


---



Pubblicazioni  
Centro Studi per la Pace  
[www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it)

---

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO**  
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA  
Corso di laurea in Giurisprudenza

**TESI DI LAUREA**

**Ordine superiore e responsabilità  
dell'individuo nei crimini internazionali**

Relatore: Chiar.mo Prof. Edoardo Greppi

Candidato  
Lorenza Morello

Anno Accademico 2001/2002

### ***Presentazione***

*Quale interesse avrebbero avuto gli imputati a nascondere gli atti compiuti, se li avessero ritenuti legittimi? Sembra quasi che, nel chiedere una condanna esemplare di questi criminali nazisti, si dia prova di una volontà persecutoria nei confronti di signori ormai molto anziani. Il più delle volte, poi, le sentenze che vennero incontro a tale esigenza, ebbero un significato prevalentemente simbolico: nessuno si aspetta che venga loro inflitto il trattamento, pur meritato, che subirebbe un criminale comune e, anche qualora comminata una pena, non tardano ad arrivare, da parte dell'opinione pubblica o degli stessi imputati, le richieste di grazia. Ma il solo perdono che ci si può aspettare, a livello etico e religioso, è quello che potrebbe arrivare dai parenti delle vittime: delitti così gravi non possono certo essere amnistiati a livello giuridico.*

## **Parte prima**

### ***“L’ordine superiore”***

#### **Capitolo primo**

##### **“Il problema dell’ordine superiore”**

Il dovere di disobbedienza

Lo stato di necessità

#### **Capitolo secondo**

##### **“I precedenti giudiziari”**

Il processo a Peter von Hagenbach , 1474

Il caso Kappler: sentenza del 20 luglio 1948 del Tribunale Militare Territoriale di Roma, sentenza del 13 marzo 1950 del Tribunale Supremo Militare

Il caso Eichmann: sentenza dell’11 dicembre 1961 del Tribunale distrettuale di Gerusalemme, sentenza 29 maggio 1962 della Corte Suprema d’Israele

Il caso Hass e Priebke: sentenza del 1° dicembre 1998 della Suprema Corte di Cassazione

#### **Capitolo terzo**

## **“Inesistenza di una normativa comune”**

Le quattro Convenzioni di Ginevra e il I Protocollo

L’art. 8 dell’Accordo di Londra

L’art. 33 dello Statuto della corte penale internazionale

### **Capitolo quarto**

#### **“L’ordinamento italiano”**

Caratteristiche generali

L’art. 51 del Codice penale

L’art. 4 della L 11 Luglio 1978, n.382

## **PARTE SECONDA**

### **“*CONSEGUENZE DELLA DISOBEDIENZA*”**

#### **Capitolo quinto**

##### **“Analisi delle conseguenze della disobbedienza”**

Caso Kappler

Caso Eichmann

Caso Hass e Priebke

**Conclusioni**

**Bibliografia**

**Siti internet**

**Parte prima.**

***“L’ordine superiore”***

## **Capitolo primo.**

### **“Il problema dell’ordine superiore”**

#### **Il dovere di disobbedienza**

I crimini che si andranno ad analizzare sono enormi e complessi in quanto vi parteciparono molte persone a vari livelli ed in vari modi (i pianificatori, gli organizzatori e gli esecutori, distribuiti in varie gerarchie).

Questi furono reati commessi ‘in massa’ non solo per ciò che riguarda il numero delle vittime (ad esempio, la stima degli ebrei coinvolti nella soluzione finale varia da quattro milioni e mezzo a sei milioni, il numero delle vittime è controverso e difficilmente verificabile) ma anche per quanto concerne il numero di coloro che li commisero, ed il grado in cui ciascuno dei tanti criminali era vicino o lontano dall’uccisore materiale non ha rilevanza alcuna per quanto riguarda la misura della responsabilità.

S’impone, infatti, al militare cui venga impartito un ordine che costituisce ‘manifestamente reato’, il dovere di disobbedienza.

“L’ordine è manifestamente criminoso quando il tipo medio di persona è in grado di avvertirne il disvalore penale” (sentenza 13 settembre 1997,

Tribunale Militare di Roma, cit.): il criterio oggettivo indicato dal Tribunale, stabilisce la mancanza di necessità di un controllo particolare da parte del militare subordinato, in quanto si tratta di situazioni palesemente criminose; tuttavia, ad integrazione di tale criterio, il Tribunale pone due considerazioni di ordine soggettivo, ribadite dalla Suprema corte penale di cassazione (sez. I):

“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 d’esclusione della responsabilità e della pena...”

Si può prescindere dalla valutazione oggettiva quando vi sia la consapevolezza dell’agente, infatti, continua la Corte: “...integrandosi entrambi i parametri, oggettivo e soggettivo, d’identificazione del limite, il ricorso al criterio oggettivo diventa superfluo qualora acquista la certezza probatoria dell’effettiva consapevolezza e rappresentazione del contenuto criminoso dell’atto da parte dell’autore materiale...”. Pertanto occorre



tenere in considerazione la valutazione che il subordinato, nell'adempimento dei propri compiti, è in grado di compiere riguardo ai differenti elementi da fatto dai quali dipende la valutazione della criminalità o meno dell'ordine impartitogli.

### **Lo stato di necessità**

Vi è, seppur non riconosciuto in concreto, un ulteriore motivo considerato dalla Suprema Corte, che porterebbe alla non punibilità del soggetto che ha eseguito un ordine superiore: lo stato di necessità dell'individuo che è costretto a adempiere l'ordine a causa della minaccia di una pena esemplare nei suoi confronti. Il male minacciato deve essere tale da integrare un 'pericolo attuale' di 'danno grave alla persona' non altrimenti evitabile se non eseguendo l'ordine superiore.

Ciò che più colpisce leggendo testimonianze, deposizioni, analisi psicosociologiche dei soldati nazisti è notare come quegli uomini, le cui menti si erano trasformate in menti assassine, si sentissero parte di un processo grandioso, un compito grande che si presentava 'una volta ogni duemila anni' (così nella deposizione di Eichmann, cit.) e perciò gravoso.

Non si trattava di sadici o assassini per natura anzi, i nazisti si sforzarono sempre, sistematicamente, di mettere in disparte tutti coloro che provavano

un godimento fisico nell'uccidere. Nei documenti presentati al processo di Norimberga “ non si trovava un solo caso di SS condannate a morte per essersi rifiutate di partecipare a un'esecuzione” e, durante il processo, Bach - Zelewski, un testimone della difesa, dichiarò: “Chiedendo il trasferimento era possibile sottrarsi a una missione; certo, in alcuni casi bisognava aspettarsi qualche provvedimento disciplinare, ma non si rischiava affatto la vita.”.

Lo stesso Eichmann era consapevole di non essersi mai trovato nella posizione del soldato che, disobbedendo ad un ordine, può essere condannato alla fucilazione dalla Corte marziale, e condannato all'impiccagione da un giudice e da una giuria se obbedisce (cfr. Dicey, *Law of the Constitution*, 9 ed. New York, 1939) e lo conferma nell'ultima deposizione resa al processo, dicendo che, se avesse voluto, avrebbe potuto trovare un pretesto e ritirarsi, come avevano fatto altri membri delle SS: questi, infatti, proprio in ragione della loro appartenenza al corpo, non avrebbero potuto essere tradotti davanti ad una Corte marziale, ma solamente innanzi ad un tribunale di Polizia delle SS. Il problema era, dunque, un altro: l'idea della disobbedienza aperta, nata dopo la fine del conflitto, era, in quelle circostanze, una cosa impensabile. Sebbene tratto comune nelle biografie di molti degli imputati dei procedimenti da me

considerati sia l'aver aderito al movimento nazista perché 'così volle la sorte' e non per convinzione ideologica (Eichmann, ad esempio, rispondeva, ogni qualvolta gli venivano richieste le ragioni della sua adesione al partito nazionalsocialista, con luoghi comuni quali l'iniquità del trattato di Versailles e sulla disoccupazione; più che un'adesione spontanea egli sostenne di essere stato "inghiottito dal partito senza accorgersene e senza avere avuto il tempo di decidere; fu una cosa così rapida e improvvisa!"). Non ebbe il tempo, e nemmeno il desiderio, d'informarsi bene; non conosceva il programma del partito, non aveva mai letto *Mein Kampf*. Kaltenbrunner gli disse: "Perché non entri nelle SS?", e lui rispose: "Già, perché no?". Andò così –in *Eichmann and the question of jurisdiction*, Robinson in *Commentary*, luglio 1960).

Ma è pur vero che questi erano giovani che, seppur privi, almeno inizialmente, del fanatismo partitico, si trovavano a passare da un'esistenza monotona ed insignificante alla 'storia': in un movimento, cioè, che non si arrestava mai e dove potevano partire da zero e fare carriera.

Le deposizioni rese alla polizia ed ai giudici riportano la convinzione comune a tutti gli imputati di aver obbedito non soltanto a 'ordini superiori', ma anche alla 'legge'. Il tema dell'ordine superiore e delle azioni di stato venne discusso in ciascuno dei dibattiti del processo di Norimberga:

pareva, infatti, che questi dessero l'illusione che fatti senza precedenti potessero essere giudicati in base a criteri già noti. Gli imputati dichiararono di non essere più padroni delle proprie azioni e di non poter far nulla per cambiare le cose: erano completamente inglobati in un sistema di cieca obbedienza o, termine che si ritrova più volte negli atti 'Kadavergehorsam' ossia 'obbedienza cadaverica'.

I problemi di coscienza venivano, se e dove si ponessero, prevaricati dalla fedeltà al Führer: le parole di Hitler avevano, nel Terzo Reich, valore di legge 'Führerworte haben Gesetzeskraft', il che significa, tra l'altro, che tali ordini non avevano bisogno di essere scritti. In tale sistema giuridico ogni ordine contrario ad una disposizione orale di Hitler era illegittimo per definizione. La posizione assunta dagli imputati assomigliava spiacevolmente a quella, tante volte citata, del soldato che in un sistema giuridico normale si rifiuta di eseguire ordini che sono contrari all'idea comune della legittimità e che quindi possono da lui essere considerati illegali. La vasta letteratura sull'argomento gioca di solito sull'ambiguità del termine "legge", che in questo contesto significa a volte legge vigente in un dato paese –cioè codice esistente, in concreto- e, a volte la legge che, si suppone, parla con identica voce nel cuore di tutti gli uomini. In pratica, però, gli ordini cui si può disobbedire devono essere 'manifestamente

illegali' e l'illegalità deve essere come una "bandiera nera che sventola al di sopra di essi con una scritta che dice: 'Proibito' (...). E sotto un regime criminale questa 'bandiera nera con la sua scritta ammonitrice sventola su quello che è normalmente un ordine legittimo (per esempio, non uccidere degli innocenti solo perché sono ebrei) nella stessa manifesta maniera in cui sventola, sotto un regime normale, al di sopra di un ordine criminale.

Ripiegare sull'inequivocabile voce della coscienza, o, secondo la terminologia ancor più vaga dei giuristi, su un 'generale sentimento di umanità' significa non soltanto aggirare la questione, ma rifiutarsi deliberatamente di prender nota dei principali fenomeni morali, giuridici e politici del nostro secolo. Non la coscienza, quindi, ma la pietà istintiva, quella componente 'animale' che ogni uomo reca in sé, questa era la componente che la propaganda doveva soffocare, per fare in modo che i militari non provassero più nulla dinanzi alla sofferenza fisica altrui. Himmler creò degli slogan che deviavano questi istinti atavici verso l'io in modo tale che gli assassini non ponessero più l'attenzione sull'oggetto delle loro azioni (ovvero sulle vittime) ma sulle azioni che essi stessi dovevano compiere in modo tale che, invece di provare pietà per il male inferto, si autocommiseravano pensando al compito gravoso che gravava sulle loro spalle. Inoltre l'atteggiamento nei confronti della morte non poteva restare

immutato quando ‘si vedevano morti dappertutto’ e quando ciascuno

pensava con indifferenza alla propria morte: il Führer aveva calcolato che lo stato di guerra avrebbe portato presto i suoi ‘adepti’ a non essere più, qualora lo fossero stati, ‘individui pensanti’, ma meri esecutori di un piano più grande che sovrastava tutto e tutti. E proprio questa funzione di ‘mero esecutore’ di un ordine superiore si ritrova a partire dal processo di Norimberga fino al procedimento del 1998 contro Hass e Priebke. Di più: gli imputati si dichiararono ‘orgogliosi di avere fatto il proprio dovere’ ed obbedito a tutti gli ordini che venivano dati loro; l’unica attenuante invocata fu quella di aver cercato di ‘evitare il più possibile inutili brutalità’ ma questa altro non era se non una direttiva imposta dai superiori.

*Capitolo secondo*

**“I precedenti giudiziari”**

**Il processo a Peter von Hagenbach, 1474**

Risale al quindicesimo secolo quello che viene comunemente indicato come il primo processo per crimini di guerra: si tratta del procedimento contro il *Landvogt* Peter von Hagenbach.

Questi era stato posto dal Duca Carlo di Borgogna (1433-1477, la storia ne parla attribuendogli gli epiteti di ‘terribile’ e ‘temerario’) a capo di una città chiamata Breisach, posta sull’alto Reno, con l’ordine di ridurre alla sottomissione più totale gli abitanti della città fortificata. Sebbene la città non fosse in stato di guerra (infatti i crimini di cui si tratta vennero commessi prima della guerra tra la Borgogna e la coalizione alleata), i reati dei quali il Governatore fu imputato vennero definiti come ‘crimini di guerra’ per due ordini di motivi: in primo luogo il confine tra guerra e pace, all’epoca, era molto più labile di quanto non lo sia oggi ed inoltre la città era considerata, in quanto effettivamente era, sotto occupazione bellica.



Von Hagenbach mirava alla corona reale per la Borgogna e nutriva anche aspirazioni imperiali che, evidentemente, erano la spinta ed il fine delle sue azioni, infatti seguì con scrupolo 'l'ordine superiore' impartitogli instaurando un regime fondato sul terrore, dove non la legge, ma l'arbitrio, era lo strumento utilizzato per mantenere l'ordine nella città e non solo: infatti gli assassini, gli stupri, le confische e le tassazioni effettuate illegalmente unite a tutta la barbarie generalizzata danneggiavano anche gli abitanti delle terre vicine ed i mercanti svizzeri che si trovavano a transitare nella zona per recarsi alla fiera di Francoforte. I sottomessi formarono una coalizione ed assediaron Breisach; a questi si unì una rivolta di mercenari tedeschi e dei cittadini che riuscì a porre fine al regime instaurato dal Governatore della città - che venne catturato sul territorio dell'Arciduca d'Austria- .

Nel 1476 l'Arciduca, che, seguendo la terminologia giuridica attuale, era , in quanto sovrano di Breisach, 'competente per territorio e per materia', ordinò che Hagenbach venisse processato. Per il procedimento venne istituito un Tribunale o, meglio, una Corte ad hoc, i cui componenti erano i giudici di varie città della coalizione alleata con un presidente nominato dal dall'Arciduca.

La Svizzera designò alcuni giudici e, se si tiene conto della sua

indipendenza – sebbene non ancora riconosciuta formalmente- nonché dello stato di disgregazione del Sacro Romano Impero, si può considerare che quello formatosi per l’occasione era un vero e proprio tribunale internazionale.

La questione della punibilità era incentrata sul dovere di obbedienza all’ordine superiore ed i suoi limiti.

L’accusa, contestando all’Hagenbach omicidio, stupro, spargiuro ed altre ‘malefacta’, compreso l’aver ordinato ai suoi mercenari tedeschi di uccidere liberamente gli uomini all’interno delle case per poter infierire liberamente su donne e bambini, sostenne che l’imputato aveva “calpestato le leggi di Dio e dell’uomo”.

La difesa fu centrata sul dovere di obbedienza agli ordini impartiti dal Duca di Borgogna cui il Landvogt non poteva opporsi né sottrarsi. Per sostenere questa tesi ed avvalorare con riscontri effettivi queste argomentazioni venne chiesto un rinvio del procedimento che, però, non venne concesso in quanto si ritenne che i crimini erano già stati dimostrati senza necessità di proseguire l’istruttoria e la richiesta venne, pertanto, respinta in quanto ritenuta contraria alle leggi di Dio.

In quanto cavaliere l’imputato avrebbe dovuto impedire la commissione dei crimini per i quali, invece, era stato processato; di conseguenza venne

privato del titolo di cavaliere e, in ottemperanza all'ordine del Maresciallo del Tribunale: "giustizia sia fatta", venne condannato alla pena capitale e giustiziato.

Sebbene la coscienza collettiva abbia sempre e da sempre suggerito che anche la guerra si ispirasse ad una serie di regole di condotta finalizzate ad evitare o, se non altro, a limitare quanto più possibile le barbarie gratuite che hanno sempre accompagnato ogni conflitto, il processo a von Hagenbach costituisce un caso isolato.

In linea generale, infatti, si riteneva opportuno che, una volta terminato un conflitto, fosse necessario, per cercare di stabilizzare la situazione di pace raggiunta, pervenire ad una sorta di amnistia generalizzata. Gli orrori compiuti durante il conflitto, quindi, venivano cancellati con un colpo di spugna e gli autori delle peggiori nefandezze restavano impuniti e, ironia della sorte, qualora appartenessero alla parte vincitrice, venivano spesso e volentieri celebrati come veri e propri eroi.

Per di più, prima del trattato di Versailles, era pressochè inconcepibile poter anche solo ipotizzare un'incriminazione dei criminali di guerra che si fondasse sulla loro responsabilità individuale.

Nel 1920 il trattato di Sévres impose all'Impero Ottomano l'obbligo, per la prima volta delineato all'interno di un trattato internazionale, di collaborare

affinchè fosse possibile processare gli autori delle persecuzioni e dell'uccisione di circa un milione di armeni. Tale trattato non fu, però, mai ratificato e, come voleva la prassi consolidatasi nel corso dei secoli, il 24 luglio 1923 venne stipulato e ratificato il Trattato di Losanna che sanciva un'amnistia per tutti i crimini condannati dalla carta precedente.

Crimini di guerra e contro l'umanità si sono verificati e ripetuti nel corso dei secoli, ma il cammino che portò ai processi di Norimberga fu lungo e costellato di ripensamenti.

**Caso Kappler: Sentenza del 20 luglio 1948 del Tribunale Militare  
Territoriale di Roma Sentenza del 13 marzo 1950 del Tribunale  
Supremo Militare**

Non pretendo, in quanto segue, di offrire un resoconto dettagliato di eventi ben noti nel loro complesso, ma intendo soffermarmi su quelli che hanno maggior rilevanza per il tema da me trattato e per il processo. Fra questi ve ne sono alcuni la cui ricostruzione è incerta in quanto dipendente dall'impiego fatto delle testimonianze ad essi relative, le quali non sono concordi.

Al processo Priebeke verrà adottata la ricostruzione dei fatti che si era imposta al processo Kappler, ma non venne evidenziato in nessun modo che questa ricostruzione non era, né tantomeno poteva pretendere di essere, l'unica possibile.

