

Sentenza del Tribunale Militare di Roma, in data 01.08.1996

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano

il Tribunale Militare di Roma composto dai Signori :

Dott. Agostino Quistelli - Presidente

Dott. Bruno Rocchi - Giudice

Cap.med.E.I. Sabatino De Marchis - Giudice

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

SENTENZA

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

IMPUTATO

di

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

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

Fatto e diritto

1. L'iter processuale.

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

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

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

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

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

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

Nel corso dell'intero dibattimento, articolatosi in 24 udienze, venivano acquisiti e dichiarati utilizzabili, su richiesta della parte pubblica e di quelle private, a norma degli artt. 238, 468, 495 e 511, c. 5, C.P.P., i documenti più rilevanti del processo celebrato nel 1948 nei confronti di KAPPLER Herbert e di altri 5 coimputati, nonché numerose altre prove documentali ritualmente indicate o prodotte; venivano esaminati, inoltre, tutti i testi indicati dal P.M. e solo parte di quelli indicati dai difensori delle persone offese, dalle parti civili e dall'imputato, a causa della loro irrilevanza o superfluità, così come chiarito nella ordinanza 10/5/1996; venivano poi, durante l'istruzione dibattimentale, a richiesta delle parti interessate, ammesse prove prima escluse (in ossequio al disposto dell'art. 495, c. 4, C.P.P., peraltro già richiamato nella citata ordinanza del 10/5/1996), nonché nuove prove documentali e testimoniali a mente dell'art. 493, c. 3, C.P.P. Su iniziativa del Presidente del Collegio giudicante, in armonia con la direttiva dell'art. 73 della Legge Delega per l'emanazione del nuovo Codice di procedura penale, recepita dall'art. 506, c. 1, C.P.P., venivano indicati alle parti i seguenti temi di prova utili per la ricerca della verità:

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

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

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

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

Le parti così concludevano:

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

contestata aggravante ex-art. 61, n.4, C.P., esclusa quella della premeditazione, declaratoria di improcedibilità per avvenuta prescrizione del reato.

2. Gli eventi.

I fatti di causa, nel loro nucleo essenziale e più significativo, sono stati già ricostruiti dalla menzionata sentenza emessa dal Tribunale Militare di Roma, il 20 luglio 1948, nei confronti del coimputato KAPPLER Herbert e di altri 5 concorrenti nello stesso crimine di guerra; detta sentenza è stata poi riconosciuta immune da vizi e censure con definitiva pronuncia del Tribunale Supremo militare in data 25 ottobre 1952, che qui di seguito si trascrive nelle parti che più interessano: """"Erano circa le ore quindici del 23 marzo 1944, allorché, all'interno della città di Roma, in via Rasella, all'altezza del palazzo Tittoni, al passaggio di una compagnia tedesca, avveniva lo scoppio di una carica di esplosivo, seguito dal lancio di bombe a mano.

Nella compagnia, investita dallo scoppio e attaccata dalle bombe, si determinava lo scompiglio: elementi del reparto, ritenendo che gli autori dell'attentato si trovassero nelle case adiacenti, aprivano disordinatamente il fuoco in direzione delle finestre e dei tetti. Per l'attentato ventisei militari tedeschi rimanevano uccisi, altri feriti più o meno gravemente.

Alla notizia dell'attentato giungevano sul posto autorità tedesche e funzionari di polizia italiana: tra i primi soccorsi, il comandante tedesco della città, Generale MAELTZER, il console tedesco, Dott. MOELLHAUSEN, e, dopo circa mezz'ora, KAPPLER, [Tenente Colonnello delle SS, comandante della polizia di sicurezza e del servizio di sicurezza delle forze armate tedesche che avevano occupato Roma], avvertito dell'accaduto nel suo ufficio di via Tasso.

In quei frangenti era stata subito eseguita da ufficiali e sottufficiali della polizia tedesca una minuziosa perquisizione delle case di Via Rasella e gli abitanti di esse erano stati condotti nella vicina Via Quattro Fontane e allineati lungo la cancellata del palazzo Barberini. KAPPLER, avvicinato a MAELTZER, parlava dell'accaduto e chiedeva di essere incaricato di quanto concerneva l'attentato, ricevendo risposta affermativa.

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

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

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

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

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

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

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

L'attentato di via Rasella rientrava nelle direttive della Giunta Militare e gli autori dell'attentato avevano operato, essendo vestiti di abiti civili, senza alcun segno distintivo di appartenenza ad una formazione militare partigiana.

Nella conversazione delle ore 17 dello stesso giorno 23 marzo tra KAPPLER e MAELTZER, dopo l'indicazione di cui si è detto circa l'attribuzione dell'attentato ai Partigiani italiani, veniva in discussione il tema delle misure di rappresaglia da adottare per l'attentato.

