di partecipazione di ciascuno di essi alle varie fasi dell'eccidio; formazione e veicolazione dell'ordine ricevuto dal Kappler di fucilare "ostaggi italiani" e "condannati a morte" in numero di dieci a uno, a titolo di rappresaglia per le uccisioni dei soldati tedeschi nell'attentato partigiano di via Rasella, e di autonome determinazioni dello stesso; deliberata e clandestina uccisione di cinque persone in più rispetto alla voluta proporzione di dieci a uno per i motivi indicati dal giudice di primo grado.

Disattendeva quindi la tesi difensiva della preclusione processuale nascente dal giudicato - in parte qua - assolutorio, formatosi nel 1948 nel processo a carico di H. Kappler e di altri cinque ufficiali tedeschi che avevano partecipato all'eccidio delle Cave Ardeatine, nei confronti degli odierni imputati, pure concorrenti nel medesimo reato, in considerazione dell'autonomia di ciascuna posizione concorsuale e dell'inesistenza di situazioni di logica "inconciliabilità dei fatti di base", ricostruiti da entrambi i giudici di merito nell'immediato dopoguerra in termini di oggettiva illiceità, seppure con diversificazione della posizione dei singoli concorrenti "in punto di dolo".

Ribadite l'illegittimità della rappresaglia contro la popolazione civile a seguito dell'attentato partigiano di via Rasella, per difetto dei presupposti della proporzionalità e della necessità di fatto o giuridica, e l'assenza degli estremi delle invocate esimenti - anche sotto il profilo putativo - dell'esecuzione di un ordine vincolante e insindacabile, per la sua manifesta criminosità, e dello stato di necessità, per difetto di minaccia alla vita o all'integrità fisica degli ufficiali delle SS romane in caso di rifiuto di obbedienza all'ordine di uccidere, la corte evidenziava il rilevante e consapevole contributo causale della già descritta attività concorsuale dei due imputati nelle varie fasi della strage.

Ravvisava per entrambi le aggravanti della premeditazione - questa facente capo direttamente anche all'Hass e non al solo Priebeke - e della crudeltà, e, disattesa la configurabilità dell'attenuante della determinazione al reato da parte del superiore per l'assenza di una minorata condizione di resistenza psicologica da parte del subordinato, e per l'Hass anche di quella della minima partecipazione al fatto per il primario contributo da lui fornito alla esecuzione collettiva, escludeva altresì il concorso di attenuanti generiche, atteso il peso marginale degli elementi del tempo trascorso dal fatto e dell'età avanzatissima degli imputati rispetto alla "inaudita gravità" e "disumanità" del "barbaro eccidio" di cui essi si resero protagonisti, indice di "ineguagliabile malvagità", anche sotto il profilo della "capacità a delinquere" e della "tendenza criminosa" degli autori.

La comminatoria dell'ergastolo per il reato contestato ostava in radice all'intervento della prescrizione prevista dall'art. 157 c.p. come causa estintiva del reato per il quale sia invece prevista una pena detentiva temporanea.

5.- Avverso detta sentenza hanno proposto distinti ricorsi per cassazione entrambi gli imputati e il difensore della parte civile Roberto Massari, articolando plurimi motivi di gravame sotto i seguenti profili.

5.1.- Il difensore di Karl Hass, avv. A. Pisani, chiedendo la rimessione del procedimento alle Sezioni Unite di questa Corte "data la complessità e delicatezza delle questioni svolte", ha denunciato: a) il "travisamento dei fatti" circa la ricostruzione degli eventi che

seguirono l'attentato di via Rasella, in particolare circa le modalità di formazione dell'ordine di esecuzione della rappresaglia; b) la violazione del disposto dell'art. 630 lett. a) in relazione all'art. 669 c.p.p., e degli artt. 43 e 110 c.p., in ordine alla richiesta declaratoria d'improcedibilità per la preclusione derivante dal giudicato formatosi nel 1948 nei confronti degli altri cinque ufficiali concorrenti nel medesimo reato; c) l'erronea interpretazione degli artt. 40 c.p.m.p., 51 e 59 c.p. e l'illogicità della motivazione sulla prova della rappresentazione da parte dell'imputato dell'illegittimità e manifesta criminalità dell'ordine di eseguire la rappresaglia, valutata in termini dissimili da quanto stabilito con la sentenza assolutoria pronunciata nel 1948 nei confronti degli altri ufficiali del comando delle SS, soprattutto per l'uccisione delle cinque persone in più rispetto al fissato numero delle vittime; d) la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione quanto all'esclusione dello stato di necessità scusante in considerazione delle conseguenze che sarebbero derivate in caso di disobbedienza all'ordine; e) la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione in ordine alle ritenute aggravanti della premeditazione e della crudeltà, la prima valutata in modo dissimile da quanto già stabilito a carico del medesimo Kappler; f) la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione per il diniego delle attenuanti di cui all'art. 59, nn. 1 e 2, c.p.m.p. e delle attenuanti generiche, attese la tardissima età del ricorrente e l'assenza di pregiudizi nel tempo successivo al fatto addebitato, con richiesta di conseguente declaratoria di prescrizione del reato.

5.2.- I difensori di Erich Priebke, avv. G.B. Naso e avv. prof. C. Taormina, hanno dedotto - con autonomi ricorsi -: a) il "travisamento dei fatti" circa la ricostruzione degli eventi, effettuata in termini incompatibili con quanto stabilito con la sentenza pronunciata nel 1948 (di assoluzione dubitativa quanto a 320 uccisioni) nei confronti del Kappler e (di assoluzione piena per tutte le uccisioni) degli altri cinque ufficiali concorrenti nel medesimo reato quanto alla consapevolezza dell'illegittimità dell'ordine di rappresaglia, con conseguente violazione del divieto di bis in idem previsto dall'art. 649 c.p.p. "anche quale strumento preventivo di risoluzione dei conflitti teorici di giudicati", in riferimento sistematico agli artt. 630 lett. a) e 669.8, relativamente alla richiesta declaratoria d'improcedibilità per la preclusione derivante dal giudicato formatosi nel 1948; b) il vizio logico di motivazione e il travisamento dei fatti, in relazione all'art. 192 c.p.p., in ordine alla rivisitazione storico-giudiziaria della formazione e veicolazione dell'ordine di eseguire la rappresaglia e alla prova dell'attribuibilità all'imputato di una potestà decisoria e di una condotta autonoma avente incidenza causale nella produzione dell'evento, sia nella fase preparatoria della predisposizione e tenuta delle liste che nella fase esecutiva dell'eccidio, soprattutto per l'uccisione delle cinque persone in più rispetto alla deliberata proporzione; c) la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione con riferimento all'esimente prevista, soprattutto per il profilo putativo, dagli artt. 40 c.p.m.p., 51 e 59 c.p., in ordine alla prova della rappresentazione da parte dell'imputato dell'illegittimità e manifesta criminalità dell'ordine di eseguire la rappresaglia; d) la violazione di legge e il vizio motivazionale quanto all'esclusione dello stato di necessità quanto meno putativo, scusante in considerazione delle conseguenze che sarebbero derivate in caso di disobbedienza all'ordine; e) la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione in ordine alle ritenute aggravanti della premeditazione e della crudeltà verso le persone; f) la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione per il diniego delle circostanze attenuanti di cui all'art. 59 n. 1 c.p.m.p. e delle attenuanti generiche, attese l'avanzatissima età del ricorrente e il trascorrere del tempo dal fatto addebitato senza la commissione di ulteriori reati.

5.3.- Ha proposto altresì ricorso per cassazione l'avv. P.A. Sodani, difensore della parte civile Roberto Massari, deducendo la violazione degli artt. 100, comma 3, e 541 c.p.p. in punto di rifusione delle spese del giudizio d'appello, denegata da quel giudice sull'erroneo presupposto della mancanza di specifica procura speciale per la fase di gravame, poiché

l'originaria procura era stata rilasciata dall'interessato al difensore per l'intero "procedimento" e non solo per il primo grado di giudizio.

D I R I T T O

Il difensore di Karl Hass, avv. A. Pisani, ha chiesto che il procedimento "data la complessità e la delicatezza delle questioni svolte" sia devoluto, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., alle Sezioni Unite di questa Corte.

Il Collegio non ritiene di dover rimettere i ricorsi alle Sezioni Unite poiché le questioni di diritto sottoposte al suo esame possono essere decise sulla base delle ragioni che si esporranno qui di seguito.

1) Sulla preclusione derivante dal giudicato penale.

1.- Dev'essere esaminato per primo, in ordine logico, il motivo di gravame con il quale i difensori degli imputati hanno denunciato il "travisamento dei fatti" nella ricostruzione degli eventi di cui è causa, che sarebbe stata effettuata dal giudice di merito in termini incompatibili con quanto stabilito con la sentenza pronunciata il 20 luglio 1948 (di assoluzione dubitativa quanto a 320 uccisioni) nei confronti del Kappler e (di assoluzione piena per tutte le uccisioni) degli altri cinque ufficiali del comando romano delle SS, gerarchicamente subordinati e concorrenti nel medesimo reato - in particolare, quanto alla consapevolezza dell'illegittimità e criminalità dell'ordine di rappresaglia -, nonché la conseguente violazione da parte di quel giudice del divieto di bis in idem previsto dall'art. 649 c.p.p.

Disposizione quest'ultima che, nella prospettiva difensiva, funzionerebbe "anche quale strumento preventivo di risoluzione dei conflitti teorici tra giudicati", mediante la declaratoria d'improcedibilità per la preclusione derivante dal giudicato, e che sarebbe da interpretare sistematicamente in relazione alla disciplina predisposta dagli artt. 630.1 lett. a) e 669.8 c.p.p., sulla revisione della sentenza irrevocabile di condanna "se i fatti stabiliti a fondamento non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile" e, rispettivamente, sui poteri del giudice dell'esecuzione in caso di pluralità di sentenze irrevocabili, una di condanna e l'altra di proscioglimento, pronunciate per il medesimo fatto.

Ritiene il Collegio che la censura sia destituita di fondamento giuridico.

2.- L'operatività della garanzia del divieto di bis in idem impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona e per lo stesso fatto sul quale si è formato il giudicato penale: se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento, a seconda della fase in cui la causa preclusiva è rilevata.

Il valore della "cosa giudicata penale", risolvendosi nella regola, di natura strettamente processuale ed a contenuto negativo, del divieto di un secondo giudizio (art. 649 c.p.p.; v. l'art. 90 c.p.p. 1930), esplica una funzione di garanzia per la persona imputata e ne postula l'identità con il soggetto già irrevocabilmente condannato o prosciolto.

Di talché, la preclusione derivante dal giudicato penale nei confronti di un determinato imputato per un certo fatto - giusta l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente dominante (Cass., sez. V, 31.10.1995, Gavinelli, rv. 203379; sez. I, 29.9.1995, Bernocchi, in Riv. pen., 1996, 486; sez. IV, 14.4.1988, Zuccari, rv. 179259; sez. VI, 25.3.1986, De Martino,

in Cass. pen., 1987, 1201) - non esplica alcuna efficacia vincolante nei confronti dei coimputati per i quali si sia proceduto separatamente, neppure se concorrenti nello stesso reato, a cagione dell'autonomia dei singoli rapporti processuali concernenti ciascun imputato, con la conseguente possibilità di una diversa valutazione dello stesso fatto da parte di più giudici, dandosi esclusivamente luogo ad un'ipotesi di revisione della sentenza di condanna in caso d'inconciliabilità dei "fatti stabiliti a fondamento" della stessa rispetto a quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile a norma dell'art. 630.1 lett. a) c.p.p.

Che la disciplina sistematica della prevenzione del conflitto teorico fra giudicati, ispirata al generale principio del favor rei, sia per ciò stesso legata al presupposto di identità del soggetto imputato, trova conferma nella circostanza che anche le altre norme di chiusura, poste dall'ordinamento a rimedio della situazione determinata dal mancato funzionamento della preclusione di un secondo giudizio e ispirate anch'esse, oltre che alla funzione di garanzia del ne bis in idem, al principio del favor rei, presuppongono l'identità (non solo del fatto, ma altresì) della persona.

- Gli artt. 620.1 lett. h) e 621 c.p.p. (v. gli artt. 539 n. 7 e 540 c.p.p. 1930) prescrivono che la Corte di cassazione pronunci sentenza di annullamento senza rinvio "se vi è contraddizione tra la sentenza impugnata e un'altra anteriore concernente la stessa persona e il medesimo oggetto, pronunciata dallo stesso o da altro giudice penale", ordinando l'esecuzione della prima sentenza, e, se si tratta di una sentenza di condanna, di quella che ha inflitto la condanna meno grave determinata a norma dell'art. 669 (avvertendosi in giurisprudenza che, a fortiori, in caso di sentenza definitiva anteriore di condanna e di sentenza posteriore di proscioglimento, per mere ragioni di equità e superandosi il criterio dell'intangibilità del giudicato e quello conseguente della prevenzione dei giudizi, vanno ordinati l'esecuzione della seconda e l'annullamento della prima, ovvero che, qualora la sentenza anteriore a quella divenuta definitiva sia ancora soggetta ad impugnazione e sia più favorevole all'imputato, per il prevalere del criterio del favor rei, si annulla quella posteriore, essendosi in presenza di una lacuna della legge che va colmata avendo presenti le scelte operate dal legislatore sia in sede di cognizione che in sede di esecuzione: Cass., sez. I, 4.5.1984, Pratelli, rv. 164685-688).

- L'art. 669 c.p.p. (v. l'art. 579 del previgente codice di rito) detta per il giudice dell'esecuzione le regole per stabilire quale sia la decisione da eseguire - e quella da revocare - nel caso in cui siano state emesse irrevocabilmente più sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona, ancora una volta ribadendo, anche in executivis, la regola della prevalenza della condanna meno grave fra più sentenze di condanna o del proscioglimento - comma 8° - fra più sentenze, una di condanna e l'altra di proscioglimento (Cass., sez. II, 18.2.1992, Viriglio, rv. 189347).

- L'art. 733 lett. f) c.p.p. preclude infine il riconoscimento della sentenza straniera quando per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona è stata pronunciata nello Stato italiano sentenza irrevocabile.

Nulla autorizza dunque a ritenere che tale coerente disciplina normativa, peculiare espressione del ne bis in idem ed allo stesso tempo del favor rei, sia suscettibile di applicazione analogica nei confronti di imputati diversi, sia pure concorrenti nel medesimo fatto-reato per il quale si sia già formato il giudicato a carico di altro imputato: a prescindere da ogni confusione concettuale fra fenomeni distinti, il richiamo all'analogia maschererebbe, in tal caso, un'inammissibile e asistemica adesione alla teoria dell'efficacia esterna e riflessa del giudicato penale nel processo penale.

Ritiene pertanto il Collegio che l'ipotizzato conflitto teorico di giudicati non sia prevenibile in radice tramite la richiesta declaratoria d'improcedibilità, fondata in via analogica sull'art. 649 c.p.p., nell'interpretazione letterale e sistematica di tale norma in riferimento alle correlate disposizioni degli artt. 620.1 lett. h), 621, 669 e 733 lett. f) stesso codice di rito.

3.- Che l'ordinamento processuale non garantisca affatto alla res judicata penale né pregiudizialità vincolante, né stabilità decisoria esterna o erga omnes trova solida conferma nella disposizione dell'art. 238-bis c.p.p., recentemente inserita dall'art. 3.2 d.l. 306/92 conv. in l. 356/92 nel capo VII sui "documenti" del titolo II dedicato ai "mezzi di prova", che così recita: "Fermo quanto previsto dall'art. 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli artt. 187 e 192 comma 3".

Si è affermato in giurisprudenza che la ratio della norma è quella di non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno acquistato autorità di cosa giudicata, fermo restando il principio del libero convincimento del giudice (Cass., sez. II, 19.5.1994, Rapanà, rv. 198107), nel senso che l'utilizzazione ai fini del decidere di risultanze di fatto emergenti anche dalla motivazione, e non dal solo dispositivo, delle sentenze divenute irrevocabili acquisite ex art. 238-bis, per il richiamo agli art. 187 e 192.3, implica innanzi tutto l'accertamento della rilevanza di dette risultanze in relazione all'oggetto della prova e poi una verifica in ordine alla sussistenza o meno degli indispensabili elementi esterni di riscontro individualizzanti, di qualsiasi natura, da acquisire nel contraddittorio delle parti, che ne confermino la valenza di elemento di prova, per legge non autosufficiente (Cass., sez. I, 20.5.1997, Bottaro, rv. 207930; 25.5.1995, Ronch, rv. 202624).