Tra i pochi elementi conosciuti con sufficiente certezza (in quanto i riscontri sono univoci nelle diverse testimonianze) è che l'attentato di via Rasella si verificò a sorpresa e mediante l'uso di esplosivi verso le h15.45 del 23 marzo 1944 e ad essere colpiti furono gli uomini di una colonna tedesca che stava rientrando da un'esercitazione. Si trattava dell'undicesima compagnia del terzo battaglione Bozen che, come tutte le forze di polizia tedesche in Italia, era formalmente alle dipendenze del generale Karl Wolff.

I feriti furono numerosi, persino un bambino viene annoverato tra quelli che furono i feriti accidentali, mentre altre persone furono uccise o ferite dalle raffiche sparate dai sopravvissuti all'attentato o dai poliziotti accorsi sul luogo.

I responsabili dell'attentato non indossavano, ovviamente, la divisa militare e riuscirono a dileguarsi poco dopo l'esplosione: in seguito si venne a sapere che questi erano partigiani appartenenti ad un'organizzazione clandestina della Resistenza . Uno di questi si era accorto che il contingente militare passava ripetutamente per via Rasella nel primo pomeriggio.

Sebbene, come detto precedentemente, l'unità colpita fosse alle dipendenze del generale Wolff, questi l'aveva messa a disposizione del fedrermaresciallo Kesserling e, quindi, dipendeva dal comando della 14° armata. Il Kasserling, a sua volta, l'aveva posta sotto il comando del comandante di Roma, generale Maltzer.

Dopo l'attentato accorsero sul posto autorità tedesche tra le quali il console tedesco, dottor Moellausen, e lo stesso generale Maltzer; il capo della polizia Kappler arriverà, invece, più tardi con altri membri delle SS.

Il generale, alla vista dei soldati morti e spinto dal 'Gefühl' che lo legava loro, perse il controllo ed avrebbe voluto far saltare in aria l'intero quartiere ma venne persuaso dal console che quello sarebbe stato un gesto estremo,

avventato e controproducente ed inoltre che egli non avrebbe potuto agire prima di ricevere istruzioni dai suoi superiori.

Nel mentre erano accorsi sul luogo i membri della polizia tedesca che eseguirono una minuziosa ispezione di tutte le abitazioni site in via Rasella e nei dintorni, ma non vennero trovati elementi probatori per poter far supporre che qualcuno degli abitanti del luogo avesse preso parte all'organizzazione dell'attentato.

In seguito vennero svolte ulteriori indagini per scovare i responsabili ma l'attenzione finì col concentrarsi sulla preparazione delle misure di ritorsione da parte delle milizie tedesche. Sebbene non venne mai ritrovato alcun riscontro oggettivo della colpevolezza delle persone che vennero fermate sul luogo, ben dieci di queste persone furono incluse tra coloro che vennero uccisi nelle Fosse Ardeatine per il semplice fatto di possedere volantini e bandiere ritenute di carattere sovversivo.

A mezzogiorno del giorno successivo Kappler incontrò il generale Maltzer per fargli rapporto; Kappler, in quanto capo della polizia, si era assunto l'incarico di mettere insieme le persone che dovevano essere giustiziate: la definizione di queste misure non fu presa autonomamente dalle SS ma queste, dopo l'attentato, si rivolsero ai comandi della Wehrmacht e da questi ricevettero l'ordine di provvedere ad una rappresaglia (consistente

nella ‘decimazione’ ovvero nell’uccisione di 10 italiani per ogni tedesco ucciso).

Un comunicato del comando germanico del 25 marzo 1944 diffuso dall’agenzia Stefani così recitava:

“Nel pomeriggio del 23 marzo 1944 elementi criminali hanno eseguito un attentato con lancio di bombe, contro una colonna tedesca di polizia in transito per via Rasella.

In seguito a questa imboscata, 32 uomini della polizia tedesca sono stati uccisi e parecchi feriti . La vile imboscata fu eseguita da comunisti badogliani. Sono ancora in atto le indagini per chiarire fino a che punto questo criminoso fatto è da attribuirsi ad incitamento anglo-americano.

Il Comando tedesco è deciso a stroncare l’attività di questi banditi scellerati. Nessuno dovrà sabotare impunemente la cooperazione italo-tedesca nuovamente affermata. Il Comando tedesco perciò, ha ordinato che per ogni tedesco assassinato dieci criminali comunisti badogliani siano fucilati.

Quest’ordine è già stato eseguito.”.



Quanto sia avvenuto nell'incontro tra Kappler e Maltzer non è tra le cose più certe: secondo quanto ci riferisce lo stesso Kappler, il generale volle subito decidere lui a chi spettasse di provvedere all'esecuzione e, inizialmente, si rivolse al maggiore Helmut Dobrik che si trovava sul posto, anch'egli per fare rapporto. Dobrik, tuttavia, rifiutò adducendo alcune giustificazioni che furono accolte.

Tra le motivazioni del maggiore c'era il fatto che i suoi uomini erano troppo religiosi per poter compiere quell'azione e che avevano un addestramento insufficiente.

Questi non fu l'unico a rifiutare l'incarico, infatti dopo di lui venne contattato il capo di stato maggiore della 14° armata, il maggiore generale Hause, cui fu richiesto di mettere a disposizione i suoi uomini per l'esecuzione ma anch'egli declinò il compito affermando che quella fosse un'azione di competenza della polizia e, quindi, degli uomini di via Tasso che erano sotto il comando di Kappler. Herbert Kappler iniziò subito la compilazione della sua lista con i nomi dei 'Todeskandidaten', cioè dei condannati a morte rinchiusi nel carcere romano di Regina Coeli e nelle prigioni di via Tasso.

La difficoltà di raggiungere il numero di ostaggi richiesto è enorme, quindi egli si rivolge alla polizia italiana, ottenendo collaborazione da parte del

questore Pietro Caruso (il quale, riconosciuto colpevole di un ingente numero di azioni criminali ai danni della popolazione romana dall'Alto Tribunale per la repressione dei crimini fascisti, sarà condannato a morte e fucilato in Roma, al Forte Bravetta, nel 1944) che gli 'fornì' un'ottantina di vittime.

Per completare la lista Kappler chiese indicazioni al suo diretto superiore, il generale Wilhelm Harster, capo del servizio di sicurezza in Italia, il quale gli suggerì di prendere 'tutti gli ebrei necessari a completare la lista'.

Cinquanta fu il numero di vittime fornito da Caruso e da Pietro Koch (responsabile di uccisioni, torture e altri crimini ai danni di membri della Resistenza e di comuni cittadini, riconosciuto colpevole degli stessi e per questo fucilato nel giugno 1945).

Nel frattempo Maltzer comunicò a Kappler che sarebbero stati lui ed i suoi uomini ad organizzare e eseguire la fucilazione (tra i collaboratori di Kappler figurava anche Priebke).

Secondo la deposizione di Kappler al processo:

“Ognuno fu d'accordo con me che per mantenere la disciplina fosse indispensabile che i capi prendessero parte all'operazione almeno una volta,

come necessario atto simbolico” e ancora “Ordinai che ogni uomo sparasse solamente un colpo, specificando che la pallottola doveva raggiungere il cervello della vittima attraverso il cervelletto, in modo che nessun colpo andasse a vuoto e la morte fosse istantanea”.

Per l’esecuzione vennero scelte le Cave Ardeatine “per evitare lungaggini quali i conforti religiosi” e con il progetto di far saltare le Cave alla fine dell’esecuzione in modo che i corpi delle vittime fossero “seppelliti istantaneamente e occultati ai troppi sguardi”.

L’esecuzione avvenne fra il pomeriggio e la sera del 24 marzo.

Rispetto al numero inizialmente previsto di 320 persone (in relazione ai 32 tedeschi che persero la vita la sera dell’attentato), il numero di quanti persero effettivamente la vita fu 335.

Nessuna delle testimonianze relative all’episodio parla espressamente di pubblicità preventiva, quale ci sarebbe stata stando alle fonti provenienti da più parti, apertamente ostili alla Resistenza.

Se tale pubblicità ci fosse stata, difficilmente avrebbe potuto prevedere la possibilità che i partigiani responsabili dell’attentato si consegnassero spontaneamente per farsi uccidere al posto di quelle altre persone: più

semplicemente, sarebbero rientrati nel conteggio che doveva rispettare la proporzione di uno a dieci.

Kappler affermò che la cattura o la consegna spontanea di qualche attentatore avrebbe fatto la differenza, e con le sue parole cercava sempre di dare l'impressione di essere stato lui stesso la vittima delle circostanze e della cattiva volontà altrui. Il numero di 335 fu raggiunto in quanto altre 10 persone furono aggiunte da Kappler nel primo pomeriggio del 24 marzo, cioè dopo che l'ordine gli era stato comunicato da Maltzer ed in base all'informazione da lui avuta del decesso di un altro tedesco.

I cinque rimanenti si aggiunsero spontaneamente perché credevano che il trasferimento potesse portare ad un miglioramento delle loro condizioni, oppure per un errore favorito dal fatto che c'erano più liste e che dal carcere romano di Regina Coeli vennero prelevate delle persone prima della stesura della lista definitiva.

Nella Sentenza n.632 del Tribunale militare territoriale di Roma (così come in quella successiva del Tribunale Supremo Militare), si ammette che la rappresaglia o repressione collettiva da lui comandata era un'azione delittuosa, specialmente per la sproporzione sopra citata del numero delle vittime basata sul rapporto uno a dieci (con l'aggravante che alcuni degli italiani coinvolti erano degli ufficiali) e per l'estensione arbitraria del

criterio di solidarietà ammesso dall'articolo 50 della Convenzione dell'Aia, che venne applicato per determinare chi doveva essere colpito, benchè non fosse stata fatta alcuna ricerca seria ed approfondita per trovare i responsabili dell'attentato di via Rasella. Alla luce di questo articolo, il Tribunale militare di Roma escluse che il massacro fosse una forma di punizione collettiva ammessa dalla norma in questione sulla base del concetto di complicità. Infatti, non erano state rispettate dai tedeschi le prescrizioni ed i limiti entro i quali tale norma prevedeva in qualche misura la legittimità delle repressioni collettive.

Aggravanti ulteriori riguardano la crudeltà esercitata nei confronti delle vittime e la premeditazione insita nell'atto criminale commesso.

Nella valutazione della responsabilità di Kappler viene esaminata la tesi difensiva secondo la quale egli avrebbe dovuto essere assolto anche nel caso di riconosciuta illegittimità di quell'azione perché aveva agito "in adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o, quanto meno, da un ordine non sindacabile del superiore".

La tesi sintetizzata nella Sentenza è la seguente:

“Posto che l'ordine della fucilazione è stato emanato dal Führer,

quest'ordine, per la competenza legislativa, oltre che esecutiva, di cui quell'organo era investito nell'ordinamento costituzionale tedesco, costituiva una vera e propria norma giuridica e, comunque, un ordine insindacabile”.

A risposta viene principalmente addotto il fatto che non si trattasse di un ordine Proveniente direttamente da Hitler ma da un suo sottoposto, il generale Maltzer. Inoltre viene escluso che l'ordine in questione potesse aver costituito un precetto legislativo in quanto non vi si riscontrarono le caratteristiche della generalità e dell'astrattezza che sono elementi indispensabili di tali precetti.

Richiamando la normativa tedesca e quella italiana che hanno in comune il principio secondo il quale:

“l'inferiore che abbia commesso un fatto delittuoso per ordine del superiore risponde di quel fatto, tranne che abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo”.

Viene esclusa altresì l'insindacabilità dell'ordine.

Una volta riconosciuto che non poteva essere assolto su questa base, si ritenne tuttavia necessario valutare se Kappler avesse ritenuto di aver agito in obbedienza ad un ordine legittimo o se, invece, c'era stato dolo nella sua azione. Per fare questo ci si riportò ai principi che disciplinavano l'organizzazione delle SS, della quale Kappler era parte, ed in seguito venne rilevato che questa, rientrando nell'ordinamento amministrativo tedesco, non poteva in alcun modo essere valutata come un'organizzazione criminale.

Nel corso del dibattimento è emerso che le denunce ai Tribunali Militari delle SS relative ai reati commessi dagli appartenenti a questa organizzazione, non venivano trasmesse direttamente ma tramite Himmler, che era stato posto a capo di quell'organizzazione. Lo stesso Himmler soleva spesso esprimere delle direttive in calce alle denunce (specie quando si trattava di denunce di particolare gravità) cui i giudici si attenevano rigorosamente.

Conclusione:

“non può affermarsi con sicura coscienza” che l'ordine di uccidere 320 persone , pur essendo certamente illegittimo, “sia apparso tale a Kappler”.

Nel seguito si prende in considerazione la possibile obiezione che la crudeltà del modo di esecuzione “costituisca un elemento obbiettivo di prova circa la coscienza dell’illegittimità dell’ordine” e la risposta che sembra emergere che quanto è avvenuto risponde piuttosto ad uno “stato d’animo di solidarietà verso i tedeschi morti, anch’essi della polizia, sfociato, per odio contro gli italiani concittadini degli attentatori, in una crudeltà nell’esecuzione”.

Viene poi presa in esame la posizione dell’imputato per la fucilazione delle dieci persone in più (tutti ebrei) rispetto all’ordine tassativo che egli avrebbe ricevuto dal generale Maltzer:

“Per questa azione la sua responsabilità è piena sia dal lato oggettivo che da quello soggettivo” infatti, la responsabilità dal lato oggettivo è la stessa che riguarda l’uccisione dei 320 individui, ovvero la criminalità di una tale azione di rappresaglia o di repressione collettiva.

La responsabilità dal lato soggettivo, invece, sta nel fatto che Kappler ordinò la fucilazione di quelle dieci persone con la consapevolezza di compiere un’azione che non rientrava nell’ordine ricevuto. Egli “agì in



maniera arbitraria sperando che le più alte gerarchie, attraverso quest'azione, avrebbero visto in lui l'uomo di pronta iniziativa capace di colpire e di reprimere con il massimo rigore.”

Kappler viene descritto come un “nazista tipico: il suo interrogatorio ed il suo comportamento mettono in rilievo un uomo permeato di quei principi nazisti che, nella guerra, dovevano necessariamente sfociare nella non considerazione della personalità dei nemici e nella spietata subordinazione di tutti gli interessi a quelli della Germania e delle forze armate tedesche. Su questo piano non c'è norma giuridica che possa frenare: il diritto esiste nei rapporti interni dei tedeschi; per le popolazioni nemiche c'è la legge della forza. E' questo il piano sul quale si muovono i nazisti in guerra. Il Kappler poi, che è intransigente, ambizioso e permeato fino all'exasperazione di nazismo, opera con grande libertà d'azione perché vuole essere un operatore di primo piano, non un semplice esecutore di ordini”.

Si ribadisce inoltre che, nell'uccidere dieci persone in più, è in gioco la sua personalità in quanto egli agì con la consapevolezza e la volontà di operare non in esecuzione di un ordine ricevuto, ma in maniera del tutto arbitraria.

Conclusione:

“Le dieci fucilazioni concretano dieci omicidi volontari i quali, essendo stati commessi in conseguenza dello stesso disegno criminoso, devono farsi rientrare nella figura giuridica dell’omicidio continuato”.

La condanna proposta per Kappler si fonda essenzialmente sulla considerazione che l’ordine da lui impartito ai suoi uomini di uccidere dieci persone in più non aveva avuto nessun’autorizzazione e, fatto ancora più importante, non era stato un ordine impartito in adempimento di un ordine superiore.

L’imputazione fu, pertanto, quella di omicidio doloso :

“ Non vi fu un dolo d’impeto, ma un dolo riflessivo, sfociato dopo che furono trovate le vittime, nell’uccisione di dieci ebrei”.

Si aggiunge, inoltre, che la brevità del tempo a disposizione non esclude la premeditazione, in quanto si afferma che questa prescinde dal tempo e sia piuttosto il risultato di una riflessione e di un coordinamento di mezzi per la commissione del delitto.

L’ultimo punto trattato riguarda la fucilazione delle altre cinque persone.

Come detto in precedenza, si ritiene che questa fu dovuta ad un errore che, per l'occasione e le modalità con cui venne commesso, è una “dimostrazione lampante di come in Kappler e nei suoi sottoposti mancasse il più elementare senso di umanità”.

Kappler viene condannato per omicidio colposo in quanto ritenuto responsabile di una grave negligenza:

“egli si preoccupò di agire con la massima celerità nell'esecuzione, ma non si curò di controllare l'operato di quelli” (ovvero dei suoi collaboratori) “e di accertare che non si verificassero delle omissioni fatali, la cui possibilità non era difficile stante il ritmo accelerato con cui i detenuti erano prelevati e fucilati”.

Nell'esaminare la posizione dei rimanenti imputati si afferma che questi non potevano essere al corrente del fatto che ci fossero dieci persone al di fuori del numero previsto dall'ordine impartito da Maltzer che venivano fatte fucilare da Kappler e che non erano fra i responsabili della negligenza che aveva condotto all'uccisione di altre cinque persone; pertanto:

“la loro responsabilità riguarda il numero complessivo di 335 persone”.

Cito:

“Considerato che gli imputati appartenevano ad un’organizzazione dalla disciplina rigidissima, dove assai facilmente si acquisiva un abito mentale portato all’obbedienza pronta, tenuto presente che il timore di una denuncia ai Tribunali Militari delle SS, quanto mai rigidi ed ossequianti i voleri di Himmler, non poteva non diminuire la loro capacità di giudizio, valutata infine la circostanza che gli imputati erano ignari dell’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, il Collegio ritiene debba escludersi che essi avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo”.

Nel loro caso, quindi, non esiste alcun dubbio sulla colpevolezza che sussiste nei confronti di Kappler relativamente alla fucilazione di 320 persone: essi, pertanto vanno “assolti dal reato loro ascritto in rubrica per avere agito nell’esecuzione di un ordine”. L’appartenenza alle SS invece di

essere considerata un'aggravante viene quindi considerata una scusante che porta all'assoluzione degli imputati, non notando che l'adesione ad esse era volontaria, non a seguito della coscrizione obbligatoria come per la Wehrmacht (l'equivoco ritorna tale e quale nella sentenza del processo Priebke che, si ricorda, è stato condotto prendendo a modello il processo Kappler).

Dopo questa breve trattazione la sentenza torna ad occuparsi di Kappler, affermando che l'imputazione per reato di omicidio volontario presenta l'aggravante della crudeltà con cui si è agito verso le vittime in ciascuno di quegli omicidi.

Un'aggravante ulteriore riguarda espressamente i dieci in più ed è quella della premeditazione.

La sentenza così conclude:

“La gravità dei fatti, i movimenti e le modalità di esecuzione di essi, come pure la personalità dell'imputato, portato per ambizione alla spregiudicatezza di sentire e di gire e, pertanto, non meritevole di indulgenza, inducono il Collegio a non concedere le attenuanti generiche”.