La discussione sull'argomento, veniva frequentemente interrotta da colloqui telefonici del Generale MAELTZER: uno di questi, nel quale ricorreva spesso la parola rappresaglia, avveniva con il Generale Von MACKENSEN, comandante la 14° Armata tedesca.

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

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

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

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

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

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

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

Cadeva così la limitazione del numero di italiani da mandare a morte che era nel proposito del Generale Von MACKENSEN, e, correlativamente, rispetto al nuovo ordine, risultava chiara a KAPPLER, già in possesso dei dati raccolti dalle sezioni di polizia dipendenti, l'insufficienza del numero delle persone passibili di morte, secondo i criteri concordati con il Generale HARSTER, rispetto al numero necessario per dare esecuzione all'ordine che imponeva il rapporto di dieci a uno. Da ciò aveva origine, nella sera del 23 marzo, un nuovo colloquio telefonico tra KAPPLER e il Generale HARSTER, che si concludeva con la determinazione di completare il numero dei destinati alla morte, traendoli dagli israeliti, non rientranti tra i passibili di morte, ma in potere dei tedeschi, a seguito dell'ordine generale di rastrellamento, in attesa del loro avviamento in campi di concentramento.

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

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

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

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

Dopo essere stato informato dal Generale che l'ordine della rappresaglia era stato impartito da HITLER, KAPPLER riferiva al Generale circa le liste comprendenti trecentoventi nominativi,

correlativi ai trentadue militari tedeschi, fino a quel momento deceduti, e riferiva circa i criteri cui si era informata la scelta dei trecentoventi.

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

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

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

Il Generale MAELTZER, ripetuta questa frase, ordinava a KAPPLER di provvedere all'esecuzione. L'ordine del Generale MAELTZER era un ordine concreto di mettere a morte trecentoventi persone, quelle indicate nelle liste di cui KAPPLER aveva riferito e che il Generale aveva approvato in rapporto ai criteri seguiti nella scelta delle persone.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

giorno dopo, in presenza del commissario ALIANELLO, riferendo sull'accaduto, ripeteva la stessa indicazione numerica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le fucilazioni duravano fino alle ore 19. Subito dopo venivano fatte brillare delle mine, per chiudere quella parte della cava nella quale i cadaveri, ammassati fino all'altezza di un metro circa, occupavano un breve spazio.

Il giorno successivo, i capitani SCHUTZ e PRIEBKE riferivano a KAPPLER che da un riesame delle liste risultava che i fucilati erano trecentotrentacinque.

PRIEBKE asseriva che le cinque persone fucilate in più erano comprese nella lista delle persone a disposizione dell'autorità italiana e che esse erano sfuggite al controllo perché la lista indicava i nominativi senza numero progressivo, ed era di cinquantacinque persone e non di cinquanta, quante KAPPLER ne aveva richieste.

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

KAPPLER, che aveva ordinato di procedere alle fucilazioni con la massima celerità, non si era curato di controllare l'operato dei due capitani, rispettivamente incaricati di dirigere l'esecuzione e

di controllare il numero dei fucilati e non si era curato di vigilare affinché non si verificassero errori, che erano possibili a causa del ritmo accelerato imposto in quell'evenienza.

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

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

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

3. La partecipazione del PRIEBKE all'eccidio.

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

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

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

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

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

E tali dichiarazioni trovano elementi di obiettivo riscontro nelle affermazioni:

- del coimputato KAPPLER: "Esaminai la lista dei prigionieri insieme con i miei ufficiali, e con il loro aiuto scelsi (...); allo Hauptsturmführer PRIEBKE, e forse anche SCHUTZ, fu comandato di controllare che tutte le persone nell'elenco fossero fatte uscire dalla prigione e condotte sul luogo dell'esecuzione;(.....) Dopo aver sparato il mio colpo, andai fuori e controllai che PRIEBKE verificasse gli elenchi, i preparativi dei genieri per far saltare la grotta e le misure per isolare l'area; (...) I seguenti ufficiali presero parte all'esecuzione: HASS, SCHUTZ, PRIEBKE (deposizione del 4/8/1945, agli atti del processo Von MACKENSEN-MAELTZER); vicino l'autocarro presi in consegna una vittima, il cui nome veniva da PRIEBKE cancellato su di un elenco da lui tenuto; non posso dire se la lista venne tenuta sempre da lui. Mi venne riferito che PRIEBKE fece sempre questo lavoro e che si fece sostituire per poco tempo (deposizione 8/6/1948 di cui al verbale di dibattimento del processo KAPPLER, f. 178);

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

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

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

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

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

Per la ricostruzione delle modalità attraverso le quali si pervenne alla compilazione di tali famigerate liste, si può fare riferimento (riservando l'analisi critica ad altra parte della sentenza) alle

risultanze del processo KAPPLER ed alla motivazione della relativa sentenza, nella quale si legge (P.14): ""alla domanda di quel Generale [Von MACKENSEN], intesa a conoscere su quali persone potevano essere eseguite le misure di rappresaglia, il KAPPLER rispondeva che, secondo gli accordi con il Generale HARSTER, la scelta avrebbe dovuto cadere su persone condannate a morte o all'ergastolo, e su persone arrestate per reati che prevedevano la pena di morte e la cui responsabilità fosse stata accertata in base alle indagini di polizia.