Nemmeno per questa via è dunque riconosciuta dall'ordinamento processuale portata vincolante alla sentenza divenuta irrevocabile, prodotta quale mezzo di prova documentale ed acquisita al fascicolo del dibattimento: la critica utilizzazione della complessiva piattaforma probatoria è imposta, infatti, dalla regola per cui la prova del "fatto" in essa accertato - per tale intendendosi ogni elemento fattuale, ossia non valutativo, in essa ritenuto per avvenuto ovvero negato nella sua fenomenica esistenza, che abbia concorso con il suo accertamento giudiziale a fondare il convincimento del giudice e la pronuncia conclusiva - dev'essere apprezzata insieme con gli "altri elementi di prova", acquisiti ex novo, "che ne confermino l'attendibilità".

Anche la norma dell'art. 238-bis, pur riflettendo una concreta esigenza di coordinamento probatorio fra processi e di raccordo fra distinte realtà processuali, al pari dello strumento pure attinente alla circolazione della prova offerto dall'art. 238 per i verbali di prove di altro procedimento, presuppone l'autonomia delle valutazioni giudiziali.

Sembra invero non convincente, sotto il profilo teorico e dogmatico, l'idea di un peculiare carattere di prova legale dei fatti enunciati nelle premesse di una sentenza irrevocabile, idonea a costituire, in veste di documento, fonte vincolante di convincimento del giudice e a tenere luogo della diretta formazione e valutazione delle prove in una diversa sede processuale.

Comunque si vogliano intendere le indissolubili e reciproche interazioni fra "fatto" e "valore" contenute nella sentenza penale irrevocabile, correttamente introdotta negli atti processuali mediante lo strumento dell'art. 238-bis, l'acquisizione di siffatto "elemento di prova" non comporta giammai per il giudice di merito automatismi di sorta nel recepimento e nell'utilizzazione ai fini decisori dei "fatti" (né tantomeno dei "giudizi di fatto" e delle soluzioni di una quaestio facti contenuti nei passaggi argomentativi della motivazione) accertati dal giudice a quo, in forza di un'impropria situazione di

pregiudizialità rispetto al dictum e di un'inammissibile efficacia erga omnes del giudicato penale, attesa la persistente autonomia e libertà delle operazioni logiche di accertamento e formulazione di giudizio riservate in via esclusiva al giudice ad quem.

4.- Si conferma pertanto (anche alla luce della delineata interpretazione circa il valore e i limiti di strumento probatorio della sentenza penale irrevocabile in quel profilo di diritto positivo - l'art. 238-bis c.p.p. - sicuramente di più avanzata rilevanza esterna dell'accertamento irrevocabile) la fondatezza del consolidato principio giurisprudenziale per il quale il giudicato penale formatosi nei confronti di un determinato imputato per un certo fatto non vincola il giudice chiamato a rivalutare quest'ultimo in relazione alla posizione di altri imputati, concorrenti nel medesimo reato; ed anzi, in caso di assoluzione con sentenza irrevocabile di un imputato, il giudice del separato procedimento a carico di altro imputato, concorrente nel medesimo reato, può rivalutare il comportamento dell'assolto all'unico fine, fermo il divieto del bis in idem a tutela del soggetto nei cui confronti si è esaurita l'azione penale, di accertare la sussistenza o il grado di responsabilità dell'imputato sottoposto al suo giudizio.

Ed è stata proprio questa l'operazione ermeneutica condotta dal giudice di merito nella fattispecie in esame.

Il tribunale militare prima e la corte militare d'appello poi, pur affermando di condividere sostanzialmente la ricostruzione e la narrazione degli eventi storici di base, riportata nelle citate decisioni irrevocabili del 1948 e del 1952 riguardanti Kappler e gli altri cinque ufficiali del comando tedesco - recepite ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. -, hanno correttamente proceduto all'autonoma rilettura dei medesimi, incontrovertibili, dati fattuali e in pari tempo a quelle rettificazioni e integrazioni necessitate dal sopravvenire di ulteriori e specifiche risultanze probatorie, orali e documentali, acquisite nel giudizio ad quem con il crisma dell'oralità e dell'immediatezza, dandone congrua spiegazione nel discorso giustificativo dell'affermazione di responsabilità degli odierni imputati.

Ad esempio: in tema di ruolo e posizione dei due imputati all'interno dell'organizzazione romana delle SS e modalità di partecipazione di ciascuno di essi alla varie fasi dell'eccidio; di formazione e veicolazione dell'ordine ricevuto dal Kappler di fucilare "ostaggi italiani" e "condannati a morte" in numero di dieci a uno, a titolo di rappresaglia per le uccisioni dei soldati tedeschi nell'attentato partigiano di via Rasella, e di autonome determinazioni dello stesso Kappler (a prescindere dalla superfluità del mero argomentare "storiografico" in ordine alla posizione, ormai preclusa, di questo imputato rispetto alle posizioni degli odierni coimputati); di deliberata e clandestina uccisione di cinque persone in più rispetto alla voluta proporzione di dieci a uno, al fine di "eliminare testimoni pericolosi" e non "lasciare tracce".

5.- Che anzi, il giudice di secondo grado, disatteso l'assunto del primo giudice di un'assoluta irrilevanza probatoria delle pregresse irrevocabili statuizioni in ordine all'accertamento a lui demandato, si è deliberatamente posto nell'ottica della prevenzione di futuri conflitti teorici di giudicati e della coerenza logica tra essi, riconoscendo come ispirato al principio del favor rei, oltre che a quello di economia processuale, il rimedio predisposto contro l'ingiustizia di una sentenza dalla disciplina della revisione di cui all'art. 630.1 lett. a) c.p.p. (v. l'art. 554 lett. a) c.p.p. 1930).

La corte militare d'appello si è fatta carico di spiegare le ragioni per le quali non era neppure astrattamente ipotizzabile una situazione di conflitto, teorico e futuro, di giudicati che rendesse la decisione inutiliter data per incompatibilità o "inconciliabilità dei fatti di base" inerenti all'eccidio delle Cave Ardeatine, osservando, con un ragionamento di esemplare linearità logico-giuridica, che la formula assolutoria (parzialmente per

Kappler e totalmente per gli altri cinque imputati) della sentenza del 1948 trovava linfa e fondamento in una "indagine sul dolo" degli autori di un fatto-reato apprezzato comunque nella sua oggettiva illiceità: in particolare, sulla consapevolezza dell'illegittimità e criminosità dell'ordine di rappresaglia, qualificata per il Kappler in termini di dubbio di rappresentazione quanto all'uccisione di trecentoventi prigionieri e di errore o aberratio delicti quanto all'uccisione delle cinque persone in più, nonché in termini di sicuro difetto di rappresentazione per gli altri coimputati, ufficiali al primo gerarchicamente subordinati.

Mette conto altresì di osservare che l'esenzione da pena riconosciuta agli esecutori di ordini illegittimi, subordinatamente al verificarsi di certi presupposti, "non discrimina il fatto in sé" (Corte cost., sent. 6.7.1972 n. 123), perché, da un lato, il superiore che ha dato l'ordine risponde sempre del reato e, dall'altro, anche la concorrente responsabilità dell'esecutore è affermata o esclusa in presenza di talune "situazioni speciali" disciplinate - come appresso si dirà più diffusamente - dagli artt. 40 c.p.m.p. e 51 c.p.: trattasi invero di circostanza di esclusione della pena di natura personale e soggettiva, per ciò stesso priva di efficacia, a norma dell'art. 119 c.p., per tutti coloro che sono concorsi nel reato.

Orbene, appare evidente l'impossibilità di prospettare in termini di inconciliabilità dei fatti di base ex art. 630.1 lett. a) c.p.p. le differenti operazioni valutative condotte da più giudici circa la definizione delle singole condotte, degli spazi delle rispettive potestà decisorie e dei profili di colpevolezza di ciascun concorrente nella realizzazione del medesimo reato, pure ricostruito nel suo essenziale nucleo storico - l'attentato partigiano di via Rasella, la reazione del comando tedesco, l'ordine di uccisione in proporzione di dieci a uno, la formazione e tenuta delle liste delle vittime, le modalità esecutive dell'eccidio delle Cave Ardeatine, la presenza di persone in numero eccedente quello prefissato ecc. - in termini fattualmente identici e addirittura perfettamente sovrapponibili.

S'intende cioè affermare il principio per il quale la sentenza irrevocabile di proscioglimento di alcuni imputati è irrilevante nel giudizio successivamente instaurato a carico di un diverso imputato al quale sia contestato il concorso nel medesimo fatto, nell'ipotesi - come quella in esame - in cui il proscioglimento dei primi sia stato esplicitamente motivato dal giudice alla stregua di "un'indagine sul dolo", circa l'esatta rappresentazione e consapevolezza da parte di ciascuno di loro dei connotati d'illegittimità e criminosità dell'ordine formulato dal superiore gerarchico, mentre il fatto storico accertato risulti comunque oggettivamente illecito.

In questo caso, non inerendo l'inconciliabilità agli elementi storici adottati per la ricostruzione dei fatti di reato e posti a fondamento delle due diverse decisioni, non è dato postulare quella contraddittorietà dei fatti di base, essenziali o costitutivi, che potrebbe preludere al conflitto teorico di giudicati ed alla revisione di cui all'art. 630.1 lett. a) del codice di rito (giurisprudenza consolidata: cfr., ex plurimis, Cass., sez. VI, 24.10.1997, Gentilini, rv. 208834; sez. V, 9.7.1997, Garrone, rv. 208608; sez. III, 3.11.1994, Masi, rv. 200729; sez. I, 30.11.1992, Agnese, rv. 194797; sez. I, 12.6.1986, Amboni, in Riv. pen., 1987, 508).

II) Sulla manifesta criminosità dell'ordine e sullo stato di necessità (artt. 40 c.p.m.p. e 54 c.p.).

1.- I giudici di merito, dopo avere analiticamente descritto gli specifici ruoli rivestiti, i compiti assolti e i contributi dati da ciascuno dei coimputati, nel contesto della complessa attività concorsuale finalizzata alla realizzazione dell'efferato eccidio delle Cave Ardeatine da parte dell'intero apparato organizzativo del comando romano delle SS, hanno argomentato, con puntuale riferimento alle risultanze probatorie, l'ascrivibilità agli stessi

dell'effettivo e ininterrotto "dominio finalistico" o "signoria del fatto", mediante un'autonoma e consapevole condotta di partecipazione alle varie fasi di preparazione e di esecuzione, avente obiettiva e rilevante incidenza causale nella produzione dei plurimi eventi di morte.

Sono stati innanzi tutto identificati i ruoli rispettivamente ricoperti dall'Hass e dal Priebke all'interno del comando militare tedesco di Roma (il primo, quale dirigente del 6° reparto delle SS cui era demandato il servizio di informazioni politiche col compito di occuparsi dello spionaggio all'estero, con proprio ufficio e relativa autonomia funzionale presso l'ambasciata germanica; il secondo, alle dirette dipendenze del ten. col. Kappler e del parigrado cap. Schutz nell'ambito del 4° reparto dell'Aussenkommando della polizia politica e del servizio di sicurezza di via Tasso, ufficiale di collegamento con l'ambasciata germanica, uomo di massima fiducia del Kappler nell'organizzazione romana delle SS, diretto partecipe di operazioni di polizia repressiva, arresti, interrogatori, torture di coloro che venivano imprigionati nel carcere tedesco di via Tasso) e nella realizzazione dell'eccidio delle Cave Ardeatine (il Priebke collaborò alla preparazione dell'esecuzione collettiva, mediante la formazione e la tenuta degli elenchi dei prigionieri, e al coordinamento della dinamica della loro uccisione, "in posizione di assoluta preminenza organizzativa"; l'Hass venne informato dal Kappler e chiamato a partecipare alla riunione operativa con gli ufficiali la mattina del 24 marzo, presenziò alla fase dell'esecuzione, dall'inizio alla fine, mediante la personale uccisione di almeno due prigionieri per dare l'esempio alla truppa).

Il giudice di merito ha quindi affermato - secondo una rilettura delle medesime risultanze probatorie del primo processo, condotta alla luce delle dichiarazioni successivamente rese dal teste Cecconi e dall'imputato Hass (il Kappler gli aveva raccontato la mattina del 25 marzo che per errore erano state portate cinque persone in più rispetto alle trecentotrenta, individuate e collocate in disparte rispetto agli altri prigionieri, e "poiché cinque persone in più alla fine c'erano, erano state passate per le armi", dietro suo ordine) - che anche l'uccisione delle cinque persone eccedenti il numero dei trecentotrenta fu posta in essere, al fine di "eliminare testimoni pericolosi" e non "lasciare tracce", con piena consapevolezza, massima del Priebke, affidatario delle liste e preposto dall'inizio alla fine alla chiamata e alla formazione dei gruppi di cinque persone avviate, l'una dopo l'altra, a morte e alla loro cancellazione dalle liste in corrispondenza dei nominativi ivi segnati.

Si è sottolineato inoltre da parte dello stesso giudice come i due ufficiali, mediante la partecipazione alle riunioni preparatorie e la costante presenza sul luogo della strage, accompagnata dalla diretta e programmata uccisione da parte di ciascuno di essi di almeno due persone a fini di esemplarità per la truppa, avessero realizzato, nell'ambito del concordato progetto criminoso, un contributo concorsuale significativo, determinante, rafforzativo e di sicura agevolazione per tutte le altre uccisioni, sia per quelle prestabilite in numero di trecentotrenta che per quelle eccedenti in numero di cinque, le quali "seppure non programmate rientravano nella logica dell'azione rapida e clandestina destinata a rimanere tale".

Ciò posto, rileva il Collegio che i punti di censura relativi al preteso "travisamento del fatto" - in ordine all'asserita rivisitazione storico-giudiziaria della formazione e veicolazione dell'ordine di eseguire la rappresaglia e alla prova dell'attribuibilità a ciascuno degli imputati di una potestà decisoria e di una condotta autonoma causalmente rilevante, sia nella fase preparatoria che in quella esecutiva dell'eccidio, soprattutto per l'uccisione delle cinque persone in più rispetto alla deliberata proporzione - si limitano, ancorché sotto la specie del vizio di mancanza o manifesta illogicità della motivazione, allo svolgimento di una serie di deduzioni di mero fatto, tutte concernenti circostanze già esaurientemente vagliate e analizzate nei precedenti gradi di giudizio e disattese con

argomentazioni non più rivalutabili nella presente sede di legittimità, in quanto riservate ai giudici competenti per il merito ed immuni altresì da vizi logico-giuridici di sorta.

2.- Di indubbio rilievo in questa sede sono invece i comuni - e strettamente correlati - motivi di gravame, con i quali i difensori degli imputati denunciano violazione di legge con riferimento alla esimente prevista, quanto meno sotto il profilo putativo, dagli artt. 40 c.p.m.p., 51 e 59 c.p., e manifesta illogicità della motivazione sulla prova della rappresentazione da parte degli imputati dell'illegittimità e criminalità dell'ordine di eseguire la rappresaglia - mediante l'uccisione di un numero di prigionieri in proporzione di uno a dieci rispetto ai soldati tedeschi morti a seguito dell'attentato partigiano -, nonché vizio motivazionale quanto all'esclusione dello stato di necessità, almeno putativo, scusante in considerazione delle conseguenze che sarebbero derivate in caso di disobbedienza all'ordine.

2.1.- La tesi difensiva per la quale il fatto costituente reato ex art. 185 c.p.m.g. sarebbe stato commesso nell'adempimento di un dovere di obbedienza all'ordine emanato - all'ultimo anello della catena gerarchica del meccanismo ordinatorio (Hitler, m.llo Kesslerling, gen. von Mackensen, gen. Maeltzer, ten. col. Kappler) - dal Kappler, ufficiale delle SS in posizione gerarchica sovraordinata, è destituita di fondamento giuridico.