Il reato di omicidio continuato pluriaggravato giustifica dunque, stante la sua gravità, l'irrogazione della pena dell'ergastolo.

A fronte delle motivazioni addotte per l'assoluzione completa dei coimputati si può quindi affermare che Kappler sarebbe stato assolto dal Tribunale militare di Roma se, invece delle 335 persone effettivamente uccise, egli avesse posto davanti al plotone d'esecuzione soltanto le 320 persone (per la fucilazione delle quali, infatti, Kappler venne assolto con formula dubitativa).

## **Il caso Eichmann: sentenza dell'11 dicembre 1961 del Tribunale distrettuale di Gerusalemme**

### **Sentenza del 29 maggio 1962 della Corte Suprema d'Israele**

L'11 aprile 1961 davanti al Tribunale distrettuale di Gerusalemme si aprì il procedimento contro Otto Adolf Eichmann: l'imputato doveva rispondere di quindici imputazioni, avendo commesso 'in concorso con altri', crimini contro il popolo ebraico, crimini contro l'umanità e crimini di guerra sotto il regime nazista, in particolare durante la seconda guerra mondiale .

La legge contro i nazisti e i collaboratori dei nazisti, in base alla quale fu giudicato, risale al 1950 e prevede che 'una persona che abbia commesso uno di questi crimini è passibile della pena di morte'.

Quando, nel novembre del 1945 si aprirono a Norimberga i procedimenti contro i grandi criminali di guerra, il nome di Eichmann iniziò ad emergere in modo regolare, tanto che egli decise di sparire.

Per quattro anni a partire dal 1946 stette in un paese a sud di Amburgo dove, sotto il falso nome di Otto Heninger, svolgeva il mestiere di taglialegna. Nel 1950 riuscì, dopo vari tentativi, a mettersi in contatto con l'ODESSA, un'organizzazione clandestina di veterani delle SS che, nel maggio dello stesso anno, lo aiutò a giungere in Italia dove lo attendeva un

francescano che sapeva esattamente chi era e gli fornì un passaporto da profugo intestato a Richard Klement , permettendogli così di arrivare, circa alla metà di luglio, a Buenos Aires. Qui ottenne, senza alcuna difficoltà, documenti d'identità ed un permesso di soggiorno con il falso nome, leggermente modificato, di Ricardo Klement: scapolo, apolide, età 37 anni (sette in meno di quelli che aveva in realtà).

Continuò ad essere molto accorto nel celare la sua vera identità ma, dopo un breve periodo di silenzio, scrisse una lettera alla moglie per rassicurarla che 'lo zio dei suoi bambini' era vivo e stava bene.

Per vivere cambiò vari mestieri di bassa manovalanza e fu sempre mal pagato ma nell'estate del 1952 ebbe la possibilità di farsi raggiungere dalla moglie e i figli. Nello stesso periodo Eichmann trovò il suo primo impiego stabile presso la concessionaria Mercedes-Benz di Buenos Aires (inizialmente venne assunto come meccanico, poi fu promosso caporeparto) e, alla nascita del quarto figlio, risposò, sempre sotto falso nome, la moglie. La carta d'identità che quest'ultima si fece fare in Argentina non fu mai cambiata (vi era indicato il nome 'Veronika Leibl de Eichmann') e quando morirono i genitori di Eichmann, il nome della signora comparve sui necrologi.

Nonostante l'impiego stabile, la vita condotta dalla famiglia era misera



(Eichmann afferma che soltanto alcuni mesi prima della sua cattura, nel 1960, lui e i suoi figli erano riusciti a costruire una primitiva casa in mattoni in uno dei più poveri sobborghi di Buenos Aires, ma non avevano ancora né luce elettrica né acqua corrente) e l'unica consolazione dell'ex SS consisteva nel chiacchierare con i membri della grande colonia nazista, ai quali non esitò a rivelare la propria identità.

Israele non rese mai noto come riuscì ad identificare Eichmann ma sorprende il fatto che non ne venne a conoscenza fino al 1959: già da vari anni, infatti, Eichmann aveva iniziato a concedere interviste ad alcune testate giornalistiche (tra le quali anche 'Der Stern' e 'Life') ed il materiale da lui fornito non lasciava dubbio alcuno sulla sua vera identità.

Per la sua cattura si dovette attendere fino al 11 maggio del 1960 quando, alle h.18.30, Eichmann fu preso mentre scendeva dall'autobus che lo portava a casa dopo il lavoro. Caricato su un'auto venne portato in una casa affittata dai suoi rapitori nei sobborghi di Buenos Aires senza essere legato, drogato o ammanettato: questo gli fece capire di essere caduto nelle mani di professionisti e, quando gli venne chiesto chi era, rispose senza esitazione:

“Ich bin Adolf Eichmann”

e aggiunte di essere consapevole di essere nelle mani di israeliani.

Eichmann rimase in quella casa per otto giorni prima di essere caricato sull'aereo che l'avrebbe trasportato a Gerusalemme e l'unica cosa di cui si lamentò era quella di essere stato sempre legato ad un letto.

Durante quegli otto giorni i suoi rapitori gli proposero di firmare una dichiarazione già pronta in cui affermava di essere disposto ad essere processato da un tribunale israeliano, ma egli pretese di scriverne una di suo pugno utilizzando quella che avevano preparato per lui solo nella parte iniziale.

E' interessante riportarne il testo per capire lo stato mentale con il quale l'imputato affrontò il processo:

“Io sottoscritto Adolf Eichmann, dichiaro di mia spontanea volontà che, essendo stata ormai scoperta la mia vera identità, mi rendo conto che sarebbe inutile tentare la fuga per sfuggire ulteriormente alla giustizia. Perciò mi dichiaro disposto a recarmi in Israele per essere giudicato da un tribunale autorizzato. E' chiaro e sottinteso che mi sarà concessa assistenza legale” (qui secondo H. Arendt, op. cit., finirebbe la parte

ricopiata);

“E io cercherò di scrivere che cosa ho fatto nei miei ultimi anni di attività pubblica in Germania, senza abbellimenti di sorta, in modo da dare un quadro veritiero alle generazioni future. Faccio questa dichiarazione di mia spontanea volontà, non allettato da promesse né costretto con minacce. Voglio finalmente essere in pace con me stesso”

e conclude dicendo:

“Non potendo ricordare tutti i particolari e avendo l'impressione di confondere i fatti, chiedo che si mettano a mia disposizione documenti e dichiarazioni giurate onde aiutarmi nel mio sforzo di ricercare la realtà”.

Come già detto, il decimo giorno Eichmann fu trasportato a Gerusalemme e qui l'11 aprile 1961, ebbe inizio uno dei più lunghi e spettacolari processi mai istituito contro un criminale nazista; uno dei particolari che permise a questo processo di rimanere scolpito nella memoria collettiva, fu il fatto che l'imputato fosse 'imprigionato' all'interno di una gabbia di vetro costruita appositamente all'interno del Tribunale.

Il pubblico, per la rilevanza della questione, doveva rappresentare il mondo

intero e la differenza rispetto al processo di Norimberga era che, questa volta, il tema centrale sarebbe stato ‘la tragedia del popolo ebraico nel suo complesso’ (il pubblico ministero affermò che “...se ad Eichmann contesteremo anche crimini contro non ebrei, ciò avverrà non tanto perché li ha commessi, quanto perché non facciamo distinzioni etniche” cfr. Robinson, op. cit).

Durante l’istruttoria, le narrazioni dell’imputato furono registrate su nastri magnetici che vennero ascoltati durante la decima delle 121 udienze del processo. I fatti commessi dall’imputato erano fuori discussione ed erano stati da lui ammessi e ribaditi: c’erano elementi più che sufficienti per condannarlo e giustiziarlo ma poiché Eichmann si era occupato del trasporto e non dell’uccisione delle vittime, era necessario stabilire se egli, mentre adempiva alle sue mansioni, era consapevole di ciò che faceva e, ancora più importante, bisognava appurare fino a che punto era in grado di giudicare l’enormità delle sue azioni. Solo così sarebbe stato possibile stabilire la sua responsabilità giuridica (la Corte non si premurò di accertare se l’uccisione degli ebrei gli avesse mai provocato qualche crisi di coscienza perché questa era una questione morale e, in quanto tale, non poteva essere giudicata rilevante dal punto di vista giuridico).

Anche se la fondatezza dei capi d’accusa era già stata accertata, c’erano due

problemi giuridici da risolvere:

- 1) la sezione 10 della legge in base alla quale Eichmann era processato prevedeva una scriminante per aver agito ‘al fine di salvarsi da immediato pericolo morte’: l’imputato rientrava in questa previsione?
- 2) poteva egli invocare una delle circostanze attenuanti della sezione 11 della medesima legge?

A questi due problemi Eichmann diede una risposta, ovviamente negativa, affermando di non essersi mai trovato in una situazione che comportasse un pericolo immediato di morte e, poiché aveva sempre fatto il suo dovere e obbedito a tutti gli ordini che gli erano stati impartiti – cosa di cui, parole sue, era ancora orgoglioso-, aveva fatto del suo meglio per ‘aggravare, non certo per ridurre’ le conseguenze del torto.

L’unica attenuante che invocò era che aveva cercato di ‘evitare il più possibile inutili brutalità’, ma questa attenuante non fu considerata dalla Corte perché ‘evitare inutili brutalità’ era una delle istruzioni che gli erano state date dai suoi superiori.

Pertanto, dopo che egli stesso ammise di meritare la condanna a morte, restava un’unica possibilità: che la pena fosse mitigata in ragione del fatto che egli aveva agito per eseguire un ordine superiore ma la Corte affermò

che quest'attenuante non poteva sussistere data l'enormità del crimine.

La requisitoria dell'accusa durò dieci settimane e il 29 giugno il difensore di Eichmann, dott. Servatius, cominciò ad esporre la tesi della difesa.

Il dibattimento finì il 14 agosto, dopo 114 udienze e la Corte si aggiornò per quattro mesi, tornando a riunirsi l'11 dicembre per la lettura della sentenza.

Per due giorni –divisi in cinque sedute- i tre giudici si alternarono nella lettura delle 244 sezioni del documento. Eichmann fu ritenuto colpevole di tutte le quindici imputazioni contenute nell'atto di accusa, sebbene fosse prosciolto per alcuni crimini particolari; la tesi della cospirazione fu lasciata cadere: questa, infatti, avrebbe trasformato l'imputato in un 'grande criminale di guerra', e in quanto tale sarebbe stato automaticamente responsabile di tutto ciò che aveva a che fare con la soluzione finale.

Si legge nel testo della sentenza che 'in concorso con altri' egli aveva commesso crimini contro il popolo ebraico, cioè contro gli ebrei con l'intenzione di 'distruggerne la stirpe' in quattro modi:

- 1) causando lo sterminio di milioni di ebrei;
- 2) facendo vivere milioni di ebrei in condizioni che, verosimilmente, avrebbero condotto alla loro distruzione fisica;
- 3) provocando gravi danni fisici e mentali;

- 4) ordinando che si impedissero le nascite e s'interrompessero le gravidanze tra le donne ebrae.

Questi erano i primi quattro capi d'accusa (relativamente a questi, Eichmann fu proscioltoper il periodo anteriore all'agosto del 1941 –data in cui gli fu comunicato l'ordine del Führer-perché in quel periodo egli non aveva ancora l'intenzione di 'distruggere' il popolo ebraico);

- i capi 5-12 riguardavano i 'crimini contro l'umanità';
- il capo 6 lo accusava di aver perseguitato gli ebrei per motivi 'razziali, religiosi e politici';
- il capo 7 riguardava il saccheggio della proprietà collegato all'omicidio di questi ebrei;
- il capo 8 riuniva tutte queste azioni come 'crimini di guerra' essendo state commesse, per la maggior parte, nel periodo bellico.

I crimini contro non ebrei erano specificatamente considerati nei capi 9-12:

- il capo 9 riguardava l'espulsione di 'centinaia di migliaia di polacchi' dalle loro case;
- i capi 10 e 11 lo accusavano rispettivamente di aver espulso quattordicimila sloveni dalla Jugoslavia e della deportazione di decine di

migliaia di zingari ad Aushwitz, ma la sentenza aggiungeva che non c'erano prove che Eichmann sapesse che questi Zingari sarebbero stati sterminati e, quindi, non poteva essergli mossa alcuna accusa di genocidio.

- Il capo 12 si riferiva alla deportazione di 93 bambini di Lidice, il villaggio cecoslovacco i cui abitanti furono massacrati dopo l'uccisione di Heydrich: l'imputato fu, però, prosciolto dall'accusa di aver ucciso quei bambini.
- I capi 13-15 lo accusavano di aver fatto parte delle SS, il Servizio di sicurezza o SD, la polizia segreta di stato o gestapo: tre delle quattro organizzazioni classificate come criminali a Norimberga la quarta organizzazione, il corpo dei dirigenti del partito nazista, non era menzionata, essendo ovvio che egli non era mai stato uno dei capi del partito.

L'appartenenza a quelle organizzazioni nel periodo anteriore al maggio 1940 era caduto in prescrizione poiché erano passati i vent'anni fissati per i reati minori.

Tutti i reati enunciati nei capi 1-12 prevedevano la pena di morte.

Durante tutto il processo, Eichmann si dichiarò colpevole solo di aver



‘aiutato e favorito’ i delitti dei quali era accusato e di non aver mai commesso personalmente un omicidio: la sentenza riconobbe che l’accusa non era riuscita a dimostrare il contrario e questo punto era particolarmente importante perché affermava che i crimini commessi non erano comuni, e neanche l’imputato era un criminale comune.

Nelle sue 244 sezioni la sentenza prendeva anche nota del fatto che nei campi di sterminio, solitamente, erano le vittime stesse a ‘far funzionare con le proprie mani la macchina fatale’.

Cito:

“Se volessimo descrivere l’attività di Eichmann con i termini usati dalla sezione 23 del nostro codice penale, dovremmo dire che essa fu principalmente quella di una persona che incoraggiava gli altri con consigli o suggerimenti, e di una persona che permetteva ad altri di agire o li aiutava. Ma in un crimine così complesso come quello che stiamo considerando, a cui parteciparono molte persone, a vari livelli e in vari modi, non è molto sensato utilizzare i concetti tradizionali di istigazione e consiglio. Questi furono reati commessi in massa non solo per ciò che riguarda il numero delle vittime, ma anche per quanto riguarda il numero di coloro che li commisero. Il grado in cui ciascuno dei criminali era lontano o vicino all’uccisore materiale non ha alcun significato per quanto concerne

la misura della sua responsabilità: al contrario, il grado di responsabilità cresce quanto più ci si allontana dall'uomo che utilizza con le sue mani il fatale strumento”.

Dopo la lettura della sentenza l'accusa si levò chiedendo la pena di morte. La breve replica della difesa si basò sull'argomentazione secondo la quale Eichmann aveva commesso 'azioni di stato' e ciò che era accaduto a lui poteva accadere in futuro a chiunque: egli era, dunque, un capro espiatorio che 'il Governo della Germania occidentale aveva abbandonato alla Corte di Gerusalemme sottraendosi alle proprie responsabilità e, quindi, violando il diritto internazionale'. Il Dott. Servatius aggiunse, inoltre, che la Corte doveva rimettere in libertà l'imputato non solo perché i suoi reati erano caduti in prescrizione, secondo la legge argentina, il 5 maggio 1960, ma anche perché, essendo stata abolita in Germania la pena di morte, non lo si poteva condannare.

Infine ci fu l'ultima dichiarazione di Eichmann, il quale si dichiarava profondamente deluso dal fatto che la Corte non l'avesse capito e non gli avesse creduto sebbene egli si fosse sempre sforzato di dire la verità. Affermava, inoltre, che i giudici non l'avevano capito: lui non aveva mai odiato gli ebrei, non aveva mai voluto lo sterminio di esseri umani. La sua colpa veniva dall'obbedienza che era sempre stata esaltata come una virtù

della quale i capi nazisti avevano abusato e, proprio per questo, Eichmann da mero esecutore si era ritrovato nel ruolo di vittima, ma gli unici a meritare una punizione erano i suoi superiori. L'imputato era, dunque, pienamente convinto di pagare le colpe di altri.

Alle nove di mattina del 15 dicembre 1961, due giorni dopo, fu pronunciata la condanna a morte.

Il processo d'appello davanti alla Corte Suprema di Israele iniziò il 22 marzo 1962 davanti a cinque giudici. La difesa ribadì tutti i suoi vecchi argomenti e chiese ad Israele di offrire l'extradizione di Eichmann (visto che la richiesta rivolta al governo della Germania occidentale a chiedere la sua consegna era stata disattesa); l'arringa fu un 'incredibile pasticcio': vennero addirittura chiamati, tra i nuovi testimoni, personaggi morti da più di dieci anni. Le nuove testimonianze addotte furono ritenute prive di rilevanza ai fini della decisione e le osservazioni dell'avvocato (ad esempio 'l'uccisione mediante gas era una questione medica'; 'nessun tribunale ebraico è competente per il caso dei bambini di Lidice perché quei bambini non erano ebrei') sortirono il solo effetto di irritare la Corte. L'arringa del dott. Servatius si concluse dicendo che la procedura israeliana era diversa da quella europea, a cui Eichmann aveva diritto essendo nato in Germania : per questo, il processo era iniquo e la condanna ingiusta.

Dopo una settimana di dibattimento la Corte si aggiornò per due mesi: le 51 pagine della sentenza vennero lette il 29 maggio 1962. Questo documento era una rilettura della prima sentenza ma, a differenza della prima, questa affermava che -cito- 'l'imputato non aveva ricevuto alcun ordine superiore, egli era il capo di se stesso e dava gli ordini nel campo degli affari ebraici', aggiungeva che egli aveva 'eclissato, per importanza, tutti i suoi superiori' e concludeva dicendo che 'l'idea della soluzione finale non avrebbe mai assunto le forme diaboliche della tortura di milioni di ebrei senza lo zelo fanatico e l'insaziabile sete di sangue dell'appellante e dei suoi complici'.

Lo stesso giorno Eichmann inoltrò una domanda di grazia al Presidente di Israele, Ben-Zvi, alla quale, come siamo abituati a vedere ancora oggi dopo la condanna per un processo così vicino alla sensibilità di ognuno, si unirono telegrammi e richieste di grazia e di clemenza provenienti da tutte le parti del mondo. Ben-Zvi le respinse in blocco.

La condanna a morte per impiccagione con conseguente cremazione del cadavere fu eseguita molto rapidamente, due giorni dopo, il 31 maggio 1962; le ceneri di Eichmann furono disperse nelle acque del Mediterraneo che bagnano Israele.

## **Il caso Hass e Priebke: sentenza del 1° dicembre 1998 della Suprema Corte di Cassazione**

I fatti di cui si trattò nel processo contro Hass e Priebke sono gli stessi già analizzati nel caso Kappler; nell'esame di questa sentenza, quindi non ridescriverò tutta la dinamica e gli eventi che portarono all'eccidio delle Fosse Ardeatine, ma analizzerò in modo più specifico, quello che fu il ruolo di Priebke e Hass in quell'occasione.