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

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

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

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

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

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

Ultimato il prelevamento di questi detenuti, il THUNAT si rivolgeva al Direttore del carcere per avere i cinquanta che erano a disposizione della polizia italiana e che dovevano essere consegnati

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

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

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

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

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

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

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

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

Due sono le ipotesi astrattamente formulabili in merito:

1) quella della colpevole ma involontaria esecuzione esorbitante, determinata dalla erronea inclusione dei cinque nominativi in eccesso [cinquantacinque e non cinquanta] in una lista non numerata e non adeguatamente controllata nel suo ammontare;

2) quella del trasporto alle cave di cinque persone eccedenti, assolutamente non indicate in nessuna delle liste regolarmente numerate: con la conseguenziale, inevitabile scoperta dell'errore e la ancora più criminosa volontarietà dell'esecuzione.

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

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

Ulteriore sostegno deriva anche dall'approfondita analisi delle precise e puntuali dichiarazioni rese dal S.Tenente KOFLEK (che accompagnò, in qualità di interprete, il Tenente TUNATH presso il carcere di Regina Coeli, per prelevare 50 persone arrestate, a disposizione della polizia italiana). In tale dichiarazione, raccolta dal Pretore di Brunico il 27/12/1947 su richiesta-rogatoria della Procura Militare di Roma (documentazione prodotta dal Pubblico Ministero all'ud. del 10/5/1996 - lett. G-), il KOFLEK, confermando quasi integralmente una precedente dichiarazione del 12 ottobre 1945, resa in Ancona, precisava: "Il Tenente TUNATH mi ordinò di accompagnarlo alle prigioni di Regina Coeli per raccogliervi il numero necessario di prigionieri. Al nostro arrivo ci recammo subito al terzo braccio della prigione, che era sotto il controllo germanico. TUNATH era in possesso di una lista dei nomi dei prigionieri richiesti [a disposizione della polizia e del Tribunale Militare tedesco]. Egli diede questa lista alla guardia tedesca nell'ufficio di quel braccio dicendogli di far uscire i prigionieri dalle loro celle. Non ho visto il Tenente apportare delle modifiche alla lista dei prigionieri, lista che egli teneva in tasca e che consultava col direttore del terzo ramo [braccio] che era un Maresciallo della Schutz-polizei, ragione per cui non era necessaria la mia opera di interprete. Non sono quindi in grado di dare alcuna spiegazione circa la sostituzione dei detenuti BUCCHI e MARCHETTI con i detenuti BONNEMI e CARACCILO giacché io non fui presente alle decisioni prese tra TUNATH e il direttore dell'ufficio terzo, nell'ufficio di quest'ultimo, essendomi io intrattenuto nel corridoio. La guardia e i suoi assistenti cominciarono a chiamare i nomi dei prigionieri, e quando questi rispondevano venivano presi fuori dalle loro celle e riuniti in gruppo. Il primo gruppo di prigionieri ammontava a circa 80 in tutto. TUNATH ordinò quindi che le mani di tutti i prigionieri fossero legate dietro la loro schiena. Ciò fu fatto da uomini delle SS. Quindi il gruppo di prigionieri fu scortato nel cortile della prigione. Contemporaneamente un altro gruppo di prigionieri veniva riunito nel terzo braccio. Questo gruppo assommava a circa 70 persone e i membri di questo gruppo erano trattati nello stesso modo dei membri del primo gruppo. A questo punto TUNATH mi disse di chiedere al direttore delle carceri [l'italiano CARRETTA] di telefonare a CARUSO per accelerare la consegna degli altri cinquanta prigionieri che CARUSO aveva messo a disposizione delle autorità germaniche. Questi prigionieri dovevano essere pure fucilati. CARUSO informò il direttore della prigione di mettere i prigionieri a nostra disposizione, ed io ebbi a tradurre a TUNATH quanto riferito da CARUSO al direttore. TUNATH, quando gli comunicai la risposta di CARUSO, si arrabbiò molto e mi fece tornare con lui all'ufficio del direttore. Il direttore, non ricordo il suo nome, disse a TUNATH che ci sarebbe voluta una telefonata a CARUSO (....) telefonò a CARUSO e quest'ultimo disse che stava mandando uno dei suoi ufficiali alla prigione per accelerare la faccenda. Poco dopo l'ufficiale arrivò con la lista di CARUSO. Mentre io ero nell'ufficio del direttore arrivarono numerose telefonate per la persona [Commissario ALIANELLO] che aveva portato la lista dei cinquanta prigionieri. Costui apportò numerose alterazioni alla lista, cancellando alcuni nomi e sostituendone degli altri. In conseguenza di ciò ebbi l'impressione che doveva esserci della corruzione in giro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tale ipotesi si basa sintomaticamente sui seguenti elementi:

a) la dichiarazione resa dal coindagato HASS all'udienza dibattimentale del 12/6/96 nella quale egli fa riferimento ad un errore scoperto con l'arrivo dell'ultimo camion di prigionieri, ed a lui

direttamente confidato, il giorno successivo alla strage, dal KAPPLER stesso mediante la frase: "Ho commesso una grande fesseria di far fucilare questi cinque";

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

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

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

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

- Le dichiarazioni dell'indagato HASS, infatti:

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

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

3) non trovano alcun riscontro oggettivo negli atti processuali.