Il tribunale militare territoriale di Roma, con la sentenza di data 20.7.1948, s'era pronunciato per la non colpevolezza del Kappler per l'uccisione di trecentoventi prigionieri poiché "l'ordine di uccidere trecentoventi persone in relazione a trentadue morti, pur essendo illegittimo in quanto quelle fucilazioni costituivano degli omicidi, non può affermarsi con sicura coscienza che tale sia apparso al Kappler" e che questi "abbia avuto coscienza e volontà di obbedire a un ordine illegittimo", in considerazione dello "stato d'animo di solidarietà verso i tedeschi morti", dell'"abito mentale portato all'obbedienza pronta formato nell'organizzazione delle SS dalla disciplina rigidissima", della circostanza che ordini analoghi in precedenza erano stati eseguiti in varie zone d'operazione, della circostanza che il comando, proveniente dal gen. Maeltzer, potesse risalire addirittura a un ordine del Fuehrer.

Quanto all'assoluzione, "per avere agito nell'esecuzione di un ordine di un superiore", degli altri cinque imputati, ufficiali e sottufficiali, che avevano ricevuto ordine dal Kappler di partecipare all'esecuzione collettiva, si era affermato che essi "non erano a conoscenza di tutti gli elementi di fatto noti al loro superiore e tanto meno del contenuto dei colloqui che questi aveva avuto con le autorità superiori", "erano stati riuniti qualche ora prima dell'esecuzione e assieme ad altri erano stati condotti alle Cave Ardeatine"; di guisa che, tenuto conto dell'appartenenza ad un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, dell'abito mentale portato alla pronta obbedienza, del timore di una denuncia al tribunale militare delle SS, e considerato che questi imputati "erano ignari dell'esatta situazione che portava alla fucilazione mentre erano a conoscenza che ordini aventi lo stesso contenuto spesso erano stati eseguiti in zone d'operazioni", doveva escludersi che "avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo".

I giudici di merito nell'odierno processo a carico dell'Hass e del Priebke, rovesciando l'impostazione concettuale della sentenza del 1948 e disattendendo la tesi del difetto da parte degli imputati della "coscienza e volontà" di dare esecuzione a un ordine superiore criminoso, oltre a sottolinearne gli oggettivi aspetti di manifesta criminalità, hanno evidenziato, anche sotto il profilo soggettivo, la piena consapevolezza da parte degli imputati della manifesta criminalità dell'ordine e addirittura l'"adesione psicologica" - "per ideologia o abito mentale o per calcolo di convenienza" - al medesimo, eseguito "con la massima disponibilità e prontezza, senza che mai il dubbio o gli imperativi della coscienza minassero l'una o l'altra".

Mette conto di osservare che alla fattispecie omicidiaria di cui è causa deve ritenersi tuttora applicabile la disciplina di settore dell'art. 40 c.p.m.p. - norma di natura sostanziale abrogata dall'art. 22 l. 11.7.1978 n. 382, ma più favorevole in considerazione della più ristretta efficacia dell'esimente generale di cui all'art. 51 c.p. -, secondo cui per i reati militari, se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore, di esso risponde, oltre colui che lo ha dato (terzo comma), anche il militare che ha eseguito l'ordine "quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato" (quarto comma).

Il limite di esigibilità del dovere di disobbedienza costituito dalla manifesta criminalità dell'ordine emanato dal superiore gerarchico (quanto ai vigenti ordinamenti di settore, cfr. per i militari l'art. 4, comma 5°, l. 382/78 cit. e l'art. 25, comma 2°, d.p.r. 545/86, nonché per le forze di polizia l'art. 66, comma 4°, l. 121/81), che esercita la funzione di criterio rivolto all'accertamento e al giudizio di colpevolezza dell'imputato, è stato costantemente interpretato in senso "oggettivo" dalla giurisprudenza di legittimità, sia pure con riguardo alla norma fondamentale di riferimento per il tema della sindacabilità e non vincolatività dell'ordine illegittimo nell'ordinamento penale comune, cioè all'art. 51, quarto comma, c.p.

Deve trattarsi di ordine che abbia per contenuto un fatto "indiscutibilmente" delittuoso "secondo un generale apprezzamento", o "secondo l'apprezzamento di chiunque", ovvero "secondo un comune apprezzamento" (Cass., sez. VI, 28.9.1984, Sciotti, rv. 167316; sez. V, 21.4.1983, Rognato, rv. 161100; sez. V, 9.4.1969, Pautassi, rv. 117718; sez. IV, 5.2.1968, Gagliati, rv. 108431; sez. V, 27.11.1967, Gandolfi, rv. 106697; sez. VI, 22.6.1967, Ballerini, rv. 105407; sez. IV, 1.3.1967, Carosi, rv. 104928).

Si aggiunge anzi che il palese carattere delittuoso della condotta ordinata, nel comportare la sindacabilità dell'ordine impartito, ne esclude l'efficacia esimente non solo sotto il profilo obiettivo ma anche sotto quello putativo (Cass., sez. V, 28.5.1984, Guerrieri, rv. 165855; sez. VI, 11.1.1974, Sarti, rv. 126701).

Anche l'insindacabilità e la vincolatività dell'ordine, proprie del sistema gerarchico militare, trovano dunque un limite razionale nell'intrinseco, oggettivo ed evidente contenuto criminoso dell'ordine superiore, per ciò stesso percepibile sempre e comunque dal subordinato, il cui dovere di attenzione e di vigilanza viene così richiamato ai fini del prescritto rifiuto di obbedienza.

Se il comportamento ordinato risulta indiscutibilmente, macroscopicamente e immediatamente criminoso nell'opinione comune radicata nel tipo medio di persona, ancorché posta nella specifica situazione di fatto dell'agente subordinato, non potrà giammai essere invocata da parte dell'esecutore l'inconsapevolezza o la non percepibilità della delittuosità del fatto come causa di esclusione della responsabilità e della pena: che si è già detto essere, comunque, di natura personale e soggettiva (perché "la norma non discrimina il fatto in sé": Corte cost., n. 123/72 cit.), per ciò stesso non estensibile a tutti coloro che sono concorsi nel reato a norma dell'art. 119 c.p.

Ex adverso, in tal senso integrandosi entrambi i parametri, oggettivo e soggettivo, d'identificazione del limite, il ricorso al criterio oggettivo diventa superfluo qualora sia acquisita la certezza probatoria dell'effettiva consapevolezza e rappresentazione del contenuto criminoso dell'atto da parte dell'autore materiale, a causa delle particolari conoscenze che egli abbia della concreta situazione di fatto (in questi termini si esprimeva anche la Relazione al Re sul testo definitivo dei codici penali militari del 1941).

Nella fattispecie in esame l'ordine superiore concerneva il compimento di una feroce rappresaglia nei confronti di trecentotrentacinque persone, in grandissima maggioranza cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche: precisamente, n. 154 a disposizione dell'Aussenkommando sotto inchiesta di polizia, n. 43 a disposizione del tribunale militare tedesco - 1 assolta, 23 in attesa di giudizio, 16 condannate a pene detentive temporanee e 3 alla pena di morte -, n. 50 a disposizione della questura fermate per motivi politici o di p.s., n. 10 arrestate nei pressi di via Rasella, n. 3 non identificate e n. 75 ebrei detenuti a seguito di precedenti rastrellamenti e in attesa di avviamento ai campi di concentramento.

Ebbene, ritiene il Collegio che un ordine siffatto, siccome avente ad oggetto l'esecuzione di un barbaro eccidio in danno di prigionieri inermi, in violazione sia del diritto bellico che dei più elementari principi umanitari dello ius gentium (nel pur inadeguato quadro normativo di riferimento vigente all'epoca dei tragici eventi, attesa l'irretroattività delle regole essenziali ed inderogabili del diritto umanitario bellico, recepite solo successivamente dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 12.8.1949 e dai due Protocolli addizionali dell'8.6.1977, ratificati dallo Stato italiano rispettivamente con l. 27.10.1951 n. 1739 e l. 11.12.1985 n. 762, e di quelle sul genocidio di cui agli artt. 1, comma 2°, e 3 l. 9.10.1967 n. 962), recava intrinsecamente ed ontologicamente, per la cinica selezione e sproporzione del numero delle vittime rispetto ai soldati tedeschi morti in conseguenza dell'attentato partigiano e per le efferate modalità di esecuzione collettiva delle uccisioni, le stimate della manifesta, macroscopica, clamorosa e ictu oculi riconoscibile criminalità dello sterminio di massa.

Di talché, agli ufficiali destinatari di quell'ordine, obiettivamente connotato dall'incommensurabile ed incontrovertibile disvalore proprio di un orribile delitto contro l'umanità, non era consentito spazio alcuno per dubbi o incertezze interpretative e s'imponeva (pena l'accusa di concorso nell'esecuzione del disumano ordine, che la coscienza collettiva e ogni legislatore escludono categoricamente dal novero delle cause di giustificazione) il dovere di disobbedienza gerarchica.

I convincimenti ideologici, di natura politico-militare, religiosa o razziale, e gli atteggiamenti psicologici d'indifferenza o addirittura di adesione alla manifesta criminalità dell'ordine superiore, lungi dal giustificare i comportamenti delittuosi dei subordinati, costituivano anzi segnali inequivocabili e certi della cosciente rappresentazione da parte dell'agente del carattere palesemente delittuoso dell'azione imposta.

Appare perciò vano dedurre l'erronea opinione di legittimità dell'ordine superiore derivata da particolari circostanze materiali (quali l'appartenenza ad un'organizzazione militare, quella delle SS, dalla disciplina gerarchica rigidissima, l'abito mentale portato alla pronta obbedienza, il timore di una denuncia al tribunale militare delle SS e l'autorevole genesi dell'ordine), sotto il profilo della c.d. putatività dell'esimente, poiché il giudice di merito, con puntuale riferimento ai dati fattuali e con argomentazioni prive di salti logici, incensurabili in sede di legittimità, ha adeguatamente evidenziato come entrambi gli imputati fossero perfettamente a conoscenza della esatta situazione relativa alla esecuzione della rappresaglia nelle varie fasi, succedutesi in un sufficientemente ampio arco temporale, della formazione delle liste, della selezione dei prigionieri e dell'attuazione del progettato eccidio di massa.

2.2.- Parimenti infondata appare, d'altra parte, l'evocazione difensiva di un preteso stato di necessità nell'esecuzione dell'ordine criminoso.

Osserva il Collegio, in linea di diritto, che un limite ulteriore alla fisiologica applicazione del principio di responsabilità conseguente all'esecuzione di un ordine intrinsecamente

delittuoso, rispetto al già indicato limite della manifesta criminalità, è dato indubbiamente dallo stato di necessità, determinato dalla incombente minaccia di un modulo coercitivo in grado di punire il subordinato per il suo eventuale rifiuto di obbedienza gerarchica: questi sarebbe indotto all'esecuzione dell'ordine, pur manifestamente criminoso, per il timore di gravi conseguenze pregiudizievoli.

Occorre tuttavia valutare, attraverso il noto meccanismo della comparazione dei beni giuridici protetti, il rapporto fra l'entità lesiva dei fatti commessi e l'entità del pregiudizio minacciato all'agente in caso di disobbedienza, escludendosi comunque dall'area della scriminante di cui all'art. 54, terzo comma, c.p. quelle fattispecie gravemente lesive che il subordinato abbia commesso, nell'eseguire l'ordine superiore, per salvarsi da pericoli di minore rilievo.

Nella fattispecie concreta in esame, i giudici di merito hanno dato retta conto, con puntuale e adeguato riferimento a precise risultanze probatorie (le minacce di esecuzione sul posto profferite dal cap. Schutz nei confronti di eventuali riottosi erano rivolte alla truppa o ai sottufficiali, non agli altri ufficiali in posizione di parigrado; l'esitazione del soldato Wetjen fu affrontata personalmente dal Kappler con atteggiamento paternalistico e cameratesco; il soldato Amons svenne e non ebbe il coraggio di sparare, ma non subì alcun pregiudizio; all'ordine di esecuzione della rappresaglia, pur proveniente dalle più alte gerarchie militari del regime - se non addirittura, secondo alcune ricostruzioni storiche, dal Fuehrer in persona -, venne opposto un fermo e irrevocabile rifiuto da parte del magg. Dobrik del battaglione Bozen e del col. Hanser del comando della 14a armata, senza che essi ebbero a patire alcuna conseguenza sul piano dell'onore militare o dell'incolumità fisica), della mancanza di momenti coercitivi, esercitati sia nella predisposizione che nell'esecuzione della strage nei confronti degli ufficiali del comando romano delle SS, i quali parteciparono ad essa in pieno accordo e con convinta adesione psicologica, tanto da convenirsi nel corso di una delle riunioni preparatorie che ciascuno degli ufficiali avrebbe sparato almeno una volta per dare l'esempio alla truppa.

Non vi è alcuna prova in atti - neppure sotto il profilo putativo della coazione psichica - di una minaccia tale da porre in pericolo, attuale ed immediato, la vita delle persone degli ufficiali, che si fossero rifiutati di partecipare alla strage, essendo ipotizzabili tutto al più conseguenze pregiudizievoli per l'onore e il cursus militare o il deferimento al tribunale speciale delle SS.

E però, punizioni disciplinari o anche misure coercitive, meramente eventuali, sembrano davvero poca e irriverente cosa a fronte della perpetrata strage di persone innocenti: nel rapporto di misura tra i beni in conflitto difetta ictu oculi il requisito della proporzionalità fra l'effettivo pericolo prospettato (ma non attuale) e i fatti omicidiari che gli imputati sarebbero stati costretti a commettere.

III) Sulle circostanze aggravanti della premeditazione e della crudeltà verso le persone (artt. 577, nn. 3 e 4, e 61 n. 4 c.p.).

1.- I difensori dei ricorrenti hanno denunciato violazione di legge e manifesta illogicità della motivazione in ordine alla ritenuta aggravante della premeditazione, che, per quanto riguarda in particolare l'Hass, sarebbe stata - a suo dire - a lui ascritta nonostante il ruolo meramente esecutivo svolto nella vicenda omicidiaria.

La doglianza é infondata.

La corte militare d'appello ha ritenuto sussistente l'aggravante della premeditazione a carico di entrambi gli imputati, sia sotto il profilo psicologico che sotto quello cronologico, sulla base di una pluralità di fattori dotati di valore obiettivamente sintomatico.

Le concrete modalità dell'eccidio, deliberato secondo l'ordine veicolato, da ultimo, dal gen. Maeltzer al ten. col. Kappler, furono concordate da questi con i suoi ufficiali in occasione di ripetuti incontri e riunioni negli uffici dell'Aussenkommando, che videro protagonisti il Priebke e, per quello decisivo, anche l'Hass, cui seguì, dopo un non irrilevante intervallo temporale costituito da alcune ore, la fase esecutiva.

Meritano di essere sottolineati - nell'originaria programmazione e nel progressivo svolgersi della vicenda - l'accurata scelta e predisposizione del luogo della strage, l'identificazione e il raggruppamento delle vittime provenienti nel numero prefissato da due diverse prigioni, la precisa distribuzione dei ruoli per ufficiali, sottufficiali e soldati quanto alle concrete modalità di avvio e di uccisione dei prigionieri all'interno della cava, l'impegno di ciascun ufficiale di eseguire personalmente almeno un'uccisione per dare l'esempio alla truppa, l'estrema organizzazione di uomini e mezzi.

Nessun ripensamento intervenne nell'animo degli imputati, neppure di fronte all'incalzante succedersi dei tragici eventi di morte presso le Cave Ardeatine in danno di ben trecentotrentacinque persone.

In quel lasso di tempo gli imputati avrebbero potuto rinunciare al progetto omicidiario se solo lo avessero voluto, attivando il prescritto dovere di disobbedienza di fronte all'ordine superiore manifestamente criminoso.

Il che non avvenne e l'azione delittuosa programmata venne eseguita senza esitazione alcuna.

Lo stesso giudice, dopo avere tratto gli elementi sintomatici per l'individuazione della premeditazione (che attiene all'intensità del dolo per il perdurare nel tempo all'interno del soggetto di una risoluzione criminosa irrevocabile) nella condotta di adesione al delitto di ciascuno dei soggetti agenti, in ossequio al disposto dell'art. 118 c.p., come sostituito dall'art. 3 l. 7.2.1990 n. 19, ha rilevato altresì correttamente l'irrilevanza del quesito rispetto alle uccisioni non preventivate dei cinque testimoni, poiché, trattandosi di plurimi fatti omicidiari attuativi del medesimo disegno criminoso, era sufficiente avere configurato gli estremi dell'aggravante de qua per almeno una delle violazioni.