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.

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; i nomi delle vittime venivano cancellati di volta in volta dall'elenco tenuto da 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.

Il giorno successivo Priebke riferì a 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.

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.

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 di 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 da 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.

Herbert Hass e Erich Priebke - maggiore e, rispettivamente, capitano delle SS germaniche - sono stati 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 sentenze sopra-citate), "per aver 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, località Cave Ardeatine, in data 24 marzo 1944 durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania".

Già il 25 novembre 1946, in occasione del processo Kappler, venne spiccato a carico dello stesso Priebke un mandato di cattura ma non fu possibile individuare e assicurare alla giustizia l'imputato che, quindi, evitò il processo del '48. Bisogna attendere il 21 novembre 1995 perché la Corte Suprema argentina conceda l'extradizione facendo tornare Erich Priebke in Italia.

L'8 maggio 1996 (dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 28 febbraio dello stesso anno che permise, per la prima volta, che la Comunità israelitica e le Associazioni dei familiari delle vittime, si costituissero parti civili nel procedimento presso il tribunale militare di Roma) si aprì il processo Priebke. Questo procedimento si concluse rapidamente. Infatti il 1° agosto il presidente Agostino Quistelli lesse la sentenza secondo la quale 'tenuto conto delle circostanze attenuanti equivalente alle contestate aggravanti, essendo il reato estinto per prescrizione' veniva ordinata l'immediata scarcerazione dell'imputato. Secondo il Tribunale, Priebke era colpevole di omicidio plurimo e questo era considerato un crimine di guerra e non un crimine contro l'umanità: questa impostazione giuridica impediva



la comminatoria dell'ergastolo e, di conseguenza, i cinquantadue anni trascorsi dal fatto, determinava la caduta in prescrizione del reato.

Per Erich Priebke, tuttavia, non era ancora finita: nel cuore della notte, infatti, il Ministro di Grazia e Giustizia Flick, d'accordo con il procuratore Intelisano, rispose il suo arresto in seguito alla richiesta di estradizione avanzata dalla polizia tedesca di Dortmund. Il 5 settembre 1996 la Corte di Cassazione, chiamata ad esprimere il proprio parere sulla legittimità dell'arresto, lo formalizzò, ma si dichiarò incompetente a decidere sulla questione dell'extradizione, demandando il tutto alla Corte Costituzionale. Sostanzialmente, la vicenda connessa alla prima sentenza finì in questi termini ma proprio la reazione immediata di giovani ebrei e non, uomini politici e del mondo della cultura condusse ad una nuova analisi dei fatti inerenti al caso Hass e Priebke, il cui ultimo atto è la sentenza della Suprema Corte di Cassazione Penale del 16 novembre 1998 (dep. il 1° dicembre 1998).

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 da Hass e 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 di 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 (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 Hass venne informato da 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 (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 - almeno 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.

Ritenute sussistenti per entrambi gli imputati l'attenuante dell' art.59 c.p.m.p. per essere stati determinati da 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, .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 comma 4° c.p. nella formulazione previgente del 1974 in forza della citata ultrattività della legge penale di guerra.

Affermata quindi l'imperscrittibilità del reato, siccome astrattamente punibile con la pena dell'ergastolo e configurabile come crimine di guerra contro l'umanità secondo il diritto internazionale, Hass veniva condannato alla pena di anni 10 e mesi 8 di reclusione e Priebke a quella di anni 15 di reclusione, pene parzialmente condonate nella misura di 10 anni, oltre al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili e alla rifusione delle relative spese di difesa.

La nozione giuridica di crimini contro l'umanità ha origine più recente di

quella dei crimini di guerra : essa risale, infatti, alla fine del secondo conflitto mondiale. Venne prevista come reazione alle gravi atrocità commesse in tale periodo ed inserita nello Statuto del Tribunale internazionale di Norimberga all'articolo 6 lett. c); l'elencazione fatta da tale articolo non voleva avere carattere tassativo ma esemplificativo (si temeva, infatti, di poter dimenticare qualche fattispecie). Una lettura affrettata dell'articolo in questione, potrebbe far ritenere i crimini contro l'umanità svincolati ed indipendenti dal contesto bellico, ma è la norma stessa ad inserirli nel sistema punitivo dei gravi delitti – spinti essenzialmente da uno scopo politico, ideologico, razziale, nazionale, etico o religio- commessi durante la seconda guerra mondiale. Prima di Hass e Priebke, diciassette imputati su ventiquattro al processo di Norimberga erano già stati riconosciuti colpevoli di crimini contro l'umanità.

La Corte Militare d'Appello, in accoglimento del gravame della pubblica accusa e in parziale riforma della decisione di primo grado, escluse per entrambi gli imputati le attenuanti di cui agli artt. 62-bisc.p. e 59 n. 1 c.p.m.p. (e per 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 rettifiche 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 moti indicati dal giudice di primo grado.

Disattendeva, quindi, la tesi difensiva della preclusione processuale nascente dal giudicato 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, 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 esimenti invocate- anche sotto il profilo putativo dell'esecuzione di un ordine vincolante e insindacabile, per la sua manifesta criminalità, 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 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 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.

Inoltre, la Corte sostenne che

‘La comminatoria dell'ergastolo per il reato contestato osta 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'.

Distinti ricorsi per cassazione furono proposti da entrambi gli imputati e il difensore della parte civile Roberto Massari.

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 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.

I difensori di Erich Priebke, avv. G.B. Naso e avv. prof. C. Taormina, hanno dedotto, con autonomi ricorsi, le stesse argomentazioni.

Il Collegio non ritenne di dover rimettere i ricorsi alle Sezioni Unite poiché le questioni di diritto sottoposte al suo esame potevano essere decise sulla

base delle ragioni che si esporranno qui di seguito.

*I) Sulla preclusione derivante dal giudicato penale.*

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 criminosità 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.

Il Collegio ritenne che la censura fosse destituita di fondamento giuridico.

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.

Con ulteriori argomentazioni in tal senso, il Collegio ritenne che l'ipotizzato conflitto teorico di giudicati non fosse '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'.

*II) Sulla manifesta criminalità dell'ordine e sullo stato di necessità (artt. 40 c.p.m.p. e 54 c.p.).*

Sono stati innanzi tutto identificati i ruoli rispettivamente ricoperti da Hass e Priebe all'interno del comando militare tedesco di Roma e nella realizzazione dell'eccidio delle Cave Ardeatine: Priebe 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"; Hass venne informato da 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 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 di 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 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".

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 ordinario (Hitler, m.llo Kesserling, gen. von Mackensen, gen. Maeltzer, ten. col. Kappler) - da Kappler, ufficiale delle SS in posizione gerarchica sovraordinata era, quindi, destituita di fondamento giuridico.

*III) Sulle circostanze aggravanti della premeditazione e della crudeltà verso le persone (artt. 577. nn. 3 e 4, e 61 n. c.p.).*

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 Priebe e, per quello decisivo, anche Hass, cui seguì, dopo un non irrilevante intervallo temporale costituito da alcune ore, la fase esecutiva.

Meritano di essere sottolineati : l'accurata scelta e predisposizione del luogo della strage, l'identificazione e il raggruppamento delle vittime provenienti nel numero prefissato da due diverse prigionie, 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'.

Gli ulteriori argomenti addotti dalla difesa riguardavano:

*IV) le 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.).*

La doglianza prospetta nei limiti della sfera della gerarchia militare, la tesi di una meccanicistica sovrapposizione delle autonome nozioni di "ordine" e di "determinazione" del superiore, è stata ritenuta priva di fondamento. Importante, per avvalorare le argomentazioni, l'esplicito riferimento della corte militare d'appello alle risultanze probatorie riguardanti la partecipazione degli imputati alla fase esecutiva dell'eccidio di massa, mediante la diretta uccisione di almeno due prigionieri a fini d'esemplarità per la truppa: questo sottolinea il carattere assolutamente primario del contributo causale dato alla 'materiale consumazione di siffatti eventi di morte, legati a tutti gli altri episodi omicidiari dall'identità del disegno criminoso'.

*V) le 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 successivo al reato, la prognosi alquanto attendibile di non recidiva e l'ormai affievolita capacità a delinquere di Hass e Priebke (avuto riguardo all'età molto avanzata e al tempo ormai risalente del reato



commesso) avrebbero senz'altro giustificato un trattamento sanzionatorio più mite.

La Corte ha indicato esplicitamente 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 alla stregua di un giudizio negativo delle personalità degli autori, quale risulta da tutte le carte processuali attinenti ai fatti sui quali si basavano i capi d'imputazione.

*VI) il ricorso di parte civile.*

Nel condannare gli imputati alla rifusione delle spese del relativo giudizio sostenute dalle parti civili la corte militare d'appello non ha considerato 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.

Il ricorso proposto dall'avv. P.A. Sodani, difensore della parte civile Roberto Massari è stato ritenuto fondato perché nel tenore letterale delle originarie procure speciali conferite dal Massari all'avv. P.A. Sodano è manifesta la volontà del primo di prolungare il conferimento dell'incarico per tutti i gradi del giudizio a carico di Hass e Priebke.

La Corte, quindi, ha rigettato i ricorsi degli imputati e li ha condannati al pagamento in solido delle spese processuali e alla ‘rifusione delle spese sostenute dalle parti civili in solido limitatamente alle costituzioni nei confronti di entrambi’.

### *Capitolo terzo*

## **“Inesistenza di una normativa comune”**

### **Le quattro convenzioni di Ginevra e il I Protocollo**

Nel corso dei secoli, gli imputati riconosciuti colpevoli di orrendi crimini contro l'umanità hanno ripetutamente ed in diversi procedimenti tentato di giustificare la loro condotta sostenendo di aver agito non di propria spontanea volontà, ma soltanto per eseguire precise direttive provenienti dai loro superiori. Ora, è palese che la repressione dei crimini di guerra, per essere efficace, deve potersi fondare sul presupposto che gli imputati non

possano addurre in loro difesa la circostanza di aver obbedito ad un ordine superiore (ancor più considerato il fatto che, spesso, questi ordini erano ‘manifestamente criminosi’).

Al processo di Norimberga la maggioranza degli imputati cercò di scaricare le proprie responsabilità sostenendo di aver obbedito a direttive provenienti ‘dall’alto’ e che un sistema come quello nazista, che si incentrava sul canone del Führerprinzip, presentava un carattere di vincolatività e di subordinazione a qualsiasi tipo di ordine, scritto o no, che rendeva impossibile persino pensare di potersi sottrarre all’adempimento di questo e si parlò, così di ‘Befehlsnotstand’, ovvero di ‘impossibilità di disobbedire’.

Durante il secondo conflitto mondiale era ancora in vigore il par.47 del codice penale militare tedesco del 1872. La formulazione originale di tale articolo disponeva che se con l’adempimento di un ordine relativo al servizio veniva infranta una norma penale era responsabile unicamente il superiore che aveva impartito tale ordine.

Il subordinato che eseguiva materialmente l’ordine, invece, veniva punito in quanto complice se:

- 1) aveva ecceduto l’ordine che gli era stato impartito;
- 2) era a conoscenza del fatto che l’ordine superiore implicava un atto

costituente un crimine e/o un reato civile o militare.

Precedenti di questa norma si possono trovare nel codice prussiano del 1845: questo prevedeva la punizione del sottoposto che, nell'adempiere l'ordine impartitogli da un suo superiore gerarchico, era andato oltre i confini di questo, compiendo atti con la consapevolezza che questi costituivano un crimine.

Durante la prima guerra mondiale era in vigore l'articolo 158 del codice penale militare austro-ungarico del 1855: questo disponeva che un subordinato che non eseguiva un ordine non era responsabile per la violazione ai suoi doveri di obbedienza se l'ordine: a) era manifestamente contrario alla lealtà dovuta al sovrano o b) se implicava un atto o un'omissione riconoscibile come un crimine o come un reato. Tale norma continuò a trovare applicazione anche nel secondo conflitto mondiale.

Come già detto nel capitolo I, l'articolo 228 del Trattato di Versailles del 1919 aveva una formulazione insufficiente a garantire un'adeguata repressione dei crimini internazionali di guerra, riconoscendo soltanto il diritto degli alleati di sottoporre a processo i criminali di guerra tedeschi della prima guerra mondiale e il Governo tedesco aveva, a tal fine, un obbligo di consegna.

Tale obbligo era, però, di difficile realizzazione: pertanto gli alleati

acconsentirono a che la Corte Suprema tedesca fosse il Giudice competente per i casi in questione .

I processi celebrati a Lipsia portarono alla condanna di soli 13 imputati su un totale di 901 procedimenti e, per di più, nessuna delle condanne fu eseguita.

Benchè gli imputati fossero pochi e tutti ufficiali di secondo piano dell'esercito tedesco, le sentenze ebbero notevole rilevanza per l'evoluzione della tematica dell'ordine superiore: varie furono, infatti, le pronunce di assoluzione basate sulla motivazione che gli imputati 'non sapevano che l'ordine impartito ed eseguito fosse illegittimo' che, cioè, implicava un reato civile o militare.

Il caso Llandovery Castle, invece, ebbe esito diverso in quanto venne rifiutata l'esimente dei due ufficiali subordinati al comandante Patzig (il quale non venne giudicato perché si era reso irreperibile). Il caso riguardava l'affondamento di una nave ospedale britannica e delle scialuppe di salvataggio sulle quali si erano rifugiati i superstiti da parte del sottomarino comandato dal sopraccitato Patzig. L'argomentazione della Corte nel rifiutare l'esimente addotta dai due ufficiali subordinati affermava che era regola di diritto internazionale universalmente nota quella secondo la quale il 'mitragliamento di battelli costituiva una violazione del diritto delle

nazioni.

“L’ordine di Patzig non libera gli accusati dalla loro responsabilità. E’ vero che secondo il par.47 del codice penale militare, se l’esecuzione di un ordine nel corso normale del servizio implica una violazione della legge che è punibile , risponde solamente l’ufficiale superiore che ha emanato questo ordine. A norma del 2° comma, peraltro, il subordinato che ubbidisce a tale ordine è soggetto a punizione se gli era noto che l’ordine del superiore implicava violazione del diritto civile o militare. Questa disposizione si applica al caso degli imputati. E’ vero che si può far valere a favore di subordinati nella gerarchia militare che essi non hanno alcun obbligo di discutere gli ordini del loro ufficiale superiore e che essi possono fare affidamento sulla loro legittimità. Nessun affidamento del genere peraltro può essere ritenuto esistente se un siffatto ordine è notoriamente per tutti, compresi gli accusati, senza dubbio contrario alla legge”. Nell’ulteriore difesa i due imputati addussero a loro discolpa il fatto di non aver potuto sottrarsi all’ordine per il rischio della propria vita che ne sarebbe derivato, ma anche questa difesa venne rigettata dalla corte “Se Patzig avesse incontrato il rifiuto dei suoi subordinati, avrebbe dovuto desistere dal suo proposito, perché sarebbe stato impossibile per lui ottenere il suo scopo, cioè l’occultamento dell’affondamento del Llandoverly Castle. Questo era

ben noto agli imputati che avevano assistito al fatto. Dal punto di vista della necessità non possono, quindi, invocare l'assoluzione".

Il paragrafo 47 venne applicato non solo a Norimberga ma anche dai tribunali militari delle singole zone alleate che giudicarono altri criminali nazisti: tale applicazione voleva sottolineare l'aderenza del diritto tedesco alle norme internazionali e, quindi, ai principi generali universalmente riconosciuti da tutte le nazioni civili.

Proprio questi criteri portarono al riconoscimento del principio della 'conoscenza presuntiva': secondo tale principio, l'esimente dell'obbedienza ad un ordine superiore viene esclusa non solo qualora il subordinato fosse a conoscenza dell'effettiva illegittimità dell'ordine impartitogli, ma anche qualora il sottoposto 'avrebbe dovuto sapere' che l'ordine era illegittimo, il che avviene in particolare quando si tratta di ordini manifestamente illegittimi.

La Germania, dal 1909, era parte della Convenzione dell' Aja del 1907 relativa alle leggi e gli usi della guerra terrestre; a questo è allegato il Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre, così come era parte della Convenzione di Ginevra del 1929 sul trattamento dei feriti e dei prigionieri. Sebbene tale Convenzione offrisse una prima formulazione codificata della normativa in materia, non era, tuttavia, riuscita a trattare in



modo compiuto la tematica della repressione dei crimini internazionali nei conflitti armati.

L'articolo 6 dello Statuto del tribunale militare internazionale di Norimberga definisce per la prima volta i crimini internazionali facendone una tripartizione in 'crimini contro la pace', 'crimini di guerra' e 'crimini contro l'umanità'. Tale articolo era allegato all'Accordo di Londra (di cui oltre) siglato da 23 stati l'8 Agosto del 1945. Il Tribunale venne creato ad hoc per giudicare alcuni crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale e la scelta di porre al centro i crimini di guerra e darne un'elencazione aperta e non esaustiva sta proprio a sottolineare l'importanza di poter giudicare gli imputati di tali crimini. Le infrazioni al diritto internazionale elencate nell'articolo comprendono l'omicidio volontario, il maltrattamento o la deportazione delle popolazioni civili dei territori occupati per costringerle ad eseguire lavori forzati o per qualunque altro fine; l'omicidio volontario o i maltrattamenti di prigionieri di guerra o di naufraghi, l'esecuzione di ostaggi, il saccheggio di beni pubblici o privati, la distruzione senza motivo di città e villaggi o le devastazioni 'non giustificate da esigenze militari': questa precisazione sta ad indicare quanto fosse importante perseguire e punire gli autori delle tante, troppe, inutili barbarie verificatesi durante il secondo conflitto mondiale. Gli orrori

verificatesi durante tale conflitto vennero giustificati dalle difese dei vari imputati (non solo di quelli del processo di Norimberga, ma di tutti i procedimenti contro criminali nazisti) con la concezione nazista di ‘guerra totale’ in cui il raggiungimento delle finalità belliche faceva prescindere dalla valutazione delle modalità per raggiungerle. Non si può dire che la normativa scaturente dallo Statuto del Tribunale fosse innovativo: essa riportava in forma sistematica e compiuta quelli che erano i principi di civiltà generalmente riconosciuti da tempo nella comunità internazionale. In particolare, due testi vengono esplicitamente richiamati dallo Statuto: la IV Convenzione dell’Aja del 18 ottobre 1907 e la già citata Convenzione di Ginevra del 1929 per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati.

L’articolo 8 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga pose le basi di tutta la normativa successiva a riguardo; tale articolo affermava, infatti, che il principio in base al quale l’aver agito in conformità alle istruzioni di un Governo o di un superiore gerarchico non può valere ad esentare l’imputato dalle proprie responsabilità penali, ma può soltanto costituire un motivo di diminuzione della pena:

“ The provisions of this article are in conformity with the law of all nations.

That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defense to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible”.