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

- Anche se qualcuno avesse rilevato la presenza di cinque persone oltre quelle indicate dalle liste, non avrebbe avuto nessun senso o utilità sopprimerle: la disumana strage ormai era stata portata a termine e quelle esigenze di segretezza che l'avevano preceduta, per evitare scontate, prevedibili reazioni o ribellioni della popolazione romana, non sussistevano più; anzi, la perversa logica della rappresaglia, (che si sostanzia in una via di fatto finalizzata a terrorizzare la popolazione ed a scoraggiare altri attentati o sabotaggi) esigeva che alla notizia dell'accaduto fosse data la più ampia diffusione, che l'eccidio fosse conosciuto dal maggior numero di persone: ed è esattamente ciò che fecero le autorità militari tedesche, facendo pervenire il giorno dopo (25 marzo 1944), a tutti gli organi della stampa romana, la notizia della strage che fu pubblicata immediatamente con grande rilievo.

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

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

Concludendo sul punto, il Collegio ritiene:

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

che, in ogni caso, l'ordine di uccisione avrebbe dovuto essere necessariamente impartito da KAPPLER ed il concorso dell'imputato nella sua esecuzione sarebbe punibile per le stesse ragioni

per cui lo è il concorso nelle altre uccisioni, pur assumendo gli inquietanti e più gravatori caratteri di un cinico e spietato crimine, privo della apparente (e, per quanto si vedrà, del tutto irrilevante) giustificazione della rappresaglia;

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

5. Il ruolo del PRIEBKE in via Tasso.

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

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

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

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

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

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

Certo, l'aver commesso azioni delittuose che costituivano evidenti reati contro la persona, non favorisce una indulgente valutazione di quella che era la sua personalità durante lo stato guerra; ma, per avere un quadro più completo di quella che era, a quel tempo, la multiforme personalità del Capitano PRIEBKE, sembra utile riportare alcune considerazioni espresse dal Prof. Arrigo PALADINI (in un documento autografo acquisito agli atti nel corso dell'udienza dibattimentale del 15 maggio 1996)- e confermate de relato dalla moglie, Elvira SABATINI, nella stessa udienza: "Sono stato arrestato il 4 maggio 1944 e sono stato detenuto in cella di isolamento fino al 4 giugno 1944, giorno della liberazione. Ero S. Tenente di artiglieria addetto ai servizi segreti del Nuovo Esercito Italiano del Sud, alle dipendenze della V armata americana (...) Il mio Comandante diretto era Peter TOMPKINS che si trovava a Roma dopo lo sbarco di Anzio ed io ero l'unico a conoscenza del suo recapito. Durante la mia detenzione sono stato interrogato quindici volte. Le prime volte sono stato interrogato e massacrato di botte personalmente dal Colonnello KAPPLER e dal Maggiore SCHUTZ, poi per tre volte dal Capitano PRIEBKE. (...) Ricordo perfettamente il

modo di interrogare del capitano PRIEBKE che mi ha violentemente colpito al torace con il "pugno di ferro" che usava abitualmente con i prigionieri. A differenza degli altri, il suo linguaggio non era offensivo e volgare e non perdeva facilmente la calma. La sua frase ricorrente era: "mi dispiace signor Tenente, ma lei con me deve parlare; sarà comunque fucilato, ma potrà evitare tante sofferenze a cui non potrà resistere". (...) Ripeteva continuamente: "se lei non parla saremo costretti a fucilare suo padre". Nel terzo interrogatorio, con voce tagliente e fredda, mi comunicò che l'esecuzione di mio padre era già avvenuta (...). In realtà ciò non era vero in quanto mio padre era caduto in campo di concentramento già il 23/10/1943. Ma io non lo sapevo ed anche dopo la liberazione, per oltre due anni, ho creduto che la sua morte fosse stata causata dal mio silenzio. L'aspetto ed il modo di fare del Capitano PRIEBKE, freddo e compassato, lo ha fatto apparire (...) più umano degli altri ufficiali delle SS. In realtà si tratta di una ferocia più raffinata, meno violenta ma terribilmente sadica. Ne è la prova la menzogna che mi è stata detta nei riguardi di mio padre". Altre significative considerazioni sulle funzioni dell'imputato sembrano, poi provenire, (in una prospettiva leggermente più favorevole e di segno più sfumato, ma non completamente liberatorio), dalle indicazioni ricavabili da un memoriale dell'avv. GOTTARDI, [difensore all'epoca di molti partigiani] sostanzialmente confermato dalla diretta testimonianza nell'udienza dibattimentale del 16.6.1948: esse sembrano tracciare l'immagine di un ufficiale addetto più alle relazioni con i parenti ed i difensori dei detenuti che alla partecipazione alle torture, più impegnato a rilasciare permessi di colloquio e di consegna del vitto domestico, che ad attuare sevizie. In definitiva, non si può ritenere che il PRIEBKE fosse il più crudele torturatore di via Tasso, ma neanche si può aderire alla tesi difensiva che lo vorrebbe affiancato al famigerato Capitano SCHUTZ solo per moderarne il temperamento collerico ed intrattabile.