Premesso che elementi costitutivi dell'aggravante della premeditazione sono un apprezzabile intervallo temporale tra l'insorgenza del proposito criminoso e l'attuazione di esso - elemento di natura cronologica -, tale da consentire una ponderata riflessione circa l'opportunità del recesso, e la ferma risoluzione criminosa perdurante senza soluzioni di continuità nell'animo dell'agente fino alla commissione del crimine - elemento di natura ideologica -, osserva la Corte che le argomentazioni svolte sul punto dalla sentenza impugnata non meritano le anzidette censure, poiché risulta in essa adeguatamente apprezzata, con motivazione logicamente rigorosa, la sussistenza di entrambi gli elementi costitutivi dell'aggravante, reciprocamente integranti nell'accurata ricostruzione dei fatti.

Quanto alla specifica posizione dell'Hass, il quale pure ebbe a rivestire un ruolo meno pregnante di quello del Priebke nella fase preparatoria dell'eccidio, deve comunque ribadirsi il principio secondo cui, se il concorrente, pur non avendo direttamente partecipato all'originaria deliberazione volitiva dell'omicidio, tuttavia ad esso partecipa nella piena consapevolezza dell'altrui premeditazione, maturata prima dell'esaurirsi del proprio volontario apporto alla realizzazione dell'evento criminoso e a tale distanza di

tempo da consentire che la maturazione del proposito criminoso prevalga sui motivi inibitori, la sua volontà adesiva al progetto investe e fa propria la particolare intensità dell'altrui dolo, talché la relativa aggravante non può non essere riferita anche a lui (Cass., sez. V, 26.6.1997, Morelli, rv. 208704; sez. I, 28.4.1997, Matrone, rv. 207997; 17.5.1994, Caparrotta, rv. 199812).

Privo di pregio é infine il rilievo difensivo circa la diversa statuizione del Tribunale supremo militare che, con sentenza in data 25.10.1952, negò l'esistenza della premeditazione in capo al Kappler ("per l'immediata contestualità tra la notizia del decesso del 33° soldato e la deliberazione di aggiungere altre dieci persone all'elenco delle vittime" e, quanto all'uccisione degli altri cinque, per essere stata la fucilazione "commessa in continenti dell'intera strage"), poiché questi, sull'assunto di un preteso "dubbio circa la coscienza e la volontà dell'imputato di obbedire ad un ordine criminoso per quanto ha tratto alla fucilazione dei trecentoventi", fu dichiarato responsabile solo per l'uccisione delle altre quindici persone.

2.- Parimenti infondata appare l'ulteriore, invero generica, censura di violazione di legge e vizio motivazionale in ordine alla ritenuta aggravante della crudeltà verso le persone.

Il giudice di merito ha configurato esplicitamente, circa le modalità di esecuzione dell'eccidio di massa, gli estremi dell'aggravante in questione "nella stessa materialità del fatto", caratterizzato (alla luce della dichiarazione del soldato Amons e della relazione dei medici legali prof. Ascarelli e dott. Carella sulle modalità di rinvenimento dei cadaveri, trascritta efficacemente nella sentenza Kappler del 1948 e recepita integralmente nell'odierno processo) da una incommensurabile spietatezza, efferatezza e insensibilità morale di macroscopica evidenza da parte dei suoi autori, ai quali non può certo giovare, neppure sotto questo profilo, la circostanza che il delitto fosse stato commesso per ordine del superiore, laddove questo era - come si è già dimostrato - manifestamente criminoso e comportava anzi l'obbligo di disobbedienza.

E' risultato difatti che "... Le vittime in genere, e a maggior ragione quelle giunte dal carcere di Regina Coeli quando erano state fucilate oltre cento persone giunte dal carcere di via Tasso, erano trattenute ad attendere, con le mani legate dietro la schiena, sul piazzale antistante all'imboccatura della cava, da dove, frammiste con le detonazioni, esse udivano le ultime angosciose grida delle vittime che le avevano precedute. Esse poi, entrate nella cava per essere fucilate, scorgevano alla luce delle torce i numerosi cadaveri ammucchiati delle vittime precedenti. Infine esse venivano fatte salire sui cadaveri accatastati e qui costretti ad inginocchiarsi con la testa reclinata in avanti per essere colpite a morte ...".

Trattasi dunque di apprezzamento logicamente coerente con la descritta dinamica dei tragici eventi di morte, ai quali hanno direttamente partecipato entrambi gli imputati, e con i principi di diritto affermati da questa Corte in ordine all'aggravante di natura soggettiva di cui all'art. 61 n. 4 c.p. (intesa come assenza, nel comportamento dell'autore dell'illecito, di ogni sentimento di pietà e di umanità propri dell'uomo civile, rivelata dal modus agendi consistente in quid pluris rispetto all'ordinaria produzione dell'evento, tale da giustificare la maggiore riprovevolezza sotto il profilo dell'intensità del dolo: Cass., sez. I, 3.10.1997, Di Pinto, rv. 209957; 10.2.1997, Scorza, rv. 207222; 20.11.1995, Flore, rv. 204071; 29.5.1995, Fagnano, rv. 202470; 20.12.1993, Etzi, rv. 196417; 6.10.1987, Mastrototaro, rv. 177452), e perciò incensurabile in sede legittimità.

IV) Sulle circostanze attenuanti della determinazione al reato da parte del superiore e della minima importanza dell'opera prestata (art. 59, nn. 1 e 2, c.p.m.p.).

1.- I difensori dell'Hass e del Priebke hanno lamentato la mancata applicazione della speciale e facoltativa circostanza attenuante prevista dall'art. 59 n. 1 c.p.m.p., per la quale la pena da infliggere per il reato militare può essere diminuita "per l'inferiore che è stato determinato dal superiore a commettere il reato": il giudice di secondo grado non avrebbe tenuto debito conto del reale significato del termine "determinazione", nonché dell'influenza, autorità carismatica e posizione gerarchica del Kappler.

La doglianza, nei limiti in cui prospetta, nella sfera della gerarchia militare, la tesi di una meccanicistica sovrapposizione delle autonome nozioni di "ordine" e di "determinazione" del superiore, è destituita di fondamento.

Mette conto innanzi tutto di osservare che la previsione normativa di settore trova corrispondenza nell'analogia attenuante stabilita dal codice penale nell'art. 114, terzo comma, c.p. - in riferimento ex adverso alla simmetrica circostanza aggravante di cui all'art. 112, comma 1° n. 3 - "per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato" da parte di persona esercente nei suoi confronti "autorità, direzione o vigilanza".

La ragione di fondo dell'attenuazione di pena - comune ad entrambe le ipotesi, speciale e generale - è rinvenibile nell'esigenza di punire con minore rigore il diminuito grado di colpevolezza dimostrato dal concorrente, che sia indotto a commettere il reato a causa dell'abuso o approfittamento della posizione di soggezione o d'inferiorità gerarchica, in cui egli versa, da parte del superiore o dell'esercente autorità, direzione o vigilanza.

Nell'area semantico-lessicale del termine "determinare" appare evidente il significato di "spinta", "induzione", "suggerione", "persuasione" o "sollecitazione" attiva a fare una scelta.

Non basta dunque - ad avviso dell'opinione dominante sia in dottrina che in giurisprudenza - avere provocato nel "determinato" la semplice idea, ma occorre che il "determinatore" abbia fatto sorgere, mediante una consapevole ed efficiente attività di pressione e condizionamento tipica dei rapporti che comunque comportino una supremazia, l'effettiva risoluzione di eseguire il (concorrere nel) reato, attenuando le facoltà di reazione e superando ogni dubbio o contropinta nell'animo dell'agente che versi in uno stato di "soggezione psicologica" e di minore resistenza (Cass., sez. II, 10.3.1989, Verdiglione, rv. 181901, in Cass. pen., 1990, I, 2115; sez. III, 25.1.1962, Montomoli).

Da tale premessa teorica appare lecito inferire, quale corollario di lineare consequenzialità logico-giuridica, l'insussistenza di una corrispondenza biunivoca fra il concetto di "determinazione" dell'inferiore a commettere un reato - art. 59 n. 1 c.p.m.p. - e quello di "ordine" del superiore di commettere un fatto costituente reato - art. 40, co. 3° e 4°, c.p.m.p. -: da un lato, non è sostenibile in astratto la radicale impermeabilità dei casi di criminalità manifesta dell'ordine superiore alla speciale attenuante de qua; dall'altro, nello svolgimento dell'attività militare la riconducibilità di un fatto delittuoso commesso dall'inferiore all'ordine del superiore non è automaticamente sovrapponibile alla diversa ipotesi dell'induzione dell'inferiore alla commissione del medesimo reato mediante il concreto abuso della posizione gerarchicamente sovraordinata.

Ed è questo l'apprezzamento effettuato, nella fattispecie in esame, dalla corte militare d'appello, la quale ha delineato una situazione di concorde collaborazione di tutti gli ufficiali del comando romano delle SS alla programmazione ed all'esecuzione dell'eccidio, di assenza cioè di una "determinazione" rilevante nella commissione del delitto, intesa questa nel senso di concreta attività di coazione o pressione psicologica e di strumentale

sfruttamento dello stato di subordinazione degli inferiori nell'ambito della realizzazione del fatto illecito collettivo: in sintesi, "senza che il Kappler o i suoi superiori dovessero abusare del loro grado per convincerli" e indirizzare nel senso voluto le loro azioni.

Trattasi di motivata valutazione fattuale che, siccome ancorata ad espliciti percorsi argomentativi, non viziati da palese illogicità, esaustivi nell'interpretazione delle risultanze processuali e sostanzialmente coerenti con i principi affermati in materia dalla giurisprudenza di questa Corte, appare incensurabile in sede di legittimità.

2.- Parimenti infondata risulta la censura, mossa dalla difesa dell'Hass, in punto di diniego della circostanza attenuante prevista dall'art. 59 n. 2 c.p.m.p. "per il militare che nella preparazione o nella esecuzione del reato ha prestato opera di minima importanza".

La speciale attenuante prevista dalla disciplina di settore - perfettamente corrispondente a quella generalmente stabilita dal codice penale nell'art. 114, primo comma - postula una marginale partecipazione morale o materiale al reato, ossia un contributo di lievissima efficacia causale della condotta del correo rispetto alla complessiva serie causale produttiva del risultato finale dell'impresa criminosa (Cass., sez. I, 2.7.1997, Berio, rv. 208264; 24.11.1995, Pellegrino, rv. 203549; 11.5.1994, Scaringella, rv. 198123; sez. II, 16.4.1993, La Torre, rv. 194051; sez. I, 4.12.1981, Cambareri, rv. 152848).

Ciò posto, appare corretto l'esplicito riferimento della corte militare d'appello alle risultanze probatorie riguardanti la partecipazione dell'Hass alla fase esecutiva dell'eccidio di massa, mediante la diretta uccisione di almeno due prigionieri a fini d'esemplarità per la truppa, per inferirne logicamente il carattere assolutamente primario del contributo causale da lui dato alla materiale consumazione di siffatti eventi di morte, legati a tutti gli altri episodi omicidiari dall'identità del disegno criminoso.

V) Sulle circostanze attenuanti generiche (art. 62-bis c.p.).

La difesa dei ricorrenti ha aspramente criticato il diniego delle attenuanti generiche, rilevando che l'assenza di condotte criminose giuridicamente rilevanti nel tempo susseguente al reato, l'attendibile prognosi di non recidiva e l'ormai affievolita capacità a delinquere, avuto riguardo all'età avanzatissima e al tempo assai risalente del commesso reato, avrebbero senz'altro giustificato un più mite trattamento sanzionatorio.

1.- La corte militare d'appello ha innanzi tutto disatteso la tesi interpretativa più rigorosa circa la c.d. "ultrattività" della legge penale di guerra, per la quale l'art. 23 c.p.m.g., in linea con il principio fissato dall'art. 2, quarto comma, c.p. per le leggi eccezionali, sancirebbe, mediante la ferrea regola del "tempus regit actum" per i reati commessi "in tempo di guerra", l'impermeabilità dell'intera disciplina del fatto vigente nel marzo 1944 rispetto a qualsiasi modificazione legislativa successivamente intervenuta, di settore penale speciale o di parte generale del codice penale, recante disposizioni più favorevoli per il reo: quale, giustappunto, l'art. 2 d.lgs.lt. 14.9.1944 n. 288 introduttivo dell'art. 62-bis c.p.

E tale orientamento merita di essere pienamente condiviso in considerazione dell'integrale autonomia di tutte le norme del primo libro del codice penale - "Dei reati in generale" - rispetto allo statuto delle singole fattispecie incriminatrici previste dalla legge penale di guerra: così aderendosi, d'altra parte, alla lettura proposta dalla Corte costituzionale, con sentenza 16.1.1978 n. 6, riguardo ai limiti di ultrattività delle norme penali tributarie ex art. 20 l. 7.1.1929 n. 4, in materia di giudizio di comparazione fra circostanze e di reato continuato.

Laddove la legge penale militare di guerra non contenga specifiche disposizioni derogatorie rispetto a quelle della legge penale comune, come ad esempio sulle attenuanti generiche, non può certo invocarsi il pur coesistente rapporto di complementarità tra legge penale comune e legge penale militare, di pace e di guerra, per ostacolare il sano dispiegarsi dell'operatività dell'art. 2, terzo comma, c.p., disciplinante la successione di leggi penali nel tempo secondo un criterio ispirato al preminente favor rei.

Una diversa e più estensiva interpretazione del principio di ultrattività della legge penale militare di guerra concretizzerebbe una lesione dei canoni costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, dal momento che, per quanto riguarda la disciplina comune e perciò necessariamente unitaria di istituti generali - come le circostanze attenuanti generiche (ma lo stesso potrebbe dirsi per la valutazione delle circostanze soggettive ex art. 118 c.p. novellato dall'art. 3 l. 19/90 cit., ovvero per la tipologia delle pene principali, fra le quali non è più annoverata la pena di morte per i delitti previsti dal c.p.m.g. e dalle leggi militari di guerra solo in forza del più favorevole jus superveniens costituito dall'art. 1 l. 13.10.1994 n. 589) -, non si potrebbero addurre le ragioni che giustificano invece l'autonomo trattamento delle fattispecie criminose previste da quello speciale ed organico corpus normativo: l'esigenza cioè di mantenere costante nel tempo l'efficacia di prevenzione generale di quelle disposizioni incriminatrici e di assicurare l'omogeneità di repressione dei delitti bellici commessi durante lo stato di guerra.

2.- Lo stesso giudice di merito ha peraltro escluso - in linea di fatto - il concorso delle circostanze attenuanti generiche, in considerazione del peso "marginale" e "trascurabile" degli elementi del tempo trascorso dal fatto senza la commissione di ulteriori reati e della età avanzatissima degli imputati, subvalenti se collocati a contrasto con i connotati oggettivi di "inaudita gravità" e di "manifesta disumanità" del "barbaro eccidio" di cui essi si resero protagonisti, indice di "ineguagliabile malvagità", anche sotto il profilo della capacità a delinquere e della tendenza criminosa manifestata dagli autori nel delitto perpetrato.

Sono stati esplicitamente indicati gli elementi rilevanti e di efficacia decisiva per il diniego delle attenuanti generiche e, di conseguenza, per il corretto adeguamento della sanzione al reale disvalore dei fatti come innanzi rivisitati, alla stregua di un giudizio francamente negativo (anche se espresso, in alcuni passaggi motivazionali, con accenti affatto enfatici) delle personalità degli autori, quale si fonda su tutte le risultanze processuali attinenti ai fatti medesimi.

L'affermazione di non meritevolezza di un più mite adeguamento sanzionatorio, sotto il profilo della concessione delle circostanze attenuanti generiche e, in prospettiva, di un favorevole giudizio di comparazione delle circostanze attenuanti e aggravanti, ai sensi degli artt. 62-bis e 69 c.p., risulta dunque adeguatamente fondata su plausibili ragioni legate alla significazione più diretta ed immediata dell'effettiva gravità dei fatti contestati, nel quadro di una valutazione negativa della personalità degli imputati, che ha consentito al giudice di merito di disattendere - non arbitrariamente - le specifiche richieste in tal senso avanzate dagli imputati.

L'adeguatezza e la logicità dell'apparato argomentativo a sostegno della menzionata conclusione negativa in punto di attenuanti generiche, con particolare riferimento al criterio preponderante e decisivo della estrema gravità dei fatti (per la cui autonoma sufficienza cfr. Cass., sez. V, 9.2.1984, Amoroso, rv. 163641; 17.1.1970, Stabile, rv. 114031) determina, giusta l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Corte, l'insindacabilità dell'apprezzamento discrezionale del giudice di merito in sede di controllo di legittimità e la radicale inammissibilità del relativo motivo di gravame.