L’indirizzo normativo adottato al processo di Norimberga fu molto importante infatti, essendo questa la sede deputata a giudicare i grandi criminali nazisti, sembrerebbe molto arduo pensare che una pronuncia, asserente il carattere scriminante dell’obbedienza ad un ordine proveniente da un superiore gerarchico, potesse essere disattesa nei procedimenti successivi.

I parametri utilizzati in tale procedimento furono ripresi in altri processi minori per escludere l’invocabilità dell’attenuante dell’obbedienza agli ordini superiori: il primo attiene alla gravità dei fatti e alla manifesta contrarietà dell’ordine alle norme del diritto di guerra; il secondo sottolinea la condivisione di tale ordine da parte del sottoposto e, di conseguenza, alla suo ruolo di compartecipazione attiva allo stesso ; il terzo invece, riguarda le conseguenze in cui sarebbe incorso il subordinato se si fosse rifiutato di eseguire l’ordine ancorchè illegittimo. In particolare, il secondo punto nel

delineare l'atteggiamento psicologico ('mens rea') del subordinato che adempie all'ordine, afferma che tale atteggiamento rileva in modo più spiccato quando il sottoposto è un ufficiale più che quando egli è un soldato semplice: tale circostanza, peraltro, fu presente in tutti i procedimenti dinnanzi ai tribunali militari per i fatti compiuti durante il secondo conflitto mondiale.

La dottrina dell'epoca testimonia come il principio dell'inefficacia dell'esimente dell'ordine superiore fosse radicato:

“Il fatto che una regola sulla condotta della guerra sia stata violata in esecuzione di un ordine di un Governo belligerante o di un belligerante individuale non priva l'atto in questione del suo carattere di crimine di guerra: neppure, di regola, esenta il responsabile dalla punizione da parte del belligerante offeso”.

Le quattro convenzioni di Ginevra ed il primo protocollo ribadirono questo principio a livello internazionalistico.

Inoltre, il principio è ribadito dal I Protocollo.

In tutte le formulazioni, i termini sono univoci e parlano di 'Repressione di abusi e di infrazioni'.

Secondo il dettato di questi articoli, le Alte Parti Contraenti “undertake to

enact any legislation to provide effective penal sanction for person committing” tanto per gli esecutori materiali “or ordering to be committed” quanto per i superiori che impartiscono l’ordine di commettere “any of the grave braches of the present Convention”. I reati considerati, dunque, rivestono un’importanza tale da costituire una infrazione grave delle Convenzioni di Ginevra. Le quattro Convenzioni e i protocolli parlano di ‘serious violations’ e ‘grave braches’: viene posto a carico degli Stati un diritto di reprimere le prime che si tramuta in un dovere per quanto riguarda le seconde. Solo le ‘grave braches’, infatti, secondo la concezione tradizionale, impongono che gli Stati provvedano direttamente alla punizione dei responsabili o, in alternativa, li consegnino ad una giurisdizione internazionale atta a giudicarli o, ancora, li consegnino ad un altro Stato che abbia manifestato una pretesa unitiva fondata. Il principio che sottende questa formulazione è ‘aut iudicare aut dedere’.

Si deve, infatti, tenere presente che le quattro convenzioni sono state stilate a pochi anni di distanza dal termine del secondo conflitto mondiale e tanto la risposta legislativa quanto l’impegno degli Stati ad evitare in futuro tanto spargimento di sangue non poteva non essere una risposta forte che prevedesse pene severe per i rei.

Il testo, infatti, prosegue nel dichiarare che la ‘caccia è aperta’ contro coloro

che sono imputati di aver commesso tali crimini e che la ricerca degli imputati è definita un'obbligazione per le Parti Contraenti "Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for person alleged to have committed or to have ordered to be committed" che riguarda sia gli esecutori materiali che i superiori che impartirono l'ordine. Nella ripetuta previsione esplicita di entrambe le categorie di imputati si può leggere una volontà di evitare che formulazioni ambigue possano condurre ad una eventuale 'scappatoia' che potesse permettere a criminali di guerra di sottrarsi dalla sottomissione ad un procedimento che li assicurasse alla giustizia. Infatti gli articoli proseguono dicendo "...shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made a prima facie case".

Le Parti s'impegnano, inoltre, a prendere tutte le misure necessarie per impedire qualsiasi atto contrario alle previsioni delle Convenzioni. Viene, infine, garantito agli imputati il diritto ad avere un giusto processo (con l'annesso diritto alla difesa).

### **L'art.8 dell'Accordo di Londra del 1945**

Secondo quanto disposto da questo articolo, l'ordine superiore può essere preso in considerazione soltanto in quanto circostanza attenuante e non certo in quanto scriminante.

L'articolo enuncia in modo dettagliato i crimini che possono costituire capi d'imputazione con il presupposto, quindi, che tali crimini dovrebbero essere conosciuti dai subordinati: per questo il testo afferma che: “ The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires”.

I reati previsti da tale articolo sono qualificati crimini contro l'umanità e rientrano, quindi, in una delle tre categorie dell'articolo 6 dello Statuto del Tribunale internazionale di Norimberga (vedere quanto detto al paragrafo precedente). Non c'è stato, fino ad oggi, un processo più importante di quello di Norimberga: la sua eccezionalità non è dovuta solamente al

numero e all'importanza degli imputati, alla sua lunga durata, né all'enormità dei crimini oggetto del giudizio. Ciò che ha reso questo procedimento esemplare per tutti i processi a venire è stata la volontà di erigerlo ad espressione della coscienza universale a fronte delle atrocità perpetrate dai criminali nazisti. L'ideologia del Terzo Reich prevedeva, infatti, l'espansione territoriale della Germania non solo con l'uso della forza armata, ma anche con la soppressione violenta delle opposizioni politiche. Il periodo tra il 1933, anno dell'ascesa al potere di Hitler, e l'attacco alla Polonia del 1939 vide proliferare la creazione di campi di concentramento per gli oppositori politici, la predisposizione di una dittatura totalitaria che rendesse il Führer l'unico detentore del potere giuridico e legislativo e, in quanto tale, 'legibus solutus'. Le scelte politiche erano volte a rafforzare l'immagine della Germania di fronte al resto del mondo in modo da renderla svincolata da qualsiasi impegno internazionale. Fu, però, lo scoppio del conflitto che alimentò la crescita della crudeltà e delle atrocità compiute dai nazisti. Questo indusse i rappresentanti dei nove governi in esilio a riunirsi a Saint James Palace per organizzarsi in una commissione interalleata finalizzata alla punizione dei crimini di guerra. I lavori terminarono con la stesura di una dichiarazione che esplicitava il rifiuto di compiere ritorsioni o atti di vendetta sui criminali e sollecitava che



il senso di giustizia del mondo civilizzato ponesse tra i suoi scopi principali la punizione dei colpevoli di tali nefandezze attraverso un sistema giudiziario ben organizzato e rispettoso delle regole di procedura garantiste dell'equo processo.

Gran Bretagna e Stati Uniti istituirono, nel 1942, una Commissione di indagine sull'ampiezza e la gravità di tali reati; nel 1943 i rappresentanti di queste due potenze unitamente a quelli dell'Unione Sovietica si ritrovarono a Mosca per proclamare la loro intenzione di vigilare affinché i responsabili non sfuggissero al giudizio e alla punizione. In un certo senso la dichiarazione di Mosca anticipava la distinzione tra criminali di 'media importanza', i quali sarebbero stati giudicati dai tribunali locali, e i 'grandi gerarchi nazisti', che, invece, sarebbero stati processati dai tribunali internazionali istituiti ad hoc. Nel 1945, l'accordo dell'8 agosto istituì il primo Tribunale Militare Internazionale (TMI) per la punizione di tali soggetti. Venne, inoltre, stilata una Carta contenente 30 articoli che disciplinavano competenza, poteri e procedura del tribunale che, nonostante la sua denominazione, non era una corte marziale ma un vero e proprio tribunale civile. In riferimento alla legittimità di questa Corte, la giustificazione addotta di fronte all'accusa di violazione del principio 'nullum crimen sine lege', è stata quella per cui il tribunale si fondava su un

accordo internazionale tra i vincitori e su ciò che all'epoca era profondamente sentito come senso della giustizia e della legalità di fronte alle innumerevoli ed orrende nefandezze compiute.

Oltre ai 21 imputati militari e civili (dei quali 11 condannati a morte per impiccagione, 7 condannati a pene detentive di vario genere e 3 assolti) il tribunale giudicò, in virtù della competenza attribuitagli dagli articoli 9 e 10 dello Statuto, anche la colpevolezza di alcune organizzazioni naziste. Tre erano le condizioni indicative della criminalità di queste organizzazioni:

- 1) l'attività esterna dell'organizzazione si era tradotta nella perpetrazione di uno dei reati per i quali il tribunale era ritenuto competente;
- 2) la generalità dei suoi membri era composta da volontari;
- 3) la generalità dei suoi membri era cosciente dell'attività criminale alla quale erano addetti;

Pertanto, ogni individuo appartenente ad una delle organizzazioni dichiarate criminali poteva essere giudicato, punito e condannato indipendentemente dall'aver commesso un reato.

Come detto in precedenza, il problema dell'ordine superiore è affrontato dall'articolo 8.

I crimini presi in considerazione da detto articolo sono: l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e tutti gli altri crimini inumani commessi contro tutte le popolazioni civili prima o durante la guerra.

Nella versione francese dell'articolo 8 questa elencazione terminava con un punto e virgola al quale seguiva un'ulteriore enucleazione di fattispecie criminose 'ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, commises à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal International ou s'y rattachant, que ces persécutions aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où elles ont été perpétrées'.

Il diritto internazionale dovette affrontare il tema della distruzione sistematica di interi gruppi umani che nel secondo conflitto mondiale assunse proporzioni mai viste: per questo le requisitorie del procuratore francese Champrier de Ribes e l'inglese sir Hartley Shawcross videro la nascita di un neologismo giuridico: il 'genocidio'. Sebbene questi due procuratori l'avessero utilizzato nelle loro requisitorie, il termine non compare nella sentenza del Tribunale Militare istituito a Norimberga, ma, al contrario, è utilizzato nelle sentenze dei tribunali alleati che si occuparono di processare altri criminali nazisti. Il fatto che gli atti di genocidio siano stati commessi su larga scala sia per quanto riguarda il piano degli esecutori

che quello delle vittime, comportò il suo inserimento nei crimini di rilevanza internazionale e lo assimilò ai ‘delicta iuris gentium’.

Caratteristica fondamentale di questa fattispecie delittuosa è il principio di universalità della giurisdizione: questo impedì agli imputati di addurre a propria difesa la loro nazionalità (spesso diversa da quella del tribunale preposto a giudicarli) o del ‘locus commissi delicti’.

Diverse interpretazioni, talvolta estensive, talaltra riduttive, vennero date al termine genocidio in conseguenza della ‘questione del punto e virgola’. L’articolo 6 dello statuto dell’8 agosto 1945 nella versione inglese separa le fattispecie ‘committed against any civilian population, before or during the war’ da ‘or persecution on political, racial or religious ground’ con una virgola.

Diversamente, i rappresentanti dell’accusa riunitisi a Berlino il 6 ottobre dello stesso anno, stabilirono che il segno di interpunzione da utilizzare fosse un punto e virgola e non una semplice virgola in modo da eliminare ogni discrepanza tra i testi inglese e francese (che, come detto, avevano la virgola) e quello russo che, al contrario, aveva il punto e virgola. In seguito a questa modifica la Corte diede un’interpretazione restrittiva dell’articolo in questione in quanto il genocidio era qualificato come tale solo in relazione agli atti commessi ‘during’ o ‘in connection with the war’. La

conseguenza di questa modifica fu gravissima: vennero, infatti, lasciati impuniti gli autori di tali crimini contro l'umanità solo perché commessi prima dell'inizio della guerra.

Pertanto, la modifica apportata al testo per uniformare le tre versioni non ebbe solo importanza sintattica: da questa dipendeva la possibilità di perseguire o meno gli autori di crimini commessi prima dello scoppio del secondo conflitto mondiale. Proprio per questo per apportare le succitate modifiche non venne adoperato lo strumento della correzione del testo ma si ricorse alla stesura dell'accordo di Berlino che funse da accordo accessorio a quello principale.

Il testo francese come risultante dopo la modifica indica chiaramente che il principio della 'lex loci' è irrilevante tanto per ciò che riguarda i termini posti prima del punto e virgola quanto per quelli successivi: tutto questo era possibile grazie alla sostituzione della virgola all'altro segno di interpunzione.

La 'questione del punto e virgola' assume rilevanza anche per quanto riguarda il tema dell'ordine superiore, escludendo che gli imputati potessero andare esenti da condanna perché i fatti da loro commessi erano ritenuti leciti all'interno dell'ordinamento statale nel quale erano stati compiuti o perché altro non erano se non l'adempimento di un ordine proveniente da

un superiore gerarchico.

Tutte le argomentazioni sin qui esposte non riguardano soltanto il genocidio, ma anche la fattispecie delittuosa dello sterminio. L'esperienza e le innovazioni di Norimberga non restarono lettera morta: da queste, infatti, presero il via le successive carte e convenzioni internazionali per la repressione di tali crimini. L'11 dicembre 1946 una risoluzione dell'Assemblea Generale assunta all'unanimità stabiliva che il genocidio era un crimine internazionale condannato dal mondo civile e chiedeva agli Stati di predisporre una normativa interna per punirlo: questo portò alla Convenzione del 9 dicembre 1948. L'articolo II identifica il crimine di genocidio con tutti gli atti compiuti con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale. La nozione di gruppo, qui intesa in senso ampio, è difficilmente qualificabile con criteri oggettivi in ragione del fatto che è determinante, per l'identificazione di un gruppo, l'elemento soggettivo. Apparentemente la nozione di sterminio potrebbe sembrare un sinonimo del genocidio in quanto hanno molti elementi in comune: entrambi comportano l'uccisione di esseri umani e sono diretti contro un gruppo di individui ma è proprio nella nozione di gruppo che la Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite ha chiarito e delineato le differenze tra questi due crimini.

Nell'elaborazione dell'articolo 18 del Progetto di un Codice di Diritto internazionale la Commissione ha affermato che il gruppo di individui che è oggetto di sterminio, a differenza di un gruppo oggetto di genocidio che viene preso come obiettivo proprio in quanto dotato di caratteri comuni, non condivide alcuna caratteristica comune che possa farlo risultare gruppo 'as such'.

Il fatto che gli individui appartenenti al gruppo fatto oggetto di sterminio non condividano elementi in comune (se non, fatalmente, proprio quelle di essere tutti privati della vita ma questa è una caratteristica che, ovviamente, si può riscontrare solo una volta che il crimine sia stato compiuto) permette il compimento su larga scala e, quindi, potenzialmente può avere effetti molto più devastanti del genocidio per il quale, se non altro, le vittime possono essere individuate a priori.

Essendo più ampia la potenzialità dannosa di tale crimine, maggiore deve essere la protezione offerta e proprio per questo vengono punite non solo le azioni delittuose ma anche le omissioni finalizzate a tale risultato.

Dopo la Convenzione del 1948 altri furono i trattati internazionali che si occuparono di tali crimini.

Un cenno merita lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Lo Statuto di questa Corte a carattere permanente è stato adottato in seguito alla

Conferenza diplomatica svoltasi a Roma dal 15 giugno al 17 luglio del 1998 ed è entrato in vigore il 1°luglio 2002. L'evoluzione normativa e politica di cui Norimberga fu il fondamento sarebbe stata fine a se stessa se non fosse approdato in un atto di tale portata: questo raccoglie principi generali di diritto internazionali, consuetudini, decisioni di Organizzazioni internazionali, e principi normativi dei vari stati che ne fanno parte. La Corte è un tribunale ad hoc costituito 'ex post factum' e finalizzato al giudizio e alla punizione degli autori di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo (che, in quanto tali, sono qualificabili come illeciti di diritto internazionale).

La giurisdizione della Corte, esercitata secondo il principio di complementarità con gli stati, riguarda, secondo il disposto dell'art.5, il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra ed il crimine di aggressione.

I due delitti presi in considerazione nella trattazione precedente, ovvero il genocidio e lo sterminio, vengono trattati rispettivamente dagli articoli 6 e 7 dello Statuto.

L'articolo 6 definisce il genocidio un crimine dell'individuo, sebbene sia solitamente posto in essere da una pluralità organizzata di individui a seguito di una pianificazione.



Gli atti che possono essere commessi con l'intento di distruggere 'in tutto o in parte' un gruppo 'nazionale, etnico, razziale o religioso' sono elencati dall'articolo stesso e consistono nel:

- a) uccidere membri del gruppo;
- b) causare gravi danni fisici o mentali a membri del gruppo;
- c) sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita dirette a causarne la distruzione fisica in tutto o in parte;
- d) imporre misure dirette a impedire le nascite all'interno del gruppo;
- e) trasferire con forza bambini del gruppo in un altro gruppo.

Secondo l'art.33 dello Statuto la punibilità è prevista anche in presenza di un ordine proveniente da un superiore gerarchico o da un governo. Per evitare inutili ridondanze, lo Statuto di Roma non riproduce le previsioni degli Statuti dei Tribunali ad hoc, che riprendevano non solo l'art.2 della Convenzione sul genocidio, ma anche l'art.3, che stabiliva che il genocidio non poteva essere commesso soltanto dall'autore principale, diretto, ma anche nelle forme della complicità, cospirazione, attentato e diretto e pubblico incitamento (previsto nello Statuto di Roma dall'art. 25, 3, lett. e).

L'articolo 7 definisce lo sterminio con termini analoghi a quelli utilizzati nelle pagine precedenti.

L'articolo, intitolato 'Crimini contro l'umanità', prevede lo sterminio alla lettera b).

Gli altri crimini che rientrano nella categoria dei crimini contro l'umanità sono:

- a) omicidio;
- c) riduzione in schiavitù;
- d) deportazione o trasferimento coatto di popolazione;
- e) prigionia o altra grave privazione della libertà personale in violazione delle norme fondamentali del diritto internazionale;
- f) tortura;
- g) stupro ed altri reati di natura sessuale;
- h) persecuzione contro qualsiasi gruppo o collettività identificabile per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi o sessuali;
- i) sparizione forzata di persone;
- j) crimine di apartheid;
- k) altri atti inumani di carattere analogo diretti a causare intenzionalmente grandi sofferenze o grave danno all'integrità fisica o alla salute mentale.

Il secondo paragrafo è finalizzato alla spiegazione dei termini utilizzati nel primo e afferma che: ‘per sterminio si intende specificatamente l’infliggere intenzionalmente condizioni di vita, come la privazione dell’accesso al cibo e alle medicine, mirate a causare la distruzione di parte della popolazione.

### **L'art.33 dello Statuto della Corte penale internazionale.**

***“During this century millions of children, women and men***

*have been victims of unimaginable atrocities that  
deeply shock the conscience of humanity”*

(Preambolo dello Statuto della CPI)

L'articolo in questione disciplina in modo dettagliato le circostanze secondo le quali l'adempimento di un ordine superiore costituisce un'esimente e le circoscrive ai casi in cui:

- a) l'esecutore materiale aveva l'obbligo giuridico di eseguire l'ordine
- b) non sapeva che l'ordine era illegittimo
- c) l'ordine non era manifestamente illegittimo.