6. L'attentato di via Rasella.

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

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

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

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

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

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

Indubbiamente entrambi i governi (quello legittimo del Re e quello illegittimo della Repubblica Sociale Italiana) avevano interesse a risparmiare alla città di Roma distruzioni ed offese; ma nessuno dei due governi era in grado di assicurare che la città fosse veramente aperta: non quello legittimo, perché non ne aveva il controllo; non quello illegittimo perché considerava i tedeschi

come alleati ed esercitava sulla città solo i poteri limitati che le autorità militari tedesche consentivano.

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

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

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

Sicché non può pensarsi che tale volontario comportamento (modificabile in qualsiasi momento) potesse vincolare il governo legittimo italiano, peraltro privo di riconoscimento da parte tedesca. Dal fatto, poi, che i generali ARMELLINI e BENCIVENGA avevano invitato la popolazione ad astenersi da attentati nella città di Roma, non poteva desumersi che il governo legittimo si fosse impegnato verso la Germania ad impedire ogni atto di ostilità contro i tedeschi. L'invito, infatti, dimostrava solo che essi ritenevano inopportuni gli atti di guerriglia urbana perché potevano provocare la rabbiosa reazione dei tedeschi. Quindi è da escludere che le disposizioni dei suddetti generali potessero rendere l'attentato un atto di guerra non riferibile allo Stato italiano.

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

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

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

In conseguenza di ciò, l'attentato di via Rasella, pur essendo un vero e proprio atto di guerra riferibile allo Stato italiano (confermato dal fatto che, successivamente, lo Stato considerò come propri combattenti i partigiani che avevano compiuto azioni belliche contro i nazifascisti nel

periodo dell'occupazione nemica, ed autorizzò la concessione di ricompense al valore militare agli appartenenti ai G.A.P. [Gruppi di Azione Patriottica] ed alle squadre cittadine indipendenti), dal punto di vista del diritto internazionale fu un atto di guerra materialmente illegittimo (art.1 della Convenzione dell'Aia, del 1907).

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

7. La rappresaglia e la repressione collettiva.

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

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

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

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

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

Ciò è confermato dal limite generale all'attività degli Stati fissato dalle consuetudini internazionali e richiamato nel preambolo alla Convenzione dell'Aia del 18 ottobre 1907, che vieta di colpire i diritti fondamentali stabiliti dallo "jus gentium", dalle consuetudini dei paesi civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tali testimonianze, trovano riscontro (anche se non completamente attendibile a causa della personalità del dichiarante), nelle parole di BLASI Guglielmo [colui che tradì i "gappisti" rivelando i loro nomi]: "il 19 marzo uscii di casa verso le 10.00 ed in via Modena vidi un gruppo di gente che leggeva un manifesto; mi avvicinai anch'io e vidi che in esso c'era scritto che i tedeschi minacciavano rappresaglie contro i sabotatori con la misura di 10 italiani per ogni tedesco ucciso". Dal quadro notevolmente indiziante delle dichiarazioni sopra riportate, si desume la probabilità che questi bandi siano stati effettivamente affissi sui muri della città, anche se manca la prova formale e documentale della loro emanazione, del momento della pubblicazione, nonché del loro reale contenuto.

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

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

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

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

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

Inoltre non è risultato che le Autorità tedesche, secondo quanto stabilito dall'art. 50 della citata Convenzione dell'Aia, abbiano emanato norme di diritto interno che fissassero i criteri per l'individuazione di una solidarietà collettiva della popolazione nell'attentato di via Rasella. Anche partendo dalla ipotesi che il comando della Wehrmacht effettivamente abbia pubblicato l'ordinanza che minacciava la morte di 10 italiani per ogni militare tedesco ucciso con attentati, non potrebbe ignorarsi che tale ordinanza avrebbe dovuto, comunque, indicare anche gli elementi specifici in base ai quali si sarebbe individuata la responsabilità di alcuni membri della popolazione civile: essa, in sostanza, non avrebbe potuto affidare tale individuazione al semplice "status" di cittadino, ma solo ad altri criteri (es. ubicazione, funzione, appartenenza ad associazioni, attività svolta), da cui potesse desumersi uno stretto rapporto tra alcune persone e gli autori del fatto illecito commesso ai danni dello Stato occupante.