VI) Sul ricorso di parte civile.

La corte militare d'appello, nel condannare gli imputati alla rifusione delle spese del relativo giudizio sostenute dalle parti civili, non ha preso in considerazione le parcelle presentate da quei difensori che non risultavano provvisti di procura speciale ad essi espressamente conferita dalle parti civili anche per quel grado di giudizio.

Ha proposto ricorso per cassazione l'avv. P.A. Sodani, difensore della parte civile Roberto Massari, deducendo la violazione degli artt. 100.3 e 541 c.p.p. in punto di rifusione delle spese del giudizio d'appello, denegata da quel giudice sull'erroneo presupposto della mancanza di specifica procura speciale per la fase di gravame, poiché l'originaria procura era stata rilasciata dall'interessato al difensore per l'intero procedimento e non solo per il primo grado di giudizio.

Il ricorso è fondato, poiché, come s'evince dal tenore letterale delle originarie procure speciali conferite dal Massari all'avv. P.A. Sodano per essere rappresentato e difeso "nel procedimento" - laddove si elencano, fra i più ampi poteri in merito, anche quello di "presentare istanze, ricorsi ed appelli" - è manifesta la volontà del primo di prolungare il conferimento dell'incarico per tutti i gradi del giudizio a carico dell'Hass e del Priebke.

La disposizione dell'art. 100.3 c.p.p. è stata, infatti, logicamente interpretata da questa Corte (aderendo all'analogo indirizzo giurisprudenziale di legittimità formatosi in sede civile riguardo alla procura alle liti ex art. 83, quarto comma, c.p.c.) nel senso che, quando nell'atto non sia espressa una diversa volontà, per ritenere estesa la procura conferita in primo grado anche al successivo grado di giudizio, in deroga alla presunzione iuris tantum di limitazione degli effetti dell'atto ad un determinato grado, è sufficiente che il difensore sia designato con locuzioni generali quali "nella presente procedura" o "nel presente procedimento" e simili, in considerazione del fatto che il "procedimento" si articola in più fasi (Cass., sez. VI, 8.3.1994, Spallanzani, rv. 198507).

VII) In conclusione, i ricorsi degli imputati vanno integralmente respinti, con la conseguente condanna dei ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali, nonché di quelle sostenute dalle parti civili costituite, liquidate come in dispositivo in correlazione al numero di esse rispettivamente rappresentate e difese da ciascun difensore.

In accoglimento del ricorso della parte civile Roberto Massari, l'impugnata sentenza dev'essere invece annullata senza rinvio limitatamente alla denegata condanna in solido degli imputati alla rifusione delle spese sostenute da quella parte civile nel giudizio d'appello.

Appare infatti superfluo - ai sensi degli artt. 620.1 lett. l) e 622 c.p.p. ("quando occorre") - il rinvio sul punto al giudice civile competente per valore in grado d'appello, ben potendo questa Corte provvedere direttamente alla liquidazione del relativo importo, alla stregua dei medesimi parametri adottati dal giudice di merito per analoghe posizioni, sulla base cioè della tariffa professionale e della parcella e in correlazione al numero delle parti civili rappresentate e difese, nella misura complessivamente indicata in dispositivo.

P. Q. M.

Rigetta i ricorsi degli imputati e li condanna al pagamento in solido delle spese processuali; li condanna altresì alla rifusione delle spese sostenute dalle parti civili - in solido limitatamente alle costituzioni nei confronti di entrambi - così liquidate:

Dott. Michele IANNELLI
Dott. Igino TANCREDI

Esperto
Esperto

ha pronunciato, all'udienza del 3 febbraio 1999, la seguente

ORDINANZA

in tema di rinvio dell'esecuzione della pena, ai sensi dell'art. 147, co.1 n. 2 c.p., richiesto da PRIEBKE Erich, nato a Berlino (Germania) il 29 luglio 1913 e residente a Bariloche (Argentina) in via XXIV Settembre n. 167, condannato all'ergastolo con sentenza della Corte militare di appello in Roma in data 7 marzo 1998, irrevocabile il 16 novembre 1998, per il reato di "concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani" (artt. 13 e 185, commi 1 e 2 c.p.m.g. in relazione agli artt. 81, 110, 575, 577, nn. 3 e 4, nonché 61, n. 4 c.p.);

O S S E R V A

1. Oggetto del procedimento è la richiesta avanzata dai difensori del PRIEBKE, ai sensi dell'art. 147, co.1 n. 2 c.p., di differimento della pena di cui alla sentenza citata in epigrafe, sulla base di allegata grave patologia fisica che, in rapporto con l'età molto avanzata del condannato (ultraottantacinquenne), ne determinerebbe, nello stato di detenzione inframuraria, "gravissimo pericolo per la vita" e si porrebbe "in evidente contrasto con il senso di umanità cui si ispira la norma costituzionale dell'art. 27".

2. Prima di esaminare nel merito la istanza sopra detta occorre sinteticamente procedere ad una coordinata ricostruzione della legislazione che regola il beneficio richiesto alla luce della recentissima legge 27 maggio 1998, n. 165, che ha incisivamente novellato, oltre che taluni profili procedurali per l'esecuzione delle pene detentive (art. 656 c.p.p.), anche e soprattutto la materia della legge penitenziaria concernente le misure alternative alla detenzione.

Prima dell'entrata in vigore di quest'ultima legge, la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva individuato i presupposti legittimanti il rinvio dell'esecuzione della pena ex art. 147, co.1 n. 2 c.p., sulla base di tre principi costituzionali: l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzioni di condizioni personali (art. 3); la salvaguardia della salute come diritto fondamentale dell'individuo (art. 32); non contrarietà del trattamento penitenziario al senso di umanità e funzione rieducativa della pena (art. 27). Da tali principi si facevano discendere come corollari: a) che le pene devono essere indefettibilmente eseguite nei confronti di tutti coloro che le hanno riportate; b) che tale esecuzione non è preclusa da eventuali stati patologici del soggetto suscettibili di un generico miglioramento a seguito del ritorno in libertà, non esistendo malato al quale la cessazione della detenzione non arrechi giovamento, quantomeno sotto il profilo psicologico; c) intanto uno stato morbosissimo del condannato legittima il differimento dell'esecuzione in quanto la

prognosi sia infausta quoad vitam, ovvero il soggetto possa giovare in

libertà di cure e trattamento indispensabili non praticabili in detenzione, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'art. 11 comma 2 della legge di ordinamento penitenziario, ovvero ancora, a cagione della gravità delle condizioni, l'espiazione della pena si appalesi in contrasto con il senso di umanità di cui si è detto. Inoltre la Corte di Cassazione aveva pure stabilito che il precetto dell'art. 147, co.1 n. 2 c.p., messo in relazione con l'art. 47 ter della legge penitenziaria, che ha introdotto, come è noto, la misura alternativa della detenzione domiciliare ispirandosi ad

un concetto di gradualità delle misure espiative nell'ottica del finalismo rieducativo, costituisce norma di chiusura del sistema, vale a dire che il condannato che si trova in condizione di grave infermità fisica e che non può essere ammesso a detto beneficio alternativo (limitato alle pene non superiori a due anni) acquisisce un vero e proprio diritto al differimento della pena qualora non possa essere curato nella struttura penitenziaria ovvero in altri luoghi esterni di cure.

3. La recente citata legge 27 maggio 1998 n. 165 nel ridisegnare, come si è già accennato, la procedura esecutiva delle pene, ha anche rilevantemente modificato il regime delle misure alternative alla detenzione, introducendo altresì una vera e propria nuova fattispecie espiativa. Il dato normativo saliente della innovazione è il comma 1 ter dell'art. 47 ter citato il quale, facendo specifico riferimento alle misure previste dagli artt. 146 e 147 c.p., si collega ai precedenti commi 1 e 1 bis completando quel percorso di chiusura del sistema espiativo cui si è sopra accennato, così potenzialmente consentendo la soluzione di qualsivoglia vicenda espiativa, anche di lunga durata, purchè contrassegnata da patologie gravi del condannato o da taluna delle altre condizioni eccezionali di cui agli artt. 146 e 147 c.p., nell'ambito del regime gradualistico - alternativo - domiciliare di cui si è detto. Tale conclusione si ricava agevolmente dalla esegesi della disposizione normativa in questione, laddove si stabilisce che: a) può essere applicata, sia pure con un termine di durata prorogabile, la detenzione domiciliare, anche se la pena supera il limite dei quattro anni; b) la detenzione domiciliare così disposta vale come, anzi costituisce prosecuzione della esecuzione della pena. Rimane però un ulteriore problema interpretativo da risolvere: a quale criterio di scelta fra le due opzioni, differimento della pena ovvero applicazione della nuova misura alternativa - provvisoria di cui si è appena detto, deve attenersi il Tribunale di sorveglianza nel risolvere i singoli casi concreti sottoposti al suo giudizio?

La estrema genericità del dettato del nuovo art. 47 ter comma 1 ter citato, con il richiamarsi tout court agli artt. 146 e 147 c.p., lascia insoluto il problema interpretativo della definizione di "grave infermità fisica", anzi lo rende ancor più difficile con la sua sibillina locuzione di esordio: "quando potrebbe essere disposto il rinvio eccetera". In difetto di un qualsivoglia criterio direttivo, non rimane all'interprete che fare ricorso ai consueti canoni interpretativi previsti dalla legge in generale e primo fra tutti al senso fatto palese dal significato letterale delle parole della disposizione normativa nonché dalla intenzione del legislatore. Orbene, proprio ricorrendo a questo canone è possibile rinvenire una qualche indicazione proveniente dal legislatore: essa si ricava dai resoconti dei lavori parlamentari, laddove testualmente si legge (atti del Senato, seconda Commissione, relatore Fassone, seduta del 18 settembre 1997): "Pur ribadendosi l'intento di non appesantire la materia con l'affiancare altre tematiche penitenziarie, per quanto connesse, è parso tuttavia utile - dal momento che già la Camera dei Deputati è intervenuta sulla detenzione domiciliare disegnando il doppio binario (detenuti in condizioni particolari e detenuti ordinari) - completare l'innovazione utilizzando questa misura alternativa anche a proposito di una problematica che oggi affligge con frequenza la materia dell'esecuzione e cioè il rinvio obbligatorio o facoltativo della medesima a termini degli artt. 146 e 147 del codice penale. In questi casi, nei quali l'esecuzione delle condanna in termini di detenzione carceraria è ormai ineludibile, ma sussistono motivi umanitari o giuridici che impongono o consentono il rinvio, la radicale soppressione di ogni esecuzione può apparire difficilmente accettabile (se si tratta di persone che non hanno ottenuto misure alternative, ciò significa, di regola, che o la pena o la persona del condannato hanno un certo spessore criminale); mentre a rovescio una lettura restrittiva delle norme può pregiudicare delle reali istanze umanitarie. La tramutazione del tempo di attesa in detenzione domiciliare (non obbligatoria ma prudentemente valutata dal Tribunale di Sorveglianza) può conciliare le opposte esigenze, calmierare la domanda di rinvii, e comunque valere come espiazione."

Concludendo sul punto si può allora cautamente ritenere, così come traspare dalle stesse considerazioni del relatore della legge, che la scelta tra rinvio tout court dell'esecuzione della pena e applicazione del beneficio della detenzione domiciliare a termine, deve essere compiuta dal Giudice, attraverso la ponderata e "prudente valutazione" dei tre noti presupposti-interessi costituzionali in gioco nel caso di specie, dando la preferenza alla seconda soluzione (che non sacrifica alcuno degli interessi sopraddetti, tutte le volte che "la radicale soppressione di ogni esecuzione può apparire difficilmente accettabile" e, di converso, sussistono motivi umanitari o giuridici che impongono o consentono il rinvio.

4. Venendo ora all'esame del merito della richiesta sottoposta al giudizio del Tribunale e facendo applicazione dei criteri interpretativi in precedenza descritti, non si può non pervenire alla conclusione che le risultanze della perizia collegiale disposta sullo stato di salute del PRIEBKE integrano compiutamente la fattispecie prevista dal più volte richiamato comma 1 ter dell'art. 47 ter della legge penitenziaria.

Dalla perizia collegiale disposta dal Tribunale emerge un quadro diagnostico di: "Modesto stato ipertensivo con iniziale impegno retinico di I°, miocardiosclerosi senile ed impronta aritmogena (classe IV di Lown) priva dei caratteri clinici di aritmia maligna e rispondente in maniera soddisfacente alla terapia farmacologica, ridondanza dei lembi valvari della mitrale emodinamicamente non significativa. Placca eterogenea della carotide interna bilaterale con stenosi del 20%, senza

implicazioni emodinamiche. Aree piccolissime R.M.N. documentate di

reazione gliotica cerebrale su base microischemica e aree di sofferenza diffusa della sostanza bianca periventricolare, prevalentemente parieto-occipitale. Degenerazione artrosica a carico della colonna vertebrale, note di bronchite cronica enfisematosa, malattia di Dupuytren alla mano dx.

In buona sostanza, le problematiche cliniche lamentate dal PRIEBKE, sono da imputarsi ad un quadro di sofferenza vascolare polidistrettuale, su base aterosclerotica.

E' notorio come tale quadro patologico, rappresenti un grave fattore di rischio, soprattutto in relazione all'età anagrafica, alla storia naturale ed infine agli eventi prognostici.

Anche nell'elaborato peritale viene indicato che gli accidenti cerebrovascolari inducono morbilità e mortalità che sono correlate in modo esponenziale all'età; al di sopra dei 50 anni, per ogni anno di età, questi tassi raggiungono un valore quasi doppio, con lieve preponderanza per il sesso maschile. E' quindi procedura comune correggere per l'età l'effetto degli eventuali fattori di rischio, poichè molte altre variabili sono influenzate dal dato anagrafico (p.e. ipertensione e cardiopatie).

D'altronde nel caso di esame, non si può non tener conto, come del resto la stessa perizia sottolinea, che lo stile di vita in ambiente detentivo, caratterizzato da condizioni oltretutto lontanissime dalla cultura di appartenenza del soggetto, è ulteriore fattore di rischio di natura fortemente stressogena, che non può non contribuire ad aggravare le condizioni salutari descritte. In conclusione si può affermare che, sebbene le condizioni clinico-generalì del soggetto appaiano, al momento, discrete, sussistono però ampiamente, nel quadro salutare complessivo nel condannato, quelle condizioni potenziali di "grave infermità" come sopra prospettate e descritte che, oltre che apparire incompatibili con l'ulteriore sua permanenza in carcere, giustificano la concessione del beneficio come ora previsto dal più volte richiamato art. 47 ter comma 1 ter della novellata legge penitenziaria.

Per altro verso occorre aggiungere, a conclusione e completamento dell'esame di tutti i profili della fattispecie in giudizio, che l'eventuale mantenimento in carcere del PRIEBKE nelle condizioni date, non potrebbe non essere ritenuto in contrasto con la direttiva umanitario-rieducativa che promana dall'art. 27 della Costituzione. Dovendosi infatti prescindere, nel presente giudizio, da ogni valutazione sul fatto storico che ha dato causa al procedimento a carico dell'imputato, non si può però sottacere che la severa condanna dell'ergastolo è intervenuta a distanza di oltre 50 anni dal fatto stesso, a seguito di lunga, laboriosa ed estenuante procedura, che ha richiesto numerosi e controversi giudizi prima di approdare alla decisione definitiva, e che ha colpito il PRIEBKE in età ormai vegliarda, conducendolo e tenendolo ininterrottamente in stato di restrizione già fin dalle primissime fasi del processo. Con la direttiva sopra richiamata il Costituente italiano ha inteso bandire dal trattamento penitenziario ogni nota di disumanità o crudeltà ed escludere dalla pena ogni carattere afflittivo che non sia inscindibilmente connesso con la restrizione della libertà personale.

Mantenere dunque in carcere una persona di età avanzatissima e malata quale è, come si è visto, il PRIEBKE, condannato nelle circostanze descritte, a pena perpetua, per reato commesso in tempo di guerra e perciò irripetibile, costituirebbe, di per sè solo, trattamento inutilmente afflittivo e dunque ripugnante al comune senso di umanità. A ciò si aggiunga che il mantenimento della detenzione in carcere del condannato precluderebbe, ab origine, ogni prospettiva di ravvedimento, rieducazione e risocializzazione (è noto che la legge penitenziaria prevede anche per l'ergastolano il potenziale accesso a taluni benefici, sia pure dopo trascorso un certo periodo di tempo, come, ad esempio, la liberazione condizionale, la liberazione anticipata, il permesso premio). Ciò renderebbe ancora più disumana l'ipotesi e la prospettiva cui si è accennato.