Per quanto concerne, quindi, i crimini internazionali di guerra, l'ordine superiore può essere invocato quale esimente in circostanze particolari: si deve, infatti, ricordare che nella disciplina militare il sottoposto è sempre tenuto all'obbedienza, con la conseguente impossibilità di sottrarsi all'adempimento di un ordine impartito da un superiore gerarchico. Partendo da questo presupposto uno dei tre requisiti dell'art.33 è, dunque,

sempre soddisfatto. Per invocare l'esimente dell'aver adempiuto ad un ordine superiore, il subordinato dovrà essere in grado di dimostrare che non era a conoscenza dell'illegittimità dell'ordine (vedi supra lett.b) o che quest' illegittimità non era manifesta (lett.c).

A riguardo del genocidio e dei crimini contro l'umanità, invece, lo Statuto prevede una presunzione *iuris et de iure* di manifesta illegittimità dell'ordine: va da sé che, in questo caso, la difesa dell'ordine è difficilmente esperibile.

Come detto nelle pagine precedenti, le quattro Convenzioni di Ginevra e il I Protocollo disciplinano in modo alquanto dettagliato i meccanismi per la repressione dei crimini di guerra.

Le Convenzioni di Ginevra impongono ad ogni parte contraente il dovere di assicurare alla giustizia e processare gli individui ritenuti colpevoli di infrazioni gravi. Essendo questo un obbligo che incombe su ogni parte contraente, vengono ricompresi in questa categoria anche i neutrali. Lo Stato in cui il reo si trova ha, dunque, il dovere di sottoporlo ad un procedimento penale anche se non sussiste alcuna connessione tra il crimine di cui l'individuo è incolpato e il suo ordinamento giuridico.

Le quattro Convenzioni si basano sul principio 'aut iudicare aut dedere' di universalità della giurisdizione: pertanto, se lo Stato sul cui territorio si

trova l'imputato non ritiene opportuno giudicarlo, può consegnarlo ad un altro Stato che ne faccia richiesta. Tale richiesta è solitamente basata su un particolare titolo di giurisdizione (ad. es il reo è cittadino di quello Stato o i crimini sono stati compiuti in quel territorio o ancora le vittime, o parte di esse, erano cittadini dello Stato stesso) e deve essere corroborata da prove sufficienti contro l'imputato, vale a dire che lo Stato deve, perlomeno, aver avviato il procedimento penale. Per quanto concerne la consegna del reo al richiedente, questa avviene secondo le forme e nei modi imposti dalla normativa interna dello Stato in cui l'individuo si trova. Questo per quanto riguarda il sistema previsto dalle quattro Convenzioni di Ginevra che, sebbene ormai in vigore da più di mezzo secolo, non ha trovato frequente applicazione.

Il I Protocollo disciplina, senza entrare nel dettaglio, l'estradizione all'articolo 88, secondo cui le parti contraenti cooperano in materia di estradizione. Anche qui vige il dovere per le parti di 'prendere debitamente in considerazione' la domanda dello Stato sul cui territorio è stata commessa l'infrazione ma la legge da applicare è quella in vigore nello Stato richiesto (proprio come disposto dalle quattro Convenzioni di Ginevra). Si deve tenere presente che, se tale legislazione non prevede l'estradizione, lo Stato richiesto non può essere obbligato in alcun modo a

consegnare l'imputato (questo spiega la fuga di molti gerarchi o criminali nazisti in paesi, per lo più dell'America latina, le cui legislazioni interne non consentono l'estradizione).

Fino all'istituzione, dopo il secondo conflitto mondiale, dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo, la repressione dei crimini di guerra era di competenza esclusiva dei tribunali nazionali.

In seguito ad alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sono stati creati i primi tribunali internazionali 'ad hoc' costituiti 'ex post facto' e con competenze limitate.

La comunità internazionale, a fronte dei perenni focolai di guerra presenti sul pianeta, ha ritenuto opportuno dotarsi di una Corte a carattere universale; così, con l'adozione dello Statuto adottato a Roma il 17 luglio 1998 è stata istituita, in data 1° luglio 2002, la Corte Penale Internazionale.

Lo Statuto stesso disciplina la struttura e le funzioni di detta Corte.

L'art. 5 afferma che la giurisdizione della Corte copre i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e l'aggressione.

L'art. 13 stabilisce che un procedimento davanti alla Corte può essere messo in moto da:

- a) uno Stato parte;

- b) dal Consiglio di Sicurezza;
- c) dal Procuratore;

Le indagini, anche a fronte delle difficoltà affrontate e asserite a condurre tali operazioni, tanto dagli Stati specie quando i loro interessi non sono strettamente coinvolti con la causa in questione, quanto dal Consiglio di Sicurezza che può essere disincentivato dall'iniziare un'istruttoria per motivi politici (si deve ricordare, infatti, che il Consiglio di Sicurezza è un organo politico e, in quanto tale, deve tenere conto di una comparazione 'costi-benefici' prima di iniziare qualsiasi operazione, a maggior ragione deve calcolare a priori le conseguenze a livellodi appoggio e consenso internazionale che potrebbe comportare la messa in moto di un procedimento internazionale), sono solitamente condotte dal Procuratore (al quale, secondo lo Statuto, è riconosciuto espressamente tale potere) che, a differenza degli altri due legittimati attivi, potrà proporre l'azione e condurre l'istruttoria in condizione di piena indipendenza. Questo è un elemento di fondamentale importanza dei procedimenti internazionali in quanto non è consentito il processo in contumacia: pertanto la cattura del presunto colpevole e la raccolta di prove a suo carico costituisce un nodo cruciale.

L'art 17 si occupa del riparto di competenze tra la Corte e i vari tribunali



nazionali.

A differenza di quanto accade per i Tribunali per l' ex- Jugoslavia e per il Ruanda, e secondo quanto già affermato nelle pagine precedenti, la competenza della Corte Penale Internazionale è fondata sul principio di complementarietà rispetto ai tribunali nazionali. Questo significa che la Corte è competente a giudicare solo qualora il tribunale nazionale che sarebbe investito della questione sia 'unwilling or unable genuinely to carry out investigation or prosecution'.

L'articolo stesso si occupa di definire le nozioni di 'unwillingness' –che ricomprende il ritardo ingiustificato nell'esecuzione dei procedimenti o la mancanza di imparzialità da parte della Corte adita – e di 'inability' –che prevede il 'collapse of State institutions' o la mancanza di un sistema giudiziario all'interno dell'organizzazione statale.

L'applicazione del principio 'aut iudicare aut dedere', il cui scopo principale è che nessun criminale possa sottrarsi alle maglie della giustizia, impone in questo caso che, a differenza di quanto visto in precedenza, la consegna del presunto colpevole deve avvenire nei confronti di un tribunale internazionale e non nei confronti di una corte interna.

La giurisdizione della Corte Penale Internazionale non è universale. I casi in cui può essere esercitata sono elencati in modo tassativo:

- a) il crimine è stato commesso da un cittadino di uno Stato parte;
- b) il crimine è stato commesso nel territorio di uno Stato parte;
- c) uno o più crimini sono stati deferiti alla Corte dal Consiglio di sicurezza per il tramite del Procuratore, in virtù di quanto disposto dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

L'art.34 ne delinea la struttura: una corte consistente in un corpo di 18 giudici, un procuratore ed un ufficio di cancelleria.

E' prevista l'istituzione di camere di appello, una 'Trial division' e una 'Pre-Trial division'.

L'elezione dei giudici sarà effettuata dall'Assemblea degli Stati parti, che è composta dagli Stati aderenti allo Statuto.

L'elezione del procuratore avviene a scrutinio segreto della stessa Assemblea. Per essere eletto necessita della maggioranza assoluta, anche in ragione dei poteri attribuitigli.

L'art. 124 riveste particolare importanza per gli Stati restii a sottoporre i propri militari alla Giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Secondo il suo disposto, infatti, nel Momento in cui uno Stato ratifica lo Statuto, può rifiutare la giurisdizione della Corte per i crimini di guerra commessi dai suoi cittadini o sul suo territorio. Per fare questo, lo Stato

deve firmare un'apposita dichiarazione che, di regola, ha durata di sette anni dalla data di entrata in vigore della Convenzione istitutiva. Tale dichiarazione è revocabile in qualsiasi momento e può anche avere durata inferiore a sette anni (che è, dunque, il periodo massimo consentito).

Questo non significa, però, che il principio internazionalistico 'aut iudicare aut dedere' non valga in questo caso specifico infatti, dal momento che lo Stato ha dichiarato il suo rifiuto a 'dedere', deve impegnarsi a giudicare i propri cittadini accusati di aver commesso i crimini di cui all'art.5.

In conclusione, dunque, sia che il processo sia svolto dalla Corte Penale internazionale, sia che venga condotto da un tribunale interno, l'art.33 esclude che l'imputato possa addurre la propria discolpa la circostanza di aver adempiuto ad un ordine superiore tranne nei casi elencati dalle lettere a), b) e c) dello stesso articolo e già analizzate all'inizio di questo paragrafo.

*Capitolo quarto*

**“L’ordinamento italiano”**

**Caratteristiche generali**

La coscienza etica umana, con la sua pluralità di vedute, alimenta in continuazione il sistema penale; per questo l’analisi di un determinato ordinamento penale deve tenere in considerazione il rapporto che ogni singolo sistema giuridico ha con la morale. Per comprendere più a fondo l’attuale normativa italiana a riguardo dell’ordine superiore, dunque, non si può prescindere da un’analisi, seppur sommaria, dell’evoluzione del sistema penale italiano.

L’unificazione politica non portò all’unità dell’ordinamento penale, la quale fu realizzata solo nel 1890 con il codice Zanardelli. Il territorio nazionale fu retto, per tre anni, da una sorta di ‘federalismo penale e giudiziario’: vi erano, infatti, tre codici che vigevano contemporaneamente; unica era, invece, la legge di ordinamento giudiziario, ma anche tale unicità fu inficiata dalla presenza di cinque corti supreme di cassazione (rispettivamente a Firenze, Napoli, Palermo Roma e Torino).

Tre furono le grandi scuole penalistiche: classica, positiva e tecnico-giuridica.

La prima, quella classica, ritenuta essere l’erede dell’illuminismo giuridico- penale, restò in

auge pressochè per tutto il XIX secolo. Interessante la definizione di reato data da Francesco Carrara:

‘Il reato è un ente giuridico per tre ordini di motivi:

- 1) perché ha la sua fonte nella legge;
- 2) perché la sua essenzialità deve consistere nella violazione di un diritto;
- 3) perché è l’idea del rapporto contraddittorio tra il fatto dell’uomo e la legge;
- 4) Non c’è bisogno di sottolineare l’importanza di tale definizione per la teoria penalistica attuale.

Altro cardine di questa scuola è il ‘retribuzionismo’: ‘I delitti devono imputarsi con debita proporzione alla loro qualità, quantità e grado’ dove per qualità si intende il titolo del reato, per quantità la sua gravità considerata in astratto e il grado è, invece, la gravità rispetto al fatto concreto. A questi tre elementi costitutivi del reato corrispondono tre elementi costitutivi della pena: l’autore asserisce, infatti che ‘il fine primario della pena è il ristabilimento dell’ordine esterno delle società’. I suoi successori, invece, accentuarono l’aspetto retributivo della pena.

Nel complesso, il codice Zanardelli ha rappresentato un importante passo avanti per quanto concerne la configurazione degli elementi generali del reato.

La seconda scuola, quella conosciuta con il nome di scuola positiva, mosse i primi passi dalle critiche formulate alla scuola classica: ad esempio, lo

studio di Lombroso sull'antropologia e la fisiognomica criminale fu una chiara reazione alla concezione del reo quale 'tipo medio, uguale a qualsiasi altro uomo, tranne i casi più eclatanti che, però, erano tassativamente suddivisi in casi di:

- pazzia;
- sordomutismo;
- ubriachezza;
- impeto d'ira e di dolore;

La scuola positiva rintraccia le cause del delitto in tre ordini di fattori:

- 1) individuali;
- 2) fisici;
- 3) sociali;

e fanno discendere da questi elementi la deduzione che non esista un unico tipo di delinquente, ma una tipologia aricolata: delinquente nato, pazzo, abituale, occasionale, passionale.

Fra le sanzioni, merita particolare attenzione il risarcimento del danno, ritenuto un istituto giuridico irrinunciabile nella lotta della criminalità, in quanto tra questi compiti rientra la protezione che lo Stato deve offrire alle vittime del delitto.

Il Novecento vide la nascita dell'indirizzo tecnico-giuridico. Si parla, in questo caso, di indirizzo piuttosto che di scuola in quanto esso enuncia un metodo di studio piuttosto che

una visione complessiva del problema penale. Secondo questo indirizzo, oggetto dominante degli studi penalistici deve essere solo e soltanto il diritto positivo. Esponente di spicco di questa corrente di pensiero fu Arturo Rocco, a cui si deve l'importante codice penale del 1930.

Dopo il secondo conflitto mondiale e, più precisamente, nel 1947, fu istituita in seno alla 'Divisione per lo sviluppo sociale' dell'O.N.U. una sezione di 'difesa sociale'. Questa sezione, successivamente denominata 'sezione della prevenzione del crimine e della giustizia penale', aveva il fine di promuovere una politica criminale a livello mondiale ruotante intorno al principio di prevenzione del reato e trattamento dei delinquenti. Il programma prevedeva principalmente i seguenti punti:

- la prevenzione del delitto come difesa della società quale scopo principale del diritto penale;
- il recupero sociale dei delinquenti;
- un'attenzione crescente alla personalità del delinquente per realizzare una maggior umanizzazione della pena.

Il principio di colpevolezza adottato dall'ordinamento italiano fu chiaramente influenzato dalla scuola tedesca: in particolare venne ripresa la concezione di Franz von Listz secondo la quale la pena aveva una funzione polivalente di repressione ma anche di prevenzione.

Nel 1889 Listz, docente all'Università di Marburgo, fondò l'Unione internazionale del diritto penale con lo scopo associativo di affermare, tra l'altro, che la 'missione del diritto penale è la lotta contro la criminalità, considerata come fenomeno sociale'. L'Unione, però, non sopravvisse ai suoi fondatori.

Dopo un'analisi dell'evoluzione storica del sistema penalistico italiano, è utile, per il presente lavoro, analizzare l'aspetto relativo all'applicazione della legge penale e, quindi, la sua validità nello spazio e nel tempo.

Il nostro codice penale enuncia, tanto all'articolo 3 ('la legge penale italiana obbliga tutti coloro che ...si trovano nel territorio dello stato') quanto all'articolo 6 ('chiunque commette un reato nel territorio dello stato è punito secondo la legge italiana') il principio di territorialità che, però, viene superato al capoverso dell'art.3 con l'affermazione che 'la legge penale obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero', per l'individuazione dei quali si rinvia alle previsioni della stessa legge penale e del diritto internazionale. Lo spirito di questa previsione è di punire i reati commessi all'estero se ritenuti lesivi di interessi pubblici o privati meritevoli di una tutela più ampia. Si considera inoltre doveroso garantire tale più ampia tutela allorché il colpevole si trova nel territorio dello Stato per evitare che l'Italia diventi un rifugio per chi ha commesso un reato all'estero.

Un caso di superamento del principio di territorialità si desume, ad esempio, dal combinato disposto degli articoli 7 n°1 e 8 del codice penale. La normativa che risulta dal combinato dei due articoli sancisce la punibilità dei delitti politici realizzati interamente all'estero. Tali reati, si dice, sono puniti secondo la legge italiana su richiesta del Ministro di grazia e giustizia, eccezion fatta per i delitti contro la personalità dello Stato che sono puniti incondizionatamente.

Attenzione particolare è dedicata dall'articolo 14 c.p. ai reati commessi all'estero dalle persone soggette alla legge penale militare. Oltre ai militari in servizio, si applica ai soggetti indicati nel titolo I, libro I del codice penale militare di pace, tra i quali sono annoverati i



non militari concorrenti in un reato militare.

I reati annoverati si dividono in reati che ledono

1) la personalità dello Stato:

- alto tradimento;
- vilipendio alla nazione o alla bandiera;
- atti ostili del comandante contro uno Stato estero;
- ...

2) interessi esclusivamente militari:

- disobbedienze;
- violata consegna;
- ...

3) interessi militari correlati a beni giuridici diversi:

- peculato;
- furto;

Da quanto disposto dall'articolo in questione si evince che nella nozione di reato militare convergono tanto la componente oggettiva dell'offensività di interessi militari, quanto la componente soggettiva dell'autore quale persona soggetta alla legge militare.

Altri due articoli si occupano dei reati militari sancendo dei principi fondamentali:

*Art.17 c.p.m.p:*

‘la legge penale militare si applica alle persone che vi sono soggette, anche per i reati commessi sul territorio estero di occupazione, soggiorno o transito delle forze armate dello Stato, osservate le convenzioni e gli usi internazionali’.

*Art.18 c.p.m.p.:*

‘le norme sui reati militari valgono anche se essi sono commessi all’estero, ma contro i colpevoli si procede solo a richiesta del Ministro competente’.

Quando ci si trova in stato di guerra, però, l’articolo 4 c.p.m.g. stabilisce che ‘ la legge penale militare di guerra si applica per i reati da essa previsti quando siano commessi nei luoghi che sono in stato di guerra, nei luoghi da considerarsi tali, nei luoghi in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge e dovunque da tali reati possa derivare un nocumento alle operazioni militari di guerra o ai servizi relativi, ovvero alla condotta della guerra in generale’.

Il principio di territorialità, nelle sue varie sfaccettature, ha anche rilievo processuale.

L’art.11 c.p. afferma, infatti, che ‘il giudizio avvenuto all’estero non preclude il giudizio penale in italia per gli stessi fatti commessi in Italia.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che non esiste, allo stato attuale, alcun accordo internazionale al quale l’Italia abbia aderito che deroghi a tale principio. Nemmeno la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi stesa all’Aja il 28 maggio 1970, sebbene sottoscritta e ratificata dal nostro Stato, è operante in tal senso in quanto l’Italia non ha mai depositato gli strumenti di ratifica. Parimenti inoperante, ma in tal

caso a causa delle riserve formulate è la Convenzione europea stilata a Bruxelles il 25 maggio 1987 relativa al principio 'ne bis in idem': non esiste, pertanto, un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto paragonabile a quello sancito dal nostro codice di procedura penale all'art.649.

La richiesta di rinnovamento del giudizio già svolto all'estero assorbe anche la richiesta di procedimento e viceversa. Unica eccezione a tale principio si verifica quando la sentenza penale straniera sia già passato in giudicato: in tal caso è necessaria una richiesta specifica di rinnovamento del giudizio.