Senza contare che molti dubbi vengono avanzati, dagli studiosi della materia, circa la possibilità che le repressioni collettive possano ricadere su persone e possano comprendere la sanzione della morte. L'art. 50 della convenzione dell'Aia del 1907, ha, invero, una collocazione sistematica che lo inquadra in una serie di norme (artt.48-53) aventi ad oggetto misure di carattere meramente patrimoniale: esso fa perno sulla sanzione pecuniaria o "d'altra specie", e ciò induce a ritenere che "quell'altra specie" non possa comunque riferirsi a sanzioni riguardanti diritti fondamentali della persona (vita, incolumità fisica, libertà personale) e si riferisca invece a sanzioni patrimoniali diverse da quelle pecuniarie (ad es. requisizione di beni).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Detto articolo prevede due ipotesi di condotta. Nella prima, si offende una persona diversa da quella che si voleva; nella seconda si offendono sia la prima, cui era diretta l'offesa, sia quella diversa. In entrambi i casi si tratta di errore che viene ad incidere sulla fase di esecuzione del reato: esso accade quando vi è divergenza tra lo sviluppo dell'avvenimento preveduto e quello verificatosi nella realtà.

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

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

9.1. L'ordine e la sua manifesta criminalità.

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

Tale tesi, però, non ha fondamento giuridico.

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

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

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

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

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

Non si può individuare la manifesta criminalità attraverso parametri diversi da quelli oggettivamente riferibili all'uomo medio, perché altrimenti ogni esecutore di ordini potrebbe sempre sollecitare il dubbio del giudice adducendo la soggettiva non consapevolezza della loro criminalità. Né potrebbe obiettarsi che sussistevano condizioni particolari (che impedivano all'imputato di percepire, chiaramente e palesemente, tale criminalità) quali: il contesto storico e socio-politico, lo stato di guerra, la delirante ideologia del nazismo, le precedenti rappresaglie (anche più sproporzionate) compiute dai nazisti in altri paesi d'Europa e forse anche a Roma, l'attentato appena subito e la morte di 33 militari tedeschi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E può aggiungersi ancora che il requisito della "manifesta criminalità" ha in fondo una funzione sintomatica della consapevolezza, da parte del subordinato, della criminalità del contenuto dell'ordine: di conseguenza, quando quella consapevolezza risulta aliunde, la funzione sintomatica del "manifesta" viene ad essere vanificata, o quanto meno passa in secondo piano"".

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

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

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

Ma il PRIEBKE poteva disobbedire a KAPPLER?

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

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

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

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

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

a) l'art. 47 del codice penale militare tedesco del 1926, in vigore all'epoca dei fatti, prevedeva spazi all'autovalutazione o al sindacato dell'ordine criminoso ricevuto ed in ogni caso il reato di disobbedienza non comportava la pena di morte se non in casi di estrema gravità (ad es. durante un

combattimento, in circostanze di estremo pericolo, e così via), mentre l'ordine di partecipazione alla esecuzione non rientrava in tali ipotesi;

b) il consulente tecnico del Pubblico Ministero, Tenente di vascello Gerhard SCHREIBER, storico, addetto all'archivio militare tedesco delle SS in Friburgo, all'udienza dibattimentale del 3/6/1996 aveva reso significative dichiarazioni e prodotto sufficiente documentazione per poter concludere che, in molti casi analoghi di disobbedienza anche da parte di ufficiali, nessuno era stato mai punito con la pena di morte ma soltanto con provvedimenti amministrativi più o meno rigorosi (quali la punizione disciplinare, il trasferimento al fronte, la compromissione della carriera) o con condanne a pene lievi.

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

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

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

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

A parere del Collegio, la tesi accusatoria è fondata.

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

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

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

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

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

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

3) la minaccia di esemplare ed immediata punizione con la morte: in tal caso egli avrebbe potuto recedere dal rifiuto e partecipare all'esecuzione solo per salvare la propria vita, avvalendosi della scriminante dello stato di necessità, prevista da tutti gli ordinamenti giuridici, compreso quello

tedesco; in tale ipotesi, infatti, nessuno avrebbe potuto pretendere dal PRIEBKE un comportamento eroico ed il sacrificio della propria vita per evitare di concorrere in una disumana esecuzione.

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

10. L'aggravante della premeditazione.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nè sembra del tutto trascurabile la pronuncia del Supremo Collegio (18/6/1956, Arciere) secondo cui "lo studio del piano aggressivo, la preordinazione dei mezzi... sono elementi di natura

accidentale estranei alla nozione della premeditazione, ma possono acquistare un valore sintomatico ai fini dell'applicazione di tale aggravante" e quella (4/1/1943, Scigliuzzo) secondo cui "la premeditazione non va confusa con la preordinazione, la quale si riferisce al modo di esecuzione del disegno criminoso, mentre la premeditazione attiene ad uno stadio anteriore".