Di converso e per opposti motivi (vale a dire perchè la radicale soppressione di ogni esecuzione della pena de qua apparirebbe, per quanto si è chiarito in altra parte dell'ordinanza, difficilmente accettabile), non ritiene il Tribunale di concedere il richiesto differimento dell'esecuzione della pena. Alla fattispecie in giudizio ben si attaglia invece, come ampiamente si è chiarito, la nuova figura della detenzione domiciliare ora prevista dal più volte richiamato art. 47 ter, co. 1 ter della legge di ordinamento penitenziario. Ritiene il Tribunale che detto beneficio possa essere concesso per la durata di 1 anno.

P. Q. M.

- visti ed applicati gli artt. 147 c.p., 47 ter legge 26 luglio 1975 n. 354, artt. 678 e 666 c.p.p.;

- su conforme parere del Procuratore Generale;

R I G E T T A

l'istanza di differimento dell'esecuzione della pena avanzata dai difensori di PRIEBKE Erich;

A M M E T T E

il condannato PRIEBKE Erich alla detenzione domiciliare per anni uno che decorreranno dalla data di sottoscrizione del verbale di accettazione delle prescrizioni sotto indicate, verbale che sarà redatto a cura dello Organo di Polizia che procede alla notifica (Comando Provinciale dei Carabinieri di Roma), a cui viene trasmessa copia del presente provvedimento.

Impone all'interessato le seguenti

P R E S C R I Z I O N I

(che potranno essere modificate dal Magistrato militare di sorveglianza)

l'interessato dovrà permanere in modo continuativo nel luogo della detenzione domiciliare e cioè, salvo diversa indicazione del ondannato, in Roma, via Cardinal Sanfelice n. 5, scala C, int. 12, piano 3° presso appartamento di proprietà GIACHINI Paolo;

visto l'art. 47 ter 4° comma della legge 26 luglio 1975 n. 354 e l'art. 284 c.p.p., dispone che l'interessato, in relazione alle proprie indispensabili esigenze di vita:

- possa recarsi presso ambulatori, servizi sanitari ed ospedalieri per

interventi, accertamenti diagnostici e cure; se sarà necessario il suo

ricovero in tali luoghi, il luogo del ricovero diverrà quello di detenzione domiciliare e l'interessato nè darà sollecito avviso agli Organi di Polizia competenti;

- possa comunicare e ricevere visite nel luogo di detenzione domiciliare da parte dei suoi familiari, dei suoi difensori e di altre tre persone al giorno; eventuali altre visite e comunicazioni che superano il detto numero giornaliero potranno essere autorizzate, previa richiesta, a seguito di specifica valutazione del Magistrato militare di sorveglianza.

L'ammissione alla detenzione domiciliare non avrà esecuzione se

l'interessato non sottoscriverà il verbale di accettazione delle prescrizioni in calce a questo atto;

M A N D A

alla cancelleria per le comunicazioni e notificazioni di competenza.

Roma, 3 febbraio 1999

IL MAGISTRATO ESTENSORE

Fulvio SALVATORI

IL PRESIDENTE

Fabrizio FABRETTI

**Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
23.02.1999 sul ricorso proposto da Rosario Bencivenqa ed altri**

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Suprema di Cassazione Sezione Prima Penale
Udienza in Camera di Consiglio del 23.02.1999
composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. TERESI RENATO	Presidente
Dott. LA GIOIA VITO	Consigliere
Dott. MOCALI PIERO	Consigliere
Dott. MABELLINI ANNA	Consigliere
Dott. GIRONI EMILIO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

1. BENTIVEGNA ROSARIO n. il 22.06.1922
2. CAPPONI CARLA n. il 07.12.1918
3. BALSAMO PASQUALE n. il 04.09.1924

avverso ordinanza del G.I.P. TRIBUNALE DI ROMA del 16.04.1998;
sentita la relazione fatta dal Consigliere Mabellini Anna;
lette le conclusioni del P.G. Dr. Giuseppe Febbraro che chiede di dichiarare inammissibile il ricorso.

Oggetto del ricorso e motivi della decisione

I- Con "ordinanza" 16.4.98 il G.i.p. del Tribunale di Roma disponeva l'archiviazione del procedimento a carico di Bentivegna Rosario, Capponi Carla e Balsamo Pasquale, avente ad oggetto l'ipotesi del reato di strage prevista dall'art. 422 c.p. in relazione all'attentato compiuto in Roma, via Rasella, il 23.3.1944. Il procedimento era stato instaurato su denuncia di prossimi congiunti di civili rimasti uccisi nell'attentato (Iaquinti e Zuccheretti), o uccisi dai Tedeschi alle "Fosse Ardeatine" (Gigliozzi), nonché da Forti Giorgio quale "Segretario Generale Nazionale del Comitato di difesa del cittadino".

Chiesta dal P.M. l'archiviazione, per estinzione del reato in virtù dell'amnistia disposta con D.P.R. 5.4.1944 n. 96, trattandosi di atti commessi "per motivi di guerra" (nel senso di compiuti al fine di liberare l'Italia dall'occupazione tedesca, ma non qualificabili come "atti di guerra" in senso stretto) ed opposti le parti offese, il G.i.p. aveva ordinato ulteriori indagini, escludendo la notorietà dell'episodio, quanto alle concrete modalità con le quali esso si era svolto, e ritenendo necessario accertare se la strage corrispondesse al fine ritenuto dalle ricostruzioni storiche ovvero a meno nobili ragioni relative ai contrasti tra i gruppi politici che componevano il fronte di liberazione nazionale.

In esito alle indagini, il G.i.p., con il provvedimento qui impugnato, ricostruiva il fatto, ed escludeva che esso potesse rientrare tra le azioni di guerra non punibili, indicate dal D. l.vo. lgt. n. 194 del 1945 come "gli atti di sabotaggio, le requisizioni ed ogni altra operazione compiuta dai patrioti per la necessità di lotta contro i tedeschi ed i fascisti nel periodo dell'occupazione nemica".

Osservava che la qualificazione del fatto come "atto legittimo di guerra" attribuita dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite civili (sentenza n. 3053 del 19.7.1957) non aveva

valore nel procedimento penale, e che, trattandosi di reato che offende beni personalissimi dell'uomo, non era applicabile la "speciale causa di non punibilità" prevista dal D. l.vo lgt. 12.4.1945 n. 194.

Ricordava che gli artt. 174 e 175 c.p.m.g. puniscono i metodi ed i mezzi di guerra vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali, sottolineando che, in caso di interpretazione diversa, mancherebbe di significato l'amnistia emanata, relativa a "qualsiasi tipo di reato". Escludeva pertanto che il fatto potesse qualificarsi "atto legittimo di guerra", e ravvisava invece tutti gli estremi oggettivi e soggettivi del reato di strage.

Riteneva, sulla base degli atti di indagine disposti, che l'attentato, nell'intenzione degli agenti, fosse stato progettato ed attuato sicuramente ai fini patriottici indicati dal D. l.vo lgt. n. 96 del 1944, e disponeva di conseguenza l'archiviazione degli atti dichiarando estinto il reato per amnistia, in conformità a quanto richiesto sin dall'inizio dal P.M..

Osservava poi che nella fase delle indagini preliminari non è consentita l'applicazione dell'art. 129 c. 2 c.p.p., con esame del merito, riservato al processo in senso proprio, e che quindi il giudice era esonerato "da ogni valutazione circa l'applicabilità o meno alla presente fattispecie delle disposizioni di cui al D. Lgs. lgt. 12.4.1945 n. 194 sulla non punibilità delle azioni di guerra dei patrioti nell'Italia occupata"; aggiungeva da ultimo : "Dopo tutto quanto sin qui esposto, ci si potrà forse chiedere alla fine se quel che avvenne in via Rasella il 23.3.1944 sia stato veramente necessario od anche soltanto opportuno, avuto riguardo alla prevedibilità di una spietata reazione da parte dei tedeschi. Ad avviso del decidente, però, tali questioni, sulle quali si sono insistentemente soffermate le parti offese, se possono trovare legittimo ingresso nell'ambito di un dibattito etico, politico e storico, non possono assumere rilevanza giuridica alcuna ai fini del presente procedimento. Ne', d'altro canto, è consentito al giudice esprimere valutazioni che non siano estremamente pertinenti al <<thema decidendum>> ad esso assegnato".

II- Hanno proposto ricorso in cassazione Balsamo Pasquale, Bentivegna Rosario e Capponi Carla, partecipi all'attentato, deducendo i seguenti motivi, approfonditi dalla memoria difensiva successivamente depositata.

1) Il provvedimento impugnato doveva considerarsi abnorme, poiché il giudice, prima di affermare di non poter scendere nel merito, come consentito nella fase dibattimentale dall'art. 129 c. 2 c.p.p., e di essere esonerato dal valutare l'applicabilità alla specie del D. l.vo lgt. 12.4.95 n. 194 sulla non punibilità delle azioni di guerra dei patrioti nell'Italia occupata, si era profuso sul tema, giungendo alla conclusione che l'attentato di via Rasella non poteva essere qualificato come atto legittimo di guerra, sulla base di una discutibilissima analisi delle disposizioni di diritto internazionale e della normativa post-bellica. La costruzione irrituale, fondata anche su precedenti giurisprudenziali distorti, qualificava l'ordinanza tra i cosiddetti "atti extra-vagantes" ricorribili per cassazione.

2) Le valutazioni espresse dal G.i.p. sulla non configurabilità dell'attentato di via Rasella quale atto di guerra, con riferimento al codice penale militare di guerra, non erano di sua competenza. La legittimità dell'atto era già stata comunque ritenuta in altre sentenze, tra cui quella emessa dalle Sezioni Unite Civili della Cassazione, nella quale si era correttamente considerato che l'assoluta discrezionalità dell'attività bellica non consente al giudice alcun controllo diverso da quello relativo alle finalità dell'atto.

3) Il provvedimento di archiviazione non può mai contenere accertamenti pregiudizievoli alla persona sottoposta alle indagini o ai terzi, principio questo conforme all'art. 24 della Costituzione e disatteso nel caso in esame.

4) Dovrebbe altrimenti dichiararsi costituzionalmente illegittimo l'art. 129 c. 2 c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non ne è consentita l'applicazione al giudice al quale il p.m. abbia richiesto l'archiviazione degli atti.

Nella memoria difensiva l'eccezione di incostituzionalità veniva sviluppata in modo diverso, con riferimento all'art. 411 c.p.p., "in relazione agli artt. 3 1° c., 24 2° c., 111 2° c. Cost. per la parte in cui applica le disposizioni di cui all'art. 409 1° c. c.p.p., e quindi consente l'archiviazione degli atti anche nel caso in cui l'applicazione dell'amnistia sia subordinata ad un procedimento giurisdizionale di accertamento costitutivo nel quale la valutazione della sussistenza nel fatto di determinate circostanze (nella specie, la particolare finalità patriottica del fatto) e del loro valore rappresenta l'intervento necessario ed inderogabile della scienza e della volontà del giudice che contribuisce a rendere concreta ed effettiva la realtà estintiva astrattamente delineata dal legislatore". Si rileva la disparità di trattamento tra i cittadini che a norma dell'art. 129 c.p.p. sono ammessi a dimostrare l'esistenza delle condizioni di cui al 2° comma dello stesso articolo, e perciò ad ottenere eventualmente una sentenza di assoluzione o di improcedibilità, e ad impugnare, se del caso, la sentenza stessa, in conformità al diritto inviolabile di difesa ed al principio di ricorribilità delle sentenze, e coloro che restano privati di tutti tali diritti e facoltà in forza di un sommario procedimento di archiviazione, che tuttavia motiva il suo aspetto decisorio con l'apodittica affermazione relativa all'esistenza del reato.

L'incostituzionalità dell'art. 411 c.p.p. è eccepita nella memoria, con riferimento all'art. 77 della Costituzione, anche sotto il diverso profilo della violazione dell'art. 2 n. 50 della legge delega n. 81 del 1987, che prevede la possibilità dell'archiviazione solo per manifesta infondatezza della notizia di reato, per essere ignoti gli autori dello stesso o per improcedibilità dell'azione penale, mentre le due fattispecie sono richiamate nella direttiva 52 fra i casi per i quali può essere pronunciata sentenza di non doversi procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p., come modificato dalla legge 8.4.93 n. 105.

III- Il Procuratore Generale presso questa Corte nella propria requisitoria scritta disattende la tesi difensiva concernente l'abnormità del procedimento impugnato. Considera che "se non appare contestabile che il G.i.p., pur invocando principio del tutto diverso, si sia di fatto lasciato andare a giudizi di merito, peraltro <<moralmente>> sfavorevoli agli indagati, questa operazione- sui cui contenuti opinabili dal punto di vista giuridico e storico è opportuno in questa sede non soffermarsi per non introdurre ulteriori motivi fuorvianti- è stata attuata per così dire andando <<oltre>> quanto fosse per forma e sostanza necessario a dare concrete risposte alla richiesta di archiviazione. Questa sovrabbondanza per la sua <<smaccata>> ultroneità non è capace di comunicare i suoi <<vizi>> all'organica- e chiaramente sussistente- compatibilità con le premesse poste dal P.M. ossia al suo contenuto decisorio".

Ritiene manifestamente infondata la eccezione di costituzionalità proposta, considerando che proprio le censure dei ricorrenti sull'uso distorto del principio di cui all'art. 129 c. 2 fatto nell'ordinanza indicano come non sia verificabile in astratto la dedotta disparità di trattamento.

Conclude per l'inammissibilità del ricorso proposto.

IV- Ciò premesso, la Corte osserva quanto segue.

1) Il decreto di archiviazione disciplinato dagli artt. 408 - 411 c.p.p. è un provvedimento concepito dal legislatore come anteriore all'esercizio dell'azione penale, correlato alla insussistenza degli estremi per esercitarla, che in nessun modo può pregiudicare gli interessi della persona indicata come responsabile nella notizia di reato, o l'interesse della

pubblica accusa a riaprire le indagini nel caso previsto dall'art. 414 c.p.p.. Per tale sua natura, di provvedimento in qualche modo "neutro", non ne sono previsti mezzi d'impugnazione.

2) L'unica forma d'impugnazione consentita contro il decreto di archiviazione è connessa alla sua eventuale abnormità, in virtù della giurisprudenza che ammette il ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 della Costituzione, nei confronti del provvedimento caratterizzato da vizi "in procedendo" o "in iudicando" del tutto imprevedibili per il legislatore, il quale proprio per l'estraneità dell'atto al sistema legislativo non ha previsto contro di esso alcun mezzo d'impugnazione (sul punto, tra le altre, Cass. Sez. III, 8.8.96, Cammarata, RV. 206058). Secondo le Sezioni Unite di questa Corte (12.2.98 n. 17, Di Battista, RV. 209603) "è affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite. L'abnormità dell'atto processuale può riguardare tanto il profilo strutturale, allorché l'atto, per la sua singolarità, si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, quanto il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo".

3) I ricorrenti deducono l'abnormità del provvedimento di archiviazione adottato nei loro confronti per essere estinto "il reato contestato" (cfr. pag. 29 del provvedimento impugnato) per amnistia, siccome emesso in esito ad ampia e particolareggiata motivazione con la quale si è accertata la loro colpevolezza per il delitto di strage. La doglianza formulata, considerata in astratto, corrisponde al concetto di abnormità considerato, poiché la natura "neutra" del decreto di archiviazione, emesso in una fase in cui gli elementi relativi alla notizia di reato sono ancora amorfi e fluidi, è radicalmente incompatibile con la dichiarata e motivata attribuzione di un reato ad un determinato soggetto. Un provvedimento che abbia le caratteristiche denunciate nel ricorso si pone pertanto al di fuori del sistema legislativo, che impone l'esercizio in contraddittorio dell'azione penale prima dell'accertamento di un reato a carico di una persona denunciata.

L'abnormità lamentata in coerenza alla natura del provvedimento impugnato rende quindi ammissibile l'unico mezzo d'impugnazione consentito nella ipotesi considerata.

4) Il ricorso, oltre che ammissibile, è fondato, poiché l'abnormità denunciata è reale.