Attualmente, l'Italia è vincolata da circa trenta Convenzioni bilaterali di estradizione.

Come detto nei capitoli precedenti, nella seconda metà del XX secolo il Consiglio d'Europa ha assunto un'importanza fondamentale per la formulazione e la stipulazione di Convenzioni europee multilaterali.

Conseguenza diretta dell'inderogabilità della giurisdizione italiana è l'inammissibilità del riconoscimento nel territorio dello Stato di sentenze penali straniere. Questo principio generale è derogato dai casi previsti dall'art.12 c.p..

Secondo il disposto di tale articolo:

*art.12, 1° comma c.p.:*

'le sentenze di condanna vengono riconosciute con lo scopo di realizzare alcuni effetti sanzionatori tassativi, quali lo stabilire la recidiva o l'abitudine a delinquere, la tendenza la professionalità o la tendenza a compiere reato; quando la condanna comporterebbe l'afflizione di una pena accessoria, o di una misura di sicurezza personale, secondo l'ordinamento italiano; quando la sentenza straniera condanna alle restituzioni o al

risarcimento del danno o deve essere fatta valere a questi effetti o ad altri effetti civili nel territorio dello Stato’.

*art.12, comma1°, n.3,c.p.:*

‘le sentenze di proscioglimento vengono riconosciute solo in due casi:

- 1) quando al prosciolto si dovrebbe applicare, secondo la legge italiana, una misura di sicurezza personale;
- 2) quando il prosciolto intende far valere in giudizio in Italia la sentenza penale assolutoria agli effetti delle restituzioni o del risarcimento del danno a ad altri effetti civili.

Oltre all’irrevocabilità, una sentenza penale straniera deve avere alcuni requisiti per poter essere riconosciuta nel nostro ordinamento. Due elementi fondamentali, e molto importanti nei procedimenti qui analizzati, sono il principio della ‘doppi aincriminabilità’ secondo il quale, come suggerisce il nome stesso, il fatto deve essere previsto come reato in entrambi gli ordinamenti, e il principio dell’ ‘attualità è concretezza’. Con tale dizione si fa riferimento agli interessi dedotti in giudizio, intendendosi che il giudice italiano deve compierne una valutazione in relazione alla situazione concreta: in ordine ai fatti, il giudice deve attenersi strettamente a quanto disposto dal collega straniero ma, rispetto a questi due ulteriori requisiti egli ha, invece, totale autonomia di valutazione. Una volta riscontrata la sussistenza di tali elementi, il riconoscimento è un atto dovuto.

## **Art. 51 del Codice penale**

Dopo l'abrogazione dell' art. 40 c.p.m.p., il cui 4° comma stabiliva che 'nel caso previsto dal comma precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato, il tema dell'ordine superiore è ora disciplinato dal Codice penale.

Il Codice penale italiano prevede, dall'articolo 50 all'articolo 54, le cause di non punibilità del reato. La terminologia utilizzata è, però, impropria, in quanto vengono definite 'circostanze che scudono la pena', anche se in realtà 'escludono il reato'.

La dottrina definisce tali cause di non punibilità come 'elementi negativi del fatto', ovvero devono non verificarsi affinché si abbia reato. L'incidenza delle scriminanti sul reato consiste, quindi, nell'esclusione dell'illiceità penale del fatto: il fatto nasce lecito 'ab origine', sebbene sia conforme alla fattispecie criminosa considerata.

Attualmente, natura ed efficacia delle scriminanti risultano in primo luogo dal contenuto stesso delle Situazioni considerate dagli articoli 50-54. Secondo il loro disposto, vengono resi non punibili dei fatti integrativi di reato.

A questi si aggiunge l'art.59 c.p.: 'le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente'.

Come si può notare, questo articolo abbraccia anche istituti diversi dalle scriminanti vere e proprie e, inoltre, prevede una rilevanza a livello oggettivo e psicologico del fatto scriminato in modo tale da presupporre, ancora una volta, la completa realizzazione dello stesso.

Il comma 1° di tale articolo sancisce il principio di 'imputazione oggettiva' secondo il quale

le scriminanti escludono la rilevanza penale del fatto per la loro mera presenza, anche se questa non è conosciuta dal soggetto che compie l'azione.

Le situazioni che possono verificarsi sono le più diverse:

- 1) l'autore sa di agire in presenza della causa di non punibilità;
- 2) l'autore non sa di agire in presenza della causa di non punibilità (c.d. 'scriminante ignorata');
- 3) l'autore non ritiene sussistenti gli estremi della scriminante che, in realtà, sussistono (c.d. ipotesi specifica di scriminante ignorata');

Nel primo caso sussiste il 'dolo di reato' che si sta compiendo, ma il reato non viene in esistenza perché la presenza delle scriminanti rende lecito il fatto.

Nel secondo e nel terzo caso il dolo può sussistere in quanto l'esistenza della scriminante è ignorata o si suppone erroneamente che essa non sussista, ma può altresì non sussistere, in quanto l'evento non è voluto dall'autore del fatto. Elemento comune delle tre diverse ipotesi è che la scriminante opera indipendentemente da ciò che pensa il soggetto e, quindi, per il semplice fatto di esistere.

Proprio in quanto le scriminanti eliminano totalmente l'illiceità penale, non possono incidere né sul solo elemento oggettivo né soltanto su quello soggettivo: la loro azione è molto più ampia in quanto escludono che il fatto considerato abbia una benché minima rilevanza penale.

La scriminante che a noi interessa è quella presa in considerazione dall' art. 51 c.p. rubricato "Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere".

*Art.51 c.p.:*

‘l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell’Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l’ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine’.

La scriminante rilevante per il tema trattato in questa tesi è quella dell’adempimento di un dovere.

Mentre nell’esercizio del diritto il soggetto ha la ‘facoltà’ di esercitare o meno il contenuto di un diritto soggettivo, nell’adempimento del dovere il soggetto ha l’obbligo di eseguire quanto gli viene imposto. Tale esimente, pertanto, prende in considerazione tutti gli estremi dell’esercizio del diritto con l’aggiunta di un ulteriore elemento, ossia l’obbligo di tenere il comportamento che, altrimenti, costituirebbe reato.

Le fonti del dovere vengono prese in considerazione in modo esplicito:

- 1) norma giuridica;
- 2) ordine legittimo della pubblica Autorità;

E’ importante sottolineare il fatto che l’articolo non parli di ‘legge’ ma usi la generica espressione ‘norma giuridica’: tale formulazione consente di considerare quale esimente anche un atto secondario o terziario, purché conforme alla legge (in osservanza, dunque, del principio di legalità).

Per quanto concerne, invece, l'ordine della pubblica Autorità, sono necessarie due precisazioni:

- a) l'Autorità dalla quale promana l'ordine deve essere 'pubblica', ossia disciplinata da norme di diritto pubblico e relativa a funzioni di natura pubblicistica. Non rilevano, quindi, gli ordini contrari alla legge provenienti da soggetti privati.
- b) l'ordine deve essere 'legittimo' e la legittimità è valutata sotto due profili: l'uno 'formale' e l'altro 'sostanziale'.

La legittimità formale considera:

- la competenza dell'Autorità ad emanare l'ordine;
- la competenza del destinatario a riceverlo;
- l'osservanza delle forme prescritte per l'emanazione dell'ordine;

La legittimità sostanziale, invece, è diretta a verificare l'esistenza dei presupposti normativi per l'emanazione dell'ordine.

Qualora non vengano soddisfatti tali requisiti, l'ordine è ritenuto 'illegittimo' e, secondo il comma 2° dello stesso articolo 51 c.p. :

'se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine'.

Il fatto che il superiore gerarchico venga qualificato 'pubblico ufficiale' non è casuale: con questo termine l'articolo indica che non è sufficiente che l'ordine provenga da un



‘incaricato di pubblico servizio’. La nozione di ‘pubblico ufficiale’ si desume dall’articolo 357 c.p.: ‘...coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa’.

La qualifica di ‘pubblico ufficiale’ non è però, di per se, sufficiente: è necessario, infatti, che il soggetto che ricopre tale qualifica abbia il potere-dovere di emanare ordini.

Anche il ‘subordinato’, che si ritrova ad essere l’esecutore materiale dell’ordine, risponde, in generale, unitamente al superiore.

Così dispone il comma 3° : ‘risponde del reato altresì chi ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo’.

Sono previste due eccezioni a questa previsione di carattere generale.

La prima considera la circostanza in cui il subordinato si sia trovato, nell’adempimento del suo dovere, in uno stato di assoluta ‘buona fede’ provocata da un ‘errore di fatto’ che lo ha indotto a ritenere di trovarsi di fronte ad un ordine legittimo.

Solitamente l’errore di fatto si contrappone all’errore di diritto ma, in questo caso, è opinione diffusa, viene ricompreso non solo l’errore sul fatto, ma anche l’errore su legge extrapenale (ad esempio l’errore sulla norma amministrativa, che prevede e disciplina l’istituto nell’ambito del quale l’ordine viene emesso, in forza del quale si verifica un errore sul fatto ovvero, in questo caso, sul presupposto della scriminante). L’unico caso escluso, pertanto, è quello dell’errore su legge penale (ad esempio, il subordinato ritiene che la norma penale incriminatrice gli conceda un certo raggio d’azione che, in realtà, non esiste).

Questa visione, ovviamente, amplia la casistica di non punibilità del subordinato.

La seconda ed ultima eccezione alla regola generale di punibilità del subordinato è dettata dal comma 4° dello stesso articolo 51 c.p.: ‘non è punibile chi esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine’.

I subordinati considerati dalla norma sono i subordinati ‘militari’, ovvero tutti quei soggetti che, in base allo statuto pubblicistico al quale sono sottoposti, non hanno la possibilità di sindacare la legittimità dell’ordine che viene loro impartito da un superiore gerarchico.

Questa norma risente indubbiamente della concezione autoritaria dello Stato vigente all’epoca della sua emanazione ma risponde anche alle esigenze, ancora attuali, di funzionamento dell’ordinamento.

La dottrina ha sottoposto la disposizione in esame ad una duplice interpretazione restrittiva in quanto, in primo luogo, sostiene che essa concerne soltanto il sindacato sulla legittimità sostanziale dell’ordine, mentre il sindacato formale sarebbe sempre possibile. In secondo luogo, si ritiene che il disposto del 4° comma dell’art.51 c.p. consenta sempre al subordinato di sindacare la ‘criminosità manifesta’ dell’ordine ricevuto. Questo implica che il sottoposto che non si astenga dall’eseguire un ordine manifestamente criminoso.

Opinione discorde è sostenuta, tra gli altri, dal Caraccioli il quale sostiene che il problema non sia focalizzato sul requisito della ‘legittimità’ ma su quello dell’ ‘ordine’. Diretta conseguenza di questo diverso punto di vista è che la legittimità formale è requisito fondamentale perché si possa parlare di ‘ordine superiore’ e, in mancanza di tale ordine, qualora il subordinato esegua ugualmente le disposizioni del suo superiore, concorre con lui nel reato. Inoltre, il sottoposto deve sempre rifiutarsi di portare a compimento qualcosa che non ha nemmeno la parvenza dell’ordine.

L. 11 luglio 1978, n. 382

Fino al 1978, il tema dell'ordine superiore era affrontato dall'art. 40 c.p.m.p. Tale articolo, dunque, esaminava la questione solo e soltanto dal punto di vista del codice penale militare di pace mentre, abbiamo visto al paragrafo precedente, l'art.51 c.p., è prettamente riferito al settore civile ma gli esempi applicativi si attagliano perfettamente all'ambito militare. Il comma 4° dell'abrogato art.40 c.p.m.p. disponeva che 'nel caso previsto dal comma precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato'.

Con l'entrata in vigore della legge 11 luglio 1978 n.382 l'ordine superiore trova la sua disciplina nell'art.22 della legge stessa, contenente 'norme di principio sulla disciplina militare'. La materia è ora disciplinata, inoltre, dall'ultimo comma dell'articolo 4 di detta legge: 'il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i suoi superiori'.

I principi fondamentali sui quali si fonda, secondo lo spirito militare generale e della legge 382/1978, l'adempimento dei doveri di un soggetto appartenente all'ordinamento militare, possono essere così sintetizzati:

- 1) L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare.
- 2) Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina ed ai rapporti gerarchici

- 3) Deve essere sempre garantita nei rapporti personali la pari dignità di tutti i militari.
- 4) Gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenersi alla disciplina, riguardare il servizio e non eccedere i compiti di istituto.
- 5) Il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori.

La giurisprudenza si è più volte espressa a riguardo del tema dell'adempimento da parte di un subordinato di un ordine gerarchico.

La Cassazione Penale, in due importanti sentenze ha considerato il 'Limite generale del dovere di obbedienza: ordine illecito', esprimendosi nei seguenti termini:

'L'art. 173 c.p.m.p. (disobbedienza) posto a tutela dell'ordine gerarchico e della disciplina militare, non prevede né consente alcuna valutazione di merito da parte dell'inferiore, circa la fondatezza o la bontà dell'ordine impartitogli dal superiore. È necessario che l'ordine attenga al servizio e non ecceda i compiti d'istituto; il militare, inferiore di grado, può opporre legittimamente rifiuto solo quando l'ordine impartito sia chiaramente rivolto contro le istituzioni dello Stato o se l'esecuzione costituisca manifestamente reato.

E ancora: Cassazione Penale "Inosservanza dell'ordine di presentarsi al superiore"

'In tema di disobbedienza militare l'invito a presentarsi al superiore ha, sul piano oggettivo,

natura di ordine anche quando non indichi espressamente le ragioni di servizio o di disciplina che lo giustificano. Ne deriva che la inosservanza dell'anzidetto ordine integra il reato previsto dall'art. 173 c.p.m.p. Nella specie, sulla base dell'enunciato principio, si è disattesa la censura del ricorrente, secondo cui l'invito tramite terzi a presentarsi al superiore, per la sua genericità ed indeterminatezza, non costituiva un ordine legittimamente vincolante, rilevandosi che le stesse norme di principio, contenute nella legge 11 luglio 1978 n. 382, evidenziano l'esigenza di un'obbedienza "pronta, rispettosa e leale" in dipendenza di caratteristiche proprie della organizzazione militare: di qui la giuridica inconsistenza della pretesa che anche il più semplice ordine, qual è quello di presentarsi al superiore, sia accompagnato da spiegazioni e motivazioni'.

Il dovere di disobbedienza implica, dunque, la punibilità di chi esegue un ordine illegittimo e vale solo per gli ordini che costituiscano manifestamente reato. L'illegittimità dell'ordine deve, cioè, essere palese a prima vista e chiara, ovvero facilmente intellegibile dal sottoposto.

Il d.p.r. 18 luglio 1986 n.545 ribadisce, all'art.25, il principio secondo cui il militare ha il dovere di non eseguire l'ordine la cui esecuzione sia manifestamente criminosa.

*Parte seconda*

**“Conseguenze della disobbedienza”**

*Capitolo quinto*

*“Analisi delle conseguenze della disobbedienza”*

**Il caso Kappler**

Una questione sollevata tanto nel processo Kappler quanto nel processo Priebke è se l'ordine cui hanno obbedito Kappler e i suoi uomini era da considerarsi come un 'Führerbefehl' oppure no. La questione ha importanza per valutare se ad un ordine del genere era possibile disobbedire senza incorrere in gravi sanzioni in quanto sembra abbastanza plausibile

ammettere che il rischio di tali conseguenze fosse più serio nel caso in cui l'ordine provenisse direttamente da Hitler che nel caso in cui provenisse dall'Alto comando della Wehrmacht. Inoltre, secondo l'analisi delle carte processuali, risulta che la difesa sostenne che un ordine di tale provenienza fosse del tutto inderogabile e tassativo infatti tanto la giuria del processo Kappler quanto quella del processo Priebke finirono con l'ammettere che l'ordine andava considerato come un ordine ufficiale, e pertanto tassativo, dello stesso Hitler.

Prima di analizzare il caso specifico dell'eccidio delle Fosse Ardeatine, è interessante guardare agli ordini di carattere generale, come quelli riguardanti l'uccisione di ostaggi. E' vero che essi provenivano dall'Alto comando della Wehrmacht e spesso erano firmati dal federmaresciallo Keitel, ma alcuni di essi erano firmati anche da Hitler. In ogni caso, Keitel impartiva ordini a nome del Führer che era il capo supremo della Wehrmacht e dell'esercito in particolare ma, tuttavia, questi ordini non erano sempre applicati nel modo più rigoroso.

Passando alla strage delle Ardeatine, le giurie dei due procedimenti ad essa relativi hanno adottato una ricostruzione della formazione e trasmissione dell'ordine che non è quella più plausibile a partire dalla testimonianza che al proposito sembra essere la più completa, cioè quella di Beelitz.

Il colonnello Beelitz era il primo ufficiale di stato maggiore dell'Alto comando Sud-ovest e venne avvertito telefonicamente dal tenente generale Maltzer di quanto era accaduto in via Rasella.

Secondo le sue dichiarazioni questo avvenne intorno alle 17, quando anche Kappler andò a trovarlo.



A sua volta Beelitz si mise in contatto con lo Stato Maggiore della Wehrmacht in Germania, dove era presente il generale von Buttlar, che era un ufficiale addetto al generale Jodl.

Quanto Beelitz riporta di aver saputo dalla sua reazione, nei termini di ‘der Führer tobt’, ‘per ogni poliziotto ucciso devono essere uccisi dieci italiani’ e ‘Hitler is ausser sich’ ha un suono tale da far pensare, senza

ombra di dubbio, che Hitler venne effettivamente informato.

E' del resto improbabile che un evento del genere, verificatosi a Roma, gli fosse stato taciuto: egli avrebbe potuto facilmente venirne a conoscenza per altra via, per poi prendersela con coloro che non l'avevano messo al corrente. Quanto Beelitz trasmise al generale von Buttlar, venne da lui stesso definito come il 'primo ordine del Führer', tuttavia questo non può essere stato un ordine preciso e risoluto di Hitler, ma solo un'interpretazione di qualche sua vaga indicazione o, al massimo, della ricezione di quanto gli aveva detto nel pieno della rabbia dal quale era stato colto. Che sia stato un ordine lo esclude tanto la sua indeterminatezza (dal confronto con la deposizione giurata si comprende che il colonnello era rimasto colpito dalla proporzione molto alta che era stata proposta, ma che non ricordava più quale fosse esattamente, se non che doveva essere come minimo 1 a 30, ma possibilmente anche 1 a 50), quanto il fatto che Beelitz disse di aver obiettato che 'questa richiesta non sarebbe mai accettata dal generale Kesserling'. Ora, se fosse stato un ordine del tutto esplicito e risoluto di Hitler, Kesserling non avrebbe potuto opporvisi e Beelitz avrebbe preso nota della proporzione esatta richiesta dal Führer. Dal seguito immediato risulta inoltre che in Germania aspettavano indicazioni dall'Italia circa i provvedimenti che sarebbero stati presi. Tutti quelli elencati, sono comportamenti incompatibili con l'emissione di un ordine perentorio del Führer e, in effetti, la deposizione giurata dello stesso Beelitz contiene la precisazione che quel primo messaggio non era un ordine vero e proprio. Continua poi dicendo che venne contattato il maggiore generale Hauser della quattordicesima armata per un parere sui provvedimenti da prendere e che questi rispose che 'l'armata reputa il rapporto uno a dieci quale limite superiore'. Sebbene nell'ultima dichiarazione resa il colonnello abbia confermato che l'ordine della rappresaglia era stato

impartito direttamente da Hitler, in realtà la deposizione giurata non suggerisce che quell'ordine preciso fosse del Führer, ma più genericamente che egli si aspettava che fossero prese delle misure serie, sicchè è probabile che l'ordine definitivo, nonostante la sua formula 'der Führer hat befohlen', nasca dagli scambi che ci furono tra i comandi della Wehrmacht.