Perché, nella concreta fattispecie della quale ci si occupa, lo svolgersi degli eventi, la ricerca dei nominativi e la predisposizione dei mezzi e delle modalità dell'esecuzione, sembrano avere maggiore contiguità con l'attività di preordinazione che con una vera e propria premeditazione. Non si può, poi, non rimarcare la intuitiva, palmare differenza che esiste tra intenzione omicida autonoma, ferma, radicata nel tempo, (a volte per settimane o per mesi) senza resipiscenze o tentennamenti, e l'intenzione omicida imposta (sia pure illegittimamente) ed attuata a distanza di poche ore.

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

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

11. La crudeltà verso le persone.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nel dettaglio:

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

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

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

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

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

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

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

buttare cadaveri a 7-8 metri di altezza" [sic]; "l'accumulo non potette avvenire, dunque, successivamente".

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

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

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

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

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

Ve n'è abbastanza per concludere che appare molto dubbio, in punto di fatto, questo inquietante segmento di crudeltà, e quindi anche questa aggravante, pur sussistendo, assume connotazioni meno gravatorie di quelle addebitate al correo KAPPLER. Esse influiranno, come si vedrà, nella comparazione con le attenuanti.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Le attenuanti generiche. Finalità e caratteristiche.

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

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

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

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

"Nel nostro sistema penale non esistono ipotesi criminose aprioristicamente incompatibili, per loro natura, con le attenuanti generiche, sicché il beneficio attenuativo non può negarsi a causa della natura e gravità del reato (19/11/1982, Nobile), che è cosa ben diversa dalla gravità del fatto e della condotta criminosa. Non è, poi, di ostacolo alle attenuanti generiche la sola gravità del fatto, ma è

necessario tener conto di tutti gli elementi che possono riferirsi oggettivamente e soggettivamente al reato, al modo, all'occasione, al temperamento, al contegno del colpevole" (20/12/1983, Russo): "L'art. 62/bis CP non individua né specifica le situazioni in presenza delle quali possono trovare applicazione le attenuanti generiche, attribuendo al giudice un ampio potere discrezionale. E', tuttavia, evidente che il giudice può e deve fare riferimento sia ai criteri enunciati nell'art.133 C.P., (norma che comprende tutte le possibili situazioni influenti sulla misura della pena) sia ad elementi e situazioni di fatto particolari (diversi da quelli legislativamente indicati nell'art. 133 C.P.), aventi valore significativo per l'adeguamento della pena alla natura ed all'entità del fatto di reato ed alla personalità del reo. Il potere discrezionale del giudice - nonostante la sua ampiezza ed estensione - non è però illimitato: egli ha l'obbligo di indicare i parametri ed i criteri utilizzati e le ragioni che pone a fondamento della concessione di tali attenuanti" (Cass., 1.10.1986 Esposito).

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

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

la disciplina militare, il tempo di guerra, il contesto storico-politico, i rischi della disobbedienza. Prima di scendere all'esame concreto delle situazioni di fatto particolari e degli elementi diversi da quelli indicati nell'art. 133 C.P., che il Collegio ritiene di valutare a favore dell'imputato, sembrano opportune alcune considerazioni.

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

Certo, però, ciò non era agevole.

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

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

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

Le deduzioni contenute nel parere del Consulente tecnico della Difesa rinnovano, peraltro, le scansioni argomentative contenute nella relazione dell'avv. Erich Muller (coadiutore tedesco nel dibattimento Kappler, udienza del 6 luglio 1948, pag. 677 del relativo verbale): "un ordine del

Führer rappresentava una disposizione emessa senza la compartecipazione del Parlamento e del Governo o di una qualsiasi Autorità legislativa, contro la quale non poteva opporsi alcuna opinione e che doveva essere eseguita senza riserve e senza condizioni da coloro ai quali la disposizione stessa era rivolta. L'ordine del Führer non era legato ad alcuna forma (...) poteva essere impartito per iscritto, verbalmente, direttamente o indirettamente. Un ordine del Führer aveva forza superiore alla legge perché emanava direttamente dalla massima Autorità del III Reich (...). Per ogni tedesco il non adempimento di un ordine del Führer rappresentava andare incontro a severe condanne. In generale la perdita della libertà personale ed in maniera particolare più severe erano le condanne previste per appartenenti alle "SS" - poiché gli stessi non venivano sottoposti alla giurisdizione ordinaria bensì alla giurisdizione delle "SS" ed ai loro previsti Tribunali speciali -. Per siffatte ragioni gli appartenenti alle "SS" osservavano una disciplina ancora più rigorosa (...). Tra l'altro valeva in Germania il principio, la possibilità e quindi il pericolo, in tali casi, di vedere applicate a carico del trasgressore le norme riguardanti la punizione anche nei confronti dei membri della famiglia: moglie, genitori, figli, fratelli".