Il provvedimento di archiviazione impugnato, che l'art. 409 c.p.p. prevede sia emesso nelle forme del "decreto", è qualificato come "ordinanza", ed ha peraltro il taglio motivazionale tipico della sentenza, in quanto, dopo aver ricostruito il fatto ed il ruolo in esso svolto dai tre ricorrenti, per ben sei pagine (ff. 24-29) si esprime sulla qualificazione di esso e sulla configurabilità del delitto di strage. Lo schema è quello previsto dall'art. 129 c.p.p., del quale a pag. 35 il G.i.p. riconosce peraltro la inapplicabilità alla fase delle indagini, ammettendo espressamente che le questioni poste dalle parti offese, oggetto della motivazione precedentemente estesa, non potevano "assumere rilevanza alcuna ai fini del presente procedimento".

Osserva al riguardo il Collegio che ai sensi degli artt. 408 e 411 c.p.p. l'archiviazione può essere disposta se la notizia di reato è infondata, ovvero perché manca una condizione di procedibilità, perché il reato è estinto o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato. All'archiviazione non si applica l'art. 129 c.p.p., che al secondo comma dispone la prevalenza delle cause di declaratoria di non punibilità di natura sostanziale rispetto a quelle connesse alla estinzione del reato. La norma è infatti dettata per "ogni stato e grado del processo", ed è quindi estranea alla fase in questione, anteriore all'esercizio

dell'azione penale (in senso conforme, Cass. Sez VI, 5.3.98, Boccardi, RV. 210826; Sez. V, 18.3.97, Giustini, RV. 207901; Sez: VI, 7.9.94, Rosco, RV. 199084; sulla manifesta infondatezza della questione di costituzionalità proposta sul punto specifico con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., Cass. Sez. VI, 7.7.92, Zanetti ed altri, RV. 191053, che ha escluso la disparità di trattamento denunciata rispetto al rinvio a giudizio nei cui confronti debba essere emessa sentenza di proscioglimento, in considerazione dell'assoluta diversità delle situazioni disciplinate, e dell'assenza, in caso di archiviazione, di diritti o interessi da tutelare in capo al soggetto).

La inapplicabilità al decreto di archiviazione dell'art. 129 c.p.p. comporta che il giudice, al quale il provvedimento sia chiesto per motivi attinenti all'estinzione del reato, non debba motivare in ordine alla impossibilità di archiviare per motivi diversi, inerenti alla non configurabilità del reato. Si è ritenuto peraltro, in considerazione del favore che incontra nel nostro ordinamento la scelta della formula liberatoria più ampia, che il G.i.p. al quale sia stata chiesta l'archiviazione per difetto di una condizione di perseguibilità o di procedibilità dell'azione penale o per intervenuta estinzione del reato possa, in alternativa all'adesione alla richiesta del P.M., archiviare la "notitia criminis" per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 408 c.p.p. (in tal senso Cass. Sez. VI, 19.10-16.11.90, Sica, RV. 185768, edita in Foro It. 1991, II, 516). Non è invece ammissibile che l'analisi e le conclusioni del G.i.p. in tale fase si rivolgano "in malam partem", facendo precedere alla indicazione del motivo formale per il quale l'archiviazione è disposta una motivazione sostanziale, che concerna la configurabilità del reato e la responsabilità dell'indagato in ordine ad esso (nello stesso senso la sentenza sopra citata, che ha ritenuto l'abnormità del provvedimento con il quale il G.i.p., a fronte della richiesta del p.m. di archiviazione degli atti per estinzione dei reati per amnistia, prima di esprimersi in senso conforme aveva accertato con diffusa motivazione l'esistenza di elementi di responsabilità a carico del denunciato. Conformi Cass. Sez. VI, 7.9.94, Rosco, RV. 199084, che ha ritenuto abnorme il decreto di archiviazione emesso per amnistia, preceduto dal rilievo che non risultava evidente l'insussistenza del fatto, e che la qualificazione giuridica era corretta; Sez. V, 9, 18.3.97, Giustini, RV. 207901, in tema di provvedimento pronunciato prima dell'esercizio dell'azione penale, nel quale il g.i.p. con riferimento all'art. 129 c.p.p. ha usato la formula, anziché di archiviazione, di "non luogo a procedere a carico dell'indagato in conseguenza della morte di questi", preceduta dalla valutazione sulla mancanza di manifesti elementi in base ai quali prosciogliere nel merito).

Poiché nella specie il provvedimento impugnato ha assunto natura diversa da quella meramente dichiarativa e deliberativa propria del decreto di archiviazione, e contiene uno specifico accertamento "in malam partem" espresso nei confronti di persone nei cui confronti l'azione penale non era stata esercitata, si ravvisa la sua abnormità in dipendenza dell'accertamento predetto, indipendentemente dalla correttezza o infondatezza delle motivazioni che tale accertamento sorreggono. Dalla ritenuta abnormità segue l'annullamento del provvedimento medesimo.

5) Le considerazioni che precedono evidenziano la irrilevanza, e al tempo stesso la manifesta infondatezza, della eccezione di costituzionalità proposta. Gli artt. 408- 411 c.p.p. non danno spazio per valutazioni concernenti in positivo la responsabilità dell'indagato per un reato determinato, accompagnate dalla archiviazione della "notitia criminis" relativa, e non può profilarsi, né si profila nel caso di specie, la lesione dei diritti e degli interessi lamentata in conseguenza di un provvedimento che, in quanto abnorme, è ricorribile in sede di legittimità e che deve essere annullato.

6) L'annullamento del provvedimento, qualificato come abnorme, pone al Collegio il problema di ulteriormente provvedere in ordine alla possibilità di dare in questa sede le disposizioni necessarie per rendere la decisione impugnata conforme alla legge, a norma dell'art. 620 lett. I c.p.p.. In questa prospettiva compete certamente a questa Corte

l'obbligo di considerare se il fatto, quale emerge dalle richieste del P.M. e dalla ricostruzione attuata sulla base delle indagini disposte dal G.i.p., non risulti previsto dalla legge come reato: e ciò in relazione alle specifiche osservazioni formulate con il ricorso.

Va osservato al riguardo:

a) L'attentato di via Rasella del 23 marzo 1944 ai danni del battaglione di polizia tedesca "Bozen", nel quale rimasero coinvolti alcuni civili italiani, fu compiuto mentre era in corso l'occupazione di gran parte del territorio nazionale ad opera dei Tedeschi a seguito degli eventi successivi all'armistizio dell'8 settembre 1943. A tale occupazione non si sottraeva Roma, che nonostante la sua qualifica di "città aperta" (attribuita unilateralmente dal Governo Italiano prima dell'armistizio: cfr. Cass. Sez.U. Civ., 19.7.1957 n. 3053, in Foro It. 1957, I, 1398), era presidiata da truppe tedesche e sottoposta ad un durissimo controllo di polizia militare e politica.

Contro tale occupazione in Roma e in tutta l'Italia centro-settentrionale sin dal 9 settembre 1943 si erano andati spontaneamente organizzando gruppi di resistenza sia politica che militare.

L'attentato, accuratamente preparato (cfr. anche pag. 33 provvedimento impugnato), fu deciso ed attuato da appartenenti a formazioni dei G.A.P. (Gruppi Azione Patriottica), dipendenti dal Comando Garibaldi per l'Italia Centrale, e comandati in Roma all'epoca del fatto da Carlo Salinari. Essi erano collegati alla Giunta Militare del C.L.N. (Comitato di Liberazione Nazionale) attraverso Giorgio Amendola ed altri. I G.A.P. rivendicarono apertamente la paternità dell'azione, diretta a contrastare l'occupazione tedesca ed a restituire le libertà conculcate da regime fascista.

L'azione fu attuata facendo esplodere, mediante detonatore collegato ad una miccia, 18 kg. di tritolo contenuti in un carretto per la spazzatura, in coincidenza del passaggio, usuale e previsto, di una compagnia del battaglione "Bozen". Secondo la ricostruzione del consulente tecnico della parte offesa Zuccheretti, riportata nel provvedimento impugnato (pag. 14), l'esplosione dell'ordigno ebbe a determinare la morte di 42 soldati tedeschi (dei quali 32 morti quasi immediatamente e gli altri nei giorni seguenti), e di almeno due civili italiani, il minore Pietro Zuccheretti e Antonio Chiaretti.

b) Il fatto oggetto della richiesta di archiviazione proposta dal P.M. e del provvedimento impugnato per la qualità di chi lo commise, per l'obbiettivo contro il quale era diretto e per la finalità che lo animava, rientra, in tutta evidenza, nell'ambito di applicazione del D. L.vo. Lgt. 12.4.1945 n. 194, che dispone: "Sono considerate azioni di guerra, e pertanto non punibili a termini delle leggi comuni, gli atti di sabotaggio, le requisizioni e ogni altra operazione compiuta dai patrioti per la necessità di lotta contro i tedeschi e i fascisti nel periodo dell'occupazione nemica. Questa disposizione si applica tanto ai patrioti inquadrati nelle formazioni militari riconosciute dai comitati di liberazione nazionale, quanto agli altri cittadini che li abbiano aiutati o abbiano, per loro ordine, in qualsiasi modo concorso nelle operazioni per assicurarne la riuscita".

Dalle premesse che precedono consegue che devono essere considerati infondati i motivi per i quali il pubblico ministero che ha chiesto l'archiviazione prima, ed il G.i.p. poi, hanno escluso l'applicabilità della norma alla specie, sotto il profilo che le operazioni considerate nell'articolo unico del decreto luogotenenziale citato sarebbero esclusivamente quelle "di contorno", non coinvolgenti diritti primari della persona umana. Il termine "operazioni", applicato ad un contesto che storicamente è di lotta armata, comprende qualsiasi atto, anche cruento, volto a combattere il nemico. La "Legge di guerra" approvata con R.d. 8.7.1938 n. 1415, All. A, dedica l'intero "Titolo secondo" alle "operazioni belliche", che

comprendono "atti di ostilità" (Capo II, Sez. I) implicanti "l'uso della violenza" (art. 35), e il "bombardamento" (Capo II, Sez. II).

L'interpretazione riduttiva del termine appare infatti non corretta dal punto di vista letterale, poiché contrasta con l'espressione "ogni altra" che immediatamente lo precede; collide con la struttura sistematica dell'articolo unico del decreto luogotenenziale, che collocando nell'ambito delle "azioni di guerra" gli atti menzionati non può prescindere da quelle che sono in genere le caratteristiche delle azioni nel cui novero gli atti medesimi sono inseriti; stride con la volontà del legislatore, desunta dalla situazione storica nella quale la norma è stata emanata, indirizzata ad attribuire riconoscimento di liceità ad ogni azione diretta alla liberazione del territorio nazionale ed alla fine del regime fascista, volontà palesemente espressa in una serie di disposizioni di legge dell'epoca e successive, che qui di seguito si richiamano.

- Il D. L.vo Lgt. 21.8.1945 n. 518 ha disciplinato "il riconoscimento delle qualifiche di partigiani e l'esame delle proposte di ricompensa" in dipendenza della lotta armata partigiana. - Il D.L.vo Lgt. 5.4.1945 n. 158 ha riconosciuto la qualifica di "patriota combattente", comportante benefici di vario genere, tra gli altri, "agli organizzatori e ai componenti stabili od attivi di bande, le quali abbiano effettivamente partecipato ad azioni di combattimento o di sabotaggio" (art. 9 lett. a-, nel quale l'equiparazione tra combattimento e sabotaggio evidenzia come sia errato, dalla menzione del sabotaggio contenuta nel D.L.vo Lgt. n. 194 del 1945 qui in esame, desumere un significato ridotto, concernente azioni di semplice "contorno", del successivo termine "operazioni").

- Il D.L.vo C.P.S. 6.9.1946 n. 226, che ha disciplinato il risarcimento a carico dello Stato dei danni causati dalle "operazioni della guerra" poste in essere dalle forze armate nazionali, alleate o nemiche, equipara alle forze armate "le formazioni volontarie partecipanti alle operazioni belliche".

- La legge 21.3.1958 n. 285, intitolata "Riconoscimento giuridico del corpo Volontari della libertà (C.V.L.)", ha riconosciuto il corpo stesso "ad ogni effetto, come corpo militare organizzato inquadrato nelle forze armate dello Stato", con i conseguenti benefici economici e di carriera.

Si tratta di provvedimenti normativi connessi alla nostra Storia, alla formazione della Repubblica Italiana ed ai principi sui quali la Costituzione si fonda (si pensi alla XII Disposizione Transitoria alla Costituzione), conformi alla "intenzione del legislatore" pur se considerata oltre al momento in cui è stata espressa ed in senso attuale.

Né la circostanza che l'amnistia disposta con D. L.vo Lgt. 5.4.1944 n. 96 avesse quale oggetto "tutti i reati, quando il fine che li ha determinati sia stato quello di liberare la patria dall'occupazione tedesca, ovvero quello di ridare al popolo italiano le libertà sopresse o conculcate dal regime fascista" (art. 1), è dato idoneo ad escludere che un'azione avente le caratteristiche e gli effetti propri dell'attentato di via Rasella rientri nell'ambito di applicabilità del decreto luogotenenziale n. 194 del 1945. La promulgazione dell'amnistia è precedente, non successiva, al D. L.vo Lgt. n. 194 del 1945, che ha tolto in radice la natura di reato, inserendola tra le "azioni di guerra", ad ogni "operazione compiuta dai patrioti per la necessità di lotta contro i tedeschi e i fascisti nel periodo dell'occupazione fascista". Ed ha una sua innegabile e profonda "ratio" il fatto che, in quel momento storico, all'ampia formula dell'amnistia disposta per un numero grandissimo di reati, individuati soltanto in relazione alla finalità perseguita, si sia poi riconosciuta la totale irrilevanza ai fini penali di alcuni di essi, aventi caratteristiche soggettive, obbiettive e modalità operative tali da renderli assimilabili ad ogni effetto ad "azioni di guerra".

Quanto alla "necessità di lotta" contro gli obiettivi indicati, si rileva che la natura dell'attività bellica rende la valutazione sul punto discrezionale, evidentemente non sottoponibile da parte del giudice ordinario ad un controllo che coinvolga "a posteriori" la efficacia dell'operazione prescelta a conseguire gli obiettivi strategici perseguiti. Nel caso di specie l'attentato, commesso nei confronti di una formazione nemica che occupava il territorio nazionale, volto a contrastare l'occupazione stessa, appare caratterizzato da quegli inequivoci requisiti strutturali e teleologici che consentono al giudice di qualificare l'azione predetta come "azione di guerra" in base al decreto luogotenenziale citato.

c) Si devono pertanto condividere le argomentazioni- richiamate espressamente dal G.i.p., ma dallo stesso disattese (cfr. pagg. 24 e segg. provvedimento)- con le quali le Sezioni Unite Civili di questa Corte con la sentenza 19.7.1957 n. 3053 sopra citata, pronunciando in tema di risarcimento del danno richiesto dalle vittime civili dell'attentato di via Rasella, ha stabilito che "la lotta partigiana è stata considerata dalla legislazione italiana quale legittima attività di guerra", con conseguente improponibilità dell'azione risarcitoria proposta. La statuizione, è chiaro, non vincola il giudice penale, a norma degli artt. 2 e 3 c.p.p., nel senso che non opera con efficacia di giudicato, ma costituisce indubbiamente un precedente significativo per l'analisi penetrante ed esaustiva sviluppata sullo specifico tema concernente la qualificazione dell'attività svolta dai gruppi partigiani avuto riguardo, in particolare, alla diversa posizione attribuibile agli stessi in relazione, da un lato, agli atti di ostilità compiuti, all'epoca dei fatti in esame, nei confronti degli occupanti tedeschi, e, dall'altro, al loro rapporto nell'ambito dell'ordinamento (interno) italiano.

Diverse, ma ad un attento esame non confliggenti, le situazioni e le conseguenti valutazioni recepite nelle pronunce degli organi della giustizia militare concernenti l'attentato di via Rasella, ed aventi per oggetto la "rappresaglia" attuata il giorno successivo dalle Forze Armate con l'uccisione di 335 cittadini italiani alle Fosse Ardeatine.

Con sentenza 20.7.1948 n. 631, emessa contro Kappler ed altri (in "Rassegna della Giustizia Militare", 1996, nn. 3-6, pag. 3), il Tribunale Militare di Roma, che pur ha escluso la legittimità della rappresaglia per violazione del principio della proporzionalità, ha negato la natura di legittima azione di guerra dell'attentato, in quanto non commesso da "legittimi belligeranti", in rapporto alla clandestinità dell'organizzazione partigiana, all'epoca priva dei requisiti richiesti dall'art. 1 della Convenzione dell'Aia del 18.10.1907.