Pertanto, sebbene sia palese da quanto sin qui riportato che vi sia una differenza fra il caso dell'ordine ufficiale dello stesso Hitler come Führer (cioè un 'Führerbefehl') e il caso di ordine proveniente da altri, è erroneo sostenere che ogni ordine del Führer fosse legge. Nella fattispecie, non è dimostrato che Hitler abbia impartito qualcosa di più di una semplice richiesta di compiere una rappresaglia severa, quindi non era in questione la violazione diretta di un ordine ben preciso del Führer, del tipo 'uccidete tanti uomini entro tale ora'.

Le conseguenze di un'eventuale disobbedienza all'ordine cambiano portata se si pensa, come sarebbe effettivamente accaduto, che esse non sarebbero state decise da Hitler ma dai vari capi della Wehrmacht e delle SS che avevano seguito la vicenda da vicino, perché il primo ne sarebbe stato informato solo se lo avessero voluto loro o se lui in persona si fosse mostrato interessato al punto di voler essere informato di eventuali defezioni. Ad essere decisivo, dunque, fu il comportamento dei vari capi della Wehrmacht e delle SS, e non è stato chiarito nel corso dei vari procedimenti quale esso potesse essere. La documentazione da me raccolta tende ad escludere che essi sarebbero stati particolarmente intransigenti in un caso del genere.

Interessante l'analisi di Leszl relativa alle carte dei procedimenti per

l'eccidio delle Ardeatine: 'si ha l'impressione tra l'altro che Hitler, che notoriamente era un po' 'svagato', neppure si sia curato di sapere se la rappresaglia era stata veramente compiuta, sicché, se gli altri l'avessero evitata tirando le cose per le lunghe, lui probabilmente non se ne sarebbe neanche accorto o per lo meno non avrebbe insistito. Ci si può insomma domandare se non si sarebbe potuta evitare del tutto la rappresaglia che fu adottata o almeno attenuarla, ricorrendo a dei pretesti per rinviarla e facendo assegnamento sulla memoria corta di Hitler. Invece la tattica della dilazione non venne neppure tentata, nonostante che, contrariamente a quanto generalmente si ammette in base alla testimonianza di Kappler, espressamente smentita su questo punto dalla testimonianza recente del Beelitz, non era stato posto un limite di 24 ore di tempo per l'esecuzione ma solo un limite leggermente meno rigido per il rendiconto, e questo, si può presumere, avrebbe potuto consistere non nella dichiarazione che l'esecuzione era avvenuta ma in quella che ci si era attivati per una prossima esecuzione'.

Il fatto che l'eventuale disobbedienza all'ordine non avrebbe comportato alcun tipo di rappresaglia, viene confermato dallo stesso Kappler nel corso della sua deposizione. Kappler dichiarò che le esecuzioni iniziarono nel pomeriggio del 24 marzo 1944: 'Priebke spuntava i nomi dei prigionieri che scendevano dai camion a gruppi di cinque. Io insistetti affinché le prime esecuzioni, per dare esempio alla truppa, fossero eseguite dagli ufficiali. Il capitano Schutz stava accanto a me, a lui spettava il compito di dare l'ordine di fare fuoco. Quando arrivò il secondo plotone' continua Kappler, 'capì che era giunto il mio momento di dare l'esempio alle truppe. Mi accostai ad un furgone che era lì vicino e presi una vittima con me, il cui nome Priebke aveva cassato dalla lista.

Quattro altri ufficiali fecero lo stesso. Guidammo le vittime sullo stesso posto e allo stesso modo dei primi cinque prigionieri. Questi erano stati messi in ginocchio e gli venne ordinato di voltare la testa contro il muro. I soldati erano disposti dietro la schiena dei prigionieri ed un altro, con una torcia, stava alle spalle degli uomini che dovevano sparare. Quando giunsi io con le altre cinque vittime, le guidammo e le disponemmo allo stesso modo, un po' arretrate rispetto alle prime cinque. Anche questi vennero fucilati'. Dopodichè Kappler afferma di essere tornato in via Tasso per spedire altri uomini a dare il cambio alle squadre di esecuzione. Qui lo raggiunse una chiamata telefonica dalle Ardeatine, con l'annuncio che uno degli ufficiali più giovani si era rifiutato di sparare.

Kappler rispose di non prendere misure punitive. Allorchè rientrò alle Ardeatine si rese conto che la disciplina era allentata e che i corpi stesi a terra formavano ormai una lugubre fila di circa una trentina di metri di lunghezza. Agli ufficiali diede ordine di partecipare una seconda volta alle esecuzioni, e avvicinandosi a quello che si era rifiutato di sparare, non gli rivolse rimproveri .

Kappler sostenne di avergli parlato gentilmente, affermò di avergli detto che la sua condotta poteva avere delle conseguenze sulla disciplina degli uomini.

'Perché non hai sparato?', chiese Kappler.

'Mi ripugna', ribattè Wetijen.

'Si sentirebbe meglio se io fossi al suo fianco mentre spara?'. Wetijen rispose affermativamente.

Kappler gli passò un braccio intorno alla vita e assieme i due si addentrarono nelle gallerie dove, fianco a fianco, uccisero ciascuno un uomo.

Non solo, dunque, i sottoposti che si rifiutarono di obbedire all'ordine superiore non vennero puniti in alcun modo ma alcuni di essi, come lo stesso Kappler affermò, si trovarono confortati e appoggiati dai loro diretti superiori.

## **Caso Eichmann**

Herbert Jager, nel suo studio del processo di Norimberga, afferma che ‘nei documenti presentati a Norimberga non si trova un solo caso di SS condannate a morte per essersi rifiutate di partecipare ad un’esecuzione’ e, proprio durante il processo di Norimberga, un testimone della difesa, Bach-Zewelewski, dichiarò: ‘chiedendo il trasferimento era possibile sottrarsi ad una missione; certo, in alcuni casi bisognava aspettarsi qualche provvedimento disciplinare, ma non si rischiava affatto la vita’. Eichmann non insistette su questo punto e nemmeno la sua difesa: non volevano che le sue parole fossero prese alla lettera. Sapevano molto bene che l’imputato non si era mai trovato nella classica ‘posizione difficile’ del soldato che può essere ‘condannato alla fucilazione da una Corte marziale se disobbedisce ad un ordine, e condannato all’impiccagione da un giudice e da una giuria se disobbedisce’ se non altro perché, in quanto membro delle SS, non poteva essere tradotto dinanzi ad una Corte marziale, ma soltanto davanti ad un tribunale delle SS e della polizia.

Nell'ultima dichiarazione fatta al processo, Eichmann ammise che se avesse voluto avrebbe potuto trovare un pretesto e ritirarsi, come, secondo le sue stesse parole, avevano fatto altri. A giustificazione del suo comportamento disse che un passo del genere gli era sempre parso 'inammissibile', e neppure ora gli sembrava 'ammirevole'. L'idea della disobbedienza aperta, nata dopo la guerra, era, a suo avviso, una favola: 'in quelle circostanze, comportarsi in quel modo era impensabile'. Eichmann non si era mai trovato in pericolo immediato di morte, e poiché aveva sempre 'fatto il suo dovere' e 'obbedito a tutti gli ordini che gli erano stati dati –cosa di cui si disse orgoglioso fino all'ultima dichiarazione resa prima dell'esecuzione della sua condanna a morte- aveva fatto del suo meglio per aggravare, non per ridurre, le 'conseguenze del torto'.

L'unica attenuante che invocò era di aver 'cercato di evitare il più possibile inutili brutalità' nell'esecuzione delle sue mansioni, ma questa era, per sua stessa ammissione, una delle istruzioni che gli erano state impartite dai suoi superiori e, quindi, non poteva essere ammessa quale attenuante. Restava una sola possibilità: che la condanna a morte comminata dai giudici fosse mitigata in ragione del fatto che Eichmann aveva agito sotto ordine superiore. Vista, però, l'enormità del crimine, la Corte non prese in considerazione neppure questa circostanza.

E' importante ricordare che l'avvocato difensore non sostenne la tesi dell'ordine superiore, ma quella dell' 'azione di Stato', chiedendo l'assoluzione per questa ragione. Le azioni di Stato che la giurisprudenza tedesca chiama 'gerichtsfreie', non perseguibili, ovvero 'justizlose Hoheitsakte', atti di alto valore sociale non punibili, si fondano su un esercizio del potere sovrano e restano completamente al di fuori del campo giuridico, mentre tutti gli



ordini e i comandi sono sempre, se non altro in linea teorica, sotto il controllo giudiziario.

Se quelle che Eichmann aveva commesso erano azioni di Stato, allora nessuno dei suoi superiori, e meno di tutti Hitler, poteva essere giudicato da un tribunale.

Il fattore più importante, come Hitler aveva calcolato e previsto, era lo stato di guerra in sé e per sé.

Eichmann insistè più volte sul fatto che l'atteggiamento personale nei

confronti della morte non poteva non cambiare quando si vedevano ‘morti dappertutto’ e quando ciascuno pensava con indifferenza alla propria morte: ‘Non ci importava morire oggi invece che domani, e talvolta maledivamo la luce del nuovo giorno che ci trovava ancora in vita’.

Hannah Arendt conclude così la sua analisi del procedimento contro Eichmann: ‘Naturalmente i giudici sapevano benissimo che sarebbe stato quanto mai confortante poter credere che Eichmann era un mostro, anche se in tal caso il processo sarebbe crollato o per lo meno avrebbe perduto il suo interesse. Ma il guaio era che di uomini come lui ce n’erano tanti e che questi tanti non erano né perversi né sadici, bensì erano, e sono tuttora, terribilmente normali’.

La Corte, nella lettura della sentenza, riprese alcune affermazioni portate da Eichmann a discolpa del suo operato, sostenendo che la parte avuta nella soluzione finale fu casuale e che, più o meno, chiunque altro avrebbe potuto prendere il suo posto, sicchè tutti i tedeschi sarebbero stati, potenzialmente, colpevoli. Ma i giudici asserirono che i criteri di ‘colpa’ e ‘innocenza’

davanti alla legge sono due entità oggettive, e ‘quand’anche ottanta milioni di tedeschi si fossero comportati così, non per questo l’imputato avrebbe potuto essere scusato’.

### **Il caso Hass e Priebke**

La nozione dell’ordine illegittimo per il diritto tedesco è rilevante per la valutazione della colpevolezza tanto di Karl Hass quanto di Eric Priebke. A sua volta tale illegittimità va

valutata e definita alla luce del diritto internazionale di guerra, convenzionale e consuetudinario, in quanto essa conteneva e contiene le regole applicabili alla condotta delle operazioni belliche.

Tanto nel rocesso di Norimberga quanto in quello qui esaminato, furono evidenziati due parametri che escludono l'esimente dell'obbedienza all'ordine superiore:

- 1) la gravità dei fatti e la manifesta contrarietà dell'ordine alle norme di diritto internazionale;
- 2) la 'mens rea' del subordinato: questo, infatti, non si limitava ad eseguire l'ordine ma lo condivideva e, dunque, aveva un atteggiamento di compartecipazione attiva;

Il secondo parametro assume particolare rilevanza soprattutto quando il sottoposto non è un soldato semplice ma un ufficiale di rango elevato, come è stato il caso di pressochè tutti i procedimenti per fatti compiuti durante il secondo conflitto mondiale.

A questi due parametri se ne aggiunge un terzo, particolarmente rilevante a questo punto della mia trattazione:

- 3) la valutazione delle conseguenze cui sarebbe andato incontro il sottoposto qualora, in difetto della 'mens rea', si fosse rifiutato di eseguire l'ordine, ancorchè illegittimo.

Non va dimenticato che il parametro relativo alla conoscenza e alla conoscibilità dell'ordine va esaminato nel contesto di una serie di ordini del Führer e dei vertici della Germana nazista.

Gli ordini più cruenti e più palesemente illeciti furono emanati in gran parte fuori dalle normali procedure formali, essendo praticate con finalità terroristiche ed intimidatorie e, a

parte le SS, le SD o la Gestapo che ne erano i diretti destinatari, tali ordini erano mantenuti accuratamente segreti.

Un processo come quello che è stato fatto ad Hass e Priebke si giustifica soltanto se, prima di accertare quale sia stata la loro responsabilità nel compimento di un crimine insieme ad altre persone, si stabilisce che l'azione nella quale hanno preso parte è stata effettivamente di tipo criminoso, non tanto dal punto di vista morale quanto da quello giuridico. Nel caso dell'eccidiodelle Fosse Ardeatine questo punto non è totalmente scontato in quanto, se non altro da parte tedesca, è stato sempre presentato come una legittima azione di rappresaglia o di repressione collettiva. A tal proposito si pongono sia la questione se sia legittimo ricorrere a rappresaglie durante la guerra sia la questione se, qualora ciò sia legittimo, la rappresaglia si sia verificata con modalità legittime.

L'unica normativa internazionale cui ci si può appellare è la Convenzione dell'Aja del 907, che concerne la condotta della guerra terrestre, in particolare rileva la normativa inclusa nella sezione III, dal titolo 'De l'autorité militaire sur le territoire de l'Etat ennemi'. Essa si applica tipicamente ad una situazione nella quale c'è un conflitto tra due Stati ed uno di essi è occupato, almeno per quanto concerne una parte del suo territorio, dall'esercito dell'altro. In questa situazione lo Stato occupante assume su se stesso i compiti di amministrazione e di mantenimento della pace che

prima erano esercitati dall'altro Stato, quindi un'azione che lo lede nell'esercizio di questa funzione può essere repressa da esso come sarebbe repressa dallo Stato che rappresenta il popolo che si trova nel territorio occupato. D'altro canto bisogna anche valutare la situazione di eccezionalità e di emergenza costituita dalla guerra, per la quale è ammissibile che la repressione possa svolgersi in modi non regolati dalle leggi dello Stato che ha 'ceduto il territorio'. Ciò significa che l'istituto della rappresaglia è ammesso purché sia finalizzato al mantenimento dell'ordine.

La situazione che si presentava in Italia nel periodo dell'occupazione tedesca era complicata dal fatto che sul territorio, oltre al governo della Repubblica sociale italiana a fianco della Germania, erano presenti anche le truppe degli Alleati.

Inoltre, un'ulteriore complicazione è quella della legittimità attribuibile al governo Badoglio come rappresentativo dello Stato italiano e dai suoi rapporti con i Comitati di liberazione nazionale, cui si rifacevano i partigiani nelle loro iniziative. Al proposito si riconosce in tutte le sentenze che il loro atto di guerra contro il nemico tedesco non era legittimo per

quanto concerne le modalità, in quanto i partigiani non costituivano una formazione di combattenti secondo i requisiti dell'articolo 1 della Convenzione dell'Aja.

La Convenzione, nell'articolo 50, prende in considerazione il trattamento dei civili nei paesi occupati, escludendo punizioni collettive per atti individuali di cui le popolazioni non possono essere riconosciute responsabili in modo solidare. Letto, inoltre l'articolo 46 che richiede il rispetto della vita dei civili, e la sezione III della Convenzione, concernente tutti i principali aspetti dell'occupazione di un territorio nemico, si deduce che vengono esclusi gli atti punitivi, quali sono, appunto, le rappresaglie estese a persone che non hanno alcuna rilevante responsabilità per l'atto compiuto, neppure nel senso di appartenere alla stessa organizzazione cui appartenevano coloro che ne sono all'origine. Questo significa che colpire dei civili che avevano colpito il reggimento di polizia tedesca in via Rasella non può essere giudicato legittimo. D'altra parte, la possibilità di una rappresaglia non è del tutto esclusa quando viene a colpire, seppur indirettamente, i responsabili dell'atto, in base alla considerazione che, se non si trovano i diretti responsabili, ma si è riusciti ad identificare altri che appartengono alla stessa organizzazione, questi ultimi sono punibili invece dei primi, ma devono essere rispettate quattro condizioni fondamentali, nessuna delle quali fu soddisfatta dalle misure prese dagli occupanti tedeschi a Roma. Pertanto l'eccidio delle Fosse Ardeatine, non soddisfacendo nessuna delle condizioni alle quali una rappresaglia può essere ritenuta accettabile, costituì un crimine. Il Tribunale di Roma riconobbe, quindi, la piena responsabilità degli imputati escludendo l'esimente dell'ordine superiore in quanto il fatto era riconosciuto come 'manifestamente criminoso' in base ai criteri dettati dall'art.40 n.4 c.p.m.g. in vigore all'epoca dei fatti. I sottoposti dovevano, pertanto,

rifiutarsi di eseguire l'ordine ma, siccome non lo fecero, vennero ritenuti responsabili insieme al superiore che l'aveva impartito.

Per quanto concerne, infine, le sanzioni in cui i destinatari degli ordini potevano incorrere in caso di disobbedienza ad ordini, anche se illegittimi, provenienti da un superiore gerarchico, l'argomento vale solo se sussisteva uno stato di necessità causato dall'altrui violenza o minaccia. Le conseguenze da valutare a questo fine consistono nel fondato pericolo di essere passati alle armi immediatamente. Solo entro questi ristretti limiti la dottrina ha preso in considerazione e ritenuto rilevante il tema della disobbedienza all'ordine superiore, considerato che un simile ordine implica la commissione di delitti disumani, in quanto causanti la morte di un elevato numero di innocenti. In alcuni procedimenti contro criminali nazisti l'argomento fu ritenuto ammissibile in linea teorica, se fosse stato provato che gli imputati, ove avessero disobbedito, sarebbero incorsi in un pericolo 'evidente e attuale', oppure 'imminente, effettivo e inevitabile'. L'esistenza di una tale situazione (definita come 'coercion', 'compulsion', duress' oppure 'contrainte') non è però stata di regola riconosciuta.

Non si riscontra alcuna correlazione tra l'imperatività di un ordine proveniente dai livelli più alti della gerarchia nazista e la gravità delle conseguenze che potevano derivare da un'eventuale disobbedienza ad esso. Il personale militare che si rifiutò di prendere parte a stragi, fucilazioni, esecuzioni di massa ed altri atti di crudeltà contro i civili, non solo non venne sanzionato in alcun modo, ma in alcuni casi venne addirittura esentato dal parteciparvi.