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

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

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

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

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

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

CLEMENS per le stesse torture, aveva partecipato alla formazione delle liste -v. sent. KAPPLER, pag. 65-).

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

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

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

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

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

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

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

Nel dettaglio:

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

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

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

Ciò non impedisce, però, ma addirittura impone, (per non vanificare una direttiva di fondo dell'ordinamento giuridico, ossia la finalità rieducativa della pena) che i due fondamentali criteri contenuti nell'articolo 133 C.P. siano, almeno, utilizzati per individuare eventuali altre ragioni di concedibilità della circostanza attenuante prevista dall'art.62/bis C.P.

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

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

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

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

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

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

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

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

In particolare:

- non v'è dubbio che i motivi che spinsero il Capitano PRIEBKE a partecipare al massacro non possono essere individuati in un malvagio ed infamante interesse personale, ma debbono essere ricondotti al meno gravatorio intento di defilarsi dalle incerte conseguenze di una difficile e problematica disobbedienza;
- è parimenti certo che nella condotta successiva al reato deve ricomprendersi il suo comportamento processuale e la assenza di azioni criminose in un arco di tempo che raggiunge il mezzo secolo. Anche se il comportamento processuale dell'imputato non è stato tra i migliori possibili, essendo state le sue dichiarazioni solo parzialmente veridiche, (bisogna considerare, però, che si tratta di eventi molto remoti ed alcuni particolari possono sbiadirsi nella memoria di un 83enne), non si può negare che il PRIEBKE ha ammesso di aver personalmente colpito a morte due persone e si è sottoposto all'esame delle parti nel corso delle indagini e dell'udienza preliminare (interrogatorio del GIP in data 25/11/1996 presso il Carcere Militare di Forte Boccea; interrogatorio reso nel corso dell'udienza preliminare del 3/4/1996; entrambi acquisiti, in forma verbalizzata e trascritta, nell'udienza dibattimentale del 7/6/1996).

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

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

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

Qualche difensore di parte civile, nel sostenere la non valutabilità di questa "buona condotta", ha evidenziato il fatto che l'imputato, a guerra finita, non potesse certo partecipare ad altre stragi. Ma l'obiezione non ha nessun pregio giacché nulla avrebbe impedito al PRIEBKE (se effettivamente

avesse avuto una spiccata e persistente capacità a delinquere) di commettere reati contro la persona, la famiglia, il patrimonio, la pubblica amministrazione, la fede e l'economia pubblica, e così via. Anche il carattere e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato sono fortemente e positivamente significanti nell'indagine sulla sua attuale ridottissima capacità a delinquere.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. La comparazione delle circostanze.

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

Le più significative decisioni della Suprema Corte sul tema hanno chiarito che: "nel sistema penale vigente il criterio generale che il giudice deve osservare nella comparazione delle circostanze è quello risultante dallo schema dell'art. 133 C.P., allo scopo di ottenere una valutazione complessiva dell'episodio delittuoso che tenga conto della particolare personalità del reo, considerato sotto ogni aspetto sintomatico, e della sostanziale entità della condotta criminosa".(Cass. 19.1.1990, Esposito); "è legittima l'utilizzazione degli stessi elementi di cui all'art. 133 C.P. o anche di uno solo di essi, ai diversi fini della determinazione della pena, del giudizio di valenza ex-art. 69 C.P. e della concedibilità delle attenuanti generiche" (Cass. Sez. I, 84/165637);

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

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

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

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

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

15. La prescrizione del reato.

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

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

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

Ciò deriva da una corretta ermeneutica giuridica ed è confermato dalla interpretazione giurisprudenziale secondo la quale, in relazione ad un reato punibile in astratto con la pena dell'ergastolo, quando vengono concesse all'imputato circostanze attenuanti, equivalenti alla

aggravante che comporta la pena dell'ergastolo, la pena applicabile è quella della reclusione da 21 a 24 anni, prevista per il reato non aggravato.

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

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

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

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

A mente del 3° comma di detto art. 160 C.P., la prescrizione interrotta comincia a decorrere dal giorno della interruzione e, quindi, il reato risulta essersi prescritto alla data del 25 novembre 1966. Quello addebitato al PRIEBKE, infatti, almeno formalmente, è un crimine di guerra e non può essere qualificato come "crimine contro l'umanità" al solo fine di renderlo imprescrittibile: ciò è impedito dal fatto che il reato di "genocidio" è entrato nel nostro ordinamento giuridico solo dal 1967 ed il principio di irretroattività della legge penale rappresenta un cardine fondamentale della civiltà giuridica contemporanea, oltre che della Carta Costituzionale della Repubblica Italiana.

P.Q.M.

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

DICHIARA

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

ORDINA

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

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

Roma, primo agosto millenovecentonovantasei

Seguono le firme