Proposto ricorso da Kappler, il Tribunale Supremo Militare, con sentenza 25.10.1952 n. 1711 (ibidem, pag. 83) ha rovesciato tale impostazione, dichiarando illegittimo l'esercizio della rappresaglia in relazione alla legittimità dell'azione italiana: "Via Rasella, alla luce delle norme del diritto internazionale, si pone in termini di rigorosa linearità: la sua qualificazione non può essere altro che quella di un atto di ostilità a danno delle forze militari occupanti, commesso da persone che hanno la qualità di legittimi belligeranti".

Il tema della liceità dell'attentato, collegato alla illiceità dell'atto ritorsivo attuato con l'eccidio delle Fosse Ardeatine, nelle due sentenze menzionate è stato affrontato in rapporto alla controversa qualità di legittimi belligeranti degli attentatori all'epoca del fatto contestato, e non poteva certamente essere risolto con riferimento al decreto luogotenenziale n. 194 del 1945, emanato successivamente alla "rappresaglia" in questione. Tale soluzione non era consentita né dall'art. 23 c.p.m.g. sulla ultrattività della legge penale militare di guerra, né dagli artt. 25 c. 2 della Costituzione e 2 c. 1 c.p., per i quali il riconoscimento della legittimità dell'azione di via Rasella, in quanto qualificata con effetto retroattivo "azione di guerra", non poteva valere ai fini della individuazione dell'illecito penale contestato in quel procedimento.

Restano quindi estranee al "thema decidendum" attuale le motivazioni, formulate nella prima sentenza citata, inerenti alla illegittimità dell'attentato con riferimento agli artt. 25 e 27 della legge di guerra (all. A al r. decreto 8 luglio 1938 n. 1435, articoli di cui peraltro le Sezioni Civili di questa Corte, nell'ambito di un "obiter dictum" contenuto nella sentenza citata, disconoscono l'applicabilità al caso di specie, in quanto tali norme erano dirette solo a limitare i poteri dello Stato italiano nei confronti dei cittadini di altri Stati con i quali sia in guerra), in rapporto alla clandestinità dell'organizzazione partigiana, all'epoca priva dei requisiti richiesti dall'art. 1 della Convenzione dell'Aia del 18.10.1907, per la quale un atto di guerra legittimo può essere compiuto solo dagli eserciti regolari ovvero da corpi volontari che, oltre ad essere comandati da una persona responsabile per i subordinati, abbiano un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza, e portino apertamente le armi. Ma ciò posto in evidenza, non ne deriva affatto la non riconducibilità allo Stato italiano, per quanto si riferisce al coinvolgimento nell'attentato anche di vittime civili, dell'azione dei partigiani. Occorre rammentare infatti che, sin dopo la dichiarazione dello stato di guerra nei confronti della Germania (13 ottobre 1943) il Governo legittimo aveva incitato tutti gli Italiani a ribellarsi ed a contrastare con ogni mezzo l'occupazione tedesca (cfr. Cass. Sez. U. Civ. n. 3053 del 1957 citata). Il fatto, innegabile, ma comune a tutti i movimenti di resistenza, del loro carattere clandestino nei momenti iniziali, non è affatto in contrasto, pertanto, con il riconoscimento delle attività in esame quali atti tipici di guerra. E la successiva legislazione si è limitata semplicemente a darne atto.

d) La legittimità dell'operazione considerata, unitaria nell'azione e nello scopo perseguito, deve essere pertanto valutata nel suo complesso, senza che sia possibile scinderne le conseguenze a carico dei militari tedeschi che ne costituivano l'obbiettivo da quelle coinvolgenti i civili che ne rimasero vittima, in rapporto alla sua natura di "azione di guerra". Le azioni predette sono purtroppo per loro natura caratterizzate da effetti consimili, come emerge dal "bombardamento" disciplinato dal Titolo II, Capo II Sez. II della legislazione di guerra di cui al R.d. n. 1415 del 1938, all. A.

7) Esclusa così la configurabilità del reato di strage contestato, il provvedimento d'archiviazione impugnato, abnorme, può essere riportato a legalità sostituendosi, a quella parte nella quale si dichiara la responsabilità dei denunciati per il reato predetto e si motiva l'archiviazione sulla base dell'amnistia disposta con D.lvo Lgt. 5.4.1944 n. 96, la motivazione inerente alla non previsione del fatto come reato dalla legge.

P.Q.M.

visto l'art. 620 lett. l) c.p.p., annulla senza rinvio il provvedimento impugnato limitatamente alla parte in cui dispone l'archiviazione per estinzione del reato per amnistia anziché perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Così deciso il 23.2.1999

Seguono firme

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data
07.12.1999

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano
La Corte Suprema di Cassazione Sezione Prima Penale

composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. LOSANA Camillo	Presidente
Dott. BARDOVAGNI Paolo	Consigliere
Dott. SILVESTRI Giovanni	Consigliere
Dott. CAMPO Stefano	Consigliere
Dott. MACCHIA Alberto	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PRIEBKE Erich, nato il 29.07.1913;
avverso ordinanza del 14.12.1998 della Corte Militare di Appello di Napoli;
sentita la relazione fatta dal Consigliere Macchia Alberto;
lette le conclusioni del P.G. dott. Vittorio Garino che ha chiesto il rigetto del ricorso.

O S S E R V A

Con ordinanza del 14 dicembre 1998, la Corte militare di appello, Sezione distaccata di Napoli, ha respinto l'istanza con la quale il difensore di PRIEBKE Erich ha chiesto di revocare, a norma dell'art.669, cod.proc.pen., la sentenza pronunciata nei confronti del predetto il 7 marzo 1998 e divenuta irrevocabile il 16 novembre 1998, con la quale lo stesso PRIEBKE è stato condannato alla pena dell'ergastolo, in quanto tale condanna si riferiva ai medesimi fatti per i quali il Tribunale militare territoriale di Roma il 20 luglio 1948 aveva assolto gli altri ufficiali appartenenti alle S.S. che avevano partecipato all'eccidio delle Fosse Ardeatine per aver agito per ordine del superiore. Aveva altresì dedotto l'istante che anche in relazione ad Herbert KAPPLER, comandante della guarnigione, era stata esclusa la sua punibilità, non essendosi potuto affermare con sicurezza che lo stesso avesse avuto conoscenza e volontà della legittimità dell'atto in relazione alla morte di 320 persone. Sicchè, attesa la medesimezza della imputazione e della ricostruzione fattuale posta a base delle due sentenze appariva evidente, secondo il difensore del condannato, l'esistenza di un insanabile contrasto tra gli accertamenti e le valutazioni contenute nei due provvedimenti. Un contrasto, quello appena accennato, che l'istante domandava pertanto di ricomporre attraverso il meccanismo delineato dall'art.669, comma 8, cod.proc.pen, come interpretato da questa Corte in una specifica circostanza (Sez.III, 10 luglio 1996, Petrino, m.206604), con conseguente revoca della sentenza di condanna.

A fronte di tale richiesta la Corte territoriale, dopo aver preso in esame le sentenze di cui innanzi si è detto, ha escluso che il fatto reato riconosciuto nel 1948, ma non nei confronti del PRIEBKE, fosse il medesimo di quello oggetto del giudizio del 1997 sotto il profilo della condotta. D'altra parte, ha anche osservato la Corte, la partecipazione dello stesso PRIEBKE non fu affatto marginale, sicchè la sua posizione mai potrebbe essere confusa con la oscura massa degli altri partecipanti. Comunque, l'art.669 cod.proc.pen. richiede non soltanto che le sentenze prendano in considerazione il medesimo fatto, ma anche che riguardino la medesima persona, requisito, quest'ultimo, che nella specie non ricorre, considerato che nel dispositivo della sentenza del 1948 non v'è traccia del PRIEBKE e, "pertanto, quella sentenza non lo riguarda ai fini della applicabilità dell'art.669, comma 8, cod.proc.pen.". Né varrebbe invocare in senso contrario la citata sentenza del 10 luglio 1996 in causa Petrino, riguardando la stessa la diversa fattispecie

relativa ad una sentenza di applicazione di pena su richiesta. La questione ora sollevata in sede esecutiva, concludeva la Corte, doveva comunque ritenersi preclusa, essendo stata la stessa ampiamente dibattuta e respinta in ogni grado di giudizio, sicchè sulla stessa si era ormai formato un espresso giudicato.

Avverso tale ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il difensore del PRIEBKE deducendo violazione dell'art.606, comma 1, lett.e), in relazione all'art.669, cod.proc.pen., per avere l'ordinanza impugnata respinto l'istanza di revoca sulla base di un argomentare solo apparente perché caratterizzato da manifesta illogicità, nonché travisamento delle effettive risultanze fattuali, così da risolversi in una violazione della disciplina processuale in tema di bis in idem. Osserva il ricorrente che il giudicato deve intendersi "oltre che come garanzia di certezza di intangibilità delle situazioni giuridiche acquisite da un determinato soggetto, anche come garanzia, in relazione di derivazione della struttura stabile e oggettiva della norma, soprattutto quella penale, di una valutazione uguale e certa per tutti i comportamenti di identico tenore". Si rileva, ancora, che la previsione dettata dall'art.630, lett.a), cod.proc.pen., ribadisce il rifiuto dell'ordinamento per la inconciliabilità tra i fatti costitutivi "delle premesse logiche ineliminabili del discorso giustificativo giudiziale", e si sottolinea che la disposizione di cui all'art.669 del codice di rito sta evidentemente a significare la sicura correlabilità della previsione di cui alla lettera a) dell'art.630 cod.proc.pen. al solo conflitto teorico di giudicati. Ne deriva, asserisce ancora il ricorrente, che "nella ipotesi in cui l'azione penale sia stata esercitata sulla base di apprezzamenti dei fatti inconciliabili con quelli posti a base di altra sentenza irrevocabile, non potrà non determinarsi improvvisabilità della azione penale, per difetto di interesse giuridico a chiedere la sentenza di condanna e, quindi, ad instaurare un procedimento che sarebbe fatalmente destinato ad abortire". Considerazioni, queste, che ad avviso del ricorrente assumerebbero uno specifico risalto proprio alla luce della già richiamata sentenza 10 luglio 1996, in causa Petrino, ove venne risolto lo specifico problema della inconciliabilità tra una sentenza di applicazione della pena e altra di assoluzione pronunciata nei confronti dei concorrenti nello stesso reato. Quanto, infine, al rilievo secondo il quale la esperibilità dello strumento offerto dall'art.669, comma 8, cod.proc.pen., sarebbe inibito "in forza di una preclusione derivante dall'essere stata la questione ampiamente dibattuta e respinta in ogni grado di giudizio", si deduce che tale questione, nella sentenza di questa Corte del 16 novembre 1998, venne respinta "sostanzialmente proprio in ragione della mancata irrevocabilità di quella pronunciata nei confronti dell'odierno ricorrente".

Il ricorso è palesemente destituito di giuridico fondamento. L'intera tematica, ora agitata attraverso lo strumento dell'incidente di esecuzione, è stata infatti integralmente scandagliata e puntualmente disattesa nella sentenza di questa Corte n.12595 del 16 novembre 1998, con la quale venne respinto il ricorso proposto nell'interesse del PRIEBKE avverso la sentenza della Corte militare d'appello del 7 marzo 1998, divenuta pertanto irrevocabile. In quella occasione venne infatti affrontata, innanzi tutto, la questione relativa alla dedotta inconciliabilità della sentenza impugnata con quella pronunciata il 20 luglio 1948 nei confronti di Herbert KAPPLER ed altri, con conseguente violazione del bis in idem sancito dall'art.649 cod.proc.pen., che il ricorrente - di allora ed ora - prospettava doversi interpretare sistematicamente in relazione alla disciplina predisposta dall'art.630, comma 1, lett.a), e dell'art.669, comma 8, cod.proc.pen., vale a dire proprio in riferimento al medesimo parametro normativo posto a fulcro della odierna doglianza. Questa Corte ritenne al riguardo di dover ribadire che la preclusione derivante dal giudicato penale nei confronti di un determinato imputato per un certo fatto non esplica alcuna efficacia vincolante nei confronti dei coimputati per i quali si sia proceduto separatamente, neppure se concorrenti nello stesso reato, a cagione della autonomia dei singoli rapporti processuali concernenti ciascun imputato, con la conseguente possibilità di una diversa valutazione dello stesso fatto da parte di più giudici, dandosi esclusivamente luogo ad un'ipotesi di revisione della sentenza di condanna in caso di

inconciliabilità dei fatti stabiliti a fondamento della stessa rispetto a quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile a norma dell'art.630, comma 1, lett.a), cod.proc.pen. Si sottolineò pure come l'identità soggettiva trovasse conferma anche in altre norme destinate a porre rimedio al mancato funzionamento della preclusione derivante dal divieto di un secondo giudizio, evocandosi al riguardo proprio la disciplina dettata dall'art.669 del codice di rito, la quale ontologicamente postula, per il relativo funzionamento, che la pluralità di sentenze irrevocabili per il medesimo fatto siano state pronunciate nei confronti della stessa persona. Si osservò pure, sempre in riferimento alla sentenza del 1948, l'impossibilità di prospettare il relativo accertamento dei fatti in termini di inconciliabilità a norma dell'art.630, comma 1, lett.a) cod.proc.pen., affermandosi il principio per il quale la sentenza irrevocabile di proscioglimento di alcuni imputati è irrilevante nel giudizio successivamente instaurato a carico di un diverso imputato al quale sia contestato il concorso nel medesimo fatto, nell'ipotesi - come quella in discorso - in cui il proscioglimento dei primi sia stato esplicitamente motivato dal giudice alla stregua di una indagine sul dolo, circa l'esatta rappresentazione e consapevolezza da parte di ciascuno di loro dei connotati di illegittimità e criminalità dell'ordine formulato dal superiore gerarchico, mentre il fatto storico risulti comunque oggettivamente illecito. In questo caso - si osservò - non inerendo l'inconciliabilità agli elementi storici adottati per la ricostruzione dei fatti di reato e posti a fondamento delle decisioni messe a raffronto, non era quindi dato postulare quella contraddittorietà dei fatti di base, essenziali o costitutivi, che potrebbe preludere al conflitto teorico di giudicati ed alla revisione di cui all'art.630, comma 1, lett.a), del codice di rito.

Da tali rilievi traspare pertanto con chiarezza che sul punto specifico attinto dall'odierno ricorso, incentrato proprio sulla pretesa inconciliabilità delle sentenze evocate, qualsiasi ulteriore disamina è in radice preclusa essendosi sullo stesso formato un giudicato esplicito. Né a diverso esito può evidentemente pervenirsi - come pretenderebbe il ricorrente - attraverso una eccentrica lettura estensiva della disciplina dettata dall'art.669, comma 8, del codice di rito, per di più operata attraverso una improponibile traslazione della più volte citata sentenza di questa Corte del 10 luglio 1996, in causa Petrino, essendosi quella pronuncia attestata proprio sulle peculiarità connesse alla sentenza che applica la pena su richiesta, in sé non comparabile con le sentenze che si fondano su di un pieno accertamento del merito. D'altra parte, non è certo senza significato che questa Corte abbia ritenuto inammissibile l'istituto della revisione con riferimento alla sentenza di cui all'art.444 cod.poc.pen., facendo derivare tale principio quale corollario proprio della natura della sentenza di patteggiamento, non equiparabile a una pronuncia di condanna, se non nella parte che la giustifica per l'affinità individuabile nel solo punto relativo all'applicazione della pena, osservando anche che sarebbe impossibile riprendere un giudizio ordinario quando il processo si è svolto e concluso senza una plena cognitio e che sarebbe improponibile un "conflitto" tra prove ed elementi che per definizione normativa tali non sono, posto che l'applicazione della pena è disposta, a norma dell'art.444, comma 2, cod.proc.pen., "sulla base degli atti" (Cass., Sez.un, 25 marzo 1998, Giangrasso).

Il ricorso è pertanto inammissibile ed il ricorrente va condannato al pagamento delle spese processuali ed al versamento alla Cassa delle ammende di una somma che si stima equo determinare in lire 1.000.000.

P.Q. M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di lire 1.000.000 alla Cassa delle ammende.

Così deciso in Roma, il 7 dicembre 1999

Seguono le firme